

# 构成要件错误的本质： 故意行为危险的偏离

柏浪涛\*

---

内容提要：关于构成要件错误，法定符合说与具体符合说的分析视角是效果论，通过比对预想结果与实际结果来决定结果归属，然而这一分析路径并不能为结果归属提供实质根据。相反，考察危险发生机理的机理论能够揭示错误的本质，为结果归属提供实质根据。例如就打击错误而言，行为人的一个行为同时制造了故意行为危险和过失行为危险；前者具有目的性与支配性，后者具有盲目性与任意性，对二者不能等同视之，认为故意行为危险与过失行为危险具有同一性的观点难以成立。若结果不是故意行为危险的实现，而是过失行为危险的实现，亦即危险发生了实质偏离，则结果不能归属于故意。关于结果归属的判断，罗克辛的计划实现理论、弗里施的风险理论、普珀的故意危险理论均存在不足，而故意行为危险的实现标准具有合理性。依此判断，故意行为危险在对象错误中并未发生偏离，在打击错误中发生了偏离；而在各种因果关系错误中，是否发生偏离需作具体分析。

关键词：构成要件错误 法定符合说 行为意志 故意归属 危险偏离

---

## 一、问题意识

在错误论领域，<sup>(1)</sup>我国刑法学界的主流分析路径是法定符合说和具体符合说。<sup>(2)</sup>这两种学说的判断视角是行为人预想的结果与实际结果的主客观一致性。例如，甲向乙开枪，却打偏击中了附近的丙，丙死亡。具体符合说认为，就行为对象及结果而言，主观预想结

---

\* 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”（16YJC820001）的阶段性成果。

(1) 本文研究的错误论问题限于事实认识错误（构成要件错误），并且是同一犯罪构成内的错误。

(2) 参见张明楷《刑法学》，法律出版社2016年版，第270页；黎宏《刑法学总论》，法律出版社2016年版，第205页；周光权《刑法总论》，中国人民大学出版社2016年版，第176页；刘明祥《论具体的打击错误》，《中外法学》2014年第2期，第378页。

果（乙死亡）与客观实际结果（丙死亡）不一致，甲构成故意杀人罪未遂。法定符合说认为，预想结果（人死亡）与实际结果（人死亡）一致，甲构成故意杀人罪既遂。然而，这种效果比对的思路具有孤立性和静止性，其实，更需要追问的是发生偏差的机理。前者是效果论，后者是机理论。显然，机理论比效果论更能揭示事物的本质。

效果论因其孤立性与静止性，会导致诸多不足。第一，忽视错误的发生机理，导致成立犯罪既遂的论证理由不够充分。事实认识错误研究的不是犯罪是否成立，而是犯罪是否既遂。然而，效果比对一致并不能为犯罪既遂提供实质根据。例如（狭义的因果错误），甲欲杀害乙，砍伤乙的手臂（轻伤），乙因身患血友病而流血不止死亡。效果论往往认为这里的因果关系错误并不重要，甲构成故意杀人罪既遂。但实际上，在客观归属方面，乙的死亡能否归属于甲的杀人行为，是有疑问的。<sup>（3）</sup>第二，容易将行为人的犯罪动机纳入考虑范围，考察动机是否实现，以致将动机错误与构成要件错误混为一谈。例如（对象错误），甲误将丙当作乙而杀害。甲的认识错误实际上是动机错误，而不是构成要件错误，但效果论一般将其作为构成要件错误来对待。第三，难以处理存在明显时空间隔的犯罪情形。例如（隔离犯场合），甲欲杀害乙，来到乙家车库，在乙的汽车上安装了炸弹；次日，乙的妻子丙在使用该车时被炸死。又如（共犯场合），甲教唆乙杀害丙，乙误将丁当作丙而杀害。在这些场合，效果论在认识错误的归类上（甲构成对象错误还是打击错误）便争执不下，遑论接下来的具体分析。

事实认识错误的分析路径应从效果论转向机理论，考察危险的发生机理，即实际侵害结果是不是行为人初创危险的现实化结果；初创危险与导致实害结果的最终危险是不是同一危险，危险是否发生了实质偏离。<sup>（4）</sup>例如，上述隔离犯的场合，甲向乙创设了危险，危险却实现在了丙身上；上述共犯的场合，甲通过乙向丙创设了危险，危险却实现在了丁身上。需要追问的是，在这些场合，危险是否发生了实质偏离。机理论的优点在于：第一，判断标准保持一贯性，能够一以贯之地适用于对象错误、打击错误及因果关系错误。而具体符合说、法定符合说虽然可以适用于对象错误、打击错误，却无法适用于因果关系错误。第二，判断路径具有经济性。错误论是故意论的反面，二者是表里关系；错误论是“表”，故意论是“里”。<sup>（5）</sup>研究错误论，归根结底是为了判断故意是否成立。<sup>（6）</sup>具体符合说、法定符合说等错误论学说是从反面论证故意是否成立，即由表及里；从危险的发生机理来判断故意是否成立，则是从正面论证，即直击要里。当从正面能够直接解决问题时，便没必要采取反面的“迂回路线”。

（3） 本文将 objektive Zurechnung 译为“客观归属”，意指结果归属于客观构成要件行为，国内学界通常将其译为“客观归责”。

（4） 实际上，“危险发生偏离”的说法并不十分确切。这种说法会让人误以为初始危险只包括故意行为危险，之后危险流在发展过程中发生偏离，转变为过失行为危险。实际上行为在开始时就可能同时蕴含故意行为危险和过失行为危险。由于“危险发生偏离”“因果流程发生偏离”等表述在德国及我国刑法学理论中已被经常使用，故本文亦采用这种表述。

（5） 参见张明楷《论具体的方法错误》，《中外法学》2008年第2期，第220页。

（6） 这里的“故意”是指针对既遂结果的故意，亦称既遂犯的故意。未遂犯中也存在未遂犯的故意。为了区分这两种情形，德国刑法理论通常将“针对既遂结果的故意”的成立，表述为“结果能够归属于故意”，简称“故意归属”（die Zurechnung zum Vorsatz）。国内学界也有翻译为“故意归责”的。

## 二、故意行为危险与过失行为危险的不同特征

具体符合说与法定符合说在对象错误的处理上没有争议，争议主要集中在打击错误。在研究打击错误时，西田典之特别指出：“我们在谈论方法错误（打击错误）时，首先存在一个前提，即行为人对处于目标乙旁边的丙并无未必的故意。”<sup>〔7〕</sup>福格尔也指出，若行为人对实际侵害的对象及结果（如旁边丙的死亡）持间接故意、择一故意等不确定故意，则表明主客观是一致的，便不存在构成要件错误的问题。<sup>〔8〕</sup>因此，构成打击错误的事例是，甲向前方的仇人乙开枪，结果打偏击中了附近的行人丙；甲对丙的死亡没有间接故意，而只有过失。对此，法定符合说主张，甲对乙构成故意杀人罪未遂，对丙构成故意杀人罪既遂；二者是想象竞合关系，择一重论处，最终以故意杀人罪既遂论处。从上述案件事实出发，法定符合说需要论证一个问题：如何将甲对丙的过失致死行为评价为故意杀人行为。对此，我国法定符合说的代表人物张明楷提供了详细的论证理由。

### （一）对构成要件行为同一性的论证

张明楷的第一个理由是，一个行为举止只要在客观上侵害了法益，就是构成要件行为，在此不需要考虑主观要素，例如不需要考虑故意、过失，甚至不需要考虑行为意志或行为的意识性，这些主观样态下的构成要件行为都是性质相同的构成要件行为。例如，“A不知道自己患有癫痫病，某日驾驶机动车时癫痫病发作，导致机动车驶入人行道，造成B死亡。A在癫痫病发作时完全没有意志。在这种场合，以A缺乏构成要件行为或者缺乏责任得出无罪结论似乎没有明显区别。但是，倘若X知道自己患有癫痫病，某日驾驶机动车时癫痫病发作导致机动车驶入人行道，造成Y死亡，就不能以无罪论处。显然，X造成交通事故的举止与A完全相同，既然能够肯定X的举止是符合交通肇事罪构成要件的行为，就能够肯定A的举止也是符合交通肇事罪构成要件的行为。”<sup>〔9〕</sup>不难看出，上述观点认为，梦游举止、癫痫举止等无意识行为致人死亡，与过失行为致人死亡、故意行为致人死亡，均是性质相同的构成要件行为。这种构成要件行为论是从效果论衡量构成要件行为，即一个举止只要在客观上造成法益侵害，就是构成要件行为。因此，在上述打击错误案件中，甲过失致丙死亡的行为与甲故意杀害丙的行为，是性质相同的构成要件行为。然而，这种观点值得商榷。

