

犯罪着手的教义学重述：学说 对决、命题重证与具体解答

马荣春*

目次

引言	标准
一、形式客观说与实质客观说的对决	三、特殊类型犯罪着手问题的具体解答
(一) 形式客观说与实质客观说对决之“表”	(一) 结合犯着手的认定
(二) 形式客观说与实质客观说对决之“里”	(二) 隔离犯着手的认定
二、形式客观说“开始命题”的重证	(三) 徐行犯着手的认定
(一) 形式客观说“开始命题”出发点的	(四) 原因自由行为型犯罪着手的认定
进一步明确	结语
(二) 形式客观说“开始命题”的判断	

摘要 形式客观说并未丢弃实质,故其本为形式与实质相结合说。是否立足于构成要件行为是法益侵害紧迫危险性的刑法定型,决定了形式客观说和实质客观说各自是否为犯罪着手认定提供了明确标准,且是否导致犯罪着手认定的过于提前或推迟,进而决定了是否背离罪刑法定原则。犯罪着手的认定标准,应抛弃脱离形式限制的实质客观说而仍坚持形式客观说,但其“开始命题”应通过“基于大数法则的类型化危险形成说”而将犯罪着手的认定标准予以实质性落实。通过“基于大数法则的类型化危险形成说”,形式客观说对结合犯、隔离犯、徐行犯和原因自由行为型犯罪的着手能够做出妥当解答。

关键词 犯罪着手 形式客观说 实质客观说 法益侵害紧迫危险性 实行行为

引言

妻子欲等丈夫回家后将有毒咖啡递给他喝。但其从超市购物回家前,丈夫提前回家喝了有毒咖啡身亡。学者认为,由于尚未着手实行杀人行为,妻子构成故意杀人预备与过失致人死亡的想

*南京航空航天大学人文与社会科学学院教授、法学博士。

象竞合犯。^{〔1〕}在此例中，妻子有杀人的故意和行为，且其希望的结果已经出现，故论以故意杀人罪既遂“合情合理合法”。但为何有故意杀人预备与过失致人死亡想象竞合犯一说？原因在着手问题上。再如，张三欲杀害李四，故向王五借钱，随后去买枪。枪买来后，张三先将枪藏匿起来，后去观察李四的行踪。在摸清李四的行踪之后，张三某日拿着枪尾随李四。当行至某处，张三举起枪来，接着瞄准李四。最后，张三扣动扳机，李四随即中弹身亡。在前例中，行为人的整个犯罪行为形成多个举止环节，着手问题又被牵扯出来。确定犯罪“实行的开始”被悲观地认为“根本无法解决”的问题，^{〔2〕}即任何一种规范学上的描述都无法为“着手”找到一个准确而普适的坐标点，而学者们诉求语言学又使得着手理论陷入了一个不断寻求精确但却适得其反的恶性循环。着手问题与因果关系和不作为问题一样，都是刑法学上的“哥德巴赫猜想”。^{〔3〕}于是，关于犯罪着手的主观说、客观说、折中说、主客观相统一（结合）说相继登场。通观相关学说的各自内容及其相互争执，当下真正形成有力碰撞的仍然是客观说中的形式客观说与实质客观说。综上，形式客观说与实质客观说的对决、形式客观说的“开始命题”的重新证成与其对结合犯等着手问题的具体解答，便构成本文的理论尝试，以图破解犯罪着手问题的“哥德巴赫猜想”。

一、形式客观说与实质客观说的对决

实质客观说正“有力”地挑战着形式客观说，且造成了激烈的学术对决。

（一）形式客观说与实质客观说对决之“表”

实质客观说对形式客观说先后进行了诸多批判：一是形式客观说没有提供标准，即在用枪杀人、用石头杀人和用木棒杀人等情形之中，何时“开始”了杀人行为？二是形式客观说会使得着手提前。如诬告陷害罪，形式客观说将开始实施“捏造事实”视为着手。三是形式客观说又会使得着手推迟。如行为人夜间潜入妇女房间，正在脱自己衣服时被抓。由于行为人尚未使用暴力等手段，故形式客观说就不认定行为人已经着手实施强奸。实质客观说是我国的“有力说”，因其确立的认定着手的实质标准是合理的，而形式客观说没有提供明确的标准，但其犯罪构成的类型分析法对于着手的认定具有意义。^{〔4〕}针对前述第一点批判，对于用枪杀人等情形，形式客观说可以分别将行为人开始举枪、开始用石头击打被害人、开始用木棒击打被害人作为故意杀人的着手。由于在杀人故意支配下的举枪和开始击打举动便是使得他人的生命法益陷入紧迫危险的举动，故形式客观说在前述杀人犯罪的情形之中已经提供了开始杀人的“行为节点”。可见，形式客观说的“开始命题”能够让我们在一种常识判断中去认识和把握犯罪的着手问题。

针对前述第二点批判，批判者诬告陷害罪的举例并不恰当，因为刑法第 243 条罪状表述中虽有“捏造事实”，但并非意味着“捏造事实”就是该罪的构成要件行为。在本文看来，“捏造事实”是立法有意强调“诬告”才出现在条文之中。实际上，“捏造事实”只是行为人为了到有关机关去告发而事先进行的虚假杜撰，即“捏造事实”只是行为人到有关机关进行“诬告”的前期心理准备，亦即诬告陷害罪的实行行为实际上只是“诬告”，即行为人到有关机关进行虚假告发，且这里的“诬告”已经“吸收”了行为人对被害人犯罪事实的先前“杜撰”，正如诬告陷害罪是指向有关国家机关“告

〔1〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2016 年版，第 228—229 页。

〔2〕 参见[意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 15 页。

〔3〕 参见高艳东：《着手理论的消解与可罚行为起点的重构》，载《现代法学》2007 年第 1 期，第 115—116 页。

〔4〕 参见刘艳红主编：《刑法学》，北京大学出版社 2016 年版，第 237 页。

发”捏造的犯罪事实,意图使他人受到刑事追究。^{〔5〕} 在现实生活中,行为人也可以是自信自己脑子灵活和善于表达而直接到有关机关就被害人的虚假犯罪事实“现编现告”,但无论是行为人告发之前“杜撰”被害人的犯罪事实,还是行为人告发之际的“现编”,都是告发之前的预备行为,故“告发”捏造的犯罪事实的行为才是实行行为。^{〔6〕} 诬告陷害罪是侵犯公民自由法益的犯罪,而“捏造”犯罪事实本身并不具有公民自由法益的现实危险性,故将“捏造”作为该罪的实行行为,确实不符合该罪实行行为的本质要求。因此,“捏造”并非诬告陷害罪实行行为的一部分,即诬告陷害罪并非复行为犯。于是,形式客观说完全可以将行为人到了有关机关之后开始“虚假陈述”作为诬告陷害罪的着手,而不至于将“捏造事实”视为着手,从而使得诬告陷害罪的着手提前。于是,通过假想形式客观说“必然”将开始实施“捏造事实”的行为视为着手,似有“欲加之罪何患无辞”之嫌。

针对前述第三点批判,批判者有关强奸罪的举例也不恰当。难道实质客观说将前例视为行为人已经着手强奸行为而构成强奸罪未遂,就一定是合理的吗? 在本文看来,形式客观说不会将前述所举例子中“脱自己衣服”视为强奸罪的着手,更不会将“潜入”视为强奸罪的着手。在前例中,如果行为人是开始脱“被害人”的衣服,才可认定行为人已经着手强奸罪的实行行为。在前例中,实质客观说无疑是将行为人脱自己的衣服视为强奸罪的着手了,故实质客观说难免操之过急,且其操之过急正是“法益论”的操之过急。在前例中,实质客观说批判形式客观说使得着手过于推迟,则形式客观说难道不可以反过来批判实质客观说使得着手的认定过于提前了吗? 看来,实质客观说对形式客观说的批判不够“客观”,因为其批判存在着“假想”或“强加”。

