

# 论故意的体系地位

张明楷\*

**摘要:**故意是违法要素还是责任要素,抑或既是违法要素又是责任要素,是国内外刑法学界激烈争论的问题。将故意理解为违反规范的意思进而将其作为违法要素的观点,并不符合故意的基本内容;将故意作为违法要素有利于贯彻罪刑法定原则的观点,不符合罪刑法定原则的核心内容;不管是采用三阶层体系还是采用消极的构成要件要素理论,将故意作为违法要素都存在难以解决的问题;将故意作为违法要素不利于实现一般预防的目的。即使认为行为意志可能提升行为的危险性,也不能将行为意志与故意的意志因素相等同,不应将故意的意志因素作为违法要素。

**关键词:**故意 体系地位 罪刑法定 一般预防 犯罪论体系

从形式上讲,故意的体系地位,是指故意是应当作为构成要件要素在构成要件符合性阶层进行判断,还是应当作为责任要素在有责性阶层进行判断。但是,这种形式上的讨论不一定触及问题的实质。因为主张故意是违法要素的学者与主张故意是责任要素的学者,都有可能在构成要件符合性阶层讨论故意。然而,前者坚持的是“违法类型说”,主张仅将表明违法的要素放入构成要件符合性阶层讨论;①后者坚持的是“违法有责类型说”,即符合构成要件的行为在原则上具备违法性与有责性,可以在构成要件符合性阶层讨论作为责任形式的故意。②所以,在构成要件符合性阶层讨论故意,并不等于将故意作为违法要素。

从实质上讲,故意的体系地位,是指故意是应当作为违法要素还是应当作为责任要素,抑或既是违法要素又是责任要素(双重地位)。显然,这才是问题的核心所在。区分违法与责任具有重要意义。③各国的刑法学理论普遍承认存在没有责任的不法,但不承认存在缺少作为违法类

\* 清华大学法学院教授

① 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)94頁以下を参照。

② 前田雅英『刑法総論講義(第7版)』(東京大学出版会・2019年)40頁以下などを参照。

③ 参见张明楷:《以违法与责任为支柱构建犯罪论体系》,《现代法学》2009年第6期。

型的构成要件的不法。换言之,如果缺少表明违法的构成要件要素,那么在刑法上就不算违法。如果认为故意是违法要素,那么缺乏故意的行为就不违法(若处罚过失犯则另当别论),于是,刑法中的许多问题均与故意是否属于违法要素存在密切的关系。

众所周知,故意原本被作为责任要素,将故意作为违法要素是目的行为论的产物,尽管目的行为论已经完全衰退,但将故意作为违法要素仍然是德国刑法学的通说,因为有无故意导致社会的评价不同。<sup>①</sup>“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?”<sup>②</sup>笔者对此持否定的态度。故意的体系地位涉及多层次、多方面的问題,下面仅针对将故意作为违法要素的主要理由展开讨论,旨在维护故意属于责任要素的立场。

## 一、故意与违法性的实质

故意的体系地位首先与违法性的实质相关联。一般来说,“根据规范违反说的观点,故意,作为构成行为规范违反的实际内容的意思,以及操纵行为的意思,处于作为违法类型的构成要件的位置。与此相对,根据法益侵害说,故意是对客观事实的主观反映,并不对法益侵害性产生影响,因而不是处于违法性而是处于责任的位置”。<sup>③</sup>显然,就故意与违法性的实质关联性而言,故意究竟是违法要素还是责任要素,取决于如何理解违法性以及作为违法评价根据的刑法规范,后者还包括禁止故意行为的刑法规范与禁止过失行为的刑法规范是否存在本质区别的问题。

首先,主张故意是违法要素的论者,一般对违法性的实质采取“规范违反说”。限于篇幅,笔者在此不对“规范违反说”本身展开讨论,<sup>④</sup>只是说明故意并不等于规范违反意思,因而并不是征表违法的要素。

德国有学者指出:“故意的意义在于,它包含了过失犯罪里缺乏的、反对受法律保护利益的决定,所以,这就使得将其划入不法构成要件具有了重要意义,因为,如果行为人意识到了被包含的法益并故意加以侵害,显然比过失伤害法益的行为更为严重地违反了刑法保护的规范。因此,故意是受刑罚威胁的行为的要素之一,这些要素决定了违法程度,也就是说,故意是不法的组成部分。”<sup>⑤</sup>据此,故意本身因为表明了对规范的严重违反,所以导致行为的不法更为严重。日本有学者指出:“刑法要通过使行为人放弃规范违反意思的发动来保护法益,作为违反规范意思的故意,具有作为刑法要发挥一般预防效果时的‘发动的对象’的意义。”<sup>⑥</sup>其中,违反规范意思中的“规范”,是指刑法规范或者一般法规范。<sup>⑦</sup>

可是,在德国、日本的三阶层体系中,作为违法要素的故意内容,并不包括违反规范的意思。

① 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣・1999年)139—140頁を参照。

② 郑超:《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》,《中外法学》2021年第5期。

③ 松原芳博『刑法総論(第2版)』(日本評論社・2017年)228頁。

④ 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2021年第6版,第138页以下。

⑤ [德]冈特·施特拉腾韦特、[德]洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第108页。

⑥ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005年)72頁。

⑦ 为了表述方便,本文以下一般简称为违法或者违法性,所称的规范均指法规范。

因为作为违法要素的故意即构成要件故意,是指对构成要件事实的认识与容认,而不包括认识、容认自己的行为违反刑法规范的意思。换言之,“以实现某个构成要件的指向的故意(构成要件故意),是作为主观的部分而属于构成要件本身的”。<sup>①</sup>在三阶层体系中,正当防卫行为属于符合构成要件的行为,防卫人也具有构成要件故意。基于同样的理由,假想防卫也具有构成要件故意,<sup>②</sup>因而在构成要件的阶段符合故意犯罪的全部要求。也正因如此,有少数学者坚持认为假想防卫成立故意犯罪,<sup>③</sup>但这一结论难以被接受,故多数学者不得不千方百计地说明假想防卫为何不成立故意犯罪。

不难看出,只要认为故意是对构成要件事实的认识与容认,只要承认正当防卫行为符合构成要件且防卫人具有构成要件故意却阻却违法,以及假想防卫人具有构成要件故意但不成立故意犯罪,就不能认为故意表明行为人具有违反刑法规范的意思,更不能将故意等于违反刑法规范的意思。既然如此,就不能说明故意使规范违反更为严重。

反过来说,如果认为违法性的实质是违反刑法规范,那么违法性的认识就应当作为违法要素来对待。因为明知自己的行为违反刑法却仍然实施该行为(“明知故犯”),最能表明行为人具有违反刑法规范的意思。既然故意属于违法要素,那么违法性认识就更应当属于违法要素。可是,主张故意是违法要素的通说,并没有将违法性认识纳入违法要素(没有采取“严格故意说”)。<sup>④</sup>显然,以故意是违反规范的意思为由将其作为违法要素而不将违法性作为违法要素的观点在逻辑上难以自洽。

其实,故意与违法性认识的本质相同。“在故意中,与‘认识到了’相比,责任的中心转移到了‘尽管认识到了却没有形成反对动机来打消犯罪的念头’这一点上。于是,将‘应当……却没有’这样的评价置于刑事责任中心的立场便是规范责任论。”<sup>⑤</sup>换言之,故意具有提诉机能,行为人通过其认识的事实有可能唤起违法性的认识,进而放弃实施行为。误认为存在正当防卫状况而反击的人,可以说没有唤起违法性意识的可能性的事实故意。<sup>⑥</sup>正因如此,故意与违法性认识是一种递进关系,而不存在本质的区别。“将故意犯和过失犯比较起来看,故意犯往往具有现实的、具体的违法性认识,藐视法律的意思更为强烈,所以需要给予较为严厉的责任非难。过失犯大多只具有违法性认识可能性(潜在的违法性认识),行为人藐视法律的意思并不强烈,所以责任非难的程度应当较故意犯为低。”<sup>⑦</sup>既然将违法性认识作为责任要素,那么就不应当将故意作为违法要素。因为对“规范违反说”而言,一方面主张构成要件的故意表明违法,另一方面又主张违法性认识及其可能性只是表明责任的轻重,就有自相矛盾之嫌。

其次,认为故意是违法要素的一个前提,是将刑法规范理解为行为规范,并且将行为规范理解为命令规范,进而以命令规范作为评价行为违法与否的法律根据。正如日本学者松原芳博教

① Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., C.H. Beck, 2020, S.540.

