



海峡两岸犯罪故意之比较研究

赵秉志 左坚卫

犯罪故意，作为体现行为人主观恶性的最重要心态，自古便受到统治者的重视。早在夏朝，统治者便规定了“宥过无大，刑故无小”《尚书·大禹谟》，转引自孙明编：《中国刑法之最》，中国人民公安大学出版社1994年版，第65页。的量刑原则，意为对于过失犯罪，后果再严重也可以从宽处理；而对于故意犯罪，后果再轻微也要处以刑罚。西周司法官也认为“人有小罪、非眚，乃惟终，……不可不杀。”《尚书·康诰》，转引自孙明编：《中国刑法之最》，中国人民公安大学出版社（北京）1994年版，第65页。意为行为人犯了轻罪，如果是故意的，并且一贯如此，就不能不予以刑杀。到晋代已确定了“论罪务本其心”陆心国著：《晋代刑法志注释》，群众出版社1986年版，第84页。的定罪量刑原则，意为定罪量刑一定要考察行为人的主观意图。随着刑法理论的发展，犯罪论体系逐步确立，犯罪故意作为犯罪主观要件之一，在犯罪构成体系中确定了不可动摇的地位。特别是在注重刑罚个别化的现代，作为行为人主观恶性集中体现的犯罪故意心态，尤其受到重视。

但是，犯罪故意这个古老的问题，并没有随着时间的推移变得陈旧，反而给人一种历久弥新之感，也没有随着时间的推移变得清晰明了，反而随着相关学科的不断发展而问题层出。这是因为犯罪故意揭示的是行为人实施犯罪时的心理态度，它涉及的范围极广，跨越刑法学、哲学、心理学、伦理学、社会学等众多科学领域。对犯罪故意研究的深入有赖于这些相关学科的发展，而这些相关学科特别是心理学、社会学研究依然十分活跃、不断深入。这使得对犯罪故意的研究依然存在极大的潜力，有着诱人的魅力。

中国大陆刑法与台湾地区“刑法”，可以说在法律文化传统上同源而在法律制度的发展上分流。两者同属中华法系，无疑都受到中华传统法律文化的浸染。同时，两岸刑法都制定于20世纪，都借鉴了现代外国刑法的体例和模式，两岸刑法中关于犯罪故意的规定亦莫能外。但两者直接借鉴的主要对象又不相同。台湾地区刑法关于犯罪故意的规定，主要是参考了德、日刑法典；中国大陆刑法关于犯罪故意的规定，主要是参考了苏俄刑法典。德、日刑法典是大陆法系的典型，苏俄刑法典是社会主义法系的代表，两者各有千秋。中国大陆刑法与台湾地区刑法在犯罪故意的规定上同样各具特色，对两岸犯罪故意的立法与理论比较研究，探讨二者的优劣得失，以取长补短，无疑会有助于两岸关于犯罪故意的立法及理论的发展与完善。

一、犯罪故意之立法沿革与现状

台湾地区现行“刑法典”，是1935年1月1日公布的《中华民国刑法》，它以1928年的《中华民国刑法》为蓝本修订而成，此后只作过6次比较细微的修改，一直适用至今。1928年的《中华民国刑法》总则第四章“刑事责任及刑之减免”中，对犯罪故意作了专门规定：“非故意之行为不罚。”（第24条）“犯人对于构成犯罪之事实明知并有意使其发生者为故意。犯人对于构成犯罪之事实，预见其发生而其发生并不违背犯人本意者，以故意论。”（第26条）台湾地区现行“刑法”关于故意的规定与1928年刑法相比，在内容上几乎没有变化，也规定在刑事责任章中。仅在表现上存在以下两处小差别：一处是旧刑法中“非故意之行为不罚”改为“行为非出于故意或过失者，不罚。”（第12条第1项）；另一处是将1928年刑法中的“犯人”改为“行为人”。

中国大陆刑法的法律渊源，可以上溯到1949年以前中国共产党领导的新民主主义革命时期。但是，在整个

新民主主义革命时期，刑事立法都是以单行刑事法律的形式出现，没有体系结构完整的刑法典。各种单行刑事法律，都是针对一类或几类犯罪而制定，如《惩治反革命条例》、《政府工作人员惩办条例》等。这些单行刑事法律没有总则，也就没有关于犯罪故意的规定。因此，中国大陆刑法关于犯罪故意的规定，只能追溯到1949年以后的历次刑法草案。1950年的《中华人民共和国刑法大纲(草案)》第八条第一款第一项规定：“故意的犯罪行为，系指犯罪人明知自己行为之危害社会的结果，而希望或放任其发生者。”赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社1997年版，第1421页。以后的历次刑法草案都沿袭了这一规定的精神，只是在文字表现上或其所在章节中有所变动。至1957年刑法草案第22次稿即《中华人民共和国刑法草案(初稿)》时，犯罪故意的规定已完全确定参见赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社1997年版，第1449页。。

1979年7月1日通过、7月6日公布、1980年1月1日起施行的刑法关于犯罪故意的规定，采用的便是刑法草案(初稿)的表述，其具体规定为“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。”(第11条)中国大陆立法机关在1997年修改1979年刑法时，原样保留了该规定。

二、犯罪故意之概念

台湾地区现行“刑法”在总则第二章刑事责任中，明文规定了犯罪故意的概念：“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。”(第13条第1项)“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。”(第13条第2项)。前者是对直接故意的定义，后者是对间接故意的定义。

中国大陆刑法没有直接规定犯罪故意的概念。只在总则第二章犯罪第一节犯罪和刑事责任中规定了什么叫故意犯罪：“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。”(第14条第1款)由此引申出刑法理论通说中犯罪故意的概念：“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的一种心理态度。”赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社1997年版，第132页。

比较分析两岸刑法的有关规定可知，二者有以下共同之处：第一，两岸关于犯罪故意的规定都被置于刑事责任部分。这实际上反映出两岸刑法理论的一个共同点，即都把故意作为行为人对其行为承担刑事责任的主观要件。只是这一共同要件在大陆法理论中被置于犯罪构成主观要件之内，在台湾地区刑法理论中则通常被置于有责性之内。第二，两岸刑法中的犯罪故意都由认识因素和意志因素两部分构成，即不但要对构成犯罪的事实有认识，而且对事实的发生要有希望或者放任的态度，才能认定具有犯罪故意。

