

尹东华 刘为波 / 著

放任问题研究

FANGRENWENTIYANJIU

天津人民出版社

TIANJIN RENMIN CHUBANSHE

D917

86

放任问题研究

尹东华 刘为波 著

天津人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

放任问题研究 / 尹东华, 刘为波著. —天津: 天津人民出版社, 2004

ISBN 7-201-04763-9

I. 放… II. ①尹… ②刘… III. 故意 (法律) — 研究—中国 IV.D924.114

中国版本图书馆CIP数据核字 (2004) 第006656号

天津人民出版社出版、发行

出版人: 刘晓津

(天津市西康路 35 号 邮政编码: 300051)

邮购部电话: (022) 23332446

网址: <http://www.tjrm.com.cn>

电子信箱: tjrmchbs@public.tpt.tj.cn

天津新华印刷二厂印刷

*

2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月第 1 次印刷

850 × 1168 毫米 32 开本 5.5 印张

字数: 120 千字

定 价: 13.00 元

间接故意与有认识过失的分界问题是刑法上最困难且最具争议的问题之一,这个问题难在意欲是一种原始的、终极的心理现象,它无法从其他感性或知性的心理流程中探索出来,因而只能描述它,无法定义它。

——Welzel(德)

目 录

一、放任的心理分析·····	(1)
(一)放任不属于意志因素·····	(1)
(二)放任属于情感因素·····	(3)
(三)三种罪过心理之比较·····	(10)
(四)放任责任的心理分析·····	(17)
二、放任的规范分析·····	(23)
(一)规范的一般含义·····	(24)
(二)放任的规范阐释·····	(27)
三、放任的比较研究·····	(34)
(一)大陆法系刑法中的放任理论·····	(34)
(二)英美法系刑法中的放任理论·····	(81)
(三)大陆法系和英美法系间接故意理论的比较·····	(97)
四、放任的理论建构·····	(105)
(一)我国刑法放任理论的介绍·····	(105)
(二)我国刑法放任理论的评价·····	(111)
(三)关于放任理论的进一步讨论·····	(122)
五、放任的案例评析·····	(143)
(一)皮带案·····	(143)

2 放任问题研究

(二) 艾滋病感染案	(146)
(三) 山猪案	(148)
(四) 开车挤死人案	(154)
(五) 肇事逃逸致死案	(157)
(六) 炸死人案	(160)
(七) 林金莲故意杀人案	(162)
后记	(165)

一、放任的心理分析

我国《刑法》第十四条规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”这就是我国《刑法》关于犯罪故意的概念性规定。其中，“明知自己的行为会发生危害社会的结果”被认为是犯罪故意的认识要素，“希望或者放任这种结果发生”被认为是犯罪故意的意志要素。并根据对结果的发生所持的态度是“希望”还是“放任”，将故意区分为直接故意和间接故意。我国《刑法》的故意理论由此确立了大致的轮廓。显然这是以心理学关于认识和意志理论作为理论基础的，但毫无疑问地带有明显的修正痕迹。一个突出的表现是将放任视为意志要素。对此，实有单独讨论的必要。

（一）放任不属于意志因素

1. 意志的心理学含义

“人为了要实现某种预想的目的，因而依据自我对于客观规律的认识，能动地和自觉地通过克服各种困难去变革某一客观过程（包括自然过程、社会过程乃至心理过程）的实践活动，就叫

2 放任问题研究

做意志行动。”^①而人在这种行动中由于有意地、积极地、理智地和顽强地变革某一客观过程,以实现预定目的所表现出来的那种调节自我、克服困难的主观能动性的作用,就叫做意志。可见,意志作为人特有的一种心理学现象,具有目的性、计划性、主动性、积极性、顽强性等特征。意志的本质“就是意识的积极调节方面,即一个人为了实现预定的目的,克服困难,不断地调节、支配自己的行动的心理过程”。^②

