

在故意与过失之间

[德] 贝恩德·海因里希* 著

吕翰岳** 译

尊敬的各位同仁：

我非常感谢被邀请参加今天的中德研讨会。我的主题是“主观归责”，这是一个非常吸引人的话题。

近年来，德国学者就刑法中的“客观归责”问题撰写了大量的文章，并发展出许多有意思的观点。

相比之下，近年对“主观归责”的思考却很鲜见，这也成为在今天的会议上对这一主题进行详细探讨的充分理由。

在很长一段时间里，这一领域都没有得到真正的发展。相反，讨论主要集中在故意和过失之间的“经典”区分上，尤其是对附条件故意***和有认识过失的区分。但近些年该领域的“新鲜事”却并不多。

上一个较大的争议点还出现在大约 40 年前，涉及的是如何处理在合意之下发生性行为的场合把 HIV 病毒传染给他人的问题。他人感染了 HIV 病毒导致了后来的艾滋病爆发，当时由此产生了大量关于区分故意和过失的新理论。然而这些理论也只是遵循了既有的理论构造，并且被归纳在这些理论构造中。在这场争论中也没有什么真正的“新鲜事”。

对此产生的问题是，如果某人与其伴侣发生了无保护措施性行为，但事先并未告知其伴侣自己已经感染了 HIV 病毒，那么该人的行为是否具有杀害或伤害他人的故意。在这种情况下，其伴侣无法预料到在性行为过程中存在着使自己也感染 HIV 病毒的危险。

* 作者为德国图宾根大学法学院刑法、刑事诉讼法与著作权法讲席教授。

** 译者为澳门大学法学院助理教授。

*** “附条件故意” (bedingter Vorsatz) 是针对第三等级故意最为常用的表述，但是部分德国学者认为该表述存在错误，“因为故意作为实现计划的行为意志恰恰不是‘附条件的’，相反是无条件的，这是因为行为人意欲以实现构成要件为代价（也就是‘在任何条件下’）实行其企图。”

(Claus Roxin/Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, Aufl. 5., 2020, § 12 Rn. 24.) 因此，部分学者无论在使用拉丁语表述，还是德语表述时，都将之称作“未必故意” (dolus eventualis, Eventualvorsatz)，并指出，“即便是未必故意的行为人也必须对犯性作出了确定的决意，因为那些内心还未作出决意的人，尚不具有故意。” (Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Aufl. 53, 2023, Rn. 332.) ——译者注

虽然在通常情况下，感染者并非蓄意将病毒传给其伴侣，但是感染是可能发生的，甚至是具有盖然性的，而感染者对此大多漠不关心。在很多情况下，他还相信“一切都很顺利”，并且不会发生感染。然而通常情况是他并不能信赖会有一个好的结局。

德国联邦法院作为德国最高刑事法院在当时作出裁决，这些案件成立附条件故意的身体伤害，但否定了那些附条件故意杀人的定罪。

这种区分式判罚的背景在于，病毒感染通常是立即发生的，且被归类为身体伤害。但是，在当时的医学认知下，艾滋病的爆发并不是必然的。相反，这种疾病即使爆发的话，也需要在感染后经过一些年才可能发生，而且，即使一些年后真的爆发，也不能确定这种疾病就会导致死亡。

德国联邦法院认为，对此，被感染者能够在某种程度上相信，在这场可能会引发死亡的疾病真正爆发之前，医学研究就会开发出要么能阻止疾病爆发，要么至少能阻止死亡结果发生的治疗药剂。感染者*也能够相信这一点，这就是为什么附条件的杀人故意通常被排除的原因。

这不仅对犯罪的既遂具有意义，而且主要是对犯罪未遂同样具有意义。否则，即便没有发生感染，任何无保护措施性行为都至少能够导致以杀人未遂定罪。因此，只能以身体伤害未遂定罪，德国联邦法院认为这是一个恰当的解决方案。

此后，关于区分附条件故意与有认识过失的讨论才又一次归于平静。

大约十年前，情况发生了变化。与往常一样，这种变化的动因是一种新的社会现象和一些进入司法裁决的极端案件。这些案件被称作“飙车案”而为人所知，并再次引起了讨论。

到底发生了什么呢？

在德国的社会现实中，在公共道路上私自赛车的案例越来越多。由于驾驶速度过快在德语中通常被称为“飙车”（Rasen），因此这些案件后来被固定冠以“飙车案”的称谓。

2016年，在柏林发生了一起尤其极端的案件：

一天晚上，在柏林市中心的一个红绿灯处，两名驾驶着高性能汽车的司机偶然相遇。他们虽然互不相识，但通过启动引擎制造轰鸣声和互相点头示意让彼此知道，他们都想在柏林市中心进行一场短途赛车，比比谁的车跑得更快。