② 浅田和茂『刑法総論(第2版)』(成文堂・2019年)93頁を参照。

③ 大谷實『刑法講義総論(新版第4版)』(成文堂・2012年)291頁を参照。

④ Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., C.H. Beck, 2020, S.1056ff; また,井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)378頁以下も参照。

⑤ 前田雅英『刑法総論講義(第7版)』(東京大学出版会・2019年)155頁。

⑥ 山中敬一『刑法総論(第3版)』(成文堂・2015年)314-315頁を参照。

⑦ 周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2021年第4版,第252页。

授所言：“作为规范违反说或者行为无价值论的前提的行为规范，是指担负作用于人的意思并统制其行为这一机能的‘命令规范’或‘意思决定规范’。这种‘命令’是以人的意思与身体运动为对象的，而不涉及离开行为人的手之后所产生的法益侵害、危险的事态。因为对从手枪发射出来的子弹发出‘停下来’的命令是没有意义的。因此，‘一元的行为无价值论(一元的人的不法论)’认为，只能将以侵害法益为志向的‘行为’作为违法评价的对象，杀人罪中的人的死亡这种‘结果’只不过是征表行为的危险性的处罚条件。”<sup>①</sup>例如，日本持一元的行为无价值论者指出：“应当将现实的结果(无价值)从不法的领域驱逐出去，证立只有行为无价值构成不法的‘一元的人格的不法论’的正当性”。<sup>②</sup>

然而，一元的行为无价值论存在明显的缺陷：(1)不能说明既遂犯与未遂犯的区别究竟何在。大多数国家的刑法对未遂犯都作出了得减主义的规定，在司法实践中对未遂犯通常从轻或者减轻处罚。既然如此，那么就难以否认现实发生的结果是违法要素。<sup>③</sup>(2)不能说明现实发生的结果是过失犯的构成要件要素的刑法规定。如果联系1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第15条以及刑法分则关于过失犯的规定，那么更不能采取这种一元的人格的不法论。(3)“人格的不法”是一个危险的概念，可能导致刑法对个人人格领域的不当介入。

正因如此，“规范违反说”的主流学说采用的是二元的行为无价值论。例如，日本学者井田良教授指出：“违法性的本质是在于行为无价值……不存在缺乏行为无价值的违法行为(只有结果无价值不能肯定违法性)，在有的场合，只要存在行为无价值就可以肯定违法性。但是，犯罪中也存在将结果发生作为要件的犯罪。就此而言，只有在行为无价值上附加了结果无价值才能肯定可罚的违法性”。<sup>④</sup>

可是，正如持一元的行为无价值论者指出的那样，由于命令规范不涉及结果，因此二元的行为无价值论与作为自身前提的规范论是相矛盾的。如果在立足于“规范违反说”的同时将结果纳入违法评价的对象，那么就必须导入与将行为无价值作为对象的命令规范相并列的、将结果无价值作为对象的其他规范。但是，将两个异质的规范作为违法性评价的法律标准的做法，导致违法概念丧失统一内容的结果，因而不可能对违法性给予积极的定义。<sup>⑤</sup>

事实上，将故意作为违法要素的观点，是将评价规范与意思决定规范(命令规范)同时作为违法性的判断依据，又将意思决定规范作为有责性的判断依据。<sup>⑥</sup>亦即，将意思决定规范分为一般的、抽象的意思决定规范与个别的、主观的意思决定规范。<sup>⑦</sup>可是，当人们将刑法规范分为评价规范与意思决定规范时，原本就是分别就违法与责任而言的。既然将故意作为违法要素的观点可以将意思决定规范作上述区别，那么人们也可以将评价规范分别对应于违法与责任的区分，从而将故意作为责任要素在有责性阶层评价责任的轻重。

最后，主张将故意作为违法要素的学者还认为：“故意的行为规范与过失的行为规范，‘原本

① 松原芳博『刑法総論(第2版)』(日本評論社・2017年)104頁。

② 増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房・2009年)112-113頁。

③ 松原芳博『刑法総論(第2版)』(日本評論社・2017年)105頁を参照。

④ 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)87頁。

⑤ 松原芳博『刑法総論(第2版)』(日本評論社・2017年)105頁を参照。

⑥ 大塚仁『刑法概説・総論(第4版)』(有斐閣・2008年)359頁以下を参照。

⑦ 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)87頁を参照。

就对人内部性、外部性态度提出不同的要求,原本就作为不同的社会规范来规制人们的社会生活。在日常生活中,前者的规范即使被推至意识的角落也无妨,但后者的规范从时常置身于身旁的生活经验便可知。①此外,即使废除处罚过失致人死亡罪的规定(委任于民事制裁等),对秩序的维护也不是致命性的,但如果废除处罚故意犯的杀人罪的规定,终究是不可能的。由此也可以显现出两种刑法规范作为规范的本质性区别。据此,正是从法益保护的见地,禁止故意行为的规范与禁止过失行为的规范,作为刑法规范应当加以区别。因此,故意必须作为一般性地(即不限于未遂犯の場合)对违法性的强度产生影响的违法要素来理解”。②笔者对上述观点持怀疑的态度。

其一,不管是禁止故意行为的规范还是禁止过失行为的规范,都是禁止行为人的行为造成法益侵害的结果与危险。就此而言,不会存在本质性的区别。我国刑法的规定充分说明了这一点。例如,1997年《刑法》第115条第1款的规定是禁止故意行为的规范,第2款的规定则是禁止过失行为的规范,但禁止的内容(法益侵害行为与结果)完全相同。

其二,废除故意犯罪与过失犯罪对社会的影响大小与故意是否属于违法要素没有必然的联系。因为废除许多禁止故意犯罪的规范,对秩序的维护也不是致命性的。许多故意犯罪,日本刑法有规定,我国刑法没有规定,或者相反,就充分说明了这一点。20世纪60年代后,许多国家废除了不少故意犯罪,也没有对秩序的维护造成致命的缺陷。但是,如果废除业务上过失致死伤罪的规定,那么对秩序的维护必然是致命性的。

其三,在许多场合,对违法性强度产生影响的并不是故意,而是过失造成的加重结果。井田良教授也承认:“结果加重犯的刑罚加重根据,是在具体状况下,基本犯的实行产生了发生加重结果的特别高度的危险性,这一危险性可以通过直接性的结果的实现来得到确证。”③例如,在各国,交通肇事致人死亡的数量远远超过故意杀人罪、普通过失致人死亡罪的总和。在日本,由于任何违反交通法规的行为都成立较轻的故意犯,因此任何违反交通法规致人伤亡的行为都成立结果加重犯,并且处罚明显加重。这显然是因为其中过失致死伤的结果使违法程度提升,而不是违反交通法规的故意本身提升了不法程度。

综上所述,即使对违法性的实质采取“规范违反说”,也不能认为构成要件的故意就是规范违反的意思,因而不能将故意作为违法要素。除此之外,以其他理由说明故意是主观的违法要素的观点,也难以成立。

例如,日本学者团藤重光教授指出:“正是因为行为人有瞄准对方射击的主观的要素,社会就感觉到该行为的危险——侵害保护法益的可能性。亦即,将该行为作为主观的、客观的整体来考察时,才能肯定违法性。从理论上来说,故意这种主观要素使侵害法益的可能性内在于行为本身之中,在此意义上说增添了违法性的色彩”。④

显然,这种观点是以一般人的认识为标准来判断行为是否存在危险的。然而,即使行为人缺乏主观要素,只要在客观上是“瞄准对方射击”的行为,就必然具有侵害保护法益的可能性。反

① 西原春夫『刑法総論』(成文堂・1977年)154頁。

② 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005年)10頁。

③ 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)245頁。

④ 团藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社・1990年)134—135頁。

之,如果枪中没有子弹,即使行为人具有瞄准对方射击的主观要素,也不能因为一般人感觉到该行为的危险,就认定具有侵害保护法益的可能性。而误以为是熊而瞄准开枪,与认识到是人而瞄准开枪,客观上的法益侵害危险并不会存在不同。所以,故意、过失与危险的有无及其程度没有直接的关系。

