

未遂的认定与故意行为危险

柏浪涛*

摘要 未遂犯的判断重心在于行为不法。判断行为不法,必须重视主观不法。故意是主观不法要素。故意行为危险具有目的性与支配性,过失行为危险具有任意性与盲目性。考察未遂犯,重点在于考察故意行为危险的创设、发展及实现。在危险创设阶段,一方面,着手决意应具有现实性,实行意向不等于着手决意。另一方面,着手决意应具有确定性。承认着手决意与实行决意的分离,可以妥当处理“以不确定事实为基础的决意”案件。在危险发展阶段,着手决意不要求具有坚定性,但“保留中止的决意”案件不构成中止。在危险实现阶段,故意行为危险所成就的因果关系具有确定性,过失行为危险所成就的因果关系具有盲目性。对二者不能等而视之。结果归属的条件是故意行为危险现实化为构成要件结果,依此可以妥当解决结果的提前实现问题。

关键词 未遂 故意 着手 实行行为 结果的提前实现

一、问题的提出

我国主流教材在论述未遂犯的成立条件时,一般不论述未遂犯的故意要件。^{〔1〕}然而,犯罪未完成形态是就故意犯罪而言的,作为故意犯罪的一种未完成形态,未遂犯的成立必然要求

* 华东师范大学法学院副教授。本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“构成要件错误新论:研究维度反思与基础理论研究”(项目编号:16YJC820001)的研究成果。

〔1〕 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第153页。张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第339页。黎宏:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第228页。冯军、肖中华主编:《刑法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第360页。曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第136页。

行为人在主观上具有犯罪故意。忽视未遂犯的故意要件,会导致许多重大理论问题难以厘清。第一,未遂犯的处罚根据。对此,我国主流观点持客观的未遂论,认为未遂犯的处罚根据是对法益制造的客观危险。^{〔2〕}然而,不讨论故意要素,纯粹的客观危险能否为未遂犯提供充足的处罚根据,值得商榷。^{〔3〕}第二,着手的认定。这涉及到未遂犯与预备犯的界定,我国主流观点对此采取实质的客观说,认为行为侵害法益的客观危险达到紧迫程度时,便是着手;此间判断不需要考虑故意。^{〔4〕}不过,着手的判断是否需要考虑故意,并非不言自明,而是存在必要说与不要说之争。^{〔5〕}大谷实教授便主张:“因为实行行为是主观与客观的统一体,所以,即便在实行的着手方面,当然也必须具有构成要件上所必要的主观要素即故意。”^{〔6〕}第三,危险有无的判断。这涉及到未遂犯与不能犯的界定,对此我国的有力学说是客观危险说,主张根据客观的因果法则判断危险的有无,而不能根据行为人或者一般人的主观观念判断危险的有无。^{〔7〕}然而,在判断危险时,自然界的因果法则重要还是人类的经验知识重要,不无疑问。^{〔8〕}第四,危险实现的判断。这涉及到未遂犯与既遂犯的界定,我国主流观点认为,“危险现实化为实害结果”这一因果历程不是故意的认识内容,狭义的因果关系错误并不影响故意的成立。^{〔9〕}但这种看法值得推敲。库伦(Kuhlen)教授便指出,故意的认识要素要求行为人认识到自己的行为会实现客观构成要件,就结果犯而言,要求认识到行为与结果之间的因果关系。^{〔10〕}

不难看出,若对故意要件缺乏深入研究,则无法充分周全地论证上述诸多理论问题,由此也会导致许多实务案件难以处理。例如(女友分手案),乙女向男友甲提出分手,甲不同意,并拿出手枪指向乙,声称:“你若离开,我就杀了你。”正在僵持时,甲被抓获。甲是否构成故意杀人罪?若构成,属于犯罪预备还是犯罪未遂?回答该问题,便需要判断甲的行为对乙的生命是否创设了危险,而危险的创设与行为人的故意是否有关,便是需要研究的问题。又如(煤气杀人案),甲女欲杀害丈夫乙,打开煤气,然后在门外等待死亡结果的发生。此时甲又犹豫“要不要继续”“要不要放弃”,在犹豫之际被抓获。传统理论认为,就未遂犯而言,行为人应将犯意保持到最后,直到因意志以外原因而被迫放弃。问题是,甲一方面缺乏继续实施犯罪的犯意,另一方面又没有完全放弃犯意,而是处于犹豫待定状态,此时甲是否构成未遂,便成为疑问。再如(投放过量安眠药案),甲女欲杀害丈夫乙,计划先给乙吃安眠药,使其熟睡,然后用绳子勒死。待甲准备用绳子勒时,发现乙已经死亡。原来甲由于不慎,投放的安眠药过量,乙因服用

〔2〕 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第203页。

〔3〕 参见周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第237、238页。

〔4〕 参见张明楷,见前注〔1〕,第342页。

〔5〕 参见张明楷:《未遂犯论》,中国法律出版社、日本国成文堂1997年联合出版,第67、68页。

〔6〕 参见(日)大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第334页。

〔7〕 参见张明楷,见前注〔1〕,第358页。

〔8〕 参见周光权,见前注〔3〕,第275页。

〔9〕 参见张明楷,见前注〔1〕,第275页。黎宏,见前注〔1〕,第210页。

〔10〕 Vgl. Stratenwerth und Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004, § 8, Rn. 85.

过量安眠药而死。主流理论认为甲构成杀人既遂。^{〔11〕}但是,缺少故意方面的论证,这种既遂结论能否成立,值得推敲。本文的基本结论是,故意是未遂犯的必备要件,并且是主观不法要素,决定了危险的有无与程度;未遂犯对法益制造的危险是一种故意行为危险;判断未遂犯的一系列问题,必须考察故意行为危险的创设、发展及实现。对该结论的论证,则需要结合我国实定法的特征细致展开。

二、故意在未遂犯中的机能与地位

关于故意在未遂犯中的机能与地位,需要从规范与事实两个层面予以论证。在规范层面,需要考察“必须重视未遂的故意要件”这一命题是某个立法例的特有规定,还是超越不同立法例的共有结论。在事实层面,需要论证故意是不是主观不法要素,能否决定危险的有无,故意行为危险与过失行为危险有无本质区别。

(一)规范层面的考察:实定法的依据

“必须重视未遂的故意要件”这一命题,在实定法角度可能遇到的质疑是,德国刑法重视未遂的故意要件,是因为其刑法条文规定了“行为决定”(Tatentschluss)这一主观要件,所谓行为决定,是指实现构成要件的故意,以及其他主观构成要件要素。^{〔12〕}而我国刑法条文没有类似规定,因此对德国刑法的这一要求不能生搬硬套。然而,“行为决定”这个要件的存在与否并不受制于德国实定法规定。德国1871年《刑法典》中的确有“行为决定”的根据,其第43条第1款规定:“行为人通过着手实行,已经实施了其犯重罪或轻罪的决定的,构成犯罪未遂。”但是,德国现行《刑法典》中并没有“行为决定”的描述,其第22条规定:“行为人按照其对行为的设想,着手直接实现构成要件的,是犯罪未遂。”然而,德国刑法学认为,为了排除过失犯未遂的可罚性,必须要求犯罪未遂的要件包括行为决定。虽然条文中没有“行为决定”一词,但这并不重要,因为可以通过解释方法将其推导出来,亦即可以从条文中的“设想”(Vorstellung)一词解释出“行为决定”。^{〔13〕}

实际上,日本现行刑法条文也没有规定故意要件,但学界仍然认为故意要件是未遂犯的成立条件。^{〔14〕}日本旧《刑法》第112条规定“意图犯罪并已经开始实施但未遂的”,是犯罪未遂。其中的“意图”便是故意要件。只是在后来对旧刑法的修改过程中产生的明治34年《刑法改正草案》第55条才规定“已经着手实行犯罪而未遂的”是犯罪未遂。现行刑法沿袭了该规定,第43条规定:“已经着手实行犯罪而未遂的,可以减轻刑罚,但基于自己的意志中止犯罪的,应当减轻或者免除刑罚。”从字面上看,其中似乎取消了故意要件。但是,明治34年草案的改正理

〔11〕 参见张明楷,见前注〔1〕,第277页。

〔12〕 Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., 2013, § 14, Rn. 598; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, § 31, Rn. 4.

〔13〕 Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 29, Rn. 60.