#### 1. 法规范的层级

不难看出，张明楷的观点属于纯粹的客观不法论。这种理论的依据是，法规范是一种客观评价规范，是从法的角度对事件与状态进行判断。法规范评价的对象可以是一切事物，包括有责任能力者与无责任能力者的行为，也包括动物的举动以及自然界的事件与状态。<sup>〔10〕</sup>然而，这种理论的评价层级过低。法规范作为一种评价规范，存在三个层级：第一个层级是，判断什么是法益；第二个层级是，判断法益是否遭受了损害；第三个层级是，判断如何防

〔7〕 [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174页。

〔8〕 Vgl. Joachim Vogel, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2007, § 16, Rn. 82.

〔9〕 前引〔2〕，张明楷书，第143页。

〔10〕 Vgl. Edmund Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 164.

止这种法益损害。前两个层级的判断是关于实然的判断，第三个层级的判断是关于应然的判断；第二个层级的判断包括动物及自然事件对法益的损害，但第三个层级的判断只能针对人的行为，因为只能针对人的行为提出“应为”规范。为此，韦尔策尔提出人的不法论，认为“与行为人在内容上相分离的结果（法益侵害）不能说明不法。某个特定行为人基于意志内容的指导，实施某个行为，该行为作为行为人的作品能够说明不法。行为人有目的地为客观行为设置了何种目标，出于何种态度实施了该行为，受到何种义务的约束，所有这些都在于法益侵害之外对行为的不法判断发挥着决定性作用。违法性是针对行为的否定与禁止，这个行为是与特定行为人相联系的行为。不法是与行为人相关的‘人的’行为不法。”<sup>(11)</sup>

## 2. 目的性思维能力

构成要件行为必然制造法益侵害，但制造法益侵害的行为并不必然是构成要件行为。制造法益侵害只是成立构成要件行为的必要条件，而非充分条件。一个举止能够成为构成要件行为，不仅因其制造了法益侵害，还因其对制造的法益侵害具有结果归属能力。一个举止具有结果归属能力，是指该举止能够为其产生的结果负责的资格条件。为结果负责，是指能够通过对其举止进行否定评价而为结果负责。野生动物咬人虽然制造了法益侵害，但刑法不可能将其视为构成要件行为，因为野生动物不具有结果归属能力。一个举止具有结果归属能力，刑法便可以对行为人提出“应为”规范，以防止法益侵害的发生。

一个举止要具有结果归属能力，就要求其因果流程具有支配可能性。例如，甲故意撞击乙，乙在摔倒的过程中将丙的花瓶撞碎。由于乙的举止对因果流程不具有支配可能性，所以，即使乙制造了法益侵害，其举止也不能被视为构成要件行为。一个举止对因果流程要具有支配可能性，就要求该举止具有目的性特征。这里的目的性特征主要是指目的性思维能力，目的性思维能力是指制定计划、设定目标并实现目标的思维能力。故意、过失行为均蕴涵目的性思维能力，而被撞击的乙的摔倒以及癫痫、梦游等状态下的举止则欠缺目的性思维能力。在癫痫、梦游等状态下的举止进行期间，举止者暂时丧失目的性思维能力，因此其对这些举止的因果流程不具有支配性和支配可能性，从而也不具有结果归属能力，所以这类举止不属于构成要件行为。概言之，从效果上看，一个举止要成为构成要件行为，必须制造法益侵害，但这仅仅描述了一个因果性事件，表明了构成要件行为的因果性特征。而从目的论出发，一个举止要成为构成要件行为，应具有结果归属能力及相应的目的性思维能力，这体现了构成要件行为的目的性特征。

行为人具有目的性思维能力，其行为具有结果归属能力，这就意味着刑法对该行为可以作不法评价；由此行为人便具有了刑法上的行为能力，这种能力是指实施不法行为所需具备的能力。行为能力与责任能力有区别，责任能力是指行为人遭受谴责（非难可能性）所需具备的能力。二者的构造要素均包括辨认能力和控制能力，但二者的对象素材不同。就行为能力而言，辨认和控制的对象是自己的身体举止；在认识层面，具有目的性思维能力；在意志层面，能够支配自己的身体举止。就责任能力而言，辨认和控制的对象是自己的不法行为；在认识层面，能够认识到行为的善与恶、适法与不法，排除责任的事由是无

(11) Hans Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 3. Aufl., 1957, S. 27.

违法性认识可能性;在意志层面,能够产生抑制不法行为、避免不法结果的动机,排除责任的事由是无期待可能性。概言之,行为能力表达的是一种行为操纵能力,也称为不法能力;责任能力表达的是一种动机操纵能力,也称为动机能力。刑法第18条第1款规定:“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任”。传统理论一方面认为该条是关于欠缺责任能力的规定,另一方面又认为其中不能辨认或不能控制的是“自己的行为”本身。这种看法混淆了行为能力与责任能力。如果不能辨认或不能控制自己的行为本身,例如处于癫痫、梦游等状态,那么欠缺的就是行为能力,行为不具有违法性。如果能够辨认或控制自己的行为本身,只是不能辨认自己行为的法律性质,或者不能控制自己、不能形成反对动机,那么行为人具备行为能力,行为具有违法性,行为人只是欠缺责任能力,不具有可谴责性。

## (二) 对故意行为与过失行为危险性的考察

张明楷支持法定符合说的第二个理由是,故意与过失不是违法要素,而是责任要素;故意杀人行为与过失致人死亡行为给他人生命制造的危险是相同的,二者具有相同的构成要件行为及违法性,二者的区别仅在于责任,因此法定符合说不存在将过失行为拟制为故意行为的问题;对违法性产生影响的不是故意与过失,而是行为意志。例如,行为人A持手枪对着被害人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;而扣动扳机的意志并不等于故意,也不等于过失;行为无价值论者实际上将扣动扳机的行为意志理解为故意,这是不妥当的。<sup>[12]</sup>也就是说,这种观点认为行为意志不是故意、过失,行为意志与故意、过失是对立或者并列关系。然而,这种观点值得推敲。

### 1. 行为意志的地位

张明楷的观点实际上是将行为意志与意志的内容相分离,将意志的内容(故意、过失)视为责任要素。梅茨格尔便主张,刑法的行为论所要考察的是行为意志产生的“效果”是什么,这种效果是行为的构成要素,至于这种效果是不是行为意志的内容,或者在多大程度上是行为意志的内容,对于行为概念是没有意义的;行为人究竟想实现什么,行为意志的内容是什么,只是对责任的认定有意义。<sup>[13]</sup>然而,从行为意志中排除意志的内容,会导致行为意志成为无内容的、空洞的抽象概念。“意志支配行为”这一命题有两项要素,一是意志的支配力,二是意志的内容。意志的支配力只能解释为何会出现这种行为,而意志的内容才能解释这种行为为何会呈现如此样态。因此,在存在论上要完整解释一个行为,就必须考察行为意志的内容。诚如韦尔策尔所言,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”。<sup>[14]</sup>考察意志的内容,需要根据故意行为与过失行为分别进行。

关于故意行为,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。”其中的意志因素包括两项要素,一是行为意志的支配力(希望或放任),二是行为意志的内容(发生这种危害社会的结果)。张明楷认为故意犯中的行为意志不等于故意,这便意味着:第一,将行为意志与故