又如,德国学者罗克辛教授指出:“构成要件实现的未遂是以故意为要件的。开枪却没有击中任何人的行为人,是充足故意杀人的未遂,还是伤害未遂或毁坏财物的未遂,抑或不符合任何构成要件,只有考虑了行为人的故意的志向才能做出判断。但是,如果故意在未遂犯的场所属于构成要件——在既遂犯的场所将故意专门作为责任要素来判断的论者也认可这一点,那么,就难以认为在既遂犯的场所将故意置于责任的观点具有意义”。<sup>①</sup> 笔者难以赞成这一推论。

从刑法规定的角度看,构成要件的行为是刑法分则条文规定的具有导致法益侵害结果发生的危险性的行为。一个行为是否具有导致法益侵害结果发生的危险,应当根据客观因果法则进行判断。“我们来看一个行动,比如,按门铃。其结果是:铃响了。是按门铃的意向或意志促成了这一结果吗?显然,是不可能直接做到这一点的。一个人不可能单凭决意(……)就能让门铃响起来。在意志与行动结果之间必定有中间环节——譬如,手臂抬起,按钮被推压下去。”<sup>②</sup> 即使认为行为意志能够提升行为的危险性(参见后述内容),也只是意味着行为意志是整个因果链条的一个环节。

在罗克辛教授所举之例中,首先要判断开枪行为是否具有致人死亡的危险,如果行为人瞄准的方向根本没有人,那么即使行为人想杀人,也只能成立不能犯,而不可能成立未遂犯(除非采取主观的未遂犯论)。如果有致人死亡的危险,那么行为就至少具有故意杀人罪未遂的不法,剩下的便是判断行为人是否认识到自己的行为可能导致他人死亡。开枪行为是否属于伤害行为与毁坏财物的行为,也是如此进行判断。诚然,在上例中,如果行为具有致人伤亡的危险,而行为人具有杀人的故意时就成立杀人未遂,具有伤害的故意时就成立伤害未遂,那么得出这样的结论并不必然要将故意作为表明违法的构成要件要素。因为一个行为是否成立犯罪以及成立何种犯罪,原本就是由不法与责任共同决定的,而不是仅由不法决定的。将故意作为责任要素,同样可以得出上述结论。又如,被害人牵着自己的宠物狗散步时,行为人发射的子弹从狗与被害人中间穿过。不可否认的是,如果撇开行为人有无故意,那么就不能判断是否成立杀人未遂。但是,这一结论的得出并不以故意是违法要素为前提。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(只是因为不处罚过失的未遂犯,才不可罚)。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,而只需要在责任层面考虑行为人是否具有杀人的故意即可。

由此可见,只要采取客观的未遂犯论,那么为未遂犯奠定处罚根据的是行为本身的客观危险性,而不是故意本身。不仅如此,即使部分结果无价值论者(或者二元论者)将未遂犯中的实现既遂的意志作为主观的超过要素,也与其将既遂犯中的故意作为责任要素没有任何矛盾。或者说,并不存在“如果故意在未遂犯中是违法要素,那么就必须承认故意在既遂犯中也是违法要素”的

<sup>①</sup> Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., C.H. Beck, 2020, S.407f.

<sup>②</sup> [芬]冯·赖特:《解释与理解》,张留华译,浙江大学出版社2016年版,第71~72页。

逻辑关系。

一方面,如果对故意采取“动机说”或“认识说”,那么未遂犯中的实现既遂的意志就不可能成为故意的内容。例如,日本学者平野龙一教授指出:“法益侵害的危险性的判断,是客观的可能性的判断,所以,通常当然要基于客观的要素进行判断。但是,行为人所具有的主观的要素,有时也会对行为的客观危险,换言之对行为的法益侵害性产生影响。这被称为主观的违法要素。……与发生了死亡结果时的故意相当的‘杀人的意思’,在未遂的场合是主观的超过要素,是主观的违法要素”。<sup>①</sup>日本学者山口厚教授也指出:“未遂犯中引起既遂结果的意思(既遂行为意思)……是为作为未遂犯处罚根据的既遂的危险奠定基础的要素,也是主观的违法要素。”<sup>②</sup>

平野龙一教授对故意持“动机说”,<sup>③</sup>其实也是“认识说”的另一种表述,而并没有在“认识说”之外添加其他要素;<sup>④</sup>山口厚教授对故意持“认识说”。<sup>⑤</sup>显然,平野龙一教授与山口厚教授并不是直接将未遂犯中的故意当作主观的违法要素,而是将实现既遂结果的意思(既遂行为意思)作为主观的超过要素,使之成为违法要素。至于未遂犯的成立当然还需要在责任层面具有故意。换言之,不可能认为成立未遂犯只需要具备主观的超过要素(目的),而不需要具有故意;平野龙一教授与山口厚教授只是将“容认说”中的故意的意志因素当作未遂犯中的目的(主观的超过要素)。所以,即使按照上述两位教授的观点,要认定杀人未遂,在构成要件符合性阶段,也要判断行为是否具有致人死亡的危险以及行为人是否具有致人死亡的意志因素;在有责性阶段,也要判断行为人是否明知自己的行为具有致人死亡的危险而仍然实施该行为。后者是故意的内容,前者则不是。显而易见,所谓“故意在未遂犯的场合属于构成要件(违法要素)”的表述并不准确,甚至是一种歪曲。

另一方面,即使对故意采取“容认说”,将既遂故意的意志因素作为未遂犯的主观的违法要素,也不意味着必须将既遂故意作为既遂犯的主观违法要素。易言之,将既遂故意的意志因素作为未遂犯的主观的违法要素,与将既遂故意作为既遂犯的责任要素,并不存在什么矛盾。例如,由于责任是对已经产生的不法的责任,因此如果采取“容认说”,那么在杀人未遂的场合,作为责任形式的故意所要求的内容就是,行为人对致人死亡的危险具有认识,并且希望或者放任这种危险结果的发生。希望死亡的实害结果发生这一意志因素,就不再是杀人未遂的责任要素,而是主观的超过要素。将该要素作为违法要素,与将既遂犯时的故意作为责任要素,并无任何矛盾。因为在杀人既遂时,行为人必须对死亡的实害结果具有认识与意志因素,所以希望死亡结果发生这一意志因素不是主观的超过要素。概言之,如果将主观的超过要素作为违法要素,那么在杀人既遂时,并不存在所谓主观的超过要素,只有在杀人未遂时,才存在主观的超过要素。<sup>⑥</sup>

综上所述,不管认为违法的实质是规范违反还是法益侵害,都不宜将故意作为违法要素。在未遂犯的场合,否认故意是违法要素的学者并没有将故意本身归入违法要素,只是将故意之外的

① 平野龍一『刑法總論Ⅰ』(有斐閣・1972年)124頁。

② 山口厚『刑法總論(第3版)』(有斐閣・2016年)98頁。

③ 平野龍一『刑法總論Ⅰ』(有斐閣・1972年)187頁を参照。

④ 浅田和茂『刑法總論(第2版)』(成文堂・2019年)313頁を参照。

⑤ 山口厚『刑法總論(第3版)』(有斐閣・2016年)215頁を参照。

⑥ 此外,如果采取“认识说”,将行为意志(与故意的意志因素存在重合关系)归入主观的违法要素,将既遂故意归入责任要素,那么也没有任何矛盾。

主观的超过要素归入违法要素。

## 二、故意与罪刑法定原则

主张故意是构成要件要素的学者认为,只有将故意作为构成要件要素,才符合罪刑法定原则。其核心理由是,只有考虑故意内容,才能判断一个行为是不是构成要件行为。

例如,井田良教授指出:“在判断构成要件符合性(即类型的违法性的判断)时,如果不考虑一切主观的违法,或许确实使构成要件的外延更为明确。但是,其代价却是大幅度地扩大了范围。这种无限定的构成要件概念,不能发挥使国民明确处罚范围的机能,也不能发挥根据条文的表述限定处罚范围的机能,因而并不符合罪刑法定主义的要求。如果来看一下‘窃取’(刑法第 235 条)、“欺骗”(第 246 条)等构成要件要素的话,就会看到概念本身包含了主观要素。如果将行为人误以为是自己的伞而实际上拿走了他人的伞的行为认定为‘窃取’,将误记货款后请求他人多交付一万元的行为认定为‘欺骗’,进而肯定其具备构成要件符合性,就会出现违反罪刑法定主义的异议”。<sup>①</sup> 罗克辛教授也指出,立法者是通过被目的性地理解的动词来表述构成要件行为的,这些动词就表明故意是构成要件要素。例如,捕捉猎物(第 292 条)、抵抗、以实力攻击(第 113 条),以及隐瞒真相(第 263 条)、强要(第 240 条)、取得(第 246 条)、实施性行为(第 174 条以下)等,如果行为人没有通过认识、意欲获得有关这些行为的表述中所蕴含的目的,那么就不可能实施这些行为。因此,不能从对客观事实的描述中剔除主观的要素。<sup>②</sup> 但是,在笔者看来,上述观点存在疑问。

