



元
照
法
学
文
库

FORMS OF MENS REA

罪过形式论

姜 伟 Jiang Wei

纵观刑法发展史，在刑法体系中，变动最大、争议最多的问题，恐怕非罪过莫属。可以说刑法思想的一切变革几乎都以罪过为契机。似乎脱离罪过，便无法探讨一切刑法问题。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



元
照
法
学
文
库

FORMS OF MENS REA

罪过形式论

姜伟 Jiang Wei 北京大学法律系教授、博士生导师

(法学理论)

ISBN 978-7-301-13919-9

罪过形式论 (姜伟) 姜伟 著 北京大学出版社

2017年1月

中国政法大学出版社

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著

姜伟 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

罪过形式论/姜伟著. —北京:北京大学出版社, 2008. 7

(元照法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13919 - 6

I. 罪… II. 姜… III. ①故意(法律) - 犯罪学 - 研究 ②过失(法律) - 犯罪学 - 研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 082819 号

书 名: 罪过形式论

著作责任者: 姜 伟 著

责任编辑: 肖 菊

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13919 - 6/D · 2074

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730mm × 980mm 16 开本 24.5 印张 392 千字

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

再 版 序

陈兴良

姜伟的《罪过形式论》一书是其1992年群众出版社的《犯罪故意与犯罪过失》一书的再版,该书是在其博士论文的基础上修改而成的。一本书在出版16年以后再版,说明这本书的学术生命力仍然存在,这是值得庆贺的。

罪过形式,这是十分中国化的一种表述。它是对俄文 *вина* 一词的翻译,相当于德文的 *schuld* 一词或者英文的 *fault* 一词。现在,该词越来越多地被翻译为责任或者罪责。尽管表述形式有所不同,但罪过是指犯罪的主观条件,而罪过形式则是犯罪故意与犯罪过失的上位概念,对此并无争议。本书第一版书名是《犯罪故意与犯罪过失》,第二版改为《罪过形式论》,第二版的书名更为简洁,因而也更为可取。

在犯罪构成各个要件中,犯罪的主观要件是最为复杂的,也是刑法理论上的难点。我以为,这种复杂性主要在于如何处理罪过之中的心理要素与规范要素的关系。关于罪过中的心理要素与规范要素的分离,在大陆法系刑法理论中,随着心理责任论向规范责任论的转变而得以完成。但在苏俄犯罪构成理论中,对于在罪过中引入归责要素始终持一种排斥的态度。美国著名刑法学家弗莱彻曾提出了一个“无归责的罪过”的命题,经过对苏联法律理论与英美法律理论的比较研究,弗莱彻指出:

仔细观察苏联法律理论和英美法律思想近来对归责的态度,可以得知它们之间的相似性比我们预想的要多。两种法律制度都寻求培植一种没有归责概念的刑事责任理论。苏联曾经努力培植一种‘无归责的罪过’的理论,对该理论的研究特别能够说明问题。这一理论不仅阐明了其法理的

2 罪过形式论

政治基础,而且有助于理解英美法律思想中的同步发生的运动。^①

弗莱彻教授关于苏俄刑法学中的罪过是一种“无归责的罪过”的观察是十分独到的,正是这种“无归责的罪过”与大陆法系刑法学中的“有归责的罪过”,即规范责任论区别开来。当然,弗莱彻教授关于苏俄刑法学中的罪过理论与英美刑法学中的罪过论之间具有相似性的观点,有待于进一步考察。在此,我之所以引述弗莱彻教授的上述论断,主要是基于我国刑法学中的罪过理论与苏俄刑法学中的罪过理论之间的传承关系。苏俄的犯罪构成理论在20世纪50年代初传入我国,罪过理论亦随之传入。姜伟在本书中提及彭仲文译、上海大东书局1950年印刷的苏联司法部全苏法学研究所孟沙金教授主编的《苏联刑法总论》(上、下册)一书,是最早把故意与过失译为罪过的。该书明确地将罪过理解为一种心理关系,尤其是对于德国的规范责任论进行了批判,指出:

