

# 实行行为危险性判断的教义学分析

## ——以特殊体质问题为切入点

陈文龙

苏州大学王健法学院, 江苏 苏州

收稿日期: 2023年5月20日; 录用日期: 2023年7月4日; 发布日期: 2023年7月13日

### 摘要

特殊体质并不属于介入因素, 在因果关系领域内讨论既没有依据, 亦使实行行为危险性的判断虚置, 因此应当在实行行为领域进行研究。基于罪刑法定原则、平等保护原则以及一般预防作用的发挥的要求, 被害人的特殊体质不得作为实行行为危险性的判断资料, 但是认定不存在实行行为则放弃了对脆弱法益的保护, 因此是不可接受的。在明确真正的客观不法论与主观不法论的前提下, 可认为我国刑法理论上的修正的客观危险说、具体危险说都十分重视主观要素, 并且客观归责理论并不适用于故意的作为犯。因此, 将典型的特殊体质问题转化为行为人对被害人特殊体质的特别认知, 即可从主观不法方面为行为不法提供根据, 从而进一步肯定实行行为的存在。基于对行为本体的检讨, 可以认为行为人的主观意思包括故意和特别认知, 后者是作为实行行为的构成要素为实行行为的危险性提供根据的。

### 关键词

特殊体质, 特别认知, 实行行为, 主观不法, 客观不法

# Hermeneutic Analysis of the Risk of Act of Perpetrating

## —Taking Special Physical Constitution as the Breakthrough Point

Wenlong Chen

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: May 20<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jul. 4<sup>th</sup>, 2023; published: Jul. 13<sup>th</sup>, 2023

### Abstract

Special physical constitution is not the intervening factor, there is no basis for discussion in the

theory of causation, or it will make the judgment of the risk of act of perpetrating empty. The issue should be studied in the theories of act of perpetrating. Based on the requirements of the principle of criminality, equal protection and the general preventive role, the special physical constitution of the victim cannot be used as a data for judging the risk of act of perpetrating. However, denying the existence of act of perpetrating abandons the protection of vulnerable legal interests, which is therefore unacceptable. Under the premise of clarifying the true theories of wrongdoing between objectivism and subjectivism, it can be considered that the modified objective danger theory and the specific danger theory in the theory of criminal law in our country attach great importance to subjective elements, and the theory of objective imputation is not applicable to an intentional crime by act. Therefore, transforming the special physical constitution problem into the actor's special cognition of the victim's special constitution can provide a basis for the handlungsunrecht in the subjective aspect, thus further affirming the existence of act of perpetrating. Based on the review of the ontology of the act, it should be considered that the subjective meanings of the actor include intention and the special cognition, the latter provides the basis for the risk of act of perpetrating.

## Keywords

Special Physical Constitution, Special Cognition, Act of Perpetrating, Subjective Wrongdoing, Objective Wrongdoing

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 特殊体质的规范概念与现有方案

### 1.1. 特殊体质的规范概念

刑法学中的特殊体质，是指特定个人具有的脆弱性，从而通常不足以致使一般人的法益受损的行为足以致使该脆弱的特定个人的法益受损。有别于来自医学和心理学的归纳性的概念，这一概念强调规范性效果。因此，特定个人无论是具有已被诊断的重大疾病，还是具备重大疾病发生的除诱因外的其他条件，均属脆弱；尤其于后者而言，行为人的作为诱因的行为作用于特定个人的身体后引起的病变过程，已非刑法所应当关注的范围，当然也就不是因果关系应当投以目光之处。既然特定个人具有脆弱性，那么势必存在特定个人具有强韧性，但是后者只是涉及犯罪的既遂与未遂，而不是犯罪的成立与否，因此按下不表。

刑法学中的特殊体质是否应当包括特定个人的知虑浅薄或者心神耗弱，作为上述规范性概念的应然之理，本文持肯定回答。从实质上来看，倘若承认的确存在此类知虑浅薄或者心神耗弱者，从而通常不足以致使一般人受骗进而处分财产的行为足以使该类特定个人如此，那么认定其亦属于特殊体质便是理所应当的。而且，国外有立法例对此类特定个人的存在予以确认。日本刑法第 248 条准诈骗罪规定：“利用未成年人的知虑浅薄或者他人的心神耗弱，使之交付财物，或者取得财产上的不法利益或者使他人取得的，处十年以下惩役。”意大利、韩国、泰国等国刑法以及我国台湾地区“刑法”，都分别规定了普通诈骗罪与准诈骗罪。陈兴良教授指出，刑法是有国别的，但刑法学是没有国别的[1]。国外的立法例以及我国学者在著作中对诈骗罪中受害人特别认知问题上的研究表明这一问题既是现实存在的，也是有研究价值的，因此，我国刑法理论也应当承认此类特定个人的存在。从形式上来看，称特殊体质包括知虑