第一,持上述观点的学者认为,“行为无价值论,重视在行为的时点就使违法、合法的界限明确的提示机能、告知机能,适应罪刑法定主义的要求”,<sup>③</sup>但是,罪刑法定主义的核心内容是限制国家的刑罚权力,保障国民的行动自由。所以,罪刑法定主义始终与刑法的自由保障机能紧密相连。而上述观点强调的却是刑法的行为规制机能,使罪刑法定主义演变为行为基准法定主义,罪刑法定主义的核心内容转变为对国民行动自由的限制,因此偏离了罪刑法定主义的核心内容。

第二,构成要件虽然具有罪刑法定主义的机能,但是将罪刑法定主义的机能范围限定在构成要件符合性与违法性领域,进而在责任与罪刑法定主义无关的前提下得出结论,可是这样的结论难以被人们接受。根据责任主义原理,刑罚以行为人具有非难可能性为条件,并且,只有当行为人在事前已经知道或者至少有机会知道自己的行为为刑法所禁止时,才能讨论行为人是否具有非难可能性。因此,责任主义要求事前明确规定被禁止的行为,也引申出罪刑法定主义的部分内容,为罪刑法定主义提供根据。此外,刑法有关责任年龄、责任能力的规定,也是在落实罪刑法定原则。所以,将 15 周岁的人或者没有责任能力者的盗窃行为认定为盗窃罪,同样违反罪刑法定原则。但是,在德国、日本的犯罪论体系中,从来没有一种学说将责任年龄与责任能力作为构成要件要素。不难看出,将责任年龄、责任能力作为何种要素与罪刑法定原则没有必然的联系。同样,很难认为,只有当故意作为违法要素时,才能维护罪刑法定原则。换言之,故意、过失是刑法

<sup>①</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005 年)5 頁。

<sup>②</sup> Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., C.H. Beck, 2020, S.408.

<sup>③</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005 年)11 頁。



规定的主观要素,将它们作为责任要素时,罪刑法定主义无疑在责任领域也发挥着重大的作用。诚然,与将故意作为构成要件要素相比,将故意作为责任要素的方案,会认为误拿他人的伞和误使他人多交款的行为是符合盗窃罪、诈骗罪构成要件的行为,确实会导致盗窃罪、诈骗罪的构成要件行为明显扩大,但是这一扩大并不是盗窃罪、诈骗罪成立范围的扩大,因为在上述案件中行为人并没有责任。就此而言,结果无价值论并未违反罪刑法定原则。况且,认为上述行为合法的观点明显不成立。

第三,井田良教授还指出,结果无价值论采取因果违法论,将故意置于责任阶层,导致不能根据行为性的要件来限定构成要件。“如果不考虑对普通人(不是神)的可能性,那么,就不可能限定因果关系,就不可能试图将不法范围限定在人可能预测与可能回避的事件的范围内。在X制造了某物品,Y半年后到商店要求购买该物品而正在拿走时,Z毁坏了该物品的场合,X的行为也成为符合毁坏财物罪构成要件的行为了。根据因果违法论的立场,这个案件中并不存在可以否认X的行为具备毁坏财物罪的构成要件的基准。如果说这一结论是荒谬的,那么,此时就必须说结果无价值论是荒谬的学说。”<sup>①</sup>但是,在笔者看来,这样的结论与理由恐怕并不符合事实。

根据结果无价值论的观点,一个行为只有具有毁坏财物的具体危险时,才可能成为该罪的构成要件行为。X的行为不可能成为构成要件行为,因为一个制造商品的行为不可能具有毁坏该商品的类型化危险。井田良教授认为X的行为符合故意毁坏财物罪的构成要件,其实是将因果违法论等同于条件违法论,将任何条件都当作结果发生的原因。这或许是“条件说”的滥用,如同攻击旧过失论肯定“约会案”<sup>②</sup>的构成要件符合性一样。况且,即便X具有故意,其行为也不符合故意毁坏财物罪的构成要件。因为在客观上没有“毁坏”行为的前提下,不可能因为有“毁坏的故意”就符合构成要件。亦即,如果X在制造物品时预见到Y在购买时Z会毁坏该物品,那么X的行为也不可能符合故意毁坏财物罪的构成要件。

第四,不可否认,刑法分则条文表述行为的某些动词,乍一看包含故意,似乎不可能基于过失或者意外实施,但事实上并非如此。(1)从法律规定上说,认为某些动词包含故意是不成立的。例如,1997年《刑法》第115条第1款规定的构成要件是:“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”。其中“放火”“决水”“投放”等动词的确给人以实施该行为只能出于故意的印象。可是,该条第2款规定:“过失犯前款罪的,处……”。如果说“决水”“投放”只能是故意的话,那么就无法解释过失决水罪、过失投放危险物质罪。事实上,如果司法解释不将过失放火行为确定为失火罪,而是确定为过失放火罪,那么也不存在任何问题。又如,1997年《刑法》第119条第1款规定的构成要件是:“破坏交通工具、交通设施、电力设备、燃气设备、易燃易爆设备,造成严重后果”。一提及“破坏”,人们首先想到的是故意。可是,该条第2款规定:“过失犯前款罪的,处……”。显然,在刑法规定上,完全存在“过失破坏交通工具”的情形,因而绝对不意味着破坏行为必然是故意的。(2)从事实上说,过失也可能实施盗窃、强奸等行为。例如,误认为他人占有的财物是自己占有的

<sup>①</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005年)6頁。

<sup>②</sup> 男友与女友约定了约会的地点,女友到约会地点等待时被陨石击中而当场死亡。持新过失论者指出,按照旧过失论,男友的行为具备构成要件符合性和违法性,只是没有责任。Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., C.H. Beck, 2020, S.1184.

财物而取走的,在客观上也是盗窃行为,只不过缺乏盗窃罪的主观故意而已。又如,误认为对方是自己熟睡的妻子或者误认为幼女已满14周岁且同意而与之发生性关系的,在客观上也是强奸行为,只不过缺乏故意罢了。并且,这些客观行为本身就是侵害法益的不法行为,被害人或者第三者可以阻止乃至防卫。(3)按照上述观点,“有些”动词包含故意,不言而喻,另一些动词并没有包含故意。若以动词包含故意为由将故意作为违法要素,则只有一部分犯罪的主观故意属于违法要素,剩下部分犯罪的主观故意仍然不属于违法要素。于是,故意的体系地位就随个罪的不同而发生变化。其实,犯罪本来就是一个整体,犯罪论体系就是为了避免整体性认定而对犯罪整体进行分解的。既然如此,就不能以某个行为离不开主观要素为由,将主观要素作为与行为一样的违法要素。

