



广州大学法学文库

论刑法中的 『明知』

闻志强 / 著

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA



广州大学法学文库

论刑法中的 『明知』

闻志强 / 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论刑法中的“明知”/闻志强著. --北京:法律出版社, 2019

ISBN 978-7-5197-3125-0

I. ①论… II. ①闻… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 024922 号

论刑法中的“明知”

LUN XINGFA ZHONG DE “MINGZHI”

闻志强 著

策划编辑 周丽君

责任编辑 周丽君

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京玺诚印务有限公司

责任校对 李景美

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部

开本 A5

印张 12.375

字数 350 千

版本 2019 年 2 月第 1 版

印次 2019 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978-7-5197-3125-0

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

阮元在《鸿雪因缘图记》“序”中有言云：“凡事莫不有因缘，而久之亦成鸿雪。”这是为我所带的第一个博士的著作作序，也是第一次为他人作序。一切都是缘分，虽然在他人看来，只不过是鸿爪踏雪，然“人世之源，能有语言文字，自不空耳矣”。

志强攻读我的博士之前，我并不熟悉。与其说是我选择了他，不如说是他选择了我。及至闻知其笔试获得了优异的成绩之后，我才对他开始关注起来。入学之后，开始向他布置作文，要求他写一万多字，他竟交给我三万字的文章，令我不知所措的同时也对他刮目相看，虽然当时一些观点还显得稚嫩或者有点天马行空，但这种写作的激情和敢于挑战的勇气恰恰是作为一个研究者最应该具备的。我最为欣赏的也是这种信念，只有这种信念的支撑，才能使一个年轻人能够青灯换卷，焚膏继晷，长期在一种看似枯燥的工作中找到乐趣。

我曾经向志强推荐莱昂纳多·迪卡普里奥主演的《盗梦空间》，不仅仅是因为这个影片意图对人的意识结构进行解构，更为主要的是“Inception”的片名，直译是“开启”。迷失和开启本来就是一个问题的两个方面。开启未必是好事，迷失未必是坏事。然而，在开启之前我们根本无法去体会这些。

对于刑法学的研究而言，是一个长期筑梦和寻找

新的更深层次梦境的过程,这里我们会看到很多扭曲,会感到丰碑的坍塌,在很多时候会迷失,但这不就是梦的乐趣所在吗?不正是法学研究的意义所在吗?

其实,之所以提及影片,是因为感觉志强就是这样一个不断在开启自己法学的思维和法学研究能力的人。他有对学术的狂热和执着,并具有一种学术人格的独立性。正是这种独立性让人感觉到他有时不那么圆润和入世,但一个在开启中往往感受到快乐的人或许都是如此吧!

回到法律,拉德布鲁赫对于规范和命令进行了精当的论述。法律更多的是作为一种规范体现的,对于规范的理解需要逻辑的演绎,更需要理念的支配。理念需要一种体会,这种体会可能是通过经验积累的,但同样是通过长久的学习而领悟的。志强是一个理念意识很强的人,也是一个对理念倾注极大热情的人,这与一般的修习刑法之人存在差别。从刑法角度来说,志强与我有着共同的看法:我国近些年来出现的“道德评判理论”“风险刑法理论”“司法犯罪化理论”以及“量刑反制理论”具有一个共性,即过于注重行为后果的同质性和对法益的侵害,从而消解了罪刑法定原则的实质性要求,对罪刑法定的基本理念造成了严重的破坏。刑法的基本原则并非都属于基本理念,原则之间可能会发生冲突,作为基本理念的罪刑法定应当具有至上性。晚近出现的上述刑法学理论争议的根源在于学者对刑法基本理念的理解出现了偏差。要坚守罪刑法定的基本理念就必须高举司法遵循立法、形式理性与实质理性的互补以及国家刑权力应保持克制和谨慎的旗帜。我们共同的研究成果对于理念的推崇还在于:法治的前提是良法的制定,刑事法治建设作为法治中国建设的重要组成部分,亟须在刑事立法及其理念方面进行完善和发展。从法治与政策、刑法与刑事政策的关系分析,刑事立法必须坚持自身的独立品格,重拾“慎独”理念,防止过分回应和积极向政策靠拢而演变为“政策法”。作为一部优良的刑事立法,必须坚持法制统一理念,着力减少、消除和避免作为非刑事法律的前置法与作为后置法的刑法之间、刑法自身内部的不同法条之间的冲突和矛盾,从而维护他法与刑法、刑法自身内部系统的协调性、统一性、衔接性、体系性。受到政策及其背后的权力影响以及民意的负面作用,刑事立法不时偏离谦抑性理念;理论上的司法犯罪化观点以及引发学界持续争议的风险刑法、敌人刑法理

