

【专题】

结果的提前实现

——既有学说批判与结果归属认识论提倡

周啸天

【摘要】因为结果提前实现中第一行为的危险已转化为结果,所以该问题是一个主观要件领域的专属问题。我国通说以及新近学者所提倡的主观归责说、故意行为说都存在理论缺陷从而不应成为该问题的解决之道。将行为人的认识内容还原为客观现实,以危险实现为标准判断结果归属的满足与否,是判断行为人能否成立既遂故意的标准。若行为人欠缺对结果归属的认识,便阻却既遂故意的成立,但可能成立未遂犯与预备犯。结果归属认识标准还能够合理解决狭义因果关系问题以及涉及共犯的结果提前实现问题。

【关键词】结果的提前实现;危险实现;结果归属;既遂故意

【作者简介】周啸天,山东大学法学院教授,法学博士。

【原文出处】《清华法学》(京),2020.4.34~52

【基金项目】本文为国家社科基金青年项目“正犯与主犯关系的重构与应用研究”(17CFX067)的阶段性研究成果,山东大学青年学者未来计划(YSPSDU)的阶段性成果。

一、问题的提出

构成要件结果的提前实现(以下简称结果的提前实现)是指行为人在主观上设想了两个以上的犯罪行为,并认为第一个行为不会引起结果发生,但是在客观上却提前引起了结果的情形。如果行为人在实施第一个行为时有间接故意,则可正面肯定故意而不必在结果提前实现中加以讨论,例如,行为人为三枪打死被害人但第一枪就使其毙命的情形便是。在域外,此类案件并不鲜见,^①其中被我国学界所熟知的,是发生在日本的“乙醚杀夫案”^②“阳台坠落杀妻案”^③与“放火抽烟案”^④。我国虽然涉及结果提前实现的案例还未大量出现,但是,审判实践中已经存在涉及结果提前实现概念的判决书。例如,在一起两人共同制造毒品的案件中,其中一名被告人因制毒经验不足,认为需要分为两步以上才能制造出毒品,不料在第一步就制造出了属于毒品的中间物质。辩护人辩称其属于犯罪结果的提前实现,阻

却既遂的故意,但法院并未采纳该意见。^⑤不难想见,随着我国以审判为中心改革进程的加深,庭审会愈加实质化,举证、质证环节会愈加细化,也必然会出现越来越多的涉及结果提前实现的案件事实,因此,在理论上深入讨论该问题,有其实践价值。

在域外,结果提前实现问题一直都有着相当的讨论热度,一个明显的趋势是,越来越多的有力观点对结果提前实现不阻却既遂故意成立的传统观点提出了质疑。^⑥反观我国,专门论述这一文章的论文少之又少,^⑦大部分文章都是将该问题作为因果关系错误之下的一个子类型加以捎带提及,^⑧即便近来在该领域颇有建树的学者,也只是分文论述了狭义因果关系问题、^⑨结果的推后发生问题,^⑩并未就该问题展开专文论述。实际上,将结果提前实现作为因果关系错误之下的一个子类型极易导致我们忽视其独有的问题性所在。具体而言,在主观方面,结果提前实现相较于狭义因果关系少了一个实行终了的主观认

识,反面来看即多了下一个行为再一剑封喉的主观意思保留,这导致我们必须认真思考该如何评价这一意思保留;在客观方面,结果提前实现相较于结果推后发生少了一个行为,如果说我们可以在客观归责领域就足以解决结果推后发生问题,那么,在结果提前实现问题中,因为只存在一个客观行为,而该行为的风险也已经实现在结果之中,所以,我们很难在客观归责领域解决该问题,该问题是一个涉及如何评价行为人主观认识的专门性问题。

在并未充分应对该问题独特性的基础上,我国通说认为,在第一个行为能被评价为着手实行,并且行为人对着手有所认识的前提下,肯定故意既遂犯的成立,在不能被评价为着手的前提下,应肯定其成立预备犯与过失犯的想象竞合犯。^①以着手为标准,看似判断标准明确,但却掩盖了一个最大的理论问题:未遂犯是既遂犯的构成要件扩张形态,未遂犯以着手为成立要件,而着手行为往往是构成要件行为之前的密接行为而并非构成要件行为本身,比如瞄准是着手,扣扳机才是杀人的构成要件行为,那么,未遂犯与既遂犯实际上具有不同的行为以及构成要件,^②具备着手并且认识到着手充其量是肯定未遂犯的要件,在没有认识到既遂结果的前提下如果连既遂犯也一起肯定,就无疑是将既遂结果作为无需认识到的客观处罚条件,这既扩张了既遂犯的构成要件,也扩张了既遂故意的认识内容。^③这一双重扩张固然满足了刑事政策的处罚需要,但是却突破了教义学限制,有以政策性突破正当性之虞。另外,以认识到引起结果的危险性代替对结果的认识本身,也混淆了危险故意与实害故意之间的区别。^④前者为危险犯奠定主观归责基础,后者为实害犯奠定主观归责基础。

强势理论并不天然正确,“质疑强势理论,摆脱强势理论,使弱势理论成为强势理论,是学术研究的有效路径”。^⑤基于结果提前发生问题的独特性与以上问题意识,本文在深入反思我国既有学说的基础上,将目光拉回到故意对因果关系的认识处来寻求问题的解决之道。本文的基本结论是,因果关系是

故意的认识内容,故意的认识对象是因果关系的本质部分即危险现实化为结果(结果归属),在具体判断之际,我们可以先将故意的认识内容还原为客观现实,然后再判断该客观现实过程是否满足结果归属的要求,在答案为否定的时候,行为人不成立既遂犯,但有可能成立预备犯与未遂犯。

二、我国既有学说批判与问题核心锁定

如前所述,我国通说以着手作为结果提前实现问题的解决标准,这一解决方式除去带来双重扩张的后果之外,还存在另一个问题,即错置了问题解决标准。例如,在妻子于红酒中投毒,准备等到丈夫出差回来之后拿给他喝但不想丈夫提前归来饮酒而死的案例中,我们一般以妻子并未着手为由而肯定其成立故意杀人预备与过失致人死亡的想象竞合犯,但是,倘若妻子知道丈夫会提前归来自己饮酒,恐怕妻子就成立故意杀人罪的间接正犯并具备一个正犯的着手与实行行为。如此一来,问题就在于,为何客观案情完全一样,着手的判断会随着主观认识的不同而不同?同理,在某人从北京往东京邮寄有毒的糕点而毒死了被害人这样的隔离犯之中,也只存在一个邮寄行为,而从事前来看,邮寄行为充其量只是一个预备行为,为何却为既遂犯奠定了基础?答案在于,问题的核心并不在于客观而在于主观,在隔离犯之中存在一个实行终了的认识,在肯定因果关系的前提下,实行终了的认识为既遂故意奠定了基础,同理,倘若妻子认识到丈夫会提前回来,其就具备实行终了的认识,相反,没有认识到则表明妻子还有实施进一步行为的意思保留,该意思保留才是阻却既遂故意成立的核心所在。因此,结果提前发生问题,并非一个赖以客观要件就能够解决的问题,而是一个既遂犯主观要件是否满足的问题。^⑥当然,此处只是指出通说错置了问题解决方向,并将问题的解决之道锁定在主观要件之上,但问题的具体解决点何在,尚需在分析我国既有学说的基础之上进一步析出。

(一)我国既有代表性学说批判

不同于通说,近期,我国有学者转而在主观层面

解决该问题,^⑩其代表性论者,是欧阳本祺与柏浪涛,前者提倡主观归责说,后者提倡故意行为危险说。

1. 主观归责说批判

欧阳本祺认为,故意的判断范围仅限于实行行为时,故意不需要认识到因果关系,对于最终发生的结果与故意之间的归属问题,属于主观归责问题,对于因果流程偏离的案件,在肯定了故意与客观归责之外,还必须进行主观归责的判断。^⑪在批判了Roxin的计划理论、Puppe的故意危险理论之后,^⑫欧阳本祺认为,主观归责的判断标准是构成要件范围,当故意与结果都可以涵摄于同一构成要件范围时,就可以将结果归责于故意。就结果提前实现问题而言,根据该理论,只要行为人对第一行为的危险性有认识,并且最后也死了人,行为人就成立故意杀人罪既遂。^⑬不难看出,主观归责说的理论基础是法定符合说,即在故意与结果都落在同一个构成要件之内的前提下,肯定故意既遂的成立。但是,仔细分析,不难发现其存在以下理论问题:

首先,主观归责说仍然面临着以危险故意代替实害故意的诘难。如上所述,通说以认识到着手的危险代替了对实害结果的认识,从而有扩大既遂故意的成立范围之虞。反观主观归责说,其认为故意的认识内容是实行行为这一点与通说一致,既然如此,对通说的诘难也适用于主观归责说。唯一不同的是,主观归责说在肯定故意之后还另行结果能否归责于故意的判断,这样一来,因果关系错误就并不阻却既遂故意,但是有可能阻却既遂故意的主观归责。在欧阳本祺的学说中,判断能否阻却既遂故意的主观归责的标准是:故意与结果是否被涵摄在同一构成要件之下,即法定符合说。