同时，二者又存在以下不同点：第一，中国大陆刑法中的犯罪故意是一个实质概念，它揭示了犯罪故意的本质特征，即对行为的社会危害性的认识，它是心理事实和评价的统一。台湾地区刑法中的犯罪故意则是一个形式概念，它揭示的只是一种心理事实，仅是对构成犯罪事实的认识以及对这些事实发生的心理态度，并不包含对行为性质的认识。第二，规定方式不同。台湾地区刑法是在同一条文中单独列项分别对两种不同的故意专门界定，中国大陆刑法则把直接故意和间接故意混合规定在同一条款中。第三，在表现上存在较大差异。中国大陆刑法把犯罪故意概念隐含在故意犯罪的概念中，对认识内容的描述着眼于对危害社会的结果的认识；台湾地区刑法对故意作了专门界定，认识内容是构成犯罪的事实。另外，中国大陆刑法以“明知……会发生”表现犯罪故意的认识心理，台湾地区刑法则以“明知”和“预见”分别表现直接故意和间接故意的认识心理，以“有意”和“不违背其本意”分别表现直接故意和间接故意的意志心理。

对中国大陆刑法的犯罪故意概念，一般认为具有以下优点：第一，明确了犯罪故意蕴涵的公然危害社会的自觉意识，揭示出犯罪故意的社会政治本质。第二，概括出了犯罪故意的心理形式，以行为人的反社会意志为核心，坚持容忍主义。第三，使用了比较确切的辞句，突出表现在将犯罪故意的认识因素表现为“明知”。参见姜伟著：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社1992年版，第98页。但近年来，也不时有学者提出异议。归纳起来，主要是认为现行刑法规定存在以下两个方面的问题：第一，语义含混错误。具体表现在：(1)“明知自己的行为会”中的“会”字，本义是“可能”的意思，却必须理解为必然和可能两种情形，才能符合立法者原意。参见侯国云、薛瑞麟主编：《刑法的修改与完善》，中国政法大学出版社1989年版，第73—74页。(2)把直接故意和间接故意的认识因素都用“明知”来表现不妥，因为二者在认识程度上存在差别。参见赵秉志主编：《刑法修改研究综述》，中国人民公安大学出版社1990年版，第12页观点介绍。第二，内容不科学。具体表现在：(1)外延狭窄。根据刑法规定，只有“明知”会发生“结果”，才能构成故意犯罪，这表明所有故意犯罪均为“结果犯”，只有发生了法定结果才能成立犯罪既遂。然而刑法分则规定的故意犯罪并非都如此。因此，总则定义并没有涵盖分则的全部故意犯罪。(2)内涵偏差。根据

刑法规定，故意犯罪的认识因素还包含“明知”自己的行为“危害社会”，而实际上有些故意犯罪人并没有明知自己的行为危害社会，甚至以为自己的行为有益于社会。刑法的规定显然与实际不符。参见储槐植：“建议修改故意犯罪定义”，载《法制日报》1991年1月24日。

台湾地区刑法学界对台湾地区刑法中的故意概念争议较少，主要在两个方面存在一些分歧或异议：(1)台湾地区刑法关于故意概念所采的是希望主义还是容忍主义？台湾地区刑事判例解释以及大多数学者认为是希望主义。参见蔡墩铭主编：《刑法暨特别法(刑法理由、判解、决议、令函释示、实务问题)汇编》，台湾地区五南图书出版公司1990年版，第74页；蔡墩铭著：《刑法总则争议问题研究》，台湾地区五南图书出版公司1987年版，第161页；韩忠谟著：《刑法原理》，台湾地区1981年版，第203页；高仰止著：《刑法总则之理论与实用》，台湾地区五南图书出版公司1986年版，第255页；杨大器编著：《刑法总则释论》，台湾地区1992年版，第109页。但也有学者认为采用的是容忍主义。(2)“不违背其本意”语义不明。如林山田先生认为，台湾地区现行“刑法”关于间接故意的规定语义不明，对于行为人甘冒实现法定构成要件之危险，毅然决然地实施其行为，即使果实现法定构成要件，亦在所不惜之听天由命或容忍法定构成要件实现或听任构成要件该当结果发生等主观心态，并未能明确地显露出来。参见林山田著：《刑法通论》，台湾地区三民书局1989年第3版，第123—124页。

笔者认为，从立法技术上看，台湾地区刑法关于犯罪故意的规定在两个方面优于中国大陆刑法：第一，把直接故意和间接故意分别列项加以专门规定。这两种故意在认识因素和意志因素上均存在差别，把二者混合规定在同一条款中很难清楚准确地把两个概念的内涵都表达出来。从法条涵义尽量精确单一的要求出发，也以分别规定为妥。第二，对作为构成犯罪必不可少的主观要件之一的犯罪故意专门进行界定，与其在犯罪构成体系中的地位是相称的。中国大陆刑法在第13条已对犯罪下了定义，又在第14条和第15条分别规定故意犯罪和过失犯罪，似有重叠之嫌，并且使犯罪故意在刑法中无法以独立的面貌出现，与其在犯罪论体系中的地位是不相称的。因此，笔者认为在修改刑法时，应将直接故意和间接故意分别列出，并以独立的面貌出现，不宜依附于故意犯罪的定义而存在。

三、犯罪故意之构成因素

现代各国刑法中的犯罪故意基本上都由认识因素和意志因素两部分构成，祖国大陆与台湾地区刑法中的犯罪故意同样如此。因此，笔者亦从这两方面对两岸犯罪故意构成因素进行比较。

(一)犯罪故意之认识因素

认识因素是犯罪故意之前提因素，有“明知”才能“故犯”，因此首先必须对其加以探讨。认识因素又包括认识内容和认识程度两部分。

1 犯罪故意之认识内容

“明知自己的行为会发生危害社会的结果。”这就是大陆刑法第14条对犯罪故意认识内容的概括表现。台湾地区刑法规定的则是“构成犯罪的事实”。似乎二者的内容截然不同。但是，比较犯罪故意的认识内容，决不能仅局限于刑法条文的字面规定。正如大陆有学者所指出的，刑法只是概括提到“明知自己的行为会发生危害社会的结果”，而这种结果同犯罪客体、客观要件等事实是紧密联系的。因此，在具体犯罪中，明知必然表现为与此相联系的其他犯罪要件事实的认识。这样，两岸刑法界对犯罪故意的认识内容的观点是基本一致的，即都认为犯罪故意的认识内容是构成犯罪的要件事实。但是，对于究竟是认识到哪些要件事实，则存在分歧。

中国大陆刑法学界通说认为，成立犯罪故意，必须认识、预见关于该种犯罪构成的客观特征的一切情况，包括如下内容：(1)关于犯罪客体的事实情况。(2)关于犯罪客观方面要件的事实情况。其中，危害行为是所有犯罪必须认识的事实情况，危害结果以及危害行为与危害结果之间的因果关系是结果犯必须认识的事实情况。(3)在行为原来并非法律所禁止，后又特别法规定为犯罪的情况下，还要有对违法性的认识参见高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第126—127页。。但有些学者认为，犯罪结果应当是每一犯罪故意必不可少的认识内容参见陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第160—161页；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1991年版，第306页。。另外，有的学者认为违法性应当是所有犯罪故意都必须具备的认识内容参见冯军：“论违法性认识”，载赵秉志主编：《刑法新探索》，群众出版社1993年版，第241—271页；齐文远：“论犯罪故意的构成因素”，载《青年法学》1986年第2期。。还有个别学者认为表明犯罪主体的事实也属于犯罪故意的认识内容参见齐文远：“论犯罪故意的构成因素”，载《青年法学》1986年第2期。。

