

论故意与过失的犯罪论体系性地位

古典立场的坚持与修正

郑超*

摘要 从评价角度而言,在故意与过失的判断问题上,将认识要素作为意志要素前提的通说观点存在疑问。故意与过失的区分重心在于行为人针对“构筑起违法性基础的构成要件事实”的认识与认识可能性的差异,认识与认识可能性的判断属于责任阶段所要考察的内容。通常所认为的故意所具有的“认识+意志”两要素当中,只有“认识”要素才最终起到了区分故意与过失的机能,“意志”要素并非责任的内容,而是先于“认识”率先进入到了“构成要件行为”当中,并定义了行为的不法及其程度上的强弱。在诸如防卫过当、假想防卫、假想防卫过当等场合,没有必要先承认构成要件故意之后再在责任阶段变行为为过失,只要行为具有“意志”即属于构成要件行为,不需要在构成要件阶段就先区分出行为属于故意行为还是过失行为,故意与过失的判断完全可以放到责任阶段。因此,发挥犯罪个别化机能的并非只有构成要件还应该包括责任,构成要件故意与构成要件过失的提法没有必要。

关键词 故意 构成要件故意 责任故意 认识 意志

一、问题的提出与论证的方向

(一)问题的提出:故意与过失究竟处于犯罪论体系中的何种地位

古典犯罪论体系将故意与过失作为单纯的责任要素,但当前的刑法学界也已然不排斥“构成

* 华东师范大学法学院讲师。本文得到中央高校基本科研业务费项目华东师范大学引进人才启动费项目“刑事制裁制度研究”(项目编号:2019ECNU-HLYT009)的资助。

要件故意与构成要件过失”的说法，〔1〕甚至该说法随着行为无价值论以及新过失犯论的提倡而渐成为理论上的通说之势。〔2〕比如，以故意的犯罪论体系性地位问题为例，受目的行为论的影响，在当前的理论界，或将故意区分为构成要件故意和责任故意并且分别在构成要件阶段与有责性阶段进行解读（即故意的双重属性或者双层定位），〔3〕或将故意仅作为主观的不法要素（并同时强调，故意非责任要素）。〔4〕受当前德国刑法通说的加持，这些近年来在我国得到强有力推崇的观点，是在承认主观构成要件要素的基础上，为了强调故意与过失所应该具有的犯罪个别化机能，而将事实层面的故意放在构成要件阶段评价，在有责性层面又另外提出一个规范评价上的责任故意概念，甚至更进一步将故意从责任当中完全剥离，将责任视为评价活动本身而非评价对象。〔5〕最终，如有观点所认为的：“德国理论界已经不存在将故意视为责任要素的支持者”，〔6〕“在故意属于构成要件的要素之后，过失也同样应属于构成要件的要素”。〔7〕

诚然，如果我们全面接受了当前德国刑法学当中的主流观点，那么自然可以认为，被禁止的行为以及与此相对应的行为人内心态度（故意或者过失）都是属于决定犯罪类型的不法构成要件要素，而责任要素要么并不存在，要么只是指“表明行为中被实现的行为人的法律意识”〔8〕罢了。但问题是，作为解释工具的理论原本就不可能等同于真理本身，当前德国的通说观点是否就应该被我们奉为真理？如果相关的理论只是把问题过度精致化而无益于合理地帮助我们理解和区分我国法规当中的故意（犯）与过失（犯）的话，那么再精致的理论也只能是博物馆里的珍贵藏品而已。比起独一无二的藏品，我们

〔1〕 参见（德）乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》（第6版），蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第136页；（德）克劳斯·罗克辛：《刑事政策与刑法体系》（第2版），蔡桂生译，中国人民大学出版社2011年版，第28页。

〔2〕 参见周光权：“行为无价值论与主观违法要素”，《国家检察官学院学报》2015年第1期，第78—92页。

〔3〕 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，第66—82页；陈家林：《外国刑法理论的思潮与流变》，中国人民公安大学出版社、群众出版社2017年版，第203页。另外，将故意解构为记述的要素和规范要素的观点（杨春然：“论故意在三阶层犯罪论体系中的位置”，《中外法学》2011年第4期，第729—741页），在本质上和将故意区分为构成要件故意和罪责故意的基本论调是一致的。

〔4〕 参见柏浪涛：“未遂的认定与故意行为危险”，《中外法学》2018年第4期，第1014—1034页。

〔5〕 参见柏浪涛：“违法性认识的属性之争：前提、逻辑与法律依据”，《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第6期，第18—30页。

〔6〕 蔡桂生：“违法性认识不宜作为故意的要素——兼对‘故意是责任要素说’反思”，《政治与法律》2020年第6期，第116页。

〔7〕 同上注，第120页。

〔8〕 （德）汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（上），徐久生译，中国法制出版社2017年版，第629页。

或许更需要大众工业化时代精密复杂的高品质“商品”。

不可否认,如果基于在构成要件层面区分故意行为与过失行为的目的,那么将故意与过失放在构成要件阶段进行评价的做法有其固有的逻辑自洽优势,但这种做法看似合理却自陷于如下的矛盾:在构成要件阶段被评价为故意的行为在有责性阶段却可以被评价为过失,那原本被期待的故意与过失具有的区分构成要件类型的犯罪个别化机能又有何意义?并且,在“行为故意”的根部会分枝生出“犯罪故意”与“犯罪过失”的现象很难得到一般市民乃至司法人员的充分理解与认同,最终不过变成理论上的自娱自乐而已。而且,即便在我国持行为无价值论的学者当中,亦有观点批评认为,双重故意说是一种不必要的重复,即便不设置责任概念,也一样能在构成要件中解决认识错误问题。^{〔9〕}但这一观点完全否认责任本身在行为规范上的存在论价值,而将其视为一种司法人员适用裁判规范时的评价本身,混淆了刑法作为行为规范与裁判规范的双重属性,更在概念措辞上将问题变得过于复杂化。

学术的目的之一,在于为思考的宽度与深度提供理论贡献。不论是将故意作为纯粹的主观构成要件要素还是赋予其在构成要件与责任的双阶层意义,对于故意(以及过失)的犯罪论体系性地位的讨论当前更多是一种规范论上的思考路径问题,而非存在论上的对错之争,所以各观点之间无所谓真正意义上的对与错,重要的是哪种观点更能说明问题。