依照他们(指新康德派——引者注)的意见,罪过问题和一切法律部门一样,是属于纯粹规范科学的研究,在原则上和属于实在世界的一切部门完全一致。用这种观点来看,罪过只是人的行为违反规范法令或禁令的消极的评价。把罪过作为评价范畴的康德式的认识,乃是主观唯心论的认识。把罪过作为纯粹评价范畴的观念,在当代资产阶级的刑法著作中,颇为盛行,不过,在这里,并非对罪过作这样认识的一切人都意识到其实际的哲学基础。康德派关于罪过的理论,将应当与实在相隔离,并否定罪过为犯罪主体对其行为之心理关系,在政治关系来说,这乃是为资产阶级法院在确定罪过时之武断行为作辩护。^②

在这一论述中,可以明显地看出苏俄学者以建立在实在论基础之上的心理罪过论对抗所谓新康德派建立在规范论基础之上的规范责任论的格局。我国在20世纪80年代初刑法学恢复重建以后,基本上沿袭了心理罪过论,对于故意与过失的罪过并无深入研究。在权威的刑法教科书中,把故意和过失看作是行为人的两种不同的心理态度,是犯罪构成的主观要件。^③因此,当时我国刑

① 参见[美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第364页。

② [苏]苏联司法部全苏法学研究所孟沙金主编:《苏联刑法总论》(下册),彭仲文译,大东书局1950年印刷,第393页。

③ 参见高铭喧主编:《刑法学》(修订本),法律出版社1984年第2版,第146页。

法学中的罪过理论只不过是刑法学关于故意与过失规定的简单解读而已,并没有形成具有学术性的理论观点。在这样一个学术背景下,姜伟在本书中对罪过理论的全面而深入的理论建构,可以说是我国刑法学中的罪过理论的开山之作。从姜伟的这本书中,我们可以明显看出作者如何立足于原有的基本理论框架,不断地填充各种理论内容,并对心理罪过向以心理罪过为基础的归责理论的形成过程作出了卓越的学术贡献。

归责要素的缺乏,是我国当时刑法学中的罪过理论的重大缺失,这一缺失源自苏俄刑法学。在刑法理论中如何处理事实与评价、实在与规范、心理与归责这些关系,始终是我国刑法学未能够很好解决的问题。之所以出现这种现象,主要是因为苏俄学者把心理与归责对立起来,以心理取代归责,否定归责的独立价值。其实,归责是以心理事实的存在为前提的,对入罪提出了更为苛刻的条件,因而体现出对刑罚权的严格限制。至于那种认为在罪过中引入归责要素,就会导致以法官的评价代替行为人的主观心理,因而会发生罪刑擅断的判断,完全是一种误会。在姜伟的本书中,罪过被定义为是刑法所否定的行为人实施行为时所持的、将造成的危害社会结果的心理态度。在此,罪过尽管还是归结为行为人的主观心理,但在具体内容上已经引入归责理论。例如,期待可能性理论被认为是规范责任论诞生的标志。在苏俄刑法学中不见期待可能性的踪影。姜伟发表在《法律科学》1994年第1期的《期待可能性理论评说》一文,可以说是我国学者研究期待可能性的第一篇论文。在本书中,姜伟设专节对罪过形式与期待可能性进行了讨论,指出:

期待可能性不是罪过心理以外的独立要件,也不是罪过形式本身的构成要素。期待可能性无非是客观自由程度的外在形式,是评价行为人认识能力和意志能力大小的根据,是罪过心理产生的前提。^①

如果我们把这里的罪过理解为构成要件的故意与过失,期待可能性当然不是这种主观心理之构成要素。姜伟是把期待可能性当作罪过心理产生的前提。这里的罪过又似乎是包括归责要素的刑事责任根据,就此而言,两者之间是存在一定矛盾的。这个矛盾,只有重新界定心理与归责的关系才能得到解决。姜