实质客观说对形式客观说的批判是在变换措辞和举例中重复进行的。首先,形式客观说没有从实质上说明什么行为才是符合构成要件行为。在有些情况下,形式客观说会使着手提前。例如,保险诈骗罪的客观要件包括“故意造成财产损失的保险事故,骗取保险金”。根据形式客观说,行为人制造保险事故就是该罪的着手。而在某些情况下,形式客观说又可能使得着手过于推迟。例如,故意杀人的,扣动扳机时才是着手,但实际上瞄准被害人时就已经是杀人罪的“着手”。^{〔7〕} 于是,学者赞成实质结果说或实质客观说,即侵害法益的危险达到紧迫程度(发生危险结果)时,才是着手。^{〔8〕} 首先,实质客观说言形式客观说对于什么行为才是符合构成要件行为没有给予任何回答,至少是“夸大其词”。对于“形式客观说”在有些情况下会使得着手提前的批判,就批判者保险诈骗罪的举例而言,无论是行为人故意虚构保险标的,还是对保险事故编造虚假的原因或夸大损失程度,还是编造未曾发生的保险事故,还是故意造成财产损失,还是故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病,按照保险法的规定,假设行为人在前述情形中的伎俩没有被识破,保险公司是逃脱不掉给付保险赔偿金的义务的,故当行为人开始实施前述情形的行为,便意味着保险公司的法益陷入了“紧迫的危险”。实质客观说否认行为人开始实施前述五种情形的行为成立保险诈骗罪的着手,似乎只有行为人当着保险公司的面开始口头或书面陈述理赔事由,才使得保险公司的法益陷入了“紧迫的危险”,但诈骗行为包括保险诈骗行为使得法益陷入“紧迫的危险”,并非一定是等到行为人与被害人“面对面”的时候。况且,在前三种情形之中,都通常伴随着行为人与保险单位的直接接触或联系,而正是在直接接触或联系中,行为便开始了“虚构事实,隐瞒真相”。显然,在保险诈骗罪的着手问题上,实质客观说反而丢掉了“实质”而仅仅停留在“形式”,因而走向了自

〔5〕 见前注〔1〕,张明楷书,第901页。

〔6〕 参见钱叶六:《犯罪实行行为着手研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第76页。

〔7〕 见前注〔1〕,张明楷书,第341页。

〔8〕 见前注〔1〕,张明楷书,第342页。

己的反面。当举例不当,则通过举例来论证形式客观说存在问题,便真正存在问题。对于形式客观说在某些情况下又可能使得着手过于推迟的批判,就批判者故意杀人罪的举例而言,形式客观说绝对不会将“扣动”扳机作为着手,甚至也不会将“瞄准”作为着手,而是将“举枪”作为着手。易言之,形式客观说在前例中不可能使得着手过于推迟。相反,可能使得着手过于推迟的正是实质客观说。

为何实质客观说并未为犯罪着手的认定提供明确的标准且真正将着手认定过于提前或推迟呢?如果将“紧迫的危险”也视为一种结果,则实行行为与“紧迫的危险”之间便可视为因果关系。于是,我们讨论实行行为的着手就相当于讨论“因”的着手,但“果”怎么可以“倒果为因”来影响“因”的着手呢?有人提出,如遗弃罪,单纯地表示拒绝履行义务尚不能认定为实行行为着手,还需该拒绝履行义务的行为已然对法益造成了现实的威胁。^[9]关键问题是,从行为人表示拒绝履行义务到怎样的一个“时间节点”才达致所谓“紧迫的危险”?实际上,何时开始实施构成要件行为较何时形成所谓“紧迫的危险”,反而相对容易判断。故而,实质客观说乃至实质结果说在犯罪着手问题上存在着“倒果为因”的隐蔽错误。赞同实质客观说的人指出,在使用其他方法实施强奸行为的案件中,只有行为使被害人产生麻醉或者酒醉状态时,方为强奸罪的着手。那种把持续的麻醉或者酒醉的行为整体对待,从而得出使麻醉或者使酒醉的行为之初就是着手的观点,使得着手过度提前。类似的情况在抢劫罪中也存在。^[10]前述论断所体现的仍然是实质客观说的立场。按照前述论断,行为人开始实施暴力或胁迫行为就是强奸罪或抢劫罪的着手,但若行为人开始实施的是“其他方法行为”,则未必是强奸罪或抢劫罪的着手,因为“其他方法”未必一下子就达成压制被害人抗拒的效果。但问题是,暴力、胁迫行为也并非一下子就达成压制被害人抗拒的效果,并且对于强奸罪或抢劫罪而言,“其他方法”应与暴力、胁迫方法做出“相当性解释”。因此,实质客观说在强奸罪或抢劫罪的着手问题上表面上是“区别对待”甚至“实事求是”,而实际上自相矛盾,且其隐藏着“倒果为因”的逻辑错位。

实质客观说还会遭遇一个更加“致命”的质疑,即其如何解释抽象危险犯的着手。具言之,抽象危险犯的成立及其既遂只需“抽象危险”,而“抽象危险”并非“具体危险”,也非“紧迫的危险”。显然,如果按照实质客观说,则抽象危险犯永无成立着手的可能。学者指出,只有当行为产生了侵害法益的具体危险状态时,才是着手,故未遂犯都是具体的危险犯。^[11]问题是,抽象危险犯有无未遂犯?若有,则其未遂犯也是具体的危险犯吗?可是,抽象危险犯的“危险”是抽象的而非具体的。对抽象危险犯的着手问题,形式客观说能够予以基本明确的回答,即行为人开始实施抽象危险犯的构成要件行为。另外,实质客观说针对巨额财产来源不明罪的着手问题,也几乎毫无说明力。巨额财产来源不明罪实质上是推定的贪污犯罪,同时是将“举证责任倒置”作为成立条件的一种犯罪。按照实质客观说,如果将法益侵害的“紧迫危险性”即紧迫的法益侵害性作为巨额财产来源不明罪的着手,则我们似乎根本无从把握该罪的着手。巨额财产来源不明罪也是数额犯,其入罪的数额标准所对应的已经不再是法益侵害的“紧迫危险性”,而是实实在在的法益侵害性。因此,该罪的法益侵害的“紧迫危险性”只能形成于违法数额到达入罪数额标准之前。然而,在没有到达入罪数额标准的时候,财产来源不明所指涉的违法行为又不构成犯罪。既不构成犯罪,又何来犯罪的着手及其所对应的法益侵害的“紧迫危险性”?在学者看来,持有说和复合行为说都不能

[9] 参见赵保明:《实行行为着手研究》,西南政法大学2014年硕士学位论文,第32—33页。

[10] 参见苏宏峰:《犯罪未遂基本问题研究》,华东政法大学2011年博士学位论文,第70页。

[11] 见前注[1],张明楷书,第342页。

说明巨额财产来源不明罪的“实行性”，而能够说明此罪基本特质的是“不能(拒不)说明”。^{〔12〕} 由此，形式客观说还是能够说明巨额财产来源不明罪的着手问题的，即行为人“不能(拒不)说明”时，行为人拥有来源不明的巨额财产行为才成立巨额财产来源不明罪。不能回答抽象危险犯和巨额财产来源不明罪的犯罪着手问题，正是实质客观说“倒果为因”的逻辑错位所导致的。

是否为着手认定提供了明确的标准、是否使得着手认定过于提前或推迟、是否存在逻辑错位，以及是否能够回答抽象危险犯和巨额财产来源不明罪等特殊犯罪的着手问题，这些只是实质客观说与形式客观说对决之“表”。

(二) 形式客观说与实质客观说对决之“里”