第五,认为没有盗窃、诈骗故意的行为不能被评价为盗窃罪、诈骗罪的构成要件行为的观点,不仅不符合事实,而且也自相矛盾。例如,井田良教授说,如果将行为人误认为是自己的伞而实际上拿走了他人的伞的行为认定为“盗窃”(窃取),进而肯定其具备构成要件符合性,那么就会出现违反罪刑法定主义的异议。可是,如前所述,即使肯定构成要件符合性,也不会认为该行为构成犯罪不会违反罪刑法定主义。更为重要的是,井田良教授也认为,这种场合“仅客观上存在盗窃的事实”,行为人是“以侵占遗失物的故意实现了盗窃的事实”,并且同意“法定符合说”的结论。<sup>①</sup>可是,这与井田良教授的上述观点明显自相矛盾,并且必然导致否认抽象的事实错误的结果。因为抽象的事实错误是以客观上符合甲罪(如盗窃罪)的构成要件,而行为人主观上仅有乙罪(如遗忘物侵占罪)的主观故意为前提的。<sup>②</sup>例如,甲误将乙占有的伞当作丙的遗忘物而据为己有。按照井田良教授的观点,甲没有盗窃的故意,故不能将其行为评价为盗窃行为。与此同时,甲只有侵占遗忘物的故意,但其在客观上侵占的不是遗忘物。据此,甲原本不存在抽象的事实认识错误,也不可能赞成“法定符合说”的结论。反过来说,只要承认抽象的事实错误以及“法定符合说”的处理结论,就必须承认没有盗窃故意的行为依然是盗窃行为,而不是只有具备作为违法要素的故意才属于盗窃行为。

第六,不仅如此,井田良教授为事实错误的处理结论提出的理由,反而有违反罪刑法定主义之嫌。例如,关于抽象的事实错误,井田良教授指出,刑罚法规只能是裁判规范,将它“翻译”过来后则成为行为规范。“如果行为人是用‘翻译过来的语言’理解行为规范的意义内容的,就可以说对该构成要件该当事实具有故意。如果是这样的话,主观面与客观面之间肯定刑罚法规层面上的‘构成要件符合’就不是本质性的,刑法所预定的、行为人是否理解了某个行为规范的内容才是决定性的。即使两个犯罪在构成要件上不重合,也可能在意义的认识层面,即指向行为状况的具体化的行为规范违反的层面是重合的。”<sup>③</sup>于是,即使在抽象的事实认识错误时,行为人涉及的两个罪是对立的犯罪,只要行为人的行为使行为规范受到侵害,即便没有违反裁判规范,也要认定行为人对结果具有故意。然而,罪刑法定原则的核心内容是要求司法人员遵守裁判规范,而不是要求一般人遵守行为规范。在行为没有违反裁判规范的前提下,却因为行为人违反了其所理解的行为规范就成立犯罪,恐怕难以符合罪刑法定原则。又如,医生甲以杀人的故意将毒药放入注射器后让护士乙为患者注射,导致患者死亡,但乙在注射前就已经知情。对于这种教唆犯与间接

① 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005年)104-106頁を参照。

② 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)201頁を参照。

③ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005年)108-109頁。

正犯的错误,井田良教授认为:“如果说正犯是第一次对实现事实归责的主犯者,那么,由于要肯定甲在这个意义上的正犯性,故应认定为杀人罪的间接正犯”。<sup>①</sup>可是,虽然甲在主观上具有间接正犯的故意,但是在客观上并不符合间接正犯必须具备的支配、操纵条件,因此,将甲的行为认定为间接正犯有违反罪刑法定原则之嫌。

### 三、故意与一般预防论

由于刑罚的目的包括一般预防,因此在构成要件符合性中必须贯彻一般预防论。这里的问题是,是否只能在构成要件符合性阶段贯彻一般预防论,而不能在责任阶段贯彻一般预防论?

井田良教授指出:“从将刑法的任务理解为保护法益的立场来看,将故意作为违法要素来把握是更为合理的。刑法是保护法益的手段,刑法只能通过向国民明示禁止一定行为的规范(或者为了保全法益而命令一定行为的规范),对违反者科处刑罚来维持规范的效力,使人们产生按照规范行事的动机。于是,为了更有效地保护法益,就必须对直接指向法益侵害的故意行为,比并非这种行为作出更为强烈地禁止。正是因为立足于法益保护思想,故意是为更严重的规范违反性奠定基础的东西,所以必须将其作为违法要素。”<sup>②</sup>换言之,“将故意置于构成要件要素的地位,是基于故意是类型的违法要素。根据规范的一般预防论的立场,对于直接指向法益侵害的故意的行为,与并非这种行为相比,必须更强有力地禁止。禁止故意犯的规范与禁止过失犯的规范不同,前者的规范违反值得进行更重的违法评价。故意行为与过失行为都是违法行为,但并不是在违法层次上不加以区别,故意是为更重的违法评价奠定基础的违法要素,而且原则上是为更重的违法性奠定基础的类型的违法要素,所以应作为(积极的)构成要件要素予以定位”。<sup>③</sup>

所谓“更为强烈地禁止”“更强有力的禁止”无非表现在两个方面:一是故意犯罪的处罚范围宽于过失犯罪的成立范围,二是对故意犯罪的处罚重于对过失犯罪的处罚。但是,这并不能说明只有将故意作为违法要素才有利于实现一般预防目的。

第一,上述观点只是基于“只能由不法提供处罚根据,而责任只能限制处罚”的设定得出的结论。例如,井田良教授指出:“与不法不同,责任并不为处罚提供根据,只是单纯地限制处罚,其自身并不具有独立的分量;具有分量的,仅仅是违法性的程度”。<sup>④</sup>“打个比喻,违法是犯罪论的发动机部分。责任,因为只是单纯限定处罚的要素,所以它只是刹车。”<sup>⑤</sup>由于仅凭违法性确定处罚对象,处罚根据完全由违法性决定,而不是由违法性与有责性共同决定,而故意、过失影响犯罪的成立范围与处罚程度,因此必须将故意、过失作为违法要素。但是,笔者对这样的设定存在疑问。

首先,为犯罪提供根据的要素与限制犯罪成立的要素在本质上是相同的,而不是对立的。凡是为刑罚提供根据的要素,都是限制刑罚的要素;反之亦然。<sup>⑥</sup>如果说“单纯限定处罚的要素”是责任要素的话,那么违法阻却事由因为是绝对意义上的“刹车”便是责任要素。这显然难以成立。

① 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)485頁。

② 井田良『変革の時代における理論刑法学』(慶應義塾大学出版会・2007年)120頁。

③ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005年)72頁。

④ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣・2008年)156頁。

⑤ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005年)2頁。

⑥ Vgl. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2.Aufl., Carl Winter Universitätsverlag, 1976, S.268.

如同构成要件既为违法性提供根据也限制处罚范围一样,责任并不只是限制犯罪的成立,而是也为犯罪的成立提供非难可能性的根据。

其次,如果认为违法性是发动机,进而将故意、目的等主观要素归入违法要素,那么责任论就成为责任阻却事由论。正如持行为无价值论者所言:“具有了违法性,肯定不能‘表明’具有了罪责。尽管如此,通常情况下承担罪责并不需要特殊理由,因为,只要没有例外情况,个人为自己的行为负责是不言而喻的。……因此,很容易理解,在罪责这一阶层上为什么考虑的不是积极的前提,而是排除或者免除罪责的消极条件。”<sup>①</sup>但是,将责任判断归结为消极判断,容易违反责任主义,并且会导致认定犯罪的整体性。

最后,责任要素虽然不能影响不法的程度,但是否认责任本身有轻重之分既不符合事实,也自相矛盾。例如,不管是日本刑法还是中国刑法,对限制责任能力所作出的从宽处罚规定,能够说明责任能力的程度影响责任的程度。又如,《日本刑法》第38条第3项规定:“即使不知法律,也不能据此认为没有犯罪的故意,但可以根据情节减轻刑罚”。事实上,井田良教授不仅承认责任能力的有无及程度与期待可能性的有无及程度,<sup>②</sup>而且明确指出:“一般来说,与现实地认识到违法性的情形相比,虽然具有违法性认识的可能性但却欠缺违法性的认识的情形,其非难可能性要低。并且,如果不容易认识到违法性时(违法性的错误的回避可能性的程度较低时),那么应当认可刑罚的减轻(处断刑的幅度向下修正)”。<sup>③</sup>既然如此,就不能认为责任只是限制犯罪成立的要素。同样可以认为,由于故意比过失的非难可能性大,因此故意也是责任要素。换言之,责任与一般预防也存在密切的关联性,对故意责任科处更重的刑罚,同样有利于一般预防目的的实现。

