

具体的打击错误： 从故意认定到故意归责

欧阳本祺^{*}

内容提要：对于具体的打击错误，法定符合说与具体符合说都采取了故意认定的研究路径，并将故意认定与故意归责合二为一。但是，这种做法赋予了故意认定过多的功能，导致了难以克服的困境：要么为了结论的合理性而牺牲故意认定的合理性，要么为了故意认定的合理性而牺牲结论的合理性。为克服上述困境，应该区分故意认定与故意归责；故意认定是针对实行行为而言的，故意归责则是指将实际发生的危害结果归责于之前的故意。具体的打击错误的判断可以分为三个阶层：客观归责、故意认定与故意归责。在肯定了客观归责与故意认定的前提下，如果行为人对危害结果发生在误击对象上有认识可能性，就可以将实际发生的危害结果归责于行为人的故意。

关键词：具体的打击错误 法定符合说 具体符合说 故意认定 故意归责

具体的打击错误是指，由于行为的误差，使得行为人意欲侵害的对象（攻击对象）与实际侵害的对象（误击对象）不一致，但这种不一致尚未超出同一构成要件范围。例如，行为人意欲杀甲而开枪射击，却由于没有瞄准而杀死了乙。对此，主流观点认为这是一个故意认定问题，只是在认定方法上存在法定符合说与具体符合说的分歧。法定符合说认为，具体的打击错误不阻却故意的成立。因为从构成要件符合性的判断来看，甲和乙都符合故意杀人罪的对象要件，行为人有杀“人”（甲）的故意，并且把“人”（乙）杀死了，所以成立故意杀人罪既遂。具体符合说则认为，被害对象的个别性、具体性具有重要意义，当行为人只有杀甲的故意时，不能认为其对乙也有杀人故意，因此，行为人成立故意杀人罪未遂（对甲）与过失致人死亡罪（对乙）的想象竞合。^{〔1〕}但是，法定符合说与具体符合说

* 东南大学法学院教授。

本文系教育部“新世纪优秀人才支持计划”（NCET-13-0125）资助研究成果。

〔1〕 现在的具体符合说也以构成要件为基础，这一点与法定符合说相同。所以，准确地说，具体符合说是“具体的法定符合说”的简称，法定符合说是“抽象的法定符合说”的简称。早期的极端的具体符合说现在几乎无人主张。

在处理具体的打击错误问题时，都陷入了困境。笔者以为，真正能够解决具体的打击错误问题的，不是法定符合说，也不是具体符合说，而是故意归责理论。

一、故意认定理论的困境

实际上，法定符合说与具体符合说只是故意认定理论中错误论的两条不同路径，两者具有相同的出发点（错误论）、相同的目标（故意认定）和难以克服的困境。

（一）法定符合说与具体符合说：错误论的两条路径

总体而言，故意认定的路径有两条，一条是故意论，另一条是错误论；故意论包括整罪分析模式（直接故意论和间接故意论）与要素分析模式，错误论包括法定符合说与具体符合说。一般认为，错误论是故意论的反面。当认识的事实与客观事实相一致时，由故意论来认定故意；当认识的事实与客观事实不一致时，由错误论来认定故意。那么，两者之间究竟是什么关系？对此，有两种不同观点：第一种观点认为，错误论是故意论的一环，其不具有独立的任务；在根据故意论不能认定有故意的场合，不能根据错误论认定有故意。第二种观点认为，错误论是故意论的例外，其具有独立的任务；在根据故意论难以认定故意的情况下，可以根据错误论来认定故意。^{〔2〕}就实际应用而言，具体符合说倾向于第一种观点。其基本思路是，先确定现实发生的结果是什么，再判断行为人对该结果是否有认识：如果有认识，则肯定故意的成立；如果没有认识，则否定故意的成立。具体符合说的这一方法与故意论的方法是一致的。其支持者明确指出，“如果说这会使‘错误论与故意论完全一体化’，那么这种一体化也未尝不可”。^{〔3〕}相反，法定符合说倾向于第二种观点。虽然法定符合说的支持者否认自己是在故意论之外认定故意，^{〔4〕}但其最核心的观点是，即使行为人没有认识到某具体事实，也可以认定其对该事实有故意。这恰恰说明法定符合说是在故意论之外认定故意，使错误论成为故意论的例外。也因此，“支持具体符合说而反对法定符合说之论者，其主要理由之一，即为落实故意理论之原则”。^{〔5〕}

进一步来说，法定符合说与具体符合说对故意的认识要素与意志要素有不同的要求。从认识要素看，虽然两者都要求对事实有认识，但在认识的程度上有不同要求：法定符合说重视对“事实意义”的认识，具体符合说则重视对“事实本身”的认识。^{〔6〕}在法定符合说看来，只要实际发生的事实与行为人认识的事实属于同一构成要件范围，就可以认定故意的成立，至于事实的个别性、具体性则并非故意的认识内容；而具体符合说认为，法益主体（被害对象）的个别性、具体性是不能忽视和舍弃的，行为人必须对此有认识才能成立故意。^{〔7〕}

〔2〕 参见靳宗立：《构成要件错误及其在刑法上之评价》，载甘添贵教授祝寿论文集编辑委员会编：《刑事法学之理想与探索（一）》，台湾学林文化事业有限公司2002年版，第115页；张明楷：《论具体的方法错误》，《中外法学》2008年第2期，第219页。

〔3〕 刘明祥：《论具体的打击错误》，《中外法学》2014年第2期，第389页。

〔4〕 参见前引〔2〕，张明楷文，第219页。

〔5〕 前引〔2〕，靳宗立文，第115页。

〔6〕 参见〔日〕川端博：《刑法总论》，余振华译，台湾元照出版有限公司2008年版，第66页。

〔7〕 参见〔日〕山口厚：《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社2011年版，第205页；黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第311页。

从意志要素看，具体符合说重视意志要素对认识要素的依附性，当行为人仅认识到攻击对象而没有认识到误击对象时，行为人仅对攻击对象有故意，而对误击对象缺乏故意；因此，行为人只对攻击对象有故意，对误击对象则无故意。法定符合说重视意志要素的独立性，认为故意是试图制造法所禁止的、定型的违法状态的意思，行为对象只具有使该违法状态特定化的机能。因此，即使行为人没有认识到误击对象及实害结果，但当该实害结果反映了行为人制造违法状态的意志时，仍然可以肯定行为人有故意。^{〔8〕}

从上面的分析可以看出，法定符合说与具体符合说都试图从反面来认定故意，而且都不反对“故意是对事实的认识与意志”这一基本共识，但在故意成立与否的判断上却得出了完全不同的结论。在这一分歧之下，其实是两者共有的理论局限：法定符合说与具体符合说都把故意认定与故意归责合二为一，使得故意认定的任务不仅是认定行为人是否对误击对象有故意，而且还需承担判断实际发生的危害结果能否归责于行为人的故意这一任务。如此一来，法定符合说与具体符合说在故意认定中，既要考虑故意认定的规则与原理，又要考虑故意归责结论的合理性。但是，这两者原本就不可能在一个过程中完成，因此法定符合说与具体符合说势必陷入左右为难的境地。

（二）法定符合说：为了结论的合理性而牺牲故意认定的合理性

法定符合说认为，如果行为人意欲杀甲而开枪，却由于没有瞄准而杀死了乙，那么行为人成立故意杀人罪既遂，其理由是行为人对乙有杀人故意。在这个判断中，结论是合理的（行为人应当成立故意杀人罪既遂），但前提是有疑问的（行为人并没有杀乙的故意）。