是否坚持形式与实质的相结合，进而是否坚守罪刑法定原则，便是实质客观说与形式客观说对决之“里”。

形式客观说这一名词或学说称谓并非形式客观说的自我命名，而是不同的声音特别是实质客观说对之有针对性的命名或称谓。在本文看来，客观的东西原本就是实质的。当学者们将形式客观说与实质客观说相对立，便等于认定形式客观说中的“客观”不是实质的。于是，我们有必要“客观”地，从而公允地，透视一下形式客观说。形式客观说中的“形式”并非一个漫无边际的概念，其本意指向的是实行行为的“模式性”与“定型性”。学者指出，开始作为犯罪成立要件内容的紧迫危险性的行为，就构成实行的着手；^{〔13〕} 而行为人实施了接近完成犯罪的实质性步骤的作为或不作为，就成立着手。^{〔14〕} 由于实行行为原本就是法益侵害紧迫危险性的刑法定型，故开始实施实行行为，即等于点燃了法益侵害紧迫危险性(“危险结果”)这一“炸药包”的“导火索”，而“炸药包”爆炸所导致的便是“实害结果”。当我们肯定法益侵害紧迫危险性已经是一种实质性的东西，则点燃了法益侵害紧迫危险性的行为或举动，即构成要件行为的开始实施，当然也具有实质性。可见，形式客观说骨子里已经是实质客观说，从而实质客观说与形式客观说的对立，本来就存在问题。学者指出，实行行为是立法者从生活中形态万千的事实中就具有侵犯同一法益性质和相同样态的行为事实进行去粗取精而加以抽象、概括出来的行为类型。^{〔15〕} 形式与实质本来就是事物的表里关系，故实行行为本来就是形式与实质的统一体或结合体，正如实行行为是具有法益侵害的现实危险而在形式和实质上符合构成要件的行为。^{〔16〕} 于是，实行行为的开始实施即着手也应是形式与实质的统一体或结合体。可见，形式客观说并非注重形式而忽略实质。虽然，形式客观说名带“形式”二字，但实为形式与实质相结合的学说，从而其为犯罪着手认定提供的标准不仅是明确的，而且也不易使得着手认定过于提前或推迟；而实质客观说丢掉了“形式”，亦即丢掉了形式与实质相结合，从而失却了形式与实质相结合所对应的刑法“双重理性”，即形式理性与实质理性的相结合，最终其为犯罪着手认定提供的标准并不明确，且真正地容易使得着手认定过于提前或推迟。

实际上，实质客观说对构成要件行为的开始实施对应法益侵害的紧迫危险性并不全盘否认，而只是构成要件行为的开始实施与法益侵害的紧迫危险性“有时”是相互分离或脱节的。于是，按照实质客观说，这“有时”与法益侵害的紧迫危险性分离或脱节的构成要件行为的开始实施，便“不得不”属于犯罪预备阶段。但是，就同一种性质的犯罪而言，其构成要件行为，作为法益侵害紧迫

〔12〕 见前注〔1〕，张明楷书，第1196页。

〔13〕 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说》，冯军译，中国人民公安大学出版社2003年版，第154页。

〔14〕 Duncan Bloy, *Criminal Law*, Cavendish Publishing, 1993, p.183.

〔15〕 见前注〔6〕，钱叶六书，第65页。

〔16〕 参见〔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125—126页。

危险性的刑法定型,也是具有同一性和确定性的,即其征表法益侵害的紧迫危险性是具有同一性和确定性的。因此,构成要件行为的开始实施与法益侵害的紧迫危险性“有时”相互分离或脱节的认识,暗含着对构成要件行为定型性的消解,从而暗含着对罪刑法定原则的消解。在某种意义上,罪刑法定原则就是刑法的最大标准,而作为罪刑法定原则实际体现的构成要件行为的定型性,也蕴含着一种标准性。因此,消解构成要件行为定型性的做法,实质就是抛弃标准的做法。而构成要件行为的开始实施与法益侵害的紧迫危险性“有时”相互分离或脱节的认识,正是通过犯罪着手问题先来消解构成要件行为的开始实施对法益侵害紧迫危险性的征表性的定型性,进而消解构成要件行为本身的定型性,最终消解罪刑法定原则。通过对构成要件行为本身的定型性的消解以及构成要件行为的开始实施对法益侵害紧迫危险性的征表性的定型性的消解,实质客观说名为有“明确”的标准,实为标准模糊甚或没有标准。这是脱离形式(理性)限制的实质刑法观在着手问题上的必然结局,因为实质客观说中的“危险”本来就存在着从无到有,从小到大或从弱到强的渐变过程,而所谓“紧迫感”本来也存在着客观情境与主体感受的个体差异性。因此,当法益侵害的紧迫危险性,根据不同案件的具体情况作综合判断,^[17]则实质客观说似乎存在着标准“更加”迷糊的问题,特别是在行为环节“山重水复”的犯罪中。于是,如果我们欲摆脱客观情境与主体感受的个体差异性所带来的“标准迷茫”,我们还得仰赖罪刑法定原则。而仰赖罪刑法定原则,体现在犯罪着手的认定上就是尊重和坚守构成要件行为的定型性,从而尊重和坚守构成要件行为的开始实施对法益侵害紧迫危险性的征表性的定型性,最终尊重和坚守形式客观说。易言之,在着手问题上,立于形式客观说的立场,最终即立于罪刑法定原则的立场。有人指出,由于实质客观说对实行行为进行实质性判断时缺乏构成要件符合性判断的形式限定,会将不符合犯罪定型化要件的行为认定为实行行为的着手,^[18]故实质客观说的具体论断与其试图限定未遂犯惩罚范围的初衷存在矛盾之处。^[19]实质客观说之所以最终扩大未遂犯的处罚范围,以至于与自身的初衷“自相矛盾”,其根本原因在于:实质客观说脱离乃至消解构成要件行为的刑法定型性,从而脱离乃至背离了罪刑法定原则。

在处理形式客观说与实质客观说的关系问题时,我们应将其置入刑法理性的语境中予以审慎对待。详言之,形式客观说中的“形式”对应着形式理性,其中的“客观”对应着实质理性,故形式客观说不仅是关于着手问题的形式理性与实质理性相结合的学说,而且是用形式理性来限制实质理性的学说,正如形式客观说在重视形式性上和罪刑法定原则是一致的。^[20]《德国刑法典》第22条规定:“行为人已经直接实施犯罪,而未发生行为人所预期的结果的,是未遂犯。”^[21]前述规定中的“已经直接实施犯罪”包含着“开始”实施构成要件行为。《西班牙刑法典》第16条规定:“未遂犯是指罪犯通过其外部行为故意直接实施某项犯罪,其实施的全部或部分行为客观上可能造成结果,但因犯罪行为以外的原因没有造成犯罪结果。”^[22]前述规定中“实施的部分行为”也包含着“开始”实施构成要件行为。可见,形式客观说是照应未遂犯的立法规定来形成关于犯罪着手的见解的。形式客观说照应立法规定,即照应罪刑法定原则。如果说相对的和实质的罪刑法定原则代表着最大的刑法理性,则形式客观说便通过形式理性与实质理性相结合且形式理性限制实质理性而构成了在着手问题上对罪刑法定原则的最大响应。“法益的紧迫危险”天然存在着模糊性,并且在认定

[17] 见前注[1],张明楷书,第342页。

[18] 见前注[9],赵保明文,第20页。

[19] 参见赵秉志:《论犯罪实行行为着手的含义》,载《东方法学》2008年第1期,第16页。

[20] 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第276页。

[21] 《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国法制出版社2000年版,第49页。

[22] 《西班牙刑法典》,潘灯译,中国政法大学出版社2004年版,第6页。

上存在着“言人人殊”，即“危险是一个危险的概念”，从而实质客观说是一个“危险的学说”。由此看来，在犯罪着手问题上，形式客观说更加具有“教义刑法学”的特质，而“教义刑法学”的特质即罪刑法定的特质。