论从深层次看,不仅违背罪刑法定原则,实际上也是对刑法谦抑性理念的突破和伤害。因此,有必要重新审视和高度重视谦抑性理念在刑事立法中的独特价值。但我也经常对志强说,理念并不是单纯的一种执着,而是需要规范的支撑,所以在读博过程中,志强也开始注重规范的研究,或者用比较时兴的术语就是从刑法教义学角度对理念进行注释,并用理念来注释规范。为此,志强不仅逐步关注中国的司法现实,还负笈东瀛,拓宽自己的知识面,并在有限的时间内,在日本著名大学的知名法学期刊上发表论文,介绍中国刑法理论与司法实践的发展情况,开展中日比较考察与研究,获得了优异的成绩。一定意义上,本书就是在这样的背景和积累下形成的一个阶段性成果和为博士学习画上句号的暂时性结果。

本书是志强在博士论文的基础上进行修改和完善而成的。作为目前并不多见的、直接以刑法立法规定和司法实践领域存在争议的“明知”为博士论文研究主题的论著,具有较大的研究价值和现实意义。志强首先从存在论和立法层面出发,对有关明知的刑事立法规定(广义上的)即刑法典、刑事立法解释和刑事司法解释进行了全面、系统、深入的梳理、统计和分析,不仅使理论研究和思考在立法文献资料掌握和数据使用方面达到了非常全面、细致的程度,便于彻底把握“明知”语词进入刑事立法领域、引发司法适用争议的“来龙去脉”“前世今生”,而且从历史流变和更为整体、全局的角度进行全时空审视,改变了以往针对明知理解和认定就案论案、就题论题的个案式、分散式即时研究缺陷,这些系统性梳理、总结和归纳等研究基础工作值得肯定,体现了扎实、认真、细致的研究特质。在此基础上,志强对于“明知”与主观罪过的关系给予了关注和思考。质疑既有的理论通说观点,借鉴最新研究成果,志强对于“明知”与故意主观罪过之关系进行了历史回溯、当下检视,给出了自己的一些独到和有新意的看法、见解和论证。与此同时,针对“明知”术语混用于刑事立法中的现象,为了协调和化解刑法总则分别给予故意、过失特定语词规定的术语冲突和差异,其阐述了“明知”兼容过失主观罪过的可能性,并据此对刑法总则“明知”规定与分则“明知”规定主观罪过对应关系进行了突破和尝试性分析。虽然说服力可能存在不足,理论上可能也看法不一,但这种敢于突破既有成见的思考本身就值得鼓励和支持,刑法学研究的现状不也正是在一步步从完全局