〔14〕 参见(日)野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第327页。

由书指出,做出上述改正只是为了不区分旧《刑法》规定的造成未遂的两种原因(意外障碍与错误),除此之外与旧《刑法》第112条是相同的。这表明明治34年《刑法改正草案》及现行刑法是将未遂限定在故意犯之内的。^[15]

就我国刑法而言,重视未遂犯的故意要件,在我国刑法典中是有条文依据的。《刑法》第23条第1款规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。”其中的“着手实行”“未得逞”等词语本身便蕴含主观心理特征,是主观与客观的统一体。“着手实行”具有“计划”“意图”等含义。“未得逞”是指“计划”或“追求”的结果没有实现。更重要的条文依据是《刑法》第14条第1款,亦即“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”。需要注意的是,该款是关于“故意犯罪”的规定,而非“犯罪故意”的规定。该款从逻辑上可以推导出两种情形:①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,并且发生了这种结果,是故意犯罪(既遂)。这表明,成立既遂犯,要求行为人对危害结果的发生具有故意心理。②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,但因意志以外原因没有发生这种结果,是故意犯罪(未遂)。这表明,成立未遂犯,也要求行为人对危害结果的发生具有故意心理,只是该结果在客观上未发生而已。

问题是,既遂犯所需具备的故意与未遂犯所需具备的故意是否具有同一性?屈珀(Küper)教授认为,这二者不具有同一性,故意必须与其认识的内容相结合,没有能够独立存在的既遂故意,只有亏空的、需要不断填充内容的故意;当着手时,行为仅仅产生危险,此时的故意可谓起始故意或未遂故意;当发生结果时,此时的故意才是既遂故意。^[16]依照这种看法,未遂故意与既遂故意是两种不同的故意。然而,未遂故意与既遂故意的构造要素是相同的,均由认识因素和意志因素构成,认识因素是“明知自己的行为会发生危害结果”,意志因素是“希望或放任该结果发生”。二者区别仅在于对应的客观构成要件要素不同。但这不是未遂故意与既遂故意自身的区别,而是客观内容的区别。申言之,故意的构造框架可以脱离客观素材而独立存在。因此严格讲,“未遂故意”应被称为未遂时追求既遂的故意。正如希伦坎普(Hillenkamp)教授所言,未遂故意与既遂故意的区别不在于故意本身,而在于客观构成要件的实现程度。未遂犯与既遂犯的主观构成要件在整个犯罪阶段是没有区别的。^[17]

(二)事实层面的论证:危险的判断

如所周知,未遂犯是危险犯,判断未遂犯是否成立,需要判断行为对法益有无制造危险及危险的大小。而关于危险的判断,是否需要借助故意要素,需细致论证。

张明楷教授所持的结果无价值论对此持否定意见:“认为未遂犯的故意是主观的违法要素,缺乏合理性。以两种代表性的情形为例:其一,被害人牵着自己的宠物狗散步,行为人发射的子弹从狗与被害人中间穿过。行为无价值论认为,如果撇开行为人有无故意,就不能判断是

[15] 参见张明楷,见前注[5],第14—15页。

[16] Vgl. Küper, Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, ZStW 112 (2000), 36.

[17] Vgl. Hillenkamp, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2007, § 22, Rn. 31.

否成立杀人未遂。但是,只要该行为具有致人死亡的具体危险,行为人对此有认识,就不难认定为杀人未遂;反之,即使行为人对此没有认识,任何人也不能否认其行为具有致人死亡的具体危险。就这种类型的未遂犯而言,行为是否发生了危险,并不需要考虑行为人的故意。”〔18〕

然而,上述看法值得商榷。在判断未遂犯的危险时,四种危险概念容易被混淆,亦即法不允许的危险、值得刑法处罚的危险、过失行为的危险及故意行为的危险。过失行为的危险与故意行为的危险均是法不允许的危险。但是,法不允许的危险不一定是值得刑法处罚的危险。过失行为的危险虽然是法不允许的危险,但不是值得刑法处罚的危险,该危险只有导致实害结果时,才值得刑法处罚。例如,行为人违章驾驶,虽然制造了法不允许的危险,但只需要接受行政处罚,唯有造成实害结果(一人死亡或三人重伤),才需要接受刑法处罚,以交通肇事罪论处。与过失行为危险不同,故意行为的危险既是法不允许的危险,也是值得刑法处罚的危险。例如,故意杀人行为,只要对生命法益制造了危险,即便没有造成死亡结果,也需要接受刑法处罚,以未遂犯或中止犯论处。显然,在讨论未遂犯的成立时,在不法阶层的判断任务是,是否存在法不允许的并且具有刑法可罚性的危险,亦即是否存在故意行为危险。申言之,如果仅仅判断是否存在法不允许的危险,则的确不需要借助故意要素,因为过失行为的危险就是一种法不允许的危险。但要判断是否存在具有刑法可罚性的危险,则需要考察故意要素,亦即考察是否存在故意行为危险。上述案件中,如果行为人没有杀害被害人的故意,则其发射的子弹虽然对被害人制造了危险,但仅属于过失行为危险。这种危险不是未遂犯所要求的危险。

对此,张明楷教授所持的结果无价值论认为,故意行为的危险具有刑法可罚性,不是因为故意对危险有影响,而是因为故意对责任有影响,亦即故意不是不法要素,而是责任要素,换言之,故意行为制造的危险与过失行为制造的危险具有同一性,二者的不法特征是相同的,区别仅在于责任程度不同,“对法益侵害的危险并不因故意与过失有所区别。例如,甲从乙手中接过一支手枪,以为手枪中没有子弹。只要甲玩弄该手枪,就存在致人伤亡的危险;如果甲没有扣动扳机的行为意志,致人伤亡的危险就比较小;反过来,倘若甲有扣动扳机的行为意志,就会扣动扳机,致人伤亡的危险就增大,甚至产生伤亡结果。即使甲不可能预见手枪中有子弹(行为人没有过失),也不能否认侵害法益的危险”。〔19〕

然而,上述看法值得推敲。在不法层面,故意行为危险与过失行为危险具有本质区别。故意行为的行为人具有目的性思维活动,而过失行为的行为人不具有目的性思维活动。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。这种不同特征决定了,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;故意行为制造的危险流具有方向性,而过失行为制造的危险流具有盲目性;故意行为制造的因果历程具有确定性,而过失行为制造的因果历程具有任意性。韦尔策尔(Welzel)对此举例说明,护士在不知情的情况下向病人注射了药性过强的吗啡针剂,导致病人死亡。尽管她实施了

〔18〕 参见张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第94页。

〔19〕 同上注,第88页。

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

目的性的注射行为,但并未实施目的性的杀人行为。所以,该死亡结果不是危险目的性的实现,而仅仅是因果性的实现。^[21]此外,故意行为危险因为具有目的性指引,如果失败,可以再试一次,亦即如果未遂,可以重新再来,因此这种危险具有可重复性。而过失行为危险具有盲目性,属于偶发事件,如果未造成实害结果,则很难再“复制”一次。由于故意行为制造的危险具有可重复性,因此对法规范的冲击和破坏程度较高,容易动摇国民对法规范的认同感。而过失行为制造的危险不具有可重复性,属于偶发事件,对法规范的冲击和破坏程度较低,国民不会因此而动摇对法规范的认同感。弗里施(Frisch)教授也指出,故意行为与过失行为的主要区别在于法规范的背反意思的程度,前者具有更强的法规范背反意思。^[22]

因此,不难发现,虽然故意行为危险与过失行为危险制造的结果不法是相同的,但是二者的行为不法并不相同。结果无价值论的问题在于,从结果不法的相同性推导出行为不法的相同性。不可否认,违法性的基础含义是法益侵害,但是“法益侵害”的表述带有浓厚的结果论色彩,容易使人误以为“法益侵害结果相同,则制造结果的行为便相同”。虽然过失致人死亡与故意杀人既遂均制造了死亡结果,但两种行为的危险特征是不同的。如果询问普通国民:“第一,仇家甲用枪指向你,扣动扳机,但子弹与你擦肩而过。第二,猎人乙擦拭猎枪时,不慎触动扳机,子弹与你擦肩而过。你遭遇的这两种危险的样态特征是否完全相同?”想必多数回答是否定的。二者的行为不法之所以存在差异,主要是因为主观不法不同。客观不法仅解释了事件的因果性(“是什么”的问题),而主观不法则阐明了事件的目的性(“为什么”的问题)。与既遂犯不同,对于未遂犯而言,需要考察的恰恰不是结果不法,而是行为不法。例如,巡警夜晚巡逻,发现甲在街边触摸查看一辆电瓶车,样子有点鬼鬼祟祟,便上前质问甲。此时,欲判断甲的行为对车主的电瓶车是否制造了具有可罚性的危险,便需要判断甲有无盗窃的故意,是否制造了故意行为危险。如果甲是在寻找自己的电瓶车,误将他人的电瓶车当作自己的电瓶车,准备推走,则甲的这种举动虽然对车主的财物制造了危险,但不具有刑法可罚性,因为这是一种过失行为危险。因此,倚重行为不法及主观不法,重视故意要素的不法机能,是考察未遂犯的应有之义。

实务中不仅需要区分故意行为的危险与过失行为的危险,还需要区分直接故意行为的危险与间接故意行为的危险,因为间接故意行为制造的危险是否具有可罚性,或者是否承认间接故意的未遂,在理论上存在争议。例如,甲用枪瞄准前方十米处的乙,看到丙和乙在握手,明知子弹有可能击中丙,仍向乙开枪,子弹击中了乙,未击中丙。我国传统理论认为,犯罪的未完成形态仅存在于直接故意中,因为间接故意是放任结果发生,在没有发生结果的情况下,不可能认定行为人有间接故意。^[23]普珀(Puppe)教授认为,甲虽然认识到可能击中丙,但甲将枪尽可能地瞄向乙,就是为了避免丙的死亡,而且也避免了丙的死亡,这种行为具有类似中止的效

[21] 参见(德)汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论》(增补第4版),陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第4页。

[22] Vgl. Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 33 ff., 46 ff., 102 ff.