^① 姜伟:《犯罪故意与犯罪过失》,群众出版社1992年版,第81页。

4 罪过形式论

伟在对期待可能性的评价中,看到了期待可能性理论有其科学内核和实用价值,尽管囿于当时的罪过理论,未能解决期待可能性在犯罪构成中的体系性地位问题,但它为此后的进一步研究开辟了道路,其学术贡献是不可抹杀的。

违法性认识是另一个归责要素,在本书中也有所涉及。对于违法性认识是否为归责要素,在大陆法系刑法学中也是一个充满争议的问题。在苏俄及我国刑法学中,对于违法性认识的探讨往往被社会危害性认识的讨论所取代、所遮蔽。姜伟在本书中以较大的篇幅讨论了社会危害性认识(本书中称为社会危害意识)问题,并对此予以了充分强调。与此同时,姜伟还对违法性认识(本书称为违法意识)问题也作了阐述。尽管姜伟认为违法意识不是犯罪故意的认识内容,但还是从违法意识与社会危害意识之间的辩证统一的关系上,揭示了社会危害意识对于认定犯罪故意的重要意义。这些观点,在当时我国刑法学研究中都是具有前瞻性的,也为后来的进一步探讨创造了条件。

姜伟在本书中,除对犯罪故意与犯罪过失这两种罪过形式本身进行探讨以外,我最为欣赏的还是关于复杂罪过的研究,包括混合罪过、复合罪过、共同罪过等。这些研究成果都达到了相当高的理论水平,至今都没有过时,它成为我国罪过理论的重要组成部分。

今年是改革开放30周年,也是我国刑法学恢复重建30周年。我和姜伟都是我国刑法学恢复重建的亲历者,我们共同见证了我国刑法学是如何经历“文化大革命”十年浩劫以后在学术废墟上重新建立起来的,我们都为我国刑法学的重建作出了贡献。姜伟的这本书就是这种贡献的最好证明。这30年来,我国刑法学得到了长足的发展,刑法理论的繁荣也是有目共睹的。但我国刑法学仍然面临着刑法知识的转型问题,我们不能忘记历史,但更应当面对未来。我国刑法学就站在这样一个历史的转折点上,我们应当推动刑法学的转型,也应当铭记那些曾经为我国刑法学清理过地基、贡献过思想的学者,我想姜伟就是杰出的一位。读其书想其人,我和姜伟在中国人民大学法学院刑法教研室求学共事的情景历历在目、恍如昨日,30年也只不过是瞬间而已。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年5月29日

《犯罪故意与犯罪过失》序

高铭暄

《犯罪故意与犯罪过失》一书系姜伟同志根据其博士论文《罪过形式论》修订而成。

犯罪故意与犯罪过失,统称罪过形式,无论在刑法理论上,还是在司法实践中,都是一个非常重要又比较复杂的问题。犯罪故意与犯罪过失揭示的是行为人实施犯罪的心理态度,涉及范围较广,跨越刑法学、哲学、心理学、伦理学、社会学等众多学科领域,令人难求甚解,堪称刑法理论的难题之一。但是,犯罪故意或犯罪过失又是影响罪与非罪、此罪与彼罪界限的主观因素,是司法实践不容回避的问题之一。

大凡有志向的学者总是偏爱解决那些内容深邃、意义重大的研究课题。姜伟同志选择罪过问题作为博士论文的研究领域,并修订成《犯罪故意与犯罪过失》这部容量较大的专著,表现出作者刻苦钻研、乐于探索的可贵精神。

姜伟同志是我的学生,我是他学术成长的见证人,曾先后指导过他的本科论文、硕士论文和博士论文。姜伟同志具有比较全面的科研素质,理论基础深厚,知识结构合理,研究视野开阔,学术嗅觉敏感,思辨能力较强,文字素养较高,已撰写学术著述 130 余万字。他治学态度严谨,注重学术效益,讲求著述质量,立足实际,有的放矢,敢于提出新思想、新观点,在刑法学界有一定影响。我非常欣赏姜伟同志的治学座右铭:“善于深化前说,勇于纠正旧说,乐于开辟新说。”本书的写作过程和学术价值或许可以成为一个注脚。他为撰写本书耗时 3 年,曾赴数省市调查研究,广泛征求专家、学者的意见,收集并阅读了大量资料,几易其稿,终于构建出内容丰富、结构完整的罪过理论体系,填补了我国刑法研究中的一项空白。