1. 故意认定与事实认识相分离

按照法定符合说，即使行为人没有认识到自己的行为会对误击对象造成危害结果，也可以认定行为人对此有故意。其中，数故意的法定符合说先将行为人认识到的攻击对象在构成要件范围内进行抽象，再将这一事实的抽象适用于误击对象，从而肯定行为人对误击对象有认识。但是，“故意只是抽象地涉及特定客体种类还是不够的，行为人必须注意到特定的侵害客体”。^{〔9〕}这是因为：“将故意的内容本身以‘杀害一般意义上的人的意思（大体是杀害人的意思）’这种形式予以抽象化，那么，故意就属于游离于其事实根基的一种观念的存在，无法发挥将外界发生的犯罪事实作为行为人意思的产物，而归属于行为人的功能”。^{〔10〕}一故意的法定符合说虽然没有对事实进行抽象，而是采取了犯意转移理论，将行为人对攻击对象的认识与故意“转移”至误击对象，但其仍使得故意认定与事实认识相分离。即，“将故意的内容本身作为‘杀A的意思’予以具体把握，将此意思‘转用’至属于同种犯罪类型的‘B的死亡’这一另外的犯罪事实，那么，故意与犯罪事实就被割裂开来，仍然难以认定该犯罪事实属于故意的产物”。^{〔11〕}大谷实也批评这种“将对甲的故意转用为对乙的故意的做法，是无视作为心理事实的故意概念的做法”。^{〔12〕}而且，即使在犯意转移理论具有深远影响的英美国家，该理论现在也受到了广泛的批评与质疑。^{〔13〕}

〔8〕 参见〔日〕川端博：《刑法总论二十五讲》，余振华译，中国政法大学出版社2003年版，第84页。

〔9〕 〔德〕耶赛克、魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第377页。

〔10〕 〔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180页。

〔11〕 同上书，第181页。

〔12〕 〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第169页。

〔13〕 参见李韧夫、陆凌：《英美刑法中的犯意转移理论》，《法律科学》2013年第5期，第176页。

2. 故意认定与社会一般观念相违背

例如, 行为人基于杀甲的故意而开枪, 子弹击伤了甲并且击毙了乙。对此, 一故意的法定符合说认为, 行为人成立对甲的过失伤害罪与对乙的故意杀人罪既遂的想象竞合。但是, 行为人明明有杀甲的故意, 却被认定为对甲只成立过失犯罪; “此种论点被批评系不合常理且相当怪异”, “实属不当之结论”, “无论如何均令人无法接受”。^[14] 如果甲被击伤后又死亡, 则一故意的法定符合说又会认定行为人成立对甲的故意犯罪既遂。“这一结论等于根据事后的事实变化来变更实行行为时的故意的判断, 这样的关于是否成立故意和故意犯的事后的操作, 恐怕难以避免过于图方便、并不妥当这样的批评”。^[15] 再如, 行为人基于杀甲的意思而开枪, 子弹击伤了甲并且击伤了乙, 甲与乙都没有死亡。对此, 数故意的法定符合说认为, 行为人对甲和乙都成立故意杀人罪未遂。但是, 在此情况下, 行为人只有杀甲的意思, 根本没有杀乙的意思, 怎么能说伤害乙的行为属于“由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞”的犯罪未遂?^[16] 又如, 行为人意图杀甲, 但子弹没有击中甲, 却击毙了自己的女儿乙。对此, 法定符合说的一故意说和数故意说都认为, 行为人有杀死自己女儿的故意。^[17] 但是, 这种结论被批评为违背了社会一般观念, 一般人不会认同行为人有杀死自己女儿的故意。^[18]

(三) 具体符合说: 为了故意认定的合理性而牺牲结论的合理性

具体符合说认为, 在具体的打击错误的场合, 行为人对攻击对象有认识与意志, 应肯定故意的成立, 但行为人对误击对象缺乏认识与意志, 应否定故意的成立; 因此, 结论是行为人成立(对攻击对象的)故意犯罪未遂与(对误击对象的)过失犯罪的想象竞合。就故意认定而言, 具体符合说坚持了“故意是对事实的认识与意志”这一基本原理, 具有合理性; 但就得出的结论而言, 却值得商榷。

1. 结论有违社会一般观念

按照具体符合说, 行为人基于杀人故意瞄准甲射击却把乙打死的场合, 行为人成立对甲的故意杀人罪未遂与对乙的过失致人死亡罪的想象竞合。“但在行为人具有杀人故意, 客观上也杀害了他人的情况下, 却认定为杀人未遂, 有悖社会的一般观念”;^[19] 认定为过失致人死亡罪的看法, 同样“是违反社会常识的见解”;^[20] 最后, 不管是按故意杀人罪未遂还是按过失致人死亡罪来处理, 都会导致罪刑不均衡。^[21]

2. 缩小了处罚范围, 导致一些本应受到处罚的行为无法被处罚

例如, 行为人意图盗窃甲的财物, 却盗窃了乙的财物。按照具体符合说, 该行为构成对甲的盗窃罪未遂与对乙的过失盗窃的想象竞合, 最终行为人可能不被处罚。再如, 行为

[14] 前引〔6〕, 川端博书, 第81页。

[15] 前引〔7〕, 山口厚书, 第209页。

[16] 参见前引〔3〕, 刘明祥文, 第381页。

[17] 参见前引〔2〕, 张明楷文, 第221页。

[18] 参见前引〔3〕, 刘明祥文, 第385页; [韩] 金日秀、徐辅鹤: 《韩国刑法总论》, 郑军男译, 武汉大学出版社2008年版, 第221页。

[19] 前引〔2〕, 张明楷文, 第220页。

[20] 前引〔12〕, 大谷实书, 第167页。

[21] 参见前引〔2〕, 张明楷文, 第221页。

人欲砍掉甲的小手指，却错误地砍掉了乙的小手指。按照具体符合说，行为人成立故意伤害罪未遂与过失轻伤的想象竞合。可是在我国，故意伤害罪尤其是故意轻伤的，通常不处罚未遂，更不会处罚过失轻伤，于是行为人难以受到处罚。^[22]

3. 在难以区分对象错误与打击错误的场合，其结论的得出有较大随意性

具体符合说认为对象错误不阻却故意，打击错误阻却故意。那么，在对象错误与打击错误难以区分的场合，具体符合说难免让人无所适从。例如，行为人基于杀甲的故意，深夜在甲的汽车里设置了炸弹；次日早晨，甲的妻子乙坐上汽车而被炸死。对此，持具体符合说的山口厚认为这是对象错误，不阻却故意，行为人成立故意杀人罪既遂。^[23] 同样持具体符合说的松原芳博则认为是打击错误，阻却故意，行为人成立故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪的想象竞合。^[24]

综上所述，对于具体的打击错误，法定符合说与具体符合说都采取了故意认定的研究路径，并把故意认定与故意归责合二为一：如果能够肯定行为人对误击对象有故意，就能够把实际发生的危害结果归责于行为人的故意，从而成立故意犯罪既遂；如果否定行为人对误击对象有故意，行为人不应对实际发生的危害结果负故意责任，而只能成立故意犯罪未遂与过失犯罪的想象竞合。但是，这种做法赋予故意认定以太多功能，导致了难以克服的困境：要么为了得出合理的结论而歪曲故意认定（法定符合说），要么为了坚持故意认定的一般原理而得出不合理的结论（具体符合说）。这些困境表明，对于具体的打击错误，试图毕其功于故意认定“一役”的做法是不成功的。因此，有必要区分故意认定与故意归责，通过这两个阶段的不同判断来解决具体的打击错误问题。

二、从故意认定转向故意归责

（一）故意归责与故意认定的分立

鉴于法定符合说与具体符合说在故意认定或者结论上的不合理，有学者尝试探索第三种适用理论。例如，林钰雄认为，打击错误的适用规则既不是法定符合说，也不是具体符合说，而是对应理论：就攻击对象而言，行为人虽然有故意，但结果未发生，所以主观要件与客观要件未形成对应，只成立故意犯罪未遂；就误击对象而言，虽然发生了实害结果，但行为人对此缺乏故意，所以客观要件与主观要件也未形成对应，只能成立过失犯。^[25] 但是，这种对应理论，无论判断结论还是论理过程，都与具体符合说没有差别，只是另一种表述而已。其实，打击错误“真正的问题不是在于故意应否被阻却，而应该是客观上的构成要件该当事实能否归责到（行为当时业已存在的）故意上；亦即并非是在确认故意，而是在确认故意既遂的归责”。^[26] 也就是说，打击错误的适用规则应该从故意认定转向故意归责。故意归责，或者被统称为主观归责，以故意认定与客观归责为前提。其需要解决的