[23] 参见高铭暄、马克昌,见前注[1],第145页。

果;既然对没有造成损害结果的中止犯应当免除处罚,那么对间接故意的未遂也可以免除处罚。^[24]

然而,上述这些观点的理由并不充分。第一,结果发生与否只是认定故意的素材之一,并非唯一素材。如果认为没有发生结果,就无法认定间接故意,那么同理也就无法认定直接故意。这显然不符合事实。第二,普珀教授的说法值得商榷。上述案件中甲的行为虽然类似于中止,但不等于中止,因为成立中止,要求行为人自动放弃犯罪或自动防止结果发生,而甲没有放弃犯罪,也没有自动防止结果发生,而是放任结果发生,故甲不能享受中止犯的处遇。第三,如果不处罚间接故意的未遂,会产生法益保护的漏洞。例如,甲强奸乙女,为了压制乙的反抗,抓住乙的脑袋,连续撞向铁栏杆,根本不顾乙的死活,导致乙重伤昏迷。甲强奸既遂,乙经他人抢救保住性命。如果认为甲不构成故意杀人罪未遂,则意味着乙的生命权没有得到评价和保护。这显然有悖于法益保护原则。基于以上理由,上述案件中,甲对乙构成故意杀人罪既遂,对丙构成故意杀人罪未遂,二者想象竞合,择一重罪论处,以故意杀人罪既遂论处。

三、故意行为危险的创设

如上文所论证,未遂犯创设的危险是一种故意行为危险。在危险的创设环节,故意要素如何发挥作用,其中的着手决意具有怎样的机能与特征,均需要细致研究。

(一)着手决意的机能

张明楷教授主张,危险的创设是由行为意志所决定,而非由故意所决定,“行为人用手握手枪瞄准对方,但还没有射击。如果不查明行为人是出于胁迫的故意,还是出于伤害或者杀人的故意,就不能以某种未遂犯处罚。在行为无价值论看来,当行为人持枪对准他人时,是否成立杀人未遂,要以行为人有无故意来确定;如果没有故意,就没有致人死亡的危险,因而没有违法性。所以,未遂犯的故意影响违法性。但是,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”。^[25]而扣动扳机的意志,并不等于故意,也不等于过失。^[26]这种观点认为行为意志不是故意或过失,二者是对立或并列关系。然而,这种观点值得商榷。

既然行为意志既不等于故意,也不等于过失,那么行为意志是指什么,则是需要回答的问题。可能的回答是,行为意志是心理学上的神经支配,是一种意志冲动。^[27]这种观点将行为意志理解为意志的支配力,认为这是行为的特征,而将意志的支配内容如故意、过失的内容归入责任范畴。麦兹格(Mezger)便主张,行为人究竟想实现什么,行为意志的内容是什么,只是

[24] Vgl. Puppe, Der halbherzige Rücktritt — zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46, NStZ 1984, 488 (491).

[25] 参见张明楷,见前注[18],第94—95页。

[26] 参见张明楷,见前注[18],第89页。

[27] 参见李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第176—177页。

对责任的认定有意义。^[28] 然而,将意志的支配力与支配内容相分离,会导致意志的支配力成为毫无内容的、空洞的抽象概念。意志的支配力能够解释肌肉为何运动,但意志的支配内容却能够解释肌肉为何以如此样态运动。韦尔策尔便指出,意志内容对行为的发展样态具有操纵性和引导性,是行为的“构图”。^[29] 因此,虽然在概念上可以对意志的支配力与支配内容进行划分,但是在本体结构上二者是一体的、不可分离的,二者共同构成故意的意志因素。就我国《刑法》第 14 条而言,意志的支配力是指“希望或放任”,意志的支配内容是指“发生危害社会的结果”。不难看出,将行为意志理解为意志的支配力,这种行为意志实际上是故意的意志因素的一个组成部分。因此,行为意志(意志的支配力)与故意不是并列关系,而是包含关系。故意中意志的支配力决定了危险的有无,意志的支配内容决定了危险的内容。

根据我国《刑法》第 23 条规定,成立未遂犯要求行为“已经着手实行”。这是主客观相统一的要素,亦即故意行为危险达到了紧迫程度。此时故意的意志因素(支配力和支配内容)也称为着手决意。这种着手决意创设了紧迫危险(具体危险)。然而,张明楷教授认为,着手的认定应坚持客观的结果说,亦即从客观角度判断,危险达到紧迫程度就属于着手。^[30] 这种看法值得商榷。如前文所述,故意对危险具有支配性,相应地,着手决意决定了危险的有无及高低。大谷实教授便指出:“在举枪瞄向他人的时候,行为人是否具有杀意,其危险性的程度也不同,因此,作为判断现实的危险性的资料的故意(或过失)就是不可缺少的要素。”^[31] 平野龙一教授举例说明,如果行为人只具有单纯的胁迫的意思,则不能说具有发生杀人结果的危险性;正是因为行为人具有扣动扳机的意思,才可以说增加了剥夺人的生命的物理危险性。^[32] 不过,前田雅英教授反驳道,无论行为人是本着杀意扣动扳机,还是本着威胁的故意扣动扳机,发生死亡结果的危险性并不存在差异;之所以感到有杀意时很危险,是因为考虑到了后续“计划”中的危险性;的确,仅仅将枪口指向对方的行为,与存在杀意时接下来将要实施扣动扳机的行为,二者在发生死亡结果的危险性上并不相同,但是,无论存在危险性格的行为人制定了多么危险的计划,在客观地对其进行把握的时点,对其行为的危险性必须客观地进行判断。^[33] 然而,这种看法误解了“计划”的含义。对于“具有杀意及接下来会扣动扳机”,从文字上可以用“计划”来描述,实际上这是故意认识因素中的“设想”内容。我国《刑法》第 14 条规定了“明知自己的行为会发生危害社会的结果”。这里的“明知”包括两项内容。一是明知自己的行为,二是明知“会”发生危害结果。前者属于对现存的构成要件行为及其危险的认识,可称为“知晓”(Kenntnis),后者属于对危险流能否实现为结果的认识,可称为“设想”(Vorstellung)。二者的认识对象有所不同。“知晓”的对象是存在的实在物,而“设想”的对象是尚不存在的想象物。

[28] Vgl. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S.108ff.

[29] Vgl. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 3. Aufl., 1957, S. 9.

[30] 参见张明楷,见前注[1],第 342 页。

[31] 参见大谷实,见前注[6],第 334 页。

[32] 参见张明楷,见前注[5],第 69 页。

[33] (日)前田雅英:《刑法总论讲义》(第 6 版),曾文科译,北京大学出版社 2017 年版,第 94 页。

前者属于认识当下,后者属于认识未来。“由于所有的(作为)犯罪行为都是对既存现状的改变,所以故意无可避免地具有‘针对未来’的性质,这在结果犯的类型尤其明显。”〔34〕概言之,“具有杀意及接下来会扣动扳机”这种设想内容,加上意志因素的推动,便产生了高度危险。因此,着手决意这种主观因素能够决定危险的有无与高低。

(二)着手决意的现实性

根据我国《刑法》第14条、第23条规定,实行决意应具有现实性。现实性是指实行决意是一种现实存在的心理决定。判断着手决意的现实性,涉及到“实行意向”(Tatgeneigtheit)这种心理活动。例如,甲乙发生口角,甲掏出手枪指向乙,手指已经放在扳机上,尚未决定究竟是吓唬乙,还是杀害乙,犹豫不决之际,甲被抓获。甲是否构成杀人未遂?前文已述,如果甲具有杀害的着手决意,则对乙创设了高度危险。但是,甲尚未决定杀害乙,尚未形成现实的着手决意,那么此时制造的危险尚不是故意行为危险,而是一种法不允许的危险。这种危险尚不具有方向性,而具有盲目性。这种危险本身尚不具有刑法的可罚性。因此,此时甲被抓获,不构成故意犯罪,自然也不构成犯罪未遂。倘若甲在这种犹豫不决之际,不慎触动扳机,子弹发射出去,打死了乙,则甲构成过失致人死亡罪。由此可见,实行意向表达的是一种可能性、或然性,而着手决意要求具有现实性、实然性。