台湾地区学者一般认为，行为人必须对全部构成犯罪的事实都有认识，才能具备故意。具体地说，必须认识到以下内容：(1)行为主体；(2)行为；(3)行为之时期；(4)行为时之情节；(5)行为之客体；(6)行为之结果；(7)行为与结果之联络关系及其他法定事实参见洪福增：“故意论”，载台湾地区《刑事法杂志》第

16卷，第1、2期，第36页；林山田著：《刑法通论》，台湾地区三民书局1989年第3版，第120—121页；蔡墩铭：“判解研究犯罪故意与加重事实之认识”，载台湾地区《刑事法杂志》第24卷，第6期。有的学者还认为，行为人必须对其行为的性质，即行为的应受非难性有认识，或者对行为的客观侵害性有认识，才能构成故意参见洪福增：“故意论”，载台湾地区《刑事法杂志》第16卷，第1、2期，第36页；韩忠谟著：《刑法原理》，台湾地区1981年版，第200页。台湾地区学者多数认为要有违反法律的一般认识，至少要知道其行为缺乏法律上的正当性，即不存在违法阻却事由，才能构成故意参见洪福增：“故意论”，载台湾地区《刑事法杂志》第16卷，第1、2期，第40页。但有的学者认为，行为的违法性本身不是行为情状，不属于不法构成要件的内容，故没有认识的必要参见林山田著：《刑法通论》，台湾地区三民书局1989年第3版，第121页。多数学者认为，只有在结果犯中，行为结果才属于故意的认识内容持这种观点的学者有洪福增、韩忠谟、林山田、蔡墩铭、高仰止先生等。

比较分析两岸关于犯罪故意认识内容的各种观点，可知两岸学者都认为应该认识到的内容有：(1)行为；(2)结果犯中的行为结果；(3)结果犯中行为与行为结果之间的因果关系；(4)某些犯罪中行为的时间、地点、手段。存在分歧的有：(1)行为的主体；(2)行为客体；(3)社会危害性；(4)违法性；(5)危害结果是否为所有犯罪故意都必须具备的认识内容；(6)行为的客观侵害性；(7)行为的应受非难性。这表明，基本上没有争议的认识内容仅仅是犯罪客观方面诸客观事实特征。犯罪主体、犯罪客体以及说明行为性质的内容是否为故意的认识内容，均存在争议或分歧。

笔者认为，第一，主体不是犯罪故意的认识内容。对主体的认识，实际上就是对自身年龄、身份、责任能力等情况的认识。对这些情况认识与否，并不影响行为人对其行为的社会危害性的认识。行为人的年龄、责任能力属于承担刑事责任的前提条件，只要行为人具备了这些客观条件，不论他本人认识与否、认识是否正确，都不会使他对犯罪客观事实特征的认识产生影响。行为人对自己身份的认识只会影响到他对此罪与彼罪的认识，不会影响到他对行为是否具有社会危害性的认识。

第二，说明犯罪客体的事实属于故意的认识内容。大陆刑法理论中的犯罪客体与台湾地区刑法理论中的犯罪客体是两个内涵不同的概念，前者指为刑法所保护而为犯罪所侵害的社会关系，后者指犯罪对象。大陆刑法理论中的犯罪客体是一种理论抽象，要求行为人认识到是不现实的。但是犯罪客体是犯罪构成要件之一，对有关说明犯罪客体的事实，如犯罪对象缺乏认识，将影响行为人对其行为性质的认识，因此，说明犯罪客体的事实属于故意的认识内容。

第三，行为结果是所有犯罪故意的认识内容。认为只有结果犯才需要认识到行为结果的理由是：“行为犯因无待于结果之发生，故无认识‘结果’之必要”林山田著：《刑法通论》，台湾地区三民书局1989年第3版，第21页。肯定观点则认为，结果分为认识结果与实际结果。行为人对危害结果有无认识、是否要求其认识是一回事，法律在构成要件的客观方面是否以一定的危害结果作为必要要件是另一回事，不能因为法律不以危害结果为必要条件，否认行为人主观上对一定的危害结果必须有认识参见陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第161页。笔者认为，肯定说的理由虽然驳倒了否定说的理由，但未能充分论证自己的观点，没有说明为什么危害结果是一切犯罪故意的认识内容。实际上，危害结果是一切故意犯罪行为必然会认识到的内容，理由是：行为人在实施一种故意行为时，在意志上必然表现为希望或者放任心态。在希望的心态下，行为人心中心必定存在一个想要实现的目标，这个目标，便是行为人观念中的行为结果，即危害结果，它显然已为行为人所认识。在放任心态下，更是以对行为结果有认识为前提，因为所有放任行为构成犯罪均以结果的发生为要件，没有对结果的认识便无对结果的放任。可见，无论在希望还是在放任心态下的故意行为，行为人都必然认识到了行为结果。

第四，社会危害性和违法性在故意的认识内容中二者必居其一。

社会危害性是大陆刑法理论对行为性质所作的带有政治色彩的评价。台湾地区刑法理论中无此概念，但与之相类似内容的论述还是存在的，如洪福增先生所称的行为的应受非难之性质参见洪福增：“故意论”，台湾地区《刑事法杂志》第16卷，第1、2期，第38—39页。韩忠谟先生所称的行为的客观侵害性等参见韩忠谟著：《刑法原理》，台湾地区1981年作者自版，第200页。它们都是带有价值取向的判断，都是指对某一客观事物造成损害或者构成严重威胁，都包含着对行为的否定评价。从这一角度来看，认为中国大陆和台湾地区均有学者认为社会危害性系犯罪故意的认识内容也未尝不可。但是近年来不时有学者对此提出异议参见储槐植：“建议修改故意犯罪定义”，载《法制日报》1991年1月24日；李心鉴：“刑法中违法性错误与故意的关系”，载《政治与法律》1990年第5期。

违法性认识指行为人对自己行为是否违背法律规定的认识。通说的观点认为违法是指违反一切法律规范。对违法性认识是否属于故意要素的探讨，实质上都是为了解决故意这种心态为什么应该受到非难的问题，即故意责任问题。正因为如此，所以中国大陆有学者认为，当社会危害意识被引入故意的认识内容之中