2. 放任不是意志要素

对放任的理解,我想张明楷先生的表述是颇具代表性的。“所谓放任,简单地说是对于危害结果持听之任之的态度。具体地说就是,在当时的情况下,行为人对危害结果是否真的要发生,处于一种不能肯定的状态,行为人既不是希望危害结果的发生,也不是不希望危害结果的发生,但又不阻止危害结果发生,而是听任危害结果的发生,结果发生也可以,不发生也可以,两种结局都不违背行为人的意志。”^③根据前述对意志含义的界定,放任显然不具有心理学意义上的意志特征,在刑法罪过诸形式中,真正堪称意志心理的只有希望故意和轻信过失。意志心理揭示的是一种积极的心态,而放任表现的是一种对附属危害结果消极(包括模糊和否定)的态度,行为人并没有任何使危害结果发生的刻意努力,因而欠缺目的性。其实,张明楷的表述本身在逻辑上就值得商榷,“两种结局都不违背行为人的意志”,这无异于在说,行为人缺乏意志。两个互为否定的结果不可能同为行为

① 杨清著:《心理学概论》,吉林人民出版社1981年版,第475~476页。

② 北京师范大学、东北师范大学、西南师范大学、陕西师范大学:《普通心理学》,陕西人民出版社1982年版,第461页。

③ 张明楷著:《犯罪论原理》,武汉大学出版社1991年版,第263页。

人的意志,因为,意志心理的目的指向是明确的,意志的品质就在于不达目的不罢休的高度的自觉性和自制能力。意志只有有无,不存在两可。

为了迎合心理学上的意志含义,我国有的学者将放任解释为:“行为人为追求某种目的而不顾危害社会结果发生的心理态度。”^① 这样的解释似是而非、失于牵强。诚然,任何行为都有目的,但这只是针对刑法评价之前的行为事实而言才是正确的。在间接故意里面,行为人所追求的目的结果和放任的实际发生的结果是两个不同的东西,不能将对意志结果的目的嫁接到附属结果上面来。储槐植先生曾经敏锐地指出:“犯罪主观心态中的目的限于对危害结果的追求,而非泛指与危害结果有一定联系的行为目的。”^② 这种强调犯罪构成目的与自然行为的目的相互区分的思考模式,颇值称道,尽管该命题因将具有刑法意义的行为目的等同于刑法上予以非价的犯罪目的而存在严重的缺陷(见后文论述)。放任所要描述的是对实际发生的结果的心理态度,这一点从论者一再强调的结果性是构成间接故意犯罪的一个不可或缺的要件也可看出来。

(二)放任属于情感因素

在心理学上,情感指的是一个人对当前所面临的事物与自己正在进行的活动或已形成的思想意识之间的关系的切身体验或反映。前苏联心理学家捷普洛夫曾经精辟地指出,情感就是

① 高铭喧主编:《刑法学原理》(第二卷),中国人民大学出版社1993年版,第45页。

② 储槐植著:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第338页。

“一个人对于自己所认识的或所操作的事物所持的态度的体验”。^① 该定义在肯定了情感和一个人对于一定事物所持的态度存在密切联系,指出情感是人由于一定事物的影响而在主观方面所感受到的一种体验的同时,强调了情感过程的非独立性,即对认识过程、意志行动的依附性、伴随性。

首先,情感因素受制于认识过程,情感过程必须建立在认识过程的基础上,情感过程伴随着认识过程而产生。人们的认识活动,总是与自己的态度、愿望相结合的。人们对事物的情感过程,正是对此事物进行判断与评估的过程。情感产生于当前事物与过去经验的比较:这里所谓的“过去经验”,是过去的认识在记忆中的保留。一个新异刺激的出现,人们必然要动员起全部经验对它辨认,把它纳入已有经验中进行编码。如果它与以往的认识相符合,即产生肯定的情感,反之,产生否定的情感。可见,认知过程是影响情绪的前提性因素。其次,情感因素伴随意志行动的始终,影响着意志行动的选择和执行,但意志心理不是消极被动的,具有充分的自觉性和自制力,意志心理可以调节、控制情感而克服、排除消极、否定的情感干扰。同时,任何情感都不是凭空发生的,而是在人的意志行动(包括认识活动)中发生和发展起来的。