2 罪过形式论

其实,姜伟同志通过本书展示出来的治学态度和学术思想,早在他的博士学位论文《罪过形式论》的审阅和答辩阶段,便已经得到刑法专家的推誉和称赞。答辩委员会的评议曾写道:“姜伟同志的博士学位论文《罪过形式论》全面、系统地探讨了罪过的有关问题,对犯罪故意与犯罪过失的构成因素,犯罪故意和犯罪过失的认定,犯罪过失的刑事责任,罪过心理在犯罪构成中的地位,业务过失,复杂罪过等问题,论证得尤为详细、具体、深入,提出了具有创新性的见解,不仅填补了罪过理论的一些空白,而且对于我国刑事立法及司法实践具有一定的参考价值。同时,本文批判地吸收了西方刑法理论的最新成果,结合我国的实际,主张合理借鉴期待可能性理论、允许的危险、信赖原则等,开辟了罪过问题的视野,丰富了我国刑法理论。虽然某些问题在理论上还可进一步探讨,但总的来说,这是一部信息量大、理论性强、观点新颖、颇多创见的博士学位论文,对罪过理论的研究具有集大成的价值和开拓性的意义。此外,本文体系合理,结构严谨,观点明确,论证充分,逻辑缜密,文笔流畅。”

现在,当我拿到即将出版的《犯罪故意与犯罪过失》的书稿,并秉笔为之作序时,感到十分欣慰。这不是由于我对自己学生的偏爱,而是因为我高兴地看到刑法科学的繁荣和年轻学者的涌现,更因为我相信本书的学术价值和实践意义将给刑法理论研究和刑事司法实务带来积极的影响。

我认为,本书有以下特点:

一、内容丰富,具有全方位的体系。本书向读者展示了犯罪故意与犯罪过失的宽广的研究领域,几乎涉及了罪过理论的每一个问题,从犯罪故意与犯罪过失的构成,到罪过形式在刑法体系中的地位,从犯罪故意与犯罪过失的认定,到罪过形式的刑事责任,从单一故意或过失的情形,到复杂罪过现象,都进行了系统的论述。全书建立了完整、科学的罪过理论体系。其内容之全、范围之广都是前所未有的,使罪过问题的研究达到一个新的广度和深度,对我国刑法科学的建设具有一定的意义。

二、视野开阔,具有集大成的价值。本书把犯罪故意与犯罪过失放在整个学科领域中进行考察,纵向以历史沿革为线索,横向以各国刑法为背景,立足我国国情及司法实际,运用哲学、心理学、伦理学等理论,全面、深入、系统地分析了犯罪故意与犯罪过失,资料翔实,信息量大,涉及面广,基本囊括了古今中外

关于罪过问题的观点。本书不仅评论了当今罪过问题的现状,而且预测了罪过观的未来趋向,论据充分,说理透彻。作者在论述每个具体问题时,都注重评介诸家学说,运用多学科的知识,阐明自己的观点,通篇闪耀着思辨的光芒。本书发掘出许多新资料,不仅描述了罪过观的沿革,而且首次划分了罪过观发展的历史阶段,很有新意,表明作者驾驭资料和逻辑归纳的能力。迄今为止,本书使用的关于罪过问题的资料,是最新、最全的。单就资料而言,本书也具有较大的学术价值。