[12] 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88页。

[13] 参见前引[10],Mezger书,第108页以下。

[14] 参见前引[11],Welzel书,第9页。

意相并列，就必须说明行为意志与故意中的意志因素有何区别。例如，甲朝乙的胸口扣动扳机，一方面甲具有扣动扳机的行为意志，另一方面甲具有杀害乙的故意，其中的意志因素是扣动扳机杀人的意志。二者有何区别，不得而知。第二，如果将行为意志仅仅理解为行为意志的支配力，而不包括行为意志的内容，似乎也能说明行为意志与故意中的意志因素的区别；但是，故意中的意志因素既包括行为意志的支配力，也包括行为意志的内容，此时所谓的“行为意志”又只是故意中意志因素的一个组成部分，二者仍然难以区分。

对于过失行为，则需要分别进行分析。首先，就无认识的过失而言，过失行为是指因未履行结果预见义务而制造法不允许的危险的行为。例如，甲倒车时未注意到车后有小孩，将小孩轧死。甲的倒车行为是在行为意志的支配下实施的，这体现了行为意志的支配力。行为意志的内容是向后倒车，但该内容属于日常生活行为，其本身不具有违法性，因此甲的行为意志缺乏违法意义上的意志内容。其次，就有认识的过失而言，过失行为是指因未履行结果避免义务而制造法不允许的危险的行为。例如，甲开车时赌气，吓唬另一司机乙，致乙车毁人亡。甲开车的行为是在行为意志的支配下实施的，这体现了行为意志的支配力。行为意志的内容是开车吓唬乙，该行为具有违法性，甲的行为意志具有违法意义上的意志内容。张明楷认为，行为意志不等于过失，意外事件中也存在行为意志。<sup>(15)</sup>不难看出，张明楷所指的行为意志仅限于行为意志的支配力。仅就行为意志的支配力而言，行为意志的确不等于过失，但二者不是并列或对立关系，行为意志的支配力只是过失中的一个构造要素。

## 2. 故意行为危险与过失行为危险的不同特征

张明楷认为，故意行为与过失行为给法益制造的危险没有区别，故意杀人行为与过失致人死亡行为给他人生命制造的危险是相同的。<sup>(16)</sup>因此，在打击错误中，不存在危险偏离的问题，法定符合说不存在将过失行为拟制为故意行为的问题。然而，这种观点值得商榷。

如前文所述，作为构成要件行为，无论是故意行为还是过失行为，都必须具备目的性思维能力。具备目的性思维能力，便具备了不法能力。但是，具备这种能力只是获得了不法评价的一种资质，却不能提供不法评价的内容。要提供不法评价的内容，就要考察目的性思维活动的内容。在这一点上，故意行为与过失行为有明显差异。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。可能有人会认为，过失行为同样具有目的性思维活动。例如，猎人甲在擦枪时不慎触动扳机，打死了附近的乙。甲的擦枪行为本身就有目的性思维活动在内。但是，这种目的性思维活动属于日常生活范畴的目的性思维活动，不具有违法性，不在刑法的讨论范围内。故意行为的目的性思维活动，是指实现构成要件的意志。而（无认识）过失行为中，由于缺乏实现构成要件的意志，因此没有目的性思维活动。<sup>(17)</sup>这种差异导致二者给法益制造的危险存在诸多差别。

(15) 参见前引〔2〕，张明楷书，第144页。

(16) 参见前引〔12〕，张明楷书，第88页。

(17) 有认识的过失行为虽然具有目的性思维活动，但缺乏实现构成要件的意志，由此决定了其给法益制造的危险与故意行为给法益制造的危险有所不同。二者对危险虽然均具有支配性，但支配的方向及动力不同。有认识的过失行为支配危险流避免向受害对象发展，抑制危险流发展为实害结果，因此其危险的实现可能性较低。而故意行为支配危险流向受害对象发展，没有抑制危险流发展为实害结果，因此其危险的实现可能性较高。基于这些差别，不能将这两种危险等同视之。由于构成要件错误大多涉及无认识的过失行为，较少涉及有认识的过失行为，因此，本文主要讨论无认识的过失行为。若无特别说明，后文所称过失行为均指无认识的过失行为。

第一，故意行为对危险的发展具有现实的支配，而过失行为对危险的发展仅具有支配可能性。由于故意行为对危险具有现实的支配，结果归属于故意行为的判断相对比较明确。而过失行为对危险的发展仅具有支配可能性，故结果归属于过失行为的判断相对比较复杂。正因为如此，内容庞杂的客观归属理论主要是为结果对于过失行为的归属服务的。

第二，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。故意行为具有目的性思维活动，对危险流的发展具有目的性指引，因此危险流的发展具有方向性。相反，过失行为不具有目的性思维活动，对危险流的发展没有目的性指引，此时的行为意志具有任意性，这导致危险流的发展具有盲目性。这种差别也导致二者的因果关系在确定性上存在差异。因果关系是危险流的现实化。由于故意行为的危险流具有方向性，所以，其与结果之间的因果关系具有可预见性或确定性。而过失行为的危险流具有盲目性，所以，其与结果之间的因果关系也具有盲目性。韦尔策尔对此举例说明，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。<sup>(18)</sup>

第三，二者的结果回避可能性高低程度有差别。在不法阶层，故意行为与过失行为具有结果回避可能性这一共同基础。但由于故意行为的危险具有目的性指引，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，所以，二者在结果回避可能性上存在高低程度关系或者位阶关系。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。

第四，故意行为制造的危险具有可重复性，而过失行为制造的危险不具有可重复性。故意行为危险具有目的性指引和操控，如果失败，可以再试一次；亦即如果未遂，可以重新再来。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，很难再“复制”一次。例如，甲向乙的胸口开枪，未击中，可以再次开枪。而猎人甲在擦枪时不慎触动扳机，子弹差点击中附近的行人乙。对于这种过失行为，猎人甲不可能再（过失地）“复制”一次。

故意行为与过失行为的上述差别，可以合理解释二者所受谴责的轻重程度差异。责任的轻重应由不法的轻重决定。就不法程度而言，过失行为似乎比故意行为更严重。例如，故意行为制造的危险由于具有方向性和针对性，故对目标之外的对象不会有危险。而过失行为制造的危险由于具有任意性和盲目性，故危险的危及范围是不确定的，并且由于无法预料而导致很难预防。因此，仅就结果不法而言，无法解释为什么故意行为的不法性要大于过失行为的不法性。对此只能从行为不法来解释，并且必须考虑其中的主观不法。具体而言，故意行为制造的危险具有可重复性，因此对法规范的威胁和冲击更大，国民对于法规范的有效性会被动摇的疑虑会增加，国民对于法规范的认同感也会动摇。过失行为制造的危险不具有可重复性，属于偶发事件，对法规范的威胁和冲击较小，国民不会因此而动摇对法规范的认同。弗里施便指出，故意行为与过失行为的主要区别在于有无法敌对意思

(18) 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。

以及法敌对意思的强弱；很显然，故意行为具有更强的法敌对意思。<sup>(19)</sup>也因此，故意行为的预防必要性远大于过失行为的预防必要性。

第五，故意行为危险即使未造成实害结果，也具有可罚性，而过失行为危险若未造成实害结果，就不具有可罚性。虽然故意行为危险与过失行为危险在危险程度上可能相同，但由于对法规范的冲击程度不同，二者的预防必要性有程度差别，所以刑法对两种危险的态度是有区别的。故意行为危险本身便值得科处刑罚，而过失行为危险本身不值得科处刑罚。我国及大多数国家的刑法处罚过失犯罪，均以造成实害结果为前提，这就是过失行为危险本身不值得科处刑罚的明证。

第六，故意行为的构成要件定型性具有明确性，而过失行为的构成要件定型性具有开放性。构成要件具有违法性特征与定型性特征，前一特征能够决定后一特征。具体而言，由于故意行为制造的危险具有方向性，所以其构成要件在定型性上有明确要求；而过失行为制造的危险具有任意性和盲目性，故对其构成要件的定型性几乎无法提出明确要求。如韦尔策尔所言，过失犯的构成要件行为并非“由法规范所规定”，其构成要件具有“开放性”和“需补充性”，因为法官必须在具体案件中，根据一般性的指南对该构成要件加以填充。<sup>(20)</sup>

