

# 犯罪故意的古今流变

——兼评方法论意义上故意与过失的界分

陈 磊

**内容提要:**早自两千年前中国传统刑律就已经明确了故意犯罪和过失犯罪的责任区分,而在欧陆刑法告别结果责任还是近代以来的事情。犯罪故意的涵义在中国历史上经历了诸多变迁。在故意和过失的分界问题上,古代刑律人命犯罪“六杀”所蕴含的类型式思维模式,相较于今之刑法概念式二元界分模式,在方法论上有着重要的启示意义:故意与过失界限纠葛之解决,应以概念式思维为基本,以类型式思维为补充。古代刑律并非自觉而近于直觉地运用颇为近代法学推崇的类型思维模式,体现出中华法系的早熟和早慧。刑法立法和刑法解释可以考虑从传统刑律的本土资源中汲取营养。

**关键词:**犯罪故意 法学方法 概念式思维 类型式思维 六杀

陈磊,最高人民检察院检察理论研究所助理研究员,中国应用法学所与中国社科院法学所联合培养博士后。

## 一 引 言

主观要素中故意和过失的界分是困扰刑法学界的世纪难题。德国刑法学家威尔泽尔曾经指出:“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,这个问题难就难在意欲是一种原始、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,因此只能描述它,而无法定义它。”<sup>[1]</sup>中国刑法学对于犯罪故意的研究,大多是跨国别(大陆法系和英美法系)的比较,鲜有将思路和目光回溯到中国传统刑律的本土资源上。当然,不单是犯罪故意理论,其他刑法理论的研究亦是如此。中国有着丰富和

[1] Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 69.

发达的刑法文化,早自两千年前的先秦时代就已经明确区分故意和过失这两种不同的主观责任,而彼时的欧美还是茹毛饮血之地。

传统刑律和现代刑法在立法技术上有着较大不同。传统刑律更多用整体的力量去平衡刑罚轻重,强调“比类”思维,而现代刑法则是通过对独立的法条进行解释以实现罚当其罪,强调罪刑法定。传统刑律中的“六杀”对主观责任类型化的区分方法,有别于现代刑法故意与过失概念式的二元界分方式,在间接故意与有认识过失纠葛难分的杀人疑难案例中有着特殊的方法论价值。学界尚未有从这一点切入的观察,反倒是英美治中国法史学的学者概括出了所谓中国古代刑法责任区分的“情境法”。〔2〕身为中国学人,更有责任去研究、发扬和宏大“祖宗家法”。本文的意旨就是从犯罪故意的涵义、犯罪故意与犯罪过失界分方式的历史变迁中,从方法论的角度,探寻和扩充刑法立法和刑法解释的资源与空间。

## 二 犯罪故意涵义的历史变迁

### (一)古代刑律“故”字之义:知而犯之与有意为之

古代刑律中“故”字表多种涵义,有“故人”、“友人”之义,如周礼“八辟之制”,“以八辟丽邦法。附刑罚。……二曰,议故之辟”;有“原因”之义,如《唐律贼盗律》“本以他故殴人因而夺物”条;有“免责事由”之义,如《唐律杂律》“犯夜”条:“诸犯夜者,笞二十;有故者,不坐。”律注曰:“故,谓公事急速及吉、凶、疾病之类。”真正指涉犯罪意图之“故”,在概念上也存在两种不同的涵义。

#### 1. “知而犯之”谓之“故”

《尚书·蔡传》:“故者,知之而故犯也。过者,不识而误犯。”故意和过失各自的涵义,自春秋时期就已明确。故意是知之而犯,过失是不识误犯,后世律学家皆以此为注解。张斐《注律表》曰:“其知而犯之谓之故。”沈家本先生言之:张斐释“故”,似系汉、魏以来法家相传之旧说,张特揭其要于《表》中,“故”字之义,自当以此为定论。〔3〕以现代刑法理论观之,“知而犯之”即行为人已经认识到、预见到行为的违法性、危害性,却仍然去实施这种行为。〔4〕古代刑法之“故”,相当于今日刑法故意(直接故意+间接故意)和有认识过失相结合的概念。

以“过”、“过失”等与“故”相对应的概念反证,也能得出一致的结论。《尚书》中“过”字之解,乃不识而犯。《睡虎地秦墓竹简·法律答问》:“甲盗不盈一钱,行乙室,乙弗觉,问乙何论?毋论。其见知之而弗捕,当贖一盾。”此处识与不识的心态,决定了行为是否构成犯罪。所谓“不识”,蔡枢衡先生认为:“识是知识,亦即有辨别。不识就是行为人在

〔2〕 Geoffrey MacCormack, “From Zei 賊 to Gu Sha 故殺: A Changing Concept of Liability in Traditional Chinese Law”, *The Journal of Asian Legal History*, Volume 7, 2007, p. 1.

〔3〕 [清]沈家本:《论故杀》,载[清]沈家本撰:《历代刑法考》,邓经元,骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2064页。

〔4〕 参见刘淑莲:《论我国古代刑法中的罪过》,《中外法学》1997年第5期,第67页。

行为时对自己成为犯罪的行为,危害的结果,全不了解或了解不够。”〔5〕张斐《注律表》:“不意误犯谓之过失。”这里的“过失”相当于现代刑法理论中的“无认识过失”。〔6〕以此反推,作为相对应概念的“故”,就应当是一种有认识而为之的心态。

## 2. “有意欲杀”曰“故杀”

在沈家本先生看来,“故”字之义,以“知而犯之”为定论,然而其论系针对律学家的“刑名”释解(相当于今日刑法总则篇的概念阐释)而言,遍观古之刑律,故字之义,果如其言?

《唐律·斗讼》规定有“斗故杀人”条:“诸斗殴杀人者,绞。以刃及故杀者,斩。虽因斗而用兵刃杀者,与故杀同。”此条即“斗杀”和“故杀”的规定。疏义各释斗杀和故杀:“斗殴者元无杀心,因相斗殴而杀人者绞。以刃及故杀者,谓斗而用刃,即有害心,及非因斗争,无事而杀,是名‘故杀’,各合斩罪。”故杀和斗杀的区别即在于前者有杀心,后者并无害心,而以刃相斗而杀,即推定行为人为害心。因而故杀之“故”,在于有杀人的意欲。

为了贯彻故字之“欲”义,《明律》“斗殴及故杀人条”放弃了推定:“凡斗殴杀人者,不问手足、他物、金刃,并绞。故杀者斩。”明嘉靖时期律学家雷梦麟所撰《读律琐言》释曰:“言故杀者,故意杀人,意动于心,非人之所知,亦非人之所能从。”《大清律例》“斗殴及故杀人”条之小注对“故”的解释为:“临时有意欲杀、非人所知。”清律学家沈之奇所撰《大清律辑注》认为,“临时有意欲杀、非人所知”此十字乃故杀之“铁板注脚”,“一字不可移,一字不可少”。

“临时有意欲杀”为“故杀”。以今日的观点看来,“故杀”之“故”,乃作直接故意之解,非“知而犯之”〔7〕之义。有杀人的意欲,与认识到可能致人死亡的结果,自非同义。

唐律表征行为心态的两种不同范畴的“故”同时存在〔8〕:表“有意为之”之“故”,如“故杀”;表“知而犯之”之“故”,在唐律中亦有不少规定,以“故纵”为例,《唐律·卫禁》“车驾行冲队仗”条:“故纵与同罪,不觉减二等。”条后疏义:“‘故纵者’,谓知其不合入而听入,或知越垣而不禁,并与犯法者同罪。”“故纵”之“故”,“知”而不禁,强调“知”的因素;“故杀”之“故”,有意欲杀,强调“欲”的因素,二者显不相同。

### (二) 近现代刑法故意之涵义:直接故意与间接故意

以“知而犯之”与“有意为之”表“故”字之义,一直延续到《大清新刑律》。《大清新刑律》虽以故意与过失之近代刑法学概念取代“故”与“失”,但并未明确各自的涵义,不过观其第13条第3项字里行间之义,仍旧显示了认识主义的立场,而且《大清新刑律》还保留

〔5〕 蔡枢衡著:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第186页。

〔6〕 林亚刚:《我国古代刑法中的犯罪过失概念剖析》,《武汉大学学报(人文社会科学版)》2000年第3期,第349页。

〔7〕 蔡枢衡先生认为,故杀是预见他人死亡而杀害。参见蔡枢衡著:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第159页。先生显然是将故杀之“故”理解为“知而犯之”之义,以故杀乃“临时有意欲杀”之铁板注脚来看,先生的这一认识应属于误解,没有注意到“知而犯之”和“有意为之”两种概念内涵和外延的区别。

〔8〕 蔡墩铭先生认为唐律故意责任之学说系采“观念说”,即仅要求行为人对犯罪事实有观念之认识为已足。参见蔡墩铭著:《唐律与近世刑事立法之比较研究》,台湾五洲出版社图书有限公司1968年版,第158页。这一见解无疑是正确的,这并不妨碍唐律中存在“有意为之”故意形式的认识,“有意为之”可以涵盖在“知而犯之”之内,并不意味着在故意的本质问题上采希望主义的立场。正如大陆法系刑法故意概念的通说采“意欲说”,对结果“希望或放任”的即为故意,刑法分则中同样是“希望+放任”型故意和“希望型”故意并存。