(二) 论证的方向:古典犯罪论体系的坚持与修正

诚如松原芳博所言:“故意的体系性地位,同样与构成要件的犯罪个别化机能相关联。通说的见解赋予故意以构成要件要素与责任要素的二重地位,一方面通过‘构成要件的故意’试图实现对故意犯与过失犯的个别化,另一方面通过‘责任故意’构筑起对行为人进行非难的基础。但是,如果根据这样的见解,当对违法阻却事由存在误想的场合,在构成要件阶段成立的故意犯,由于在责任阶段故意被否定而最终成立过失犯的话,这将导致构成要件的犯罪个别化机能难以贯彻。”^{〔10〕}

因此,笔者认为,理想的情况当是:对故意与过失的判断无需采用两次评价,更不应该在构成要件阶段将故意与过失简单理解为形式上的“认识与认识可能性”进而将其作为构成要件要素或者不法要素进行处理,而努力在责任阶段赋予这种“认识与认识可能性”以规范上的实质内容。换言之,认识与认识可能性的对象应该是行为的社会意义与规范意义。鉴于此,在承认主观的构成要件要素(比如,目的、倾向等等)的基础上,本文试图从古典三阶层的犯罪论体系出发,否定所谓的“构成要件故意”以及“构成要件过失”的提法,同时强调构成要件所代表的应该是违法的行为类型而非违法·有责的行为类型,并最终论证故意与过失始终应该属于

〔9〕 参见柏浪涛,见前注〔5〕,第24—25页。

〔10〕 松原芳博『刑法総論』(日本評論社,2013年)210頁。

责任阶段的评价内容。但这并不代表笔者想完全回归到古典犯罪论体系,毋宁说我们需要在古典犯罪论体系当中重新构建“行为”与“故意/过失”的内核。笔者认为:故意与过失并不应该被放在构成要件与有责性之中进行双层评价,而是应该将原本我们所认为的组成故意与过失的内容本身(意志要素与认识要素)进行重构,意志要素属于构成要件行为所需的不法要素,故意犯与过失犯都需要有实行行为,而只有认识要素才具有区分故意与过失的机能,故意与过失的差异源于在有责性阶段所评价的认识与认识可能性的差异。

二、对故意、过失认定标准的疑问——兼谈假想防卫、防卫过当的罪过形式

(一)故意与过失的认定标准问题

正如很多学者主张的:“故意与过失这两种责任形式的界限,是同时按照两个标准来区分的:一是行为人对自己行为造成危害结果有无认识以及认识程度如何;二是行为人对危害结果的态度如何。”^{〔11〕}前者属于认识的要求,而后者属于意志的要求,两要素排列组合形成了直接故意、间接故意、过于自信的过失与疏忽大意的过失之分。然而,在假想防卫与防卫过当等场合,行为人所实施的行为完全有可能基于一种希望或者放任结果实现的主观意志,但当前的主流观点往往又承认,在这些场合同样存在成立过失犯的可能,并且学说上是从认识的角度对此进行解释。依据一直以来对行为人主观方面的理解,认识因素与意志因素缺一不可,“认识因素是意志因素存在的前提和基础”,^{〔12〕}对构成要件事实的错误认识随之产生了错误意志,在错误意志所驱动下的行为最终只能归诸于过失。然而,这样的逻辑过程存在一个值得反思的疑问:为何基于错误的认识所产生的行为意志就一定是错误的?

比如,行为人对行为的正当化事由存在认识错误的时候,其所实施的阻止自认为存在的“不法侵害”的行为以及针对随后所造成的“侵害后果”完全可能具有日常行为意义上的希望或者放任,但此时的反击行为在刑法上为何最终有可能被评价为过失犯?不难看出,决定行为属于故意还是过失的标准不在于意志而在于认识,是针对构成要件事实存在认识还是认识可能性的问题。

又比如,甲对乙心怀愤恨一直欲除之而后快但却有贼心没贼胆,某日甲遇到乙心中又油然而产生了杀意,随手拿起一把“道具枪”朝着乙做射击状,但未曾认识到此时的道具枪竟然真的有杀伤力并最终导致了乙的死亡。如果我们认为不应该仅仅因为甲对乙的死亡结果不排斥甚至

〔11〕 张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第255页。

〔12〕 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第109页。抑或者从责任能力角度认为,辨认能力是控制能力的基础与前提。同上注,第302页。

是持有希望的态度就可以直接将死亡结果归属于他的话,那么唯一剩下的就是讨论此时甲是否存在可以回避的认识错误的问题,当存在认识可能性的情况下自然可以认定甲对乙的死亡负有过失。同样,此时起到区分故意和过失作用的不是意志而在于认识。

更比如,在医生实施手术的场所当中,即便主刀医生对某个病人怀有仇恨并且期望对方在手术过程中死亡,但如果医生的行为本身符合手术规范,也难以说得上是创设了法所不容许的风险,即便不幸发生了病人死亡的结果,也难以说医生此时具有针对死亡结果的故意或者过失。^[13]

以上三个例子均表明:意志要素本身并不能起到区分故意与过失的作用,认识也并非意志的前提。在“认识/认识可能性”与“故意/过失”之间,“意志”并没有起到任何中介的作用——正如后文将论证的,意志要素其实在评价上不是介于“认识/认识可能性”与“故意/过失”之间,而是先于主观层面的评价率先进入到了构成要件行为的评价之中,定义了刑法意义上所需要规制的“行为”——无意志的举动自然被排除于刑法所规制的行为之外,而意志的强弱影响了行为不法的强弱。

当我们将犯罪的评价分析坚持的是从客观到主观的时候,行为意志这种属于行为不法的、客观化的主观要素理应被放在针对于构成要件事实的认识这种纯主观要素前进行评价。如此一来,至今为止对“故意/过失”的理解或者说对我国《刑法》第14、15条的解读便存在一定的误区,这也解释了为什么我国对假想防卫、防卫过当等行为的罪过形式会存在普遍争议的原因。