归纳言之，故意行为与过失行为给法益制造的危险存在以上种种差别，因此不能将二者等同视之。正如普珀所言，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，故意危险比过失危险应具有更严格的要求。<sup>(21)</sup>前田雅英也认为，虽然杀人罪与过失致死罪作为侵害人的生命的行为，在外观上具有共通性，但在成立相应的构成要件所预设的实行行为的危险性上存在差异。<sup>(22)</sup>

上述结论在分析构成要件错误时应当予以遵循。例如，甲向前方的仇人乙开枪，却打偏击中了附近的行人丙；甲对丙的死亡没有间接故意，而只是过失。甲的开枪行为对乙创设了故意行为危险，但导致丙死亡的危险是过失行为危险。法定符合说认为，故意杀人的危险与过失致人死亡的危险是同一危险，上述打击错误的场合并不存在危险的实质偏离。然而，通过前文的系统分析可知，故意行为危险与过失行为危险不是同一危险，二者具有重大区别，危险在此确有实质偏离。

### 三、故意归属标准的辨析

在明确了故意行为危险与过失行为危险的差别之后，就需要研究在危险发生偏离时，如何判断故意归属。危险发生偏离是构成要件错误中的主要问题。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，并且将三者并列。<sup>(23)</sup>然而，这种划分存在

(19) Vgl. Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 33 ff., 46 ff., 102 ff.

(20) 参见前引〔18〕，韦尔策尔书，第42页。

(21) Vgl. Ingeborg Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, S. 72, 73.

(22) 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68页。

(23) 参见刘明祥《错误论》，中国法律出版社、日本成文堂1996年版，第23页。

标准不一的问题。根据一般的分类规则,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,会在划分而成的类别之间产生竞合问题,例如,将一群学生分为男生、女生、硕士生三类。通说就采用了两个划分标准。一是效果论标准,考察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,预想结果与实际结果不一致。而在因果关系错误中,预想结果与实际结果是一致的。二是机理论标准,考察危险流及因果流程是否发生偏离。在对象错误中因果流程没有发生偏离,但在打击错误与因果关系错误中因果流程发生了偏离。效果论侧重效果比对,而机理论侧重因果流程分析。前文已经阐述了效果论的种种弊端,因此因果流程分析是比效果比对更值得重视的分析路径。但是,我国及日本刑法学界往往重视效果比对,而忽视因果流程的偏离问题。<sup>(24)</sup>德国刑法学界则重视因果流程的偏离问题,刑法教科书在论述构成要件错误时,先分析因果流程的偏离,并且将打击错误置于因果关系错误项下进行阐述。<sup>(25)</sup>

构成要件错误需要解决的问题不是故意犯罪是否成立,而是故意犯罪是否既遂。判断犯罪既遂是否成立,一般需要考察实害结果在客观上能否归属于构成要件行为,在主观上能否归属于构成要件故意。当因果流程或危险流发生偏离,上述客观归属与主观归属便出现不一致,此时能否实现结果归属进而成立犯罪既遂,便成为疑难问题。这就是构成要件错误的核心问题。要解决该问题,需要探讨两个问题:第一,因果流程是不是故意的认识内容。第二,如果是,则需要追问,对因果流程需要认识到何种程度才能实现故意归属。换言之,因果流程偏离到什么程度,才会阻却故意归属。根据因果流程与故意认识的关系的紧密程度,争议观点呈现为以下几种:

一类是宽松的要求。这类观点认为因果关系不是故意的认识内容。在此前提下又分为三种观点:(1)第一种观点的要求最宽松,认为因果关系错误不重要,不影响既遂故意的成立,该问题属于纯粹的客观构成要件范畴的问题(简称“客观范畴标准”)。(2)第二种观点认为,成立既遂,要求客观上结果能够归属于构成要件行为,主观上只需要认识到构成要件行为的危险,不要求认识到危险现实化为结果,亦即因果关系错误并不重要(简称“客观归属标准”)。(3)第三种观点在第二种观点的基础上增加了一项要求,故意与实害结果之间需要存在某种关系,才能将结果归属于故意(简称“结果关联标准”)。

一类是严格的要求。这种观点认为因果关系是故意的认识内容。成立既遂,在客观上要求行为与结果具有条件关系性质的因果关系;在主观上要求因果关系错误必须处在相当性的范围内,如果超出一般人的预见可能性,则排除既遂故意的成立(简称“相当性标准”)。

在以上列举的观点中,宽松的要求是理论界的主流观点。但是,这些观点是否妥当,需要细致辨析。

#### (一) 客观范畴标准

该标准认为,因果关系只是犯罪行为与犯罪结果之间的联系,并不是犯罪的客观要件。<sup>(26)</sup>

(24) 参见谢望原、张宝《论打击错误及其理论选择》,《现代法学》2015年第5期,第99页;前引〔7〕,西田典之书,第176页。

(25) Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., § 8, Rn. 64 ff; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., § 12, Rn. 151 ff.

(26) 参见高铭喧、马克昌主编《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第67页。

既然如此，就没有必要将因果关系作为故意独立的认识内容。<sup>(27)</sup> 所以，成立故意不需要考虑对因果关系的认识，因果关系错误不应放在故意论中进行讨论，而应作为客观的因果关系问题来处理。<sup>(28)</sup> 然而，这种观点值得推敲。

构成要件结果是客观构成要件，但构成要件结果并非单纯、孤立的实害结果，而是构成要件行为制造的实害结果。正如韦塞尔斯等人所言，只有行为与结果之间存在因果联系，该结果可归属于行为，客观的不法构成要件才算实现。<sup>(29)</sup> 这种因果性特征是构成要件结果的基本特征，否则便会将与构成要件行为毫无关系的偶然结果也纳入构成要件结果的范畴，这显然是不合适的。虽然在确定行为人认识到危害结果之后，便无需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。正如山口厚所言：“对于与因果关系相剥离的发生结果的认识、预见不过是没有根据的单纯‘愿望’而已，其能否奠定故意的基础是有很大疑问的”。<sup>(30)</sup> 施特拉腾韦特等人便指出，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。<sup>(31)</sup>

## （二）客观归属标准

该标准认为，因果关系及客观归属是客观构成要件的内容，客观归属理论要求结果是危险的相当性实现。所谓相当性实现，是指危险以一般理性人能够预见的方式现实化为结果，即结果的发生具有客观可预见性。既然如此，就不再需要行为人在主观上对此有预见。<sup>(32)</sup> 换言之，行为人只需要认识到构成要件行为所蕴涵的危险，至于危险导致结果发生的过程，则不需要认识。这是因为，因果流程属于未来发生的事态，而故意的认识对象只能是行为时存在的事实，不能包括未来发生的事态，所以因果关系不是故意的认识对象。<sup>(33)</sup> 不难看出，该标准实际上将因果关系错误视为客观归属范畴的问题，认为客观归属的判断能够代替主观归属的判断。然而，这种观点值得推敲。

客观归属与主观归属的主旨任务是有区别的。第一，客观归属考察的行为危险只是最低要求的危险，即法不允许的危险，在此基础上还有故意行为危险和过失行为危险；二者具有明显区别，需要继续分别考察。例如，甲强奸乙，对乙使用暴力；乙挣脱后逃跑，甲追赶；乙冲上高速公路呼救，被车撞死。客观上甲的行为给乙的生命创设了法不允许的危险，该危险现实化为死亡结果，客观归属得以实现。但此时仍需判断这种危险属于故意行为危险还是过失行为危险，如果是前者，还要考察甲有没有认识到该危险现实化为死亡结果。如此，才能最终判断甲构成强奸（故意）致人死亡，还是强奸（过失）致人死亡。第二，对于结果的客观归属的判断标准，是客观预见可能性。预见可能性是故意、过失的共同前提，而对结果有故意不仅要求预见可能性，还要求预见到该结果。预见可能性表达的

(27) 参见前引〔2〕，张明楷书，第258页。

(28) 参见前引〔2〕，黎宏书，第185页，第210页。

(29) Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., 2013, § 6, Rn. 153.