实质客观说与形式客观说的“官司”最终要打到罪刑法定原则那里去，而已经是形式和实质相结合的形式客观说在价值旨趣上完全迎合了罪刑法定原则。

二、形式客观说“开始命题”的重证

这里的“开始命题”，即着手是行为人“开始”实施构成要件行为。

（一）形式客观说“开始命题”出发点的进一步明确

既然将行为人开始实施构成要件行为作为着手，则在形式客观说，着手与构成要件行为便是紧密联系的。而在实质客观说，既然“实行的着手既可能前置于实行行为，也可能后置于实行行为”，这就意味着着手与实行行为是相互分离的。于是，着手与构成要件行为的关系，便构成了形式客观说与实质客观说的一个根本分歧点。依据实行的着手时期应当是产生结果的危险时期，故实行的着手是划定未遂犯处罚时期的时间性概念，^{〔23〕}学者得出结论：实行的着手既可能前置于实行行为，也可能后置于实行行为。例如，行为人从甲地邮局寄送毒药给乙地的被害人。在甲地寄送毒药的行为虽然是杀人罪的实行行为，但只有当毒药送到被害人处乃至被害人开始利用时，才可能认定为故意杀人罪的着手。^{〔24〕}首先，由西田典之的论断是得不出“实行的着手既可能前置于实行行为，也可能后置于实行行为”这一结论的，从而得不出将毒药“送达”被害人甚至被害人“开始利用”是寄毒杀人犯罪的着手这一结论的，因为“实行的着手时期应当是产生结果危险的时期”，只强调“实行的着手”具有法益侵害的紧迫危险性。而“实行的着手是划定未遂犯的处罚时期”，又只强调未遂犯的处罚时期始于“实行的着手”。因此，依据西田典之的论断得出“实行的着手既可能前置于实行行为，也可能后置于实行行为”，有“断章取义”之嫌。

接着，让我们回到问题的基本逻辑上来。实行的着手即实行行为的着手，故着手是附着于实行行为的一个问题，即没有实行行为，也就没有实行行为的着手。在本文看来，法益侵害的危险性存在着一个从无到有，从小到大或从弱到强的发展积累过程。如果作为法益侵害紧迫危险性法定类型的实行行为的着手都征表不了法益侵害的紧迫危险性，则犯罪行为在实行行为着手之后某个不确定的“节点”就能征表法益侵害的紧迫危险性，从而将其作为实行行为的着手吗？这里，作为着手的实质判断标准的法益侵害的紧迫危险性，不应是个性化和主观化的概念，而应是一般化与客观化的概念。毫无疑问的是，由于实行行为是法益侵害紧迫危险性的法定类型化，故其所对应的法益侵害紧迫危险性应具有一般性和客观性。于是，作为实行行为的“开启”，着手便逻辑地征表着法益侵害的紧迫危险性，且其对法益侵害紧迫危险性的征表也具有一般性和客观性。然而，当实行行为的“开始”显然不属于犯罪预备，但其又因“可能”不具有法益侵害的“紧迫危险性”而不被视为着手，则实行行为的“开始”难以判断。这便使得实行行为的“开始”所对应的着手在犯罪预备和“时空节点”游移不定的法益侵害紧迫危险性之间成了一段“空白”，或曰实行行为的“开始”所对应的着手在法益侵害紧迫危险性面前变成了一种“将要”而非“已经引起（招致）”。对法益侵害的紧迫危险性即便采用“到达说”甚或“被利用者标准说”，所谓“到达”甚或“被利用”在个案中也有

〔23〕 西田典之『刑法總論』（弘文堂，2010年）301頁參照。

〔24〕 見前注〔1〕，張明楷書，第340頁。

可能像电影慢镜头或一根橡皮筋那样被拉伸。于是，当法益侵害紧迫危险性即着手的“时空节点”游移不定，便意味着着手的标准模糊不清，从而着手理论将可能蜕变成一种“空手道理论”。有人指出，着手可以是犯罪预备和犯罪未遂之间的独立环节，是与实行行为相密接的行为。^[25]所谓“密接”实为“脱节”，所谓“独立”实为“割裂”。至于行为人设定了5分钟后定时炸弹爆炸，其安放行为是着手不会产生异议，因为现实的危险性已经发生；而如果行为人设定5天以后定时炸弹爆炸，则其安放行为的危险的现实性将变得弱小，故将安放行为判断为着手已然不妥。于是，日本刑法理论有观点认为，在行为人的行为完了之后认定实行的着手，没有不合理之处。^[26]所谓“行为完了之后认定实行的着手”意味着着手是在实行行为“之后”，即没有了实行行为，但仍可有实行行为的着手。这能自圆其说吗？在相当程度上，犯罪着手的“空手道”理论与过度膨胀的实质刑法观有着相当的关联性。

“实行的着手既可能前置于实行行为，也可能后置于实行行为”这一说法导致了刑法中着手与实行行为即构成要件行为的分离。显然，离开实行行为或将之与实行行为剥离，则不仅是着手没有实际意义的问题，而且是使得着手变得“飘忽不定”，从而未遂犯的认定和处罚变得“飘忽不定”的问题，^[27]正如实现构成要件的全部或部分或与此密接的行为是着手，但学者们出于使着手概念明确而不认可“与此密接”的行为。^[28]在本文看来，实现构成要件的全部的行为，就是完成整个实行行为而非实行行为的着手了。实现构成要件的部分的行为，还要看是实行行为的开始部分或是中间部分或是末尾部分。所谓“密接行为”确有一定的迷惑性，正如直接密接行为是指行为人对行为客体之空间密接性、对行为结果之时间密接性。^[29]但密接实行行为的行为仍然是预备行为。既然实行行为必须是符合构成要件的行为，这是罪刑法定原则决定的，^[30]则实行行为的着手为何可以脱离实行行为本身呢？可见，脱离构成要件行为的着手理论近乎一种“天马行空”的理论。更进一步地，当着手什么也不是，则意味着实行行为什么也不是。实质客观说乃至实质结果说无疑是在构成要件行为“之外”另立实行行为概念。当实行行为既不是预备行为，也有别于构成要件行为，其到底是什么？在此，如果非要说实行行为是什么，那它就只能是特定情境中的某种极具“飘忽性”的事态，而此事态在判断上又极具个性化和主观性。可见，实质客观说乃至实质结果说在不自觉之中走向了反面。

在着手与实行行为的关系问题上，部分论断是有迷惑性的。如着手与实行行为一般情形下是统一体。但两者分离时，主观上的故意应分为着手的故意与实行的故意。着手的故意，是指认识到自己的行为制造了紧迫危险，并希望或放任该危险的存在。实行的故意，是指认识到自己的行为会导致实害结果，并希望或放任该结果的发生。相应地，故意的意志因素包括着手决意与实行决意。例如，甲决定杀害乙，用枪指向乙，手指放在扳机上，准备从“10”数到“1”时扣动扳机，但当数到“8”，甲由于手指抖动而不慎触动扳机，打死了乙。传统理论认为，在构成要件过早实现的场合，只要就实行行为具有认识，就应当对该结果追究故意罪责。但用枪指向乙且将手指放在扳机上，只是杀人的着手而非杀人的实行行为，因为该举动不会导致死亡结果。杀人的实行行为应是主动扣动扳机，因为只有该行为才会导致死亡结果。相应地，甲在倒数时的行为决意属于着手决意而非实行的决意。由于甲缺乏实行行为及相应决意，故甲不构成故意杀人罪既遂。最终，对甲