不过有观点认为,对上述案件应坚持先客观、后主观的分析路径,客观上,甲的举动对乙的生命制造了紧迫危险,因此已经着手实行,具有杀人的实行行为;主观上,甲尚未形成实行行为的决意,只有实行行为的意向,缺少实现构成要件的故意,因此甲不构成杀人未遂。〔35〕该问题涉及到事物的本体结构与审查路径的关系。从本体结构上看,“意志支配行为”及“故意行为危险”是主客观的统一体,主观故意与客观危险不是并列关系,而是相辅相成关系。而在审查案件时,审查路径不具有唯一性,既可以主客观一体判断,也可以先客观、后主观判断,甚至先主观、后客观判断。对此需要根据不同的目的设定来取舍。例如,判断既遂犯时,宜从客观结果入手进行审查。而判断未遂犯时,有观点主张宜从主观故意入手,因为只有如此,才能确定危险的性质。〔36〕不管采取何种审查路径,概念的内涵应界定清楚。例如,前述观点采取先客观、后主观的分析路径,那么就必须明确,在客观上,犹豫不决的甲对乙制造的危险仅属于法不允许的危险;在主观上,甲由于缺少着手决意,未能将这种危险升格为故意行为危险。

(三)着手决意的确定性

根据我国《刑法》第14条、第23条规定,着手决意应具有确定性。确定性是指着手决意是一种无条件的心理决定,而非附条件才成就的心理决定。这也被称为着手决意的无条件性(Unbedingtheit)。〔37〕在判断着手决意的确定性时,比较疑难的问题是“以不确定事实为基础的决意”(Entschluß auf unsicherer Tatsachengrundlage)这种心理活动。德国主流理论认为,

〔34〕 蔡圣伟:“重新检视因果历程偏离之难题”,《东吴法律学报》第20卷第1期,第128页。

〔35〕 Vgl. Hillenkamp, aaO. (Fn. 17), § 22, Rn. 41.

〔36〕 参见黄惠婷:《刑法案例研习(一)》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第9页。

〔37〕 Vgl. Kindhäuser, aaO. (Fn. 12), § 31, Rn. 6.

这种心理活动是指行为人做出了着手决意,但做出该决意的事实基础是一种不确定的事实。^[38]例如文首的女友分手案,金德霍伊泽尔(Kindhäuser)教授认为,甲具有确定的着手决意,只是该决意的基础是个不确定的事实,亦即乙是否离开,因此甲构成未遂。^[39]又如(盗窃塑像案),甲欲盗窃墓地的塑像,触摸查看一个塑像,如果制作塑像的材料是有价值的材料,就立即偷走该塑像。此时甲被抓获。罗克辛(Roxin)教授认为,甲具有确定的着手决意,不确定的只是构成要件实现的可能性,因此甲构成未遂。^[40]

然而,这种分析理由值得商榷。关于着手决意的确定性,需要区分两种情形。一是行为人能否形成着手决意,取决于未来某个事项的发生或不发生,亦即取决于某个条件是否具备。在这种情形下,行为人能否形成着手决意,具有不确定性。这种情形可称为附条件才产生着手决意。二是行为人已经形成着手决意,亦即当下的着手决意具有确定性,不是附条件的。这两种情形该如何区分,在实务中非常棘手。上述女友分手案、盗窃塑像案中,德国主流理论认为行为人甲具有确定的着手决意,只是其基础是不确定的事实。但是,甲完全可以声称,“当乙离开我时,我才会决定开枪”“当确定雕像的材料是有价值的,我才会决定去偷”。若依据甲的说法,这些情形便属于附条件才产生着手决意。而甲的这种说法,又很难被反驳。罗克辛教授也承认,很难讲被告人的这种辩解是完全错误的,对于这种心理事实不清楚的案件,这种辩解也是一种可能的解释。^[41]因此,前述德国主流理论的结论便值得商榷。对于这种心理事实不明确的案件,该如何认定行为人的着手决意,需要转换视角,另辟蹊径。在判断主观要素时,方法论上的理念是从客观素材出发考察主观心理。这是因为,一方面,主观心理活动具有不确定性。另一方面,客观构成要件具有故意规制机能,亦即客观构成要件的内容决定了故意的内容。^[42]

1. 客观素材:着手与实行行为

我国传统理论认为,着手是实行行为的起点,只要着手就意味着有实行行为;只要有实行行为,就意味着着手,二者是一体关系。^[43]这种结论在一般情形下是成立的,但是在少数情形下则难以成立。例如(邮寄毒酒案),甲向乙邮寄毒酒,三天后乙收到毒酒,中毒死亡。学界早期观点认为,寄出毒酒是杀人的着手。但是,寄出毒酒时行为对乙的生命尚未造成紧迫危险,不宜认定为着手。当前主流观点认为,乙收到并准备饮用毒酒时,才是着手,因为此时乙的生命才面临紧迫危险。^[44]但是,由此产生一个解释上的齟齬:甲的杀人行为(邮寄行为)在前,着手在后,二者未能同步。

[38] Vgl. Schmid, „Bedingter Handlungswille“ beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, ZStW 74 (1962), 51 f.

[39] Vgl. Kindhäuser, aaO. (Fn. 12), § 31, Rn. 7.

[40] Vgl. Roxin, aaO. (Fn. 13), § 29, Rn. 84.

[41] Vgl. Roxin, aaO. (Fn. 13), § 29, Rn. 86.

[42] 参见(日)大塚仁:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第116页。

[43] 参见曲新久,见前注[1],第136页。

[44] 参见张明楷,见前注[1],第342页。黎宏,见前注[1],第231页。

对此,西原春夫教授认为,甲在寄出毒酒之后,便产生了阻止结果发生的作为义务;当乙收到毒酒后,甲的不作为就是实行行为。^[45] 这种解释貌似将着手与实行行为同步起来,但仍存在问题。第一,这种解释并没有将着手与实行行为完全同步起来,因为当甲寄出毒酒后,甲便存在不作为(实行行为),但是等到乙收到毒酒后,甲的行为才着手。二者仍存在先后问题。第二,这种解释会导致所有的隔离犯和间接正犯均成为不作为犯罪。第三,这种解释容易导致行为人不受处罚。成立不作为犯,要求具有作为可能性和结果避免可能性。而在隔离犯和间接正犯的场所,由于存在明显的时空间隔,行为人有可能没有作为可能性及结果避免可能性,如此行为人便不构成不作为犯罪,导致行为人被不当出罪。

可见,通过不作为犯的方式促使“着手”与“实行行为”一体化的做法,过于牵强。因此,少数情形下“着手”与“实行行为”的分离现象,便是不得不承认的事实。这种分离现象主要有两种情形。第一,“实行行为”在“着手”之前。例如,上述隔离犯及间接正犯的场所。第二,“实行行为”在“着手”之后。例如,甲砸乙的轿车玻璃,盗窃车内钱包。甲砸车窗玻璃时,乙的财物面临紧迫危险,此时甲的盗窃罪已经着手。而盗窃罪的实行行为是将他人占有的财物转移为自己占有。^[46] 当甲打开车门,将车内钱包拿走,才是盗窃的实行行为。又如,甲欲杀害乙,用手枪指向乙,将手指放在扳机上。此时乙的生命面临紧迫危险,甲的杀人行为已经着手。但此时的行为尚不能称为杀人的实行行为,实行行为应是扣动扳机的射击行为,因为只有该行为才会导致死亡结果。正如松原芳博教授所言,着手中的“行为”与直接引起结果的“实行行为”,实际上并不相同。^[47]

这种“着手”与“实行行为”的分离现象在构成要件理论上可以得到合理解释。构成要件具有两项特征。一是类型性特征,由此形塑一个明确清晰的犯罪类型,实现构成要件的犯罪个别化机能。二是违法性特征,亦即构成要件是违法性的本体存在根据(Ratio essenti)。^[48] 类型性特征是形式特征,违法性特征是实质特征。一般情形下,形式与实质是统一的,但有时二者会出现分离。从构成要件角度看,“着手”侧重于实质特征,主要表示违法性的程度,亦即法益侵害是否达到紧迫危险的程度。而“实行行为”承载了类型性机能,向人们展示某个犯罪行为的法定图像。就此而言,将“实行行为”称为“构成要件行为”更为贴切。这种区别决定了“着手”与“实行行为”的主旨任务有所不同。“着手”主要是通过法益侵害程度,筛选出值得处罚的未完成形态如犯罪未遂,排除不值得处罚的未完成形态如犯罪预备。^[49] 而“实行行为”主要是通过树立法定的犯罪行为类型,来限定结果归属的范围。若从自然事实出发,结果归属的范

[45] 参见(日)西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第16页。

[46] 参见周光权:《刑法各论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第117页;(日)山口厚:《刑法各论》(第2版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第225页;Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl., 2014, § 2, Rdn. 27.