了与古代刑律相同的“故杀”一条。

近代意义上的犯罪故意和犯罪过失的定义,最早确立于1928年的《中华民国刑法》(以下简称28刑法)。<sup>[9]</sup>该法典第26条规定:“犯人对于构成犯罪之事实,明知并有意使其发生者,为故意。犯人对于构成要件之事实,预见其发生,而其发生并不违背犯人本意者,以故意论。”第27条规定:“犯人虽非故意,但按其情节,应注意并能注意而不注意者,为过失犯。犯人对于构成犯罪之事实,虽预见其发生,而确信其不发生者,以过失论。”此处的犯罪故意概念,显然是采纳大陆法系刑法通说之见解。明知并有意而为之,系直接故意;预见犯罪构成事实之发生而其发生不违背行为人本意,系间接故意。

至今之97《刑法》(1997年《刑法》),犯罪故意基本沿袭28刑法之义,只是在间接故意意志因素的表述上稍有差异。28刑法为“不违背本意”,作为对立面的有认识过失为“确信不发生”,97《刑法》分别为“放任”和“轻信能够避免”。

### 三 犯罪故意与犯罪过失界分的历史变迁

故意与过失作为二元对应概念,对故意的认定,实质上是对故意与过失区别的认定。从故意与过失界分的角度来认定故意,是考察故意立法涵义之外的另一个视角。界定犯罪故意,即是界定犯罪故意概念中最外延的部分,即犯罪故意概念的最下限,亦是犯罪过失概念的最上限。我国古代刑律罪过形式的区分,即犯罪故意和犯罪过失的界分,采取了与今之刑律截然不同的方式。

晋张斐《注律表》释“刑名”,其中“知而犯之谓之故,不意误犯谓之过失”,是“故”与“误”义正相反,似乎可以认为,古代刑律之犯罪故意与犯罪过失,以“知”与“不知”概念式二元界分,与今之刑法的立法模式<sup>[10]</sup>并无不同。然而,若深入观察古代刑律的分则体系就能够发现,实际的情形出乎意料之外,另有一番不同景象。

一方面,古代律学家依个人的理解注解刑律,而律典本身并不似今之刑律以总则篇(名例律)对“故”与“失”作概念式的统摄性规定,并且用两个相对立的概念对个罪的罪过形式以整罪分析的模式。

另一方面,古代刑律分则篇中,同种行为既处罚故意又处罚过失的犯罪,并未采取以行为心态(“故”与“失”)二元界分的立法模式。以司法实践中最常见多发、罪过形式最纠结难辨的命案为例,秦律规定有“贼杀、斗杀、盗杀和擅杀”四种具体的犯罪类型,汉承秦律并发展为“谋杀、贼杀、斗杀、戏杀和过失杀”五种,晋律及后世各朝律典皆规定为“谋杀、故杀、斗杀、戏杀、误杀和过失杀”六种,隋唐时期这六种犯罪混于贼盗斗讼律内,明清

[9] 严格来讲,1918年《中华民国暂行新刑律》之《刑法第二次修正案》,仿效欧陆各国的新立法例,明文规定故意及过失的定义,这应该我国历史上最早确立的近代意义上的犯罪故意定义。但遗憾的是,此修正案并未得以颁行,其后于1928年颁行的《中华民国刑法》即承袭了其中犯罪故意与犯罪过失定义的规定。

[10] 97《刑法》总则第14条与第15条分别规定了犯罪故意和犯罪过失的概念,以是否反对结果的发生作为两者的区分,本文将这种立法模式名之为概念式二元界分。

律专以“人命”篇统之，世人谓之“六杀”<sup>〔11〕</sup>。

“六杀”各条所设之罪，同为致人死亡，责任程度各异，决定刑罚的轻重不在主观的心态，而是客观的行为特征，行为人主观恶性的大小，由类型化的行为外部的情状即可推知。这就意味着，凡是人命案件，定罪时只需要查明行为特征符合“六杀”中的哪一种具体类型，而不必深究行为出于故意还是过失（间接故意还是有认识过失）。换言之，人命案之科罪，不以行为心态（故意、过失）区分，而以行为类型（六杀）区分。

### （一）古代刑律的行为类型：“六杀”本条及注解

#### 1. 谋杀

《唐律·贼盗》“谋杀”条：“诸谋杀者，徒三年。已伤者，绞。已杀者，斩。”上文提及，根据晋律，谋字本义乃二人对议。唐律在此基础上又进一步，若“谋状彰明”，一人独谋于心亦同二人之法。

明清律亦采此例，《大明律·名例律》“称日者以百刻”条释“谋”曰：“称‘谋’者，二人以上。”条后小注：“谋状显迹明白者，虽一人，同二人之法。”

《读律琐言》对“谋杀”条的解释为：“律称‘谋’者，二人以上。其本注又云，谋状显著，虽一人同二人之法。故凡有仇怨而欲杀人者，或谋诸心，或谋诸人，先定计而杀之，皆谓之谋杀。”沈之奇释“谋”曰：“谋者，计也。先设杀人之计，后行杀人之事，谓之谋杀。谋之迹必诡秘，谋之故亦多端，如有仇恨妒忌、贪图争夺等事情，因思杀害其人。或自己算计，而独谋诸心；或与人商量，而共谋诸人。”

#### 2. 故杀

《唐律·斗讼律》“斗故杀用兵”条：“以刃及故杀人者，斩。虽因斗而用兵刃杀者，与故杀同。……虽因斗，但绝时而杀伤者，从故杀伤法。”《唐律疏议》解释“故杀”：

以刃及故杀者，谓斗而用刃，即有害心，及非因斗争，无事而杀，是名“故杀”，各合斩罪。……虽因斗而用兵刃杀者，本虽是斗，乃用兵刃杀人者，与故杀同，亦得斩罪。并同故杀之法。……兵刃杀人者其情重，文同故杀之法。……虽因斗，谓忿竞之后，各已分散，声不相接，去而又来杀伤者，是名“绝时”，从故杀伤法。

依此条，故杀分为三种形式：一是非用兵刃相斗无事而杀，二是斗而用刃杀，三是斗绝后而杀。

明清律放弃了“斗而用刃”和“绝时而杀”为故杀的规定。《读律琐言》释“故杀”：“故杀人者，故意重殴而杀之。原其凶心，已欲致人于死，而其人果即时身死。……言故杀者，故意杀人。意动于心，非人所能知，亦非人之所能从。”《大清律例》更以“临时有意欲杀、非人所知”作为故杀一条的铁板注脚。

〔11〕 [清]吴坛《大清律例通考》“人命”篇按：“人命篇名，始自前明。……汉以后，但有杀人者死之令。……相沿至明，以人命至重，按唐律而增损之，始汇为人命一篇，大概以谋、故、殴、戏、误、过失六杀统之。”参见马建石、杨育寰主编：《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社1992年版，第772页。

### 3. 斗杀

《唐律·斗讼律》“斗故杀用兵”条：“诸斗殴杀人者，绞。”《唐律疏义》释“斗杀”：“斗殴者元无杀心，因相斗殴而杀人者，绞。”何为“斗殴”？晋张斐《注律表》释曰：“两讼相趣谓之斗”，《唐律疏义》采取了相同的解释：“相争为斗，相击为殴。”

《明律》“斗殴及故杀人条”：“凡斗殴杀人者，不问手足、他物、金刃，并绞。”《读律琐言》的解释为：“斗殴杀人者，谓本因忿争，与人相斗而殴，虽无杀人之心，若其人被斗而死，实我杀之也，不问手足、他物、金刃、并绞。”明万历时期御史高举所撰《大明律集解附例》释曰：“盖两人相殴，俱无欲其死之心，一人偶而伤重而死，则曰斗殴杀人。”据此，本无杀人之心，与人相斗而殴，致人死亡者，是为斗杀。

### 4. 戏杀

《唐律·斗讼律》“戏杀伤人”条：“诸戏杀伤人者，减斗杀伤二等。”条后小注谓“戏杀”乃“以力共戏，至死和同者。虽和，以刃，若乘高、履危，入水中，以故相杀伤者，唯减一等。”《疏义》释曰：

“戏杀伤人者”，谓以力共戏，因而杀伤人，减斗罪二等。……虽则以力共戏，终须至死和同，不相含恨而致死者。“虽和，以刃”，礼云：“死而不吊者三，谓畏、压、溺。”况乎嬉戏，或以金刃，或乘高处险，或临危履薄，或入水中，既在危险之所，自须共相警戒，因此共戏，遂致杀伤，虽即和同，原情不合致有杀伤者，唯减本杀伤罪一等。