(二)假想防卫、防卫过当等行为的罪过形式争议

对于假想防卫、防卫过当甚至是假想防卫过当等行为的罪过形式的讨论,一直以来理论上主张成立过失犯为主观点居多,^[14]也有认为防卫过当的场合“主观上不可能出于直接故意”,^[15]但近年来也有黎宏等学者主张“故意能够成为防卫过当的罪过形式,将防卫过当认定为过失犯没有太大的现实意义”,^[16]而在他的另外一篇讨论假想防卫过当的文章当中则主张,在假想防卫过当的场合,“根据行为人对过当事实有无认识,可以区分为故意犯和过失犯”。^[17]虽然两篇文章的结论看似略有冲突,但基本观点同样是认为防卫过当以及假想防卫过当等都有成立故意犯与过失犯的可能性,区分往往基于对防卫事实、过当事实是否存在认识

[13] 松宫孝明『刑法総論講義(第5版補訂版)』(成文堂,2018年)183頁參照。

[14] 比如,我国早期的观点就有认为,“防卫过当唯一的罪过形式是疏忽大意的过失”。利子平:“防卫过当罪过形式探讨”,《法学评论》1984年第2期,第65页。也有观点认为,“在防卫过当情况下,行为人的罪过形式主要是过失,但不能否认故意(特别是间接故意)的存在”。高秋:“防卫过当的罪过形式和处理”,《法学》1984年第8期,第26页。

[15] 高铭喧等,见前注[12],第136页。

[16] 黎宏:“论防卫过当的罪过形式”,《法学》2019年第2期,第26页。

[17] 黎宏:“论假想防卫过当”,《中国法学》2014年第2期,第257页。

而已。但是,如陈兴良所言,在司法实践中防卫过当很少会被定为故意杀人罪或者过失犯罪,而往往是被定为故意伤害罪或者故意伤害(致人死亡)罪。^[18] 这些关于罪过形式的认定争议足以表明,我国刑法的罪过形式认定标准看似已由立法明确规定但却存在颇多的不同理解,也表明罪过形式很有可能不是单纯的事实描述而是一种规范上的评价,因而可以处于变动当中。

不论是持以上何种结论的观点,往往都基于一个基本前提:防卫意思与犯罪意思难以共存。在这一前提下,行为人的防卫意思容易被解释为属于消极的主观构成要件要素——如果存在防卫意思就排除犯罪意思,如果没有犯罪意思就阻却不法。基于此,支持构成要件故意这一概念的学者往往会更激进地主张在构成要件阶段区分“行为故意”与“犯罪故意”,在其看来,杀人的故意与犯杀人罪的故意在构成要件阶段也必须区分。但是,这类观点的立论基础以及相关的推论不得不说存在值得商榷之处。

理论上一直认为,“因为正当防卫目的与犯罪目的,不可能同时存在于一个主观意识支配外在行为的过程之中”。^[19] 但是,积极的侵害意思甚至是犯罪意思为何就不能与防卫意思共存? 比如甲正在对乙实施不法侵害,甲的仇人丙路过并认识到了不法正在发生当中,此时如果丙以复仇的目的(犯罪目的)制止了甲的不法侵害(假定没有超过必要限度但造成甲重伤的结果),假如认为丙成立正当防卫需要基于纯粹的防卫目的的话,无疑是在要求丙要么将对于甲的复仇目的从思想中排除,要么就应该对乙见死不救,因为救助反而会构成犯罪——这样的结论未免荒谬,更有运用刑法处罚思想的嫌疑,与行为责任的基本要求相背离。除此之外,认为防卫意思与犯罪意思无法共存的观点本身难以解释假想防卫、防卫过当等行为形态中合理防卫部分与不合理防卫部分共存的可能。在这类场合,我们并不否定行为具有部分正当防卫的属性,并且是将“合理防卫”与“不合理防卫”融合在了一个行为当中,即在一个行为和一个行为意思的基础上,对其中超过合理限度的部分进行否定评价而已。因此,我们不应该简单认为“主观上具有伤害他人的犯罪故意,客观上实施了伤害他人的犯罪行为……应当构成故意伤害罪”,^[20] 而是应该同意:即便丙是基于私仇等目的实施了外观上合法的正当防卫行为,只要他认识到了不法正在发生当中,就不应该妨碍正当防卫的成立。否则,如果简单认为此时的行为不构成正当防卫的话有主观归罪之嫌。

根据以上的结论进一步可以认为:在行为所表征的客观样态上,正当防卫行为与犯罪行为完全应该被评价为一个构成要件行为,构成要件阶段只需要解决该行为是否存在行为意志即可,无需区分这种行为最终属于正当行为还是犯罪行为,在构成要件阶段就进行违法性的评价

[18] 参见陈兴良:《正当防卫论》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第187页。

[19] 高铭暄等,见前注[12],第136页。

[20] 海南省三亚市中级人民法院(2016)琼02刑终28号刑事附带民事裁定书。

没有太大意义,将故意与过失也放进构成要件阶段当中更没有必要。正如山口厚所指出的:“违法性的实质性内容应该从法益的侵害·危险的引起来把握,将原本属于单纯的针对违法事实的认识·认识可能性,即故意·过失,当作违法要素进行理解的观点,是一种有别于法益侵害·危险的引起,而是将行为的无价值性乃至行为者的无价值性(否定性评价)本身作为违法要素进行了解读,在违法性的理解上存在问题。”〔21〕

综上所述,我们可以做如下小结:在假想防卫、防卫过当甚至是正当防卫等场合,行为人实施的完全可以是一种有意图的侵害行为,行为人实施的反击行为与驱动该行为的意志在构成要件阶段无法而且也没有必要明确区分出“正当防卫”与“犯罪”“故意”与“过失”,该行为完全可以具有造成他人法益侵害·危险的行为意志,其合法性只有在违法性评价阶段通过法秩序所预设的价值位阶的判断才会有定论。在这之后,评价这种行为属于故意还是过失的标准在于行为人主观上对防卫事实、行为的违法性乃至过当性是否存在认识或者认识可能性而已。