限于立法层面的存在论逐步向更为抽象、深层、规范的层面,从通说、主流观点的一枝独秀向多元争鸣的观点突破、学派之争方向演进吗?此外,志强还结合我国刑法理论目前大举向德日学习的研究势头,对于我国刑法语境中的“明知”与德日刑法理论范畴(包括刑法文字术语采取相同表述的台湾地区刑事立法)进行结合,开展了较为全面、系统的分析,特别是对“明知”与客观处罚条件理论、客观归责理论、违法性认识等进行了较为独到、深入的思考和研究,令人耳目一新,值得肯定。针对“明知”的司法认定,即明知程度的诉讼证明问题,志强对既有观点进行了梳理和辩驳;同时从跨学科视角出发,结合刑事诉讼法学提出要用推定的方法证明“明知”,并对举证责任分配与证明责任分配的区分、打击犯罪保护社会与维护被告人权益保障人权的协调平衡等问题、对推定使用提出了一些限制原则和平衡措施,力图构建推定合理、合法、正当的司法适用路径。这些体现了系统性、整体性思维,做到了实体法和程序法的衔接与协调,从而使实体研究不至于虚置化、部门化和空洞化,具有现实基点和程序依托,是较为难得的。总体而言,本书针对“明知”进行了理论与实践、实体法与程序法、域内与域外相结合的全面、系统分析,主线清晰,体系较为完整,逻辑贯通流畅,内容丰富,是一项较好的学术研究成果。这些思考、分析和研究,对于进一步厘清和剥离我国传统刑法理论关于“明知”的认识和研究中不全面、不规范、不细致的地方做了有益的尝试和推动工作,对促进“明知”的理解和研究更为丰富化、立体化、准确化具有积极价值和重要意义。当然,篇幅所限,研究者的个人兴趣、考量等主客观因素之现实存在,也使本论著的不足和缺点在所难免,比如论述的布局和内容详略点值得进一步调整和优化,以彰显结构美、形式美,保持协调性;对于一些问题的阐述和论证值得进一步加强,深度和说服力需要进一步提升;对于一些问题的思考可以更加细致和全面,如共同犯罪中的“明知”理解与认定问题。这在后续的研究中需要注意和进一步提高、完善,但瑕不掩瑜,这是一项不错的、有个人独立思考和见解的、有一定分量的研究成果,值得肯定和关注。

铁肩担道义,妙手著文章,包括法学在内的社会科学的研究犹如大学之道。大学之道,止于至善,“知止而后有定,定而后能静,静而后能安,安而后能虑,虑而后能得”。做学问必须要有一份定力,承受一份寂寞,确立一种安然的心态,才能获得一种纯真的快乐,才能真正有所收获。希望志

强能够继续在帷幕下发愤努力,不忘初心,坚持不懈,走出一条属于自己的路。期待志强更多的成长、进步和更好的成绩!

孙万怀*

谨识于华东政法大学东风楼 234 室

2018 年 6 月 26 日

* 孙万怀,法学博士,华东政法大学教授、博士生导师,中国案例法学研究会副会长,上海市案例法学研究会会长,上海市刑法学研究会副会长,中国刑法学研究会理事,国际刑法学协会中国分会理事。

目 录

导 言 / 1

一、问题产生的背景和引出 / 3

二、问题的基本面相剖析与本书写作的基本架构 / 12

第一章 “明知”的刑事立法规定梳理与检视 / 25

第一节 《刑法》中的“明知”规定梳理与分析 / 25

一、1979 年《刑法》中的“明知”规定梳理 / 26

二、1997 年《刑法》及九个《刑法修正案》中的“明知”规定梳理 / 27

三、我国《刑法》中“明知”规定的审视与思考 / 37

第二节 刑事立法解释和司法解释中的“明知”规定梳理与分析 / 42

一、刑事立法解释中的“明知”规定梳理与分析 / 42

二、刑事司法解释中的“明知”规定梳理与分析 / 43

第二章 “明知”与主观罪过的关系 / 69

第一节 “明知”与故意主观罪过的关系 / 72

一、历史回溯：“明知”与故意主观罪过存在天然联系与历史渊源 / 72

二、当下检视：故意范畴内总则“明知”规定与分则“明知”规定的关系 / 79

三、“明知”、直接故意、间接故意 / 93

第二节 “明知”与过失主观罪过的关系 / 107

一、“明知”兼容过失主观罪过的可能性分析 / 108

二、总则“明知”规定与分则“明知”规定对应关系的突破与协调 / 115

第三章 “明知”的内容解构 / 117

第一节 我国刑法总则中“明知”内容的理论争议检视 / 117

2 论刑法中的“明知”