[47] 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243页。

[48] Vgl. Mezger, aaO. (Fn. 28), S.182.

[49] 参见金光旭:“日本刑法中的实行行为”,《中外法学》2008年第2期,第239页。劳东燕:“论实行的着手与不法的成立根据”,《中外法学》2011年第6期,第1237页。

围可能会被无限扩大,如此无法发挥构成要件行为的呼吁警示机能(Apell- und Warnungs-funktion)。

通过以上论述可知,“着手”主要解决未遂与预备的划分问题,“实行行为”主要解决未遂与既遂的区分问题。因此,我国《刑法》第23条第1款关于未遂的定义,“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂”,完整的表述应为,“已经着手犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因,所实行的犯罪未得逞的,是犯罪未遂”。与此同时,关于犯罪预备的法条解释,也应作相应调整。我国《刑法》第22条第1款规定:“为了犯罪,准备工具、制造条件的,是犯罪预备。”主流观点认为,其中的“为了犯罪”应解释为“为了实行犯罪”。^[50]然而,更准确的解释应是“为了着手犯罪”,因为预备与未遂的划分依据不是“实行行为”,而是“着手”。

2. 主观要素:着手决意与实行决意

一般情形下,着手与实行行为是统一体,相应地,主观上的故意就是着手实行的故意,其中的意志因素就是着手实行的决意。但是,当着手与实行行为分离时,相应地,主观上的故意也应分为着手的故意与实行行为的故意。着手的故意,是指认识到自己的行为制造了紧迫危险,并希望或放任该危险的存在。实行行为的故意,是指认识到自己的行为会导致实害结果,并希望或放任该结果的发生。相应地,故意的意志因素也包括着手决意与实行决意。例如(倒数枪击案),甲决定杀害乙,用枪指向乙,手指放在扳机上,准备从“10”数到“1”时扣动扳机,但当数到“8”,尚未主动扣动扳机时,由于手指抖动,不慎触动扳机,子弹突然发射出去,打死乙。传统理论认为,“在构成要件过早实现的场合,客观上有实行行为,只要就该行为具有认识,即便是经过意想不到的经过引起了结果,就应当对该结果追究其故意犯的罪责,这种思考方法和法定符合说的场合是一样的”。^[51]

然而,这种看法值得推敲。前文已述,甲欲杀害乙,用枪指向乙,将手指放在扳机上,只是杀人的着手,因为制造了紧迫危险,但并非杀人的实行行为,因为该举动不会导致死亡结果。杀人的实行行为应是主动扣动扳机,因为只有该行为才会导致死亡结果。相应地,甲在倒数时的行为决意属于着手决意,尚不能称为实行行为的决意。由于甲缺乏实行行为及相应决意,因此甲不构成故意杀人罪既遂,而构成未遂。同时,甲不慎扣动扳机,构成过失致人死亡罪,与杀人未遂想象竞合,择一重罪论处。

回到文首女友分手案,甲用枪指向乙,声称“你若离开,我就杀了你”。客观上甲对乙的生命制造了法不允许的紧迫危险。主观上需要判断甲有无着手决意。前文已述,将手指放在扳机上,用枪指向乙,只是杀人的着手,杀人的实行行为应是扣动扳机。由于甲尚未实施杀人的实行行为,相应地,甲并没有实行行为的决意。但是,甲有着手的决意,一方面,甲显然认识到自己的行为制造了紧迫危险;另一方面,甲一直举着枪指向乙,表明甲希望或放任这种紧迫危险一直持续。这种行为意志就是着手的决意。甲的确可以声称“当乙离开我时,我才会决定开枪”,所以自己没有实行决意。该主张是可以成立的。但是,实行决意是为判断既遂服务的,没有实行决意并不意

[50] 参见张明楷,见前注[1],第332页。

[51] 大谷实,见前注[6],第171页。

味着就不构成未遂,因为未遂的起点是着手。本案中着手与实行行为是分离的;成立未遂,只要要求存在着手及相应决意。而甲存在着手及相应决意,因此甲构成杀人未遂。

在前文盗窃塑像案中,甲触摸查看塑像,客观上对该财物制造了法不允许的紧迫危险,构成盗窃的着手,但尚不构成盗窃的实行行为。盗窃的实行行为(构成要件行为)是“将他人占有的财物转移为自己占有”。相应地,甲尚无盗窃的实行决意。但是,甲有盗窃的着手决意,甲认识到了自己的举动制造了紧迫危险,并且随着一直触摸查看,紧迫危险一直在持续。这表明甲希望或放任这种紧迫危险一直持续。这种行为意志就是着手决意。甲的确可以声称“当确定雕像的材料是有价值的,我才会决定去偷”,所以自己没有实行决意。但是,实行决意是为既遂服务的,没有实行决意并不意味着就不构成未遂,因为未遂的起点是着手。本案中着手与实行行为是分离的;成立未遂,只要求存在着手及相应决意。而甲存在着手及相应决意,因此甲构成盗窃罪未遂。通过以上分析可知,只要认识到着手决意与实行决意可以分离,便可以合理解释“以不确定事实为基础的决意”这类案件。

四、故意行为危险的发展

故意行为危险经过创设阶段,进入发展阶段,则其中故意的意志因素便已经超越了单纯的着手决意,形成实行决意,亦即实现构成要件结果的决意。在故意行为危险的发展阶段,意志的支配力是危险向前发展的推动力,意志的支配内容是实现构成要件结果。在这个发展过程中,实行决意是否需要具有坚定性,需要细致研究。这主要涉及“保留中止的决意”(Entschluß mit Rücktrittsvorbehalt)这种心理活动。这是指行为人具有实行决意,但是此后在“要继续”还是“要放弃”上犹豫不决,亦即在实行过程中保留着中止意图。例如文首的煤气杀人案,甲为杀害丈夫,打开煤气,又犹豫“要不要继续”“要不要放弃”,在犹豫之际被抓获。依传统理论,成立未遂犯,要求行为人将犯意保持到最后,直到因意志以外原因而被迫放弃。问题是,甲一方面似乎缺少继续实施犯罪的实行决意,另一方面又没有自动放弃犯意,而是处在犹豫不决状态,此时甲是否构成未遂?

对此,罗克辛教授提出“优势理论”(Übergewicht)并获得多数认可。该理论认为,行为人在实施犯罪时,犯罪动机与抑制犯罪的动机(反对动机)并存,是正常现象;要找到坚定不移、毫不动摇的实行决意,是不现实的;因此,行为人是否有实行决意,主要看两种动机中,哪种占据优势。如果犯罪动机、犯罪意志占据优势,则表明行为人仍具有实行决意;对此,需要结合案件事实来判断,例如甲使用暴力扒了乙女衣服,强迫其发生性交,此时甲就不能声称“自己还犹豫不决,还保留着中止的想法”。^[52]然而,该理论值得商榷。其一,依据该理论,反对动机是有可能占据优势的,如此行为人便可构成中止。但这种结论会不当地轻纵行为人,也不符合犯罪中止的原理和条件。其二,该理论长于描述事实,但短于有效判断。亦即该理论所描述的行为人心理状况是符合实际的,但是并未提供具有可行性的判断标准。该理论认为行为人的哪种

[52] Vgl. Roxin, aaO. (Fn. 13), § 29, Rn. 88 ff.