其次,法定符合说认为,故意的本质是基于违法性认识而来的反对动机,这一理解与抽象符合说一脉相承,是对故意本质的错误理解。例如,在甲想杀乙,不料子弹却打偏杀了乙旁边的丙的方法错误的场合,法定符合说认为:“行为人客观上的杀人行为导致了他人死亡,主观上也具有杀人故意,二者在故意杀人罪的犯罪构成内是完全一致的,因而成立故

意杀人罪。”^⑭在一枪接连打死几个人的场合下,法定符合说往往肯定数个故意的成立,其背后的逻辑是:“在行为时,只要行为人认识到所杀的对象是‘人’或者所盗窃的对象是‘他人的财物’,一般来说,就有机会面临‘不得杀人’‘不得盗窃’之类的规范,形成停止违法行为的反对动机;尽管如此,行为人竟然没有形成反对动机,仍然实施了该行为,这就说明其主观上违反规范的意思强烈,值得作为刑法上的故意犯加以处罚。”^⑮刑法中存在两个规范,一是行为规范,二是制裁规范,前者站在事前对行为人发出禁止实施某行为的命令,并在行为人实施行为之际起到提醒其意识到自己行为的违法性并进而产生反对动机的功能,后者是站在事后对违反行为规范之人加以处罚的规范,并通过制裁后果确保行为规范的有效性。^⑯行为规范的事前性决定,基于违法性而来的反对动机只需要行为人认识到自己的行为即可产生,因为行为人在行为时只能够支配行为,而结果面向未来无法支配,这个道理,正如我们只能够控制自己不去开枪,而无法控制子弹能否拐弯一样。这样看来,结果发生与否就只不过是受不受人意志支配的偶然事件而已,是限缩处罚的客观处罚条件,最为重要的,是不去抵触规范命令。一旦我们舍去与具体结果的连接而看行为,则“不得杀人”与“不得盗窃”这样的行为规范之间也就没有本质区别了,因为死人与东西被偷也只是具体结果的不同而已,结果发生与否不影响行为人对规范的突破与抵触,后者才是我们评价的重点所在。与此相应,认识到自己突破规范、抵触规范的违法性并由此而生的反对动机,便是法定符合说所认为的故意的本质。

通过上述推导不难看出,法定符合说已经与抽象符合说只有一纸之隔,甚至可以说,抽象符合说与法定符合说更具亲缘性,两者都以反对动机为故意之本质,而不以对构成要件的认识为故意之本质。无怪乎日本学者山口厚将法定符合说称之为抽象的法定符合说,将具体符合说称之为具体的法定符合说,并认为后者才是真正的法定符合说。^⑰具体符合说与法定符合说的最大差异,并不体现在打击错

误的场合,是否需要行为人认识到具体的个人,而是对故意本质的理解与思考方式的不同,具体符合说认为故意的本质是对构成要件事实的认识,在判断是否认识到构成要件事实之际,具体符合说从具体结果出发,先用构成要件评价具体结果(此时张三死与李四死分别触发了两个故意杀人罪的构成要件),即先将构成要件具体化,然后再看具体构成要件结果是否在故意的认识范围内。^⑤而法定符合说的思考顺序则是先将构成要件作抽象理解(杀“人”的构成要件),然后看具体结果与故意是否在该抽象化理解的构成要件的语义范围内(“人”)。法定符合说的根本疑问正在于舍去了具体结果来把握构成要件,从而导致将构成要件看作离开具体结果的纯粹理念,这种抽象化理解体现在故意的本质上,便是将故意也进一步抽象化理解为法敌对心态,这在无视构成要件必须是在具体的案件事实中才能被我们所认识、所把握、所应用的逻辑原理的同时,^⑥也抹杀了构成要件的故意规制机能。正因为法定符合说的上述缺陷,现在,越来越多的日本学者持具体符合说。^⑦

最后,在方法错误中,法定符合说以想杀人最后也死了人为由肯定故意既遂成立的观点,在结论上也抹杀了人的个体性差异。“人类作为个人(Person)并不是高于个人之整体的一个部分,而是一个独立的单元,是自我目的(Selbstzweck),将人类当作个人就表示承认其为自我目的,因而赋予其最高价值。”^⑧承认人的最高价值必然要求我们尊重人的个体性,并以同一标准衡量自己与他人,因为每一个人的品格都独立自主且不依赖于任何外在目的而存在,即人格平等。从人格的平等性出发可知,在具体的个人之间是无法通约成一个抽象的“人”的,否则就是将人不加区别地予以量化衡量,这固然与以“最大多数人的最大幸福”为名而将少数个体作为手段加以牺牲的功利主义思维一脉相承,但是却与自由主义刑法理念格格不入。综上,欧阳本祺的主观归责说因其理论基础的不牢靠而不足采。

2. 故意行为危险说批判

近期,柏浪涛提出了故意行为危险说,该说的核

心内容是:故意行为具有目的性思维活动,而过失行为不具有目的性思维活动,这种差异导致二者给法益制造的危险存在诸多差别,故意对危险有现实支配,其制造的危险流有方向性、可重复性,且结果回避可能性高,过失不具备前述特征,这决定了故意行为的不法比过失行为更重。^⑨在解决因果关系错误之际,“应直接判断是否存在故意意志支配下的行为,以及该行为是否制造了危险,即故意行为危险;应直接判断是否因违反注意义务而制造了法不允许的危险,即过失行为危险”。^⑩如果故意行为危险在结果中现实化,即成立既遂故意。就结果提前实现而言,在妻子欲先让丈夫吃安眠药熟睡,之后用绳子勒死丈夫,不料丈夫直接因安眠药食用过量而死的案例中,柏浪涛认为妻子投放安眠药之际并无故意,所以只成立杀人预备与过失致人死亡的竞合犯。^⑪仔细分析不难发现,柏浪涛的观点存在理论基础存疑、理论结论存疑两个缺陷。

一是柏浪涛的理论基础是 Welzel 的目的行为论,以及根据目的行为论而将故意与过失定位在不法之中的行为无价值论,该理论基础存疑。如上所述,柏浪涛根据故意与过失的不同而将行为分为故意行为、过失行为,这与 Welzel 的目的行为论一脉相承, Welzel 正是从人的意向性意识结构出发,发现了目的性,并以目的性作为行为的本质,这便是其目的行为论,^⑫根据目的行为论,行为的本质是对因果流程的意志支配,其本身就与主观要素一体,因此,故意与过失得以通过与行为的连接而前置到了构成要件之中并进而影响到违法,又因为故意与过失的前述不同,故意犯与过失犯分属两个构成要件体系。^⑬将故意与过失导入违法阶层的根本问题是其所导致的人罪主观化倾向。^⑭例如,某暑假在餐厅打工的植物学博士,在给客人端菜之际,认识到其中一味野菜具有毒性而仍然将菜端给客人食用,对此案例,根据上述逻辑,因为服务生有故意,所以其行为违法从而可罚。但是,该餐厅服务员并不具有保证结果不发生的地位,因为他只是偶然介入这一事件中的人,根据社会期待与角色安排,给食客提供安全清洁的食

品的责任在餐厅而不在服务生,法规范在事先已经划定了这种责任分配,便不能因为某人有特别认知而改变风险分配,否则就有损法的安定性。^⑤这个道理正如超人利用超能力去杀人应当入罪,但是超人不运用其超能力救人却顶多带来我们道义上的谴责与感情上的失望一样。在我国尚未设立见危不救罪的前提下,上述案例中的服务生根本没有实现一个能够被客观归责的不法。另外,根据上述逻辑,对于在拳击比赛中,某选手一边准备伤害对方另一边又全然遵守规则而比赛,但最终导致对手伤害的场合,也应当成立故意伤害罪,这显然是“同一件事,好人可为,坏人不可为”的逻辑,而好坏只在于有无故意,这显然将处罚根据设置在了主观恶意之上从而与心情刑法只有一纸之隔。

应当看到,决定行为性质的是结果而非行为本身,因为行为规范所禁止的内容也只有在该行为会引起法益侵害结果发生的前提下才能够得以正当化,法不禁止没有任何法益侵害可能性的单纯行为,否则就是对公民自由的侵犯。如此一来,判断行为是否违法的时点就不应当在行为时并且依赖于行为人的主观认识,而应当在于结果发生之际并依赖于法益侵害结果。换言之,只有在事后(结果发生时),我们才能在全面掌握信息的基础上做出行为是否违法的判断,这种以判断时点的事后性来确保判断对象的明确性与判断信息的全面性的思路,正是结果无价值论的思路,其背后的深深担忧,也正在于如果放弃事后判断而以行为时为判断时点,势必会割裂结果而单看行为,从而导致只能以主观想法来定性行为的主观主义刑法倾向,最终,刑法就会沦为以刑罚来确保国民对规范保有忠诚之心的强制法而失去了其自由保障的一面。^⑥对行为无价值论加以批判的文献不胜枚举,^⑦此处不赘。

二是根据柏浪涛的观点在共犯论领域会得出不合理的结论。例如,某日,甲乙两人在爬山过程中偶遇其仇人丙,甲看到了丙并以为乙也看到了丙,教唆乙说快朝其方向射击,不料乙将人错看成了熊,该案例是以教唆故意实现间接正犯结果的典型案例。根