[22] 参见前引〔2〕，张明楷文，第222页。

[23] 参见前引〔7〕，山口厚书，第211页。

[24] 参见前引〔10〕，松原芳博书，第185页。

[25] 参见林钰雄：《新刑法总则》，台湾元照出版有限公司2014年版，第212页。

[26] 蔡圣伟：《刑法问题研究（二）》，台湾元照出版有限公司2013年版，第132页。

问题是，当行为人在行为开始即有故意，并且最终的危害结果可以归责于行为人的实行行为时，判断该最终结果是否可以归责于行为人在行为开始时就有的故意。

近三四十年来，这一思路得到越来越多德国刑法学者的接受。^[27] 罗克辛处理打击错误的方法不是德国通行的具体符合说，也不是法定符合说，而是介于两者之间的计划理论。这一理论明确区分故意认定与故意归责：故意认定的标准是对危险有认识，故意归责的标准是计划的实现。申言之，从故意认定来看，只要行为人认识到其行为创设了一种不被允许的危險，就可以肯定故意的成立。但是，肯定故意的成立并不等于肯定实害结果可归责于故意，对此还需要进一步判断行为人的计划是否实现：如果计划实现了，实害结果就可以归责于行为人的故意；如果计划没有实现，实害结果就不能归责于行为人的故意。^[28] 普珀（Puppe）认为通说将打击错误的法律效果称为“阻却故意”具有误导性，因为这样似乎连行为人出于故意而着手实行这一点也一并否定了，而实际上通说认为这种情况毫无疑问应该成立故意犯罪未遂。因此，普珀主张构成要件的结构应该分为客观归责、故意认定与故意归责三部分；这样一来，上述误导性的结论就不会出现，因为构成要件错误被放在第三部分来处理。换言之，构成要件错误的法律效果不是阻却故意，而是阻却故意归责，行为人着手之时的故意不受其影响。^[29]

井田良也明确区分了故意认定与主观归责（故意归责）：“故意的成立与否是在实行阶段判断的问题，错误问题是对产生的结果能否归责于故意，即所谓主观归责的问题”；“故意的成立以认识行为引起的结果为必要，如果对行为引起的结果并无认识，即便是有认识的可能性，那也不能认为有故意，只不过是过失”；“主观归责的标准是看有无结果预见可能性。即便行为人没有预见到有其他人，但如果存在预见到有人存在的可能性，就有主观归责的余地”。^[30] 也就是说，“其认为故意的成立与否，判断范围仅限于实行行为时点为止，而故意的既遂犯能否成立，端视结果可否归责于故意来决定。是以，这种理论同时也是有关故意既遂归责的理论”。^[31] 井田良把这种观点称为“修正的具体符合说”。之所以是“具体符合说”，是就故意认定而言的——故意是对行为的具体对象有认识；之所以是“修正的”，是就结论而言的——即使行为人没有认识到危害结果会发生在误击对象上，也可以把该结果归责于之前的故意。因此，这种修正的具体符合说实际上已经不再属于具体符合说，而属于故意归责理论了。

（二）故意归责理论的几种探索

故意归责理论认为，具体的打击错误的關鍵不在于故意认定而在于故意归责。因此，如何判断故意归责，如何理顺故意归责与故意认定之间的关系，就成了亟待解决的问题。对此，存在几种代表性的探索观点。

普珀的故意归责理论是故意危险说。她认为，故意是“对一种达到标准的危险的认知”，^[32] 这种“达到标准的危险”被称为“故意危险”。故意危险是与过失危险相对应的概

[27] 相关学者及其论著例举，参见前引[26]，蔡圣伟书，第143页。

[28] 参见[德]罗克辛：《德国刑法总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第337页。

[29] 参见徐育安：《概括故意与结果延后发生》，台湾《政大法学评论》第115期（2010年），第91页。

[30] 刘明祥：《刑法中错误论》，中国检察出版社2004年版，第70页。

[31] 谢煜伟：《具体事实错误：论具体符合说与法定符合说》，台湾《月旦法学杂志》第227卷（2014年），第44页。

[32] 前引[28]，罗克辛书，第299页。

念：当一般人认为某行为足以导致结果发生时，该行为即有故意危险；一般人认为某行为不会导致结果发生，但事实上结果发生了，该行为有过失危险。也就是说，故意危险与过失危险的区别在于结果发生的概率大小不同。^[33]故意危险是危险（一种客观上程度相当的危险）而不是故意。当行为人认识到该故意危险时，即有故意；当该故意危险转化为实害结果时，就应将结果归责于故意；当行为人实施的是故意危险，实现的却是过失危险时，就不能将结果归责于故意。例如，行为人瞄准甲射击却误中了乙。普珀认为：1. 如果甲身处人群之中，则枪击行为对每一个人都有故意危险；最后该故意危险在乙那里转化为死亡结果，乙的死亡结果应当归责于行为人的故意，行为人成立故意杀人罪既遂。2. 如果甲身处住宅区且身旁没有其他人，则行为人虽有杀人故意（认识到枪击行为对甲有故意危险），实现的却是过失危险（这种情况下枪击行为对于未被瞄准的乙只有过失危险）；因此，乙的死亡不能归责于行为人的故意，行为人成立故意杀人罪未遂（对甲）与过失致人死亡罪（对乙）的想象竞合。3. 如果甲身处沙漠深处，则枪击行为对甲有故意危险，对乙则是允许的危险，行为人对乙的死亡不负责任。^[34]

普珀的结论与德国通说大致相同，但论理过程有很大区别。德国通说在上述第一种情形中认为，行为人对乙的死亡有择一故意或者间接故意；在上述第二种情形中则采取具体符合说，认为行为人对乙无杀人故意而只有过失。但普珀认为，问题的关键不在于判断行为人是否对乙的死亡有故意，而在于判断乙的死亡能否归责于行为人的故意。在第一种情形中，行为人认识到自己瞄准甲开枪的行为有故意危险，并且客观上对乙实现的也是故意危险，因此乙的死亡可以归责于行为人的故意，但这并不意味着行为人对乙的死亡有择一故意或者间接故意。从择一故意理论来看，如果行为人对自己的枪法很自信，认为根本不可能击中其他人，那么行为人对乙的死亡就缺乏择一故意。而从各种间接故意理论来看，如果透过瞄准的动作使得行为人相信乙被击中的可能性不存在（可能性理论），或者行为人排除了这种可能性（防果行为理论），或者行为人未觉察到这种可能性（认识理论），或者行为人不认为真的可能发生（认真理论），或者行为人未容认这种可能性（容认理论）等等，则行为人对于乙的死亡没有间接故意。^[35]同理，在第二种情形中，通说具体符合说认为行为人对乙只有过失，因此对乙只成立过失致人死亡罪。但普珀认为行为人在开枪时有故意，只不过最后实现的是过失危险，因此乙的死亡不能归责于行为人的故意。

但是，普珀的故意危险说有混淆故意归责与客观归责的嫌疑。普珀以最终实现的是不是故意危险作为能否故意归责的标准，而故意危险实际上是一种客观上程度相当的危险；于是，故意归责的判断就变成了客观归责的判断，因为“故意危险是否实现的问题实际上就是行为的客观危险是否实现的问题”。^[36]这种混淆违背了故意归责理论的初衷，因为故意归责原本是在肯定了客观归责之后，判断实害结果能否归责于行为人的故意。

[33] 参见 [德] Ingeborg Puppe: 《对于故意实现构成要件的归责》，陈志辉译，台湾《政大法学评论》第 55 期（1996 年），第 279 页；[德] Ingeborg Puppe、许玉秀：《Puppe 教授与许玉秀教授的论辩》，许玉秀译，台湾《政大法学评论》第 55 期（1996 年），第 321 页。

[34] 参见上引 Puppe 文，第 277 页。

[35] NK-Puppe, 1995, 3. Lfg., § 16, Rn. 121. 转引自王玉全：《对应原理与错误理论：解析因果流程错误》，台湾学林文化出版事业有限公司 2002 年版，第 65 页。