[25] 见前注[10]，苏宏峰文，第69页。

[26] 参见张明楷：《未遂犯论》，法律出版社、成文堂联合出版1997年版，第101页。

[27] 见前注[2]，杜里奥书，第300页。

[28] 参见何荣功：《论实行的着手》，载赵秉志主编：《刑法论丛》（第13卷），法律出版社2008年版，第202页。

[29] 参见苏俊雄：《刑法总论II》，台湾大学出版社1997年版，第352—353页。

[30] 见前注[1]，张明楷书，第144页。

应按照过失致人死亡罪与故意杀人罪未遂的想象竞合,择一重罪论处。^[31]就前例而言,行为人用枪指向乙且手指放在扳机上,在公众的“法常识”和“法感情”上无疑是故意杀人的犯罪着手。论者认为行为人扣动扳机才是故意杀人的犯罪着手,不仅明显背离公众的“法常识”和“法感情”,而且不利于犯罪预防与法益保护。先撇开前例的罪数形态或犯罪阶段形态问题不谈,关键的问题在于:行为人在从“10”数到“2”的过程中难道真的仅仅是希望他人处于死亡的“危险”,而在数到“1”时才真正希望他人遭受死亡的“结果”?直接故意杀人的犯罪是行为犯,且以他人死亡结果的形成作为犯罪既遂。因此,追求他人死亡是行为人用枪指向乙且手指放在扳机上“实实在在”的意志内容,否则行为人的数数真的就变成了“为数数而数数”,即“数字游戏”。因此,用枪指向乙且手指放在扳机上所对应的决意就是实行决意。这里,我们可以在实行决意之外使用着手决意这一概念,但两者并非并列关系,且着手决意是实行决意的“起始”。易言之,与着手是实行行为的“起始”相对应,着手决意只是实行决意的“起始”,亦即两者之间是“整体”与“部分”的关系或“过程”与“起点”的关系。论者指出,“着手”解决未遂与预备的划分问题,“实行行为”解决未遂与既遂的区分问题。^[32]在本文看来,即便“着手”与“实行行为”解决的问题不同,但两者并不因此就不发生联系,而两者的联系正是“整体”与“部分”或“过程”与“起点”的关系。实行决意服务于既遂,^[33]在本文看来,实行决意是为既遂服务的,着手决意又是为实行服务的,而着手正是在为实行服务之中构成了实行的“起始”或“起点”,从而发挥未遂与预备的界分功能。在前例中,当论者将行为人“不慎”扣动扳机所造成的事态定性为故意杀人未遂,则等于肯定所谓“未遂”之前的行为已经进入“着手”阶段或状态了。只不过,在前例中,行为人的实行决意是有待慢慢实现的实行决意。假设行为人用枪指向乙且手指放在扳机上,如果乙求饶就不开枪,如果乙不求饶就开枪,结果由于乙不求饶,甲便扣动扳机将乙打死,则行为人用枪指向乙且手指放在扳机上所对应的决意仍然是实行决意,只不过是附条件的实行决意而已。在前例中,论者肯定了甲用枪指向乙且手指放在扳机上已经“制造了紧迫危险”,但居然不承认行为人的行为已经进入着手,足见实质客观说容易将着手认定过于推迟。着手认定的过于提前或推迟,是着手与实行行为的“分离论”即实质客观说难以避免的结局。

由以上论述可见,实质客观说将犯罪着手问题与构成要件行为相分离,即将犯罪着手从构成要件行为那里剥离出来,亦即在构成要件行为之外建构着手理论,从而使得犯罪着手在预备行为与实行行为之间“前不着村后不着店”,最终是将犯罪着手问题与罪刑法定原则相分离。而形式客观说恰恰反其道而行之,即将实行行为作为出发点。而将实行行为作为出发点,意味着将罪刑法定原则作为归宿点。对着手与实行行为关系的正确把握,为形式客观说的“开始命题”提供了直接的和坚实的理论前提。

(二) 形式客观说“开始命题”的判断标准

正如前文所论,形式客观说在犯罪着手的认定上并非只要客观因素即行为人“开始”构成要件行为的实施这一客观情状,而不要主观因素即行为人“开始”实施构成要件行为的主观意图。因此,主客观相统一说或折中说对形式客观说的批判是不公允或无的放矢的。同样正如前文所论,即便形式客观说存在着将犯罪着手的认定过于提前或推后的问题,实质客观说乃至实质结果说存在着同样的问题,或问题更为严重。因此,实质客观说对形式客观说的批判也是底气不足或几乎毫无说服力的。于是,如果说形式客观说终究还是存在问题或不足,则其问题或不足便在于何谓

[31] 参见柏浪涛:《未遂的认定与故意行为危险》,载《中外法学》2018年第4期,第1025页。

[32] 见前注[31],柏浪涛文,第1025页。

[33] 见前注[31],柏浪涛文,第1026页。

构成要件行为即实行行为的实施的“开始”？易言之，如何把握行为人“开始”实施构成要件行为即实行行为，或者说行为人“开始”实施构成要件行为即实行行为的判断标准又是什么？这便形成了形式客观说“开始命题”的明确性标准问题。如果对前述问题不做出明确的解答，则形式客观说便始终给人“纯形式说”之感。“法律的生命不在逻辑而在经验”包含着“刑法的生命不在逻辑而在经验”。“刑法的生命不在逻辑而在经验”又意味着刑法具体问题的理论建构和实践解答也要根植于“经验”，而这里所说的刑法的具体问题自然包括犯罪着手的认定问题。当“经验”即“经验法则”也是刑法的“生命法则”，而“大数法则”包含且升华了“经验法则”，则本文对形式客观说的“开始命题”提出“基于大数法则的类型化危险形成说”以作为其判断标准。这里首先要指出的是，“类型化危险”是指构成要件行为作为法益侵害的行为类型所指向的危险，故其不同于所谓“紧迫的危险”，因为正如前文所论，“紧迫的危险”根本就不能被用来解释抽象危险犯的犯罪着手问题，即其对犯罪着手问题存在着“解释不全”的问题。接着要指出的是，这里之所以要在“基于大数法则的类型化危险形成说”中采用“形成”这一措辞，是因为犯罪预备行为也存在着法益危险的问题，只不过在犯罪预备阶段，其法益危险只能用“萌芽”等词来描述，其与“形成”还存在着“危险距离”。于是，“基于大数法则的类型化危险形成说”的基本主张或含义便是：当立于“大数法则”即大多数人的“法常识”和“法感情”，如果行为人的行为已经构成或形成了构成要件所类型化的法益危险，则可肯定行为人已经进入犯罪着手。显然，在“基于大数法则的类型化危险形成说”之中，“大数法则”——大多数人的“法常识”和“法感情”——是犯罪着手问题的判断立场，其隐含着判断主体和判断标准，而“类型化危险形成”则是犯罪着手问题的判断结论。于其中，实际进行犯罪着手认定的司法者（法官乃至人民陪审员）只不过是“大数法则”的“化身”而已。学者指出，在故意杀人罪中，举枪瞄准和扣动扳机相比较，扣动扳机是完全符合故意杀人罪构成要件的行为。但无论在刑法理论还是实务中，举枪瞄准属于“着手”是毫无异议的事情，在大陆法系与英美法系也是如此。^{〔34〕}“毫无异议”和“也是如此”隐含着犯罪着手认定的“大数法则”。显然，“基于大数法则的类型化危险形成说”回答了犯罪着手的评判主体、评判标准和评判对象。其中，评判主体即大多数人，且此大多数人可将陪审团成员或法官作为代表或代言人；评判标准，即包含且升华了“经验法则”而可将“法常识”和“法感情”作为朴素表达的“大数法则”本身；评判对象，即构成要件所类型化的法益状态，而当成立犯罪着手时，则此法益状态便已经是危险形成状态。于是，所谓类型化危险即构成要件所征表的法益侵害的紧迫危险，而类型化危险的形成即构成要件所征表的法益侵害紧迫危险性的形成。犯罪着手的认定问题，在实质上直接牵扯出行为危险的问题。对于这里的危险的判断，客观危险说主张根据客观的因果法则判断危险的有无，而不能根据行为人或者一般人的观念判断危险的有无，^{〔35〕}但自然界的因果法则重要还是人类的经验知识重要则存在疑问。^{〔36〕}其实，自然界的因果法则与人类的经验知识并不矛盾，因为自然界的因果法则可以转化为人类的经验知识，人类的经验知识可以包含自然界的因果法则。易言之，自然界的因果法则本来就是人类经验知识的对象。但如果上升到行为危险的判断标准层面，则似乎应是人类的经验知识相对重要，因为行为危险的创设主体毕竟不是“自然界”而是“人”，且行为危险的判断主体也不是“自然界”而是“人”。尽管实质客观说乃至实质结果说存在这样那样的问题或疑问，但其主张联系法益危险来确定犯罪着手在问题的方向上是值得肯定的，其问题主要在于将法益危险与构成要件人为