据柏浪涛的观点,甲有杀人故意,乙只是过失,所以不法经历了一个由大变小,由确定到不确定的过程;反之,在甲误以为前方是熊而教唆乙开枪,乙看到前方是仇人而非熊的场合,不法就经历了一个由小变大,由不确定变确定的过程。但是问题在于,这分明只是一个引起结果的因果关系,从死人结果上来看,两人的客观不法都是一致的,为何在同一个因果关系之中,根据行为人的不同主观状态,我们得出了不法也在变动的结论?如果说这一疑惑是建立在客观违法论的先见之上,那么在上述以教唆故意实现了间接正犯的结果的第一个例子中,如果采取柏浪涛的观点,将故意与过失定位在不法中,就会导致处罚漏洞。因为一方面,误将人看作熊的正犯者缺乏故意,即便根据最小从属性说,共犯也无所从属从而难以成立,结论是教唆者无法成立教唆犯;但另一方面,教唆者虽然实现了间接正犯的结果,但是其主观上并无间接正犯的故意,结论是教唆者也难以成立正犯,处罚漏洞由此产生。^⑧弥补处罚漏洞的唯一方式是将故意与过失定位在责任之中,^⑨并且否定共犯对正犯故意的从属性。^⑩综上,鉴于以上问题,柏浪涛的观点也难以被采纳。

(二)问题核心的锁定

构成要件具有故意规制机能,作为构成要件的一部分,因果关系当然也需要被认识到,但是故意无需认识到所有的因果关系即危险现实化为结果的所有细节,解决问题的关键在于如何抽象因果关系。如前所述,在结果提前实现问题中,我国通说认为行为人存在着手,并对着手实行行为有所认识,便肯定其故意既遂的成立,该思路在对待因果关系认识问题上的态度是:“没有必要将行为与危害结果之间的因果关系作为故意的独立认识内容”^⑪“行为和结果之间的因果关系,不是故意的认识内容”。^⑫但是仔细分析不难发现,“该观点实际上是将对‘危险的现实化’的部分认识改头换面而对实行行为引起结果的危险性存在认识,因而实质上也并非全面排斥对因果关系的认识”。^⑬同理,主观归责说也并非排斥对因果关系的认识,其也只不过是将对后续因果流

程的认识错误放置在主观归责要件中解决而已,而是否需要设置一个主观归责要件,纯粹取决于对故意的理解。《德国刑法典》第16条第1款规定:“行为时未认识该当构成要件之事实者,无故意。该行为是否以过失论,不受影响。”^④在理解上述法条之际,如果注重“行为时”要求,那么故意必须在行为时就确定下来,“一个在行为当时就已经确定存在的故意,没有理由会因为嗣后形成的事实(客观上实际发生的因果流程)而被回溯地阻却”,^⑤后续的因果关系的认识错误问题自然会被纳入主观归责要件之中。如果将故意理解为包含“知晓”(kenntnis)与“设想”(vorstellung)两方面,那么前者是对行为的认识,与行为规范相对应,后者便是对危险流实现为结果的因果关系认识,与评价规范相对应,因此,主观归责要件的设置也就没有必要,柏浪涛正是做此理解。^⑥笔者认同这一观点,不仅因为我国《刑法》第14条规定的内容“明知自己的行为会发生危害社会的结果”本身就包含行为与结果及其之间的因果关系,更是因为实行行为本身就是需要放置在与结果之间的因果关系之中才能够被理解的概念,例如“杀”是足以致人死亡的行为,“危险驾驶”是足以引起公共安全抽象危险的行为等等,舍去结果,行为不过是一个“空壳”。^⑦

那么结论便是,因果关系是故意的认识内容,^⑧而如何对因果关系进行一定的抽象化处理,即行为人认识到什么程度才是问题核心所在。总之,“故意的成立要求行为人认识因果关系,但是,这种认识只是大致的认识”,^⑨以明确的标准对这一“大致”加以限定,才是结果提前实现问题的肯綮。

三、问题解决标准的提出:结果归属认识论的构建

因果关系的本质部分需要行为人认识,这一本质便是结果归属,即危险实现于结果之中。行为人认识到这一因果关系的本质部分,则主客观必然也统一在构成要件之中。具体而言,从反面来看,从我国《刑法》第24条有关中止犯的规定中可以推知,实行终了的认识是奠定既遂故意的基础,当行为人没

有实行终了的认识之际,便阻却既遂故意的成立,从正面来看,我们能够将行为人的主观认识还原为客观现实,然后根据客观归责中的危险实现标准来判断结果归属的肯定与否,当否定结果归属之际,阻却其既遂故意的成立。

(一)反面论证:欠缺实行终了的认识阻却既遂故意的成立

虽然《刑法》第24条是有关中止犯的规定,但是鉴于在着手之后也能够成立中止,而着手又是未遂犯的要件,因此,《刑法》第24条实际上蕴含着对未遂犯的规定。具体而言,《刑法》第24条区分了两种未遂形态,即未实行终了的未遂与实行终了的未遂。《刑法》第24条规定:“在犯罪过程中,自动放弃犯罪或者自动有效防止犯罪结果发生的,是犯罪中止。”对于这一条规定,我国理论通说认为,我国立法划分了两种未遂:一是未实行终了的未遂(着手未遂),二是实行终了的未遂(实行未遂),前者是“自动放弃犯罪”就能够成立中止的场合,后者是“自动有效防止结果发生”就能够成立中止的场合,在两种场合下,中止犯的成立条件有所不同,在前者之中,行为人停止犯罪即能有效阻止结果发生,在后者之中,行为人要更多的额外行动才能有效阻止结果的发生。^⑩由在实行终了的未遂的场合行为人负有更高度的防止结果发生的义务可知,实行终了的未遂的违法程度高于未实行终了的未遂。

在客观上,为既遂犯之客观违法性奠定基础的,是实行终了的未遂,与之相应,在主观上,为既遂故意奠定基础的,是实行终了的认识。拿未实行终了的未遂犯与既遂犯相比较可知,此时的危险与结果还有相当距离,对于未遂犯的刑罚应当采取必减主义才合理。例如行为人在将手伸到别人碗里投毒之际被抓,在此场合,危险不足以自然演变为结果,那么,未遂犯相比于既遂犯的刑罚就应当减轻,庶几,才能与我国刑法分则对具体危险犯的刑罚设置一律轻于实害犯相协调。但是立法者却在未遂犯的刑罚上采取了得减主义,由此推知,立法者的关注点在实行终了的未遂之上,毋宁说,从结果没发生的原因来

看,比起当场被阻止了实行行为的实施而言,行为入实行终了之后因其他原因导致结果没发生的事件的出现概率更高,并且实行终了的未遂中的危险离既遂结果只差分毫,即便结果没有发生,也是偶然,这种偶然不足以决定行为入刑事责任的必然减轻。于是,立法者将量刑的裁量权交由法官行使,法官可以将未遂犯处以既遂犯的刑罚。既然如此,与既遂犯之客观不法具有亲缘性的,便是实行终了的未遂犯,因为主观是对客观的认识,为既遂故意奠定基础的,也应当是对实行终了的认识。^④这一认识,也可以称之为放手的认识,即实施完最后一个行为便一剑封喉的认识。^⑤

从归责原理处以及行为规范处,我们都可以找到实行终了的认识为既遂故意奠定基础的理论根据。归责判断是从众多的因果事实中,找出能够算作是行为人之“作品”的事物,因为人只能对他所能够支配的事情负责,所以支配是归责的核心思想,是客观归责与主观归责的共同核心理念。就主观归责而言,“只有在客观上的构成要件该当事实可被评价为‘受故意所支配’的情形,才能形成一个故意既遂犯的归责基础,在这个阶层透过支配思维所要排除的,是客观构成要件该当性与主观不法偶然连结的情形”,^⑥那么,当行为人以乙醚捂晕被害人而为下一个行为做准备之际,行为人在主观上就因为下一个行为的保留意思而缺乏对因果流程的全程性意志支配,既然如此,让行为人对结果负责便是一种偶然归责。从行为规范的角度来看,在实行未终了的场合,“虽然行为人的最终目的还是在于杀害他人,但只要他相信当下所从事的举动不会直接引起死亡结果,就还谈不上终局性地做出了反抗规范的决定”,^⑦而一个并非终局性的反抗规范的决定,不足以为故意既遂奠定基础。这实际上是认为,未实行终了的行行为无价值只是部分的而非完整的。^⑧

(二)正面论证:故意需要认识到危险的实现

首先要予以说明的是,因果关系不可避免地带有规范色彩,例如,我们以往将条件说认定为事实因果关系,然后在条件说的基础上进一步判断因果关

系的相当性。^⑨但是,条件关系也并非脱离我们经验认知法则的纯粹客观联系,例如,当我们说“不拿刀捅人人就不会死”之际,实际上是我们通过对结果的特定化即被害人被捅死来肯定了条件关系的成立,而“捅人人会死”是我们已经在经验法则中予以肯定的一种经验性关联。反之,当某些事件的联系超出我们已知的经验法则之外的时候,我们就根本无法通过结果的特定化来进行条件关系的描述,^⑩这一点在现代疫学的因果关系中表现的淋漓尽致,即在我们认识相当有限的领域,大数据的相关性完全替代了对“没A没B”这样的条件关系的判断。由此可知,因果关系是一种合乎经验法则的关联,条件关系所判断的必要条件(不捅不死),是以我们已经预知的充分条件(捅了即死)为前提的。如此一来,还要确保条件关系的判断,其意义何在?答案是条件关系的存在意义并非检验必要条件,而是确保刑罚的一般预防功能的实现,即“刑法上因果关系概念的目的在于确立行为人的行为对于结果发生的避免(控制)可能性,并且从此建立刑罚的正当性基础”。^⑪也就是说,当我们以条件关系加以判断犯罪的因果关系时,实际上是看对于特定结果的发生而言,有没有结果回避可能性,如果在“没A仍有B”的场合我们还要将结果归属于行为入,此时处罚的就是一种不论结果能否回避死了人就要罚的状态,这种状态只能是一种倒霉的宿命,因而体现出绝对的报应主义刑罚观,^⑫它既无助于刑罚一般预防功能的实现,也为现代的合并主义刑罚理念所不允许。^⑬