(三)对《刑法》第14条、15条的重新解读

行为意志赋予了构成要件行为在刑法上的意义,但不能用以区分故意与过失。故意与过失的区分属于责任阶段要解决的问题,区分的关键在于认识要素。这样的解读可以避免对故意和过失在构成要件阶段与责任阶段进行双层评价所导致的犯罪个别化机能混乱的现象,但同时也面临一个问题:需要对我国《刑法》的故意、过失条文进行重新解读。

不论我国理论界对于故意与过失的理解如何得不同,所有的观点往往都需要最后回归到重述《刑法》第14条、15条的规定上。一般认为,故意是指“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”的心理态度,而过失是指“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果”的心理态度。与德日刑法典回避对故意以及过失概念进行明确定义的做法不同,我国明确的立法规定为司法提供了一个相对统一的认定标准。基于责任主义的要求,故意与过失本应属于非此即彼的关系,构成犯罪者在主观罪责上需要在故意与过失上择一满足。〔22〕原本立法上只需要规定故意的要件(甚至也可以将该任务交予司法实践乃至学说上去讨论),不满足故意要件但分则上可罚的行为其主观罪过便应满足过失,然而我国刑法对于故意与过失的定义采用的却是两条相异的条文,各自条文中所规定的要件又罗列了多个变量,这增加了两者间区分难度的同时也形成了如下的难题:罪过的对象不仅仅包括行为还包括结果,那究竟应该以行为偏离规范的程度还是以行为人针对结果的态度为区分故意与过失的标准?如果以行为偏离规范的程

〔21〕 山口厚『刑法総論(第3版)』(有斐閣,2013年)31頁。

〔22〕 当然也存在结果加重犯这类混合罪过的形式。

度为标准,那么故意与过失便容易成为主观不法要素,这造成在责任阶段几乎没有任何实质内容可言;如果以行为人针对结果的态度为标准,^[23]那么同样的行为,不同的行为人基于不同的主观态度便会存在故意与过失之分,这使得故意与过失的评价最终只能依赖于行为人对自己主观心态的自白。不仅如此,属于故意的“明知”与属于过失的“应当预见”“已经预见”之间,以及属于故意的“希望”“放任”与属于过失的“轻信”“疏忽大意”之间,不仅存在交叉混同的可能,同一行为人在同一个行为或者一系列行为当中很难说会只持有一种主观态度。

将故意与过失放在不同标准下评价的做法,造成对行为人主观罪过的判断难以形成非故意即过失这种相对独立但又衔接的判断结果。在具体操作上,也造成了在对某个行为的罪过进行定性时,会在故意与过失之间摇摆不定。比如上文提到的,在防卫过当的罪过形式上,早期的“仅由过失才能成立”的观点到现在有学者提出的“仅由故意才能成立”的观点,这种极端变化与对故意与过失的认定标准不统一不无关系。我们可以假定这样一种情况:A对驾驶机动车的B实施不法侵害,B在驾车逃避的过程中,由于A不放弃对B的追击反而造成自己被机动车碾压的结果。此时讨论B是否成立正当防卫或者防卫过当,以及讨论B对于此时的正当防卫或者防卫过当持有的是故意还是过失,属于不同层面的内容。首先,B的行为意志本身(驾车逃避不法侵害)无法区分B对A的伤亡结果持有的是故意还是过失(故意还是过失都有可能);其次,该场合中行为人B在主观意志上所表现出的心态不论是“疏忽大意”“轻信”“放任”还是“希望”,都仅仅是证明了行为意志的递阶式强烈程度而已,这种意志程度影响了行为偏离规范的程度或者对法益的危害程度;再次,行为意志及其程度无法区分行为人持有的是故意还是过失,尤其是当行为人对行为(或者结果的发生)持有的是放任态度的时候,也很难说不可以是一种疏忽大意或者过于轻信的过失,这种过失行为在外观上则表现为交通肇事行为;最后,判断行为人B是故意还是过失只能通过分析他针对构成要件结果的发生或者防卫手段的过当性等构成要件事实持有的是一种属于故意的“明知”还是属于过失的“应当预见”“已经预见”。在此判断过程中值得注意的是,不论是故意形态的故意伤害(致人死亡)还是过失形态的交通肇事都不妨碍讨论行为成立正当防卫的可能性。

综上所述,在重新解读过我国《刑法》第14条、15条之后,笔者认为:我们不应该将故意/过失二分为构成要件故意/过失和罪责故意/过失,而是需要将原本我们认为构成故意/过失的一部分内容放在行为论里讨论,把另外一部分内容放在责任论里讨论,行为论的评价对象包括

[23] 主张将针对危害社会结果的心理态度作为鉴别罪过形式标准的学者认为,“罪过的核心应是危害社会的结果,并不是危害社会的行为。”姜伟:《罪过形式论》,北京大学出版社2008年版,第8页。

了希望、放任、轻信、疏忽大意等可以表明行为不法程度的情绪要素,以及主观目的、内心意图、倾向等主观构成要件要素,责任论的评价对象则包括行为人主观上对于构成要件事实的认识与认识可能性等等。

(四)小结:承认构成要件故意、构成要件过失没有太大意义

虽然目的行为论已经趋于式微,但受其影响,将故意与过失作为构成要件要素的观点已经逐渐占据了主流甚至成为通说。支持观点认为,将故意与过失仅作为责任要素的责任要素说“不认可构成要件的故意和过失,导致故意杀人与过失致人死亡符合同一的(广义的杀人罪)构成要件,甚至不可罚的过失盗窃也符合盗窃罪的构成要件,这样的话,构成要件的罪刑法定主义机能就难以发挥。”〔24〕

然而,在经过上文的论证之后,其实传统的责任要素说并非没有道理。比如,针对我国刑事上不可罚的过失盗窃行为或者过失致人轻伤行为,如果不将其认为是与故意盗窃、故意伤害一样属于“不法”,那么无疑是排除了可以对其实实施正当防卫的可能性。也许对于将构成要件理解为违法·有责行为类型的学者看来,没有必要承认某些不可罚的过失行为具有构成要件该当性。〔25〕但笔者认为,不可罚的过失行为的基础在于不可罚的“过失”而不在于不可罚的“行为”,即便是过失行为其本身也存在着客观上的不法。换言之,将故意杀人/盗窃与过失杀人/盗窃在构成要件上不加区分的做法并不一定有问题,甚至在同样成立可以防卫的“不法”的角度,责任要素说更有优势。同时,如果将故意和过失作为构成要件要素进行理解的话,不仅会面临构成要件阶段成立的故意在责任阶段被重新认定为过失的矛盾,而且从故意的规制机能来看,无疑是要承认“对(构成要件)故意的(责任)故意”这种难以实现的认识模式,〔26〕最终只是徒增操作上的不便而已。