时，再对违法性认识进行探讨便没有多大的意义了。因为法律谴责犯罪故意的根据并不在于行为人的违法意识，而在于行为人的社会危害意识，社会危害意识是犯罪故意的实质内容，而违法意识无非是社会危害意识的法律形式。认定犯罪故意，应该从社会危害意识出发，不应从违法意识出发参见姜伟著：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社1992年版，第145页。。笔者基本同意这种观点，但认为问题尚未完全解决。违法意识与社会危害意识究竟是一种什么关系？有学者认为，二者之间的关系，可以这样概括：“行为人若有违法意识，必然具有社会危害意识，行为人若具有社会危害意识，则不一定具有违法意识，行为人不具有社会危害意识，当然也没有违法意识，行为人不具有违法意识，却不一定排除社会危害意识。”姜伟著：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社1997年版，第145—146页。笔者认为，二者的关系并非如此。理由是：所有危害社会与否的评价，均含有道德谴责的成分在内，而违法与否的评价，虽然多数也含有道德谴责的成分，但有时却不含这种成分。因为道德有其自身发展规律，并不随着法律的变化而同步变化。当立法者出于某种考虑把某种行为定为违法，而社会大众并没有认同立法者的这种考虑时，他们将仍以旧有道德标准来衡量这一行为。这时便可能出现法律评价和道德评价对立的情形，如除暴安良，劫富济贫，便是典型的例子。因此，违法判断与社会危害性判断是两种不同的判断标准，违法意识并不是社会危害意识的一种表现形式，有了违法意识不一定就有社会危害意识。以出于为民除害动机，杀死恶棍为例，行为人在杀人之后，可能会去公安机关投案自首，但是并不意味着他认识到社会公共道德谴责这种行为，而可能是认识到了行为的违法性。在这种情况下之所以仍然要追究行为人的刑事责任，是因为他认识到了行为违法竟然仍去实施，这是维护法制的要求。值得注意的是，近年来有台湾地区学者提出了实质违法性概念，其意指行为对于法规所要保护的法益的侵害性，认为如果行为人仅认识到其行为为法之所禁，而没有看到这样的行为的社会意义，那么行为人即欠缺不法意识参见黄荣坚：“刑法解题——关于不法意识及犯罪结构”，载《台大法学论丛》第21卷，第1期。。这实际上是说行为人只有既认识到行为的社会危害性，又认识到行为为法所禁止，才具有不法意识。这样必然会出现即便认识到行为为法所禁止并且实施之而不受追究的情况。例如杀死歹徒的行为人便可能知道杀人犯法却不知为什么法律不允许随意杀死歹徒；非法狩猎者可能知道他捕捉穿山甲违法却不知他的行为有什么害处。对这类行为一概不予追究似乎有碍情理并且破坏了法制——明知违法仍然故犯竟然不究，试问合理合法性何在？

那么，在行为人认识到了行为的社会危害性而没有认识到违法性的情况下，是否应当追究行为人的刑事责任呢？否定的观点认为，认识到社会危害性却没有认识到违法性的情形，主要发生在立法不完备，存在法律漏洞的场合。由于没有法律的规定，当然就不能使行为人负刑事责任。在司法中，如果直接根据社会危害性处理案件，则有破坏法治的危害。问题在于，行为人认识到了行为的社会危害性而没有认识到违法性的情况也会发生在法律虽有规定，但行为人并不知道法律有这种规定的场合。例如，甲为银行职员，违反规定为某外商乙开具信用状，乙利用所开信用状进行诈骗。有关部门召开秘密会议决定对乙采取强制措施。甲为了掩盖自己的失职，竟通知乙有关会议内容，催其逃走。甲并没有意识到自己的行为违反国家保密法，却很清楚乙逃跑会导致无法对其采取强制措施以挽回国家损失的危害后果。笔者认为，在这种情况下追究行为人的刑事责任是理所当然的。理由是：既然甲已经认识到了行为的社会危害性而仍然为之，就说明他具有反社会心理，就具备了非难可能性。在法律有规定的情况下，又具备了非难的法律依据，有什么理由不追究其刑事责任呢？此时行为人知不知道法律规定对是否追究其刑事责任已无意义。当然，我们主张严格遵循罪刑法定原则，在法律没有明文规定的情况下，即使行为人认识到了行为的社会危害性，也不宜追究其刑事责任。这实际上是一个是否可以类推定罪的问题。

基于上述理由，笔者认为，有了违法性的认识不一定有社会危害意识，有了社会危害意识也不一定有违法性认识；要构成犯罪故意，行为人在违法性认识和社会危害意识两者中必须具备一项，但二者都不是故意的必要认识内容。当行为人认识到了行为的违法性时，便不一定要再认识到行为的社会危害性；同样，当行为人认识到行为的社会危害性时，便无须再认识到行为的违法性。当然，在大多数情况下，行为人实际上都是既认识到了行为的违法性又认识到了行为的社会危害性。

综上所述，笔者认为，犯罪故意的认识内容包括：(1)行为的实际情况。它在不同的犯罪中有着不同的具体内容，必须认识到的内容包括明知做什么或正在做什么；在某些犯罪中必须认识到的内容有行为的方式，行为的时间，行为的地点等。(2)行为的结果。(3)行为与结果之间的因果关系。(4)说明犯罪客体的事实。这些事实主要指犯罪对象，其次指那些能够说明被侵害的社会关系的其他事实，如社会心理影响，社会正常秩序等。(5)行为的社会危害性或者违法性。

2 犯罪故意之认识程度

两岸刑法对犯罪故意的认识程度之规定存在较大差别，中国大陆刑法为“明知会发生”，台湾地区刑法分

为“明知”和“预见”。

中国大陆刑法中的“明知会发生”含义是什么?通说认为包括明知必然发生和明知可能发生两种情形参见高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社1982年版,第147页。。台湾地区刑法中的“明知”和“预见”之含义,有学者解释为:“认识之程度有深浅,其深者谓之明知,其浅者谓之预见。例如:认识虎咬人,为明知,认识犬咬人,则为预见。盖虎咬人,为必;犬咬人,为未必也。”参见郑健才著:《刑法总则》,台湾地区三民书局1985年版,第92页。还有学者解释为:“‘明知’谓对犯罪事实有认识。‘预见’谓依常识或日常生活之经验,可以想见者。”参见杨大器编著:《刑法总则释论》,台湾地区1992年3月第18版,第110页。

比较分析可以知道:第一,虽然中国大陆和台湾地区刑法中都有明知,但台湾地区刑法中的“明知”只适用于直接故意的认识程度,中国大陆刑法中的“明知”既适用于直接故意,也适用于间接故意的认识程度。第二,中国大陆刑法把直接故意与间接故意的认识程度混合规定在一起,都用“明知会发生”表现;台湾地区刑法则把两种故意的认识程度分开来,分别以“明知”和“预见”表现。