放任不具有意志品质,这是上文已经论述过的,那么将放任理解为故意的情感因素,理由何在呢?笔者认为,这是由放任本身诸特点决定的。

1. 放任的依附性

关于直接故意和间接故意的区分,现在英美法系刑法理论

^① 杨清著:《心理学概论》,吉林人民出版社1981年版,第410页。

一般认为是由杰米·边沁最早提出来的。他认为:“一个结果,当它是故意引起的时候,既可以是直接故意,也可以是间接故意。当预期产生某种结果构成促使行为人决心实施其行为的因果锁链中的一个环节时,就可以说,行为人对这一结果的态度是直接故意或直接产生的故意。当结果虽然是预料中的,并且是在行为的实施过程中很可能伴随出现的,但预期产生这种结果不构成上述因果锁链中的一个环节时,就可以说,行为人对该结果的态度是间接故意或伴随的故意。”^① 为此,他举例说道:嫉妒的丈夫撞见了他的对手,作为永久性报复,他使对手肢体残废。这种做法导致死亡。在这种情况下,杀人的故意并不是强烈、绝对的。一个猎人看见一只鹿与一个人离得很近。他知道射击鹿时可能击中这个人,但是他开了枪并且使人被杀害。在这种情况下,杀人行为是自愿的,但杀人的故意是间接的。^② 格兰威尔·威廉斯谈到间接故意(他所指的是明知,仅限于我国刑法中的明知必然性的放任)与直接故意的区分时,不失形象地指出:“其结果不是你直接追求的目标,但你把它作为你的直接故意(希望故意)的不可避免的和‘必然’伴随的副产品而予以接受。行为有一对孪生的结果,甲和乙,行为人所要的是甲,并准备接受那不是所希望的孪生的乙。”^③

从边沁和格兰威尔·威廉斯的论述中,我们可以明显地发现,放任作为一种心理现象,不具有独立存在的品格。它依附在

① (英)鲁珀特·克罗斯、菲利普·A. 琼斯著:《英国刑法导论》(中译本),中国人民大学出版社1991年版,第30页。

② (英)杰米·边沁著:《立法理论——刑法典原理》(中译本),中国人民公安大学出版社1993年版,第10页。

③ (英)格兰威尔·威廉斯:《论间接故意》(中译本),载《法学译丛》1988年第六期,第10页。

直接故意行为之中,放任故意的责任源于希望故意行为,属于希望故意的派生责任。对此,我国学者已有充分的认识。比如,王作富先生就明确地指出:关于直接与间接之别,或许只能由目的与意志的关系加以说明。对于行为人来说,行为的目的是其积极追求的结果。由此,刑法理论把这一心理态度视为直接故意。而放任不过是希望的派生意志,行为人放任的结果只是其追求的直接结果的附属结果,是实现直接结果的“代价”,即所谓间接的结果,派生的结果,据此,刑法理论才把行为人对间接结果的放任心理视为间接故意。^① 尽管笔者反对将放任视为意志的理解,但论者所指出的放任的派生性、附属性是值得赞许的。有些论者还对放任的具体形态进行了探讨,将放任的主行为分为两大类:一是合法行为;二是违法行为(包括一般违法行为和犯罪行为)。有的学者还将突发性犯罪行为也列入放任之列。无疑,这些探讨对于间接故意的深化研究是大有裨益的。

2. 放任的心理过程不完整性

心理过程包括知、情、意三过程。放任的心理过程不完整性指的是,间接故意的心理过程被阻断在情感过程,欠缺意志过程,相对于一般的行为心理而言,是不完整的。

前述已经提到,情感影响意志行动,但情感的影响作用不是绝对的,而是相对的、有限的。在人的行为中,起决定性作用的是人的意志心理。将直接故意行为(主行为,包括合法行为和一般违法行为)的心理和放任心理作一比较,我们将很容易地发现,放任的实质在于,行为人为了实现主行为目的,而听任主行

^① 高铭暄主编:《刑法学原理》(第二卷),中国人民大学出版社1993年版,第52页。

为可能引起的附属结果的发生,尽管该附属结果的发生不是行为人所希望(欲)(甚至是希望不要发生)的。这反过来说明,行为人对附属结果的放任心理并没有影响到行为人实施主行为的意志心理。主行为依旧按照其原来的设想进行下去。也就是说,放任心理并没有发展为意志活动,主行为所产生的附属结果与行为人的放任心理并不存在因果关系,而附属结果的原因应从主行为的心理中去找寻。在此,笔者有必要指出的是,因果关系和行为人对附属结果发生与否的态度是不同的,否认放任心理和实际上发生的附属结果之间的因果关系,并不等于否认放任的态度体验本身。

