

刑事责任能力的 构造与判断

● 黄丁全 著

- 责任与责任能力
- 责任能力的概念
- 责任能力的内涵
- 责任能力之本质

- 责任能力的基础
- 立法方式的检讨
- 责任能力的程度
- 一时的精神障碍

- 因病的精神障碍
- 责任能力的判断
- 一般的生理缺陷
- 与行为同时存在原则
- 精神鉴定的面向



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

The Structure and Judgement of Criminal Responsibility

刑事责任能力的 构造与判断

黄丁全 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律门
Access To



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事责任能力的构造与判断/黄丁全著. —北京:
法律出版社, 2010. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0457 - 0

I. ①刑… II. ①黄… III. ①刑事责任—研究 IV.
①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 037380 号

刑事责任能力的构造与判断

黄丁全 著

责任编辑 潘洪兴
装帧设计 段 非

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16
版本 2010 年 5 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 28.75 字数 482 千
印次 2010 年 5 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0457 - 0

定价:66.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序/陈兴良

刑事责任能力始终是三阶层的犯罪论体系中有责性的主要内容之一,尽管在刑法理论中存在责任前提说和责任要素说之争,但对刑事责任能力的功能定位是始终如一的,即为责任提供适格主体。黄丁全博士的新作《刑事责任能力的构造与判断》一书为我们展示了责任主义背景之下的刑事责任能力理论之全貌,可以说是刑事责任能力研究的一部颇具作者功力的著作,值得充分肯定。

刑事责任能力涉及责任年龄、精神病、生理缺陷等一系列技术性问题。然而,黄丁全博士力图从责任主义的语境中对这些问题进行理论探讨,从而使本书弥漫着某种人文精神。本书的代序,题为“刑事责任理论的回顾与展望”,它虽然不是本书正文的内容,然而却是本书所贯穿的中心线索,也在很大程度上提升了本书的学术水平。应当指出,在代序中所探讨的刑事责任与苏俄及我国刑法学中的刑事责任是两种完全不同的概念。因为在四要件的犯罪构成体系中,只有犯罪主观要件,即罪过,包括故意与过失,而根本就没有责任要件,因而美国著名学者弗莱彻称为“无归责的罪过”。至于四要件以外的所谓刑事责任,是指犯罪后果,例如,犯罪构成是刑事责任的唯一根据的命题就充分表明其主观要件不具有归责性。而德日刑法学中的责任,基于规范责任原理,是指主观上的非难可能性。这里的非难可能性是责任主义的核心内容。黄丁全博士在代序中对责任概念的演进史做了概括,从旧派的责任论到新派的责任论,从报应性责任概念到预防性责任概念,条分缕析,线索清晰。尤其是黄丁全博士引入科学主义,探讨其对责任能力的影响,正好切合本书之主题,从这一体系性安排中可见作者的独具匠心。

本书以《刑事责任能力的构造与判断》为书名,可以看出本书在内容上包含了刑事责任能力的构造与刑事责任能力的判断这两个互相联系的组成部分。其中,刑事责任能力的构造主要是指本书的理论部分,它占有绝大部分的篇幅。刑事责任能力的判断则是指本书的实践部分,它所占的篇幅虽小,但意义重大,亦是本书不可或缺的组成部分。而在刑事责任能力的构造部分,黄丁全博士又从

责任能力的一般性理论和影响刑事责任能力的相关要素这两个方面进行了系统的讨论,在理论的深度与广度上都是前所未有的。

我向来对哲理探讨有兴趣,这是一个论题所能抵达的理论深度的标志。因此,对于本书的理论部分我是较为喜欢的。例如本书第五章“责任能力的基础”,黄丁全博士主要对意志自由问题进行了探讨。意志自由本身是一个哲学问题,我在《刑法的人性基础》(第二版,中国人民大学出版社2006年版)一书中作过专门的探讨。在本书中,黄丁全博士并不是仅从哲学的面向对意志自由进行审视,而是从罪责理论的向度对意志自由加以探讨,从而为责任能力提供哲理根据。实际上,意志自由不仅是责任能力的基础,同时也是责任的基础。在本章中,黄丁全博士对责任理论与意志自由的关系作了相关性分析,将责任概念建立在非决定论的责任之上,揭示了非难可能性是责任的本质。在这一基础之上讨论刑事责任能力,则各种影响刑事责任能力的要素其实都是决定某一行为是否具有非难可能性,并因此而负刑事责任的条件,从而为刑事责任能力的立论提供了坚实的立论基础。