随后，一场赛车在柏林市中心展开，过程中两名司机多次闯过红灯，其间时速达到每小时160公里左右（柏林市区交通允许时速仅为50公里）。

在一个十字路口，这两辆车都闯了红灯。其中一辆车撞上了一辆在绿灯下想要合法驶过十字路口的汽车。由于闯红灯的两辆车开得实在是太快了，导致被撞车辆的司机无法看到它们。

* 前句中的“被感染者”和此处的“感染者”实际上是同一词语（der Infizierte），但根据上下文可以看出，作者在前句中指的是被害人，而在后句中指的是行为人。——译者注

撞击后，被撞车辆绕自身轴线旋转，在空中飞出约 25 米，之后车顶着地撞击路面，又沿路滑行了很多米，最终在距离撞击地 72 米的地方停下。被撞司机当即在事故现场死亡。

在审判程序中，行为人辩称，虽然他认识到自己开得过快，并且也认识到自己无视了红灯，但他没有预料到会与其他车辆相撞，更没有预料到会导致其他司机死亡。

这种碰撞并导致他人死亡的事是他根本不希望的。因为一方面，他的举止也有可能最终危及自身，而他并不希望自己因撞击而受伤。另一方面，行为人表示，他爱惜自己的汽车，并对自己的车在事故后毁坏而感到惊慌。

尽管如此，柏林地方法院认为，由于行为人的举止具有高度危险性，因此他必然预料到了碰撞，而他对自己的举止是否会导致他人死亡是漠然的。

因此，柏林地方法院以故意的谋杀罪^{*}判处行为人终身自由刑^{**}。联邦最高法院撤销了该判决，并将案件发回地方法院重审，理由是对附条件故意的论证并不确切。

地方法院随后再次以故意的谋杀罪定罪，并改进了其论证。新的论证至少部分地说服了联邦法院。联邦法院维持了对行为人故意的谋杀罪这一定罪。

但由于成立共同正犯的前提条件没有被证明，所以对另一名司机根据共同正犯来定罪又一次未获支持。联邦法院再次将此案发回重审。

最终第二名司机没有被以谋杀罪既遂的共同正犯定罪，而是被认定为谋杀罪未遂的单独正犯。但该判决也认定他是故意实施举止。联邦法院在第三次受理时维持了这一定罪。

被以故意的谋杀罪定罪的行为人向联邦宪法法院提出宪法申诉^{***}，称判决侵害了宪法上的明确性要求，且违反了罪责原则。这是因为，联邦法院对故意概念作出了不恰当的宽泛解释，从而违反了确定性原则。然而，联邦宪法法院认为他的宪法申诉没有根据并将之驳回。

从这时起，德国各地对于类似的案件都突然开始以故意的谋杀罪来定罪。这给人们一种印象，即德国突然开始到处都有导致了致命后果的飙车者。要是没有发生事故，这些飙车案件现在也会以谋杀罪未遂来定罪。另一方面，也有一些法院对类似案件中的行为人仅以过失致死罪判处相当轻缓的刑罚，乃至在没有发生事故的情况下宣告其无罪。

这件飙车案在德国产生了两个后果：首先，立法者颁布了一项新的刑法规定；其次，在学术界展开了一场激烈的争论，即是否应在故意和过失之间引入

* 德国《刑法典》第 211 条规定的“谋杀”（Mord）本身未带有“故意的”这一形容词，作者此处旨在强调法院认定行为人具有故意。——译者注

** 德国现行的自由刑（Freiheitsstrafe）由监禁（Gefängnisstrafe）和徒刑（Zuchthausstrafe）合并而来。自由刑的服刑者负有低于徒刑强度的劳动义务并可获得少量报酬，因此“终身自由刑”无论译作“终身监禁”还是“无期徒刑”都不恰当。——译者注

*** 类似制度在我国台湾地区称作“‘宪法’诉愿”，此处采直译。——译者注

主观归责的第三种形式。该第三种形式要么依据英语范例被称作 *recklessness*（轻率），要么被其他一些学者以 *Leichtfertigkeit*（轻率）这一范畴来称呼。

上述这一讨论就是我今天要讲的主题，因为它将彻底改变德国沿用了几个世纪的主观归责制度。

对于新的犯罪构成要件，可讲的只有这么多：立法者在《德国刑法典》第 315d 条中颁布了一项新的犯罪构成要件，名为“被禁止的机动车比赛”。

根据该构成要件，如果有人公共道路上组织或开展未经允许的赛车，或作为驾驶者参与这种未经允许的赛车，现在都将受到刑罚处罚。这就是说，仅仅故意参与此种比赛就是可罚的。不过，其刑罚相当轻缓，仅为两年以下自由刑或罚金。