此外,在我国,存在少数故意犯与过失犯法定刑相同的情形,如滥用职权罪与玩忽职守罪,故意泄露国家秘密罪与过失泄露国家秘密罪,执行判决、裁定失职罪与执行判决、裁定滥用职权罪,故意泄露军事秘密罪与过失泄露军事秘密罪以及食品、药品监管渎职罪。这多多少少可以说明,在我国,很难认为故意犯与过失犯的违法性存在区别。

第二,正因为上述观点只是一种设定,所以完全可以按照故意是责任要素的观点改写本节开头引用的内容。亦即,完全可以将其中的“禁止”改为“谴责”,将“违法”改为“责任”。例如,“从将刑法的任务理解为保护法益的立场来看,将故意作为责任要素来把握是更为合理的。刑法是保护法益的手段,刑法只能通过向国民明示禁止一定行为的规范(或者为了保全法益而命令一定行为的规范),对违反者科处刑罚来维持规范的效力,使人们产生按照规范行事的动机。于是,为了更有效地保护法益,就必须对直接指向法益侵害的故意行为,比并非这种行为作出更为强烈地谴责。正是因为立足于法益保护思想,故意是为更严重的有责性奠定基础的东西,所以必须将其作为责任要素。”“直接指向法益侵害的故意的行为,与并非这种行为相比,必须更强制有力地谴责。谴责故意犯的规范与谴责过失犯的规范不同,前者的规范违反值得进行更重的责任评价。故意行为与过失行为都是违法行为,但并不需要在违法层次上加以区别,故意是为更重的责任评价奠

<sup>①</sup> [德]冈特·施特拉腾韦特、[德]洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第85页。

<sup>②</sup> 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)403—424頁を参照。

<sup>③</sup> 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)407頁。

定基础的责任要素,并且原则上是为更重的有责性奠定基础的类型的责任要素,所以应作为(积极的)责任要素予以定位。”

第三,从形式上讲,刑法上的违法是对规范的违反,是指违反了刑法的禁止性。将故意作为违法要素,实际上是将故意作为禁止对象。因为所谓对故意不法“更为强烈地禁止”,“更强烈”的部分实际上是针对故意本身的。但刑法是行为规范,刑法禁止的是行为而不是思想。刑法不能禁止人们产生杀人的故意,但能够禁止杀人的行为。

还有学者认为:“将完全与人的意思没有关系的法益侵害的事态(灾害)、没有故意与过失(无过失)的侵害法益的行为作为违法予以禁止是没有意义的。”<sup>①</sup>

这里的问题是,如何理解“禁止有没有意义”?(1)如果说禁止的意义在于对行为人定罪处刑的话,那么就必须将责任要素全部归入违法要素,如对无责任能力者予以禁止虽没有定罪处刑的意义,但否认无责任能力者行为的违法性显然行不通。(2)如果说禁止的意义只是预防行为人再次实施不法行为的话,那么也必须将责任能力作为违法要素。因为将没有责任能力人的行为作为违法来禁止也不能防止他们再次实施违法行为。(3)如果说禁止的意义在于告诉一般人不得实施该行为的话,并且一般人可以阻止、防卫该行为,那么将没有故意与过失的法益侵害行为作为违法来禁止是有重要意义的。具体而言,一方面可以告示一般人,在任何场合都不能造成法益侵害,除非与此同时保护了更为优越或者同等法益;另一方面,一般人可以阻止、防卫这种法益侵害的行为,且这种阻止、防卫行为也有利于预防犯罪。不难看出,只有将没有故意与过失的法益侵害行为作为违法来禁止,才有利于实现一般预防的目的,而不是相反。

还有学者指出:“在人的有限性的前提下,人要生活下去的唯一方法是:在没有预见利益侵害可能性的情况下,人不必,也不应该放弃合乎其意愿的行为。……如果我们把故意或过失定位为不法概念要件的一部分,表示人的社会生活标准应该是,对于已经尽其应有的小心之后,如果还有利益的损害会发生,也应该求其放心。如果我们把故意或过失定位为责任概念要件的一部分,表示人的社会生活标准应该是,为了避免有利益上的损害会发生,我们只能放弃生活。或者至少是,在日常生活上必须战战兢兢地去观察(甚至是忧虑)每一件事情的细节,甚至也必须无穷尽地追求自然科学的新知,以免因为无知而发生祸害。”<sup>②</sup>

在笔者看来,上述观点只是一种价值判断。真相不可能是,在古典犯罪论体系占支配地位的时期或者国家,人们放弃了生活或者都在战战兢兢地观察每一件事情的细节;而在目的论犯罪论体系占支配地位的时期或者国家,人们的生活态度就刚好相反。事实上,一个人不能因为不具有违法性认识的可能性,就可以实施违法行为;同样,一个人不能因为没有预见法益侵害的可能性,就可以侵害法益,否则就意味着不法与责任没有区分的必要。

如前所述,很难认为只要行为人没有故意与过失,其行为就是合法的。例如,误将他人的财物当作自己的财物而取走的,误以为熟睡之人是自己的妻子而触摸其隐私部位的,不可能被评价为合法行为。不仅如此,在这样的场合,被害人完全可以制止乃至实施正当防卫。<sup>③</sup> 对行为的评价,不只是对行为人本人的行为起规制作用,而是对其他人的行为也起规制与指导作用。换言之

<sup>①</sup> 福田平『全訂刑法總論(第4版)』(有斐閣・2004年)142-143頁。

<sup>②</sup> 黄荣坚:《基础刑法学》(上),中国人民大学出版社2009年版,第129页。

<sup>③</sup> 浅田和茂『刑法總論(第2版)』(成文堂・2019年)96頁を参照。

之,不能因为上述行为不构成犯罪,就要求被害人容忍这种行为。

正因为德国刑法学通说将故意作为违法要素纳入构成要件,所以德国也有学者认为:“德国刑法体系的最新发展又失去了区分不法与罪责所产生的好处”。<sup>①</sup> 因为将故意作为违法要素的观点,使构成要件包含成立犯罪所需要的全部积极要素,从而导致进行整体性判断。不可否认的是,犯罪原本就是一个整体,但整体性地认定犯罪必然导致恣意性,所以需要建立防止认定犯罪的恣意性的犯罪论体系,尤其是防止故意的认定干扰构成要件行为及结果的判断。“可以确保法的安定性,做到认定容易,且排除恣意性的犯罪论体系应如何构成呢? 首先,必须有某种程度分析的思考。‘直观地判断是否犯罪(整体的考察法)’是危险的。”<sup>②</sup> 由于在绝大多数案件中行为人都没有违法阻却事由与责任阻却事由,因此将故意作为违法要素的犯罪论体系的分析性思考,已经名存实亡。

#### 四、故意与犯罪论体系

故意是否属于违法要素,既与采取何种犯罪论体系具有密切的关系,也与如何设定构成要件的机能有关。

如前所述,在三阶层犯罪论体系中,故意是对构成要件事实的认识与容认。<sup>③</sup> 所以,具有故意并不等于具有违反规范的意思。因为正当防卫的行为人也具有构成要件故意,但不具有违反规范的意思。根据目的论犯罪论体系,故意犯与过失犯的行为构造不同,故在构成要件阶段就必须考虑二者的区别。故意犯的构成要件,由客观的构成要件该当性与主观的构成要件故意构成,过失犯的构成要件则由客观的过失行为(及其结果)与主观的构成要件过失(对结果的预见可能性)构成。<sup>④</sup> 于是,在假想防卫的场合,虽然承认行为符合客观构成要件,行为人也具有构成要件故意,但是通过其他路径认定行为人仅成立过失犯。

可是,这种“飞旋标”现象存在明显的逻辑缺陷。如果认为故意犯与过失犯的构成要件不同,那么在假想防卫的场合,既然认为行为已经符合故意犯的构成要件,就不应当回到过失犯;如果认定为过失犯,那么就要求其行为符合过失犯的构成要件,否则便是从构成要件故意经由责任过失再回到构成要件过失,形成“飞旋标”现象。这与承认构成要件故意(否认构成要件的过失)的出发点是相矛盾的。<sup>⑤</sup> 并且,在前面已经肯定假想防卫人具有构成要件故意,而后面却认定符合过失犯的构成要件,这就表明故意犯与过失犯的构成要件没有区别。

<sup>①</sup> 这是德国学者 Hans-Joachim Hirsch 一再表达的忧虑。转引自[德]许迺曼:《区分不法与罪责的功能》,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,台湾地区台北春风煦日论坛 2006 年版,第 419 页。

<sup>②</sup> 前田雅英『刑法總論講義(第 7 版)』(東京大学出版会・2019 年)29 頁。

<sup>③</sup> 井田良教授也指出:“故意中的事实认识的对象,是符合构成要件的客观要素的全部事实。构成要件的客观要素,可以分为行为主体、手段・方法(行为样态)、行为客体、行为状况等,但除此之外,还必须认识到包含了行为所具有的一定危险性的行为的全部要素。在结果犯中,必须预见到结果的发生。”井田良『講義刑法学・總論(第 2 版)』(有斐閣・2018 年)109 頁。

<sup>④</sup> Vgl. H. Jeschck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S.565.