(30) [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228页。

(31) Vgl. Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004, § 8, Rn. 85.

(32) Vgl. Jürgen Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, ZStW 89 (1977), S. 664.

(33) 参见陈璇 《论主客观归责间的界限与因果流程的偏离》，《法学家》2014年第6期，第104页。

是一种客观条件,属于客观范畴;预见到表达的则是一种主观心理,属于主观范畴。二者显然有差别。第三,客观归属中客观预见可能性的判断基准是一般人,而故意中“是否预见到”的判断基准是行为人本人。这是因为,客观归属旨在确定客观不法中的结果不法,而主观归属不仅是为了确定主观不法,还具有责任推定机能,而责任必须是个人的。因此,二者在这一点上也存在差别。概言之,客观归属的判断不能代替主观归属的判断。

就故意的认识结构而言,危险的实现应是故意的认识内容。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”这一内容,其中的“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够实现为结果的认识,可称为“设想”(Vorstellung)。二者的认识对象有所不同。“知晓”的对象是已经存在的实在物,而“设想”的对象是尚不存在的想象物;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。”<sup>[34]</sup>如果认为“设想”不是故意的构成要素,会导致对犯罪终局形态的错误判断。例如,妻子甲给丈夫乙投毒后,不忍目睹乙的死亡过程,于是出门在院子里等候;半小时后,甲估计乙已经死亡,回家查看却发现乙还没有死,遂生悔意,将乙抢救过来。本案例中,“知晓”存在于甲投毒的行为期间,当投毒行为终了,“知晓”也随之结束。随后,甲的等待与估计等心理已不属于“知晓”而属于“设想”,设想其行为能够导致乙死亡。如果认为故意的认识因素仅包括“知晓”而不包括“设想”,便意味着甲的杀人故意在投毒行为终了后便已终结,犯罪即呈现终局形态(犯罪未遂)。由于甲已经构成未遂,此后甲的抢救行为便不能成立犯罪中止,因为终局形态只能出现一次。但是,这样的认定显然不合理。

### (三) 结果关联标准

该标准认为,就结果的故意归属而言,不要求行为人认识到因果历程,但要求行为人认识到构成要件行为的危险,同时还要求结果与危险具有某种关系。关于这种关系,存在不同看法。

第一,罗克辛的计划实现理论。这一理论主张客观归属的标准是危险的实现,故意归属的标准是计划的实现。成立故意犯罪既遂,要求行为人的目的计划实现;即使因果流程发生偏离,行为人没有认识到实际的因果流程,但如果结果能够被评价为计划实现,则这种偏离并不重要,不阻却既遂故意的归属。<sup>[35]</sup>然而,诚如普珀所言,计划属于动机和愿望的范畴,不属于故意的构成要素,计划是否实现不应是故意归属的条件。<sup>[36]</sup>而且,将计划作为故意归属的标准,在判断上具有不确定性。弗里施便指出,行为人在何种程度上实现了自己的计划目的,完全取决于行为人自己对计划目的的定义,取决于其对计划目的成功或失败的定义;这显然是一个非常主观的问题。<sup>[37]</sup>

第二,弗里施的风险理论。这一理论主张故意的认识对象只有构成要件行为及其创设

[34] 蔡圣伟《重新检视因果历程偏离之难题》,台湾《东吴法律学报》第20卷(2008)第1期,第128页。

[35] 参见前引[25],Roxin书,第12节,边码156。

[36] 参见前引[21],Puppe书,第3页。

[37] Vgl. Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 591.

的风险。<sup>(38)</sup> 行为人认识到法不允许的危险，还决定去创设危险，就成立故意，因为此时行为已经表现出法背反态度；一方面行为人认识到自己创设了危险，另一方面该危险导致了结果，当这两方面因素在规范的基础上保持一致时，该结果便能归属于故意；这里的规范基础是指对法秩序的态度评价，即如果这两方面因素均体现了行为人对法秩序的背反态度，就可以实现故意归属。<sup>(39)</sup> 然而，这种观点值得推敲。行为人对法秩序的背反态度或忠诚态度，是责任领域及“积极的一般预防”所要考量的因素，而故意归属要解决的是主观不法问题。风险理论将责任因素与刑罚根据因素直接作为不法的评价基础，混淆了不法问题与责任及刑罚问题。依照这种理论，在所有的因果关系偏离案件中，行为人均表现出法背反态度，因此行为人均应对结果负责。这种结论显然过于绝对。

第三，普珀的故意危险理论。这一理论认为法不允许的危险的实现只要求一种相当的危险（*adäquate Gefahr*），过失危险就是这种危险，而故意危险的实现要求一种比相当危险程度更高的危险（*qualifizierte Gefahr*）。<sup>(40)</sup> 如果行为人有意识地创设这种高度危险（故意危险），并且这种危险导致结果发生，就可以实现故意归属。<sup>(41)</sup> 至于行为人有无设想到该危险会导致结果发生，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；亦即这不是由行为人自己判断的问题，而是由法官判断的问题。<sup>(42)</sup> 可以看出，这种理论将结果与一种高度危险相联系。然而，这种观点值得商榷。一方面，将故意行为危险理解为达到一定严重程度的高度危险，比过失行为危险的程度更高，这就意味着故意行为危险与过失行为危险只有程度高低之分，而无本质区别。但是，普珀又认为二者有本质区别。而且，故意行为危险是否一定比过失行为危险有更高程度的危险，很难一概而论。罗克辛便认为，普珀的理论实际上仍属于故意理论中的盖然性理论。<sup>(43)</sup> 另一方面，在客观上判断因果关系的有无，的确是由法官判断的问题，但这并不意味着不需要行为人在主观上认识因果关系。这就如同，在客观上判断危害结果的有无是由法官判断的问题，但这并不意味着不需要行为人在主观上认识危害结果。因此，普珀的这种推导值得商榷。

#### （四）相当性标准

该标准主张，若依据条件关系来判断因果关系，可能会扩大结果归属的范围，对此可以通过排除故意的成立来严格限制处罚范围，因此因果关系是故意的认识内容。因果关系错误的处理标准是，与主观预想有所偏离的因果流程是否处在一般生活经验可预见的范围内；如果是，则该因果偏离属于非本质的偏离，不阻却既遂故意的成立。<sup>(44)</sup> 例如，甲欲杀害乙，致乙重伤；乙被他人送到医院，医院发生火灾致乙死亡（医院火灾案）。依该标准分析，客观上，基于条件关系，甲的行为与乙的死亡有因果关系；主观上，由于实际的因果流程超出了一般生活经验可预见的范围，所以甲对乙的死亡没有故意，甲不构成杀人既遂，而是杀人未遂。然而，该标准依据条件关系来认定结果归属，显然不当。正如罗克辛所言，

(38) 参见前引〔19〕，Frisch书，第66页以下。

(39) 参见前引〔37〕，Frisch书，第588页。

(40) Vgl. Puppe, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, ZStW 103 (1991), S. 31.

(41) 参见上引Puppe文，第19页；前引〔21〕，Puppe书，第38页以下，第66页以下。

(42) Vgl. Puppe, *Nomos Strafgesetzbuch Kommentar*, 4. Aufl., 2013, § 16, Rn. 90.

(43) 参见前引〔25〕，Roxin书，第12节，边码49。

(44) 该标准为韦尔策尔首倡。Vgl. Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 73.