本书的精彩之处当然还是对于各种影响刑事责任能力的要素的探讨,而这部分内容涉及精神医学及心理学等各个学科领域,其知识范围深广而又精专,不仅写作难度较大,即使是阅读起来,若无相关的知识背景,也是较为吃力的。可以说,这部分内容也是刑法学中最具科学主义性质的专业知识。黄丁全博士为写作这部分内容,广泛地涉猎相关学科知识,例如医学知识可以说是造诣较深的,还专门出版过《医事法》(中国政法大学出版社2003年版)的专著,这都为黄丁全博士对刑事责任能力的研究奠定了基础。例如本书第九章对因病性精神障碍的探讨,就涉及精神医学,对于各种精神疾病的描述与分析,没有相关专业学识是无从下笔的。当然,本书并不是一部专门的精神病学著作,精神病学知识只不过是刑事责任能力判断的背景知识。本书的着力之处在于利用这些专业知识对责任能力进行相关性的分析。在这方面,本书是具有独到见解的。

应该说,本书并不是一部纯理论的探讨著作,而是紧密联系司法实践,是一部具有应用价值的著作。关于刑事责任能力问题,一般在各国刑法总则中都有明文概念,但这种概念都是较为简约、较为抽象的,它只是为刑事责任能力的认定提供了一般原则。这些法律原则适用于司法个案的时候,还需要具备各种专门知识加以补充,从而解决刑事责任能力的判断问题。本书秉持理论联系实践,解决司法实践问题的理念,因而是对于司法实践部门判断刑事责任能力具有重要参考价值的著作。

本书作者黄丁全早年毕业于台湾大学法律系,先后获学士学位及硕士学位。

1995年跨越海峡来到北京大学法律系攻读博士学位,1998年毕业,荣获博士学位,是北大刑法学科培养的第一位来自我国台湾地区的法学博士,其导师是北大刑法学科博士点的创始人杨春洗教授。黄丁全的博士论文就是《刑事责任能力研究》,该博士论文于2000年由中国方正出版社出版,并由杨春洗教授撰写了“刑法中有关刑事责任能力论的现状”一文作为代序。如今杨春洗教授仙逝有年,而黄丁全博士在对原书进行大幅度扩容增量的基础上,以一本新著的形式即将面世,这也可以说是对杨春洗教授在天之灵的最好慰藉。从1998年从北大获得博士学位,至今已经整整十年过去了,黄丁全博士始终如一地坚持学术上的追求。就以本书为例,2000年出版的《刑事责任能力研究》一书只有八章,而本书已经扩展到十三章,篇幅增加有半,从而成为一本新著再行出版,这是令人高兴的。博士论文,对于撰写者来说,就像是第一个学术之子。一般的人,出版以后,也就置之不顾了。而黄丁全博士却惦记着她的成长,在十年后还为之梳妆打扮,使其以一种崭新的面貌重新获得新生,其意殊为可嘉。