一、我国刑法总则中“明知”内容的理论纷争梳理 / 117

二、我国刑法总则中“明知”内容理论解读的整体审视与评价 / 123

第二节 “明知”与客观构成要件要素 / 143

一、“明知”与行为 / 143

二、“明知”与结果 / 160

三、“明知”与因果关系 / 175

四、“明知”与犯罪对象、行为客体 / 183

第三节 “明知”与其他关联性范畴 / 184

一、“明知”与个体认识、“类”认识 / 184

二、“明知”与记述的构成要件要素、规范的构成要件要素 / 188

三、“明知”与罪量因素 / 198

四、“明知”与客观处罚条件 / 216

五、“明知”、特别认知与刑法归责 / 224

第四节 “明知”与违法性认识、社会危害性认识的关系分析 / 258

一、违法性认识不要说与违法性认识必要说的理论争议梳理和检视 / 260

二、违法性认识必要说视野下的社会危害性认识与违法性认识关系分析 / 273

三、违法性认识的刑事立法完善 / 290

第四章 “明知”的程度及其司法认定 / 295

第一节 “明知”程度的刑事立法模式与理论样态 / 295

一、“明知”程度的刑事立法模式分析 / 295

二、“明知”程度认定的刑法学理面相与检视 / 311

第二节 “明知”程度的司法认定 / 330

一、“明知”程度司法认定的现状考察 / 330

二、推定、刑事推定与刑事证明 / 335

三、“明知”与刑事推定的完善 / 345

结 语 / 350

参考文献 / 352

后 记 / 377

导 言

责任主义原则是现代法治国家普遍确立的一个刑法基本原则。这一原则的确立和坚持并不是一朝一夕实现的,而是在与古代乃至近代传统刑法观念、客观责任、结果责任等的斗争中逐渐完成的,因为“古代刑法受客观的责任(以结果论责任)以及团体的责任所支配,法律之责任,不问有无故意或者过失,凡对于共同生活有害之行为皆加以处罚,此系以侵害法益的结果为依归”。〔1〕责任主义原则的确立和发展意味着对任何一个行为人进行刑法归责,必须同时符合主观和客观两个方面的要求,尤其是不能忽视对行为人主观罪过的考察和认定,以确立主观归责的可能性与妥当范围,借以纠正、防止和避免仅仅根据客观行为径行定罪处罚的客观归罪认定思维和纯粹的结果责任处理模式,从而确立对行为人合理妥当的客观归责与主观归责统一基础上的刑事归责范围。坚持和遵循这一原则的目的和宗旨在于,通过对国家刑罚权施加合理、必要的限制来为惩罚尤其是最为严厉的刑事处罚提供正当性根据和支撑,而又同时保护个人的自由和人权等合

〔1〕 洪福增:《刑事责任之理论》,台北,刑事法杂志社1982年版,第2页。

法权益。^{〔1〕} 考察我国《刑法》的明文规定,虽然这一原则没有被明确、直接地规定在刑法典中,但是却有诸多侧面、间接的体现,这一点主要体现在对行为人主观罪过的规定上。例如,《刑法》总则中规定的各种犯罪形式(其中已经明确了相应的主观罪过)、刑事责任年龄、刑事责任能力、犯罪形态、共同犯罪等内容。此外,在《刑法》分则中,有为数不少的罪名规定或者相关罪名的罪状描述等内容明确了相关犯罪行为的主观罪过形式,这为结合主观和客观两个方面进行全面考察,进而认定犯罪成立、追究刑事责任、施以刑罚处罚提供了充分的法律规范依据和法律逻辑基础,是责任主义原则在刑法中的重要体现和肯认。然而,需要指出的一点是,迄今为止,在我国刑法理论研究中,对于责任主义原则的内容、本质、内涵等问题的认识和讨论还并不充分、全面和深入,在我国刑法理论语境下,这一原则被转换为“主客观相一致原则”进行论述和分析。对于主客观相一致原则等一套传统刑法理论话语体系,目前刑法学界对其具体内容及其内涵的理论解读等问题仍然存在争议,莫衷一是。但不可否认的一点是,这一原则本身已经获得了较多的理论共识,究其实质在于其对责任主义原则在较大程度和基本原理层面的体现和坚持。从责任主义原则中的主观层面角度来看,对行为人主观要件的考察和认定不仅是犯罪构成理论中一个不容忽视和十分重要的内容,也是司法实践中认定行为人的主观心理态度以确立罪名,进而认定其主观恶性程度和人身危险性程度进行量刑以确定相应程度的刑罚的重要表征和基本依据,这不仅涉及定性——罪名的认定问题,也涉及定量问题——基于行为人的心理态度的强弱差异和对应的法律规范评价所做出的量刑问题(从针对行为人的特殊预防的角度出发)。因而,必须高度重视、深入挖掘对于行为人主观要件的学术研究和在司法实践中的准确判断。其中非常重要的就是对基于犯罪故意或曰故意这一主观罪过实施犯罪的行为人主观罪过的考察和认定,原因在于故意犯罪是常态犯罪,而且是多发、高发、频发犯罪,不少还是严重危及公民人身财产安全的恶性犯罪,受到刑法规制和刑罚处罚是原则。虽然过失犯罪在现实社会中发生的数量也不少,但是根据罪刑法定原则的基本要求和刑事政策的内在考虑,过失犯罪仅