[36] 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 111 页。

罗克辛的故意归责理论被称为计划理论。按照这一理论,打击错误“在大多数情况下都要排除结果对故意的归责”。例如,行为人意图杀死自己的仇人甲,但子弹没有打中甲,却把自己的儿子乙杀死了。对此,行为人虽有杀甲的故意,其计划却没有实现,“在缺少计划的实现时,结果对故意的归责是不可能的”。因此,行为人仅成立对甲的故意杀人罪未遂与对乙的过失致人死亡罪的想象竞合。然而,当行为计划不依赖于被害人的身份时,打击错误不能排除对故意的归责。例如,行为人向路人甲扔雪球,但雪球没有击中路人甲而是击中了路人乙,击中乙的结果就应该归责于行为人的故意。^[37]但是,罗克辛似乎没有理清故意认定与故意归责的关系。其一方面主张区分故意认定与故意归责,前者的标准是对危险有认识,后者的标准是计划的实现;另一方面又认为“计划实现是故意的本质”。^[38]于是,故意认定与故意归责的关系变得混沌不清。

蔡圣伟也明确主张区分故意认定与故意归责:认定故意时,“仅需考虑行为人的心理认知(主观想像),而不用顾及这个认知与实际是否相符(因此,构成要件故意也可能是立基于一个完全偏离于客观实际的错误想像之上。也正是如此,不能未遂的行为人才会具备故意的可能)”;判断故意归责时,要看行为人认识的危险与实际发生的危险是否在概念上能够对应。^[39]例如,行为人误以为黑砂糖可以杀人,打算将黑砂糖加入被害人的饮料中以达成毒杀之目的。但为其所不知,被害人对黑砂糖严重过敏,因此在喝完饮料后死亡。蔡圣伟认为,该案中行为人主观上有杀人故意,客观上结果可以归责于行为,但“黑砂糖”与“砒霜”无法同时对应于“毒药”这一概念,因此,死亡结果不能归责于行为人的故意,行为人不成立故意犯罪既遂(黑砂糖案)。^[40]但是,在笔者看来,本案中行为人根本就没有杀人的故意,因此也就谈不上故意归责的判断。因为给他人黑砂糖的行为并无致人死亡的危险,在行为缺乏危险性的情况下,行为人不可能有对危险性的认识,而只是对危险性有一种愿望。然而,单纯的犯罪愿望不是犯罪故意,两者必须区别开来。^[41]

周漾沂区分了故意认识与主观归责认识。前者是指行为人认识到自己行为的风险,表明了行为人的法敌对意识,是故意认定的基础;后者是指行为人认识到足以支撑法所不容许的风险的事实,是故意归责的基础。例如,行为人在50米外朝坐在圆桌旁的某甲开枪:1. 击中了同桌的某乙;2. 击中了远在500米外趴在草丛中摄影的某丙。周漾沂认为,在第一种情形中,行为人对于自己的行为会导致甲死亡有风险认识,因此有杀人故意,并且其认识到自己的行为对乙制造了法所不容许的风险,故行为人既有故意认识(对甲)又有主观归责认识(对乙),其对乙成立故意杀人罪既遂。但是,在第二种情形中,行为人虽然有杀甲的故意,却没有认识到自己的行为会制造出丙死亡的危险,因此行为人对丙没有主观归责认识,不能将丙的死亡归责于行为人的杀人故意。^[42]对此,笔者认为,实际上周漾沂是将作为整体的故意内容(明知自己的行为会发生危害社会的结果)拆解为“故意认识”+“主

[37] 参见前引[28],罗克辛书,第337页以下。

[38] 同上书,第286页。

[39] 参见蔡圣伟:《刑法上的对应原则》,台湾《月旦法学杂志》第227期(2014年),第24页。

[40] 参见前引[26],蔡圣伟书,第173页。

[41] 参见[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第137页;前引[7],山口厚书,第214页。

[42] 参见周漾沂:《故意犯之主观归责范围》,台湾《月旦法学杂志》第232期(2014年),第68页以下。

观归责认识”，而这并不妥当。按照笔者的理解，第一种情形中行为人原本就对乙的死亡有故意，第二种情形中行为人对丙的死亡则缺乏认识可能性。

概括来说，上述几种故意归责理论都试图在区分故意认定与故意归责之后，探索故意归责的判断；这一基本方向和思路是可取的，但有一些具体观点还有待进一步商榷。按照故意归责理论，构成要件包括客观归责、故意认定与故意归责三部分，因此，故意归责理论应处理好故意归责与客观归责、故意归责与故意认定之间的关系。上述普珀的故意危险说有混淆故意归责与客观归责的嫌疑，罗克辛的计划理论以及蔡圣伟、周漾沂的观点似乎没有理清故意归责与故意认定的关系。井田良虽然提出以认识可能性作为故意归责的判断标准，但并未提供有说服力的理由回答如下问题：为什么过失的实害结果可以归责于行为人的故意？^[43] 本文在坚持故意归责理论基本思路的基础上，力争澄清误区与疑问，以彰显故意归责理论相对于法定符合说与具体符合说的优越性。

三、故意归责理论的提倡

（一）故意归责的前提：故意认定

按照故意归责理论，在具体的打击错误中，当行为人对危害结果发生在攻击对象上有故意，对危害结果发生在误击对象上没有故意时，才有必要讨论实际发生的危害结果能否归责于行为人的故意。如果行为人连对攻击对象都缺乏故意，或者行为人对危害结果发生在误击对象上有概括故意，则均不存在打击错误，也无需讨论故意归责；前者只能认定为过失犯罪，后者则直接认定为故意犯罪既遂。因此，在具体的打击错误中，故意认定是故意归责的前提，而故意认定涉及如何确定故意的认识内容、故意的个数等问题。

1. 故意的认识内容

根据认识要素在故意认定中的重要程度，可以把故意概念分为心理的故意概念与规范的故意概念。前者认为故意是行为人的心理事实，后者认为故意是规范评价的结果。一般来说，具体符合说往往采取心理的故意概念，法定符合说往往采取规范的故意概念。

德国刑法理论与判例的通说在故意的概念上采取了心理的故意概念。^[44] 例如，在空手道武者攻击案中，行为人是一位训练有素的空手道武者，其受托照顾友人刚满一岁的幼童；某日在幼童哭闹不休时，其一怒之下出手殴打幼童额头，致其额头受伤，但随后行为人又给幼童喂食；不久之后，幼童又哭闹，行为人再度发怒并以手刀攻击幼童头部，随后幼童受伤死亡。德国联邦最高法院认为，从行为人平日对被害人的照料来看，算得上关心周到，在案发当日也颇为用心照顾；在两次攻击之间行为人也曾给予喂食，甚至后来还试图对被害人进行心肺复苏；因此，应当否定行为人有杀人故意。^[45] 与此相应，德国刑法理论与判例的通说在错误论上采取的就是具体符合说。在日本，持具体符合说的学者往往也采取心

[43] 参见前引 [31]，谢煜伟文，第 44 页。

[44] 参见 [德] Ingeborg Puppe:《故意与有认识过失之区别——论德国的通说》，许玉秀译，台湾《政大法学评论》第 55 期（1996 年），第 297 页。

[45] BGH NSLZ1988, 175. 转引自徐育安：《费尔巴哈之故意理论及其影响》，台湾《政大法学评论》第 109 期（2009 年），第 44 页。

理的故意概念。例如，松原芳博认为：“故意，是将现实发生的法益侵害作为行为人意思的产物，使之归属于行为人这一点予以正当化的一种心理状态，因此，仅凭作为形成反对动机之契机的‘对规范的直面’，就肯定成立故意的既遂犯，这原本就存在疑问”。〔46〕

法定符合说主张，即使行为人对误击对象缺乏认识，也可以评价为行为人对此有故意，这实际上采取了规范的故意概念。在规范的故意概念看来，重要的不是行为人的认识，而是法官的评价。例如，持法定符合说的大塚仁认为：“故意这种观念，不问是构成要件性故意、违法故意还是责任故意，都是作为法律评价的结果来认定的。它不是行为人所抱有的表象和意思本身，而是法院以其为基础所作的一种法律评价”。〔47〕持法定符合说的黄荣坚也认为，打击错误“所牵涉的并不是此一错误对于行为人内部体系（心理感受）上重不重要的问题，而是此一错误对于行为人外部体系（刑法规范意义）重不重要的问题”。〔48〕