记得2009年10月初,我参加韩忠谟教授基金会举办的海峡两岸法学研讨会,辗转来到屏东的垦丁国家公园观光,黄丁全博士闻讯从高雄长途驱车赶到垦丁与我见面并宴请全团的内地学者,其情令人动容。这是我第二次在垦丁与黄丁全见面,第一次是1999年8月,我和北大刑法学科的杨春洗、储槐植、张文、刘守芬等教授第一次访问我国台湾地区,也曾经来到垦丁,度过了虽然短暂但是难忘的时光。那次在垦丁的行程是黄丁全博士操持安排的,也是黄丁全博士与其导师杨春洗教授唯一在我国台湾地区的会面,了却了杨春洗教授畅游我国宝岛台湾的心愿。转眼之间,十年过去了。斯人已去,其情犹在。我第二次在垦丁见到黄丁全博士的时候,黄丁全博士提及他正在修改博士论文,吸收近年来刑事责任理论研究的理论资料,使旧作获得新生,对此我是极为赞赏的。这次在垦丁,不期然而遇台风,虽故地重游,却未能尽兴。但能在垦丁见到久未谋面的黄丁全博士,也算是意外之喜。我回到北京不久,就收到了黄丁全博士寄给我的新著的文字版。黄丁全博士的向学之心,令我敬佩。

在本书即将出版之际,受邀作序,对本书的前生今世略作铺陈,诚心地将本书介绍给读者,并且期望黄丁全博士老之将至而永葆学术上的赤子之心,将来还有佳作问世。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2009年11月27日

刑事责任理论的回顾与展望(代序)

一、前言

在通行的犯罪三阶层理论,所谓犯罪是指该当犯罪构成要件、违法且有责的行为。罪责理论涉及的是第三阶层的要素,是在违法性要素之后另一个可罚的实质基本要件。按照三阶层理论,当一个人实施了构成要件该当且违法的行为后,还不足以成立犯罪,尚须依照另一个非价判断(责任)以决定是否应将该违法行为“个别非难”于该行为人。如答案是肯定的,行为人始构成犯罪,从而施加刑罚。罪责中的非价判断与违法的非价判断不同,在“不法”中涉及的是“一般的”判断,而在罪责中涉及的是对行为人的行为作“个别的”非难。换言之,在罪责中要问的是,行为人个人是否要为其违法行为负起刑事责任。

罪责的非价判断和违法的非价判断内涵是不相同的,但罪责也非完全独立而与违法无关,罪责非难始终涉及行为人所实现的构成要件不法,而违法更是每个罪责非难的前提。论及“违法性”,潮流的变化是结果无价值论时代的结束。如以判例为中心观察日本战后刑事思潮的变化,昭和40年代堪称具实质意义之“结果无价值论”盛行的年代。不过那也只是40年代中期之事,至昭和60年之20年间是结果无价值论的顶峰,之后势头转弱。至于“二战”后日本价值观的变化是如何改变“责任论”的?“责任论”今后将有如何的变化?以“责任能力论”为题切入并略作回顾应是妥适的方式。“责任能力论”提供与此问题意识相符合的素材。如先行对责任论的变化作一总结,可得两个结论:一个是“从形式的犯罪论”到“实质的犯罪论”,这在其他犯罪论说中也是炙手可热的论题,但在责任论中并无多大变化。另一个结论是“科学主义”的渗入,把近代合理主义的思想转化成为“规范主义”。变化的方向渐渐重视价值的问题。要言之,变化的走向是从无价值的、科学的,无论谁见了都能得出同样结论的学说,缓缓趋向伴有价值判断的,须决定其价值好坏的论题。

二、刑事责任的定义

责任能力、故意、过失、错误,是刑法总则中有关责任的全部规定。在这些规定中,由于对什么是刑事责任,法文并没有作积极的规定,因此学者在诠释“责任”时,是采取由不同角度作系不分类的方式,例如把责任分为主观责任、客观责任而分别定义,而后再选择一个作为强调的主题。有学者因此对责任作出数个不同的定义,更复杂的是,不同的学者间对据以作出不同定义的分类标准有不尽相同的定义,使得在学说架构设计上,显得特别困难。学者即指出:“刑事责任的问题,系属困难的问题,此乃由于对责任的概念迄今未能达成一致的结论所致”。^①