浅薄或者心神耗弱虽略有不当，但若是对特殊体质进行扩张解释则仍然可以接受。退一步而言，即使坚持特殊体质只限于生理上的脆弱，也无非是意味着需要设定一个特殊体质与知虑浅薄或者心神耗弱等心理上的脆弱的上位概念。鉴于特殊体质概念使用已久，对其扩张解释又并非不可接受以及心理上的脆弱与生理上的脆弱的规范效果相同，贸然设立新的上位概念的做法为本文所不采。

特殊体质问题不同于特殊体质的规范性概念，不夸张地说，特殊体质问题可以形成一个案例组，由于笔者功力有限、“知虑浅薄”，不得不限缩研究范围，范围以外的特殊体质问题只能望洋兴叹、搁笔不谈。本文主要研究所谓“典型的特殊体质问题”，即行为人明知被害人具有特殊体质，而实施通常情况下不足以致使一般人法益受损的行为致其法益受损，所谓“典型”是因为属于故意作为犯。值得注意的是，在犯罪成立与否阶段关注特殊体质的前提是行为人的行为通常情况下不足以致使一般人的法益受损，若非如此，特殊体质只能在量刑阶段成为法官考量的因素之一。

## 1.2. 特殊体质问题的现有方案

现行刑法理论将特殊体质问题置于因果关系领域内讨论，具体路径有两种，即将特殊体质作为介入因素或者作为介入因素以外其他的概念进行研究，并提出解决方案。在日本，判例对于被害人体质异常的案件大多根据条件说确定因果关系的存在。山口厚教授指出：对被害人实施了暴行，因其存在着特殊的事情(病的因素)而死亡(若无此事情，则不至于死亡)的事例中，判例不问被害人的特殊事情一般人是否可能认识、预见，也不问行为人是否已经认识、预见，只是以此被害人的特殊事情为前提进行因果关系的判断[2]。德国的司法判决在伤害身体的犯罪中，对被害人具有身体或精神不正常的特征的案件，也根据条件说认为存在因果关系；在我国司法实践中，被害人体质特殊的案例，原则上会根据条件说或者客观的相当因果关系说，得出因果关系存在的结论[3]。但是，特殊体质问题在因果关系领域中讨论是错误的，其结论随之失去价值，理由如下：

第一，传统刑法理论将特殊体质作为介入因素置于因果关系领域内进行研究，但是特殊体质并不属于介入因素。所谓介入因素，是指存在于行为发生之后、结果出现之前从而影响因果关系判断的因素，一般主要有自然事件、行为人、第三人以及被害人的行为，特殊体质显然不属于这里的介入因素。平野龙一教授已经将特殊体质与这里的介入因素作了初步区分，他指出：因果关系判断上最有争议的两个问题是：一是被害人体质异常时，行为人实施的危险性极低的行为与死伤结果之间，是否具有因果关系；二是在行为实施后介入被害人的行为、行为人的行为、第三人的行为、自然力时，该结果究竟应该归责于谁[3]。目前刑法理论的有力观点均已承认特殊体质不属于介入因素，例如，张明楷教授就明确指出：被害人的特殊体质不属于介入因素，而是行为时就已经存在的特定条件[4]。饶是如此，特殊体质问题依然深陷于因果关系理论的泥潭，因为刑法理论上认定特殊体质无论是不是介入因素都是因果关系领域的问题的思维惯性并未受到影响。质言之，当承认特殊体质不属于介入因素时，刑法理论本应当继续回答特殊体质属于什么？或者，特殊体质既然不属于能够影响因果关系判断的介入因素，那么若是还要将特殊体质问题在因果关系领域内研究，这样做的依凭是什么？但是，刑法理论没有回答这些问题，而是近乎粗暴地认为特殊体质问题无论如何都应当在因果关系领域内研究，并且基本上得出其不影响因果关系的结论。这样不恰当地纳入因果关系领域又一概否定其对因果关系的影响的论证过程是很形式和空洞的，很难说是在有价值的思考的支配下进行的，因此也并没有将特殊体质问题合乎逻辑地解决，而是使特殊体质问题掩盖在因果关系的杂草下被逐渐消解。

第二，我国刑法理论和日本刑法理论的通说都毫无争议地认为，“真正的条件关系是指实行行为与具体结果之间的条件关系”[4]。山口厚教授也指出：成为指向构成要件结果的因果关系之起点的行为并非无所限定的，而必须是能够认定为具有引起构成要件结果的现实危险性的行为，即实行行为是因果关

系的起点[2]。因此，若是认定特殊体质属于因果关系领域，就等于同时认定在特殊体质案件中存在实行行为，否则是不符合逻辑的。可是，刑法理论并没有在实行行为领域对特殊体质投以特别的目光，实际上将实行行为的判断虚置了。本文遂拟以实行行为的考察为起点，对特殊体质问题进行深入分析，求得合理的解释结论。