明律在戏杀罪的处罚上有所变化，《明律》“戏杀误杀过失杀伤人”条：“因戏杀伤人者，依斗杀伤人论”。《读律琐言》释曰：“夫戏，非有争也。然戏动作于谋也，作于我者虽戏，而人之成伤、致命，则实被其殴矣……故以斗殴杀伤人论。”明朝万历时期律学家王肯堂指出：“两相狎戏，偶至陷人于不测者为戏杀。”高举释曰：“凡两相和戏，如较拳棒之类而杀伤人，戏虽与殴不同，但其杀伤实由我下手也，故以斗殴条杀伤论。”《大清律例》“戏杀误杀过失杀伤人”条：“凡因戏而杀伤人，以斗杀伤论。”条中小注解释“戏杀”为：“以堪杀人之事为戏，如比较拳棒之类。”

明清律中还有一种与戏杀“相等”的行为类型，《明律》“戏杀误杀过失杀伤人”条：“若知津河水深泥泞，而诈称平浅，及桥梁渡船朽漏，不堪渡人，而诈称牢固，诳令人过渡，以致陷溺死伤者，亦以斗杀、伤论。”《大清律例》于此条中小注称这一行为“与戏杀相等”。

### 5. 误杀

《唐律·斗讼律》“斗殴误杀伤旁人”条：“诸斗殴而误杀伤旁人者，以斗杀伤论，致死者减一等。若以故僵仆而致死伤者，以戏杀伤论。即误杀伤助己者，各减二等。”《唐律疏义》释曰：

“斗殴而误杀伤旁人者”，假如甲共乙斗，甲用刀、杖欲击乙，误中于丙，或死或伤者，以斗杀伤论。不从过失者，以其元有害心，故各依斗法。至死者，减一等，流三千里。仰谓之僵，伏谓之仆。谓共人斗殴，失手足跌，而致僵仆，误杀旁

人者,以戏杀伤论。假如甲与乙共殴丙,其甲误殴乙致死,减二等;伤,减二等。

《明律》“戏杀误杀过失杀伤人”条:“因斗殴而误杀、伤旁人者,各以斗杀、伤论。其谋杀、故杀人,而误杀旁人者,以故杀论。”《大清律例》之“误杀”条亦从此规定。《读律琐言》释曰:“中于人者虽误,而我之下手,则实行其殴矣,故以斗殴杀伤人论罪。谋、故杀人而误杀旁人,以故杀论,虽其被杀者非所欲杀之人,而原其设心,杀人之心也;据其举事,杀人之事也,与故杀何异哉?”王肯堂也认为:“误则出于不意矣,然其初意欲殴欲杀此人,而不意误犯及旁人,虽杀伤非所杀之人,即其杀伤之由罪之,故由斗殴而误者,以斗杀伤论。”

## 6. 过失杀

《唐律·斗讼律》“过失杀伤人”条:“诸过失杀伤人者,各依其状,以赎论。”条中小注:“谓耳目所不及,思虑所不到;共举重物,力所不制;若乘高履危足跌及因击禽兽,以致杀伤者,皆是。”《唐律疏义》释曰:

过失之事,注文论之备矣。杀伤人者,各准杀伤本状,依收赎之法。注云“谓耳目所不及”,假有投砖瓦及弹射,耳不闻人声,目不见人出,而致杀伤;其思虑所不到者,谓本是幽僻之所,其处不应有人,投瓦及石,误有杀伤;或共举重物,而力所不制;或共升高险,而足蹉跌;或因击禽兽,而误杀伤人者;如此之类,皆为“过失”。

《明律》“戏杀误杀过失杀伤人”条:“若过失杀、伤人者,各准斗杀、伤罪,依律收赎,给付其家。”条中小注谓过失乃“耳目所不及,思虑所不到,如弹射禽兽,因事投掷砖瓦,不期而杀人者;或因升高险,足有跌,累及同伴;或驾船使风,乘马惊走,驰车下坡,势不能止;或共举重物,力不能制,损及同举物者。凡初无害人之意,而偶致杀伤人者,皆准斗殴杀、伤人罪。依律收赎,给付被杀被伤之家,以为茆葬及医药之资”。《读律琐言》释曰:“过失杀伤人者,耳目之所不及,思虑之所不到,原其心非杀伤人之心也,即其事非杀伤人之事也,但其人由我而死亡,故准斗杀伤科罪,收赎钱钞。”清律过失杀的规定从明律。

## (二)“六杀”各条之区别

### 1. 谋杀与故杀

谋杀和故杀都致人死亡为行为的目标。所不同的是,谋杀强调“谋”之状,即定计之情,或共谋诸人,或独谋诸心,指的是有预谋杀人的情形。故杀乃临时有欲杀人,非人所能知,亦非人之所能从,指的是临时起意杀人的情形。杀人是否经过预谋是两者的一个区别。再者,谋杀既可以是共同犯罪也可以是单独犯罪,故杀只能是单独犯罪。

“谋状是否彰明”是区别谋杀与故杀的标志。二人以上共谋,自可谓谋状显迹明白。若一人独谋,则需有造谋之显迹,或购毒药、或购凶器等。根据明清律学家的注解,谋杀必须实有“仇恨妒忌、贪图争夺”等情由,此等动机因素既是谋杀之因,也是谋杀成立的要件。

## 2. 故杀与斗杀

故杀乃故意重殴而杀人,原其凶心,已欲致人而死。斗杀,则事出忿争,两相殴斗,俱无欲其死之心,对方偶尔伤重而死。

殴人之时,是否有意欲致人死亡之凶心,是故杀与斗杀最本质的区别。故杀由贼杀演变而来,“无变斩击”谓之贼,故杀须是“非因斗争,无事而杀”。“两讼相趣”谓之斗,斗杀则是因事相争,互相殴击。事发之原由,是否有互殴之状,也是区分故杀和斗杀的一个标志。

## 3. 戏杀、误杀、过失杀

戏杀乃是双方以力共戏,如互较拳棒之类,终须至死和同,不相含恨而致死。

戏杀和斗杀的区别在于,戏杀之因非由争斗,而斗杀则事出争竞,前者是“和同”而戏,后者是“不和”相斗;前者至死和同,不相含恨,后者则相争相击,必相怨恨。

误杀在唐律中分为三种形式:一是斗殴过程中误杀旁人(甲共乙斗,甲用刀、杖欲击乙,误中于丙),相当于今日刑法理论之打击错误;二是共殴过程中,行为人失手跌足,摔倒在他人身上,致其死亡,相当于疏忽大意过失或意外事件;三是斗殴过程中,误杀助己者,也是相当于打击错误。三种情形处罚各异。明清律中,误杀以事发之缘由区分为二,一是因斗殴而误杀旁人,一是因谋杀、故杀而误杀旁人,两种情形的处罚也不相同。

过失杀乃“耳目所不及,思虑所不到”,皆是因不注意而致人死亡,“原其心非杀伤人之心也,即其事非杀伤人之事也”,因而以过失杀论。

## 4. 六杀之刑罚

唐律六杀诸条,谋、故、斗、误、戏、过失杀,责任程度各异,刑罚呈阶梯式由重而轻。

谋杀与故杀皆为斩刑,但谋杀处罚预备行为,“诸谋杀者,徒三年。已伤者,绞。已杀者,斩。”故杀则不然。唐时已有死刑复奏制度,谋杀因“谋状彰明”,且由明朝高举所言“杀而以谋,其情尤毒”,因而查实处斩的可能性较之故杀为大。是以《唐律·贼盗律》“谋杀期亲尊长”条:“诸谋杀期亲尊长……皆斩。即尊长谋杀卑幼者……已杀者,依故杀法。”由此也可以看出谋杀之刑重于故杀。

斗杀处绞刑。根据中国古代的传统伦理观念,死求全尸,故而同为死刑执行的方式,身首异处的斩刑要重于留得全尸的绞刑。也因此,谋杀人之伤者,处绞刑,已杀者处斩刑。所以说谋杀和故杀的刑罚要重于斗杀。

误杀致死者,减斗杀一等(流三千里)。戏杀减斗杀二等(徒三年)。过失杀人者,以赎论,收赎钱钞,给付被杀之家。

刑之轻重亦反映罪之轻重。“刑以死遣为重,笞罚为轻,此刑名之轻重也,而亦罪名之大小也。”<sup>[12]</sup>唐律六杀各条,在当时的立法者眼中,自属轻重不同的犯罪行为。

明清律中,六杀之刑罚与唐律略有不同。谋杀与故杀皆为斩,明清时有秋审、朝审制度。斩刑分为斩立决和斩监候,判处斩监候者,须待秋审时复核,而谋杀较之故杀判处“情实”处斩的可能性为大。故谋杀之斩刑重于故杀。斗杀处绞刑。谋、故杀人而误杀旁

[12] 陈致远著:《中国法制史概要》,台湾三民书局1977年版,第215页。



人者,以故杀论;因斗殴而误杀旁人者,以斗杀论。戏杀以斗杀论。过失杀与唐律一致,皆为收赎。如此,则戏杀、斗杀只是行为类型之不同,在责任上没有区别。

### (三) 古今刑律故意与过失界分之方法论比较:类型思维与概念思维

古今中外,犯罪故意和犯罪过失之界限纠葛,多集中于人身伤害和死亡的案件。此中原由,一则在于社会生活中针对人身之危险行为千姿百态,行为人之心态亦复杂难辨<sup>[13]</sup>;二则在于人命关天,在保留死刑的国家,处理涉及人命的争议案件更加需要慎之又慎。在人命案罪过形式的界分上,古代刑律采取的是类型式立法,今之刑法采取的则是概念式立法。