其次,在判断完结果回避可能性之后,我们还必须进一步判断实行行为的危险是否在结果之中实现,以达到排除偶然责任的目的。在日本,有学者以因果关系的“相当性”称呼这种常态化关联,^⑭在德国,则是如所周知的客观归责理论,后者较前者而言,在支配原理的基础上融入了现代社会的风险分配规则、角色化期待以及规范目的等理论内容,因而更适合应用于以复杂性匿名社会交往为组成结构的后现代社会,良好的应用性能是本文采取客观归责理论的原因。应当看到,相当因果关系说以线性思

维理解结果归属的方式确实存在问题,我们应当以客观归责理论所倡导的危险是否在结果中实现为判断判断结果的归属。例如,在存在介入因素の場合,相当因果关系说认为,我们应当综合考虑实行行为对结果贡献的程度、介入情况的异常性大小、介入因素对结果的贡献程度,以此判断能否将结果归责于前行为,^⑥这种相当性判断的理论初衷是为了限缩归责范围,即如果不引入对介入因素的考虑,就有可能直接根据条件关系肯定结果归属。但是,日本的相当因果关系说很快便遭遇了危机,^⑦在“大阪南港案”^⑧(该案案情大致为被告人在第一现场将被害人打成脑出血陷入昏迷,而后将被害人运到大阪南港材料仓库,不知是谁用四棱木棒打了被害人的头,导致死期稍稍提前)中,根据相当因果关系理论,如果不考虑介入因素,反而会得出肯定第一行为与结果之间因果关系的结论,这有违相当因果关系说以介入因素限缩归责范围的理论初衷。更为重要的是,如果考虑介入因素,因其异常性以及导致死期提前性,会得出第一行为人对死亡结果负责的不当结论。应当说,结果归属的标准是行为所创造的不被容许的风险实现在构成要件结果之中,其需要站在事后,以行为时以及结果发生之前的全部客观事实作为判断对象,看结果是否落在了行为所创造的危险之内,即“确定性是否在可能性之内”。申言之,如果我们将危险比喻成一个立体的球状物,那么我们就判断最终实现的结果是否落在了球体之内,这时,介入因素只不过是判断危险有无现实化的一个辅助参考因素而已,其本身并非判断对象。^⑨这是一种将线性思维改为立体思维的判断方法。这种思维方式的转变在一些我国学者的新版教科书中也可以看出端倪。^⑩一旦我们以立体思维考察大阪南港案件,不难发现结果落在了第一行为所包含的可能性范围之内,即具有“死因同一性”,因而能够肯定结果归属。^⑪

反观我国司法实践,不难发现我国司法实践中的理念十分接近“死因同一性”判断标准。在被害人提前出院导致结果发生的案件中,在肯定“死因同一

性”的前提下,法院往往肯定结果归属。^⑫相反,在虽然有伤人行为,但是在查明被害人死亡结果不在伤害行为所可能引起的结果范围之内之际,法院则否定结果归属。^⑬另外,在家属拒绝尸检因而证明不了死因の場合,法院则根据存疑时有利于被告原则,否定了结果归属。^⑭根据本文观点,结果特定化以及结果是否落在行为可能性的范围内,是结果归属判断之际必不可少的两个步骤,因此,我国法院重视查明死因,并据此做出判断的思维方式是正确的。

最后,根据危险实现于结果之中的判断标准,故意的认识内容就是危险实现,在结果提前实现的案例中,如果行为人在实施第一行为时具有保留第二行为才一剑封喉的认识,则无法肯定其对最终结果的故意。为了判断故意的认识内容是否包含危险的实现,我们可以将故意的认识内容先还原为客观现实流程,然后再看该客观现实流程是否能够被评价为危险实现。如此做的原因在于,主观是对客观的认识,两者之间呈现镜像关系,在客观上满足结果归属要求之际,如果主观上对其也有认识,则主客观必然一致在构成要件的范围之内,因为构成要件本身就是结果归责范围的法定标准。根据前述思路来分析结果的提前实现案例,会得出“乙醚杀夫案”“阳台坠落杀妻案”“放火抽烟案”之中的行为人不成立既遂故意的结论,在“乙醚杀夫案”之中,根据行为人的设想,第一行为是将丈夫麻醉,第二行为是将其放到车里推入海中淹死,以造成其自己驾驶不慎跌落海中的假象,从而骗取保险金,显然,第二个行为才是支配造成结果原因(淹死)的行为,淹死结果无论如何不能说在麻醉行为的可能性范围之内。况且,第二个行为是一个故意行为,因为“期待任何人不会故意犯罪”是我们在当下社会中所达成的人与人之间信赖的最基本条件,而故意犯罪比过失犯罪更要显著性地打破这种期待,所以作为故意行为的介入因素不可避免地带有更大的偶然性、异常性、独立性。那么,在介入一个故意行为,并在故意行为支配下造成死因の場合,最终的死亡结果就已经逸脱了前行为所包含的所有可能性,从而否定了结果归属。一个

直接引起结果的故意行为的介入有效阻断了结果归属这一点,在日本的“美军吉普车撞人案”之中表现得淋漓尽致。其案情梗概为:驾驶员驾车将被害人撞飞,被害人落在车顶失去意识,坐在副驾驶上的同乘者将被害人从车顶往下拽,被害人摔落在路上死亡,事后无法查明成为死因的头部伤害到底由哪个行为所致。法院根据存疑时有利于被告原则认定死因是同乘者所致,并以故意行为“并非经验上通常的、能够预料到的行为”为由,否定了结果归属。^④以此考察“阳台坠落杀妻案”,在该案之中,行为人抱着将骑在阳台栏杆上的妻子拉回来的心态去拉扯妻子,毋宁说,行为人所认识到的行为是一个将妻子从高处拉回来的风险降低行为,而一个对风险降低的认识不足以为故意奠定基础,同时,行为人具备把妻子拉回来之后再以煤气杀之的进一步行为意思,将其还原为客观事实,不难发现其间仍然介入了一个直接引起结果的故意行为,从而不能肯定其认识到了结果的归属,即不能肯定其既遂故意的成立。“放火抽烟案”同样不能肯定行为人既遂故意的成立,因为将行为人的认识内容还原为客观,其间同样介入了一个直接引起火灾的故意点火行为。

在此需要注意的是,也许有人会认为,将行为人的犯罪计划纳入考虑因素,并且考虑到两个行为的密接性而将行为作一体化判断,就会得出介入因素不异常、不独立的结论,从而肯定既遂故意的成立。实际上,这正是日本法院在“乙醚杀夫案”中的判决理由,日本法院以第一行为使得第二行为更容易实施、在第一行为成功之后杀人计划的实施就不存在障碍、第一行为与第二行为在时间与场所上存在密接性为由,将两个行为作一体化判断,并以认识到着手为由,肯定了故意既遂犯的成立。^⑤但是,将行为作一体评价的前提是行为从一开始就只有一个故意,例如抱着劫财的故意杀人,人死后取财的,尽管我们否定死者的占有,也能够因将暴力行为、取财行为评价为一个行为从而肯定抢劫罪的成立,但是在“乙醚杀夫案”之中,乙醚捂晕与推入海里是两个独立的行为意思,两个行为无法被一体评价。^⑥即便

我们将“阳台坠落杀妻案”“放火抽烟案”中的行为作一体评价,也顶多只能肯定在客观层面,结果可以归属于第一个行为,如果根据行为人在第一个行为之际存在“杀人”“放火”这样的动机或者想法为由而直接肯定行为人既遂故意的成立,无疑还是将故意的本质理解为行为人突破法规之际在违法性认识的基础上而产生的反对动机了,而如前所述,这是一种对故意的错误理解,也是一种将刑法规范视为确保人人应当端正行为并有一颗忠诚守法之心的秩序保障法的观点,抹杀了刑法是站在事后,在行为人主客观两面都与结果取得连接的前提下,才发动制裁的自由保障法的精髓所在。另外,行为计划也不足以成为判断危险之际的考虑因素,否则就会出现计划越缜密,越不容易成立未遂的结局,例如行为人原计划将行为人拉到轿车里行驶到100公里开外的野外强奸,如果考虑行为计划,拉到车里的一刻还只是预备而不成立未遂,这无视了在狭小密闭的空间内被害人的法益已经有被侵害的具体危险的事实。实际上,德国学者对着手的认定多采取的是结合构成要件之前的密接行为与行为人的计划加以综合判断的抽象危险说,^⑦而我国的通说则是将着手理解为具体而紧迫的客观危险,即将着手理解为一种结果犯,^⑧因此,在我国以行为计划判断危险实现与否的做法没有理论空间。总之,“‘计划’属于非常不确定的东西,要以此为根据为危险奠定基础,就需要十分慎重”。^⑨