我国有的学者将放任心理表述为:在间接故意的情况下,行为人开始所抱的意志形态的确是不希望危害结果的发生。但是,这种不希望并不是放任意志形态的真正含义。任何间接故意犯罪,都是以追求这种目的结果为前提的。正是这种目的结果,导致了行为人原先的不希望意志形态发生性质上的变化。这种变化表现为:本来行为人既然明知自己的行为会发生某种危害结果,也不希望这种结果发生,那么,只要停止实施预定行为,危害结果自然不会发生。但是,行为人为了追求另一目的结果,执意实施预定行为。这时,他主观上就会产生一种矛盾,即既不希望危害结果发生,又想实施会引起这种结果发生的行为。有矛盾必有斗争。一旦斗争的结果仍然是决意实施预定行为,于是原有的不希望意志形态自行消失,转化为对危害结果的发生抱听之任之的放任意志形态。^① 该表述现已成为我国阐释放

^① 参见赵国强:《论刑法中的故意》,载《全国刑法硕士论文荟萃(1981届—1988届)》,中国人民公安大学出版社1989年版,第229页。

任心理的经典范本,具有广泛的影响。但笔者不以为然,并深以为忧。不以为然的是国外早就有同样观点:比如洛克信的決定說、福利許的風險故意說;深以為憂的是該理論直接為危險的“縱容說”準備了理論資源。

3. 放任的他行為性

意志與人的行為是緊密聯繫在一起的,意志寓於人們的認識和實踐活動之中,同時對人們的認識和實踐活動進行控制和調節。心理學通常將這兩者合稱為意志行動。放任心理被阻斷在情感過程,而沒有綿延到意志過程(或者說,伴隨著對附屬結果可能或者必然發生的認識而產生的否定、消極的情感體驗,沒有對行為人的意志行為造成影響,反而被行為人的意志心理克服了),說明了不存在放任意志,因而也不存在放任行為。放任只是對可能的(必然的)結果的放任,放任行為是一種擬制的行為。我國台灣學者許玉秀在放任故意稱謂問題的論述中表達了同樣的看法,明確指出“間接故意原本即為一種擬制的故意”^①。

對放任行為性的否定,是否會導致懲罰犯意,違背主客觀相統一的行为責任原則呢?筆者認為非但不会,而且有利于更好地貫徹行為責任原則。否認放任的行為性,是為了更為真實、生動地揭示間接故意犯罪的構成要件。放任心理與附屬結果的心理聯繫,是通過認識獲取的,而放任心理與附屬結果的責任聯繫,是通過意志行為(主行為)這一中介建立的。放任心理的他行為性,決定了結果現實發生對間接故意構成的關鍵意義,這一點對於意志行為是合法行為或者一般違法行為的情況尤為重

^① 許玉秀:《客觀的故意概念——評德國的間接故意理論》,載台灣地區《政大法學評論》第四十八期,第49頁。

要。放任心理的他行为性,有力地驳斥了德国学者许乐德的危险故意理论(下文将有专门讨论),同时对持间接故意不存在未遂主张的学者而言,提供了重要的理论支持。间接故意不存在未遂,在我国理论和实务中都得到了广泛的认同,但显然缺乏令人信服的理由。比如,有的学者认为,“正是因为行为人所放任的结果实际发生了,我们才可以查明行为人在主意志之外还派生了直接意志,才能认识放任意志的社会危害性。如果行为人所放任的危害结果没有发生,我们只注意行为人的主意志性质,无从发现与评价其间接意志,这是不言而喻的”。^①这种仅从能否查明来决定是否构成间接故意,显然没有触及到间接故意真正的归责依据。而根据放任的他行为性理论,如果主行为没有引起附属结果的现实发生,说明放任仅仅是一个人的内心体验,还没表现为行为,无从谈起社会危害性问题;如果所放任的附属结果实际发生了,说明该放任心理通过主行为这一媒介已经具有了现实的社会危害性。所以,附属结果尚未发生,是实体上社会危害性不存在的问题,而非程序上无从判断之问题。