笔者认为,两岸刑法对犯罪故意认识程度的规定均存在需要完善之处。

中国大陆刑法规定的缺陷在于:第一,将两种故意的认识程度作完全同一的表现,容易使人产生误解和疑惑。实际上两种故意的认识程度是存在差别的。第二,“会”字的使用错误。该字本意为一种肯定判断,表示“肯定”的意思,例如“他不会不来”。是“他肯定来”的意思。“今天会下雨”是“今天肯定下雨”的意思参见《现代汉语词典》,商务印书馆1983年版,第825页。。至于人们日常口语中经常使用的“一定会”、“可能会”这种说法,其中的“会”字是多余的,并且是一种语病。中国大陆刑法中的“会”字已无法按其本意来理解,因而用在此处是错误的。在今后刑法修改中,有必要把两种故意的认识程度分别规定,并使用“一定”或者“可能”这类语义明确的措辞。

台湾地区刑法规定的缺陷在于:用“明知”和“预见”并不能区分出两种故意在认识程度上的差别。“明知”是明确知道的意思,“预见”则是预先料到将来的意思。二者的差别并不在认识程度上,而在于认识对象存在时间上。“明知”的对象,可以是现在的事物,也可以是将来的事物;“预见”的对象,则只能是将来的事物。如果“明知”的是将来的事物,便可以称之为“预见”。二者是一种交叉关系,难以用来作出认识程度上的区分。对于有的台湾地区学者的解释,笔者不敢苟同,如“认识虎咬人,为明知,认识犬咬人,则为预见。盖虎咬人,为必,犬咬人,为未必也。”果如此,岂不是“明知”的,均为必然发生的了?而直接故意,岂不是都认识到犯罪事实必然发生了?那种把预见解释为“依常识或日常生活之经验,可以想见者。”也是难以令人接受的。如果可以想见便成了预见,那么可以想见而实际上并未预见到岂不也可以构成故意了?显然这种解释已远离了预见的本意和法律原意。因此,台湾地区刑法对犯罪故意认识程度的规定亦不完善。在这一问题上中国大陆学者把认识程度分为必然发生和可能发生,似值得台湾地区立法者借鉴。

(二) 犯罪故意之意志因素

认识因素是犯罪故意的前提因素,有“明知”才能“故犯”。犯罪故意的意志因素,指行为人对其行为导致的危害结果的希望或者放任的心理态度。意志在台湾地区刑法理论中被认为是指“举动之发动停止之心的作用。”参见洪福增:“故意论”,载台湾地区《刑事法杂志》第16卷,第1、2期,第42页。两岸刑法学界均认为意志因素是确定犯罪故意的关键。

对犯罪故意意志因素,中国大陆理论和实务中用语比较确定,都是“希望”和“放任”。台湾地区刑法中使用的是“有意”和“不违背其本意”,理论上用语则较多样,有“希望、有意、决意、容忍、不违背其本意”等等。

根据中国大陆刑法对犯罪故意意志因素的规定,大陆学者一致认为,大陆刑法对犯罪故意的界定采用的是容认主义。台湾地区刑法学界少数学者认为台湾地区刑法采用的是容认主义,多数学者以及台湾地区判例解释都认为采用的是希望主义。

笔者认为,对于犯罪故意的意志因素,中国大陆刑法的规定是科学的,用语明确。倒是一些学者对这两个用语所作的解释反而令人费解。例如对于“放任”,中国大陆学者中存在以下几种解释:一是认为放任就是不希望危害社会的结果的发生,只是采取了听之任之的态度参见高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社1982年版,第148页。。二是认为放任既不是希望,也不是不希望危害结果的发生,而是采取漠不关心的态度参见陈建国:“试论间接故意杀人罪的构成”,载《法学杂志》1981年第2期。。三是认为放任可以表现为明显的不希望危害结果的发生,也可以表现为无所谓希望、不希望而听任危害结果发生参见夏卫民:

“间接故意浅析”,载《法学季刊》1982年第3期。。

笔者认为,第一,放任可以表现为明显的不希望危害结果发生的观点是错误的,它使间接故意与过失在意

志因素上混淆不清。第二，排除三种解释中的错误观点后，这三种解释实际上表达的是同一种意思。因为听之任之、听任、漠不关心的涵义在实质上并无差别。对某一事件漠不关心，必然会对该事件的发生采取听任的态度。第三，放任、听任、漠不关心属于同一层次的词语，以其中任何一个解释另一个词语，都不能将被解释的词语的涵义说得更清楚。而且放任作为刑法规定的一种特定的社会心理态度，体现着行为人不顾危害结果的发生，执意实施一定行为的意志倾向，非一般意义的听任、漠不关心所能描述。笔者认为，对放任的最合适的解释是：放任是一种介于积极追求和反对之间的，不计后果的心理态度。这一解释的前半部分，揭示了放任意志、希望意志和过于自信的过失意志的区别与联系，后半部分则揭示了放任意志本身包含的一种不顾危害后果发生，执意实施一定行为或不实施一定行为的内容。

笔者认为，台湾地区刑法把故意的意志因素表现为“有意”和“不违背其本意”，似不确切，有待完善。“有意”一词，可以理解为有某方面的意向，如“有意购买者请来面谈”，也可以理解为积极采取某种措施，如“有意使绊让人跌倒”。并不能让人明白无误地知道它是“积极追求”的意思。甚至存在表现上的错误。所谓“本意”，即本来意图，而意图是“希望达到某种目的的打算。”《现代汉语词典》，商务印书馆1983年版，第136页。不违背其本意，即不违背其希望达到某种目的的打算，也就是说，构成犯罪事实的发生，也符合其希望达到的目的，这不是希望又是什么呢？可以说，理论上和某些判例解释中认为台湾地区刑法在犯罪故意的界定上所采的是希望主义的观点，无不肇始于台湾地区刑法本身这种含糊其辞的规定。而这种观点是难以成立的。主要理由是：第一，希望作为刑法中故意的意思因素，其涵义是十分明确的，即积极追求某种危害结果发生的心理态度。如果把“有意使其发生”与发生也“不违背其本意”都理解为希望其发生，那么二者在性质上便没有差别，只是在程度上存在强弱了。以希望程度的强弱来区别两种形式的故意，这显然是不可取也是不可能的。第二，如果把“不违背其本意”理解为希望，那么许多在意志上表现为放任的危害行为都将被排除在故意犯罪之外。而实际上这种情形在台湾地区同样是作为故意犯罪处理。