## 2. 检讨实行行为标准的前提

### 2.1. 实行行为危险程度的稳定性

实行行为的概念大同小异：张明楷教授说实行行为是形式上符合构成要件且实质上具有侵害法益的紧迫危险的行为[4]，周光权教授说实行行为是刑法分则具体罪名中定型化的且对法益有具体危险的行为[3]，山口厚教授认为具有引起构成要件结果的现实危险性的行为是实行行为[2]。由此看来，实行行为是形式上符合分则条文的具体规定、实质上具有侵害法益的紧迫危险的行为。但是，这里有一个被抽象化的语词掩盖着的尚未解决的问题。

以诈骗罪为例，是否存在作为其实行行为的欺骗行为，关键在于该行为在具体的事态下是否具有使他人陷入或者继续维持认识错误进而处分财产的一定程度的危险性。那么，这里的他人是指一般人还是指特定的受骗者？张明楷教授认为，根据受骗者的情况判断欺骗的程度，会导致作为构成要件要素的欺骗行为丧失统一的标准，因此，能否称为欺骗行为，应进行客观判断，不受被害人是否特别容易受欺骗等因素左右[5]。亦即，张明楷教授认为，不论采取何种具体判断标准，个罪中实行行为的危险程度应当有统一、稳定的标准，不以被害人的特殊体质为转移。本文认为这一观点是完全正确的，因此被害人的特殊体质不应当作为实行行为危险程度的判断资料。刑法基于罪责原则的要求区分了行为人的不同情况并赋予不同的规范效果，但是因为罪刑法定原则和平等保护原则的限制，刑法不能对被害人作具体区分。罪刑法定原则的明确性不仅仅要求形式规定上明确性，同时要求对刑法规定进行解释和适用的标准也是明确的，惟其如此，才有利于国民合理预测并安排自己的行为，从而发挥一般预防的作用；反之，若是实行行为的标准因被害人的特殊体质而变动不羁，罪刑法定原则的明确性就将被实质地放弃。平等保护原则一般强调被害人应当受到与一般人同等的保护，但是也仅此而已，即不能因为被害人具有特殊体质就在个案中调整实行行为所应具备的危险程度，否则会造成新的不平等。罗克辛教授指出：立法者并不是想使值得刑事惩罚性或者需要刑事可罚性一般地取决于可以对受害者要求的自我保护措施[6]。

但是，这一观点的贯彻受到特殊体质问题的顽强阻击：当行为人明知被害人具有特殊体质，而对其实施并未达到欺骗行为所要求的一般欺骗程度的行为，使其陷入认识错误或者维持认识错误，进而处分财产，遭受损失的，岂不是不存在实行行为？这等于放弃了对脆弱法益的保护，在法感情上是不可接受的。在诈骗罪中，取消了对轻信人的刑法保护将使得不信任、怀疑和谨小慎微的保护思想成为社会共同生活的法则，并由此减少了忠于法律的公民的自由，同时那些想要干涉他人法律领域的人所具有的行为自由却被不当地扩大[6]。于是，张明楷教授不得不作出补充说明：“这里的‘一般人’是指像受骗者那样的具体的一般人，而不是抽象的一般人。……所谓客观地判断，并非不考虑受骗者的性格、年龄、能力、知识、经验等事项。相反，应当将受骗者的一切情况作为判断资料，再根据客观标准进行判读。尤其当受骗者为知虑浅薄的未成年人与精神耗弱者时，应当缓和欺骗行为的程度要求。”[5]

这一补充说明看似顺理成章，实则问题重重：前面说能否被称为欺骗行为不受被害人是否特别容易受骗等因素所左右，后面说欺骗行为的判断应当将受骗者的一切情况作为判断资料，前后不一，看似矛盾的背后实际是补充说明将前述观点架空，从而违背了罪刑法定原则的明确性、平等保护原则，不利于一般预防作用的发挥。而且，补充说明根本不具有可操作性，因为目前的技术手段不可能精准地测定被害人的脆弱程度，进而对实行行为进行相应程度的调整。最后的结果无非是，只要被害人具有特殊体质