经正反两面论证可知,行为人认识到危险于结果之中实现是其成立既遂故意的基础,如果行为人在第一行为之际做出了下一个行为再一剑封喉的保留意思,则阻却其既遂故意的成立。

四、结果归属认识论的应用

理论结论应当简明且经得起实践检验。在展开实践检验之前,需要指出的是,正如柏浪涛所言,结果的推后发生在客观归责上需要判断后行为是否替代或者阻断了前行为的危险,因而是一个在客观归责层面就足以解决的问题,^⑩而本文所构建的理论属于主观领域问题,因此本文仅在狭义的因果关系、结

果提前实现两处检验自说,而不再涉及结果的推后发生问题。另外,因为笔者在解决结果提前实现问题之际,需要运用到在狭义因果关系之中所提及的观点,所以将狭义的因果关系问题予以前置。

(一)狭义因果关系错误问题之解决

在狭义因果关系错误之中,最为棘手的莫过于以下几个案例:

案例1:甲以杀人故意将一盘拌有毒菌的鱼端给乙食用,但甲并未认识到鱼肉实际上已经腐烂变质并产生了致命毒素,结果乙不喜菌类,故只将鱼肉吃下,因而中毒身亡。

案例2:甲误认为黑砂糖可以杀人,打算将黑砂糖加入被害人的饮料中以达到毒杀目的,但是甲并不知道,被害人对黑砂糖严重过敏或者是患有极为严重的糖尿病,因此在喝完饮料后死亡。

案例3:甲以为乙对安眠药有非常严重的过敏,于是基于杀害的意图,暗中将少许的安眠药加入乙的食物中,乙吃完没多久便因药效昏昏欲睡,因此进入卧房休息。事实上乙对安眠药完全没有过敏,但为甲所不知的是,在乙的卧室中有一个非常老旧且被错误安装的暖炉,每当燃油没有完全燃烧时,就会排放一氧化碳。当晚该暖炉内的燃油再次不完全燃烧,室内浓烟密布,乙因为安眠药作用未能如往常一样因受到一氧化碳的恶臭刺激醒来,最终死于一氧化碳中毒。

其一,结果归属判断目的是筛选出行为与结果之间的常态化不法关联,排除偶然责任,以确保刑罚一般预防功能的实现。^⑧一般预防功能的实现要求将某结果算到某行为的头上的前提是,该行为日后还会引起危害结果,即该行为具有引起结果的“利用可能性”。^⑨因此,这种筛选不可避免地带有事后性,即我们应当站在事后综合判断所有从行为到结果发生之间的所有客观事实,在力求信息全等的基础上做出具有稳定性的判断结论。因为行为时的事实已经被给定,所以是一种必然,行为时的客观事实必须纳入判断对象之内,^⑩又因为在事后的介入因素是独立的故意行为或者概率极小的事件且直接引起了结

果的场合,结果已经脱逸出第一行为所包含的可能性之外,所以应当将介入因素从判断对象之中加以排除。例如,给严重的糖尿病患者吃糖,该行为本身就会导致其死亡因而能够肯定结果归属;再如,劝说他人雷雨天到森林里散步,希望其被雷劈死,后果真其被雷劈死,因为被雷劈属于概率极小的偶然事件所以不具备利用可能性从而排除结果归责;还如,劝说他人坐高铁,希望高铁爆炸而导致其死亡,如果在劝说之际高铁上已经被恐怖分子挂上了炸弹,那么劝说他人坐有炸弹的高铁显然可以致人死亡,此时就要考察行为人是否真正认识到了高铁有炸弹这一点,否则就不能称之为故意而只是一种空想。如果高铁一开始没有炸弹而其后才被恐怖分子放置,那么结果属于恐怖分子的故意行为所直接导致而不能归属于劝说行为,在此,如果劝说者知道恐怖分子会在其后放置炸弹,则其成立故意杀人罪的片面帮助犯,这里的特别认知,其实并不决定正犯的结果归属,而只决定共犯的结果归属。^⑪决定正犯归责的是支配引起结果的原因,而共犯作为一种处罚扩张形态,^⑫决定共犯归责的是为结果提供条件并且对正犯介入的认识,如果特别认知者认识到恐怖分子之后会放置炸弹,其就已经为恐怖分子提供了杀人的条件,并且认识到了恐怖分子的介入从而同时具备共犯归责的两个要件。

其二,让我们根据以上观点判断三个案例。在案例1之中,因为鱼和毒菌都已经在行为时被给定,甲同时端上了两者,被害人不是吃鱼就是吃菌,甲的行为创造出了不被允许的风险因而能够肯定结果归属,在故意层面,其认识到的因果流程是被害人吃毒菌而死,将这一认识还原为客观现实予以判断,也能够肯定其认识到了结果归属,因此案例1中的甲成立故意杀人罪既遂。在案例2之中,给对黑糖严重过敏或者有糖尿病的人吃糖本身就可以吃死人因而结果归属得以肯定,在主观故意上,甲的认识内容是“给健康者吃黑糖就能吃死人”,将其还原为客观,给健康者吃黑糖吃死人是难以想象的极小概率事件因而应当否定结果归属,那么我们就不能说甲认识到了

危险的实现,即甲不成立故意既遂犯,其充其量成立过失致人死亡罪。在案例3之中,情况略微复杂,在甲给乙吃安眠药的行为时,该非常老旧的被错误安装的暖炉已经存在,那么行为所创造的风险便是“给卧室有一台经常泄露一氧化碳的人吃安眠药”,并且,乙的昏迷是造成其吸入过量一氧化碳的原因,虽然乙的死因是一氧化碳中毒,但是该死因完全在“给卧室有一台经常泄露一氧化碳的人吃安眠药”的行为之危险的范围内,从而具备“死因同一性”。再看甲的主观故意,根据其认识内容,我们可以还原为判断“给对安眠药严重过敏的特殊体质之人吃安眠药”这句话,不难发现,这一认识符合危险实现的结果归属标准从而不阻却既遂故意的成立。综上,案例1与案例3之中的行为人成立故意杀人罪既遂,在案例2中的行为人成立过失致人死亡罪。

根据本文所构建的理论标准,对上述三个案例的判断过程是简洁明快的,解决结论也都是合理的。在案例1中,倘若否定故意既遂犯的成立,就会导致行为人认识的内容越细,反而越不容易肯定故意的结局,其实,不论是毒菌还是毒鱼,都属于有“毒”的食品,通过对“毒”的认识,我们很难否定行为人的故意,况且被害人被毒死的危险的确是行为人所创设,在客观层面否定结果归属实际上是将风险分配给被害人,而吃盘子里的任何食物,本身就是再正常不过的进食范围。在案例2中,行为人的主观心态与迷信犯别无二致,尽管客观上引起了结果,但以故意责任谴责这一荒谬的认知,起不到任何一般预防的效果。在案例3之中,如果在客观上否定结果归属,就无视了暖炉是已经被给定而非介入因素的事实,如果在主观上否定行为人既遂故意的成立,相当于宣称对特殊体质的设想并不足以作为故意奠定基础,这无异于将死亡风险分配给了特殊体质者。

(二)结果提前实现问题之解决

在结果提前实现问题之中,本文设置三个案例,两个位于单独正犯领域,一个位于共犯领域。

案例4:甲想毒死乙,在乙的红酒里下毒,本想等乙出差回来后端给他喝,不料乙提前回来自己喝了

红酒而死。

案例5:甲想杀乙,但乙人高马大,甲于是想先用安眠药让乙睡着,之后再用刀砍死乙,不料第一个行为就导致乙死亡。

案例6:甲知道乙要杀人,正苦于手头无枪,甲便将手枪放在自家窗台上,想等到第二天乙来家里时再拿给乙,不料当天下午乙有事路过甲家窗台,看到窗台上的手枪误以为是甲要给自己而特意放在窗台上的,遂拿起手枪去杀了人。

首先要予以说明的是,无论既遂、未遂,还是预备,在意志因素上,都必须具备希望结果发生的意志,否则就难以成立故意,不同的是认识内容。预备故意是为犯罪准备工具、制造条件的故意,因而难言是对实害结果的认识。就未遂故意而言,如果我们将着手理解成构成要件行为的开始,那么既遂与未遂的认识内容也就一致,即认识到实害结果,但是如前所述,着手是未遂犯的要件,其不等于构成要件行为,构成要件行为是既遂犯的要件,例如,瞄准是着手,扣扳机才是杀人的构成要件行为,未遂犯是既遂犯的扩张处罚形态。如此来看,未遂故意与既遂故意的内容也就不同,在阻却既遂故意的前提下,如果行为人认识到了具体危险,则行为人成立的故意便是未遂故意。总结可知,在行为人存在下一个行为才一剑封喉的意思保留即不存在放手认识的前提下,因为未遂犯是一种具体危险犯,预备犯是一种抽象危险犯,^⑧根据我国《刑法》第14条规定,行为人也需要认识到具体危险结果、抽象危险结果才能成立故意,因此,如果行为人认识到的危险是具体危险,则成立未遂犯;如果认识到的危险是抽象危险,则成立预备犯。这种故意的阶段性符合法规范保护法益的增长性期待,如果我们动态的来看,行为危险的实现过程经历了引起抽象危险结果、引起具体危险结果、引起实害结果三个阶段,那么,为了保护法益,法规范在这三个阶段中对行为人的制裁也不断升级,即在认识到实害结果而引起的前提下,成立故意犯罪既遂,在认识到具体危险而引起的前提下,成立未遂犯,在认识到抽象危险而引起的前提下,成