反观支持故意归责理论的学者，有的赞同心理的故意概念，〔49〕有的坚持规范的故意概念，〔50〕也有的在此两者之外另立故意的概念。〔51〕对此，本文的立场如下：

首先，故意不是单纯的心理概念。心理的故意概念完全以行为人的心理现象作为故意认定的标准，这一方面会导致将实施无任何法益侵害危险的行为认定为故意犯罪，把犯罪愿望认定为犯罪故意（如前述黑砂糖案）；另一方面会导致将实施严重侵害法益的行为的心理认定为无故意，以无犯罪愿望抵消犯罪故意（如前述空手道武者攻击案）。

其次，故意也不是纯粹的规范概念。主张规范的故意概念的学者认为：“犯罪故意不是一个心理事实问题，也不是行为人是否认识了犯罪行为的问题，而是一个规范评价问题，是行为人是否应该认识犯罪行为的问题”。〔52〕也就是说，故意与是否有认识无关，而与否应当认识有关。即使行为人有认识，也可以将其评价为无故意；即使行为人无认识，也可以将其评价为有故意。例如，一个到餐厅打工专职端盘子的生物专业大学生，即使发现盘中装的是毒蘑菇，却仍将毒蘑菇端给客人食用从而导致客人死亡的，也不能认为该大学生有杀人的故意。因为该案中的大学生并没有违反一个规范化的社会对他的角色要求：“客人都会期待饭馆不提供有毒食物，但是，不会期待一个服务员把自己从菜单上点的厨师做好的菜不端给自己，相反，客人期待的是服务员把点的菜赶快端给自己”。〔53〕但是，即使从规范论的角度看，“当客人得知服务员知道是有毒蘑菇时，怎么会不期待他将蘑菇倒掉或者告诉客人真相呢？”〔54〕对于成年男子与幼女自愿发生性行为的案件，该学者认为，即使成年男子没有认识到女孩未满14周岁，也应当评价为有强奸罪的故意。“因为看见一个少女具有羞花闭月的容貌而没有认识到该少女未满14岁，完全不是社会对这种没有认识表示宽恕的正当理由”。〔55〕

〔46〕 前引〔10〕，松原芳博书，第181页。

〔47〕 [日]大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第200页。

〔48〕 黄荣坚：《基础刑法学》上，台湾元照出版有限公司2012年版，第435页。

〔49〕 前引〔39〕，蔡圣伟文，第24页；前引〔26〕，蔡圣伟书，第163页以下。

〔50〕 参见前引〔44〕，Puppe文，第297页以下。

〔51〕 参见前引〔42〕，周漾沂文，第58页以下。

〔52〕 冯军：《刑法的规范化诠释》，《法商研究》2005年第6期，第65页。

〔53〕 同上文，第64页。

〔54〕 张明楷：《也论刑法教义学的立场》，《中外法学》2014年第2期，第371页。

〔55〕 前引〔52〕，冯军文，第65页。

笔者认为，故意的认识内容是对法益侵害的危险性有认识。^[56] 在此要注意两个问题：第一，认识是故意成立的基础和前提（但认识不等于故意），故意是对认识这一心理事实的规范评价（但故意不仅仅是对行为的规范评价）。心理的故意概念把认识等同于故意，把故意的判断混同于心理认识的判断。其缺点在于，行为人的心理认识是飘忽不定的，因此其对故意的判断有很大的随意性。与此相反，规范的故意概念脱离心理认识来判断故意，使得故意变成对行为性质的规范评价，而不是对行为人心理的规范评价，从而忽视了故意作为责任要素的功能。第二，认识的内容是行为的危险性。这种危险性是指在行为开始时即存在的危险性，而不是指行为完成后结果发生的危险性。例如，行为人对甲开枪却打死了乙。如果行为人只认识到枪击行为对甲的生命有危险，那么行为人只有杀甲的故意，剩下的问题是杀死乙的结果能否归责于行为人（杀甲）的故意；如果行为人在一开始就认识到枪击行为有杀死乙的危险，则行为人对杀死乙有概括故意或择一故意。因此，在具体的打击错误中，故意是针对攻击对象而言的，对于误击对象原本就没有故意。另外，这种危险性必须是客观存在的，而不能是主观臆想的危险性（即使真诚地以为黑砂糖有致人死亡的危险性，也不存在杀人故意）。

2. 故意的个数

在法定符合说的内部存在数故意说与一故意说之争，即使是具体符合说，也有学者认为其内部同样存在数故意说与一故意说的问题。^[57] 数故意说与一故意说的对立，尤其体现在所谓“并发事实”的场合。例如，行为人意欲杀甲而开枪，但子弹导致甲重伤和乙死亡。对此，一故意说认为行为人成立过失致人重伤（对甲）和故意杀人罪既遂（对乙）的想象竞合。因为，“既然已经根据行为人想杀一人（甲）的犯罪意思，认定有杀害一人（乙）的故意，再重复认定为杀人的故意，就不妥当，因此要就过剩的部分认定行为人的过失”。^[58] 这一规则被称为“行为人主观不法总量耗尽原则”。^[59] 但是，行为人明明意图杀甲，却只构成对甲的过失犯罪，这一结论受到了数故意说的批判。数故意说认为，开枪行为构成对甲的故意杀人罪未遂与对乙的故意杀人罪既遂的想象竞合。^[60] 但数故意说同样面临质疑：行为人明明只有一个杀人故意，怎么就变成了两个杀人故意？

笔者认为，在并发事实的场合，行为人只认识到其枪击行为有杀死甲的危险，而没有认识到该行为有杀死乙的危险（虽然事实上该行为有杀死乙的危险），因此，行为人只有一个故意，即杀甲的故意，而不可能同时有杀甲和杀乙两个故意，数故意说违背了故意认定的基本规则。但是，笔者也不同意一故意说的处理结论，即不能将行为人对甲的杀人故意评价为伤害过失，一个业已存在的杀人故意不可能因为行为造成了其他后果而变成伤害过失。按照笔者的观点，虽然行为人没有杀乙的故意，但行为人的行为导致了乙的死亡结果，具有客观归责性；同时，虽然行为人没有认识到自己的行为有杀死乙的危险，但存在认识

[56] 根据刑法第14条的规定，故意的认识内容是“明知自己的行为会发生危害社会的结果”。“行为会发生危害社会的结果”指的就是行为侵害法益的危险性。

[57] 参见前引[10]，松原芳博书，第183页。

[58] 前引[47]，大塚仁书，第204页。同样的观点，参见前引[6]，川端博书，第81页；前引[3]，刘明祥文，第383页以下。

[59] 参见前引[48]，黄荣坚书，第433页以下。

[60] 参见前引[2]，张明楷文，第229页；前引[7]，黎宏书，第309页；前引[12]，大谷实书，第168页。

可能性，所以能够将乙的死亡结果归责于行为人杀甲的故意。换言之，在具体的打击错误的场合，行为人只有一个故意，即对攻击对象的故意，而不存在对误击对象的故意；既不能把行为人对攻击对象的故意“转移”至误击对象，从而在攻击对象上只“剩下”过失，也不能认为行为人对攻击对象与误击对象都有故意。接下来需要讨论的问题就是，实际发生的危害结果能否归责于行为人业已存在的故意，而这已经是故意归责需要解决的问题了。