而且已经被骗,那么就认定存在实行行为,实行行为的判断标准的明确性就被巧妙而不可接受地放弃。

只有在明确实行行为判断标准的明确性,也可谓实行行为危险程度的稳定性的基础上,才有必要探讨实行行为危险性的具体判断标准。

## 2.2. 实行行为具体标准的不法论背景

根据我国刑法教科书的体系安排,实行行为的具体标准并不是在构成要件符合性部分进行研究并得到答案的,而是在犯罪未完成形态的未遂犯部分进行的。因此,实行行为实质上是具有侵害法益的紧迫危险(或者具体危险、现实危险)的行为其实是未遂犯的成立标准(也可以说是着手的标准),而如何判断危险是否紧迫则是在未遂犯与不能犯的区分中研究并得出结论的。例如,张明楷教授指出:作为未遂犯处罚根据的危险是作为结果的危险,即行为所造成的危险状态[4];在不能犯的学说上,应当采取修正的客观的危险说,即只有当行为人客观上实施的行为具有侵害法益的紧迫危险,主观上是有相应的故意时,才能认定为犯罪未遂,至于客观行为是否具有侵害法益的紧迫危险,则应以行为时存在的所有客观事实(包括事后查明的客观事实)为基础,站在行为时(判断基准时为行为时而不是裁判时),根据客观的因果法则进行判断[4]。周光权教授则指出:行为无价值二元论的客观不法论是对传统的客观不法论(坚持判断对象上的客观性)的修正,即在判断对象上接纳主观要素,而坚持违法性判断基准的客观性,是谓修正的客观不法论,因此,只有具有行为无价值(主观的、规范的无价值性)的同时客观上有结果发生的危险性的,才能处罚未遂犯[3];在不能犯的学说上,应当采取具体危险说,以行为时为基准,按照一般人的感觉或者行为人的特别认识,结合经验知识或者与此紧密相关的因果法则,判断危险是否存在[3]。两位教授都声称其坚持的是客观不法论,但是学界对此并非没有质疑。

根据劳东燕教授的观点,刑法学中的客观论与主观论有三种类别:第一种是判断对象上的客观论与主观论,即以客观行为作为判断资料还是以行为人主观意思作为判断资料,也可谓不法论上的客观论与主观论;第二种是限定判断对象范围上的客观论与主观论,即以社会一般人的认知范围而定还是以行为人的认知范围而定;第三种是判断标准本身的客观论与主观论,即以社会一般人的看法还是以行为人的看法为标准,也可谓方法论上的客观论与主观论[7]。只有不法论上的客观论与主观论之争才是真正的客观不法论与主观不法论之争,这涉及两个问题:第一,判断对象是行为的客观侧面还是行为的整体(即包括来自行为人的主观意思的行为的主观侧面以及行为的客观侧面)?第二,在判断对象是行为的整体的基础上,决定不法成立的首要因素是行为的客观侧面还是行为的主观侧面?[8]此外,第二种类别即限定判断对象范围上的客观论与主观论实际上只能针对判断对象中的客观要素进行限定,对主观要素采取这里的客观论或者主观论进行范围上的限定是令人迷惑且没有实际意义的。

对主观不法论与客观不法论的澄清对于危险判断而言是非常必要的。关于危险判断,陈璇教授指出,行为的法益侵害危险的判断无非是两个问题:一是“应以何种事实作为判断的资料?”二是“应从何种立场出发根据资料进行危险预测?”即判断基础与判断立场的问题[9]。渝浩东博士就此指出:“对于前者,刑法理论上存在着一般人视角与行为人视角(以及综合视角)的争论,而对于后者则存在着事前立场与事后立场的争论”[10]。但是罗克辛教授和雅各布斯教授都认为,所谓事前的还是事后的立场没有实际意义[6]。危险的事前判断和事后判断的最大差别在于对判断基础资料或者判断基础事实的采集、运用不同,前者是以行为人实施某种行为时一般人认识到的事实(特殊情况下包括行为人的特别认知)为判断的事实基准,后者是将所有相关联的事实都纳入判断范围,根据所谓的科学法则进行判断[3]。结合上述三种类别的主客观论之争,可以发现陈璇教授所说的判断基础同时包括判断对象和对判断对象进行的限定,也就是涉及真正的客观不法与主观不法之争以及限定判断对象范围的主客观论之争。

以此为基础,可对我国刑法理论乃至德国刑法理论的危险判断理论进行分析,以明确其究竟是哪一

类别、哪一子问题上的客观论或者主观论，从而确定其是否真正秉持客观不法论。

### 3. 实行行为标准的具体检讨

#### 3.1. 修正的客观危险说的检讨

第一，张明楷教授认为犯罪未遂的成立要求行为在客观上具有侵害法益的紧迫危险的同时行为人具有犯罪故意，显然，这里的判断对象是作为整体的行为，即使他后来声称在判断客观行为(也即行为的客观面)时要将行为人的主观意思从判断资料中排除，也无法改变他的判断对象中实际有行为人的主观意思。至于决定不法成立的是行为的客观侧面还是行为的主观侧面，张明楷教授没有明确表示，但是从 he 声称自己坚持客观不法论却在判断犯罪未遂时引入行为人的犯罪故意来看，无论承认与否，此时发挥决定性作用的是行为的主观侧面。