心理占据优势需要根据案件事实来判断,例如通过“甲使用暴力扒了乙女衣服,强迫其发生性交”,就能判断甲具有强奸的实行决意。问题是,当甲有这些举动时,甲的实行决意是不言自明的。有疑问的场合是,行为人暂停犯罪行为,犹豫不决,例如前述煤气杀人案。而在这种场合,用优势理论便难以判断。正因如此,赫兹伯格(Herzberg)教授认为该理论表面上看有用,实际上没有实质帮助。^[53]

与罗克辛教授的优势理论不同,雅科布斯(Jakobs)教授认为,在“保留中止的决意”案件中,行为人的实行决意是一种行为意志,并不是一种抉择。例如,警察甲突然发现妻子竟然是别的男人的情人,拔出枪准备杀死妻子,在甲要扣动扳机那一刻,他的内心并非经过两种力量的斗争后才选择扣动扳机,那一刻他的内心只认识到导致死亡的危险。甲认识到危险并准备付诸实施,就表明其有实行决意。^[54]然而,这种看法可能有失偏颇。的确,在有些案件中,行为人在实施实行行为时,并没有仔细权衡,并没有进行犯罪动机与反对动机的较量。但这些案件主要限于激情犯罪或临时起意犯罪等少数案件。在大多数蓄意犯罪案件中,行为人做出犯罪决定是经过思想斗争的。而“保留中止的决意”案件的特点正是行为人暂停犯罪脚步,陷入犹豫不决状态,这表明行为人的确在进行犯罪动机与反对动机的斗争。这一点是难以否认的。

妥当处理“保留中止的决意”案件,需要细致比较中止与未遂的成立条件。这类案件的特点是,在实施犯罪过程中,行为人又犹豫不决,“要不要继续犯罪”。在这种犹豫之际被捕,如果不构成中止,便只能构成未遂。成立中止,要求行为人自动放弃犯罪。“自动放弃犯罪”是主客观相统一的要件,一方面要求客观上实行行为不再继续,另一方面要求主观上实行决意(犯意)消除。如果实行行为不再继续,但主观犯意没有消除,则不成立中止,因为不符合自动性要件。未遂犯的特点是,行为人一直保有犯意,直到因意志以外原因而被迫放弃。就犯意而言,中止犯是无犯意,未遂犯是有犯意,二者是0与1的关系。“犹豫不决”的状态貌似属于0.5,有可能滑向0,也有可能滑向1,处于待定状态。但是,中止犯要求犯意是0,不符合“零犯意”,就不能成立中止。“零犯意”是个点的概念,而“有犯意”是个幅的概念。前者只有定性问题,后者还有定量问题,亦即“有犯意”存在犯意程度大小的样态。传统观点认为,成立未遂犯,要求行为人一直具有坚定的推动犯罪向前发展的实行决意,直至被迫放弃。其实,成立未遂犯,只要求行为人保有实行决意,该实行决意既可以很强烈,也可以很微弱,只要没有熄灭即可。基于此,“犹豫不决”心态即使属于0.5,也属于有犯意,不符合中止犯“零犯意”的条件,因此不构成中止,只能构成未遂。煤气杀人案中,甲打开煤气,又犹豫“要不要继续”“要不要放弃”。这种心理属于“要不要走向零犯意”,说明还保有犯意,只是犯意程度很微弱,但没有消除。此时甲被抓捕,应构成未遂。由于“自动放弃犯罪”是个主客观相统一的要件,因此要构成“零犯意”,就要求客观上终止实行行为。如果甲主动关掉煤气,则证明甲已经是“零犯意”,此后即使被抓捕,也构成中止。

需要比较的是,“保留中止的决意”案件与前文“以不确定事实为基础的决意”案件的特征。

[53] Vgl. Herzberg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 22, Rn. 99.

[54] Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, § 25, Rn. 29 f.

雅科布斯教授认为二者具有相似结构,都存在实行决意。^[55]然而,细致分析会发现二者有所不同。前者譬如(奸淫幼女案),甲欲强奸幼女乙,将乙锁进房间,又犹豫“要不要造这个孽”,最后决定“如果孩子大声哭泣,就放了孩子”。此时甲被抓获。^[56]甲释放乙需要具备“乙大声哭泣”这一未来条件。在这一条件出现前,甲仍保有强奸的决意。这属于附条件而消除实行决意。后者譬如前文盗窃塑像案,行为人甲触摸塑像,打算如果制作材料有价值,就立即偷走塑像。前文已述,甲有着手决意,但尚无实行决意,是否有实行决意,取决于塑像材料是否有价值。这属于附条件而产生实行决意。因此,这两类案件中,行为人的实行决意虽然均具有不确定的特征,但是二者的类型效果有所不同。

另外,阿茨特(Arzt)教授认为,在“保留中止的决意”案件中的确存在实行决意,但这种实行决意是一种间接故意的心理样态。^[57]这种看法值得商榷。虽然如前文所述,未遂犯中的故意包括间接故意,但是在“保留中止的决意”案件中,行为人的心理特征并不全然符合间接故意的条件。间接故意的“放任”是“发生也可以、不发生也可以”的心理态度。这就要求客观上具有发生结果与不发生结果这两种可能性。如果只有必然发生结果这一种结局,并且行为人也认识到,则行为人不是间接故意,而是直接故意。例如,乙丙在同一条绳子上洗刷大厦玻璃,甲欲杀害乙,准备解开绳子,但意识到这样做会导致丙死亡,出于无所谓心理,解开绳子,乙丙均摔死。甲对丙的死亡应是直接故意。上文煤气杀人案中,煤气仍在释放,持续下去,就必然会发生死亡结果。只要甲没有关掉煤气,其犹豫时的故意心理就是直接故意,而非间接故意。

五、故意行为危险的实现

故意行为危险经过发展阶段便进入实现阶段,若现实化为实害结果,则成立犯罪既遂。在此需要判断的是结果归属问题,一个实害结果是不是故意行为危险现实化的结果,该结果能否归属于故意行为危险。这涉及到既遂与未遂的界定。在此,争议激烈的问题是“结果的提前实现”,亦即结果的发生时间比行为人预想的有所提前。典型案例是文首的投放过量安眠药案。主流意见认为,甲构成故意杀人罪既遂。^[58]然而,这种主流意见(肯定既遂说)的说理是否充分,需要细致论证。

(一)客观危险标准

肯定既遂说的第一项理由是,实害结果能否被认定为既遂结果,关键看行为是否着手,而关于着手的判断,应采取客观说,不需要考虑主观上有无实行的故意;客观说认为,行为对法益制造了现实、具体、紧迫的危险时,行为就已经着手;基于此,在投放过量安眠药案中,甲投放过量安眠药,对乙的生命制造了现实、具体、紧迫的危险,表明甲的杀人行为已经着手,因此甲构

[55] Vgl. Hillenkamp, aaO. (Fn. 17), § 22, Rn. 51.

[56] Vgl. Schmid, aaO. (Fn. 38), 70 f.

[57] Vgl. Arzt, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, 54(60).

[58] 参见张明楷,见前注[1],第277页。

成故意杀人罪既遂。^[59]然而,这种理由值得商榷。第一,从行为不法的角度看,仅考虑客观上行为对法益制造紧迫危险,无法区分故意行为制造的危险与过失行为制造的危险,因为过失行为对法益也可以制造现实、具体、紧迫的危险。行为满足“对法益制造紧迫危险”这一特征,只表明行为制造了法不允许的危险,这是故意行为与过失行为的共同特征。而前文已述,故意行为危险与过失行为危险具有本质区别。一个实害结果能够归属于过失行为危险,不等于能够归属于故意行为危险。第二,从主观不法的角度看,着手的认定不仅应考察客观危险的程度,还应考察主观的着手决意。着手决意决定了危险的性质与程度。这一点从德国刑法学教科书中不难看出,^[60]从我国《刑法》第14条第1款、第23条第1款也能推导出。

(二)客观行为一体化

肯定既遂说的第二项理由是,行为人设想的前后两个行为均具有结果避免发生可能性,均能引起实害结果,并且行为人对二者均具有故意,因此对这两个行为可以一体化理解,基于此,对相应的故意也可以一体化理解,因此行为人构成故意杀人罪既遂。^[61]不过,山口厚教授的这种理由值得推敲。第一,后行为(用绳勒死)并没有发生,因此不存在将前行为与后行为一体化的问题。即使行为人实施了后行为,由于被害人已经死亡,后行为也属于不可罚的不能犯,也没有与前行为一体化的必要。第二,后行为是设想的行为,从设想角度看,前行为与后行为也有重大区别。行为人实施前行为(投放安眠药)时,并没有创设紧迫危险的故意,紧迫危险的效果是过失所致。行为人设想实施后行为时,具有创设紧迫危险的故意。虽然过失行为与故意行为均具有结果避免可能性,但存在高低度差异。由于故意行为的危险具有目的性与支配性,避免结果发生的可能性程度较高,亦即较容易避免,而过失行为的危险具有任意性与盲目性,避免结果发生的可能性程度较低,亦即较难避免。正因如此,二者的违法性程度也不同,所以对二者不能等而视之。

(三)因果偏离不重要

肯定既遂说的第三项理由是,因果关系认识错误不重要,这种认识错误不影响故意的成立,^[62]行为人具有希望死亡结果发生的概括故意,死亡时间比预想早一点,这种因果关系的偏离不重要,因此行为人应构成故意杀人罪既遂。^[63]对这些理由需要仔细分析。

上述理由中,黎宏教授认为,因果关系认识错误不重要,是因为因果关系不是故意的认识内容。^[64]然而,这种看法可能值得商榷。第一,因果性特征是构成要件结果的基本特征。既然构成要件结果是故意的认识内容,那么这种因果性特征也应是故意的认识内容。正如山口厚教授所言:“与因果关系相割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

[59] 参见钱叶六:“论刑法中的构成要件过早实现——以日本判例及其学说为中心”,《政治与法律》2009年第10期,第140、141页。

[60] Vgl. Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2013, § 34, Rn. 2; Kudlich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2009, S.197; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, § 15, Rn. 23.