〔1〕 参见劳东燕:《责任主义与违法性认识》,载《中国法学》2008年第3期。

在法律有明文规定的情况下才受到刑法规制和刑罚处罚。故而,对于故意犯罪行为人的主观罪过进行研究之必要性和重要性不言而喻。故意犯罪中行为人的主观罪过——犯罪故意的认定和判断问题,应当成为刑法理论研究关注的重要对象。

一、问题产生的背景和引出

刑法作为我国法律体系中一个非常重要的部门法,属于“公法”〔1〕序列,在整个法律体系中处于后置法地位,起到的是对作为前置法的民法、行政法、经济法等的补充作用,在整个社会保护防线体系中属于第二道保护防线,同时也是最后一道保护屏障,因而担当着保障法的角色,履行着打击犯罪以维护社会秩序、保护国家、社会、单位、个人合法权益与维护被告人利益以保障人权、实现刑法公平正义的重要任务和崇高使命。因而,不管是刑事立法还是刑事司法,抑或是刑法理论研究,都必须始终坚持对于刑法后置法角色和保障法地位的深刻理解和践行。应该注意到且不容回避、不可否认的一点是,近年来,在我国的刑法理论研究中,出现了非常明显的向大陆法系刑法理论积极靠拢和接轨的鲜明特征和普遍趋势,尤其是向作为大陆法系典型代表的德国和日本两国学习,实际上这一特点在整个中国法律体系的实体法领域较为普遍。但与此相对的是,在程序法领域,大有逐渐抛弃大陆法系职权主义检控和诉讼模式,向英美法系的当事人主义诉讼模式学习并积极寻求转变的趋势。当然,这与我国法律发展的演变历程以及当下的法律制度体系内在特征存在密切关系,如我国素有成文法主义传统和法典主义情结,当下的法律制度体系也基本上采取立法主义模式,因而内在的法律体制与大陆法系国家的比较接近。而英美法系则向来比较注重司法经验,实行判例法制度,故而在向英美法系国家及其法律体制学习的时候不免产生差异甚大,难以在中国现实国情下实践的问题甚至困惑,应当说这些内容和内容已经在中国法学领域达成了比较普遍的共识,但是在“向谁学习”这一对象选择问题上,不同部门法领域存有差异。在密切关注当下我国刑法理论研究发展的基本态势这一基础和前提下,作为刑法理论研究者,我们必须对大陆法系刑法理论尤其是德日两国的刑法理论保持密切的关

〔1〕 与“私法”相对的概念。

注和深刻的理解,以期获得源源不断的国外或曰域外理论汲养,进而不断改革、完善、充实、提高我国刑法理论研究的内容、路径、水平、层次,推动中国刑法理论研究、刑事立法、刑事司法不断走向规范化、科学化、逻辑化、层次化、国际化。