法学研究和法律适用的核心任务之一,是以体系的形式将法规范之间的意义脉络表现出来,借助被赋予诸多价值和理念的法规体系,社会生活得以秩序化,人们得以获致正当的个案裁判。概念、类型、规则、原则正是实现这一任务的思维工具。在方法论的意义上,类型是与传统的概念(或称抽象概念、普遍概念、种类概念或分类概念)相区别的思维形式。<sup>[14]</sup>二者都是深具哲学性的法学方法论问题。概念式思维和类型思维同为归纳式的思维,都具有分类的功能。二者都是对具体生活事实的普遍化和抽象化,只不过在抽象的程度和功能的强度上有所不同。

概念作为“反映事物特有属性(固有属性或本质属性)的思维形态”,<sup>[15]</sup>“只有当描绘客体特征的全部要素得以清晰界定时,始能称为严格意义的‘概念’”,<sup>[16]</sup>换言之,概念是“对欲描述对象特征之穷尽列举”<sup>[17]</sup>。台湾学者林立对“抽象概念”的定义有过一番生动的阐释:“一切 X、而且只有 X 具有 a、b、c 三项特征,X 便称为一个‘抽象概念’,可以指称世上一切具有 a、b、c 之事物,为其共有之名称。”<sup>[18]</sup>一物是否为 X,关键看其是否具备 a、b、c 三特征,具备则是,不具备则不是。概念的边界分明,不存在模棱两可之余地。概念的思维是一种“分离式”、“非此即彼”<sup>[19]</sup>的思维。毋庸置疑,在法规体系诸思维工具中,概念力图以最精确、最合逻辑的方式储藏法律信息、传达法律价值。正因此,拉伦茨认为“最抽象的概念都只容许有两个——彼此处于矛盾对立的——导出概念,惟如是始能保障概念体系所要求的圆满性”。<sup>[20]</sup>如民法上的权利主体和权利客体,动产和不动产,相对权和绝对权,所有权和限制物权。

《刑法》第 14 条和第 15 条规定的犯罪故意和犯罪过失,以认识因素和意志因素为基

[13] 除却有意欲的杀人和因不注意而致人死亡,在预见到结果可能发生的场合,行为人可能是基于放任心态的杀人,也可能是相信结果能够避免的致人死亡,或者介乎两者之间的矛盾心理,甚至行为人自身都难以体解行为之时的心态。

[14] 参见[德]阿图尔·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司 1999 年版,第 7 页。

[15] 金岳霖著:《形式逻辑》,人民出版社 1979 年版,第 10 页。

[16] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2005 年版,第 95 页。

[17] 黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 39 页。

[18] 林立著:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 125 页。

[19] [德]阿图尔·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司 1999 年版,第 7 页。

[20] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2005 年版,第 331 页。

本特征,亦是一对彼此矛盾对立的抽象概念。《刑法》分则第 232 条和 233 条,将致人死亡之行为,区分为故意杀人罪和过失致人死亡罪两种“基本类型”<sup>[21]</sup>,是以罪过形式,即犯罪故意和犯罪过失的概念式二元界分。《刑法》分则个罪之构成要件都是“不法类型”,然而似故意杀人罪和过失致人死亡罪这种概念,以方法论的语境来看,并非真正的“类型”,而应该被理解为基于定义之上的“抽象概念”<sup>[22]</sup>。这种概念式体系的脉络可以作如下展示:抽象概念(犯罪故意和犯罪过失)——行为类型/基于定义之上的“抽象概念”(故意杀人罪和过失致人死亡罪)——具体案件事实。

在规范与事实之间,概念是对生活事实的高度抽象,类型则是对生活事实的中度抽象。类型构成普遍与特殊之中点,比较说来它是一个具体者、一个特殊中的普遍者。因此,类型与抽象的概念相区别,后者是透过一些有限的,彼此分离的“特征”加以定义,因而是与直观互相对立的。相对于此,类型在它的接近现实性、直观性与具体性中是无法加以定义的,只能是“可加以说明的”。它虽然有一个固定的核心,但没有固定的界限,以至于用以描述某一类型的“特征”得以或此或彼,缺少其一,特定事实的类型性不会因此而发生疑问。<sup>[23]</sup>类型是对社会生活中多次反复出现并且具备大致相同特征的经验事实的规范性描述。与概念高度抽象相比,类型是“中等抽象程度”<sup>[24]</sup>,类型往前一步抽象化就是概念,退后一步具体化则是个别的生活事实。

因此,类型与概念之间并不存在不可逾越的鸿沟。正如拉伦茨所言,类型思考进展的第一个步骤与抽象化思考并无不同。由有关的具体事物中区分出一般的特征、关系及比例,并个别化赋予其名称。然而,在抽象概念的思考中,这些特征就此被确定为孤立的要素,而借着一再地放弃这些要素,就构建出愈来愈一般的概念。类型思考则不然,它让类型的构成要素维持其结合的状态,仅系利用这些要素来描述(作为要素整体的)类型。借着这种方式,它尝试在思想掌握的阶段,也还能维持类型(借直观取得的)形象上的整体性。<sup>[25]</sup>质言之,类型是“一种须以整体性的方式被认知理解的普遍事物”<sup>[26]</sup>。

古代刑律之六杀各条,都是以生活中反复多次出现的各种杀人行为为原型——有预谋的杀人,临时起意杀人,相互斗殴致人死亡,以力共戏致人死亡,谋、故、斗杀过程中误杀旁人,从事危险活动不注意致他人死亡。立法者从各类事件中分别提炼出相同的特征,以六杀之名称固定各事件的整体形象,并将其直观地展示出来。行为致人死亡之犯罪,古代刑律以生活原型来区分,是一种类型化的区分方式;今之刑律则以主观心态来区分,是一

[21] 这里所指称的基本类型是相对于结果加重犯中的“致人死亡”和《刑法》分则 233 条“另有规定”的过失致人死亡犯罪而言,此类特殊类型古今刑律都有规定,如《唐律·贼盗律》规定的“强盗杀人”条,现行《刑法》第 263 条规定的“抢劫致人死亡”,只不过在数量上有所不同,本文比较的只是基本类型。

[22] 林立著:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 135 页。

[23] 参见[德]阿图尔·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司 1999 年版,第 50 页。

[24] 杜宇:《再论刑法上之“类型化”思维——一种基于“方法论”的扩展性思考》,《法制与社会发展》2005 年第 6 期,第 108 页。

[25] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2005 年版,第 338 页。

[26] Lothar Kuhlen, Typuskonzeption in der Rechtstheorie, Berlin 1977, S. 93. 转引自林立著:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 131 页。

种概念式的界分方式。

以斗杀为例,斗杀与故杀的区别在于后者有杀人的意欲,前者则没有。然而双方互殴过程中致人死亡,除却意欲其死之外,有可能是预见结果发生而放任其死亡,也有可能是以为下手不重,轻信死亡结果能够避免,还有可能是没有预见到死亡结果的发生。以当代刑法理论来看,斗杀的罪过形式,除了不能为直接故意外,可以为间接故意,也可以为过失(过于自信过失与疏忽大意过失)。再以戏杀为例,如律学家所举“以互较拳棒为戏,至死相和”,然而“拳脚无眼”,相戏之人果真能“点到为止”?行为入果真没有“预见其死而放任”的心态吗?依照律疏“至死相和”之解分析,行为入对于死亡结果的发生,应是排斥反对,而非容认或者接受的态度,否则就不能认为是至死相和,不相含恨而死。然而戏杀罪的认定,并不纠缠于行为入内心的状态,并不执着于间接故意与有认识过失复杂心态的解谜,有此行为类型即为已足。

也是因此,专治中国古代法并有颇深造诣的英国阿伯丁大学教授杰弗芮·麦考马克(Geoffrey MacCormack)认为,中国古代法律早期在责任问题上采取的是“情境法”,这里的情境指的是犯罪行为的实体环境而不是行为入的精神状态。麦氏用“贼杀”的例子来形容所谓的“情境责任”。他指出,将“贼”理解成“预谋”、“故意”或者“恶意”任一特殊的精神状态都是错误的。这个词并没有明确地指向主观心态,而是指向犯罪行为的外部情形,特别是使用暴力的情形。

这并不意味着中国传统刑律没有注意到故意行为与无意行为的差异,但是在确定责任时,立法者关注的是行为的具体表现而不是犯罪入主观心态的无形因素。主观心态的判断能够从犯罪行为的具体情形中推演出来。规则的焦点是犯罪入所处的“情境”,这一点从“斗杀”和“戏杀”中都能明显看出来。涉及犯罪入的主观心态这一点是暗含的,且能从外部的犯罪行为情形中推断出来。<sup>[27]</sup> 麦氏所称之“情境法”,转化为法学方法论上的术语,就是本文所指的类型化方法。

今日之刑法故意杀人罪和过失致人死亡罪之认定,以概念式二元界分,就是要在行为心态是故意还是过失之间划出一条明确的界限,尤其涉及间接故意和有认识过失的纠葛,必须清晰的判明,否则就无法定罪。因此,有学者认为刑法中的罪过理论采取的是“整罪分析模式”<sup>[28]</sup>,主张对故意与过失作完整的理解。<sup>[29]</sup> 罪过理论以行为入对结果的心态划分,行为入对结果持故意心态的,则为故意犯罪,行为入对结果持过失心态的,则为过失犯罪。同一罪名的犯罪不可能既存在故意又存在过失的心态。

#### (四) 类型思维与概念思维之功能比较

##### 1. 法的安定性与法的适应性

抽象概念和类型的形成经历的第一个过程是相同的——将客体所具备的一般特征个别化。在此之后,抽象概念的设计者基于某种目的性的考虑,就其对该对象所已认知之特

[27] 参见 Geoffrey MacCormack, “From Zei 賊 to Gu Sha 故殺: A Changing Concept of Liability in Traditional Chinese Law”, *The Journal of Asian Legal History*, Volume 7 (2007), p. 1.