综上所述,我们可以得出如下结论:放任不具有意志品格,因而不属于意志因素。放任是一个人对有认识的可能(或者必然)发生结果事实的态度体验,说明了放任是一种情感因素。而放任仅仅是一种情感因素而非其他,取决于放任心理对意志行为(主行为)的无效性(间接故意心理过程的不完整性)以及放任结果的他行为性,其中,放任结果的他行为性,为阐释间接故意责任不存在未遂形态提供了最好的理论依据。而传统理论将放

^① 高铭喧主编:《刑法学原理》(第二卷),中国人民大学出版社1993年版,第60页。

任因素作为故意的意志要素,与刑法上犯罪心理的知、意二分及“法不管情”的传统思考模式是分不开的。

以上对放任心理的讨论,主要是从间接故意的内部联系展开的。为了准确地把握放任的心理实质,对刑法中的几种罪过形式(由于疏忽大意的过失仅有规范上的意义,并不具真实的心理活动^①,故本文不拟探讨)进行全盘审视,比较各自在心理结构及心理发生机制上的异同,将是很有必要的。下面的论述即出于这方面的考虑。

(三)三种罪过心理之比较

首先,对心理学所揭示的一般性抽象的认知和情感、意志(下面为了论述的方便,借鉴台湾刑法的做法,将情感因素、意志因素合称为意欲因素)的形成过程,即认知在前,意欲在后,与刑法中所关注的罪过的具体的认知与意欲的形成过程的关系研究,不能教条地运用马克思主义辩证法的一般原理进行空泛、肤浅而无的放矢的解释,我想这一点将对直接故意、间接故意乃至有认识过失的深入研究具有重要的方法论意义。这并不表明笔者对心理学和哲学的一些基本原理产生了怀疑,而只是希望这样能够把一些个性问题的内在本质更好地揭示出来。

1. 直接故意

认知和意志关系一般原理认为,我知道什么和我要什么是

^① 我国学者陈兴良先生运用弗洛伊德的潜意识理论对疏忽过失进行了有益的探讨。参见陈兴良著:《当代中国刑法新理念》,中国政法大学出版社1996年版,第275~280页。笔者囿于学力,对此心理现象尚无力展开研究,而笔者所谓的疏忽过失“不具真实的心理活动”的命题,是在意识、显意识意义上而言的。

可以区分的,但我知道什么,知道得多清楚,会影响意欲的强度,从而影响行动的决定,这是一般性认知与意欲的关系。在刑法上反映这种一般认知和意欲(或欲)关系的,是间接故意和有认识过失的形态。在直接故意中的认知与意欲关系刚好相反,是意欲影响认知,例如甲从未使用过枪,拿枪的手直发抖,却拿枪朝着正在跑步的乙射击,丙与乙同行跑步,丁劝甲别傻了,不但杀不了乙,还会吃官司坐牢,甲却执意一试,不料竟一枪中的,只是倒地的是丙。该案在定性上不存在任何疑问:甲的行为对乙构成直接故意未遂,对丙构成间接故意。该案的特点在于,乙和丙发生构成要件事实的风险程度相同,甲认识到乙、丙的死(或者不死)的概率是一样的。但甲不顾这种认知,在射杀乙的意欲支配下,执意地实施了射击行为。这说明,在直接故意中,是意欲影响、决定着认知,而非相反。在意欲异常强烈的情况下,即使危害结果发生的可能性非常小,行为人仍然很有可能实施危害行为。

有人也许会反驳:没有对行为性质及其结果的认识,情感体验和意志心理将无从谈起,一个人也不可能做出任何行为。显然,该论断千真万确,但毫无意义。在一般性抽象的认知和意欲的形成过程来看,认知在前,意欲在后,无可辩驳。但在规范意义上的具体的直接故意的认知和意欲的形成过程中,顺序是颠倒的:认识到某个人死亡对自己有什么好处,再形成杀人意思,这里的认识仅是动机性认识,只有在杀人意思支配下的对具体行为的认识 and 选择,才是构成要件层面的认识。

2. 间接故意

在间接故意这种一般性认知(知)与情感(欲)的关系类型之下,放任情感是随着对附属结果的认知而产生的。自然,行为人