〔34〕 见前注〔10〕，苏宏峰文，第61—62页。

〔35〕 见前注〔1〕，张明楷书，第358页。

〔36〕 参见周光权：《行为无价值论的中国展开》，法律出版社2015年版，第275页。

相对立或相分离。“基于大数法则的类型化危险形成说”可以一并解答犯罪着手中的危险判断问题包括判断主体和判断标准。而实质客观说的关键问题恰好在于：其作为着手标准的法益侵害紧迫危险性脱逸了构成要件行为的征表性和节制性，从而存在着对罪刑法定原则和构成要件所对应的刑法形式理性的隐蔽背离。

西原春夫指出，“回答什么是符合构成要件的行为”等于“回答符合构成要件的行为就是这种行为”，这实际上是同义反复。^{〔37〕}“基于大数法则的类型化危险形成说”能够避免其“开始命题”的同义反复。有人指出，形式化的判断标准并无逻辑问题。但是在回答究竟什么是开始构成要件的行为，形式化标准论的答案已处于论证循环的逻辑矛盾中，^{〔38〕}正如以着手实行作为衡量基准并不存在逻辑问题，但出现逻辑循环论证的根源在于对着手实行进行表述时错误地采用其抽象含义作为判断基准。^{〔39〕}由此，蕴含着评价对象和评价标准的“基于大数法则的类型化危险形成说”将使得形式客观说避免“开始命题”的过度抽象性而使得着手的认定具有一种“实体性”。易言之，“基于大数法则的类型化危险形成说”能够使得形式客观说的“开始命题”不再停留于空洞抽象，且可避免同义反复或循环论证。

提出“基于大数法则的类型化危险形成说”，必须回应如下论断，即试图把着手这个原本属于实践判断的问题做如同构成要件的抽象化处理，是试图在构成要件规范内寻找另一个规范要素，是从抽象中获得另一个抽象，是方法论上的偏离。易言之，若把“着手”也变成观念上的指导形象，也成为一种“定型”，则抽象的构成要件便无法作用于具体的犯罪事实。^{〔40〕}如果只有将着手与构成要件行为相联系才有实际意义，则构成要件的定型化色彩必然浸染到着手上，因为着手可以视为有别于犯罪预备的主观不法与客观不法双重严重化的一种“征表定型”。学者指出，刑法分则条文定型性规定的构成要件类型只是提供了抽象的、定型化的价值基准，而构成要件符合性的判断，则是以法定的构成要件为基准的具体的、实在的事实判断。^{〔41〕}所谓构成要件符合性的判断是“具体的、实在的事实判断”，意味着着手的判断是“具体的、实在的事实判断”，正如刑法所规定的构成要件性行为虽然都是以抽象性行为的形式来表示的，但作为符合它的构成事实的行为都必须是具体性行为。^{〔42〕}但当与具体犯罪相联系，着手虽然有千姿百态的表现或具象，但这并非意味着着手不可以进行共性抽象，从而形成具有“定型性”色彩的概括。易言之，我们应把着手的标准问题与着手在具体犯罪中的认定问题予以区别，即应把着手的抽象与具象相区别，而不可用着手在具体犯罪中认定的多样性和差异性来否定或抹杀着手的一般抽象性与概括性，正如犯罪构成可以分为抽象的犯罪构成与具体的犯罪构成。“基于大数法则的类型化危险形成说”不仅赋予形式客观说的“开始命题”以实体内容，也赋予犯罪着手的抽象性与一般性。

由于将形式客观说本已做到的形式与实质相结合变得更加有形和具体，故“基于大数法则的类型化危险形成说”不仅使得形式客观说的“开始命题”不再空洞，更不再同义反复或循环论证，而且能够从根本上提防主观说以及美其名曰主客观相统一（结合）说的“拼凑说”或“折中说”。

〔37〕 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2006年版，第187页。

〔38〕 参见刘博卿：《实行行为着手研究》，吉林大学2016年博士学位论文，第37页。

〔39〕 参见陈子平：《刑法总论》（下），元照出版有限公司2006年版，第13页。

〔40〕 见前注〔3〕，高艳东文，第117页。

〔41〕 见前注〔6〕，钱叶六书，第167页。

〔42〕 参见〔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68页。

三、特殊类型犯罪着手问题的具体解答

对特殊类型犯罪着手认定的解答，正是形式客观说及其以“基于大数法则的类型化危险形成说”为标准的“开始命题”，能够较好解决实际问题的有力体现。

（一）结合犯着手的认定

学者指出，在结合犯中，行为人着手实行后罪时，才是结合犯的着手。^{〔43〕} 这里便引出了结合犯的着手问题。如果将学者们关于结合犯的认识结合起来，^{〔44〕} 则本文将结合犯划分为两种类型：一是混合型结合犯，即“甲罪+乙罪=丙罪”的结合犯；二是加重型结合犯，即“甲罪+乙罪=加重的甲罪或乙罪”。学者是通过加重型结合犯的例子来论述结合犯的“着手”认定问题的。但学者也是承认“甲罪+乙罪=丙罪”这种典型的结合犯即本文所称混合型结合犯的，故可推导出：在学者看来，后罪的着手也是“甲罪+乙罪=丙罪”型结合犯的着手。为何学者将行为人开始实施后罪的构成要件行为即后罪的“着手”作为整个结合犯的着手呢？学者很可能存在着这样的逻辑：如果没有后罪的着手，则前罪便无“对象”可结合。实际上，如果没有后罪的着手，则只能说前罪没有已经进入实行状态的犯罪可供结合，而不能断然说没有任何状态的犯罪可供结合，因为当前罪实施完之后，可待结合的后罪虽然最终没有得逞，但也可呈现预备状态。例如，在实施拐卖犯罪的过程中，行为人准备好了“迷药”欲强奸被拐卖妇女，但未及动手强奸就被制止或抓获。当行为人进入了“着手”强奸以至得逞都按照拐卖妇女罪和强奸罪的结合犯对待且论以“加重的拐卖妇女罪”即拐卖妇女罪的加重犯，则总不能将行为人准备强奸而未及“着手”的情形论以拐卖妇女罪与强奸罪（预备）的数罪并罚吧？所谓“举重以明轻”。在逻辑上，结合犯的着手虽然是其作为一个有机整体的着手，但也要在某个“部位”体现出来。基于被结合的后罪也可以是处于预备状态的犯罪，故该“部位”应是前罪，即前罪的“着手”就是结合犯的“着手”。将行为人在同一过程中先后实施的两种以上不同性质的犯罪构造成结合犯，其道理如同接力赛跑，难道一定要等到下一个队员接过第一个队员手中的接力棒，我们才能说接力赛开始吗？实际上，将前罪的“着手”视为结合犯的“着手”并不影响因后罪未遂而将整个结合犯也认定为未遂。

将结合犯中前罪的着手作为整个结合犯自身的着手，其道理正如将复行为犯的手段行为的着手作为整个复行为犯自身的着手，如就抢劫罪而言，其手段行为的着手就是抢劫罪的着手，因为其手段行为已经是其构成要件行为即实行行为的有机构成部分。

结合犯的前罪原本就是独立的犯罪，故前罪的法益侵害紧迫危险性就是作为整体的结合犯的法益侵害紧迫危险，故形式客观说的“开始命题”能够“基于大数法则的类型化危险形成说”而将前罪的开始实施即着手作为结合犯的着手。

（二）隔离犯着手的认定

乘乙出差之机，甲溜进乙的住宅且在乙的药酒中投放了毒药。根据形式客观说，甲开始投放毒药时就是杀人的“着手”。学者认为，虽然甲投放了毒药，但只有在乙将要喝有毒药酒时（“被利用者标准说”），才是杀人的着手。再如，A为了杀害B，于2015年8月1日通过邮局将有毒食物从甲地寄给乙地的B，B于8月3日的中午收到但没有打开邮件，8月6日中午B正要食用时发现异味而将有毒食物扔掉。形式客观说会采取“寄送主义”，即A于8月1日寄送时就是杀人的“着