（二）故意归责的判断标准：对危害结果发生在误击对象上有认识可能性

在故意认定之后，接下来需要进行故意归责的判断，即判断实害结果能否归责于故意。对此，不少学者采取了“风险关联标准”，即如果行为人认识到自己行为的危险，并且该风险转化为实害结果，就可以把结果归责于故意。^[61]例如，金德霍伊泽尔认为：“如果行为人认为自己的行为是如此之危险，以至于他作为信守法律并理性决断的公民出于避免结果的缘故就必须放弃他的这种行为，那么行为人就是以故意而行为。如果现在发生了这种结果，为了在因果关系上解释这种结果，行为人所认识到的风险因素是必要的，那么根据风险联系公式，这种结果就正好可以归责于行为人的故意”。^[62]我国学者也认为，故意归责的判断分为两步：首先判断行为人是否明知自己的行为会产生禁止的风险（即是否有故意），其次判断结果能否归责于故意。“结果能否归责于行为人的故意，应观察结果与故意是否有基于禁止风险的规范关联”，对此应该从法益、因果进程与时空等方面来判断。^[63]

可见，风险关联标准实际上就是客观归责理论中“风险的创设与实现标准”的另一种表述，两者的区别仅在于侧重点不同：客观归责强调的是结果与实行行为之间的风险关联，故意归责强调的是结果与故意之间的风险关联。按照笔者的理解，风险关联标准至少存在两个问题：第一，将主观判断与客观判断混为一谈。风险是行为的客观属性，相应地，风险关联也只能是结果与实行行为之间的风险关联，而不能是结果与故意之间的风险关联。所谓结果与故意之间的风险关联，实际上仍然是指行为人对行为造成结果的危险性是否有认识，而结果与实行行为之间的风险关联属于客观归责的判断。^[64]相应地，对行为造成结果的危险性是否有认识，显然属于故意认定的问题，不应将这两个不同属性的判断混杂起来。第二，扩大了故意归责的范围。即使行为人明知自己的行为会产生禁止的风险，并且该风险现实化为实害结果，也不一定能够将该实害结果归责于行为人的故意。例如，行为人A对其前妻的男朋友B虐待其6岁女儿C的行为很愤怒，因而跑到前妻家中想射杀B，但子弹错过B，射死了提前放学藏在橱柜里的C，此前无人知晓C的存在。由于A完全不能预见C的死亡，因此不应将C的死亡结果归责于A的杀人故意。^[65]但是，按照风险关联标准，行为人A明知自己的枪击行为会产生禁止的风险（具有杀人故意），并且该风险转化为死亡结果（具有风险关联），因而没有办法不让C的死亡结果归责于A的杀人故意。

因此，笔者认为，对于具体的打击错误，故意归责的判断标准不是风险关联，而是认识可能性。具体来说，在认定了行为人对攻击对象有故意，即在肯定了行为人对危害结果

[61] 参见前引[26]，蔡圣伟书，第160页。

[62] [德]金德霍伊泽尔：《故意的客观与主观归责》，樊文译，《清华法律评论》第3卷第1辑，清华大学出版社2009年版，第162页。

[63] 参见庄劲：《客观归责还是主观归责？》，《法学家》2015年第3期，第68页以下。

[64] 参见前引[28]，罗克辛书，第245页以下。

[65] See Peter Westen, *The Significance of Transferred Intent*, 7 *Crim. Law and Philos.* 331 (2013).

发生在攻击对象上有认识与意志之后，如果又可以肯定行为人对危害结果发生在误击对象上有认识可能性（过失），就可以将实际发生的危害结果归责于行为人对攻击对象的故意。需要指出的是，故意归责应该是客观归责之后的判断，而风险关联标准往往以故意归责的判断取代客观归责的判断。^{〔66〕} 笔者的认识可能性标准则是在客观归责的判断之外，进行故意归责的判断，其处罚范围小于风险关联标准。

接下来需要重点解决的问题是，如果说只要行为人对危害结果发生在误击对象上有认识可能性（过失）而非实际认识（故意），就可以将实际发生的危害结果归责于行为人的故意，那么，这种故意归责理论是否混淆了故意与过失，是否与刑法第 14 条的规定相悖，是否违反了主客观对应原则？

1. 在理论上，认识可能性标准并未混淆故意与过失

关于故意与过失的关系，传统理论认为两者是对立、排斥的。例如，德国的传统观点认为，“过失并非故意的减轻形式，而是与故意不同的概念……在涉及同一事情时，故意和过失是相互排斥的”。^{〔67〕} 我国的传统观点也认为，犯罪过失“是与犯罪故意并列的犯罪主观罪过形式……犯罪过失与犯罪故意存在着显著的区别”。^{〔68〕} 据此，“刑法上之故意犯与过失犯，其意义不同，且相互排斥，换言之，一个犯罪行为，不可能成立以故意为必要之犯罪，又同时成立以过失为必要的犯罪”。^{〔69〕} 由此可见，“传统的故意理论采用的是整罪分析模式。具体来说，它主张对故意与过失作完整的理解，所以同一犯罪不可能出现对行为出于故意而对结果出于过失的情况”。^{〔70〕} 具体符合说与法定符合说采取的就是这样的传统观点，认为具体的打击错误要么阻却故意（成立过失），要么不阻却故意，不可能出现对行为的危险性有故意而对实害结果是过失的情况。

但是，现在德国的主流观点认为故意与过失不是对立关系，而是位阶关系。“在德国逐渐形成的通说却认为两者具有规范的层级关系，也就是故意比过失具有较高度度的不法和罪责。在不法和罪责上面，故意是比较强的形态，而过失是比较弱的形态”。^{〔71〕} 我国学者也开始认识到，“从故意与过失的关系来说，不管是认为故意犯比过失犯的违法性重，还是认为故意犯比过失犯的责任重，都只是表明二者是一种阶段关系或位阶关系，而不能表明它们是对立关系……故意与过失之间的关系是回避可能性的高低度关系，是责任的高低度关系，也是刑罚意义的高低度关系，因而是一种位阶关系”。^{〔72〕} 申言之，“如果从故意与过失的定义来看，过失是对于侵害事实的预见可能性（因此有回避可能性），而故意则是建立在对于侵害事实的预见可能性之上的预见（因此有更高的回避可能性），二个概念也是呈现吸收的关系。换句话说，在定义上，一个行为如果构成故意犯罪，逻辑上必然也构成过失

〔66〕 例如，德国学者金德霍伊泽尔与我国学者庄劲都对客观归责理论持批判态度，并提出以主观归责理论取代客观归责理论。参见前引〔62〕，金德霍伊泽尔文，第150页以下；前引〔63〕，庄劲文，第55页以下。

〔67〕 前引〔9〕，耶赛克等书，第676页。

〔68〕 高铭暄、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121页。

〔69〕 1989台上字第4682号判决。转引自黄荣坚：《基础刑法学》上，中国人民大学出版社2009年版，第298页。

〔70〕 劳东燕：《犯罪故意的要素分析模式》，《比较法研究》2009年第1期，第52页。

〔71〕 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第292页。

〔72〕 张明楷：《论表面的构成要件要素》，《中国法学》2009年第2期，第96页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第259页。

犯罪”；“反之，行为人过失犯罪的确定既不排斥构成故意犯罪的可能性，也不保证构成故意犯罪，因此就故意犯罪的构成与否必须单独再做检验”。^[73] 笔者也认为故意与过失不是对立关系，而是位阶关系。^[74]

另外，关于故意与过失的关系，我国学者在批判整罪分析模式的基础上提出了“故意的要素分析模式”。其认为：1. 对行为的故意（认识与意志）+对结果的故意（认识与意志）；2. 对行为的故意（认识与意志）+对结果的认识；3. 对行为的故意（认识与意志）+对结果的过失（预见可能性），都是故意的不同类型。^[75] 按照这种要素分析模式，在具体的打击错误中，行为人对行为会危害攻击对象有认识与意志，对实害结果发生在误击对象上有预见可能性，这种情况明显属于上述第三种类型的故意；由此可以直接肯定故意的成立，而无需法定符合说与具体符合说等错误论学说。^[76]