医院火灾案面临的是客观归属问题，而不是故意认定问题；在客观归属上，乙的死亡不能归属于甲的行为，<sup>(45)</sup> 即从客观上便应否定甲构成杀人既遂。根据客观归属，行为创设危险及实现危险应具有客观可预见性，结果应是行为所创设危险的相当性实现，超出生活经验预见范围的偶然结果不能归属于构成要件行为。<sup>(46)</sup> 不难看出，相当性标准将许多本应由客观归属处理的问题不当地放置于主观归属领域。

#### （五）总结：故意行为危险的实现标准

通过以上论述可知，成立故意犯罪既遂，要求结果一方面在客观上能够归属于构成要件行为，另一方面在主观上能够归属于构成要件故意。实现故意归属，不仅要求行为人认识到构成要件行为的危险，还要求行为人认识到该危险现实化为结果。这一点也是由刑法条文所决定的。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”发生危害结果，决定了行为人不仅应认识到危险的创设，还应认识到危险的实现。因此，上述条款从逻辑上可以补全为以下表述：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，最终发生了这种结果，就是故意犯罪既遂。

虽然上述结论在既遂的成立条件是周全的，但其分析路径仍然沿袭传统的“客观→主观”路径。这种分析路径实际上不符合事物的本体结构，属于方法论上的人为割裂。这种人为割裂在判断不法问题时存在适用上的障碍：第一，判断顺序问题。依照这种分析路径，先判断客观不法，后判断主观不法，这就预设了客观不法可以独立于主观不法而存在。然而，客观上有无不法性，有时取决于主观要件。最典型的情形是特殊认知问题。例如，甲劝说乙乘坐一架被恐怖分子安装了炸弹的飞机。甲的行为是否具有不法性，取决于甲是否明知飞机上有炸弹这一事实。虽然客观归属理论的支持者在努力弥补这一“软肋”，<sup>(47)</sup> 但至今仍缺乏具有说服力的解释。第二，判断基准问题。对于因果流程，客观归属考察一般理性人的预见可能性，故意归属则考察行为人是否预见到。当二者不一致时，实际上仍以行为人的预见为标准。这意味着在故意的作为犯中，一般理性人的标准完全是一个多余的标准。<sup>(48)</sup> 金德霍伊泽尔就指出，只要行为人没有预见到导致结果的因果流程，这种结果便不能归属于行为人的故意；反之，如果行为人预见到这个因果流程，就不能说这个因果流程在客观上是不可预见的。<sup>(49)</sup>

实际上，从本体结构看，客观不法与主观不法不是平行关系，而是辩证关系，二者是相辅相成的统一体，应一体判断。具体而言，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。这是关于行为不法的判断。接下来判断结果不法，具体而言，应判断实害结果是不是该故意行为危险的现实化。如果得出肯定结论，则实现结

(45) 参见前引〔25〕，Roxin书，第11节，边码45。

(46) Vgl. Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2013, § 13, Rn. 62.

(47) 参见何庆仁《特别认知者的刑法归责》，《中外法学》2015年第4期，第1032页以下；劳东燕《刑法中的客观不法与主观不法——由故意的体系地位说起》，《比较法研究》2014年第4期，第73页以下。

(48) 参见上引劳东燕文，第74页。

(49) 参见〔德〕金德霍伊泽尔《故意犯的客观和主观归责》，樊文译，载陈兴良主编《刑事法评论》第23卷，北京大学出版社2008年版，第222页。

果的不法归属，结果可归属于该故意行为。如果得出否定结论，则进一步判断该实害结果是不是过失行为危险的现实化。如果得出肯定结论，则结果可归属于该过失行为。这种判断标准可称为故意行为危险的实现标准。

#### 四、故意行为危险的偏离

前文已述，对于构成要件错误，法定符合说与具体符合说的分析路径着重于效果比对，忽视错误的发生机理。而故意行为危险的实现标准能够揭示构成要件错误的发生机理：故意行为危险是否发生实质偏离。如果初创的危险是故意行为危险，而导致结果发生的危险是过失行为危险，则表明危险发生实质偏离，结果不能归属于故意行为危险。故意行为危险是否发生实质偏离，可以根据故意行为危险的属性特征来判断。前文已述，故意行为危险具有目的性，危险流的作用对象与发展方向一直受行为人的目的性指引与支配。目的性指引与支配相当于危险流的“方向盘”，当危险流的发展不再受到这种目的性指引与支配，而呈现出盲目性和任意性时，就意味着该危险流属于过失行为危险流。这一判断标准可以贯彻于构成要件错误的各种情形，以下逐一进行阐释。

##### （一）对象错误：故意行为危险未发生偏离

对象错误的典型事例是，甲看到站在前方的丙，误以为是仇人乙，向其开枪，打死了丙。甲对前方的这个人创设了一个故意行为危险，该危险没有发生偏离，因为枪口一直指向这个人，危险流一直受甲的目的性指引与支配；该危险导致了死亡结果，该结果应归属于甲的开枪行为，甲构成故意杀人罪既遂。客观构成要件具有故意规制机能，即客观构成要件的内容决定了故意的认识内容。<sup>(50)</sup> 这一方面表明，属于客观构成要件的要素必须为行为人所认识到，否则阻却故意的成立。另一方面也表明，不属于客观构成要件的要素不需要行为人认识，行为人没有认识到，不影响故意的成立；若要求行为人认识，则是多余的要求。而所谓对象错误，是指被害人的姓名、身份、性别等与行为人的预想不一致。但是，就故意杀人罪而言，被害人的姓名、身份、性别等要素不是客观构成要件要素，因为本罪的保护法益是他人的生命，所有人的生命应一体保护，在保护他人的生命时，不需要考虑其姓名、身份、性别等要素。由于被害人的姓名、身份、性别等要素不是客观构成要件要素，故不需要行为人认识。行为人对此有认识错误，属于动机错误，即其杀人动机没有实现，想杀仇人乙却杀了路人丙。而动机错误不属于构成要件错误，因此，严格说来，对象错误并不是真正的构成要件错误。

##### （二）打击错误：故意行为危险发生偏离

前文已述，打击错误的典型事例是：甲向前方的仇人乙开枪，却打偏击中了附近的行人丙；甲对丙的死亡无间接故意，而仅有过失。如果甲对丙的死亡持间接故意，则表明主客观是一致的，便不存在认识错误问题。当然，这是从事后查明事实的角度来描述案件事实。若从事前进行描述，打击错误的案件应如此：在某居民小区内，甲看到仇人乙站在前方树下，周围无人；甲向乙开枪，由于手抖动，子弹打偏，行人丙从拐角处出来，被子弹

<sup>(50)</sup> 参见〔日〕大塚仁《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第116页。

击中。此例中，甲向乙创设了故意行为危险，但该危险并没有在乙身上实现，而是在丙身上实现了结果。需要判断的是，实现在丙身上的结果，在性质上是属于故意行为危险的实现，还是过失行为危险的实现，抑或是无过失行为危险的实现。基于以下理由，该结果应属于过失行为危险的实现：第一，甲向乙开枪是一个目的性思维活动，甲向乙创设的危险具有目的性指引，甲对该危险具有现实支配。然而，甲因手抖动导致子弹打偏，这不是甲的目的性思维活动，而是一种无意识举止。对这种举止，甲缺乏现实的支配，而仅具有支配可能性。甲因手抖动导致子弹打偏，子弹偏离的方向具有盲目性，由此制造的危险流是脱逸既定轨道的危险流。第二，甲未看到丙，枪口也未指向丙，甲给丙制造的危险缺乏目的性指引。子弹击中丙，是甲因手抖动而制造的盲目性危险流的实现。这种危险流的实现是小概率事件，仅仅是一种因果性事件，而非目的性实现。第三，从结果避免可能性看，甲若要避免向乙制造危险流，其避免可能性的程度较高，因为这种危险流具有目的性，甲只要打消杀乙的念头，不将枪口指向乙即可。而甲若要避免向丙制造危险流，其避免可能性的程度较低，因为这种危险流具有任意性和盲目性，甲需要积极地履行谨慎注意义务，方能避免这种危险流。第四，甲因手抖动而制造的盲目性危险流实现在丙身上，甲对此虽然没有预见到，但甲对此有预见可能性，因为案发现场是居民小区，甲能够预见到可能会有其他行人路过，故该危险不是无过失行为危险，而是过失行为危险。