考察大陆法系国家的刑法规定,德国刑法和日本刑法是典型代表,但是二者在各自的刑法典中尤其是总则部分,都没有直接、明确地规定犯罪故意和故意犯罪的概念。考察德国刑事立法及其修改的历史演变过程,可以发现德国立法机关最终放弃了对诸如故意、过失、意图、蓄意、轻率等作出立法规定的想法,最终还是选择了交由司法实践和刑法理论去解释和充实犯罪故意的概念、内涵与司法证明。^{〔1〕}当然,这一立法进程也是几经变化、充满争议的。1919年《德国刑法典(草案)》第11条第1款规定:以明知或意欲的方式实现应受刑罚处罚的行为的构成要件的,为故意犯罪。1925年的官方草案中则没有规定故意的概念。1927年、1930年草案第17条又重新采用了1919年草案规定的表达形式。1962年《德国刑法典(草案)》第16~18条曾经对故意、意图、蓄意、过失和轻率作了明确、直接的法律规定,但是新近以来的德国刑事立法没有再对这些概念做出任何法定表述,以便不造成司法判决被固定在当前认识水平上。^{〔2〕}现行有效的《德国刑法典》在第二章“行为”第一节“可罚性之基础”中,用第15、16、17条3个条文对涉及故意犯罪处罚的内容进行了间接规定。具体而言,第15条规定:本法只处罚故意行为,但明文规定处罚过失行为的除外。第16条是关于事实上的认识错误的规定:(1)行为人行为时对法定构成要件缺乏认识,不认为是故意犯罪,但要对其过失犯罪予以处罚。(2)行为人行为时误认为具备较轻法定构成要件的,对其故意犯罪只能依较轻之法规处罚。第17条是关于禁止错误即违法性认识错误的规定:行为人行为时没有认识其违法性,如该错误认识不可避免,则对其行为不负责任。如该错误认识可以

〔1〕 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第283~294页。

〔2〕 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论:犯罪行为及其构造》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第120页。

避免,则依第49条第1款减轻处罚。〔1〕由此观之,德国刑事立法中充其量只是规定了故意的反面,即行为人的认识错误以及发生错误认识时的刑事责任与处罚,其并没有从正面明确、直接地规定故意犯罪和犯罪故意等基本概念。在日本刑事立法中,一直以来,日本立法机关似乎也都没有试图在刑法典中对诸如故意、过失等主观罪过或者故意犯罪、过失犯罪进行直接、正面的立法规定,基本上是采取了和德国立法机关一样的做法,交由司法实践和刑法学理去阐释和完善。现行有效的《日本刑法典》第38条第1款规定:没有犯罪意思的行为不处罚,但是法律有特别规定者除外。〔2〕从这一条文规定的内容本身来看,无法得出关于犯罪故意和故意犯罪的法定概念。

在德日刑法理论界,一般将故意表达为对客观构成要件事实的认识和意志。〔3〕在德国主流刑法理论和教科书中,一般对故意犯罪作如下解读:如果行为人虽然预见到其行为的违法性和社会危害性,且能够期望其以合法行为代替该违法行为,他仍然实施了符合构成要件的违法行为,我们可称为故意犯罪。简言之,虽认识到其行为的事实和法律效果,仍违背义务地实施该行为的,是故意犯罪。〔4〕而按照德国刑法理论上的主流见解,故意(Vorsatz)作为心理上的事实,是在对属于构成要件的所有客观方面行为情形都拥有认识的情况下所具有的实现某个构成要件的意志(Wille zur Verwirklichung eines Tatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiv-

〔1〕 参见《德国刑法典》(2002年修订),徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第10页;陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第420~421页。对于第15条规定,有的也译作:除非法律明确地对过失行为以科处刑罚相威胁,否则,只有故意的行为才是可罚的行为。参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论:犯罪行为及其构造》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第120页。

〔2〕 日本刑法典的原文是:罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。

〔3〕 参见[德]冈特·施特拉滕韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第111页;[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2004年版,第97页。

〔4〕 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第283~284页。

en Tatumstände)。^{〔1〕} 在德国司法实践中,一般使用“实现构成要件的意愿和明知”的语言表述,虽然被认为显得有些不甚明了,但在实质意思上却是相同的。因而,不管在德国刑法理论上和德国司法实践中使用什么样的描述语言,共同的认识是,在本质上,构成要件的故意包含一个认知因素(Wissenselement)和一个意志因素(Willenselement)。^{〔2〕} 在日本刑法理论上,一般依据《日本刑法典》第38条第1款之规定,认为所谓故意,就是实施犯罪的意思,也即对犯罪事实的认识、预见。^{〔3〕}