该条第 2 款规定了一项加重犯，即某人因参与机动车比赛而危及他人的生命或健康。造成这种危险既可以故意的，也可以过失的。

更严重的加重犯规定在该条的第 4 款*中：行为人的行为造成他人死亡的，处 1 年以上 10 年以下自由刑。这种情况下的刑罚是相当严厉的。

在这些“结果加重犯”的案件中，亦即，当故意地满足一个基本构成要件却实现了严重后果时，那么按照德国刑法，只要行为人对此严重后果有过失就够了。这来源于《德国刑法典》第 18 条的规定。

以此产生出以下情形：

1. 如果行为人参与了赛车并且由此致人死亡，如果能证明他具有附条件故意，那么对他可以谋杀罪既遂被判处终身自由刑。

2. 相反，如果不能证明他具有故意，那么按照《德国刑法典》第 315 条第 4 款**，只要他对他人的死亡至少有过失，即可处以 1 年以上 10 年以下自由刑。

3. 若没有发生事故，但行为人被证明具有附条件故意时，对他可以谋杀罪未遂被判处终身自由刑。

4. 若没有发生事故，并且也不能证明行为人具有故意，那么根据第 315d 条第 2 款的规定，当客观上造成了生命危险时，可处以 5 年以下自由刑或罚金。

不过这里要求，行为人对造成危险至少是具有故意的。这里简短说明一下：在德国我们会非常严格地区分对于造成危险的故意和对于侵害特定法益的故意。这两者是可以被区分开的。

5. 若行为人对于造成危险仅仅只有过失，那么按照《德国刑法典》第 315d 条第 2 款的规定，可处以 3 年以下自由刑或罚金。

6. 若行为人未对他人造成任何危险，且对此也不具有故意，他仍然可能因为单纯参与非法赛车而被判处 2 年以下自由刑或罚金。

因此人们大概会认为，立法者现在已经建立了一个公平的、分级的制度，可以对所有的案件——也包括犯罪的主观归责——进行足够的描述和制裁。

* 实际为该条第 5 款。——译者注

** 同上注。

尽管如此，有一个问题依然没有被解决，那就是行为人何时对致死具有附条件故意，这甚至有可能导致终身自由刑。

而这里正是对主观归责新形式的讨论开始的地方，在这种讨论中人们思考的是，故意和过失之间的第三种形式是否存在，或至少应由立法者创造出来。

不过人们一致认为，现行法律并不承认第三种形式。如果要设立第三种形式，立法者就必须采取行动。

然而，这第三种介于故意与过失之间的主观归责形式应包含哪些内容，目前尚不明确，德国法学界在这方面也存在很大争议。前提是，人们想要通过立法活动来创设这样的第三种形式，但德国的压倒性意见仍然反对这一点。

如果回头看看，我们就会发现这种关于“第三范畴”的思考早已出现在著名的《整体刑法学杂志》(ZStW)上的一篇长文中。托马斯·魏根特(Thomas Weigend)教授，去年秋天我曾与他一起在上海开会，他以《在故意与过失之间》为标题提议创设这样一个第三范畴。

借鉴美国法以及《模范刑法典》中出现的“recklessness”(轻率)这一概念，他建议将该范畴称作“Leichtfertigkeit”(轻率)，或是“Rücksichtslosigkeit”(鲁莽)，或者也可称作“Leichtsinn”(轻信)*。

当行为人认识到针对行为客体的具体危险，但并不能确切地预见到侵害结果的发生时，就属于这种情况。因此，我们今天所讲的“附条件故意”有很大一部分就属于“轻率”(Leichtfertigkeit)的范畴。

从根本上讲，在这里重要的是认识要素，而非意志要素。重要的是行为人对与其行为方式相关联的风险是否有所认知。有认识的冒险并由此具有对造成危险的故意，是轻率的特点。

然而，这个概念的问题在于，我们知道在《德国刑法典》中已经存在“轻率”这一词汇。但这里它指的是另外一个含义，即过失的严重形式，类似于我们在民法中的所知道的“重大过失”(groben Fahrlässigkeit)。