上述故意、过失位阶关系说以及故意的要素分析模式，为认识可能性标准提供了重要的启发与理论依据。在具体的打击错误的场合，行为人对行为危害攻击对象有故意（认识与意志），这种故意是对行为危险性的故意；但是，行为人对危害结果发生在误击对象上缺乏故意（认识与意志）而只有过失（认识可能性），这种过失是对实害结果的过失。如前所述，按照故意的要素分析模式，这种罪过形态完全属于故意的其中一种类型，故应该肯定行为人成立故意犯罪既遂。笔者虽然在结论上与故意的要素分析模式相同，都肯定故意犯罪既遂的成立，但是所采取的方法不同。笔者采取的是故意归责理论，而故意的要素分析模式与法定符合说、具体符合说一样，仍然属于故意认定理论（前者从正面认定故意，后两者从反面认定故意）。笔者的故意归责理论未像故意的要素分析模式那般，直接断定行为人的主观心理属于故意，而是在承认行为人主观上存在（对行为的）故意和（对结果的）过失的前提下，将过失的实害结果归责于行为人的故意。而这种做法并没有混淆故意与过失，其进一步的理由如下：

首先，故意、过失的位阶关系使故意归责具有可能性。由于认识可能性是故意与过失的共同内涵，故意犯罪必然也是过失犯罪，而过失犯罪的确定并不必然排斥成立故意犯罪的可能性，所以，即使行为人对实害结果发生在误击对象上仅有过失（认识可能性）而没有故意（认识与意志），也仍然有可能将结果归责于故意，肯定故意犯罪既遂的成立。

其次，价值判断的规范目的使故意归责具有必要性。归责，不论是客观归责还是主观归责，都是一种价值判断而非事实判断。从客观归责来看，行为引起实害结果是一种事实判断，而将结果归责于行为是一种价值判断；从主观归责来看，对实害结果有认识或认识可能性是一种事实判断，而将实害结果归责于故意或过失是一种价值判断。按照新康德主义的立场，^[77] 事实判断与价值判断是两个不同的判断，从事实判断既不能推出也不能否定价值判断，价值判断的依据来源于更高的价值规范。对于归责来说，这种更高的价值规范

[73] 前引〔69〕，黄荣坚书，第298页，第296页。

[74] 参见欧阳本祺：《论危险故意》，《法学家》2013年第1期，第48页以下。

[75] 参见前引〔70〕，劳东燕文，第52页以下。

[76] 同上文，第66页。

[77] 现代客观归责理论，以及与客观归责理论有相似逻辑的主观归责理论，都以新康德主义为理论基础。参见张明楷：《也谈客观归责理论》，《中外法学》2013年第2期，第301页。

就是一般预防目的。^[78] 在具体的打击错误的场合，为了实现一般预防目的，有必要将行为人有认识可能性的实害结果归责于行为人的故意（从有认识可能性这一事实判断本身，并不能推出也不能否定故意归责这一价值判断）。虽然不将实害结果归责于行为人的故意，而是像具体符合说那样把实害结果认定为过失犯罪，也可以在一定程度上实现刑罚的一般预防目的，但是，正如前文所述，具体符合说的这一做法可能导致罪刑不均衡，或者使一些本应受到处罚的行为无法被处罚，或者导致结论的得出有较大的随意性，从而无法充分实现刑罚的一般预防目的，甚至违背这一目的。

再次，具体的打击错误与纯粹的过失犯罪在构造上的差异，使故意归责具有合理性。在具体的打击错误的场合，行为人虽然对于危害结果发生在误击对象上缺乏故意，但对于危害结果发生在攻击对象上有明确的故意。故意归责理论要讨论的是，实际发生的危害结果能否归责于行为人在行为开始时就有的（对攻击对象的）故意。而在过失犯罪的场合，行为人从行为一开始就没有意欲侵害的对象，没有认识到行为会侵害某个对象。举例来说：1. 行为人在开车闯红灯的时候，突然发现前面有行人甲横穿马路，于是急打方向盘，结果撞死了路边的行人乙。在这一情形中，行为人对甲没有故意，对乙的死亡也只成立交通肇事罪。2. 行为人在空旷的马路上驾驶时发现仇人甲在路边行走，于是决定撞死甲，不料甲迅速躲到人行道上，这时乙恰好骑摩托车经过而被撞死。这明显不同于上述第一种情形，第一种情形属于纯粹的过失犯罪，第二种情形属于典型的具体的打击错误。在第二种情形中，虽然行为人对乙的死亡缺乏认识，但故意归责理论不是要将这种无认识认定为故意（法定符合说与要素分析模式正是这样做的），而是要将实际发生的危害结果归责于之前的对行为的故意。也就是说，在纯粹的过失犯罪的场合，行为人始终没有故意；而在具体的打击错误的场合，实际发生的危害结果是由之前确实存在的故意犯罪行为引起的。

最后，需要强调的是，认识可能性标准并没有加重行为人的罪责。如前所述，风险关联标准认为，只要行为人认识到行为的危险，并且该危险转化为实害结果，就可以将该实害结果归责于行为人的故意。但是，笔者认为，仅有风险认识与客观归责还不够，还需要行为人对实害结果有认识可能性。相对于风险关联标准，认识可能性标准缩小了故意归责的范围，从而并未加重行为人的罪责。

2. 在立法上，认识可能性标准并未违反刑法对故意犯罪的规定

刑法第14条明确了故意犯罪的定义：“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。”认识可能性标准将行为人缺乏实际认识的发生在误击对象上的危害结果归责于行为人的故意，进而肯定故意犯罪既遂的成立，这是否违反上述规定？

按照故意归责理论，具体的打击错误的处理，应该分成三个阶段：第一阶段是客观归责的判断，判断发生在误击对象上的危害结果与行为人针对攻击对象的实行行为之间，是否具有客观归责性。如果得出肯定结论，则进入第二阶段的判断，判断行为人是否有故意，即判断行为人对“自己的行为会发生危害社会的结果”是否有认识与意志。只不过，这一认识与意志是针对攻击对象而言的。如果行为人认识到自己的行为对误击对象也会发生危

[78] Vgl. Schönemann, Über die objective Zurechnung, GA 1999 (5), S. 227. 转引自前引 [63], 庄劲文, 第64页。

害社会的结果,则不存在打击错误,而应直接认定行为人对误击对象也成立故意犯罪。在肯定行为人对攻击对象有故意而对危害结果发生在误击对象上没有故意之后,再进行第三阶段的判断,判断发生在误击对象上的危害结果能否归责于针对攻击对象的故意。根据笔者的看法,如果行为人对于危害结果发生在误击对象上有认识可能性(过失),就可以将实际发生的危害结果归责于行为人之前的故意,从而成立故意犯罪既遂。由此可见,认识可能性标准并没有违反刑法第14条关于故意犯罪的规定,而只是在根据该条规定进行故意犯罪的判断(第二阶段的判断)之后,再进行故意归责的判断(第三阶段的判断)。

3. 在认定上,认识可能性标准并未违反主客观对应原则

主客观对应原则,或者主客观相统一原则,是犯罪成立的基本原则。如果在一个犯罪中主观与客观不能对应,就会影响行为的定性。例如,林钰雄认为,在打击错误中,就攻击对象而言,行为人对行为及其结果有故意,但结果没有发生(无结果),因此,主客观只能在行为层面而无法在结果层面达到对应,从而只能成立故意犯罪未遂;就误击对象而言,虽然客观上发生了危害结果,但行为人对此并没有认识与意志(无故意),因此,主观故意与客观结果无法达到对应,从而只能成立过失犯罪。^[79]

故意归责理论当然不能违反主客观对应原则,但问题在于如何理解主客观对应原则。具体符合说和法定符合说都把整个客观行为分割成对攻击对象的行为与对误击对象的行为两部分,并分别要求有与之相对应的主观要素:具体符合说认为行为人对前者有故意但无危害结果,因此成立故意犯罪未遂;行为人对后者无故意但有危害结果,因此成立过失犯罪。(数故意的)法定符合说认为,行为人对前者有故意但无危害结果,因此成立故意犯罪未遂;行为人对后者有故意且有危害结果,因此成立故意犯罪既遂。与此不同,故意归责理论不赞同把一个整体行为分割为两部分,而认为行为人原本就只有一个行为,只要在行为开始之时有故意,就满足了主观(故意)与客观对应原则的要求。这正如高桥则夫所言,“即使在结果发生时完全没有故意,只要在行为时存在故意就成立犯罪”。^[80]