〔43〕 见前注〔1〕，张明楷书，第343页。

〔44〕 见前注〔1〕，张明楷书，第466—467页。

手”，但这明显使得“着手”提前。危险结果说既可能采取“到达主义”（8月3日中午为“着手”），也可能采取“被利用者标准说”（8月6日中午为“着手”）。只有当B开始食用有毒食品时，才产生死亡的紧迫危险，故“被利用者标准说”是合适的。但在行为人以杀人的故意邮寄爆炸物之类等案件中，由于爆炸物有随时爆炸的危险，故不能一概采取“到达主义”或“被利用者标准说”，应认为“寄送时”就是“着手”。^{〔45〕}对于隔离犯的“着手”采用“被利用者标准说”是难经推敲的，因为“被利用者标准说”实即“将要说”或“正要说”，且其将使得着手的“时空节点”游移不定。可见，“被利用者标准说”实际上是一个模糊的着手标准，况且谁有权威来认定法益侵害的“紧迫危险”之前的几时几刻是“着手”。实际上，就连“被利用者标准说”本身也是莫衷一是的，即其在“药酒案”中采用“将要喝”来表述紧迫危险的形成时间，而其在“邮寄有毒食品案”中则采用“开始食用”而非“将要食用”来表述法益紧迫危险的形成时间。同时，“被利用者标准说”忽略了最为基本的一点：“着手”最终只能是行为人的行为展现，而“被利用者标准说”则将考察“着手”的基点转移到被害人身上。易言之，着手本来是行为人的行为，而学者则把着手“演绎”成被害人的行为，亦即由被害人的行为举止来决定犯罪着手的成立时点。至于行为人以杀人的故意邮寄爆炸物之类等案件，应认为“寄送时”就是着手，这无疑是入情入理入法的。但邮寄有毒食物，就不会发生邮件中途被非法截留，从而导致其他人食用中毒身亡的事件吗？于是，假借邮寄爆炸物来杀人的犯罪着手应采取“寄送说”或“寄送主义”，并不能反证邮寄有毒食物来杀人的犯罪“着手”就应采取“被利用者标准说”。作为隔离犯着手的学说，“到达说”或“到达主义”同样具有模糊性和不确定性，并且容易与“被利用者标准说”难解难分，如有毒食物刚寄到被害人手里，被害人在收货现场就迫不及待地打开食用。

从概念逻辑上，隔离犯应该包括隔地犯和隔时犯。前述邮寄有毒食物的例子，即属于隔地犯；前述在药酒中投放毒药的例子，即属于隔时犯。隔地犯的着手问题会被带到或影射到隔时犯中来。例如，行为人在正在建设的铁路下面埋藏定时炸弹，准备在铁路开通之后引爆。但在铁路建成之前，定时炸弹因浸入雨水而失灵。在这种情况下，根据传统理论，埋藏定时炸弹的行为就是着手，故对行为人以破坏交通设施罪的未遂处罚，但问题在于在行为人埋藏炸弹之时并不存在“交通设施”。^{〔46〕}按照前述“到达说”甚或“被利用者标准说”，铁路竣工甚或开通才是前例中破坏交通设施罪的着手，但这显然是把铁路竣工甚或开通这样的非属于行为人的事态作为犯罪的着手，而背离了犯罪着手应是“行为人的行为”这一最起码的常识。仍就前述埋藏定时炸弹的例子而言，如果行为人的目的不是破坏铁路设施，而是破坏火车即交通工具，则难道火车驶出车站甚或驶近爆炸地点的“状态”才是破坏交通工具罪的着手？或曰难道是火车司机的驾驶行为才是破坏交通工具罪的着手？

更为重要的是，凡构成要件行为皆属于法定实行行为类型。而法定实行行为类型即构成要件行为，都是具有法益紧迫危险的行为类型。于是，法定实行行为类型即构成要件行为一旦被“开启”即“着手”，就应推定此“开启”即“着手”已经招致了“紧迫的法益危险”即法益侵害的“紧迫危险性”，而不论构成要件行为即实行行为被“开启”后，行为过程是短瞬完结，还是“山重水复”，因为构成要件行为的“法定化”对其自身在现实生活中如何展开并不关心，毕竟刑法的犯罪规定只能具有“样本性”和概括性。因此，无论是“被利用者标准说”，还是“到达说”，最终都存在着对罪刑法定原则的“隐蔽背离”。正如学者指出，就这类隔离犯通过“被利用者标准说”认定着手时，可以溯及性地认定起初的寄送行为是实行行为，于是实行行为在着手之前。但若行为人寄送毒药后，并没有

〔45〕 见前注〔1〕，张明楷书，第342—343页。

〔46〕 参见陈文昊、郭自力：《着手的剥离与重建：英美法系的类型化视角》，载《行政与法》2016年第7期，第93页。

到达被害人手中,被害人并没有利用,则不能认定故意杀人罪的着手。此时,也没有必要将先前的寄送行为认定为实行行为。^[47]所谓实行行为在“着手”之前,意味着否定了实行行为即构成要件行为作为“法益紧迫危险行为”的刑法定型性;而根据毒药是否为被害人所“利用”来认定同一种行为是否实行行为,同样意味着否定了构成要件行为即实行行为的刑法定型性。总之,“到达说”与“被利用者标准说”最终背离罪刑法定原则,从而“着手”的认定实质上变得“飘忽不定”。实际上,当行为人寄送毒药之后,毒药的运输流转以及被害人接收“邮件”或“货物”等环节都属于已经开始或实施的构成要件行为的“自然延伸”。由于这一“自然延伸”过程可能因案而“曲折”,故“到达说”或“被利用者标准说”将使得着手的标准变得很随意或不确定,而不确定的标准等于没有标准。“到达说”或“被利用者标准说”可以归属于实质客观说。其中,“被利用者标准说”即结果说,是典型的客观主义立场,其对法益的保护往往是过于迟缓或推迟的。“到达说”或“被利用者标准说”均认为,毒药虽然寄送出来,但在中途会发生行为人意想不到的各种事项,而这些事项使得法益侵害的紧迫危险未必能够形成,故要等到“到达”或“被害人利用”再说,但正如发射远程导弹,难道只有导弹接近目标才能说发射导弹的行为具有“紧迫的攻击性”?对于隔离犯包括隔地犯和隔时犯,“时空因素”并不影响构成要件行为对法益侵害紧迫危险性的类型化表征作用。

犯罪着手只能将行为人的行为作为认定对象,而隔离犯的“时空曲折性”只是隔离犯着手的“时空环境”,故形式客观说的“开始命题”能够“基于大数法则的类型化危险形成说”而将符合构成要件定型性的行为开始作为隔离犯的着手。在隔离犯的着手认定上,实质客观说已经丢掉了问题的“规范性”与“教义性”,从而迷失在问题的“现象性”乃至“物理性”之中。

(三) 徐行犯着手的认定

例如,A为了使B体内积累毒素而死亡,打算向B的食物中投放毒药四次。在前述例子中,如果A第一次投毒行为就有致人死亡的紧迫危险,就应认定第一次投毒时已经是杀人的“着手”;若第一次只是投放了微量毒药,不足以致人死亡,则不能认定为“着手”,故需要判断第二次投毒行为的危险性,然后得出妥当结论。^[48]对于前述例子,学者对“着手”的认定值得商榷,而前述例子所引发的犯罪着手问题,就是徐行犯的着手问题。犯罪目的的同性和行为举动的反复性或重复性,分别是徐行犯的主客观特征。“量变引起质变”是徐行犯法益侵害紧迫危险性形成的必然途径所在,也是行为人犯罪目的实现的客观规律所在,而行为举动的反复性或重复性正是行为人在集聚“量变”。由于没有“量变”就没有“质变”,而每一次“量”的增加,哪怕仅是一点点,都为“量变”所不可缺少,故第一次为“量变”做出“量”的贡献的行为举动,就是法益侵害紧迫危险性的“功臣”一分子,从而构成实行行为即构成要件行为的开始,亦即成立徐行犯的“着手”。在徐行犯的“量变引起质变”发展进程中,“质变”对应着徐行犯的犯罪既遂,徐行犯的法益侵害紧迫危险状态是形成于“质变”之前的“量变”集聚或积累之中,而“量变”集聚或积累不能缺少每一次“量”的增加。因此,当这里的“每一次”包括“第一次”,而“量变”总集聚或总积累在引起“质变”之前最近距离地对应着徐行犯的犯罪未遂,则“第一次”的行为举动应视为徐行犯的构成要件行为即实行行为的开始,即应视为徐行犯的着手。第一次行为举动之于徐行犯“着手”的作用和意义,相当于1分之之于及格分60分的作用和意义。前述道理,同样适用于徐行犯的第一个或第一次行为举动之于徐行犯着手的认定。如果不采用或肯定前述认识,而是要考察每一次举动是否具有法益侵害的紧迫危险性以认定徐行犯的着手,则很可能是“作茧自缚”:徐行犯的举动反复或重复次数可以很多。于是,行为人