立预备犯。^⑧

其次,先分析两个有关单独正犯的案例。在上述案例4、5之中,于客观层面,行为危险已经实现在结果之中,因此客观归责要件满足,但是,在主观层面,当我们将其主观认识还原为客观事实加以判断之后,会得出两者都没有认识到结果归属的结论,既然如此,两个案例中的行为人就不具备既遂的故意。如此一来,就要看两个案例中的行为人是认识到具体的危险还是抽象危险,如果是前者,成立未遂故意,如果是后者,成立预备故意。未遂犯是一种结果犯,处罚未遂的根据是具体而紧迫的危险,对具体而紧迫的危险应当做事后的客观判断,^⑨在上述案例5之中,因为被害人睡着之后,几乎没有什么能够阻止死亡结果的发生,因此危险是紧迫的,另外,行为人给被害人下安眠药的时候,就已经侵入了被害人的人身安全领域,对其产生了交互式影响,因而该危险又是具体的。既然如此,下药便是杀人的着手,行为人在认识到了着手所带来的具体危险的基础上成立故意杀人的未遂犯,同时,对于死亡结果如果存在过失的话,还另外成立过失致人死亡罪,两者之间是想象竞合的关系。在案例4之中,在红酒中下药之际,被害人出差在外,不能认为该行为已经侵入到了被害人的人身安全领域,另外,被害人出差回来尚需时间,因而其危险并不紧迫,那么该危险就是抽象的危险,行为人对抽象危险具有认识,因此成立故意杀人罪的预备,另外,如果行为人对于死亡结果有过失,则还成立过失致人死亡罪,两者之间是想象竞合关系。需要指出的是,成立预备犯的同时也成立过失犯,并不意味着过失犯的实行行为与故意犯的预备行为是重合的,否则就会招致过失犯的实行行为竟然被缓和到相当于故意犯的预备行为的质疑,^⑩根据本文观点,在案例4之中,因为危险实现了,所以过失犯与故意犯的实行行为同时被满足,之所以会出现预备犯与过失犯的竞合关系,是因为行为人对抽象危险具有故意而对实害结果只有过失。

最后,共犯的因果关系是一种诱发的因果关系,共犯只为结果的发生提供条件而不提供原因。例

如,甲给乙刀子,作为自律的乙,不一定会拿刀子杀人,而一旦乙拿起刀子故意杀人,也就只有乙才支配了引起结果的原因。生活中无处不有犯罪条件(安眠药、菜刀、板砖、啤酒瓶、网络等),而原因只一个,即出于故意直接引起结果的行为,因此,共犯提供条件,正犯提供原因,两者的不法内涵不同,不可混淆。如此一来,共犯的成立条件便是客观上诱发了正犯行为,并且在主观上认识到共犯的因果关系,即诱发正犯并通过正犯行为的介入来引起结果。^⑪据此审查案例6,行为人在客观上的确促进了乙的杀人行为,从而通过乙的杀人行为与结果之间取得了间接的因果连接,但是问题在于主观方面,将甲的设想还原,应当是先把手枪放到窗台,等第二天乙来自自己家里时拿出手枪给乙,乙枪杀别人,根据这一因果流程,甲并不认为自己的行为已经实施完毕,从而也就没有认识到乙会在当天下午介入,即甲欠缺对介入因素——正犯行为的认识,如此一来,甲就不成立帮助的既遂而只能成立帮助未遂。根据我国通行的共犯从属性理论,帮助未遂因为欠缺与正犯着手的连接而不可罚。^⑫虽然近来有学者提出针对重罪的教唆未遂、帮助未遂可以按照预备犯处罚,^⑬但该问题涉及对共犯可罚性的不同理解,已然超出了本文的范畴从而不再展开论述。

五、结语

在“乙醚杀夫案”这样的结果提前实现案例中,肯定其故意既遂犯的成立除了一体化判断行为,并且将故意的本质理解为突破法规范的动机之外,还存在一种可能性,那便是满足刑事政策上强烈地以故意既遂犯处罚行为人的法感情需要。应当看到,教义学以正当性为圭臬,刑事政策以目的性为圭臬,虽然正当性少了目的性填补则盲,目的性少了正当性限定则空,两者是相辅相成的关系,但是,“超出合理限度的刑法刑事政策化对于刑事法治是一场灾难”。^⑭这里的合理限度至少包含了为客观、主观归责划定范围的答责原理,以及确保刑罚之正当性的责任原理。既然如此,将刑事政策上的需罚性凌驾于应罚性之上,对行为人论以既遂之罪,则有突破自

由主义刑法理念的底线之虞,结果就是刑罚的扩张。虽然在个案中满足了强烈处罚的法感情,但全体公民不得不为日益脱缰的刑罚所带来的负面溢出效应而买单,孰轻孰重一目了然。与其这样,不如在定性上论以未遂之罪,但在量刑上根据个案的不同而进行更为具体的刑罚调整来的更为合理,毕竟,我国刑法对未遂犯采取的是得减主义。

行文最后,稍加回应一下本文开头所提及的我国审判实践中涉及结果提前实现的案例。严格来说,该案例并非一个结果提前实现问题,因为结果提前实现问题是不能正面肯定既遂故意之际,能否反面思考,通过错误论来肯定故意既遂的问题。不难看出,该案例涉及的是行为人对制造毒品之际的中间物质有无认识的情形,属于对毒品这一构成要件要素的认识需要达到什么程度的问题。一般认为,对于毒品的认识不要求具体到类别与细目,而是认识到是毒品即可,但是在判断之际,也必须综合实施毒品犯罪行为的过程、方式、毒品被查获时的情形等证据,结合被告人的年龄、阅历、智力等情况综合认定,而这只能是一个诉讼上的证明问题,而非结果提前实现问题。

注释:

①例如在德国,就先后发生过三个案例:第一,行为人原本打算在列车内以扳手殴打妻子使其昏厥,然后将妻子扔到车外造成妻子因事故死亡的假象,但事后无法查明被害人是死于扳手殴打还是摔死。Vgl. RG, DSStR 1939, 177. 第二,行为人打算利用与被害人所属同一集团内部的“当场判决”式制裁来吊死被害人,在被害人反抗之际,行为人对其实行了殴打与勒颈行为,其后将被害人吊在树上,但被害人在被吊在树上之前已经死亡。Vgl. BGH, GA 1955, 123. 第三,行为人计划在自宅内对妻子实施捆绑、堵嘴等行为,以使妻子昏厥之后将其塞入汽车后部的行李箱中运送到100公里之外的场所杀害,但妻子已经死于自宅内的暴行。Vgl. BGH NJW 2002, 1057 (1058). 德国的判决认为,前两个案件中的行为人已经达到着手状态,因此成立谋杀罪的既遂,而后一个案件中行为人的行为尚在预备阶段,因此欠缺面向结果的实现意思从而否定谋杀罪既遂的成立。

②该案梗概为,妻子想杀死丈夫以骗取生命保险金,便委托A杀害其丈夫。A又叫了三名同伙,四人原计划为,B、C、D

三人乘坐的汽车与被害人的汽车发生碰撞,然后以交涉处理事故之名,将被害人引入车内以乙醚捂晕(第1行为),再将被害人放于其车内从港口推入海中(第2行为),造成其因事故被淹死的假象。其后,三人按计划行事,但事后无法查明被害人到底是因第1行为还是第2行为而死,即难以排除第1行为致死的可能性。法院判决三名实行犯成立故意杀人罪既遂的共同正犯。参见[日]最高裁判所2005年3月22日决定,《最高裁判所刑事判例集》第58卷第3号,第187页。

③该案梗概为,丈夫杀妻,刀捅妻子数下,妻子倒地后又站起来逃走,丈夫持刀追上妻子将其拖回。因妻子正在流血,丈夫觉得就这么放置妻子不管其也会流血而死,所以就没有继续捅刺。妻子趁丈夫将刀放回厨房之时逃向阳台,两腿骑过阳台扶手并顺着扶手逃向邻居家,丈夫抱着将妻子拖回去与自己煤气中毒(第2行为)一起死亡的想法抓回妻子(第1行为),妻子在抬手挥舞抵抗之际失去平衡跌落24.1米高的阳台而死。法院判决丈夫成立故意杀人罪既遂。参见[日]东京高等裁判所2001年2月20日判决,《判例时报》第1756号,第162页以下。

④该案梗概为,行为人想在家自焚而死(第2行为),在室内撒完汽油后,想在临死之前最后抽根烟(第1行为),并在这档口引燃了汽油。法院判决行为人成立放火罪的既遂。参见[日]横滨地方裁判所1983年7月20日判决,《判例时报》第1108号,第138页。