第二，在限定判断对象范围上的客观论与主观论问题上，张明楷教授提出要以行为时存在的所有客观事实(包括事后查明的事实)作为判断资料，因此他采取的可谓一种极致的客观论。但是这种观点是存在问题的：其一，行为时存在的所有客观事实并不都是行为时就能够认识到的，因此将事后获得的所有材料以所谓的事前的时点进行判断是难以做到的。孙运梁教授对此的批评切中要害：“主张站在事前的立场、依据事后查明的事实来进行判断，实际上是做不到的，因为如果基于事前的视角就不一定能知道事后查明的事实，而若根据事后查明的事实来做判断，那就不是基于事前的视角，而是站在事后的立场上”<sup>[11]</sup>。因此，张明楷教授实际上是在进行事后判断，这会严重阻碍一般预防作用的发挥。其二，将所谓的全部客观事实作为判断资料极易将被害人的特殊体质一并考虑在内，正因为如此，张明楷教授才会在上述诈骗罪的补充说明中将被害人的特殊体质也作为行为危险性的判断资料，从而违反了罪刑法定原则和平等保护原则。

第三，在作为判断标准本身的客观论与主观论的问题上，张明楷教授主张以客观的因果法则作为标准，显然也是一种极致的客观论，如上所述，这种极致的客观论与事后判断的关联紧密，因此与其所声称的事前判断不符。

稍一总结，便会发现在张明楷教授认为犯罪未遂的成立要求行为人同时具有犯罪故意时，他在不法论意义上的客观论与主观论上采取的就已经是主观不法论，因为未遂时作为构成要件要素提供不法的故意在既遂时必然留存，而不会突变为责任要素；鉴于其他两类客观论与主观论的问题并不是真正的客观不法与主观不法之争，因此他在其他两类争议上采取的极致的客观论并不能为他在不法论意义上的主观不法论提供辩护，而且这种极致的客观论有属于事后判断的极大嫌疑，因此本身便是不值得主张的。

#### 3.2. 具体危险说的检讨

周光权教授在对具体危险说的表述中已经清楚地将主观要素纳入判断对象之中，但是他仍然认为自己坚持着客观不法论，只不过是修正的客观不法论而已<sup>[3]</sup>。然而，他的观点并非不无问题。首先，前文已述，真正的客观不法论与主观不法论的区别就在于判断对象是仅限于行为的客观侧面还是行为的整体，若是行为的整体，那么以行为的客观侧面作为决定不法成立的首要因素也可谓客观不法论。但是，无论是从判断犯罪未遂是否成立以及犯罪未遂与不能犯的区分时将主观要素纳入判断资料来看，还是从周光权教授在体系上将故意作为主观构成要件要素来看，已经很难说他坚持的是客观不法论而不是主观不法论。其次，周光权教授以其仍然坚持判断基准上的客观性为由为他的修正的客观不法论辩护，亦即以方法论上的客观性为不法论上的客观性辩护是立不住脚的，劳东燕教授就认为周光权教授是将不同类别的主客观论之争相互混淆了。

值得说明的是，就在对上述不能犯学说上的具体危险说进行进一步展开说明时，周光权教授对具体

危险说的表述发生了微妙的变化：具体危险说是以一般人在行为时通常所认识的事实，以及行为人特别认识的事实为基准的，因此，所谓的危险，是指一般人(特殊情况下包括行为人)基于这种事实性认识，认为某种行为有导致既遂结果发生的可能性[3]。其间的差异在于：在第一种表述中，实际上是以一般人的认识以及行为人的特别认识为判断资料的，而在第二种表述中，判断资料更改为一般人认识到的事实以及行为人特别认识到的事实，前者的判断资料是主观要素，后者的判断资料则是客观要素。因此，在第二种表述中，判断对象仍然是客观要素，也就是在不法论意义上的主客观论之争中坚持了客观论，同时与限定判断对象范围上的“主观论 + 客观论”以及作为判断标准本身的“主观论 + 客观论”相结合进行危险判断。虽然坚持了客观不法论(而不是修正的客观不法论)，但也存在问题。