[47] 见前注[1],张明楷书,第343页。

[48] 见前注[1],张明楷书,第343—344页。

的举动到底反复或重复了多少次,又到底是哪一次才形成或产生了法益侵害的紧迫危险性,便直接引发“证明难”的问题。况且,即便当认定了第二次以后的某一次举动形成或产生了法益侵害的紧迫危险性,但其中也有某一次的前一次甚或前几次的“功劳”,为何仅把某一次举动认定为徐行犯的着手呢?因此,徐行犯的第一次行为举动便应视为徐行犯的着手,即“开启”了徐行犯的构成要件行为,而第二次以后的行为举动便是对第一次举动所对应的着手的继往开来,亦即实行行为的时空延伸。

从犯罪规律上,徐行犯是“量变引起质变”的犯罪,而“质变”意味着犯罪既遂。因此,形式客观说的“开始命题”能够“基于大数法则的类型化危险形成说”而得出做出第一个“量的贡献”的行为举动便是徐行犯的着手。

(四) 原因自由行为型犯罪着手的认定

对于原因自由行为型犯罪的着手问题,正如前文所论及,将着手与实行行为相割裂的属于实质客观说的“分离论”,通过将实行行为的时点向前拉伸即在所谓“宽泛的意义上”,而将“原因行为”的着手作为原因自由行为型犯罪的着手。“分离论”的前述做法是碍于“责任与行为同在原则”。具言之,“责任与行为同在原则”包含着“责任与着手同在”,但由于行为人在实施“结果行为”时已经丧失刑事责任能力,故不能将“结果行为”的开始实施即着手作为原因自由行为型犯罪的着手,而只能将“原因行为”的开始实施作为其着手。实际上,即便行为人在实施“结果行为”时已经丧失了刑事责任能力,但“结果行为”本身是在行为人此前即实施“原因行为”时的“犯罪计划”亦即其自由意志的设定之内,从而“结果行为”逆向体现着行为人的刑事责任能力,故“结果行为”的开始实施应“规范地”推定为行为人仍然具有刑事责任能力。易言之,在原因自由行为型犯罪的场合,我们应将“原因行为”和“结果行为”合成一个“意志整体”和“责任整体”。这样,将“结果行为”的开始实施作为原因自由行为型犯罪的着手,便不存在“责任与行为同在原则”这一障碍。易言之,“结果行为”的开始实施即“结果行为”的着手构成原因自由行为型犯罪的着手,是“适格”的。另外,当行为人实施“结果行为”时,因行为人已经陷入无刑事责任能力状态,我们可将原因自由行为型犯罪视为一种间接正犯,即“原因行为”的行为人将“结果行为”的行为人作为自己实现犯罪目的之工具。而间接正犯的“着手”认定应采取“被利用者行为说”^[49],即被利用者开始实施符合构成要件的行为就是间接正犯的“着手”。此时,原因自由行为的“着手”问题又得到另一个视角的论证,且结论是:“结果行为”的“着手”就是原因自由行为的“着手”。对于“借酒杀人”这样的原因自由行为型犯罪,有人指出,如果将着手锁定为杀人的行为,无异于背离责任与行为必须同时存在的“同时性原则”,因为行为人在杀人的时候并不具备责任能力。相反,如果将喝酒的行为确定为着手,又会面临处罚过宽的问题。^[50]显然,前述论断没有将原因自由行为型犯罪作为一个“意志整体”和“责任整体”来对待,而是将之予以肢解,从而人为构造了“行为”与“责任”的“相互分离”,以至于最终构造了原因自由行为的着手问题的麻烦或“自寻烦恼”。基于“意志整体”和“责任整体”的观念,在行为人明知自己会梦游杀人,为了杀死仇人甲而与之同睡,结果行为人在梦游中杀死了甲这一例子中,故意杀人罪的着手并非行为人与甲开始同睡的行为,而是梦游中开始杀人的行为。但是,既然应将原因自由行为型犯罪作为一个“意志整体”和“责任整体”来对待,则为何“原因行为”的开始实施就不“适格”于原因自由行为型犯罪的着手呢?原因在于:无论是从主观上,还是从客观上,“原因行为”之于“结果行为”都具有“做准备”的性质和功效,而直接产生最终危害结果的

[49] 见前注[1],张明楷书,第343页。

[50] 见前注[46],陈文昊等文,第92页。

并非“原因行为”而是“结果行为”，亦即“结果行为”具有法益侵害的紧迫危险性，故将“结果行为”的开始实施即“结果行为”的“着手”作为原因自由行为的“着手”，显得相对为妥。易言之，“原因行为”距离最终结果较远，而“结果行为”紧紧贴近最终结果，故将“结果行为”的“着手”作为原因自由行为的“着手”符合原因自由行为型犯罪的发展进程。另外，原因自由行为类型犯罪中的原因行为本身，通常是不具有刑事可罚性的一般违法行为，例如吸毒或具有合法性质的生活行为如饮酒，故将原因行为的开始实施作为犯罪着手有悖刑法的谦抑性。

由于“原因行为”在原因自由行为型犯罪中具有类似于“预备犯”的性质与功效，即其距离最终实害结果较远，再加上“原因行为”本身通常只具有一般违法性（吸毒）或生活正当性（饮酒），故形式客观说的“开始命题”能够“基于大数法则的类型化危险形成说”而得出“结果行为”的着手即原因自由行为类型犯罪的着手。

当形式客观说的“开始命题”通过“基于大数法则的类型化危险形成说”这一判断标准对结合犯等特殊类型犯罪的着手问题，能够做出符合经验法则和生活常理的解答，则以“基于大数法则的类型化危险形成说”作为其“开始命题”判断标准的形式客观说，便显示其实践意义所在。

结 语

犯罪着手认定到底应采何种学说，以及在何种学说下采何种标准，应本着犯罪着手的事实真相，应本着实践问题的“一致性”稳妥解决，更应观照罪刑法定原则，而切不可莫衷一是或飘忽不定，以至于脱离学说和标准，甚至走向自己的反面。立于问题的理论逻辑和实践效用，关于犯罪着手的形式客观说是本文所坚持和倡导的学说。

Abstract The formal objectivity theory does not discard the essence, so it is originally the combination theory of form and essence. Whether based on that the constitutive element be the statutory form of the urgent danger of violation of legal interests decides whether the formal objectivity theory and substantive objectivity theory respectively provide clear criteria for criminal initiation, whether the identification of criminal initiation is too early or postponed and further decides whether the two theories deviate from the principle of legality of crime and punishment in the basic position of criminal law. The identification criterion of criminal initiation should abandon the substantive objectivity theory breaking away from the formal restriction and still adhere to the formal objectivity theory, but the “starting proposition” of the formal objectivity theory should give the identification criterion of criminal initiation substantive implementation by “categorization risk formation theory based on the law of large numbers”. The formal objectivity theory can make more appropriate answers to the initiation of joint crime, segregation crime, creeping crime and cause-free behavior crime by “categorization risk formation theory based on the law of large numbers”.

Keywords Criminal Initiation, the Formal Objectivity Theory, the Substantive Objectivity Theory, Urgent Danger of Violation of Legal Interest, Perpetrating Act

（责任编辑：陈可倩）