在大陆法系采取成文化立法模式的国家中,除了德国和日本为代表的两个典型国家以外,其他主要的大陆法系国家和地区,如意大利、俄罗斯等国的刑法典中和我国台湾地区的“刑法”中却有关于犯罪故意或者故意犯罪的规定。例如,在《意大利刑法典》中,其第43条第1款规定:当行为人对于因作为或者不作为而引起的、法律据以确定重罪是否成立的损害结果或者危害结果有所预见并且希望成为其作为或者不作为的后果时,重罪是故意的或者有意的。^{〔4〕} 对此,意大利学者指出这一规定并没有使故意的认定明确化,虽然其揭示了故意的认识因素,但是在意志因素上却似乎只规定了希望这一种情形,而使间接的或者可能的故意情形(实际上是指间接故意)被排除在外。因而,这一定义不但没有明确故意的“形象”,反而引起了一连串需要进行全面、系统探讨的复杂问题。^{〔5〕} 再如,在《俄罗斯刑法典》中,也对犯罪故意概念作了比较详细、具体的规定。该法第25条规定:(1)具有直接故意或者间接故意而实施的行为,被认为是故意实施的犯罪。(2)如果犯罪人意识到自己的行为(不作为)的社会危害性,预见到可能或者必然发生危害社会的后果并希望这种后果发生,则犯罪是具有直接故意实施的犯罪。(3)如果犯罪人

〔1〕 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论:犯罪行为及其构造》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第120页。

〔2〕 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论:犯罪行为及其构造》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第120~121页。

〔3〕 参见西田典之:『刑法総論』(第2版)、弘文堂、2015、頁213;山口厚:『刑法総論』(第3版)、有斐閣、2016、頁200等。

〔4〕 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第421页。

〔5〕 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,第184页。

意识到自己的行为(不作为)的社会危害性,预见到可能发生危害社会的后果,虽不希望,但有意识地放任这种后果发生或对这种后果采取漠不关心的态度,则犯罪是具有间接故意实施的犯罪。^{〔1〕}从表面上看,似乎俄罗斯刑法对于故意的规定明确且具体,但是实际上这种看似明确、直接的规定在面对纷繁复杂的司法实践时,还是会在司法认定中遭遇不小的困境。此外,认真考察和分析俄罗斯刑法中的上述规定,可以发现其不是对犯罪故意的规定,而是对故意犯罪的规定,这与世界上不少国家采取立法明确规定犯罪故意的处理模式存在差异。追根溯源,俄罗斯刑法更多的是受到苏联时期刑事立法的深刻影响,其继承了苏联时期制定的《苏俄刑法典》之相关规定。应当看到这种立法规定模式颇有别具一格的“新意”,但是苏联时期的法律学者尤其是刑法学者以及随后的俄罗斯刑法学者,都没有对采取这一特色立法规定模式的根据和理由进行详细、明确的解释和说明,因而其中缘由尚不得而知。此外,我国台湾地区的“刑法”中也有关于“明知”的规定。该法第12条明文规定:行为非出于故意或过失者,不罚。过失行为之处罚,以有特别规定者,为限。^{〔2〕}第13条规定:行为人对于构成犯罪之事实,“明知”并有意使其发生者,为故意。行为人对于构成犯罪之事实,预见其发生而其发生并不违背本意者,以故意论。^{〔3〕}由此可见,我国台湾地区“刑法”对犯罪故意这一概念作了明确的立法规定。

应当看到,新中国成立以前,我国历史上曾向西方欧陆法治发达国家学习,后因内外战争、政治形势变化等复杂因素影响,最终被迫中断乃至放弃向大陆成文法主义国家及其法治理论、实践学习的进程。新中国成立后,在全面废除国民党六法全书为代表的“伪法统”的同时,党和国家在内外政策、政治立场上选择了向社会主义“老大哥”——苏联“一边倒”。与此同时,我国法制学习和发展进程也完全按照苏联模式进行。

〔1〕 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第422页。

〔2〕 我国台湾地区“刑法”原文为:第12条 行为非出于故意或过失者,不罚。过失行为之处罚,以有特别规定者,为限。

〔3〕 我国台湾地区“刑法”原文为:第13条 行为人对于构成犯罪之事实,明知并有意使其发生者,为故意。行为人对于构成犯罪之事实,预见其发生而其发生并不违背其本意者,以故意论。