概言之，甲的一个行为同时制造了两个危险，一个是指向乙的故意行为危险，另一个是具有盲目性的过失行为危险。前者没有在乙的身上现实化，后者则在丙的身上现实化。丙的死亡不是前者的实现，而是后者的实现。甲构成故意杀人罪未遂，同时构成过失致人死亡罪；二者是想象竞合关系，择一重论处，即以故意杀人罪（未遂）论处。有意见认为，行为人想杀人，也杀了人，却认定为杀人未遂，有悖社会的一般观念。<sup>〔51〕</sup>然而，想象竞合具有明示功能（Klarstellungsfunktion），即由于想象竞合的情形中存在两个违法有责事实，所以，在宣告判决时，必须将这些事项一一列举，以便做到周全评价。<sup>〔52〕</sup>因此，在宣判时不会遗漏对丙的死亡的评价。如果做到这些，相信会澄清社会上一般人的疑虑。

不过，张明楷指出：“故意是责任要素，而不是行为人的事前的行为计划与行为指引。所以，必须在结果发生之后，判断行为人对该结果是否具有故意，而不是按行为人事先的计划判断故意的存在与否。例如，在A意欲杀甲，但开枪行为导致甲身旁的乙死亡的案件中，事实上不需要考虑A原本想杀谁，只是需要判断A对乙的死亡是否具有故意。按照法定符合说的立场，A的行为导致了他人死亡，而且A在行为时认识到自己的行为会导致他人死亡，并且希望或者放任这种结果发生，因而应追究其故意杀人既遂的责任。”<sup>〔53〕</sup>这种观点判断故意是否成立的逻辑是，在考察A的开枪行为时，不需要考虑枪口对准谁，不需要考虑对谁有杀人故意，只要A有杀人故意即可，最终导致谁死亡，A就对谁有杀人故意。然而，这种判断（简称“抽象判断法”）值得推敲。

抽象判断法承认需要考察A在行为时有无杀人故意，只是不需要考察具体的杀害对象。然而，抽掉具体的杀害对象，只保留一个抽象的“他人”，会导致具体危险变成抽象危险，

〔51〕 参见前引〔5〕，张明楷文，第220页。

〔52〕 Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 33, Rn. 109.

〔53〕 前引〔2〕，张明楷书，第272页。

而构成要件行为是对法益主体有危险的行为。这里的法益主体必须是现实、具体的法益主体，除非该犯罪属于抽象危险犯。就成立犯罪而言，故意杀人罪（未遂）不是抽象危险犯，而是具体危险犯。成立具体危险，要求有具体的指向，要求对现实、具体的某人创设危险。这个人身在何处，是判断具体危险时必须要考虑的因素。并且，张明楷主张具体结果观，认为“因果关系中的‘结果’是指具体的、特定样态、特定规模、特定发生时间与地点的法益侵害结果，而不是抽象意义上的结果。例如，即使是被害人死亡，也要分清是毒死还是溺死，是流血过多死亡还是窒息死亡，是被合法处死还是被非法杀害，如此等等”。<sup>(54)</sup> 既然如此，对危险的判断也应坚持具体判断。对危险作抽象判断，对结果却作具体判断，这在判断的一致性上是有疑问的。

抽象判断法可能认为每个人的生命法益应同等保护，因此可以作相同评价。然而，与财产法益不同，生命法益是高度人格化的人身法益，具有人身专属性和不可替代性。希伦坎普就指出，当法益主体具有专属性（主要是指高度人格化的法益）时，行为对象便具有个别化特征，此时若出现打击错误，在结果评价上就不具有等价值性，这种打击错误可以阻却既遂故意。<sup>(55)</sup> 伦吉尔也强调，当行为人将故意具体化在一个确定的人身上时，就不能被一个抽象的故意（杀某个不确定的人）所代替。<sup>(56)</sup> 即使是结果无价值论者西田典之，也认为在故意犯の場合，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。<sup>(57)</sup>

### （三）隔离犯中的打击错误

如何处理隔离犯场合的构成要件错误，是理论上的疑难问题。例如，甲欲杀害乙，知道乙的家庭成员有妻子丙、儿子丁；某晚，甲潜入乙家车库，在乙的汽车上安装了炸弹；次日，丙使用该车时被炸死。从危险偏离的角度看，甲来到乙家，在乙的车上安装炸弹，该危险不仅指向乙，还会指向可能使用该车的乙的家人，这一点甲是预见到的。在甲预见到这一点的情况下，甲依然创设这种危险，表明这种危险是甲现实支配的危险，具有方向性而非盲目性。区别仅在于，甲向乙创设的是直接故意行为危险，向乙的家人创设的是间接故意行为危险，最终导致死亡结果的是间接故意行为危险。这种危险偏离仍处在故意行为危险的范围内，不属于实质偏离，因此甲构成故意杀人罪既遂。由于危险没有发生实质偏离，故甲的行为不是打击错误。

刘明祥认为，就隔离犯的案件而言，如果以安装炸弹时的行为指向为准，则甲是打击错误；如果以炸弹爆炸时的行为指向为准，则甲是对象错误。对此应以后者为准，因其指向的是开启车门的人，而开启车门的人并非行为人想杀害的人，这属于误把他人当作仇人杀害的对象错误。<sup>(58)</sup> 这种观点是以危险流的时间阶段来区分对象错误与打击错误，以临近结果时的行为指向为判断标准（简称“时间阶段说”）。然而，这种观点值得商榷。

危险流的时间性（紧迫与否）对于区分预备行为、实行行为有帮助，但对于判断实害

(54) 前引〔2〕，张明楷书，第184页。

(55) Vgl. Thomas Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2006, S. 54.

(56) 参见前引〔46〕，Rengier书，第15节，边码34。

(57) 参见前引〔7〕，西田典之书，第175页。

(58) 参见前引〔2〕，刘明祥文，第392页。

结果是不是危险流的现实化,则没有帮助。对象错误与打击错误的危险流均会经历抽象缓和阶段(预备阶段)、现实紧迫阶段(实行阶段)、临近结果阶段。在上述任何阶段,若危险流发生实质偏离,造成结果的危险流是过失行为危险流,均构成打击错误。例如,甲欲杀害乙,给乙邮寄毒酒;邮递员错投给丙,丙饮酒后中毒死亡。对于这种隔离犯,主流观点认为,被害人收到毒酒并准备饮用时才是杀人行为的着手。<sup>(59)</sup>依此,在预备阶段甲创设的危险流便发生了偏离,造成死亡结果的危险是过失行为危险,因此甲属于打击错误。又如,甲欲杀害乙,给乙邮寄炸弹;邮递员错投给丙,丙打开包裹时被炸死。对于这种隔离犯,主流观点认为,由于炸弹随时会爆炸,甲寄出时就是杀人行为的着手。<sup>(60)</sup>依此,在实行阶段危险流发生了偏离,造成死亡结果的危险是过失行为危险,因此甲属于打击错误。再如,甲欲杀害乙,给乙邮寄毒酒;乙收到后准备喝时,来了朋友丙;乙递给丙喝,丙中毒死亡。当乙递给丙时,危险流已经处于实行阶段的临近结果发生时刻,此时危险流发生偏离,造成死亡结果的危险是过失行为危险,因此甲属于打击错误。而依照时间阶段说,上述案例均属于对象错误,这显然并不妥当。<sup>(61)</sup>其实,根据危险偏离标准的判断思路,并不需要纠结于这些案件是属于对象错误还是打击错误。