理论上的诸观点之间无所谓对错,但往往都需要牵一发而动全身才能达到自圆其说。在坚持将故意与过失作为责任要素的观点看来,对犯罪进行分类·个别化的机能不能仅仅依靠构成要件,责任阶段的故意和过失同样应该起到犯罪个别化的机能。〔27〕所以,我们其实并不一定需要全面接受德国刑法当前的主流观点并固执于将故意与过失放在构成要件阶段考虑。基于社会行为论的观点,同样的行为原本就有可能具有不同的交往意义。比如,甲朝着乙举枪射击的行为,有可能是想杀害乙,有可能是想单纯威胁乙,也有可能原本是想和乙开玩笑但却不小心失火,不论基于什么样的目的,行为在外观上很可能是一样的,只是行为中加入了强弱

〔24〕 陈家林,见前注〔3〕,第204页。

〔25〕 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013年)40頁参照。

〔26〕 当然也可以认为,构成要件之中存在不需要行为人主观认识的不真正构成要件要素,或者说对于故意而言,需要认识·预见的只是犯罪类型的客观部分事实而已。

〔27〕 参见松宫孝明,见前注〔13〕,第56页。

不同的意志之后,行为的危险程度便存在高低差异。换言之,在构成要件阶段有意义的仅仅是甲朝着乙举枪并射击的这个有意志的举动而已,此时行为意志的强弱决定了违法性程度的高低,但尚不能从裁判规范角度明了行为人所认识的事实为何,更无法评价此时的行为是基于故意还是过失。

在构成要件阶段区分出故意与过失的做法并没有太大的意义,有意义的是在有责性阶段通过评价行为人对此时的构成要件的客观事实是存在认识还是具有认识可能性而已。当行为人误将真枪当假枪的时候,如果是需要先在构成要件阶段评价其为故意杀人还是过失致人死亡再在责任阶段评价其为故意还是过失的话,无疑在责任阶段直接对其进行一次性评价来得简洁明了。除此之外,构成要件故意与构成要件过失的提法也无助于解读我国刑法分则的某些具体条文。比如,单纯从《刑法》第 115 条第 1 款来看,根本就区分不出该款所规定的行为类型是基于故意还是过失,或者更准确地说,该款所规定的行为既可以由故意也可以由过失来实现,只是当这些行为属于过失的场合才适用同条第 2 款的量刑规定而已。^[28] 总而言之,当条文并未明确规定行为是基于故意还是过失的时候,将故意和过失解释为构成要件要素具有一定的难度;而当条文明确规定了行为是基于故意还是过失的时候,站在犯罪成立的角度同样也可以区分出故意犯罪与过失犯罪,未必一定要在构成要件阶段就进行区分。

三、意志要素无法区分故意与过失但影响不法程度

为了进一步论证笔者在上文所提出的观点,有必要对意志要素与认识要素的问题再做详细回应。

(一)意志在归责上并非必须

古罗马的奥古斯丁在解释“既然上帝是全知全能全善,但为何会创造出人去做恶”这一问题的时候,最终将其原因归结为人的“意志”在作祟,他提到:“唯独心灵自己的意志和自由选择(voluntas et liberum arbitrum)能使它做贪念的帮凶。”^[29] 此处他所称的意志(voluntas)涉及的是行为属于志愿还是非志愿的问题,在这个意义上可以等同于一个人践行所想所欲的所谓

^[28] 笔者认为,将第 114 条、第 115 条第 1 款、第 2 款放在一条规定当中或许更为合适,如果不承认第 114 条具有过失形态的话,在量刑上也的确过重,只有承认第 114 条具有过失形态并将该条所规定的“严重后果”等同于第 115 条第 1 款所列重大后果,同时对其适用与第 115 条第 2 款类似的量刑规定才能得到合理结论。或者,将第 114 条视为具体危险犯,同时将实施相关行为但未达到具体危险程度的情况视为一种未遂,通过适用未遂犯的规定,最终达到降低法定刑的目的。

^[29] (古罗马)奥古斯丁:《论自由意志》,成官泯译,上海世纪出版集团 2010 年版,第 87 页。

“休谟主义自由意志”，^[30]即此时我们正在讨论的刑法中的行为意志，这与“决定论/非决定论”意义上的“非先定自由意志”（或者“非宿命自由意志”）无关，^[31]但后者却会涉及到刑事责任这一责任本源的问题。

两种相对不同的自由意志概念在其各自的对照系上存在着项共同的东西，就是“因果关系”。^[32]比如，当新旧学派在刑事责任角度争论非先定自由意志意义上的“决定论—非决定论”问题时，非决定论的观点认为“意思自由的存在，意味着人是不受因果法则的支配而选择行为”；^[33]而决定论者则怀疑所谓自由意志的存在，并认为人是由其所处的环境决定的。与之相对，当我们在讨论行为意志的时候，一方面我们可以认为“行动只有作为意志的过错才能归责于我”；^[34]另一方面，离开行为意志转而从因果关系角度出发其实也能解决归责的问题。哲学上对此存在争议，否定行为意志存在的观点认为，我们人为地创制出意志这一概念最终不过是要解决归责的问题，意志本身存在与否并不重要，重要的是意志作为行为归责的解释工具的意义。“古典希腊道德心理学中并不存在一个意志概念”，^[35]而且“生活中的追责，诉诸的不是意志，而是因果相关性。导向结果的因果链上的每个环节，都对结果负有责任。考虑到效率，我们会把责任归咎于容易做出改变的环节”。^[36]如果这一论断可以延伸到犯罪行为的归责问题上，那么我们也可以认为：在构成要件行为的认定上即便不借用意志而是通过因果关系（也即从因果行为论的角度）甚至是健全人格所具备的“理性”这一解释工具，同样可以解决客观层面上的责任归属问题。