<sup>⑤</sup> 浅田和茂『刑法總論(第 2 版)』(成文堂・2019 年)94 頁を参照。

正因如此,井田良教授采取了消极的构成要件要素理论,亦即,将违法阻却事由作为消极的构成要件要素。<sup>①</sup> 据此,行为人认识到符合正当防卫、紧急避险等违法阻却事由的事实时就阻却故意。于是,“在体系上,判断的顺序就是,存在符合构成要件的客观事实→确认对该客观事实的故意→违法性阻却事由的不存在→对该不存在的故意的确认”。<sup>②</sup>但是,这一理论既不能完全解决将故意作为违法要素所带来的问题,也存在其他缺陷。

首先,即使行为人对符合积极的构成要件要素的全部事实有认识,并且认识到不存在违法阻却事由,也不能直接得出行为人有违反规范的意思的结论。因为行为人完全可能合理(不可避免)地认为,法律并不禁止自己的行为,尤其是在行为人对自己的行为是否违法向国家机关进行了咨询,国家机关给予了错误的答复,其禁止错误不可避免时,即使行为人不具有违法性阻却事由的认识,也可能不具有违反刑法规范的意思。反过来说,如果只要行为人不具有违法性阻却事由的认识就具有违反规范的意思,那么就完全没有必要将违法性的认识(及其可能性)作为责任要素。

其次,如果采取消极的构成要件要素理论,那么构成要件的故意就要分别在两处讨论。一是在积极的客观构成要件之后讨论行为人对积极的客观构成要件事实的故意,二是在违法性阻却事由即消极的客观构成要件之后,再讨论行为人不具有违法性阻却事由的认识。但这样的体系并不具有经济性。并且,即使采用这样的体系,在将假想防卫当作过失犯处理时,也仍然承认行为人对积极的客观构成要件具有故意,只是对消极的客观构成要件要素没有故意。于是,假想防卫的主观方面是由故意和过失组成的,而这与其主张的故意行为与过失行为存在本质区别的观点相矛盾。

最后,持上述观点的学者事实上是在违法性阻却事由的判断之后,最终检讨故意的存在与否,既然如此,这与将故意作为责任要求的立场就没有实质的区别。<sup>③</sup> 并且,将故意作为构成要件要素意味着故意不以责任能力(辨认控制能力)为前提,于是,没有责任能力的人也具有故意。可是,故意需要具有对构成要件该当事实的社会意义的认识。如果说故意是规范违反意思的话,那么没有辨认能力的人就不可能形成故意。责任能力虽然也可能表明行为人的非难可能性的程度,但是责任能力同时也是认定故意与过失的前提。<sup>④</sup> 换言之,即使认为责任能力是责任要素,也难以否认责任能力同时是承担责任的前提。所以,如果要将故意作为违法要素,那么就必须将责任能力作为认定违法的前提,而这恐怕会导致犯罪论体系的崩溃。此外,将故意作为违法要素,导致狭义共犯的成立以正犯具有故意为前提,使间接正犯与教唆犯形成对立关系,无法处理间接正犯与共犯的认识错误。<sup>⑤</sup>

“故意的体系性地位,也与构成要件的犯罪个别化机能相关联。”<sup>⑥</sup>或者说,与赋予构成要件何种机能具有密切的关系。

罗克辛教授指出:“如果说给构成要件分配的任务是将各个犯罪的可罚的内容类型化,那么,

① 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)98頁以下を参照。

② 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018年)170頁。

③ 松原芳博『刑法総論(第2版)』(日本評論社・2017年)228頁を参照。

④ 浅田和茂『刑法総論(第2版)』(成文堂・2019年)306頁を参照。

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

⑥ 松原芳博『刑法総論(第2版)』(日本評論社・2017年)228頁。

为了区分犯罪就不能放弃故意。亦即,根据这一观点,故意的毁坏财物与(不可罚的)过失的毁坏财物就有本质的区别。”<sup>①</sup>不可否认,将故意作为违法要素,有利于发挥构成要件个别化机能,但这一点难以成为故意是违法要素的根据。

第一,既然认为犯罪的成立条件是构成要件符合性、违法性和有责性,那么要求构成要件的一个条件成为犯罪类型,完成犯罪的个别化机能,就是对构成要件的过分要求。换言之,没有必要强求构成要件具有个别化机能,只需维持其违法推定机能、故意规制机能即可。

事实上,构成要件是否具有个别化机能并不特别重要。“诚然,使犯罪个别化,是构成要件的罪刑法定主义机能的一个侧面,但是,构成要件的本来的罪刑法定主义的机能,在于明确限制处罚范围,明确划定应受处罚的行为与不受处罚的行为的界限,这与区分个别犯罪与其他犯罪的问题并不一定是一致的。例如,认为故意犯罪与过失犯的构成要件,在行为无价值这一点上存在本质不同见解,以此为根据,使犯罪个别化的机能彻底化。但其反面所产生的问题是,由于其主张过失犯的本质在于行为无价值(违反行为基准),使处罚范围不明确。”<sup>②</sup>

第二,即使赋予构成要件个别化机能,也不意味着必须将故意作为违法要素,在构成要件理论上也可以采取“违法有责类型说”,即将故意作为责任要素纳入构成要件要素。不过,笔者不赞成这样的犯罪论体系。

首先,诚如松原芳博教授所言:“一方面试图通过‘构成要件的故意’实现对故意犯与过失犯的个别化,另一方面试图通过‘责任故意’为对行为人进行非难奠定基础。但是,根据这样的见解,当对属于违法阻却事由的事实存在误想的场合,一方面在构成要件阶段就作为故意犯,另一方面又通过在责任阶段否认故意而最终成立过失犯,这便没有贯彻构成要件的犯罪个别化机能”。<sup>③</sup>

其次,“认为构成要件是违法、有责行为类型的立场,存在着这样的倾向,即不是将重点置于犯罪成立要件的分析的检讨,而是将重点置于犯罪成立要件的综合的、整体的考察”。<sup>④</sup>将构成要件的要素限定为客观要素,可以从非常明确的保护客观的、外部的生活利益的立场出发,既防止进行构成要件符合性判断的恣意性,从而保障国民的自由,又将违法行为限定在发生了法益侵害或者危险结果的情形,从而使刑罚成为保护生活利益的最后手段。<sup>⑤</sup>

此外,违法有责类型的构成要件理论,也只是在构成要件中提出存在主观的构成要件要素即故意与过失,但实际上只是在责任论中讨论故意与过失。<sup>⑥</sup>

## 五、故意与行为意志

故意与行为意志的关系,也影响对故意的体系地位的确认。笔者的基本看法是,结果无价值论并不必然否认行为意志属于行为的要素,进而认为行为意志可能成为主观的违法要素,但行为

① Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., C.H. Beck, 2020, S.407.