首先，在对客观要素组成的判断对象的范围进行限时，明确提出行为人特别认识到的事实，虽然比修正的客观危险说对客观事实基本不加限定稍好，但是同样也非常容易将被害人的特殊体质作为判断资料。其次，作为区分不能犯和未遂犯的学说，具体危险说本应当以一般人认识到的事实为判断对象，以一般经验和因果法则为判断标准，可谓纯粹的一般人标准。但是，具体危险说作为与实行行为危险程度判断紧密相关的学说并非仅用以区分不能犯和未遂犯，基于解决不能犯和未遂犯的区分以外的问题的需要，具体危险说不得不改变纯粹的一般人标准，而采用上述第二种表述，这虽然有利于解决现实问题，但将行为人特别认识到的事实纳入判断对象是没有法理依据的。周光权教授解释说：“其(具体危险说强调一般人能够认识和行为人特别认识——引者注)理论基础在于：行为人特别认识，就说明其具有高于一般人的认识。一般人如果有这样的认识，实施行为的要受处罚；行为人的认识高于一般人的认识，再实施类似行为的，当然应该成立未遂犯。”[3]但是，这不能构成所需要的法理依据，因为关键不在于一般人若是认识到了行为人特别认识到的事实会产生什么结果，而恰恰在于一般人没有认识到行为人特别认识到的事实。周光权教授将这一重要的理论基础置于他教科书的脚注中，或许他自己也对这一说法能否构成上述调整的法律依据是存有疑虑的。第三，所谓修正的客观不法论的客观性在于判断基准的客观性，也就是以一般人作为判断标准，但是基于判断标准对判断资料的框定作用(即以一般人为判断标准，以一般人认识到的事实和行为人特别认识到的事实为判断资料进行危险判断是无法做到的，因为一般人无法对他没有认识到的事实判断是否危险，若果真得出判断结论，实际上是将行为人也作为判断标准)，周光权教授也不得不承认此时的判断标准是一般人(特殊情况下包括行为人)认为某种行为有导致既遂结果发生的危险，因此，判断基准的客观性也不复存在，修正的客观不法论随之崩溃。

综上所述，根据劳东燕教授对主观不法论与客观不法论的定义，当周光权教授将主观要素纳入判断对象时，他就实际上转向了主观不法论；他对具体危险说的第二种表述虽然仍然坚持判断对象上的客观性，但是对判断对象的限定却没有法理依据，也容易将被害人的特殊体质作为判断资料，而且也不符合他声称的修正的客观不法论的判断基准上的客观性。就周光权教授对具体危险说表述的微妙变化来看，显然他对于如何坚持客观不法论又合理对待主观要素存在疑虑。

### 3.3. “制造不被容许的风险”的检讨

德国刑法理论上虽然没有实行行为的概念，但是并不意味着其不进行类似实行行为性的判断，例如，张明楷教授认为：德国客观归责理论中所讲的行为制造不允许的危险的全部内容，以及危险的实现与构成要件效力范围中的部分内容完全可以纳入实行行为的判断[4]；陈兴良教授也指出：客观归责理论中是否制造不被容许的风险是用以检验构成要件的行为的[12]。因此，是否制造了不允许的危险是德国刑法理论中“实行行为性”实质侧面的判断标准。

罗克辛教授认为，评价危险创设问题应当适用客观的和事后的预测，即法官必须事后以一个客观观察者的视角判断相应的行为是否有风险或者提高了风险，而这个客观观察者应当具有有关交往圈子里的

理智的自然人的知识以及行为人的特殊专门知识[6]。面对雅各布斯教授对“客观的和事后的预测”这一名称提出的因为与行为人有关因此也就不再客观的批评，罗克辛教授表示认同并且承认了特别认知对判断是否制造了不被容许的风险的决定性意义，例如，他曾举过这样一个例子：如果我以一辆有着无法辨识的故障的车子搭载他人，我并没有制造不被容许的风险，并且因为该故障所引起的结果也不可能归责于我；相反地，如果我知道有这个故障，则经由这个“特别认知”就制造了不被容许的风险[8]。但是，这样堂而皇之地将行为人的特别认知这一主观要素作为客观归责判断的基础因素与客观归责理论声称的“客观”背道而驰，因此招致许多批判。

罗克辛教授本人直言不讳：特别认知的确是主观要素；但是主观要素与客观要素是一种类型性的体系划分，而客观归责理论属于目的理性体系，这是一种目的性的、机能性的体系，在其中，内容如何划分取决于体系所追求的目的与机能；由于客观构成要件的机能在刑事政策上的任务是抽象地划定被允许和被禁止的行为界限，在确定其内容时就没有必要是纯客观的要素，当为了确定行为的界限，必须考虑主观要素时，主观要素就必须不受类型制约地对客观构成要件产生影响[13]。但是，客观归责理论将构成要件尽量客观化的努力有其界限，客观归责终究还是有主观面的问题，或者说客观归责亦具主观要素[14]。据此，客观构成要件之所以客观，不是因为对构成要件的归责排他地建立在客观事实的基础之上，而是因为归责结果是一个客观性的事件[8]。换言之，客观的不是归责过程，而是归责结论。因此便同时表明目的理性体系下的客观归责的客观已经空洞化，唯余客观二字维持门面。