[61] 参见(日)山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第232页。

[62] 参见黎宏,见前注[1],第210页。

[63] Vgl. Maurach und Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1992, § 23, Rn. 36.

[64] 参见黎宏,见前注[1],第185、210页。

望’等而已,其能否奠定故意的基础是有很大疑问的。”〔65〕第二,是否要求认识因果关系与要求认识到何种程度,是不同性质的问题。正如弗里施教授所言,虽然行为人不需认识到实际具体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)。〔66〕这两种认识不应被混为一谈。因此,不能根据无法认识到因果关系的具体样态,推导出不需要认识因果关系的结论。

上述理由中,毛拉赫(Maurach)教授认为只要对死亡结果有概括故意,那么死亡时间的早晚便不重要。然而,这种看法值得推敲。第一,即使行为人对死亡结果有概括故意,也需遵守行为与故意同时存在原则。〔67〕例如,甲欲杀害乙,驾车去乙家,意图在乙出门时,开车撞死乙。甲在驾车去乙家路上,违章肇事,压死一人,下车发现死者是乙。不能因为甲对乙的死亡有概括故意,就认为甲构成故意杀人罪既遂。甲虽然对乙的死亡有概括故意,但尚无实行决意,所创设的故意行为危险尚处在预备阶段,死亡结果不能归属于该危险。甲的驾车行为同时制造了过失行为危险,死亡结果应归属于该危险。甲同时构成故意杀人罪(预备)与交通肇事罪,二者想象竞合,择一重罪论处。第二,因果偏离不重要的前提是故意行为危险进入实行阶段,结果能够归属于故意行为危险。例如,甲向商场安装了炸弹,要引爆炸弹,需要先按第一个按钮,然后在十秒内按第二个按钮;当甲按第一个按钮时,炸弹竟爆炸了。由于按第一个按钮时,故意行为危险已经很紧迫,已经着手进入实行阶段,爆炸结果能够归属于故意行为危险,因此,这种结果的提前实现不重要。但是,如果结果不能归属于故意行为危险,只能归属于过失行为危险,则因果偏离具有重要性。例如,甲驾驶汽车追赶驾驶汽车的乙,欲拦住乙,将乙劫持到地下室然后杀害;两车相距五百米,乙为了摆脱甲而闯红灯,与丙的车辆相撞,乙被撞死。甲对乙的生命创设了故意行为危险,但是该危险尚未进入实行阶段,死亡结果不能归属于该危险。甲的行为同时制造了法不允许的危险(过失行为危险),死亡结果能够归属于该危险。这种因果偏离具有重要性,能够阻却结果归属。因此,甲同时构成故意杀人罪(预备)与过失致人死亡罪,二者想象竞合,择一重罪论处。

(四)故意危险理论

肯定既遂说的第四项理由是普珀教授的故意危险理论。该理论认为法不允许的危险是一种相当的危险(adäquate Gefahr),过失危险就是这种危险,但故意危险是一种比相当危险程度更高的危险(qualifizierte Gefahr)。〔68〕如果行为人有意识地创设这种高度危险(故意危险),这种危险导致结果发生,那么可以实现故意归属。〔69〕至于行为人有无设想到该故意危险会现实化为实害结果,并不重要,因为设想(Vorstellung)不是故意归责的要件;如果将设想作为故意归责的要件,则意味着能否实现故意归责,取决于行为人的愿望。〔70〕在结果提前实现的

〔65〕 山口厚,见前注〔61〕,第228页。

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

〔67〕 参见林山田:《刑法通论(上册)》(增订十版),北京大学出版社2012年版,第185页。

〔68〕 Vgl. Puppe, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103(1991), S. 31.

〔69〕 Vgl. Puppe, aaO. (Fn. 68), S. 19; Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 38ff., 66ff.

〔70〕 Vgl. Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., 2011, § 10, Rn. 1 ff.

案件中,前行为(投放过量安眠药)已经创设了故意危险,该危险能够导致结果发生,这就为故意归责提供了基础。至于行为人有无设想到该危险能够导致结果发生,并不重要,因为该危险能否导致结果发生,不是事实判断问题,而是法律判断问题,亦即这不是行为人自己判断的问题,而是法官判断的问题。^[71]然而,上述理论值得仔细探讨。

第一,将故意危险理解为达到一定严重程度的高度危险,比过失危险的程度更高,这便意味着故意危险与过失危险只有程度之分,没有本质区别。然而,如前文所述,二者有本质区别。罗克辛教授便认为,普珀教授的理论实际上仍属于故意理论中的盖然性理论,亦即用盖然性的认识来区分间接故意与有认识的过失。^[72]毫无疑问的是,在投放过量安眠药案中,如果妻子对投放过量安眠药具有概括故意、间接故意等不确定故意,则妻子应构成故意杀人罪既遂。此时不存在结果的提前实现,而属于结果的正常实现。然而,案件事实是,妻子只是想让丈夫熟睡,没有认识到安眠药被投放过量。

第二,行为人创设了故意行为危险,不意味着可以一劳永逸地收获结果。普珀教授认为,故意不需要维持到结果发生时,只需要在实施构成要件行为时存在就可以了。^[73]这种说法并不准确。行为与结果的联系存在两种情形。一是行为与结果同时发生。例如,甲不断地砍杀乙,直至将乙砍死。在此,故意维持到了结果发生时。甲创设了故意行为危险后,还需要通过意志支配不断地推动危险向前发展,最终现实化为结果。二是行为与结果之间有明显间隔。这是指隔离犯的场合,例如,甲向乙邮寄了一瓶毒酒,两日后乙收到毒酒,饮用后中毒死亡。在这种场合,故意似乎不需要维持到结果发生时,甲创设了故意行为危险后,就可以不关注此后危险的发展与实现,只要客观上该危险导致结果,甲便构成杀人既遂,因为危险的发展与实现遵循客观因果法则,不以人的意志为转移,而且人只能认识现存的事实,无法认识尚不存在的未来事项;简言之,行为与故意需同时存在,但结果与故意不需同时存在。然而,这种看法值得商榷。故意在行为时与行为后的存在形式有所不同。如前文所述,故意中的认识因素包括“知晓”(Kenntnis)和“设想”(Vorstellung),前者是对现存的构成要件行为及其危险的认识,后者是对危险流能否实现为结果的认识。故意中的意志因素包括意志的支配力和支配内容。甲在实施邮寄行为时,知晓自己的邮寄行为,也设想该行为会导致死亡结果,并通过支配力实施该行为。当甲完成邮寄行为后,“知晓”与行为举止便同时结束,但“设想”与行为创设的危险流仍在持续,“设想”的对象可以是未来事项;并且,危险流的发展不是盲目的、任意的,而具有方向性和目的性,体现了甲的目的性指引和意志支配,甲利用所掌握的因果法则,操控了危险流的发展。因此,在危险流的发展中,仍存在故意因素,只是该故意因素并不完整,在认识因素上已不需要“知晓”,只剩下“设想”,在意志因素上已不需要支配力,只剩下支配力的效果。因此,所谓“不需要结果与故意同时存在”,是指不需要完整的故意同时存在。如果认为在危险实现的过程中,完全不存在故意要素,会导致犯罪终局性形态的错误判断。例如,妻子甲给丈夫乙投毒后,不忍目睹乙的死亡过程,出门在院里等候,半小时后估计乙已死,回家查看乙还没死,又

[71] Vgl. Puppe, Nomos Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 16, Rn. 90.

[72] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 12, Rn. 49.

[73] Vgl. Puppe, aaO. (Fn. 71), § 16, Rn. 82.