三、观点新颖,具有开拓性的意义。本书是我国关于犯罪故意与犯罪过失的第一部专著,不仅在体系上有所创新,而且在观点上有所突破,解决了罪过理论的许多难题,如犯罪故意的认识因素,犯罪过失的构成特征,认定犯罪故意与犯罪过失的方法等。书中涉及了一些在我国还鲜为人知的领域,如混合罪过、紧急状态的过失、丧失责任能力、业务过失、期待可能性、信赖原则等,令人耳目一新。作者对罪过理论的每一个重要问题,都大胆地提出了独立的见解,有理有据,说服力较强。如犯罪故意与社会危害意识的关系,犯罪过失的认识因素,认定犯罪故意或犯罪过失的推定原则,复杂罪过的定罪标准等问题的论述,都颇具新意,富有创见。本书的犯罪过失部分最有分量,不仅内容充实,而且不乏精彩之笔,对于健全和完善我国的罪过理论体系将起到推动作用。

四、立足实际,具有排难解疑的作用。刑法科学是一门应用性学科。本书全面考察了犯罪故意与犯罪过失的理论,从实际出发,说明了我国刑事立法的根据,并提出若干修改刑法的建议,还确定了认定犯罪故意与犯罪过失的切实可行的方法,既有理论价值,又有实践意义。例如,历来比较复杂的关于间接故意与过于自信过失的鉴别问题,作者不仅注重在理论上阐明二者的区别,而且潜心归纳出在实践中认定二者的具体方法。这确是一个贡献。本书首次提出的推定犯罪故意或犯罪过失的原则,不仅在理论上是个创新,而且在实践中对于处理故意犯罪或过失犯罪案件具有重要的参考价值。可以毫不夸张地说,本书是一部罪过问题的精心佳作,也是一部在办案中认定罪过的指南手册。