奥古斯丁在讨论罪与意志的关系时提到：“不论意志的原因是什么，若意志不能抵抗它，服从它便无罪；但若能抵抗它，抵抗住它就会不犯罪。”^[37]总而言之，不论意志本身是否存在，也不论意志的内容为何，更不论意志的原因是什么，它不过是归责的解释工具而已。在构成要件阶段我们从“践行所欲”的角度所理解的行为意志，其所起到的机能完全可以让位给因果关系，剩下的则是从责任层面通过区分故意与过失来进一步限缩犯罪圈以及表明行为的可罚性程度而已。换言之，所有存在意志的行为均应该是行为人的“作品”（从因果关系角度出发也可以得

[30] 对于休谟而言，“所谓意志只是指我们自觉地发动自己身体的任何一种新的运动，或自己心灵的任何一个新的知觉时、所感觉到和意识到的那个内在印象。”（英）休谟：《人性论》，关文运译，商务印书馆2016年版，第433页。

[31] （美）马克·巴拉格尔：《自由意志》，余渭深、王旭译，重庆大学出版社2016年版，第50页。

[32] 这也有可能是我们经常混淆这两种自由意志概念所致。

[33] 黎宏：“平野龙一及其机能主义刑法观——《刑法的基础》读后”，《清华法学》2015年第6期，第159页。

[34] （德）黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第137页。

[35] 聂敏里：“意志的缺席——对古典希腊道德心理学的批评”，《哲学研究》2018年第12期，第77页。

[36] 苏德超：“激进意志论的困难与无意志的道德责任——兼与聂敏里、黄裕生二先生商榷”，《哲学研究》2019年第4期，第111页。

[37] 奥古斯丁，见前注[29]，第171页。

到同样结论),但行为人对该作品承担某种具体刑事责任的前提在于是否对其存在认识与认识可能性。

(二)意志有助于定义行为不法的强弱程度

具有刑法上意义的行为,不论其基础是基于客观的因果关系还是基于主观的意志,都可以在构成要件阶段为随后的归责提供必要前提,只是作为解释工具的“意志”比起“因果关系”而言在定义不法程度方面更为有效。

第一、在构成要件行为中运用意志这一工具更有助于解释未遂犯的可罚性问题。当行为止于未遂时,由于实害结果的不存在,此时所讨论的因果关系属于行为与假定结果之间的因果可能性问题,与其说是原因归属不如说是责任归属。在行为中引入意志要素之后,通过行为执拗性等所表征出的意志强弱,可以在实害结果不存在时帮助界定行为的不法程度,并最终影响未遂行为的可罚性程度。因此,在构成要件阶段的行为意义上,不论是故意行为还是过失行为都存在未遂的形态,并不一定需要将未遂犯的故意评价为主观的不法要素。^{〔38〕}

第二、在构成要件行为中适用意志这一工具更有助于解释过失犯与不作为犯的实行行为性。过失犯与不作为犯是否存在意志这一问题存在争议,对此劳东燕认为,此时“行为的客观方面对不法的成立至关重要,行为人的主观意思对不法的成立只有次要作用或者根本没有影响”,^{〔39〕}但如果将意志作为行为要素进行理解,并通过行为偏离规范的程度或者对法益的危害程度来表征意志指向与意志强弱的话,无疑更有助于描述行为所具有的不法程度,而这种强弱程度的表征很难通过因果关系这一工具进行说明。

(三)小结:兼对责任能力的重新解读

在古典犯罪论体系中,故意与过失均是有责性的内容,故意与过失的差异在于意志,“故意是意志的非难,而过失是意志形成非难”。^{〔40〕}基于这种心理责任论的故意/过失的认定标准虽然符合日常行为意义上我们对故意/过失的理解,但一般也可以认为,当“欲”(意志)的要求降低到“放任”的程度时就已经很难区分故意与过失了。

本文承认主观的构成要件要素的存在,比如当行为人没有不法占有目的的时候,不应该成立盗窃罪,在这种场合直接从构成要件阶段进行排除即可,但这并不代表行为本身没有意志的存在。陈兴良认为,“德日刑法学经历了从心理责任论到规范责任论的转变,尤其是目的行为

〔38〕 笔者认为,过失行为的未遂形态并非不存在,但往往因为“过失+未遂”的两重减轻评价从而缺乏刑事法上的可罚性,但如果认为某种过失的危险犯是可罚的话,那么这种情况视之为过失犯的未遂形态其实并非不可。

〔39〕 劳东燕:“刑法中的客观不法与主观不法——由故意的体系性地位说起”,载刘明祥、张天虹主编:《故意与错误论研究》,北京大学出版社2016年版,第45页。

〔40〕 陈兴良:“阶层理论在过失犯认定中的司法适用”,《华东政法大学学报》2018年第6期,第20页。

论的犯罪体系,将违法性意识问题与故意加以区分,将意欲作为责任的一部分,而以认识作为主观的构成要件要素(主观的违法要素)的一部分”。〔41〕但是,当前德国刑法的主流学说也认为,故意不需要通常意义上的“欲”,而只需要“知”或者“认可”(Billigen)就已经足够。〔42〕这并不说“欲”的要素不重要,而只是说在定义故意的问题上,“欲”的要素起不到原本我们所认为的区分故意与过失的作用,尤其是在具备明显的“欲”的要素但“知”的要素存在瑕疵的时候,影响或者决定行为人主观罪责的只是后者而已。