(三) 认识可能性标准在具体的打击错误中的应用

认识可能性标准在结论上倾向于法定符合说,但在故意认定上倾向于具体符合说,在罪刑关系上则介于两者之间。因此,其能够克服两者的缺点,具有较大的合理性。

1. 一般的具体的打击错误

例如,行为人意图杀甲,但子弹没有击中甲,却击毙了自己的女儿乙。法定符合说的一故意说和数故意说都认为,行为人有杀死自己女儿的故意,行为人成立故意杀人罪既遂。具体符合说则认为,行为人有杀甲的故意,但对杀死女儿只有过失,因此,行为人成立故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪的想象竞合。然而,说行为人有杀死自己女儿的故意,这一点不仅行为人难以接受,一般人也难以理解。反之,如果在行为人有杀人故意并且已把人杀死的情况下,却按照故意杀人罪未遂或者过失致人死亡罪来处理,则有违罪刑均衡原则。相对于法定符合说与具体符合说,认识可能性标准的处理具有很大的合理性:一方面不认为行为人有杀死自己女儿的故意,避免了法定符合说的尴尬(说行为人有杀死自己女

[79] 参见前引[25],林钰雄书,第212页。

[80] [日]高桥则夫:《规范论与刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第39页。

儿的故意)；另一方面又强调，从规范的角度来说，应当将女儿乙死亡的结果归责于行为人杀甲的故意，从而追究其故意杀人罪既遂的刑事责任（这种处理结论既克服了具体符合说罪刑不均衡的弊端，^[81]也容易被行为人接受）。

2. 并发事实的具体的打击错误

对于并发事实的具体的打击错误，具体符合说的态度是一致且明确的：对于攻击对象成立故意犯罪的既遂或未遂，对于误击对象成立过失犯罪，二者之间是想象竞合关系。但是，法定符合说却存在众多处理结论，这主要体现在以下两种场合：1. 行为人以杀人故意向甲开枪，子弹导致甲受伤、乙死亡。对此，数故意的法定符合说认为成立（对甲的）故意杀人罪未遂与（对乙的）故意杀人罪既遂的想象竞合。一故意的法定符合说则有三种观点：第一种观点认为，成立（对甲的）故意杀人罪未遂与（对乙的）过失致人死亡罪的想象竞合；第二种观点认为，成立（对甲的）过失伤害罪与（对乙的）故意杀人罪既遂的想象竞合；第三种观点认为只成立对乙的故意杀人罪既遂，对甲的故意杀人罪未遂被吸收。2. 行为人以杀人故意向甲开枪，子弹导致甲和乙两人死亡。数故意的法定符合说认为成立（对甲的）故意杀人罪既遂与（对乙的）故意杀人罪既遂的想象竞合，一故意的法定符合说认为成立（对甲的）故意杀人罪既遂与（对乙的）过失致人死亡罪的想象竞合。^[82]

对于上述两种情况，依据认识可能性标准，行为人对甲分别成立故意杀人罪的未遂和既遂，同时，虽然行为人对乙的死亡没有故意，但如果对乙的死亡有认识可能性，则应该将乙的死亡归责于行为人杀甲的故意。这样处理可以恰当地评价犯罪人的刑事责任，实现罪刑均衡。虽然从结论上看，认识可能性标准与数故意的法定符合说相同，都按照对甲的故意杀人罪（未遂或既遂）与对乙的故意杀人罪既遂的想象竞合来处理，但是，法定符合说认为行为人对乙有杀人故意，这样处理难以做到对具体的打击错误与概括故意的区别对待，最终导致两者被同等处理，从而加重了对具体的打击错误的处罚。认识可能性标准则明确承认行为人对乙的死亡缺乏故意，而只是从规范评价的角度将乙的死亡结果归责于行为人的杀人故意，因此，对具体的打击错误的处罚应该轻于概括故意犯罪。

3. 打击错误与对象错误难以区分的场合

故意归责理论还能很好地克服具体符合说在区分打击错误与对象错误方面所存在的困难。具体符合说认为，打击错误阻却故意，对象错误不阻却故意，因此必须严格区分打击

[81] 也许有学者会认为，由于我国刑法对未遂犯的处罚采取的是得减主义，所以，具体符合说虽然把打击错误认定为犯罪未遂，但完全可以与犯罪既遂同等处罚，如此也可以克服罪刑不均衡的弊端，而无需适用故意归责理论。但是，这种说法是不成立的。首先，在德国、日本，具体符合说将打击错误认定为犯罪未遂，就是为了减轻处罚；相反，法定符合说将打击错误认定为犯罪既遂，就是为了避免减轻处罚。如果一方面将打击错误认定为未遂犯，另一方面又不减轻处罚，这恐怕是自相矛盾的（参见前引〔2〕，张明楷文，第221页）。其次，我国刑法对未遂犯的处罚采取得减主义，是同时考虑了客观主义与主观主义两个方面的要求。按照我国刑法的规定，对于未遂犯可以从轻或者减轻处罚，这是因为未遂犯没有造成危害结果或者无需对危害结果负责，此即客观主义的要求；在特殊情况下，只有当行为人的身危险性特别严重时，才可以与既遂犯同等处罚，这是主观主义的要求。既然具体符合说认为，具体的打击错误成立故意犯罪未遂与过失犯罪的想象竞合，就意味着从客观主义的角度看，行为人对结果无需负既遂犯的责任；同时，行为人对实害结果只有过失，从主观主义的角度看，也缺乏与既遂犯同等处罚的主观恶性。所以，一方面将打击错误认定为未遂犯，另一方面又与既遂犯同等处罚，是缺乏充足理由的。

[82] 参见〔日〕野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第210页；前引〔12〕，大谷实书，第168页。

错误与对象错误。一般来说,如果对象就在眼前,打击错误与对象错误的区分并不困难,但在隔离犯的场所,两者的区分变得困难。例如,行为人在汽车中安放炸弹本想炸死甲,但没想到第二天使用该汽车并被炸死的是乙。从行为人原本瞄准甲但结果发生在乙身上来看,这属于打击错误;但从行为人想炸死开车的“那个人”(甲),事实上也炸死了开车的“那个人”(乙)来看,这又属于对象错误。因此,具体符合说内部对于此情形有不同的处理结果:有的学者认为属于对象错误,行为人成立故意杀人罪既遂;有的学者认为属于打击错误,行为人成立故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪的想象竞合。^[83]

笔者认为,在打击错误与对象错误难以区分的场合,没有必要强行区分。如果行为人对于炸死乙缺乏故意但有认识可能性,就应该将乙的死亡归责于行为人杀甲的故意,行为人成立故意杀人罪既遂;如果行为人对炸死乙缺乏认识可能性,则只成立对甲的故意杀人罪未遂(炸死乙属于意外事件而非过失犯罪)。

Abstract: With respect to specific *aberratio ictus*, both the theory of statutory compliance and the theory of specific compliance adopt the same method for the identification of intent and integrate intent identification and intent attribution. However, such practice gives too many functions to intent identification, resulting in an insurmountable dilemma: either to pursue the reasonability of conclusion at the cost of the reasonability of intent identification, or to adhere to the reasonability of intent identification at the cost of the reasonability of conclusion. Therefore, the distinction between intent identification and intent attribution should be recognized. The former is about the object and expected result, while the latter refers to the attribution of harmful result to intent. The judgment of specific *aberratio ictus* can be divided into three levels, that is, the judgment of objective attribution, the identification of intent, and the judgment of intent attribution. We should untangle the relation between intent attribution and objective attribution, especially between intent attribution and intent identification. Under the circumstance that objective attribution and intent identification had been confirmed, if the actor has the possibility of foreseeing the harmful result caused in mistaken object, the harmful result can be attributed to the actor's intent and such attribution will not confuse the relationship between intent and negligence. In practice, the theory of intent attribution has more advantages than the theory of intent identification.

Key Words: specific *aberratio ictus*, statutory compliance, specific compliance, identification of intent, attribution to intent

[83] 参见前引〔7〕,山口厚书,第211页;前引〔10〕,松原芳博书,第185页。