[28] 劳东燕:《犯罪故意的要素分析模式》,《比较法研究》2009年第1期,第52页。

[29] 参见张明楷著:《犯罪论原理》,武汉大学出版社1991年版,第270页。

征加以取舍,并将保留下来之特征设定为充分而且必要,同时将事实涵摄于概念之运作中,把其余之特征一概视为不重要。<sup>[30]</sup> 抽象概念的法体系,能够最大限度地实现法的安定性。因为,由概念形成构成要件,并赋予相应法律效果,只要生活事实具备概念之要素,即可涵摄于构成要件内,并受其法律效果规整。概念式思维是一种“精确”的、追求逻辑圆满自足的思维方式,由概念演绎的结论,彼此无矛盾之处。概念具有“承认、共识、储藏法律价值、减轻思维工作负担”<sup>[31]</sup>之作用。法学体系之形成,主要建筑于概念之上,动产与不动产,故意与过失,这些基本概念的传保证了法的安定性,也因此,概念甚至成为“法学学术性的证据”<sup>[32]</sup>。

任何方法论工具都有其局限性,概念也是如此。立法上为求得规范的明确性、安定性和普适性,不断舍弃其规范对象之特征,由此提炼出来的概念,外延愈广,内涵愈小,造成概念的“抽象化过度”或者“过度的概念化”。过度的概念化乃是对生活经验人为的割裂。正如拉德布鲁赫所言:“生活现象的认识只是一种流动的过渡,但概念却强硬的要在这些过渡中划分出一条明确的界限。在生活现象仅仅显得‘或多或少’的模糊地带,概念却要求必须做出‘非此即彼’的判断,因此,传统的概念式思维足以瓦解并败坏生活现象的整体性。”<sup>[33]</sup>拉伦茨也认为,抽象概念式的思考不足以掌握中间形式及“混合体”。<sup>[34]</sup>

类型思维作为法学上日益被应用的思考形式,可以补充概念思维的不足。回到前面所讲的概念和类型形成的过程,概念是对事物特征(要素)的取舍,类型则是对事物特征(要素)的固定和组合,并借此将事物的整体形象直观地展示。概念是僵硬的,类型则对千变万化的生活事实保持了必要的弹性。这种弹性虽将减低法的安定性,但却提高了法律对事实之真正的适应性。<sup>[35]</sup>与概念的边界明确性相比,类型的边界是不明确的。换言之,概念是封闭的,类型则是开放的。如果一个类型中各个事例是可分级的,则由此类型要过渡到另一个类型将会发生模糊的边界地带,即由一个类型到另一个类型之间是由“流动的过渡”所相接的。<sup>[36]</sup>这种过渡由要素在类型中的增减或者在类型中的功能变化而完成,一种新要素的增加或者消退,或者原有要素在类型中功能变强或者趋弱,都会使一类型由边界地带过渡到另一类型。质言之,类型取决于构成要素在数量以及强度上的结合程度。

六杀各类型就有此显著特征。故杀若加以“与人对议”或者“谋状显著”之要素,即过渡为谋杀。斗杀若加以“有害心”之要素,即过渡到故杀。戏杀若加以“不和而戏”之要素,即过渡为斗杀,若加以“有害心”之要素,即过渡为故杀。其中,尤以故杀和斗杀之边

[30] 参见黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2000年版,第39页。

[31] 黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2000年版,第39页。

[32] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第320页。

[33] 吴从周:《论法学上之“类型思维”》,载杨日然教授纪念论文集编辑委员会主编:《法理学论丛——纪念杨日然教授》,台湾月旦出版社股份有限公司1997年版,第307页。

[34] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第333页。

[35] 参见黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2000年版,第240页。

[36] Detlef Leenen, *Typus und Rechtsfindung*, Berlin 1971, S. 34 f. 转引自林立著:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第127页。

界最为模糊,但只要牢牢把握是否具备“有害心”这一要素,故杀和斗杀亦不难区分。

## 2. 价值中立与价值导向

抽象概念和类型的形成都离不开价值考量,无论何种程度的抽象,都必然涉及主体的价值选择和评价。而正是因为抽象程度的差异,“评价”的因素在概念和类型中的表现形式不同。

概念作为对生活事实高度抽象化的产物,这种高度抽象的最终结果是,立法者最初用以取舍事物特征的评价因素已经内含在概念的构成要素之中。精确的概念,其确定方式应达到下列要求:在个别案件中,不须回溯到评价性的观点,径以涵摄的方式即可确认案件事实的存在。于此,立法者选择概念的要素时,当然也必须留意:借此等要素构成的概念,其的确足以涵摄拟意指的案件事实。不同处只在于:其选择如此的概念要素,以致“在适应概念时,概念要素存在与否的问题可以完全取代评价的问题”。概念涵摄至少在“理想的情况”是一种价值中立的思考过程。<sup>[37]</sup>

以作为抽象概念的犯罪故意和犯罪过失为例,刑法理论通说认为,故意犯的处罚根据在于对法规范的敌视态度,过失犯的处罚根据在于对法规范的漠视态度。真正在判断一行为是故意杀人还是过失致人死亡时,并不需要回溯到行为是体现了对法规范的敌视态度还是漠视态度这一评价原点上,只需要判断行为是符合犯罪故意的构成要素还是符合犯罪过失的构成要素,是对结果发生的可能性予以容认还是反对,即以认识因素和意志因素具体判定。概念式思维,正是期许以此种概念演绎的涵摄方式,获得适用上的一致性,实现法的安定性。

类型是对具有大致相同特征的经验事实的一种直观的描述,不同的生活事实之所以会被归入到同一类型,是因为它们具备共同的“意义脉络”或者“意义核心”。类型不仅最大限度地维持了事物整体的形象,而且最大限度地保留了生活事实本身的意义。正因如此,考夫曼认为,类型永远比抽象地被定义的概念在内容上来的较为丰富,较为有思想,较为有意义,较为直观。<sup>[38]</sup>也是由此,拉伦茨指出,在针对具体案件作类型的归属时,必须一直同时考量促成类型整体的中心价值,因为只有它可以对下述问题作最后决定:依其程度及其结合的情况,出现的“特征”或“因素”能否正当化此等归类。因此,类型归属与概念涵摄不同,它是一种价值导向的思考程序。<sup>[39]</sup>在类型归属时,要素或者特征符合与否的判断,和意义同一与否的判断,是同时进行的。

以六杀各条为例,六杀之各类型,虽然在外观上,是以行为的整体特征或者行为的实体环境来区分,然而于实质上,对分类起决定性作用的是行为之情由、事发之原因,行为之事由又反映出行为人之主观恶性。质言之,六杀各条虽是以行为外观类型化,然而各类型真正的“意义核心”在于主观恶性的轻重。杀人以谋,其情尤毒,因而凡谋者即徒三年,谋杀杀人者斩,明清律学家更是强调“仇恨妒忌、贪图争夺”等恶劣动机。故杀,非以谋,但殴

[37] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第101页。

[38] 参见[德]阿图尔·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第42页。

[39] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第101页。

人时即有害心,因而轻于谋杀而重于斗杀。斗杀虽无害心,但其情在于争斗,双方互有怨心,故轻于故杀而重于戏杀。误杀虽于死者无害心,但其本意欲致人死亡,或者起因于与他人相斗,故轻于斗杀但重于戏杀。戏杀既无害心,又无争竞之事实,而起因于双方和戏,彼此无怨,又因其行为本身具有较高的危险性,故轻于斗杀和误杀而重于过失杀。过失杀则是在从事一定危险活动中,不注意或者意外致人死亡,因此其主观恶性最小。以此观之,唐律六杀刑罚之层次序列,轻重有别,较之明清律更为合理。

六杀各类型之意义关联,实为古代主观主义刑法传统的映射。中国古代礼法合一,维护构筑社会基本秩序的礼教和道德是刑法的最主要目的,在责任问题上自然是采取道义责任论。“春秋之听狱也,必本其事,而原其志,志邪者,不待成;首恶者,罪特重;本直者,其论轻。”<sup>[40]</sup>“春秋之义,原情定过,赦事诛意。”<sup>[41]</sup>“原心定罪,断狱之本,所以敬明之也。”<sup>[42]</sup>“情”、“志”、“意”、“过”无不指向行为人的主观恶性。《唐律·名例律》“共犯罪造意为首”条,也是主观主义的表征。古代立法者认为,只有“明其犯意”,指明行为人之主观之恶性,才能令其“敬明刑罚”,起到特殊预防之作用。