综上所述,笔者主张:通过行为偏离规范的程度以及对法益的危害程度,意志要素属于可以被融于行为之中成为可以客观化的主观违法要素,并赋予构成要件行为以实质上的意义;即便在责任阶段被评价为过失的行为,在构成要件阶段同样需要符合行为意志的要求;更进一步而言,不论是未遂犯、过失犯还是不作为犯,只有兼具意志与具体危险的实行行为(即有意志地实施了偏离规范的行为,并创设了法所不容许的风险),才属于构成要件的行为。基于以上立场,欠缺责任能力的行为人所实施的行为并非一定就不属于实行行为,在责任能力的理解上,我们一直将其作为辨认与控制自己行为的能力,属于一种犯罪能力(当然也有刑罚适用能力一说),但这种理解很难解释未成年人犯罪不负刑事责任的原因,最终只能认为“刑法之所以不处罚他们是基于刑事政策的理由”。〔43〕笔者认为,我们其实可以仅从犯罪论角度对此作出解释,即:未达到刑事责任年龄之人在行为的控制能力(意志)上可能并不与成人有所差异,只是其辨认(认识)能力未能支撑起对构成要件行为以及附随的相关事实的社会性含义具有充分的认识,最终可以在责任阶段“规范地”阻却责任。因此,本文的第四部分将主要论证认识及其具体内容的问题。

四、认识要素属于区分故意与过失的责任要素

意志要素与认识要素在犯罪成立中都不可或缺,存在疑问的是两者分别在哪个阶段判断以及何者优先判断的问题。松宫孝明认为:“如果对表征结果发生可能性的事实不存在认识的场合,即便行为人期待结果的发生,也不过是单纯的愿望而已。”〔44〕黎宏也认为:“在认识到肯定会发生结果的场合,即便是不希望发生该结果但还是实施了行为的场合,是应当成立故意犯的;相反地,在没有认识到会发生结果的场合,即便强烈地希望发生该结果,也不应当作为故意

〔41〕 陈兴良:《规范刑法学》(第3版),中国人民大学出版社2017年,第454页。

〔42〕 参见乌尔斯·金德霍伊泽尔,见前注〔1〕,第135页。

〔43〕 张明楷,见前注〔11〕,第303页。

〔44〕 松宫孝明,见前注〔13〕,第183页以下。

犯加以处罚。”^{〔45〕}显而易见,这些观点可以认为是对“我的意志仅以我知道自己所作的事为限,才对所为负责”^{〔46〕}这一论断的衍生,均强调区分故意和过失的重心在于认识而不在于意志,但也同时强调认识的内容是意志的前提,因此当存在认识错误的时候,不能认为践行所欲即是一种故意,基于认识错误的践行所欲可以是一种过失。

采取“构成要件故意+责任故意”的学者在这点上也并没有什么本质的不同,同样是将故意从“认识+意志”角度加以理解,只是在两者的内容上,如高桥则夫所认为的,“构成要件故意是指针对符合构成要件事实的认识,而责任故意是指对构筑起违法性基础的事实认识”。^{〔47〕}因此,“基于假想防卫而杀害他人的场合,存在构成要件故意,但因为对正当防卫的状况存在错误认识(即对构筑起违法性基础的事实不存在认识),所以阻却责任故意,如果存在过失的话则在责任阶段成立过失犯”。^{〔48〕}如此解读虽然也能自圆其说,但当我们剥离此时的“构成要件故意”而仅仅承认“责任故意”也并不妨碍最终判断的话,那么承认“构成要件故意”必然是多此一举(当然,如前文所述,也有观点反其道而行,即只承认构成要件故意,而否认责任故意)。

正如上文所阐述的,当认为“存在认识但不希望”属于放任的故意,“希望但却不存在认识”属于基于认识错误的过失甚至意外事件之后,将认识作为意志前提的主流观点并非没有疑问。在客观层面定义了行为属性的“意志”并不能决定故意与过失,故意与过失的判断就变为了主观层面的“认识”与“认识可能性”的差异问题,区分两者的前提关键在于对认识的标准与认识的对象界定上。

新过失论以降,认识的标准越来越倾向于客观化、规范化,所谓的责任不再单纯以行为人的真实认识为准,而是变为了针对行为人所属的一般人的认识期待。因此,违反了客观注意义务的“无认识的过失”这种无知之所以能够成为值得苛责的恶,在于行为人违背了规范上对其所形成的合理期待。这自然也是因为,如果非因合理原因,行为人并没有特权适用与其所属的一般人不同的行为规范。

在认识的对象上,基于我国《刑法》第14条、15条的明文规定,认识的内容有二:第一、自己的行为;第二、危害社会的结果。之所以我国《刑法》第15条会将“已经预见而轻信能够避免”导致“危害社会的结果”认定为过失犯,在于此时的预见或者认识所指向的不是单纯的“结果”而是具体到“危害社会的结果”,这等同于对“构筑起违法性基础的构成要件事实”的预见或

〔45〕 黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第203页。

〔46〕 黑格尔,见前注〔34〕,第137页。

〔47〕 高桥则夫『刑法総論(第4版)』(成文堂,2018年)173頁。

〔48〕 同上注,第173—174頁。

者认识。如果行为人仅仅是对事实的表象存在认识,当表象与经过规范评价后的事实本质存在齟齬之时,便很难说这种预见或者认识是针对于“构筑起违法性基础的构成要件事实”的预见或者认识,所以此时的“有认识的过失”属于一种过失而非故意。^{〔49〕} 构成要件结果的出现不仅仅是因为因果关系的存在而归属于行为人的行为,更在于行为人在主观上是可以苛责的。当行为止于未遂(构成要件结果并未出现或与行为不具有因果关系时),同样可以通过行为的意志要素来衡量行为无价值,同时也可以进一步通过认识要素来最终确定苛责的必要性与相应的程度。

最终,对“构筑起违法性基础的构成要件事实”的认识与认识可能性才是区分故意与过失的关键。故意犯与过失犯都属于违背法规范的期待而实施的行为,前者在于对法规范的期待有所认识,而后者在于对法规范的期待具有认识可能性,如果行为人并没有认识到法规范是对他存在某种具体的期待(比如,不实施超过必要限度的防卫行为),那么对于只存在认识可能性的期待内容,即便行为人是基于希望其实现的意志,也只能承担过失责任。所以,违反交通运输管理法规的行为并不必然都是构成过失形态的交通肇事罪,基于法规范具体期待内容的不同以及行为人不同的认识,也有可能成立故意形态的危险驾驶罪、以危险方法危害公共安全罪、破坏交通工具罪甚至是故意伤害罪、故意杀人罪等等。除此之外,在正当防卫限度问题上,如果行为人没有认识到防卫手段的过当性,那么针对于以超过必要限度的手段(工具)实施的防卫行为,最多只能从认识可能性角度论证过失的成立与否,但不论行为人是基于故意还是过失造成了他人伤亡的后果,其实都不妨碍先行讨论是否存在成立正当防卫的余地。