② 内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣・1983年)171-172頁。

③ 松原芳博『刑法総論(第2版)』(日本評論社・2017年)228頁。

④ 内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣・1983年)187頁。

⑤ 内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣・1983年)117-118頁を参照。

⑥ 西田典之著、橋爪隆補訂『刑法総論(第3版)』(弘文堂・2019年)74頁以下を参照。



意志并不等于故意。

例如,当甲将手枪瞄向乙时,甲是想扣动扳机还是想开个玩笑,可能对乙的生命产生危险的程度并不相同。<sup>①</sup> 正因如此,有学者认为,在未遂犯の場合,行为人的既遂故意属于主观的违法要素;也有学者认为,应当根据行为人的计划判断行为是否具有危险性。<sup>②</sup> 金光旭教授指出:“在上述例子中,不是应该考虑行为人的故意,而是应该考虑行为人欲扣动扳机这一‘行为意志’,这才是主观违法要素。既然如此,没有必要将行为人的行为计划从危险判断的材料中加以排除,同时应该强调的是,即使承认‘行为意志’这一主观违法要素,这种主观内容只是判断客观危险性的一个判断材料而已,所以不等于支持主观违法论。”<sup>③</sup>

诚然,一个人手中持有枪支等危险武器时,一旦产生使用武器的行为意志,那么危险就可能增加,但是如果不实施使用武器的行为,那么就不会发生危险。只是由于行为意志是因果链条中的一个环节,因此人们才认为行为意志会影响行为的危险性。也因此,有部分学者将行为意志理解为故意的意志因素:要么认为故意的意志因素属于违法要素,只有认识因素属于责任要素;<sup>④</sup> 要么采取“认识说”,认为只有认识因素属于故意的内容,希望或者放任结果发生的意志属于违法要素。我国有学者就采取了后一种立场。例如,有学者指出:“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”。<sup>⑤</sup> 其理由是,“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”。<sup>⑥</sup>

但如前所述,由于行为意志与故意(或者侵害法益的意志)、犯罪行为的计划的含义并不等同,因此无论如何不可能将行为意志等同于故意的意志因素。<sup>⑦</sup> 例如,甲从乙手中接过一支手枪,以为手枪中没有子弹。只要甲对着人玩弄该手枪,就存在致人伤亡的危险。如果甲没有扣动扳机的行为意志,那么致人伤亡的危险性就比较小;反过来,若甲有扣动扳机的行为意志,则会扣动扳机,致人伤亡的危险性就增大,甚至会产生伤亡结果。即使甲不可能预见手枪中有子弹(没有过失),也不能否认其行为有侵害法益的危险。不难看出,扣动扳机的意志,虽然可能增加行为的危险性,但是既不等于故意,也不等于过失。<sup>⑧</sup> 又如,“A 正要瞄准 B 开枪。如果 A 以为对象是人就具有杀人或者伤害的故意,如果以为是熊则没有故意。但不管是哪一种情形,A 的行为对 B 的危险都是难以否认的。重要的不在于故意的有无,而在于是否要瞄准射击。这样的意思虽然与故意也可能有部分重合,但和故意有别”。<sup>⑨</sup>

① 野村稔『未遂犯の研究』(成文堂・1984年)302頁を参照。

② 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2018年第2版,第1页以下。

③ 金光旭:《日本刑法中的实行行为》,《中外法学》2008年第2期。

④ Vgl. E.Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil; Studienbuch. J.C.B. Mohr, 1984, 5/6ff.

⑤ 郑超:《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》,《中外法学》2021年第5期。

⑥ 郑超:《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》,《中外法学》2021年第5期。

⑦ 鈴木佐斗志「実行の着手」西田典之、山口厚編『刑法の争点』(有斐閣・2000年)89頁を参照。

⑧ 若行为人手中没有手枪,则不可能独立判断其想开枪的意志。

⑨ 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣・1999年)151頁。

正因如此,罗克辛教授虽然认为法条用来描述构成要件行为的动词包括主观要素,但他也承认,“这些主观要素大多与从属于其他要件的构成要件故意并不是同一的(捕捉猎物的人,并不限于‘侵害他人的狩猎权’而意欲这样做的,隐瞒真相的人并不常常要损害他人财产)”。<sup>①</sup>

认为故意的意志因素属于违法要素的学者,可能混淆了行为意志与故意的意志因素。正如韩国学者所言:“构成要件故意因为包含有以实现构成要件为目标的意思,所以是与不具有这种目标观念仅指行为有意性(……)的所谓行为意思(……)相区别的概念。在这种意义上,也把故意定义为‘实现计划的行为意思’或‘以实现犯罪构成要件为目标的行为意思’。”<sup>②</sup>但如上所述,行为意志并不等于以实现犯罪构成要件为目标的故意的意志因素。当行为人在客观上瞄准他人打算开枪时,虽然其行为的危险性明显增加,但是如果行为人以为瞄准的是可以枪杀的野兽,那么就没有故意中的“希望或者放任危害结果发生”的意志因素。

主张故意的意志因素是违法要素的学者,通过以下3个案例说明故意的意志因素本身并不能起到区分故意与过失的作用,进而将意志因素归入违法要素。但在笔者看来,以下3个案例难以说明上述观点。

例1:“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。”<sup>③</sup>

在该案例中,假想防卫人虽然认识到自己的行为会发生使不法侵害人伤亡的结果,但是由于其认识到自己的行为是正当防卫,因而没有认识到自己的行为会造成“危害社会的结果”,也不存在对此的容认,仍然是由认识因素与意志因素表述其没有犯罪故意的。并非像持上述观点者所说,行为人虽然是过失犯但是具备故意的意志要素。即使因为缺乏认识因素而不成立故意犯罪,也不能表明意志因素不影响故意与过失的区分。因为虽然缺乏故意的认识因素就当然不成立故意,但是不能由此认为只要具有故意的认识因素就当然成立故意。

例2:“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。”<sup>④</sup>

在该案例中,既然甲以为自己用于射击的是道具枪,那么就表明甲没有认识到自己的行为会发生致他人死亡的结果,并不具备故意的意志因素。此时的所谓行为人希望乙死亡,并不是故意的意志因素(只是使用道具枪的动机)。因为作为杀人故意的意志因素的希望乙死亡,是指希望

① Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., C.H. Beck, 2020, S.408.

② [韩]金日秀、[韩]徐辅鹤:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社2008年版,第175页。

③ 郑超:《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》,《中外法学》2021年第5期。

④ 郑超:《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》,《中外法学》2021年第5期。

通过自己的射击行为使乙死亡,而不是一般意义的希望乙死亡。但该案只是一般意义的希望乙死亡,故不属于杀人故意的意志因素。所以,不能据此认为意志因素对故意与过失的区分没有意义。

例3:“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。”<sup>①</sup>

在该案例中,原本就不存在构成要件行为,当然也不可能有故意与过失。这并不能说明意志因素本身不能起到区分故意与过失的作用。因为一个符合手术规范的行为,不可能属于医疗事故罪的构成要件行为。既然没有构成要件行为,那么就没有必要讨论行为人是否具有故意与过失,或者说不可能存在刑法上的故意与过失。此外,如果行为在形式上是符合构成要件的行为,但在客观上根本不可能导致结果发生,那么也不需要讨论故意与过失,或者说不存在刑法上的故意与过失。因为“故意既称为对实现构成要件的知与欲,行为人就必须认识客观上有实现构成要件可能的事实,如果行为人所认识的事实,不是客观上可能实现构成要件的事实,故意即不成立”。<sup>②</sup>

总之,既不宜将故意作为违法要素,也不应承认故意的双重地位,而应将故意作为责任要素。

---

**Abstract:** Whether the criminal intention is an illegal element or a liability element, or it is both an illegal element and a liability element, is a hotly debated issue in the domestic criminal theory as well as in the abroad. For the opinion that understands the criminal intention as a violation of norms and then regards it as an illegal element, it is not consistent with the basic content of the criminal intention; for the opinion that treats the criminal intention as an illegal element in order to favor the implementation of the principle of legality, it is not accordance with the essential content of the principle of legality; it is difficult to solve problems that may come up if the criminal intention is regarded as an illegal element, no matter the three—tiers constitutive system or the negative constitutive elements theory is adopted; any opinion that treats the criminal intention as an illegal element is not beneficial to achieve the purpose of the general prevention. As to the intention to take an act, it may increase the risk of undertaking a criminal behavior, but it is not equal to the will factor of the criminal intention, therefore, the will factor of the criminal intention shall not be regarded as an illegal element.

**Key Words:** the criminal intention, systematic status, the principle of legality, the general prevention, the criminal system of criminology

---

责任编辑 田国宝

<sup>①</sup> 郑超:《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》,《中外法学》2021年第5期。

<sup>②</sup> 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。