#### (五) 类型思维与概念思维之实效比较

类型与概念作为法律思维工具的区分,在面对个案尤其是定性模糊的杀人疑案时才会真正清晰起来。下面以四个案例做进一步说明。

##### [案例一:坡道推搡案]<sup>[43]</sup>

张某与其幺婶周某因机耕道使用问题发生口角,继而在机耕道上发生抓扯,在抓扯过程中,被告人张某将周某推下机耕道坎(高 1.6 米),致周某头部触一石块,于当天下午死亡。经鉴定,周某因坠落致严重颅脑损伤死亡。

辩护人的意见认为,被告人主观上没有伤害周的故意;张某应当预见与周某在公路边上抓扯推搡,可能会使周某坠下公路坎而受伤,由于疏忽大意没有预见,主观上具有过失。应定过失致人死亡罪。

法院判决:故意伤害(致人死亡)罪,判处有期徒刑 10 年。

##### [案例二:表哥捂死表弟案]<sup>[44]</sup>

甲与乙系表兄弟,甲 19 岁,乙 9 岁,二人先在院中玩水枪,后到房间嬉闹,甲觉得自己玩水枪的时候吃了亏,就在玩闹的时候用被子蒙住乙的头,蒙了有几分钟,后来见乙渐渐不再动弹才松手,乙窒息而死。

此案在死刑复核时,实务部门的意见倾向于成立故意杀人罪,认为甲作为成年人,认识到用被子蒙住一个孩子的头可能会致其死亡,却放任结果的发生,成立间接故意的故意杀人罪。

[40] 参见《春秋繁露·王道》。

[41] 参见《后汉书·霍谡传》。

[42] 参见《尚书正义》。

[43] 参见张耕主编:《刑事案例诉辩审评》,中国检察出版社 2005 年版,第 222 - 226 页。

[44] 笔者在最高人民法院死刑复核庭实习时所遇到的案例。

专家学者的意见倾向于过失致人死亡罪,认为甲与乙系表兄弟,年龄都不大,彼此又无宿怨,在玩闹的时候表兄用被子蒙住表弟的头,属于认识到行为致人死亡的可能性,轻信能够避免,即过失致人死亡罪(过于自信的过失);也有一种观点认为成立过失致人死亡罪(疏忽大意的过失)。

最终的判决:过失致人死亡罪。

[案例三:男友掐死女友案]<sup>[45]</sup>

孙某与女青年刘某相识不久即发生关系,随后孙某问刘某:“你喜欢我吗?”刘某回答说:“我喜欢你,愿意为你去死。”孙某随即将刘某按倒在地,两手掐住刘某的脖子约半分钟(两手拇指按住咽喉部位),后左手拿开,右手持续掐了约半分钟,见刘某不动了,孙某放手,此时发现刘某已经没有了呼吸。

案发后,孙某供述:我以前在感情上受到过伤害,觉得女人的话不可信。我和她认识不久,她说出这种话让我难以相信。我想用掐脖子的方法验证一下她说的话是不是真话,没想到她一句话没说。我知道掐脖子会死人,我当天喝酒了,手劲可能比较大,但真没想把她掐死。经鉴定:刘某系颈部受外力作用(扼、压)致机械性窒息死亡。经司法精神病鉴定:孙某实施危害行为时,具备控制、辨认自己行为的能力。

一种意见认为,孙某的行为构成过失致人死亡罪。孙某与刘某并无任何仇怨,缺乏杀人的动机,其在主观上属于轻信通过控制扼掐的时间和力度可以避免死亡结果的发生,对刘某死亡结果是排斥的,符合过于自信过失的特征,应认定为过失致人死亡罪。另一种意见认为,孙某的行为构成(间接)故意杀人罪。孙某主观上明知自己行为可能导致刘某死亡结果发生,但为了追求以扼颈的方法检验女友是否与己真心相爱的目的,放任了刘某死亡结果的发生,符合间接故意的主观特征,应认定为(间接)故意杀人罪。

[案例四:儿子打死父亲案]<sup>[46]</sup>:

卢某父亲性情暴躁,常因家庭琐事骂其母。卢某同情并爱母亲,对父冷淡。卢某成人后凡遇父骂母总要指责其父,有时两人就此发生争吵。一天中午卢某做完农活回家吃午饭,院子外就听见父在打骂母,一时火起,进院子放下锄头,随手抓起用木块自钉的小凳打击其父头部一下。其父丢开其母打卢某两耳光,卢某手提小凳未再动手。随后其父昏倒,卢某急忙背起往医院跑,不久卢父在医院死亡。死亡原因为颅脑损伤、颅内出血。

第一种意见认为,卢某出于一时气愤,以木凳击打父亲头部,但并无致其死亡之意,行为成立故意伤害(致人死亡)罪。第二种意见认为,卢某为其母亲出气,随手抓起木凳击打父亲,只是想发泄心中不满,并无伤害故意,行为成立过失

[45] 参见荣慧珍:《为试女友是否“真心”扼掐颈部致死如何定性》,《人民检察》2009年第12期,第35页。

[46] 参见陈兴良主编:《刑事法判解》,北京大学出版社2005年版,第43页。

致人死亡罪。第三种意见认为,卢某因母亲常被父亲打骂,心中早生怨恨之情,事发之时,如只是发泄怒火,一来不应使用木凳,二来不应以木凳击打头部,其行为应成立故意杀人罪(间接故意)。

以上四起案件,于犯罪故意和犯罪过失的界分聚讼纷纭,难以明辨。

案例一,依照法院的判决,张某成立故意伤害(致人死亡)罪。如果认定张某具有伤害的故意,前提是张某已经认识到其行为可能将周某推入坡道,可能致其伤害,并希望或放任结果的发生。问题在于,在机耕道坎布满石块的前提下,又有什么充足的理由认为,张某既然能够认识到伤害结果的发生,却认识不到死亡结果发生的可能性?认为张某对伤害具有故意,对死亡只是过失,并没有充分的说服力。如此看来,张某对周某的死亡是过失还是故意的心态,实际上还是难以明确。

如果运用概念式思考模型,就必须查明行为人主观心态是故意还是过失,这在斗殴致死的事件中,非常困难。因为双方在危险的环境下扭打互殴,本身就有致害致死的危险性。此时,不仅要认定对死亡结果是出于故意还是过失,还需要判断究竟是伤害故意还是杀人故意。如果跳出概念式思维,将类型式思维代入此类具有“互殴之状”致人死亡的事件,就不会纠缠行为心态是故意还是过失的认定难题,只要判断行为人不是出于“害心”,就可以以“斗杀”科罪。斗杀之类型,与现今刑律之故意伤害致人死亡罪之结果加重犯尚有不同,后者对死亡结果的心态只能是过失,而在斗杀,除却有害心之直接故意不可能成立外,可以为间接故意,也可以为过失。正是如此,间接故意和有认识过失之界限纠葛,不影响斗杀犯罪之认定。

案例二和案例三,同样存在故意(间接故意)和过失的认定难题。两个案子都是因平和的嬉戏致人死亡,行为都具有一定的危险性。如果说行为人没有认识到死亡结果的可能出现,也比较牵强;如果说行为人对死亡结果抱着肯定的心态,似乎也不合情理,况且行为人还身具表哥或者男友的身份;但如果说行为人不是放任而是轻信能够避免,从用被子蒙小孩的头部达数分钟,男士手掐女士的脖子近一分钟这些行为来看,好像也不能得出这么肯定的结论。总而言之,间接故意和有认识过失都有成立的道理,反过来说,也都有不成立的道理。这就是概念式思维所面临的困境。

如果转入类型式思维,从行为外观上看,这两案非常符合六杀中的戏杀,戏杀正是以此类生活原型抽象而来,并以描述性而非定义性的方式将此类行为直观展示。实际上,以戏杀类型之意义脉络分析,“不相含恨,至死无怨”,正是从事实的角度说明,这类行为,行为人对结果的心态必须是排斥和反对的,即上限只能是有认识过失而不能是间接故意。

然而类型思维也并非万能之药,它的缺陷在于难以求全。以案例四罪过形式的认定为例,若以六杀之类型观照,同样无能无力。就此案来看,儿子虽对父亲不满,但尚不致有意欲其死之心,即使有也不会只用木凳敲击头部一下的方式,其行为既不合故杀、斗杀,也不合戏杀。不过,从另一方面考虑,农村的小木凳应当非常结实,行为人久对其父不满,况且又是盛怒之下以木凳击打头部,在行为心态的把握上确实有值得细致揣摩之处。生活中尚有很多类似的案件,行为心态在故意与过失之间徘徊不定,然而类型式思维不可能面



面俱到,为每一类生活事例定制一个规范的框框。所以明晰行为的心态还是必要的,概念式思维必有其用武之地。类型思维可以作为必要的补充,尤其是在犯罪故意与犯罪过失界限不明的地方,以行为类型作整体的观察,具体判定行为人的心态,在此基础上施以相应的刑罚。