学者论述“责任”这一议题,提出三种定义:一是指法律上一般的制裁;二是指应负法律责任的地位及责任能力;三是指受法律上拘束(义务)之情形,并认为第二种意义是指一般所指的法律上责任,而第三种意义的责任,是“指以一定的法律事实为原因,发生一定的法律效果之情形。”^②此外又基于一般预防及特别预防之需要提出所谓责任就是“答责性”(Verantwortlichkeit)的主张,亦即行为人因曾实行违法行为,因此必须对被害人及一般社会负责,且应自己妥为善后,从而将责任解为“答责”,亦即负责之意。

通说认为“责任”是依规范责任论把责任定义为非难或非难可能性,它是对行为人与行为间内在关系的否定评价。行为人的行为应否非难?学说见解指出:当行为人实行行为时,虽可采取合法行为而为意思决定,且有义务依此方向决定其意思,但却向违法方向作出意思决定进而为违法行为,行为人就是可非难的。学者认为,可非难与否取决于行为人是否具备能力认识“法律上之当为要求”,且依此认识定其行止。非难的基础有二:一是认识能力,另一是控制能力。所谓认识能力,是指行为人知其所为者是合法或非法;控制能力是指行为人具有“他行为能力”,亦即能支配合法不为非法的能力。^③

但亦有认为,责任不等于罪责,罪责亦不等于非难可能性。认为罪责(Shuld)与责任是两个不同的概念,在法律领域内,“责任”是指违反法律设定的义务而产生的负担,它是属于“法律效果”的部分,而“罪责”则属于构成犯罪的

^① 洪福增:“刑事责任理论之序说”,收录于氏著:《刑事责任之理论》,刑事法杂志社1998年版,第52、53页。

^② 洪福增:前揭书,第3页。

^③ 黄常仁:《刑法总论》,新学林出版股份有限公司1994年版,第15、16页。

“要件”部分,两者系不同的概念,不宜混用。^① 其次,有关于非难可能性部分,也认为应与罪责相区别,所谓罪责与非难可能性的关系,类似不法与违法两个概念的关系。违法性仅指行为与法规范相矛盾的事实,而“不法”则是由行为所实现的,并且由法律负面评价的评价本身。^② 我们认为,“非难”顾名思义有谴责的意思,表达出一种“否定的评价”、“负面的价值判断”,从而“非难可能性”就是“否定评价的可能性”。换言之,非难可能性是对某事物由他人所下的判断,它只能作为罪责的结果,但并非罪责本身,亦即罪责构成事实是指作为评价的客体,非难可能性是指评价本身,而罪责则包括被评价的客体与对客体的评价,含有复合的性质。又将责任定义为“非难可能性”是简化的说法,精确地说应是“对行为人意思形成与意思活动的非难或非难可能性”。

三、旧派与新派责任论

刑事责任论,作为构成刑法体系的根本理论,长期以来一直是学界争论的议题。回溯西方刑法史,1890年至1910年是学派争议最激烈的时期,是以活跃于18世纪至19世纪之古典学派(旧派),与盛行于19世纪后半叶以来的近代学派(新派)为主干。有关刑事责任论就是以这两个相对立的论点为起点而展开的。这就是旧派的道义责任论和新派的社会责任论的对立。学者则以旧派的毕尔克梅尔(Kar Von Birkmeyer, 1847~1920)和新派的李斯特(Franz Von Liszt, 1851~1919)为代表。^③

检讨两派的立论基础,古典学派的先驱者贝卡利亚(Cesare Beccaria, 1738~1794),以其旷世巨作《犯罪与刑罚》,开启近代刑法学的新局。贝卡利亚在启蒙时期的时空中,汲取自由主义与社会契约的思想,建立起自由主义的刑法观。启蒙时期前封建的刑罚观念中,一般认为刑罚是专擅的,由国家恣意地行使,归纳其特色分别是干涉性、恣意性、身份性及苛酷性。^④ 古典学派就是对于中世纪具有干涉性、恣意性、身份性及苛酷性、野蛮的传统刑罚制度产生反动的产物,乃以启蒙时期的个人主义、自由主义为其思想基础。认为人都是具有理性的,刑罚是实践理性的准则。因此,古典学派的理论是以理性而具有自由意思的人为哲学