五、结 语

意志要素不论是作为一种主观要素附属于认识要素也好,还是如本文所主张的“属于一种影响客观不法程度的行为要素”,都无法否认故意与过失的区分重点一直在于认识层面。在将故意与过失的评价标准统一为“认识与认识可能性的区分”之后,故意犯可以被视为过失犯的一种“加重犯”。一言以蔽之,在危险增加的基础上对客观要件事实有认识并去实施该行为即是故意行为,如果在危险增加的基础上对客观要件事实仅具有认识可能性则只能成立过失,如果连认识可能性也不存在则缺乏非难的必要。由是观之,概率的高低本身并不决定行为人的故意与过失,对极小概率的事实存在认识形成的依旧是故意,对极大概率的事实仅具有认识可

〔49〕 在认识对象的标准上自然也存在差异,如果越往具体符合说发展,则成立过失的空间越大,当越往规范符合说发展,则成立故意的空间越大。

能性的场合所形成的依旧是过失。^[50] 在这一结论的基础上,本文最后对以上的论证内容总结如下:

第一,过意/过失的区分属于责任阶段的内容。

将认识作为意志的前提和基础的观点需要通过改造意志的内容让其偏离日常行为意义才能实现自圆其说,这种改造最终也为“构成要件故意+责任故意”的主张提供了自洽空间。但正如本文一直强调的,没有必要在构成要件阶段将某种存在认识错误的实行行为先行定性为故意,再在责任阶段又变其为过失。其实,即便按照这种区分构成要件故意与责任故意的观点,最终起到区分故意犯与过失犯机能的依然还是责任阶段当中的“认识”要素而已。如果是这样,那构成要件故意/过失概念的存在意义则值得反思。当然,理论也可以走向另一个模式,即否定责任故意/过失的存在,仅保留构成要件故意/过失。但这样一来,责任阶段被剩下那点内容(比如,责任能力、责任阻却事由等等)完全可以基于同样的理由将其都纳入构成要件当中,这无疑将导致符合构成要件与成立犯罪没有了区分的必要。

第二,故意/过失的区分是一个围绕认识所产生的问题。

不可否认,自古以来在故意犯与过失犯的理解与区分上,往往强调的是“意”而非“知”,正如“故意”一词所描述的“故者,意也”,与之相对“过失”则如《晋书·刑法志》所言“不意误犯谓之过失”,对此有解释观点认为“指危害结果的发生不是出于行为人的本意”。^[51] 然而,此时的“意”是一种情绪性的“意欲”还是指认识层面的“意图”? 抑或是两者兼而有之? 其实,在古代社会,“故”的对立面除了“失”之外同时也存在着“过”“误”等等,甚至“不知”在某些情形下也属于过失犯罪。^[52] 以杀人为例,除了“故杀”与“过失杀”之外,同时还存在着“戏杀”“误杀”等形态。^[53] 因此,近现代立法意义上所谓的“过失”不仅仅指行为人“不意”同样还可以指“不知”等情形。

现代刑法理论当中,在故意与过失的判断标准上存在着意志说与认识说的对立,但即便是持意志不要说的观点也并非否认意志的存在,而仅仅是认为通过对认识的判断即可以推断意志的内容而已。如黎宏主张的,在判断是否属于故意时,“有无意志因素的判读,以行为人对自

[50] 比如,在道路交通状况十分不佳的暴雨天驾车出行的行为虽然提升了交通事故的发生几率,即便最终因违反交通运输管理法规造成严重的伤亡结果,往往依旧只能以交通肇事罪定罪处罚,因为行为人对于事故的发生一般仅具有认识可能性而非具体的认识。不可否认,概率的升高很难说不会影响到行为人的认识层面,但两者依然不存在直接正相关的关系,如果行为人对于大概率的事件真的仅具有认识可能性的话,依然只能视其主观心态为过失而非故意。

[51] 周东平主编:《〈晋书·刑法志〉译注》,人民出版社2017年版,第271页。

[52] 参见刘淑莲:“论我国古代刑法中的罪过”,《中外法学》1997年第5期,第66页。

[53] 参见刘晓林:《唐律“七杀”研究》,商务印书馆2012年版,第125页。

己的行为会引起危害社会的结果有明知即认识,但没有打消实施该行为的念头为准”;〔54〕而对于过失的判断,“行为人对犯罪结果是否具有‘预见’,就成为认定过失犯的关键。”〔55〕笔者同意这一见解。同时值得注意的是,张斐注律时言“知而犯之谓之故,意以为然谓之失”,〔56〕这一解释已然等同于在现代意义上区分故意与过失上的“认识说”。换言之,我们可以简单认为,知其不可为而为之属于故意,不知其不可为而为之则属于过失,“知”(认识)的判断标准与内容才是区分故意和过失的关键。

Abstract: In distinguishing between intent and negligence, the general view that “cognition” element is the precondition of “will” element is questionable. The distinction between intent and negligence depends on the difference between the actor’s cognition and the possibility of it about the facts which constitute the basis of behavior’s illegality. For a long time, we take “cognition” and “will” as necessary elements of the intent. But in fact, only “cognition” has the function of distinguishing between intent and negligence, and “will” is not belong to the actor’s culpability. The “will” is prior to “cognition” and helps to define the meaning of “constitutive act” and its strength. In the condition of excessive defense, imaginary defense, imaginary excessive defense and other occasions, it is not necessary to admit “constitutive intent” or “constitutive negligence”. Intent and negligence always belong to the “culpability” of human, so long as his behavior has “will”. So, in the step of “constitutive act”, we do not have to make a distinction between intentional act or negligent act.

Key Words: Intent; Intent in Constitutive Act; Intent in Culpability; Cognition; Will

(责任编辑:车 浩)

〔54〕 黎宏,见前注〔45〕,第189页。

〔55〕 黎宏,见前注〔45〕,第194页。

〔56〕 周东平主编:《〈晋书·刑法志〉译注》,人民出版社2017年版,第264页。