但是，这都是从存在论立场出发对客观归责理论这一目的理性的、机能论的体系中的理论进行的批评，在机能论的视角下是没有道理的，因此没有触及客观归责理论的核心。何庆仁教授进一步指出，客观归责理论为了实现抽象地划定被允许和被禁止的行为的界限，而在归责于客观构成要件时考虑主观要素，可是，既然客观归责论者也承认除客观归责之外还有主观归责，而客观归责与主观归责的目的与机能是一样的，并且在各自归责时均可以不受客观要素和主观要素的影响，那么二者的区分就只是出于技术上的方便判断，因此，客观归责理论并不是突出了客观不法的决定性意义，而是指出了其机能性的一面。片面强调客观归责，不仅被客观归责理论绑住，而且把原来已经解放的主观要素又冰冻起来[13]。劳东燕教授则指出，客观归责理论因此有其适用的界限，它没有触动主观不法论的核心范围，更没有推翻主观不法论，而只是发现了主观不法论的不周延之处，在故意的作为犯之外诠释了一种新的不法类型，即过失犯[8]。

由此看来，我国刑法理论上致力于判断故意作为犯的实行行为的危险的修正的客观危险说和具体危险说均不同程度地倒向主观不法论，而且无法避免将被害人的特殊体质作为判断行为危险性的资料；真正秉持客观不法论的客观归责理论实际上有其适用的范围，它没有触动故意作为犯属于主观不法论的范围，而只是另外发现了过失犯的不法类型，这也是它为什么是从过失犯领域中起家的原因。因此，故意作为犯的危险判断仍然是以行为人的主观意思为主，在典型的特殊体质案件中，被害人的特殊体质虽然不能作为判断行为危险性的判断资料，但是行为人明知被害人的特殊体质，便能提供主观不法，行为的主观不法和客观不法的结合使得行为不法达到值得刑事惩罚的程度，但是，行为人对被害人特殊体质的特别认知在主观不法中的位置如何仍是尚未解决的问题。

#### 4. 实行行为本体的检讨

在故意作为犯中探究特别认知是居于哪个位置对行为的主观不法发挥作用，离不开对行为本体的检讨。德国刑法理论十分重视位于行为构成之前的、作为行为构成基底的行为，并发展出丰富的行为理论。我国刑法理论则不甚重视行为概念，而是着重于直接研究实行行为，例如，周光权教授就认为“取消这一意义上的行为概念(即作为犯罪概念基底的行为——引者注)，对于认定犯罪基本不会出现偏差”[3]，

张明楷教授甚至认为,刑法上的行为必须是客观上侵犯法益的行为(行为本身必须具备导致结果发生的危险性) [4],从而与那种作为行为构成基底的、中性无色的行为相去甚远。德国刑法理论上行为理论的研究目的是为行为构成中的故意行为、过失行为以及作为与不作为寻找一个共同的基底概念,其中过失与不作为是规范设计,没有本体构造,本文局限于研究故意作为犯的行为本体,因此是以对行为本体的清晰揭示为标准选择行为理论的。

本文认为,目的行为理论清晰地揭示了行为的本体构造。目的行为理论的创立者韦尔策尔认为,自然人的行为是有目的活动的实施,行为的目的性或者依靠目的的属性的根据是:自然人根据自己的因果性认识,在确定的范围内预见自己将要实施的活动所可能产生的后果,因此设立不同的目的,并且使自己将要实施的活动能够按照计划地引向实现这个目标[6]。因此,行为并非纯客观的构造,除去癫痫发作时的动作、梦游、受强制的动作等,每个自然人都是根据自己已经认识到的因果关系,结合自己的目标,合理安排自己的行为。以典型的特殊体质问题为例,行为人认识到被害人存在特殊体质,无需实施足以致一般人死亡的行为就可以使被害人死亡,因此实施程度较轻的行为。根据目的行为论的观点,本文认为行为的基本要素是行为意志的支配内容、行为意志的支配力以及行为的外部客观化表现;行为意志的支配内容决定着行为外在表现的样态,行为意志的支配力决定着行为人的主观认识转化为客观事实;特别认知应当属于行为意志的支配内容。

刑法理论上观点将行为意志的支配力留在行为概念当中,将行为意志的支配内容作为故意的内容,这是不合适的。首先,脱离了行为意志的支配内容,行为意志的支配力就不可能行使,因为行为意志的支配力是打开大门,而只有行为意志的支配内容能够说明将去往何方,如果没有行为意志的支配内容,即使打开大门,也只会驻足不前,行为意志的支配力也就无从体现,因此,二者在本体上是不可分离的,就像故意的认识因素和意志因素,如果没有认识因素,就谈不上行为人有希望或者放任。其次,行为意志的支配内容与故意的认识因素的内容是不同的,前者是行为本身的构成要素,决定着行为的样态,后者是“承载社会危害性的基础事实” [15],以故意杀人罪为例,故意的认识对象是行为人的行为有足以致使一般人死亡的危险,而行为人的行为是否有此危险要结合行为的各构成要素进行判断,特别认知就是在这里为主观不法提供根据。