可见，在措辞上，中国大陆刑法中的“希望”和“放任”与台湾地区刑法中的“有意”和“不违背其本意”相比，更为准确而不容易产生歧义。

四、犯罪故意之法定类型

两岸刑法都把犯罪故意分为直接故意和间接故意。只是台湾地区刑法理论上有时把直接故意称为确定故意，把间接故意称为或然故意或未必故意。

(一)直接故意

1 直接故意之概念

根据中国大陆刑法第14条规定，大陆刑法中的直接故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。根据台湾地区“刑法”第13条第1项的规定，台湾地区刑法中的直接故意是指行为人对于构成犯罪之事实，明知并有意使其发生之心理态度。除了在措辞上不同外，两岸刑法中的直接故意基本相同，在认识上都表现为对构成犯罪事实的明知，在意志上都表现为希望构成犯罪之事实发生。

2 直接故意之构成因素问题

中国大陆刑法理论和司法事实上，都认为直接故意在认识程度上包括认识到结果一定发生和认识到结果可能发生两种情形。台湾地区刑法理论上对这一问题没有专门论及，从对其他问题的论述来看，通说的观点是直接故意的认识程度普遍深于间接故意，但也包括认识到结果一定发生和可能发生两种情形。

按照两岸刑法的规定，直接故意在意志上都表现为积极追求危害结果的发生。但两岸理论上都有学者认为，在明知结果一定发生的情况下，即使是放任结果发生，也属于直接故意参见高铭喧著：《刑法总则要义》，天津人民出版社1986年版，第125—126页；黄荣坚：“刑法解题——关于故意及过失”，载台湾地区《辅仁法学》第8期，第163—164页。。这一问题容在间接故意中加以探讨。

3 直接故意与犯罪目的之关系

犯罪目的，指犯罪人希望通过实施犯罪行为达到某种危害结果的心理态度。在台湾地区刑法中，目的与意图含义相同，都是指基于犯意而为犯罪行为之希图。与中国大陆刑法中犯罪目的的含义一致。

关于直接故意与犯罪目的的关系，中国大陆刑法学界存在两种观点。第一种观点认为，犯罪目的是希望意志的核心，反映着直接故意的心理内容，是直接故意的当然组成部分参见姜伟著：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社1992年版，第173页。。第二种观点认为，犯罪目的表现为两种情况：一是行为人把犯罪行为所造成的危害结果作为其追求的直接目的，这种目的构成犯罪的直接故意的内容。二是行为人通过其犯罪行为造成一定的危害结果实现其追求的直接目的，以达到其最终目的。这种最终目的是刑法分则规定的某些犯罪构成的必要条件，不属于直接故意的内容参见高铭喧主编：《中国刑法学》，中国人民大学出

版社1989年版，第136页。

台湾地区学者认为，故意的成立，在原则上不以有目的为必要，但某些特殊犯罪，以目的为其构成犯罪要件参见洪福增：“故意论”，载台湾地区《刑事法杂志》第16卷，第1、2期。

笔者认为，就中国大陆学者所探讨的内容而言，第一种观点更为可取，即犯罪目的都是直接故意的内容。第二种观点将最终目的置于直接故意的内容。第三种观点将最终目的置于直接故意的内容之外，单独作为一种犯罪构成主观要件，致使这种直接故意无法反映这种犯罪在主观方面的全部特征，不免令人觉得有些缺憾。台湾地区学者从其犯罪论体系出发，着重探讨在目的犯中，目的属于主观违法要素，也是顺理成章的。

4 刑法分则中的“明知”型犯罪是否只能由直接故意构成

在两岸刑法分则中，都有某些条文载有“明知……”字样，被称为明知型犯罪。这种类型的犯罪是否只能由直接故意构成？在台湾地区学界存在争论。有人认为，凡刑法分则中规定以“明知”为意思要件者，非有直接故意不成立该罪。另有人反对这种观点，认为刑法总则中所称之明知与刑法分则所称之明知不同，前者是基本主观要件的基础之一，后者是一种特定主观要件。当犯罪必须具备这种特定主观要件时，刑法分则所规定的明知为第一次明知，刑法总则的明知为第二次明知。有第一次明知未必即有第二次明知。因此前一种观点是把刑法分则上的明知与刑法总则上的明知混为一谈了参见郑健才著：《刑法总则》，台湾地区三民书局1985年版，第96页。。

中国大陆学者没有从理论上专门论证刑法分则中的明知型犯罪是否只能由直接故意构成，但从学者对有关条文的分析中，可以推知有人并不认为这类犯罪只能由直接故意构成参见高铭暄等编：《中国刑法词典》，学林出版社1989年版，第732页。。

笔者认为，确定某种犯罪是否只能由直接故意构成，必须从直接故意的成立要件出发进行分析，只须看这种犯罪是否只能由希望的意志才能构成。在台湾地区刑法中，由于直接故意与间接故意的认识程度存在“明知”与“预见”之别，如果能确证分则条文中的“明知”含义与总则中的“明知”完全一致，自然可以推断为只能由直接故意构成。但两个“明知”的含义并不相同，因此单凭该词推断明知型犯罪只能由直接故意构成是错误的。而中国大陆刑法中，直接故意与间接故意的认识程度都是以“明知会”进行表现，则更不能凭分则条文有明知之规定便推断这种犯罪只能由直接故意构成。如前所述，“明知”是故意的前提，没有明知，故意便丧失了存在的基础。刑法强调“明知”，无非是指明行为人认识到某种决定行为性质的重要情况而故意实施，并不能引申出这种犯罪只能由直接故意构成的结论。

要确定这种犯罪是否只能由直接故意构成，必须分析这种犯罪是否可以在意志上表现为放任。这里涉及一个明知危害结果必然发生，是否仍然存在放任意志的问题。因为在明知型犯罪中，行为人显然知道一旦他实施某种行为，就一定会造成某种危害结果。例如窝赃者显然知道，一但他实施窝赃行为，必将导致赃物更难被司法机关查获的后果。重婚者，破坏婚姻者，徇私枉法者莫不如此。如果明知危害结果必然发生都属于直接故意，则刑法分则中的明知型犯罪都只能由直接故意构成；如果明知危害结果必然发生，仍然可以存在放任心态，则刑法分则中的明知型犯罪也可以由间接故意构成。对此问题，笔者将在下面的间接故意中加以探讨。

(二) 间接故意

1 间接故意之概念

根据中国大陆刑法第14条规定，大陆刑法界通说认为，间接故意是指行为人明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。根据台湾地区刑法第13条第2项规定，间接故意指行为人对于构成犯罪的事实，预见其发生而其发生并不违背其本意的心理态度。

除了表现上不同外，两岸刑法界通说关于间接故意的观点基本相同，表现为：第一，在认识程度上都只认识到构成犯罪事实的可能发生。第二，在意志因素上，都表现为一种介于积极追求和反对之间的，不计后果的心理态度。