⑤2016年10月,被告人许海峰与被告人陈旭商议制造毒品,后许海峰在家里利用非法获取的制毒试剂进行制造毒品的实验,2017年4月陈旭搬到许海峰住处帮助许海峰制造毒品,截至2017年5月5日,许海峰、陈旭共制造出甲卡西酮268.32克(纯度49.5%)、甲基苯丙胺12.97克、 γ -羟丁酸172.29克、麻黄碱6.67克。陈旭供述称,2016年10月中旬左右,许海峰跟其说他制作麻黄碱挣钱并购买了工具和原材料,2017年4月7日,其到许海峰住处和他一起住,他只知道制造麻黄碱的前一阶段是用液溴和二氯甲烷等材料制造出甲氨基苯丙酮盐酸盐。在制造甲氨基苯丙酮盐酸盐过程中许海峰告诉他液溴的用量,他只是看温度计,并根据温度的高低分别加凉水或者用电热套加热,配料时他还用天平称过液溴,在制造出甲氨基苯丙酮盐酸盐(一种可用于进一步制毒的中间体,其中含有属于毒品的甲卡西酮——引者注)后,许海峰便单独制造麻黄碱和冰毒,他自己不知道怎么制造。辩护人辩称陈旭对结果提前实现的认识错误阻却故意的成立,公诉人在庭审中称,陈旭称自己不知道甲氨基苯丙酮盐酸盐属于毒品是主观认识错误,是犯罪构成提前实现,不影响犯罪成立。法院采纳了公诉意见,将两人都论以制造毒品罪既遂。参见山东省德州市德城区人民法院(2017)鲁1402刑初344号判决书。

⑥Vgl. Jürgen Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Betrag zum

Strafgrund der Vollendung, Festschrift für Heinz Leferenz, 1983, S. 562ff. 尽管论述理由不同, 持相同结论的德文文献, Vgl. Wolfgang Frisch, Tabestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 602f. 日文原文与翻译文献如, [日]林干人:《结果的提前发生》, 载《判例时报》第1869号(2004年), 第3页以下; [日]山口厚:《实行的着手与既遂》, 载《法学教室》第293号(2005年), 第109页; [日]町野朔:《因果关系与错误理论》, 载《法学研究》第29卷(1993年), 第229页以下; [日]高桥则夫:《构成要件提前实现的考察——围绕乙醚杀人案展开》, 载《早稻田法学》第80卷第4号(2005年), 第12页以下; [日]石井撤哉:《论构成要件提前实现》, 载《奈良法学杂志》第15卷第1-2号(2002年), 第35页以下; [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246页。

⑦参见钱叶六:《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》, 载《政治与法律》2009年第3期, 第136-142页。

⑧参见刘明祥:《刑法中的错误论》, 中国检察出版社2004年版, 第198-201页; 陈璇:《论主客观归责间的界限与因果流程的偏离》, 载《法学家》2014年第6期, 第112-113页; 柏浪涛:《构成要件错误的本质: 故意行为危险的偏离》, 载《法学研究》2018年第3期, 第153页; 欧阳本祺:《论因果流程偏离的主观归责》, 载《法学评论》2015年第6期, 第112页; 王俊:《因果关系认识错误研究》, 载陈兴良主编:《刑事法评论》(第27卷), 北京大学出版社2010年版, 第363-366页。

⑨参见柏浪涛:《狭义的因果错误与故意归责的实现》, 载《法学》2016年第3期, 第97页以下。

⑩参见柏浪涛:《结果的推迟发生与既遂结论的质疑》, 载《法学家》2016年第1期, 第161页以下。

⑪参见张明楷:《刑法学》(第5版), 法律出版社2016年版, 第277页; 陈兴良:《规范刑法学·上册》(第4版), 中国人民大学出版社2017年版, 第175页; 周光权:《刑法总论》(第3版), 中国人民大学出版社2016年版, 第182-183页; 钱叶六:《犯罪实行行为着手研究》, 中国人民公安大学出版社2009年版, 第182-189页。

⑫同前注⑥, 山口厚文, 第110页; 同前注⑥, 林干人文, 第6页; 同前注⑥, 町野朔文, 第229-230页。

⑬参见[日]山口厚:《问题探究·刑法总论》, 有斐阁1998年版, 第8-9页。

⑭参见马克昌主编:《犯罪通论》, 武汉大学出版社1999年版, 第346页; 同前注⑪, 陈兴良书, 第165页; 同前注⑪, 张明楷书, 第258页。

⑮张明楷:《刑法学研究的五个关系》, 载《法学家》2014年第6期, 第79页。

⑯参见[日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》, 于佳佳译, 中国政法大学出版社2017年版, 第232页; [日]岛田聪一

郎:《结果提前发生》, 载西田典之、山口厚、佐伯仁志:《Jurist增刊·新·法律学的争点系列2·刑法的争点》, 有斐阁2007年版, 第66页。

⑰我国并非没有学者在客观归责领域解决结果提前实现问题, 这是一种将错误问题前置到客观归责领域解决的极端客观归责说。例如陈璇便认为故意是对行为规范的突破, 从而只需要认识到实行行为, 而对于因果流程的偏离问题, 都应当归入客观归责领域来判断危险是否在结果中实现。同前注⑧, 陈璇文, 第103页以下。陈璇理论的问题在于, 其在客观归责中的判断对象是行为时的全部客观事实, 判断标准是一般人(参见陈璇:《论客观归责中危险的判断方法——以行为时全体客观事实为基础的一般人预测之提倡》, 载《中国法学》2011年第3期, 第159页以下), 这实际上几乎等同于没有限定的条件说, 而她又认为故意不需要认识到因果关系, 所以根据其理论, 有可能扩大故意既遂犯的成立范围。

⑱同前注⑧, 欧阳本祺文, 第108页。

⑲对Roxin、Puppe等人的域外理论的批判, 参见前注⑧, 柏浪涛文, 第146-147页; 参见同前注⑩, 柏浪涛文, 第169-170页。

⑳同前注⑧, 欧阳本祺文, 第110-112页。

㉑同前注⑪, 张明楷书, 第272页。

㉒黎宏:《日本刑法精义》(第2版), 法律出版社2008年版, 第202页。

㉓参见[日]高桥则夫:《规范论和刑法解释论》, 戴波、李世阳译, 中国人民大学出版社2011年版, 第7-11页。

㉔参见[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219页。

㉕同前注⑬, 山口厚书, 第121页。

㉖实际上, 构成要件的产生渊源可以追溯到中世纪纠问式诉讼中的“犯罪确证”概念, 是一个具有相当实际操作内涵的概念。参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》, 王泰译, 中国人民公安大学出版社1991年版, 第2页。

㉗同前注⑲, 山口厚书, 第219页以下; 同前注⑥, 松原芳博书, 第181页; 同前注⑩, 佐伯仁志书, 第215-216页。

㉘周漾沂:《从实质法概念重新定义法益: 以法主体性论述为基础》, 载(台湾地区)《台大法学论丛》2012年第3期, 第989页。

㉙同前注⑧, 柏浪涛文, 第141-142页。

㉚同上注, 第148页。

㉛同上注, 第153页。

㉜参见[德]汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论: 刑法理论的新图景》(增补第4版), 陈璇译, 中国人民大学出版社2015年版, 第1-5页。

㉝参见许玉秀:《当代刑法思潮》, 中国民主法制出版社2005年版, 第138页。

③④参见[日]小林宪太郎:《刑法的归责》,弘文堂2007年版,第8-11页。

③⑤参见[德]京特·雅各布斯:《京特·雅各布斯著作集·第1卷·犯罪论的基础》,松宫孝明等编译,成文堂2014年版,第85-89页。采取同样观点的中国学者的专题研究文献,参见何庆仁:《特别认知者的刑法归责》,载《中外法学》2015年第4期,第1038页以下。

③⑥参见[日]松原芳博:《评Erich·Samson〈刑法中结果无价值与行为无价值的关系〉》,载《早稻田法学》78卷1号(2002年),第227页。

③⑦参见张明楷:《行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷》,载《中国社会科学》2009年第1期,第101页以下;黎宏:《行为无价值论批判》,载《中国法学》2006年第2期,第161页以下;郑军男:《一元的行为无价值论及其批判——德日违法性理论考察》,载《吉林大学社会科学学报》2010年第2期,第54页以下;杜文俊、陈洪兵:《二元的行为无价值论不应是中国刑法的基本立场》,载《东方法学》2009年第4期,第90页以下。

③⑧参见[日]松宫孝明:《刑事立法与犯罪体系》,成文堂2003年版,第259页。

③⑨例如日本的松宫孝明就以此为由,将故意与过失定位在责任之中,参见[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,第42页。

④⑩参见张明楷:《共犯对正犯故意的从属性之否定》,载《政法论坛》2010年第5期,第15页以下。

④⑪同前注⑩,张明楷书,第258页。

④⑫黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第185页。

④⑬参见[日]桥爪隆:《构成要件的推迟实现与构成要件的提前实现》,王昭武译,载《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期,第136页。

④⑭参见《2017年最新版·德国刑法典》,李圣杰、潘怡宏编译,(台湾地区)元照出版有限公司2017年版,第18页。

④⑮蔡圣伟:《刑法问题研究(二)》,(台湾地区)元照出版有限公司2013年版,第131页。

④⑯同前注⑮,柏浪涛文,第146页。

④⑰关于实行行为概念的反思与批判,参见周啸天:《实行行为概念的批判与解构》,载《环球法律评论》2018年第4期,第107-108页。

④⑱同前注⑰,陈兴良书,第162页。

④⑲同前注⑰,周光权书,第182页。

④⑳参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第158-160页;同注⑰,陈兴良书,第220页;陈兴良主编、周光权副主编:《刑法学》(第3版),复旦大学出版社2016年版,第120-124页;刘艳红主编:

《刑法学》(上),北京大学出版社2014年版,第231页;曲新久:《刑法学》(第5版),中国政法大学出版社2016年版,第150页。

⑤①参见[日]林美月子:《实行行为过程中的无责任能力》,载《神奈川法学》第28卷第1号(1993年),第297页。

⑤②同前注⑤①,高桥则夫文,第14页。

⑤③同前注⑤①,蔡圣伟书,第149页。

⑤④同上注,第205页。

⑤⑤ Vgl. Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objectivv Zurechnung, ZStW. Bd. 89(1977), S.694. 697.