值得补充的是,根据劳东燕教授的观点,行为的主观侧面亦即行为人的主观意思,为主观不法提供根据,但是这里所称的行为人的主观意思是指行为人的故意,也即主观构成要件,行为的客观侧面则是指实行行为本身。这种观点存在两个问题:第一,所谓的主观不法与客观不法相结合构成行为不法的行为已经不再是实行行为,而是类似于德国刑法理论的行为构成,是构成要件整体的不法,实行行为仍然是指行为的外部客观化表现,因此,不但实行行为危险程度的稳定性没有得到体现,而且实行行为仍然是分裂的,而不是主客观交织的。第二,既然实行行为是指行为的外部客观化表现,特别认知当然不能成为其构成要素,特别认知若要为主观不法提供根据,就只能成为故意的内容,但特别认知毕竟不同于故意。在本文看来,欧阳本祺教授的观点更加可取:特别认知属于实行行为的要素,具体而言,属于实行行为有意性的内容,实行行为因此是主客观要素的统一体,特别认知的功能在于为判断实行行为的危险性提供依据[16]。亦即,在典型的特殊体质案件中,行为人特别认知以及行为的外在客观化表现分别从主观不法和客观不法方面共同为实行行为的危险性判断提供根据,从而使得该行为的危险性达到实行行为的程度要求,同时保持了实行行为危险程度的稳定性。

## 5. 结语

典型的特殊体质案件在因果关系领域内研究不但是没有依据的,而且罔顾实行行为是因果关系起点的基本原则,使得对实行行为危险性的判断被虚置,因此必须首先判断实行行为的存在与否。被害人的

特殊体质基于罪刑法定原则、平等保护原则以及一般预防作用的发挥的要求不能作为实行行为危险性的判断资料，因此行为人的行为似乎并未达到实行行为的危险性要求，但是就此放弃对脆弱法益的保护是不可接受的，因此必须进一步探讨实行行为危险性的具体判断标准。

在具体的判断标准上，修正的客观危险说虽然声称其秉持客观不法，以客观要素作为判断危险的资料，但是在未遂犯的判断上却又将犯罪故意作为判断资料决定未遂犯的成立，因此实际上同时考虑了主观要素；具体危险说则明确将主观要素作为判断资料，但是以判断基准的客观性主张其仍然是修正的客观不法论，这是对作为判断标准本身的客观论和判断对象上的客观论(即不法论意义上的客观论)的混淆，实际上其已经是主观不法论。客观归责理论则因为实际上并没有动摇主观不法的核心，而只是发现了过失犯这一新的不法类型，并不适用于故意作为犯领域。因此，在判断实行行为的危险性时考虑主观要素是不可避免的。

被害人的特殊体质虽然不能作为判断实行行为危险性的判断资料，但是行为人对被害人特殊体质的特别认知可以作为实行行为危险性的判断资料，实行行为在本体上也是主客观交织的产物，因此特别认知提供的主观不法与行为的外在客观表现提供的客观不法共同构成实行行为的不法，因此典型的特殊体质案件中行为人存在实行行为。值得注意的是，主观不法主要是指行为人的故意，但是行为人的主观意思并不限于行为人的故意，也包括与故意不同的特别认知，特别认知是作为实行行为的构成要素对实行行为的不法发挥作用的。

## 参考文献

- [1] 何庆仁. 义务犯研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 2.
- [2] (日)山口厚. 刑法总论[M]. 第3版. 付立庆, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 50, 60.
- [3] 周光权. 刑法总论[M]. 第4版. 北京: 中国人民大学出版社, 2021: 102, 122-123, 283-286, 299-302.
- [4] 张明楷. 刑法学(上)[M]. 第6版. 北京: 法律出版社, 2021: 186-188, 225-235, 438, 461.
- [5] 张明楷. 诈骗犯罪论[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 113-114.
- [6] (德)克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第1卷)[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 151, 243-249, 393-394.
- [7] 劳东燕. 刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察[J]. 南京师大学报(社会科学版), 2013(1): 67-77.
- [8] 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[J]. 比较法研究, 2014(4): 65-87.
- [9] 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[J]. 中国法学, 2011(3): 148-162.
- [10] 喻浩东. 反思不法归责中的“特别认知”——以德国相关学理为参照[J]. 苏州大学学报(法学版), 2018, 5(3): 93-112.
- [11] 孙运梁. 功能主义视野下的客观归责: 以特殊认知为中心[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2020, 22(6): 85-97, 153.
- [12] 陈兴良. 客观归责的体系性地位[J]. 法学研究, 2009, 31(6): 37-51.
- [13] 何庆仁. 特别认知者的刑法归责[J]. 中外法学, 2015, 27(4): 1029-1051.
- [14] 林钰雄. 新刑法总则[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2011: 179.
- [15] 柏浪涛. 错误论的新视角[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2020: 336.
- [16] 欧阳本祺. 论特别认知的刑法意义[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016, 34(6): 44-51.