基于上述各点,我愿意向读者推荐本书。我相信本书的出版对于深化罪过问题的研究和提高办案的质量将会产生积极的效果。无论是刑法理论工作者,

还是司法实际工作者,读一读本书是不会感到无益的。我期待姜伟同志和其他年轻学者能有更多的高质量学术著作问世,以丰富我国刑法科学,为推进社会主义法制建设服务。

周作本，山东金岭。大德成陶器器型图样设计。1990年2月于中国人民大学
的大对青县出件本，背面排板简单。在会量、潘景星、傅学衡等同志关于

目 录

引言 1

第一编 绪 论 1

第一章 罪过形式概述 5

第一节 罪过形式的概念 5

- 一、罪过的涵义 5
- 二、罪过的形式 10
- 三、罪过形式的特征 13
- 四、罪过形式的意义 16

第二节 罪过形式的沿革 19

- 一、古代刑法的罪过观 20
- 二、近代刑法的罪过观 25
- 三、现代刑法的罪过观 27
- 四、我国刑法的罪过观 29
- 五、罪过观的未来趋向 30

第三节 罪过形式的心理成因 34

- 一、罪过形式的心理要素 35
- 二、认识和意志与罪过心理 36
- 三、罪过心理的研究动向 38

2 罪过形式论

第二章 罪过形式与犯罪构成 40

第一节 罪过形式是构成要件 40

一、罪过形式与犯罪构成 40

二、罪过形式是犯罪要件 42

第二节 罪过形式与其他要件 43

一、罪过形式与犯罪主体 43

二、罪过形式与犯罪客体 45

三、罪过形式与犯罪客观方面 46

第三节 罪过形式的地位 46

一、罪过形式是核心要件 47

二、罪过形式的主导作用 49

第三章 罪过形式与刑事责任 52

第一节 罪过形式与责任根据 52

一、刑事责任的根据 52

二、罪过形式是主观根据 54

三、罪过责任的哲学基础 55

第二节 罪过形式与刑罚 57

一、罪过形式与犯罪 57

二、罪过形式与刑罚目的 59

三、罪过形式与刑罚适用 60

第三节 罪过形式与期待可能性 61

一、期待可能性理论概说 61

二、期待可能性对罪过的影响 63

三、期待可能性理论的借鉴价值 65

第二编 犯罪故意论

第四章 犯罪故意的概念 73

第一节 犯罪故意的理论界说 73

一、认识主义 73

二、希望主义 75

三、容认主义 77

第二节 我国刑法的犯罪故意 78

一、犯罪故意的定义 79

二、犯罪故意的属性 80

三、刑法分则中的犯罪故意 82

第三节 犯罪故意的构成因素 86

一、犯罪故意的心理特征 86

二、犯罪故意的认识因素 88

三、犯罪故意的意志因素 123

第五章 犯罪故意的类型 130

第一节 直接故意与间接故意 130

一、直接故意与间接故意的标志 130

二、直接故意的特征 136

三、间接故意的特征 139

第二节 预谋故意与突发故意 147

一、预谋故意与突发故意的标志 147

二、预谋故意的特征 149

三、突发故意的特征 150

第三节 确定故意与不确定故意 151

一、确定故意与不确定故意的标志 151

二、确定故意的特征 153

4 罪过形式论

三、不确定故意的特征 153

第四节 犯罪故意的其他类型 156

一、一般故意与特定故意 156

二、事前故意与事后故意 157

三、实害故意与危险故意 158

第六章 犯罪故意的认定 160

第一节 认定犯罪故意的标志 160

一、故意心理与客观活动的关系 160

二、行为对认定故意的意义 162

三、结果对认定故意的作用 165

第二节 犯罪故意的推定 168

一、一般故意的推定 168

二、证明故意的推定 171

第三节 特殊故意的认定 172

一、不作为的故意 173

二、“丧失责任能力”的故意 175

三、并合的故意 179

第七章 犯罪故意与刑事责任 182

第一节 犯罪故意的责任根据 182

一、故意责任的理论根据 182

二、故意责任的刑法原则 184

第二节 犯罪故意的责任形式 185

一、犯罪故意的完全责任 186

二、犯罪故意的部分责任 186

第三节 故意程度与刑事责任 188

一、故意内容与刑事责任 188

二、认识因素与刑事责任 190

三、意志因素与刑事责任	191
-------------	-----

第三编 犯罪过失论

第八章 犯罪过失的概念 195

第一节 犯罪过失的理论界说 195

一、无认识说 196

二、不注意说 198

三、避免结果说 199

第二节 我国刑法的犯罪过失 201

一、犯罪过失的定义 202

二、犯罪过失的属性 205

三、刑法分则中的犯罪过失 209

第三节 犯罪过失的构成因素 213

一、犯罪过失的心理特征 214

二、犯罪过失的认识因素 215

三、犯罪过失的意志因素 224

第九章 犯罪过失的类型 235

第一节 疏忽过失与自信过失 235

一、疏忽过失与自信过失的标志 235

二、疏忽过失的特征 236

三、自信过失的特征 242

第二节 普通过失与业务过失 247

一、普通过失与业务过失的标志 247

二、普通过失的特征 248

三、业务过失的特征 250

第三节 犯罪过失的其他类型 258

一、重过失与轻过失 258

6 罪过形式论

二、事实过失与法律过失 259

第十章 犯罪过失的认定 262

第一节 认定犯罪过失的标志 262

一、犯罪过失与犯罪故意 262

二、犯罪过失与意外事件 268

三、犯罪过失与不可抗力事件 272

第二节 犯罪过失的推定 274

一、注意义务的推定 275

二、注意能力的推定 276

三、违反注意义务的认定 279

第三节 特殊过失的认定 281

一、义务冲突与过失 281

二、紧急危险与过失 283

三、介入行为与过失 285

四、自由原因与过失 287

第十一章 犯罪过失与刑事责任 289

第一节 犯罪过失的责任根据 289

一、过失责任的理论根据 289

二、过失责任的刑法原则 291

第二节 过失与免责理论 296

一、风险业务与过失 297

二、允许的危險与过失 298

三、信赖原则与过失 301

第三节 过失程度与刑事责任 305

一、违反注意义务的程度 305

二、过失行为的违法意识 306

三、过失的动机与原因 307