⑤⑥参见黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第168-171页。

⑤⑦参见[日]小林宪太郎:《因果关系与客观的归属》,弘文堂2003年版,第7页以下。

⑤⑧黄荣坚:《基础刑法学·下》(第4版),(台湾地区)元照出版有限公司2012年版,第696页。

⑤⑨同前注⑤⑧,山口厚书,第10页。

⑤⑩参见[日]林干人:《相当因果关系与一般预防》,载《上智法学论集》第40卷第4号(1997年),第22-26页。

⑤⑪参见[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,第80页。

⑤⑫参见[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122页。

⑤⑬有关对相当因果关系说危机的介绍,参见张小宁:《相当因果关系说的兴盛与危机——兼谈客观归属论的提倡》,载《东岳论丛》2014年第8期,第161-163页。

⑤⑭[日]最高裁判所1990年11月20日决定,《最高裁判所刑事判例集》第44卷第8号,第837页。

⑤⑮同前注⑤⑭,山口厚书,第59页。

⑤⑯张明楷与黎宏在早期的教科书中提倡相当因果关系说,但是在新近的教科书中,却以结果归属或者危险实现作为判断标准。参见张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第170页;同前注⑰,张明楷书,第188页以下;黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第104页以下;同前注⑱,黎宏书,第100页以下。

⑤⑰根据结果归属论,如何确定结果就十分重要,对于如何抽象化死期稍稍提前结果的理论说明,参见蒋太珂:《介入因素导致死亡时间提前时的归责分配》,载《政法论坛》2017年第6期,第137页以下。

⑤⑱汤某碰撞行为入斯某使其受伤,在斯某病情稳定后,博州人民医院建议其转下级医院继续治疗,患者家属坚持要求出院回家,患者四天后在家死亡。法院认为,“被告人的危险行为已经导致被害人重伤濒临死亡,而被害人亲属的行为对结果的发生并未超越肇事行为,在被害人重伤的基础上也并未升高被害人的死亡危险”,因而肯定了结果归属。参见新疆维吾尔自治区精河县人民法院刑事判决书,(2015)精刑初字第

93号判决书;另见:2005年9月29日,被告人王某驾车将被害人撞倒,被害人被确诊为右额颞顶枕急性硬膜下血肿、左颞叶脑挫伤伴多发性血肿、右角回脑挫裂伤、外伤性蛛网膜下腔出血、左侧额颞部头皮血肿、全身多处软组织伤,治疗期间被害人的丈夫先后4次签署放弃治疗意见,被害人于10月20日因呼吸衰竭死亡。法院认为,“被害人亲属放弃治疗这一介入因素不足以阻断被告人肇事行为致使被害人死亡的结果”,因此肯定了结果归属。参见晋松、吴美来:《交通肇事案被害人亲属放弃治疗能否中断刑法因果关系》,载《中国审判》2007年第3期,第60页。

⑨被害人吴某2008年患上宫颈癌,2014年至2017年3月期间,因术后转移在医院多次化疗。2017年5月23日,吴某因疼痛难忍在家服农药(一种低毒除草剂)自杀,后被家人及时送医院救治。自此至6月中旬,吴某多次请求相识多年的徐某驾车撞死自己(吴某丈夫王某也参与了劝说),以摆脱痛苦,徐某某多次拒绝后最终于15日同意。当晚20时许,徐某某在约定地点开车将吴某撞倒,随后拨打110报警,吴某被送往医院,但其不配合治疗,6月17日主动出院,19日凌晨死于家中。经法医鉴定:被害人吴某系宫颈癌术后转移致多脏器功能衰竭死亡,车辆撞击所致损伤对其死亡进程稍有影响,其被车辆撞击所致的损伤程度为轻伤二级。法院认为,被告人徐某某及王某系共同犯罪,均构成故意杀人罪未遂,综合考虑犯罪情节、犯罪后如实供述罪行、得到被害人近亲属的谅解等因素,分别对徐某某和王某判处有期徒刑3年缓刑3年和有期徒刑2年缓刑2年。参见江苏省句容市人民法院刑事判决书,(2018)苏1183刑初字第13号。

⑩2010年8月10日7时,被告人杨某某等四人手持镐把、木棍等工具对被害人进行殴打。后被害人被及时送往医院,并顺利做了脾切除术、脾尾破裂修补术等手术,术后进入ICU监护治疗。8月14日被害人转到309医院治疗,22日被害人的亲属不顾医生的劝阻,接其回原籍治疗,23日下午被害人死亡,24日下葬。公安人员赶到被害人老家时,发现其亲属正在办理丧事,且拒绝开棺验尸,法医仅凭病历材料无法判断死因。据此,法院不能认定被害人的死亡系被告人的伤害行为所致,只能认定杨某某等人故意伤害致被害人重伤。《杨道计等故意伤害案》,载最高人民法院刑事审判庭主编:《刑事审判参考》(总第89集),法律出版社2013年版,第34-38页。

⑪[日]最高裁判所1967年10月24日决定,《最高裁判所刑事判例集》第21卷第8号,第1116页。

⑫[日]最高裁判所2005年3月22日决定,《最高裁判所刑事判例集》第58卷第3号,第187页。

⑬同前注⑥,高桥则夫文,第7页。

⑭参见[日]盐见淳:《论实行的着手·(二)》,载《法学论丛》第121卷第4号(1987年),第21页以下。

⑮同前注⑩,张明楷书,第342页。

⑯同前注⑥,松原芳博书,第241页。

⑰同前注⑩,柏浪涛文,第162-168页。

⑱参见[日]高山佳奈子:《死因与因果关系》,载《成城法学》第63号(2000年),第185页。

⑲同前注⑬,山口厚书,第27页。

⑳同前注⑰,陈璇文,第159-162页。

㉑我国以特别认知为由对客观归责理论展开批判的学者往往忽略了一部分特别认知案例实际上涉及共犯的归责要件问题从而与正犯的归责无关。参见庄劲:《从客观到主观:刑法结果归责的路径研究》,中山大学出版社2019年版,第34页以下。

㉒因果关系包含直接引起与诱发引起两种形态,例如,甲教唆乙杀人或者提供给要杀人的乙一把手枪,甲与被害人死亡结果显然具有因果关系,但是,甲只承担共犯责任,承担正犯责任的是乙,因为是乙基于自律与故意而支配了引起结果的原因,即直接引起了结果,而甲只是提供了引起结果的条件,其并未支配引起结果的原因。支配与答责是一体两面的关系,如果坚持人因支配而答责的原理,那么甲因欠缺对结果的支配而不应当对结果答责才对。实际上,溯责禁止说就直截了当地认为,在追究正犯责任之际,不能追溯到故意引起结果的行为之前的行为(站在结果无价值立场上,深入讨论并持这一学说的,是英年早逝的日本学者岛田聪一郎,参见[日]岛田聪一郎:《正犯·共犯论的基础理论》,东京大学出版会2002年版,第234页以下),从该思路出发,共犯本身就是一种只有在立法明文规定的前提下,正犯背后的人才能够就结果承担责任的处罚扩张形态,如此来看,正犯责任与因果关系是两个不同层次上的问题,前者涉及答责范围,后者涉及一般预防的边界。我国以往对区分制、单一制共犯体系的探讨,过多地关注于法条规定的形式,而忽略了正犯与共犯两者背后不同的归责原理。近年来,敏锐认识到上述问题,并在归责层面展开共犯体系研究的,是何庆仁。参见何庆仁:《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》,载《法学研究》2016年第3期,第153页以下。

㉓同前注⑫,黎宏书,第226页。

㉔同前注⑥,高桥则夫文,第12-13页;采取类似观点但分析更加细致的文献,参见同前注⑥,石井徽哉文,第30-37页。

㉕参见[日]山口厚:《危险犯的研究》,东京大学出版会1982年版,第150页以下。

㉖该质疑的提出,参见同前注⑩,岛田聪一郎文,第66页。

㉗同前注⑫,岛田聪一郎书,第403页。

㉘同前注⑩,张明楷书,第411页。

㉙参见秦雪娜:《共犯的实行从属性说在我国的困境与出路》,载《法学家》2015年第4期,第140页以下。

㉚陈兴良:《刑法的刑事政策化及其限度》,载《华东政法大学学报》2013年第4期,第12页。