这一概念通常是伴随结果加重犯使用的，比如行为人故意实现了一个基本犯，但由此导致了被害人死亡的情况。

典型的例子是《德国刑法典》第 251 条规定的抢劫致人死亡。基本上，对于一项犯罪的严重结果而言，具有过失就足够了。我前面提到的《德国刑法典》第 18 条就将这一原则规范化了。但是，一些犯罪在这里要求一种更严重的过失形式，即“轻率”，才能作为结果加重犯处罚。

然而，人们普遍了解的是，这种已经存在于刑法典中的“轻率”指的是过失的一种形式，而非介于故意和过失之间的第三范畴。

* 从语义上讲，“recklessness”较为偏重“无所顾忌”，德语与之对应的是“Rücksichtslosigkeit”，似乎应采取同一译法。储槐植教授将前者译作“轻率”，在我国已被广泛接受（参见储槐植、江湖：《美国刑法》（第四版），北京大学出版社 2012 年版，第 47 页）。但是从词汇的原意上看，德语中的“Leichtfertigkeit”和“Leichtsinn”都含有“轻”(leicht)的成分，兼顾发音将两者译作“轻率”和“轻信”，将“Rücksichtslosigkeit”译作“鲁莽”是合适的。——译者注

根据支持者的观点，现在应当设立这样一个第三范畴，并应当考虑到造成危险的故意（*Gefährdungsvorsatz*），亦即有意识地危及一项法益。

放眼英美法，我们可以发现其中有四种主观归责形式。第一种是蓄意，是指对于实现构成要件具有目的指向、程度提升的意欲。第二种是明知，是指对于实现构成要件具有确定的认识。在德国法律中我们将这两种形式概括为“直接故意”（一级和二级），并归入故意这一范畴。

第三范畴“轻率”（*recklessness*）涵盖了对造成危险的认识。这基本上符合了德国法律中存在的附条件故意和有认识过失这两大范畴。在德国，我们将附条件故意定义为对构成要件实现可能性的认识，及对结果的同意和接受。

相反，有认识过失虽然也包括了对于构成要件实现可能性的认识，但要求在意图领域有理由相信结果不会发生。如果行为人对其行为后果漠不关心，那我们还是将其归入附条件故意之中。

关键的是这两种形式的归责：附条件故意归类于故意举止，而有认识过失归类于过失。

第四范畴是简单的或无认识的过失，即行为人对构成要件实现的可能性本应认识却没有认识。

因此第三范畴对当前的问题具有决定性意义。相较于德国法律，如前所述，须按照意志要素来决定是存在故意还是过失，而英美法将这一领域统一归入第三范畴，即“轻率”（*recklessness*）。

现在的问题是，我们是否想在德国法律中设立第三范畴，还是想保留对故意和过失的二分法。如果保留二分法，则与一直以来的做法一样，我们仍然需要在意志领域继续作出区分。

这样一种区分依据的是，行为人是否接受行为后果（即故意），还是能够信赖一个有利的结果（即过失）。

现在，塔恰娜·赫恩勒（*Tatjana Hörnle*）也明确表示支持创设第三范畴。就杀人罪来说，附条件故意杀人罪的最低刑过高，而有认识过失的最低刑却太低了。因此应当设立一个第三范畴。与魏根特一样，她将轻率（*recklessness*）定义为故意且违反注意义务地对他人创设了一个重大风险。

不过，如果诸位想听听我的意见，那么我们应该保留目前的分类，而不引入一个第三范畴。因为即使设立了第三范畴，也不能解决区分上的困难，而只能将困难转移到其他方面。

若我们现在必须区分故意和过失，那么将来我们就必须把轻率向下与简单过失区分，并且向上与直接故意区分。这就把区分从意图领域转移到了认识领域。不过这样做能否带来大量好处，我表示怀疑。

《德国刑法典》新设立的第 315d 条，关于非法赛车的例子正好表明，现行的德国法也不必完全按照非此即彼的原则来区分故意和过失。相反，在结果加重犯的范畴下，比如这里的非法赛车致人死亡，我们已经拥有了一个足够的分级系统及相应的刑罚幅度。

诚然，如果司机虽然考虑到自己的行为对其他司机和行人的危险性，但没有想到可能出现的后果，就不能违背判例对他以故意杀人处以刑罚。

作为替代方案的并不仅仅是过失致人死亡，其刑罚幅度公认过轻，还有结果加重犯这种犯罪构成要件，亦即故意赛车并由此导致过失致死，这种构成要件恰当地反映了这种不法。

新的社会现象要求新的刑法思考。但是人们常常可以以现有的刑法工具箱恰当地解决这些问题。因此，当我们想恰当地解决新问题时，也没有必要抛弃我们刑法的整个释义学结构，在这里，也就是主观归责的问题。

感谢诸位的倾听。