2 间接故意之认识程度问题

关于间接故意的认识程度，在台湾地区刑法学界没有出现争议，学者们均认为要低于直接故意，只能是认识到构成犯罪事实的可能发生。在中国大陆刑法学界，关于间接故意的认识程度则存在较大争议，集中体现在行为人是否能够认识到危害结果必然发生。

中国大陆刑法对间接故意的认识程度之规定与直接故意一样，都是“明知会”，没有指明是一定还是可能，这样为理论上的争议埋下了种子。通说认为只能是认识到危害结果的可能发生，理由是，如果行为人预见自己行为的结果必然发生，那就不能说他对结果发生或不发生抱着听任的态度了。因为在这里，他的预见中根本不存在结果不发生的问题，从而也就不能说他是放任结果发生参见高铭暄主编：《中国刑法

学》，中国人民大学出版社1989年版，第128页。。另一些学者则认为，明知自己的行为必然发生危害结果而放任这种结果发生的心理态度也是存在的，这种情形也是间接故意参见朱华荣：“略论我国刑法中罪过的内容和形式”，载《法制建设》1984年第1期。。

笔者认为，间接故意在认识程度上只能是认识到危害结果的可能发生。正如有学者所指出的，放任心理只能建立在预见到事物发展客观结局的多种可能性和不固定性的基础上。行为人只有认为自己的行为可能发生、也可能不发生特定的危害结果，才谈得上放任这种结果的发生。对危害结果必然发生的认识和在此基础上犯罪决意，充分证明了行为人不是有意地放任危害结果的发生，而是以自己的行为向着自己确信必然会达到的目标努力，是在积极地追求危害结果的发生参见赵秉志：“简论直接故意与间接故意的划分”，载《江海学刊》1986年第2期。。

3 间接故意是否存在犯罪目的

间接故意是否存在犯罪目的，台湾地区刑法学界没有展开讨论。他们仅在目的犯中探讨犯罪目的，而目的犯显然都属于直接故意犯罪。

中国大陆刑法理论通说认为，犯罪目的是行为人希望通过实施犯罪行为达到某种危害结果的心理态度，而在间接故意犯罪中，行为人对发生的危害结果所抱的心理态度是放任而不是希望，因此不存在犯罪目的参见高铭暄主编：《中国刑法学》，第132页。。持这种观点的学者还作有以下补充论证：(1)犯罪目的的基本特征之一是对危害结果积极追求，而间接故意正好缺乏这一特征。(2)放任这样一种自身都不确定的心理态度，岂会存在确定的追求目标？(3)放任是行为人心理过程中的派生意志，是附属于希望意志及某种目的之从属意志，本身不可能有犯罪目的参见齐跃红：“认定间接故意应注意的两个问题”，载《法学评论》1986年第2期。。但另有人认为间接故意也有目的，有的认为放任本身就是目的，有的认为间接故意目的的不确定转引自李鑫、张明乃：“论间接故意犯罪”，载《法学杂志》1985年第2期。。还有人认为间接故意可以分为有犯罪意图的间接故意和非犯罪意图的间接故意参见施金庄：“间接故意犯罪简析”，载《政治与法律》1987年第4期。。

笔者认为，只要犯罪目的是行为人希望通过实施犯罪行为达到某种危害结果的心理态度，间接故意就不存在犯罪目的，因为间接故意中不可能产生出希望的心理态度。至于有人把间接故意作有犯罪意图和非犯罪意图之分，则是张冠李戴，把行为人对放任的结果以外的其他结果所持的意志态度，硬安在间接故意之上，制造出一个极易引起误解的“有犯罪意图的间接故意”概念，只能引起人为的混乱，殊不可取。

4 间接故意与过于自信过失之界限

间接故意与过于自信的过失，一个属于故意，一个属于过失，因此在处罚原则、责任大小上差别悬殊。但两者在对构成犯罪事实的认识等方面有不少相似之处，因而区别并不十分明显，有必要加以比较区分。

(1) 间接故意与过于自信过失之同异。

中国大陆刑法理论通说认为，过于自信的过失与间接故意的相同之处在于：两者都预见到危害结果的可能发生，都不是希望危害结果发生。

不同之处在于：过于自信的过失对危害结果的发生是不希望，间接故意对危害结果的发生和不发生都不存在希望参见高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第132页。。另有人认为两者在认识程度上仍然存在不同，理由是：刑法明文规定，在间接故意的情况下，行为人对于可能发生危害结果是“明知”，而在过于自信过失的情况下，行为人对于可能发生的危害结果在认识上只是“预见”。“明知”与“预见”从主观上看，对客观事物发展的认识程度是不一样的参见吉罗洪、何通胜：“试论间接故意犯罪与过于自信过失犯罪的异同”，载《法学杂志》1989年第1期。。

台湾地区有学者认为，刑法规定中的未必故意和有认识过失的同异是很明显的，相同处在于认识上都表现为“预见”，即行为人对于构成犯罪之事实虽无确实之认识，但是预知其可能发生；不同处在于未必故意中，行为人对于构成犯罪的事实之发生，所抱的是不违背其本意的态度，而有认识过失中，行为人所抱的是确信其不发生的心理参见洪福增：“论故意与过失之界限”，载台湾地区《刑事法杂志》第19卷，第6期，第1页。。

(2) 间接故意与过于自信过失之划分标准。

从理论上来看，间接故意与过于自信的过失是容易划分的，根据就是两者的不同之处，即在意志上是表现为放任还是轻信能够避免。但这种划分过于空泛，难以据此在实务中划分出行为人是持间接故意还是过于自信的过失心态。因此还必须找到更为具体的标准。

关于间接故意与过于自信的过失之划分标准，存在多种理论，主要有可能理论、盖然理论、容忍理论、漠然理论、防果理论、认真理论等参见黄荣坚：“刑法解题——关于故意及过失”，载台湾地区《辅仁法

中国大陆刑法学者在确定以是放任危害结果发生还是轻信能够避免作为划分间接故意与过于自信过失之标准后，具体指明，轻信危害结果能够避免，是指行为人采取积极措施或以存在其他实际情况为根据的，如果毫无实际根据，只是侥幸地认为不会发生危害结果，那就是放任危害结果发生，属于间接故意了参见高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第132页。。这实际上是容忍理论和防果理论相结合的标准。

笔者认为，间接故意和过于自信过失从认识程度上无法作出明确的区分。二者都只认识到危害结果的可能发生。虽然二者之间可能确实存在程度的差别，但是要想划分出一个明确的界限则是无法实现的。因为认识程度与意志态度是两种不同性质的因素，在“可能”这一程度的范围内，两者无法划上等号，这样从认识程度上也就无法直接推断出是何种意志态度。危害结果发生的可能性很大，但行为人采取了积极措施以防止其发生，这仍然是过于自信过失；危害结果发生的可能性比较小，但是行为人不采取任何措施防止其发生，这却是间接故意。因此，盖然理论无法对间接故意与过于自信过失作出划分。