① 刘幸义:“意志自由与罪责”,载《中兴法学》(第24期),第59~60页。张智辉:《刑事责任比较研究》,五南图书出版股份有限公司1996年版,第29页。

② 刘幸义:前揭文,第59~60页。

③ 有关刑法学派的争论内容,请参阅甘添贵:“古典学派与近代学派于现代刑法理论之影响”,收于氏著:《刑法之重要理念》,台北瑞兴出版社1996年版,第1~52页。

④ 内藤谦:《刑法讲义总论》(上),有斐阁1991年版,第62~63页。前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版,第18~19页。

基础(意思自由论),而认为根据自由意思而表现在外的犯罪行为本身即具有现实意义(现实主义)。因此,应注重者是行为而非行为人(行为主义)。学者指出,意思自由论所建构的是一幅“行为主义—道义责任—应报刑思想”的责任图像。^①至于刑罚的轻重则宜视现实违法行为的轻重为断。

新派的思想则以自然科学的实证主义为基础。认为个人主义、自由主义极度发展的结果,不但造成社会经济失调,甚至少年犯罪及累犯激增,犯罪现象恶化,终至刑法规范效能逐渐减低。因此新派批判传统以犯人之自由意思为前提而处罚其外部行为的古典刑法理论,在防止犯罪效果上已呈现无力感,另辟蹊径将科学方法引入刑法领域,不仅研究犯罪,也分别从人类学、社会学、心理学、精神医学、生物学的立场研究犯罪的原因,同时也用于研究刑罚理论。近代学派否定人有自由意思,认为行为人的行为主要是受素质及环境所决定,并非由自由意思而决定自己的行为(原因决定论)。行为人所表现的犯罪行为只不过是行为人反社会性格的表征,其本身并无任何现实意义(征表主义)。因此,应重视者系行为人为人反社会的动机及其性格(主观主义),而刑罚所应处罚者系行为人而非行为(行为人主义),刑罚的轻重也应以行为人的社会危险性为根据。

从总体上说,旧派倚重刑罚的惩罚性,在人有自由意思、合理的理性前提之下,确立刑法的任务在于通过罪刑法定主义预告何种行为是犯罪及其刑罚效果。在罪刑均衡的意义下展现相对的应报刑论。同时也借此种预告的效果抑制犯罪以达到心理强制或所谓一般预防的效果。新派则从刑罚的惩罚性走向刑罚的矫正性,把犯罪人作为犯罪预防的重点,通过各种矫正措施使之不再犯罪。换言之,新派从一般预防走向特别预防。^②

第二次世界大战以后,德国刑事责任的潮流一改战前高举新派旗帜,回头强调旧派的行为主义,新派渐渐衰退,旧派理论获得新的复苏。但如仔细检讨德国刑法的立法趋势,也不是完全恢复18世纪应报刑论的旧观,而系本于行为责任(旧派),力谋与社会危险责任(新派)观点的调和,以求刑法之精密合理而能适应时代的需求。^③这也是在刑罚的世界里,依然留有教育刑论内容的原因。再观之受德国刑法思潮影响甚深的日本刑事责任论的潮流,也发生一定程度的变化,可简单地归纳为“新派的衰退”、“旧派与一般预防共存”。不过对于潮流演变的结果如此简要地下此结论或许非常危险,且对整个责任理论分析也难称充分,但为

① 大谷實:《刑事責任の基礎》(訂正版),成文堂1977年版,第6頁。

② 陈兴良:《当代中国刑法新视界》,中国政法大学出版社1999年版,第403頁。

③ 韩忠谟:“西德刑法1969年刑法总则篇重要立法原则之分析”,载《台湾大学法学论丛》(第21辑),第421頁。

了更容易理解责任论的变化,并使责任议题不致空泛无际起见,仍不能不先沿袭传统的思维而作新旧两派的划分。实际上,就各国刑法的实况而言,新旧两派理论的纷争至今并未完全解决。