#### 四 结论:从本土资源中汲取刑法立法和刑法解释的营养

以上分析试图从方法论的视角揭示犯罪故意以及故意与过失界分方式在中国变迁的历史图景,囿于特定的问题意识,这一展示势必不是全面的,许多非常重要而且富有意义的问题尚未展开,如古代刑律犯罪故意的推定、共同故意、犯罪故意与未遂等等。古代刑律之“六杀”,与今之刑律故意杀人罪和过失致人死亡罪相比较,在犯罪故意和犯罪过失界分的方式上,存在着重大的方法论差异——类型思维与概念思维的不同。揭开这层尚未被人探知的面纱,相信一定能够得到许多新鲜的认识和有益的启示。

第一,中国早自两千年前的战国及先秦时代,就已经明确区分犯罪故意和犯罪过失两种不同的心态,未遂犯、共谋犯、教唆犯都应当受到惩罚,这些都体现出中华法系的早熟和早慧。

没有犯罪意图的行为不受处罚,是传统中国法的一项基本原则,当然也有例外(个别行为处罚意外事件以及连坐制度等)。如果将视角转向国门之外,彼时的欧洲大陆尚属蛮荒未辟之地。依照古代和中世纪欧洲法的传统,刑法实行的是结果责任,犯罪意图不是行为人承担刑事责任的基础,犯罪未遂、教唆犯、煽动犯都不受惩罚。<sup>[47]</sup>

比较而言,中国古代的法律发展是早熟的,更是早慧的。中国传统文化的礼仪教化和道德义务,渗透到社会统治(工具)的方方面面,由此也形成了刑法文化的主观主义传统,这一倾向在今日之刑法立法和司法实践中都有所体现,而这也为当前中国的刑法主观主义和客观主义之争,提供了另外一条理解和商谈的思路:历史和文化传统在法律形成和解释中的作用。

故意犯罪和过失犯罪责任有别,是罪责刑相适应原则的基本要求,这一点已为刑法理论所共识。但在中国刑律中却存在例外,《唐律·擅兴律》“乏军兴”条规定:“诸乏军兴者斩,故、失等”。97《刑法》亦将故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪同条规定,并且适用同一刑罚。此种规定方式曾经引发一定的争议。暂且不去检讨合理性与否,转而去探索这一规范形成的更深层次原因。历来在中国统治者的视域中,秩序在法律的价值序列中占据着非常高的位置,《唐律疏义》在该条之后释曰:“为其事大,虽失不减”,行为危及国家安全和军事行动,乃是“事大”,故而“虽失不减”。这既可以说是历史的继受,也可以说是传统价值观在现代刑事立法中的延续。

第二,古代刑律中之六杀,乃是不自觉地运用了颇为近代法学推崇的类型式思维模式,有其值得肯定之处。

[47] 参见[美]金勇义著:《中国与西方的法律观念》,陈国平等译,辽宁人民出版社1989年版,第153页。

总体而言,考虑到当时的生活事态远不如今日之复杂,危险行为的类型远不如今日之众多,六杀各条,基本上满足了当时社会生活的需要。其时尚未出现近现代意义上的心理学,无法对人的复杂心理状态做出精细的区分,以犯罪行为的实体环境(情境)或整体类型来塑造行为,巧妙地回避了困扰近现代刑法学已久的间接故意和有认识过失界限认定难题。

类型是存在于立法者和法律形成之前的事物,古代立法者对杀人行为详尽准确的类型描述,应是一种直觉,而非方法论上的自觉。在心理学尚未进入立法者的视野时,实现罪责刑相适应原则,最理想的状态就是一事一罚,即一行为一类型,这样就不会造成因行为入主观心态认定困难而导致误判,毕竟故意和过失是作为刑事责任的原则和例外而存在,而且故意的责任远远重于过失的责任,主观定性错误造成的危害往往是巨大的。尽管一行为一类型在立法上不具有可操作性,但是努力将各类在主客观两个方面具有相类似危害的行为类型提炼出来,是在当时的立法环境下最为可取的方式。这也显示出中华法系的博大精深。

所以有美国学者断言:“中国公元 7 世纪时的唐律丝毫不逊色于欧洲 19 世纪的刑法典。”<sup>[48]</sup>与欧陆刑法相比,中国刑法学有着更为丰富的内在基因。今日刑法学之研究,无论是立法论层面还是解释论层面,跨文化、跨国别的比较当然是一个值得肯定的思路,但是也不能因此而忽视我们自有的历史素材。比如《刑法》第八次修改时所热议的“亲亲相隐”制度是否入律,若加以历史的考察,无疑能够为其找寻到正当性的根据。

第三,六杀各条,虽然与古代农耕社会形态下的人命案基本相适应,但是在现代刑法理论看来,存在较为严重的缺陷,应当辩证地加以看待。

首先,故杀之条,只限于直接故意的杀人,而在相斗和相戏之外的杀人行为中,若是间接故意的心态则缺乏相应的罪名规制。其次,戏杀之条,仅限于有认识过失和无认识过失,若是在相戏的过程中,逾越了“两相和戏,至死不怨”,能够证明行为人容认死亡结果的发生,此种情状也缺乏相应的罪名规制。再次,过失杀之条,以今日之观点来看,除了过失的心态之外,还包含意外事件,这明显违背了现代刑法责任主义的要求。最后,六杀各条,都是绝对刑,如谋杀、故杀皆为斩刑,斗杀为绞刑。这种立足于绝对报应主义的立场,以现代刑法理论看来,违背了罪刑相适应原则,无法实现刑罚的个别化。

在农耕社会尚能与社会形态基本相适应的六杀各条,至现代工业社会,就已经丧失了其所赖以生存的社会基础。在危险行为样态日趋复杂的现代社会,立法上如果没有间接故意致人死亡的空间,势必会造成处罚上的极大漏洞。

当然,以现代刑法原则来要求古代立法,必定是一种苛求。法律作为上层建筑的一部分,其孕育和发展,都需要一定的社会土壤,包括经济的、政治的、文化的、宗教的、哲学的,甚至是生理学和心理学的呼应。古代刑律以知与不知区分故意与过失,这种纯粹认知标准的心理故意概念,源于古代心理学的欠发达,其时并没有发展出为近现代刑法所承认的“容认”型故意,而在预见结果发生的可能性的场合,若要在心理上更细微地掌握“容认”

[48] [美]金勇义著:《中国与西方的法律观念》,陈国平等译,辽宁人民出版社 1989 年版,第 153 页。

和“相信能够避免”两种意志因素的区别,更是不可能的事情。

如此辩证地看待这一问题,尽管不具备精细区分行为之心态的心理学基础和时代条件,古代刑法以类型的方法最大限度地弥补了精确概念的缺位,其时立法的先进性,不能以现代的眼光加以抹杀。

第四,犯罪故意与犯罪过失之界分,在立法论上,应以概念式思维为基本模型。

类型的思考有其事物上必至的界限。<sup>[49]</sup> 类型思维虽然是最大限度地保留了事物的原型,然而也存在固有的缺陷,这种缺陷不是类型本身的问题,而在于人类思维的局限性。类型思维无法涵盖所有的生活事实,包括既有的,也包括未来可能发生的。法律不可能对人类所有的行为一一描绘,法律也必然存在滞后性。尽管理想状态下的法律是一事物一类型,但在现实世界中绝对不具有可操作性,法律体系中功能最稳定的就是概念体系。于类型无法涵盖之处,概念的作用明显起来。如上文的案例四,这一行为就很难类型化。前面所提到的六杀各条之缺陷,充分说明,以犯罪行为的实体环境描述行为类型,虽然行为的心态固定于类型之中,然而并不能完全解决行为心态的认定与区分难题。犯罪故意与犯罪过失以定义的方式予以界分,才真正符合责任主义的要求。

概念成就了法学理论的体系化。以概念构筑的体系,是法学科学化和学术性的标志,是可以论证并且能够以逻辑检验的思维工具,是一个前后左右逻辑自足的学术系统。所谓前,就是形成概念的规范目的;所谓后,就是概念和事实之间的涵摄过程;所谓左右,就是自概念与他概念之间的关系。以概念式思维掌握故意理论,才能明确犯罪故意的责任根据,犯罪故意与犯罪过失的区分意义,犯罪故意与未遂理论、错误理论等等之关系。

第五,犯罪故意与犯罪过失之界分,在解释论上,类型式思维是重要的补充思考工具。

故意与过失最理想的区分,是不要“区分”行为心态,而回归到最原始的状态——依照行为整体的恶给予相应的刑罚,以行为类型的应罚程度,取代“主观心态”与“客观行为”各自的应罚程度,保留行为作为类型的完整性,这是回避争议最彻底的方法。不过刑法理念和理论发展到今天,在一系列法治理念(法的安定性、立法的可操作性)和刑法基本原则(责任主义、罪责刑相适应原则)的要求下,这样的一种思路不具有可取性和可行性。但是,其中的类型思维应当作为有价值的遗产保留下来,并促使我们重新审视“原始存在”的合理性。在立法论意义上,界定故意应采取概念思维的方法,为故意下一个统一的定义。