后悔便抢救过来。当投毒行为终了后,“知晓”也随之结束。接着,甲的等待与估计等心理属于“设想”。如果认为甲的杀人故意在投毒行为终了后便已经消除,则意味着犯罪呈现终局性形态(未遂),那么甲此后的抢救行为便不能成立犯罪中止,因为终局性形态只能出现一次,未遂排斥中止。这样的认定结论显然不合理。

依照普珀教授的观点,既遂犯=未遂犯+实害结果,因此,投放过量安眠药案中,妻子应构成杀人既遂。对此,山口厚教授便指出,既然行为人不认为自己做出了能产生结果的必要行为,就尚不能肯定行为人对于结果发生具有现实的认识、预见,也就是说在投放安眠药的时点,行为人想的是试图在此后再造成结果;在此情形下,若仍认为行为人具有既遂犯的故意,则意味着将一般的犯罪意图等同于实行决意,将一般的犯罪故意等同于既遂犯的故意;如此认定,会导致构成要件结果的地位被退化成为一种客观处罚条件。^[74]

第三,故意行为危险有程度之分,如果行为人创设的故意行为危险只是缓和的抽象危险(预备行为的危险),则不能实现结果归属;只有紧迫的具体危险(实行行为的危险)才能实现结果归属。而创设紧迫的具体危险,不是纯粹的客观事态,而是由行为人的着手实行的决意所决定。例如,甲欲杀害室友乙,打算先砍掉乙的一根手指,给点痛苦,再砍颈部,砍死乙;当甲砍掉乙的一根手指后,由于乙患有血友病,流血不止而死亡;甲曾经听其他室友说过乙患有血友病,但并不相信。虽然甲对乙的生命创设了故意行为危险,但是由于甲意图先砍手指,此时尚无杀人的实行决意,此时创设的危险不是紧迫的致命危险,只是伤害性质的危险,结果不能归属于该危险。同时甲制造了法不允许的危险(过失行为危险),结果应归属于该危险。因此,甲的砍手指行为同时构成故意杀人罪(预备)、故意伤害罪(既遂)及过失致人死亡罪。后二者形成结果加重犯(故意伤害罪致人死亡),与前者想象竞合,最终以故意伤害罪致人死亡论处。

第四,在客观上判断故意行为危险能否导致结果,的确是法官判断的事项,但这并不意味着不需要行为人主观上认识这一点。这就如同,在客观上判断危害结果的有无是法官判断的事项,但这并不意味着不需要行为人主观上认识危害结果。因此,普珀教授的这种推导混淆了法官认定与被告人认识两种不同的问题。

(五)总结:故意行为危险的偏离与实现

归纳前文分析可知,第一,判断“着手实行”,一方面要求行为对法益制造了紧迫危险,另一方面要求行为人具有着手实行的决意。第二,故意行为制造的危险与过失行为制造的危险具有不同特征,前者对危险具有支配性,所成就的因果关系具有确定性,后者对危险不具有支配性,所成就的因果关系具有盲目性。对二者不能等而视之。第三,因果关系是故意的认识内容,因此不能忽视因果关系错误。如果行为人创设了故意行为危险,但导致结果的是过失行为危险,则意味着故意行为危险发生了本质性偏离,结果不能归属于故意行为危险。

根据结果归属的不同,故意行为危险的偏离与实现存在诸多类型。①行为人创设了故意行为危险,并且具有着手决意,但实害结果不能归属于该危险。例如,甲欲毒杀乙,递给乙一个有毒的大枣,乙吞咽时卡在喉咙,窒息死亡。由于乙的死亡结果不是甲制造的故意行为危险的现实化,因此甲不构成故意杀人罪既遂,而是未遂。②行为人创设了故意行为危险,并且具有

[74] 参见山口厚,见前注[61],第231页。

着手决意,实害结果能够归属于该危险,但危险的实现方式与行为人的设想不一致。例如,甲捆绑了乙,挖一个深坑,欲活埋乙,将乙推下去,不料乙摔断脖子死亡。甲将被捆绑着的乙推下深坑,这种故意行为本身就蕴含了致命的危险,并且甲认识到这一点,对此具有着手决意。甲创设的这种致命危险中蕴涵了“摔死”这种实现方式。虽然这种实现方式与甲的设想不一致,但甲对此有概括认识,因此死亡结果属于该危险的现实化,甲构成故意杀人罪既遂。^③行为人创设了故意行为危险,但尚无着手决意,同时制造了过失行为危险,实害结果不能归属于故意行为危险,但可以归属于过失行为危险。例如,甲欲毒杀丈夫乙,中午在家里餐桌上放一瓶毒酒,打算在乙晚上回家时递给乙喝,甲然后出门,未料乙提前回家,饮用该酒,中毒死亡。甲在餐桌上放置毒酒,一方面创设了故意行为危险,不过由于甲尚缺乏着手决意,因此该危险尚未进入实行阶段;另一方面制造了过失行为危险,具体而言,在家里放置毒酒,给同居者制造了危险,这是一种法不允许的危险,该危险具有盲目性。乙的死亡不是故意行为危险的实现,而是过失行为危险的实现。因此,甲同时构成故意杀人罪(预备)和过失致人死亡罪,二者想象竞合,择一重罪论处。^④行为人创设了A罪的故意行为危险,但尚无着手决意,同时创设了B罪的故意行为危险,也制造了过失行为危险,实害结果只能归属于过失行为危险。例如,甲欲杀害乙,计划先用榔头打晕,然后将乙扔到河里淹死。甲用榔头击打乙,看到乙不动了,认为乙昏迷了,实际上已经死亡,将乙扔到河里。甲的击打行为同时创设了故意杀人行为的危险、故意伤害行为的危险及过失行为危险。故意杀人行为的危险因缺乏着手决意,尚未进入实行阶段,故死亡结果不能归属于该危险,甲构成故意杀人罪(预备)。故意伤害行为的危险因具有着手决意,进入实行阶段,该危险现实化为伤害结果,甲构成故意伤害罪(既遂)。过失行为危险现实化为死亡结果,甲构成过失致人死亡罪。后两项罪名形成结果加重犯(故意伤害罪致人死亡),与前罪想象竞合,最终以故意伤害罪致人死亡论处。

回到文首投放过量安眠药案,案件事实是甲没有认识到投放的安眠药过量,甲仅仅想让乙熟睡,为勒死乙制造便利条件。这表明,甲投放过量安眠药所制造的危险属于过失行为危险,因为甲对过量安眠药没有认识,由此导致对该危险缺乏目的性指引和支配,该危险的创设具有盲目性。死亡结果是该危险导致的,这只是一种因果性事件,而非目的性事件。就此而言,甲构成过失致人死亡罪。不可否认,甲投放安眠药是一种故意行为,但该行为所创设的危险是一种缓和的抽象危险(预备行为的危险)。虽然实际的危险很紧迫,但这是由投放安眠药过量导致的,而这一点不是甲的目的性指引的结果,而是一种盲目的结果。甲的投放行为同时构成过失致人死亡罪与故意杀人罪(预备),二者想象竞合,择一重罪论处。

六、结 语

故意犯罪的犯罪形态,无论是未完成形态,还是完成形态,均存在“实现构成要件的故意”这一要件。该故意要件不仅是责任要素,还是不法要素,能够决定危险的有无与程度。故意行为危险与过失行为危险在主体特征上存在显著区别,前者具有目的性和支配性,后者具有任意性和盲目性。二者在可罚性上也存在明显不同,前者不仅是法不允许的危险,而且还是值得刑

法处罚的危险;后者只是法不允许的危险,不是值得刑法处罚的危险。二者的这些差别决定了故意犯罪与过失犯罪具有不同的行为不法。考察未遂犯,重点不在于考察结果不法,而在于考察行为不法。因此,判断未遂犯,关键在于判断故意行为危险的创设、发展及实现。在故意行为危险的创设阶段,可以界定未遂犯与预备犯。在故意行为危险的发展阶段,可以界定未遂犯与中止犯。在故意行为危险的实现阶段,可以界定未遂犯与既遂犯。反对意见可能认为,重视故意要件可能会导致犯罪形态完全由行为人随心决定,例如投放过量安眠药案中,如果甲原本就想用安眠药杀死乙,事后编出“两步走”的说辞,由此便可以逃脱既遂责任,显然不合理。然而,刑法教义学的研究对象是既定事实,程序法的证明压力不应传导至实体法。果真无法查明事实,则只能遵循存疑时有利于被告原则。刑法教义学的精神在于,即使让被告人承担一毫克的刑罚,也必须提供一毫克的不法根据,在此必须锱铢必较。此间论证,具有不法属性的故意不可缺席。

Abstract: Illegal practice is the key to judge an attempted crime. Nevertheless, the illegality of the subjective elements should be considered when judging delict malfeasance. The criminal intent is subjective elements. The danger of intentional action has aim and dominative motivation; while the danger of the negligent act is arbitrary and aimless. To examine an attempted crime, the danger of intentional action must first be investigated through three stages: planning and creating, developing, and accomplished. At the stage of planning and creating a danger, an intention is not equal to commencing on intent, which should be a reality; second, commencing on intent should be a certainty. Recognizing the difference between commencing on intent and implementing intent can deal with the case of “decision-making based on uncertain fact” more properly. At the stage of developing a danger, implementing intent does not require determination, but “having an idea of suspension when implementing intent” does not constitute a suspension of implementing. At the stage of accomplishing a danger, causation created by the danger of intentional act is certain, while causation caused by negligent act is uncertain—these two issues should be differentiated from each other; moreover, the condition of attributing a result to a crime is that the actualized danger of intentional act should become the result of constitutive elements.

Key Words: Attempted; Intention; Commence; Implementing Behavior; Result in Advance

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:邓卓行)