在具体判断行为人的主观心态时，应当以容忍理论为基础，结合防果理论和盖然理论来划分间接故意与过于自信过失。行为人对于危害结果是采取放任的态度还是不希望其发生而轻信能够避免的态度，是确定属于间接故意还是过于自信过失之最根本标准，但这一标准过于空泛，所以应以防果理论和盖然理论加以补充。如果行为人采取了切实的行动来防止危害结果的发生，一般来说应当认为行为人只具有过于自信过失，除非有确凿证据证明行为人对危害结果存在放任心态；如果行为人没有采取任何措施以防止危害结果的发生，一般应当认为行为人具有间接故意心理，除非有确凿证据证明行为人根据当时客观条件认为危害结果不会发生。

在确定是否属于防果行为时，可以从分析行为目的是否在于保护可能被侵害的利益入手进行判断。例如持枪杀人时的瞄准被害人的行为，虽然是为了确保不射偏击中他人，但并不是防果行为，因为其目的不是为了保护第三人的生命利益，而是要确保杀死他所要杀的人。

由于间接故意和过于自信过失在认识程度上毕竟存在那种并不很明确的差别，而危害结果发生的可能性大小又是一个比较直观而容易把握的内容，所以在判断行为人是放任还是轻信能够避免时，还应该参考盖然理论。当危害结果发生的可能性非常大时，应倾向于认定为间接故意；当危害结果发生的可能性很小时，首先应该考虑的是过于自信过失。但盖然理论只能为判断行为人的意志态度提供一种思维方向，确定行为人对危害结果的发生是间接故意还是过于自信过失心态，还必须以容忍理论结合防果理论为标准。

五、犯罪故意之处罚

两岸刑法都把故意犯罪作为惩罚与预防的重点，作出了一些相对于过失犯罪来说更为严苛的规定。之所以两岸刑法都不例外地作出了这种规定，是因为两岸立法者都清楚地意识到了故意犯罪行为相对于过失犯罪行为人在犯罪主观方面表现出更大的人身危险性，因而对社会潜在的危害性也就更大，有必要重点加以防范。可见，两岸刑法对故意犯罪所作的特别规定，实际上是针对故意犯罪的主观方面而制定的，这突出体现在对那些客观危害结果相同的行为，由于行为人主观心态的不同，两岸刑法都规定了相差悬殊的法定刑。例如故意杀人与过失致人死亡，放火与失火，决水与过失决水，爆炸与过失爆炸，等等。

(一)对行为犯之规定

在两岸刑法分则中，都规定了许多行为犯，这些犯罪只要行为人实施了一定的侵害行为，无需造成危害结果，即可以构成犯罪既遂。而这类犯罪都只能由故意构成，例如，侮辱罪(中国大陆刑法第246条、台湾地区“刑法”第309条)，只要行为人实施了公然侮辱他人的行为，便可以构成本罪；伪证罪(中国大陆刑法第305条，台湾地区“刑法”第168条)，只要犯罪主体实施了作虚假陈述的行为，即可构成本罪。其他的还有诽谤罪、诬告罪、报复陷害罪等等。

(二)对犯罪预备、未遂和中止形态之规定

中国大陆刑法第23条规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。”其中“意志以外的原因”，一般认为意味着犯罪分子希望危害结果发生的。因此，只有直接故意犯罪才存在未遂形态。台湾地区刑法第25条第1项规定：“已着手于犯罪行为之实行而不遂者，为未遂犯。”同时该条第2项规定：“未遂犯之处罚，以有特别规定者为限。”根据台湾地区刑法分则所规定的各种处罚未遂犯的情形，台湾地区刑法也只有某些直接故意犯罪中才存在未遂形态。

中国大陆刑法第24条规定：“在犯罪过程中，自动中止犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。”台湾地区刑法第27条规定：“已着手于犯罪行为之实行，而因己意中止或防止其结果之发生者，减轻或免除其刑。”显然，两岸刑法对于中止犯的成立都要求必须是行为人自动而有效地防止了危害结果的发生，而在危害结果没有发生的情况下，是不存在过失犯罪的。因此犯罪中止形态也只能存在于故意犯

罪之中。

中国大陆刑法第22条规定：“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。”如果没有犯罪意图，也就无所谓为犯罪准备工具、创造条件，因此，犯罪预备形态只能存在于故意犯罪中。台湾地区刑法总则中没有关于犯罪预备的规定，但在刑法分则某些条文中作了特别规定，对预备犯也予以处罚，如第103条通谋开战罪等。根据这些规定，预备犯也只能存在于直接故意犯罪之中。

(三)对共同犯罪形态之规定

中国大陆刑法第25条规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”台湾地区刑法第28条规定：“二人以上共同实施犯罪之行为者，皆为正犯。”虽然没有明文规定共同犯罪只能由故意构成，但是根据有关司法解释和判例，显然只能由故意构成参见1965年释一 九，1930年上六九四，载《六法全书》，台湾地区五南图书出版公司1986年版，第558—559页。。中国大陆刑法在第26条第3、4款还规定：“对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪处罚。”“对于第三款规定以外的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。”台湾地区刑法虽然没有明文规定对主犯的处罚，但根据有关判例，参见1961年台一 六 ，载《六法全书》，台湾地区五南图书出版公司1992年版，第739页。共同正犯应当对其他共同正犯所实施的行为承担全部责任，这样实际上对共同正犯的处罚相对于单独犯来说一般也更为严厉。

(四)对累犯之规定

大陆刑法第65条规定：“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚；但是过失犯罪除外。”台湾地区“刑法”第47条规定：“受有期徒刑之执行完毕，或受无期徒刑或有期徒刑一部之执行而赦免后，五年以内再犯有期徒刑以上之罪者，为累犯，加重本刑至二分之一。”虽然台湾地区刑法没有规定累犯必须由故意犯罪构成，但理论上和实务中，一般都认为累犯的“再犯”是指故意“再犯”，不包括过失“再犯”参见郑健才著：《刑法总则》，台湾地区三民书局1985年版，第336页。。

根据两岸刑法对犯罪故意处罚的上述特别规定，可以知道二者遵循了一个相同的原则，即相对从重原则。这是主客观相统一的刑罚原则的必然要求。

（赵秉志系北师大刑科院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长；左坚卫系北师大刑科院暨法学院副教授、法学博士）

更新日期：2007-5-15

阅读次数：1066

上篇文章：海峡两岸精神障碍者刑事责任能力之比较研究

下篇文章：海峡两岸犯罪中止形态之比较研究

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号