尽管以行为类型取代故意概念不可取,但是其中(如六杀各条)所蕴含的类型式思考方式,在犯罪故意的认定和解释上,尤其是间接故意和有认识过失界限不明的场合,有着重要的方法论价值。杀人以谋,其情尤毒;故杀虽未谋,但却是有其死;斗杀虽不欲其死,但是彼此争竞,互有仇怨;戏杀则是和平相戏,偶致人死;误杀以害他人之意,误杀于旁人;过失杀则是在从事危险活动中,过失或意外致人死亡。六杀各条,虽然是以行为的主客观特征固定的类型,其中也反映出行为本身的危险性,但真正对分类起决定性作用的是行为主观一面的不法程度,行为人心理“恶”的程度,这是六杀之类型“意义脉络”。

[49] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第17页。

行为的实体环境(主客观特征)固定了行为的类型,行为的类型蕴涵了行为人主观恶性的评价。以此反推,认定行为人的心态,值得努力的方向就是犯罪故意“概念的类型化”,从行为的主观面和客观面界定出具体的标准群,以此类型化地掌握和解释犯罪故意的概念。犯罪故意“概念的类型化”,与舒乃曼教授<sup>[50]</sup>和许玉秀教授<sup>[51]</sup>所推许的“类型学的故意概念”有着异曲同工之处。

所谓犯罪故意“概念的类型化”或“类型学的故意概念”,其实就是概念从形成到适用的“反刍”法。形成概念的价值评价或者说意义脉络在概念形成之后被内含于要素之中,概念适用的涵摄与否的判断只要视要素符合与否即可。有意杀人即为故意杀人,应注意未注意致人死亡即为过失致人死亡,然而在概念适用存有疑义の場合,应当回到隐含其中的评价原点上。例如在预见结果发生可能性的場合,行为人的心态究竟应当被评价为“容认”还是“反对”结果的发生,依赖行为人的口供无法得出适切的结论,只有综合行为的主客观情状推断行为人行为时对待法规范的态度,再由此推定行为人的心态是间接故意还是有认识过失。正如考夫曼所言:“在法律发现的过程,抽象概念必须被开放为类型。”<sup>[52]</sup>

故意是一个弹性的类型,这个类型由两个要素组成:认识要素和意志要素。故意就是透过认识特征和意志特征在强度上互补的弹性组合,在整体上表现出一种较之过失更应当受到谴责的主观心态类型。在故意的类型之中,认识因素和意志因素具有不同的意义。由认知而产生的行为支配,与法益的保护有关。在行为人的认知没有出错的情况下,认识到结果发生的可能性,从非常小的可能到近乎确定,表明了法益实际受害的可能,行为人对危险的认识程度标志着法益可能受害的远近。行为人意志因素的强弱则意味着行为人的意志态度背离规范的远近。

换言之,认识因素和意志因素标识着两种距离:前者是与法益保护的距離,后者是与规范忠诚的距離。任一因素的距離越大,认识越是接近法益的受害(比如认识到法益确定会受害),意志越是背离法规范的期待(比如以结果为行为的目标),就越有可能成立故意。裁判者通过对能够反映认识程度和意志程度的待证事实的解释性推论,来推断案件事实是否在整体上“充足”故意的类型。<sup>[53]</sup>

以本文所举之六杀和相关案例做一个简要的归纳,事发之原因(有无仇怨),行为之动机(卑劣还是良善),双方当事人关系(亲友、恋人还是仇敌、竞争对手),行为在道义上是利己还是利他,都可以作为犯罪故意意志态度的类型标准。上文所举四个案例,认定行为人对结果持过失的心态就更为合适。概念的类型化,能够最大程度地缓解“法律安定

[50] 参见[德]舒乃曼:《刑法上故意与罪责之客观化》,台湾《政大法学评论》第50期,1994年,第50页。

[51] 参见许玉秀:《Puppe教授和许玉秀教授的论辩》,台湾《政大法学评论》第55期,1996年,第324页。

[52] [德]阿图尔·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从国译,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第58页。

[53] 参见陈磊:《犯罪故意认定的证据法学解读》,《证据科学》2012年第4期,第453-457页。文中概括了六个具体的标准。

性与实质正义之间永恒不断的紧张关系”<sup>[54]</sup>。

第六,犯罪故意理论中,类型式思维的另外一个思考价值,在于对当今刑法责任形式的整罪分析模式重新审视,并且考虑英美法系责任形式的要素分析模式的合理性。

概念式与类型式思维的区别在于,抽象概念式思考是封闭的和僵硬的,不足以掌握中间形式及“混合体”,而类型式思考则是开放的和灵活的,可以用来描述社会生活中具有流动状态的事实原型。我国刑法在责任形式上采取的是整罪分析模式,在基本的犯罪构成(以结果犯为例)中,行为人对结果发生的心态为故意的,则为故意犯罪,为过失的,则为过失犯罪,刑法不承认基本构成中既有故意也有过失的犯罪(结果加重犯另外讨论),即不承认双重罪过的犯罪。这样一来,刑法分则一些特定个罪罪过形式的认定,就成为理论上的难题并引起非常大的争议,如丢失枪支不报罪、滥用职权罪、违规发放贷款罪等,为解决这些犯罪对危害结果既可能是故意(间接故意)也可能是过失(有认识过失)的现实情况,学者们提出“复合罪过理论”、“客观构成要素例外论”、“主要罪过说”、“明知故犯论”等不同学说<sup>[55]</sup>试图解决这一难题,基本的立场还是要以解释的方式维持责任形式的整罪分析模式。

类型式思考,承认在特定的生活事实中,人的主观心态有模糊和流动的空间,即使行为人自己恐怕也无法清楚地划出一条线来,如果人为地硬生生加以割裂,结果可能适得其反。如果认为丢失枪支不报罪只能是过失犯罪,那么行为人丢失枪支后,预见到危害结果发生的可能性,却放任不管不去报告,只能设立另外的条款予以规制。所以说,传统的概念式思维所引申的整罪分析模式足以瓦解并败坏生活现象的整体性。一个更为合理的解决思路,是借鉴英美刑法所采用的“要素分析模式”<sup>[56]</sup>,针对不同构成要素(行为要素、结果要素、情状要素)的存在提出更为精确且具有区分性的标准。

不过,在我国现有刑法理论的框架内,如何运用这一思路,是完全放弃整罪分析模式,还是以原则和例外的方式使整罪分析模式和要素分析模式并存,如何在立法论和解释论两个层面看待这一立法技术的作用?还是需要进一步思考和研究的问题。

第七,类型思维还要求尽可能发现社会生活中具有流动状态的多发的事实原型,同时兼顾行为的主观面和客观面,并以规范性的语言描述,在其意义脉络之内匹配相适应的刑罚。

现今刑法故意杀人罪和过失致人死亡罪只是规定了两个简单的基本罪状。与之相比,《德国刑法典》规定了谋杀、故意杀人(普通和特别严重情节)、故意杀人(减轻情节)、受嘱托杀人、过失杀人五条。《法国刑法典》专设两节七条规定杀人犯罪。《加拿大刑法典》从第222条到第240条共十九条都是杀人罪的规定。《俄罗斯联邦刑法典》故意杀人

[54] [德]阿图尔·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第43页。

[55] 参见劳东燕:《犯罪故意的要素分析模式》,《比较法研究》2009年第1期,第46-52页。

[56] Paul H. Robinson & Jane A. Grall, “Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond”, 35 *Stan. L. Rev.* (1983), p. 681. Francis Bowes Sayer, “Mens Rea”, *Harvard Law Review*, Vol. 45, No. 6 1932, p. 994.

罪共列示了 13 个加重情节。美国《模范刑法典》谋杀、非预谋杀人和疏忽杀人三个杀人罪名中,又罗列了 7 种涉及主观心态的具体行为类型。并且,古代刑律六杀之“谋杀罪”,在德、法、俄、英、美等国家中都有专门的规定,而在我国现今刑法中却失去了位置。鉴于此,我国现行刑法有关杀人犯罪的立法例也有待进一步检讨。

---

---

[Abstract] The traditional Chinese criminal law had made clear distinction between intentional responsibility and negligent responsibility as early as two thousand years ago whereas the principle of consequence liability was abandoned by European continental criminal law only in modern times. The connotation of criminal intention has experienced many changes in Chinese history. As far as the distinction between intention and negligence is concerned, compared with “the conceptual dualistic thinking mode” of the modern criminal law, the “typological thinking mode” embodied in the “six categories of homicide” in ancient Chinese criminal codes has important enlightenment significance in methodology. The problem with the distinction between intention and negligence should be solved by using “conceptual thinking” as the basic method and “typological thinking” as a supplementary method. The intuitive, rather than conscious, application by ancient Chinese criminal codes of the “typological thinking mode”, which is held in high esteem by modern legal scholars, showed the pre-maturity and precocity of traditional Chinese legal system. China should draw on its own native resources of ancient criminal codes in the adoption and interpretation of criminal law.

---

---

(责任编辑:王雪梅)