#### (四) 共犯中的对象错误

这里的主要问题是,实行犯出现对象错误时,对教唆犯应如何处理。例如,甲教唆乙杀害丙,向乙描述了丙的相貌特征、家庭住址、工作地址、上下班路线等信息,并出示了一张丙的旧照,但没有当乙的面指认丙;最后,乙误将丁当作丙杀害。乙属于对象错误,构成故意杀人罪既遂。对甲如何处理,传统的分析路径先是分析甲属于对象错误还是打击错误,然后再根据法定符合说或具体符合说来作分析。但是,这种分析路径有过于迂回之嫌。根据危险偏离标准的判断思路,其实不需要纠结于甲属于对象错误还是打击错误。甲通过乙的行为向丙创设了故意行为危险,但甲将识别预定目标的任务委托给了乙。然而,甲提供的信息不足以使乙正确地锁定丙,所以,甲的委托行为本身就蕴含了乙认错人、杀错人的风险。这种风险意味着甲既向预定目标创设了危险,也向与预定目标有某种类似特征的不特定人创设了危险。甲在此创设了一个宽泛的危险域,而非一个单一的危险流。该危险域的创设是甲目的性支配的结果,在该危险域内发生的死亡结果,均属于甲创设的故意行为危险的现实化。因此,丁的死亡应归属于甲,甲构成故意杀人罪既遂。

#### (五) 狭义的因果关系错误

狭义的因果关系错误是指,实际的因果历程与行为人预想的因果历程不一致。对此,可以根据故意行为危险的实现标准来作具体分析。例如,甲将乙推下深井,欲淹死乙;实际上井里没水,乙是摔死的。甲将乙推下深井,这种故意行为本身就蕴含了致命危险。至于掉到下方什么地方(水里或者坚硬的地面),属于细枝末节,无关宏旨,危险流未发生实质偏离,最终的死亡结果属于甲的故意行为危险的现实化。因此,甲构成故意杀人罪既遂。又如,饭店厨师甲欲杀害顾客乙,用剧毒蘑菇做了一道蘑菇炒肉端给乙吃;乙没有吃蘑菇,只吃了肉;未料肉变质产生毒素,乙日后因中毒而死亡。甲创设的故意行为危险是蘑菇含

(59) 参见前引〔30〕,山口厚书,第283页。

(60) 参见前引〔2〕,张明楷书,第343页。

(61) 参见柏浪涛《对象错误与打击错误的实质区分——在隔离犯中展开》,《法学评论》2016年第4期,第184页。

有剧毒，但该危险并没有发挥作用，死亡结果不是该危险的现实化，因此甲构成故意杀人罪未遂。

#### （六）结果的推迟发生

结果的推迟发生是指，行为人以为是自己的第一个行为导致结果发生，实际上却是自己的第二个行为导致结果发生。对此，可以根据故意行为危险的实现标准来分析。例如，甲以为已经将乙杀死，实际上乙只是重伤昏迷；甲为了制造乙是自缢身亡的假象，使用绳子将乙吊起；最终乙因窒息而死亡。对此，主流观点认为甲构成故意杀人罪既遂。但是，从故意行为危险实现的角度看，其实不然。甲的前一行为是故意行为，给乙的生命创设了危险，危险流正常发展会导致死亡结果；随后介入了后一行为，该行为是过失行为，因为甲以为乙已经死亡，此时甲不是故意给乙的生命制造危险，而是过失对乙的生命制造了危险。此时，故意行为危险（重伤昏迷）与过失行为危险（以绳子勒颈并吊起）同时向前发展。由于后者先行导致死亡结果，便阻断了前者的发展，亦即故意行为危险失去了发挥作用的对象，死亡结果不能归属于故意行为。甲构成故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪，数罪并罚。又如，甲以为已经将乙杀死，实际上乙只是重伤昏迷；甲为抛尸，将乙扔到野地的雪沟里；乙由于重伤昏迷及野外受冻，最终死亡。甲的前一故意行为给乙的生命创设了危险，后一过失行为给乙的生命也制造了危险，两种危险同时向前发展。与前例中以绳子勒颈并吊起不同，野外受冻并不能迅速致人死亡。此时，两种危险是加功关系，而非阻断关系。死亡结果是两种危险共同作用的结果，应归属于两个行为，这属于多因一果。因此，甲构成故意杀人罪既遂与过失致人死亡罪。由于二者制造的法益侵害结果是同一个结果，故对甲不能数罪并罚，否则在结果上就违反了禁止重复评价原则。二者属于狭义的包括一罪，对甲以故意杀人罪既遂论处即可。

#### （七）结果的提前发生

结果的提前发生是指，行为人计划通过第二个行为导致实害结果，实际上行为人的第一个行为便导致了实害结果。对此，也可以根据故意行为危险的实现标准来分析。例如，甲欲杀害丈夫乙，计划先给乙吃安眠药，使其熟睡，然后用绳子勒死乙；待甲用绳子勒乙时，发现乙已经死亡；原来甲不慎投放了过量安眠药，乙因此而死亡。主流观点认为甲构成故意杀人既遂。<sup>〔62〕</sup>但是，从故意行为危险实现的角度看，并非如此。如果甲对投放过量安眠药持概括故意或间接故意，则毫无疑问甲构成故意杀人罪既遂。但案件事实是，甲没有认识到投放的安眠药过量，甲仅仅想让乙熟睡。这意味着，投放过量安眠药不是甲目的性支配的结果，这一危险具有盲目性，属于过失行为危险，该危险最终现实化为死亡结果。换言之，虽然投放安眠药的行为是故意行为，但投放过量安眠药是过失行为。甲的故意杀人行为尚未着手，其过失行为却先已导致死亡结果。甲的行为同时触犯故意杀人罪（预备）与过失致人死亡罪，二者是想象竞合关系，择一重论处。又如，甲挖一深坑，欲活埋乙；甲将乙捆绑后推其入深坑，不料乙当即摔断脖子死亡。甲将被捆绑的乙推下深坑，这种故意行为本身就蕴含了致命危险，而且是严重、紧迫的危险，即甲已经着手实行故意杀人。乙的死亡结果属于该故意行为危险的现实化，危险流没有发生实质偏离，甲应构成故意杀人罪既遂。

〔62〕 参见前引〔2〕，张明楷书，第277页。

## 结 语

在分析构成要件错误问题时,效果论重视效果比对,忽略错误的发生机理,其根本原因在于重视结果不法、忽视行为不法。不可否认,违法性的基础含义是法益侵害,但“法益侵害”的表述带有浓厚的效果论色彩,容易使人误以为“法益侵害结果相同,制造结果的行为便相同”,进而忽略结果的发生机理。然而,纯粹的效果比对并不能为结果归属提供实质根据,只有分析结果的发生机理(危险的现实化机理),才能为结果归属提供实质根据。而分析危险的现实化机理,不能仅考察客观不法,因为客观不法仅解释了事件的因果性(“是什么”的问题),还必须考察主观不法,因为主观不法阐明了事件的目的性(“为什么”的问题);考察主观不法的依据还在于,目的性思维能力决定了不法能力,而目的性思维活动提供了不法素材。这种目的性特征上的差异,决定了故意行为与过失行为给法益制造的危险具有不同特征:前者具有目的性和支配性,后者具有盲目性和任意性,对二者不可等同视之。由此便可发现,构成要件错误的本质问题是,故意行为危险是否发生偏离。

---

**Abstract:** Regarding the issue of error of constitutive elements, the analyses from both the perspective of statutory confirmation and the perspective of idiographic confirmation are based on the theory of effect. However, the comparison of impact cannot provide an essential basis for the imputed result. The theory of reason, which focuses on investigating the reason of danger, may reveal the essence of error and provide an adequate foundation for the imputed result. For instance, as far as striking error is concerned, an action of the doer would result in both the danger of intentional action and the danger of negligent action at the same time. The former has its aim, dominative motivation, and direction, whereas the latter is arbitrary and aimless. If they are regarded as the same, analysis cannot be convincing. If the result of error is not the accomplishment of the danger of intentional action but a result of the danger of the negligent act, in other words, if danger has fundamentally deviated from intention, the result would not be imputed. Regarding imputed result, Roxin's theory of accomplishing plan, Frisch's theory of risk, and Puppe's theory of intentional danger have all failed to convincingly deal with this issue. However, the approach that differentiates deviated danger of intentional action from accomplishing danger of intentional action is reasonable. Consequently, if the danger of intentional action does not deviate from a striking object but makes a striking error, the causes of the error in a complicated situation should be analyzed in light of the concrete situation.

**Key Words:** error of constitutive elements, statutory confirmation, the will of act, imputed result, deviated danger

---