回顾刑事责任理论课题,有认为划分“旧派”和“新派”的说法听来十分陈腐,比较新的说法是“新派=社会的责任论”与“旧派=道义的责任论”的对立。在日本的刑罚论上,牧野英一的新派理论有着经久不衰的影响力。新派的刑罚论在本质上是与目的刑论、教育刑论相结合,认为刑罚是为了预防将来发生的犯罪,教化与改善犯人,以防卫社会的一种手段。不过,牧野英一为使刑罚由应报刑向教育刑、目的刑方向转化,在本质上脱离了法治国思想与人权论,从某种意义上来看又颠倒了目的与手段的关系,因而显出理论的局限性以至于渐渐衰退。虽然新派的特别预防论与目的刑一直为学者所赞扬,但与客观主义的犯罪合成一个体系的旧派刑法学,却又渐渐取代新派的理论再获得学界的青睐,并进一步成为学界的通说。此种思想的转变,不仅表现于学说及实务判例,在德国刑法的修正上也可见其大概。其中无可讳言的是,在旧派的刑法观里,教育刑论的影子忽隐忽现,其中隐含的是与新派危险责任观的调和。

德国新派理论何以因刑事政策趋向保守而式微?原因不外两点:其一,德国人民深受战祸荼毒,惊吓于独裁政治的弊害,因而对于民主法治深深向往,刑事政策因而跟着转移。其二,德国刑法思想素具调和色彩,虽在战前刑事实证主义极度盛行之际,刑法学界却也从未放弃新旧两派的折中态度,故在战后刑法思潮由激进趋于保守之后,学者终于发挥领导作用贯彻折中调和的旨趣。^① 其在日本,新派理论式微的原因,是新派理论的行为人主义与主观主义的主张,使刑罚范围变得不够明确,甚至毫无必要地扩大刑罚范围,以致危及刑法的保障机能。^② 这种致命的观点加上否定罪刑法定主义,潜存侵害人权的危险,自然引起学界的严厉批判。例如,小野清一郎对新派预防的主观主义的批判,除指出其无必要地扩大处罚范围之外,特别指出新派预防的主观主义丧失刑法的道义基础问题。^③ 团藤重光也批评新派的教育刑论遵循合理主义与功利主义,是停留于低层次的思维。^④ 新派占优势的时代,科学主义引导责任理论变化的潮流,学者对科学信仰甚强,那可说是科学主义的时代。但之后公害事件、环境问题等,还有以前就

① 韩忠谟:“西德刑法1969年刑法总则篇重要立法原则之分析”,载《台湾大学法学论丛》(第21辑),第421页。

② 中山研一著:《刑法的基本思想》,姜伟、毕英达译,国际文化出版公司1988年版,第149页。

③ 同上,第57页。

④ 同上,第107页。

存在的核武器问题,让人觉得科学不是万能的意识逐渐转强。

或许学问的研究方向和学派的发展有相当的偶然性、个人性。亦即理论的变化深受个人主观思想的影响,尤其演化理论时的大环境,无论是社会的、政治的、伦理的社会价值观都对学问的研究方向起很大的影响作用。观之战后德日两国的社会变化的情况,新派主张的目的性社会防卫论,因与宪法保障人权的思想相悖,其责任观因而不得不暂时退让,甚至束之高阁。不过,在战后重见流行且占压倒性优势的旧派的刑罚论与责任论实际上也存在许多问题。有认为此时之旧派理论分析起来好似水与油的混合物,其理论本身固然以应报主义为基本内容,但在理论发展过程中却谋求与新派的刑罚目标机能论相结合,且与目的刑论的一般预防共存。以德国1969年刑法修正案的精神而论,关于刑事责任的基本原则,虽然大致维持旧派道义责任论的立场,原则并无多大出入。在刑罚制度的革新中,几经斟酌后融合上述不同意见,认为刑罚的科处除显示道义的非难外,尚应兼顾一般预防与特别预防之作用,不能专以一般预防为务,而使责任与刑罚相去悬殊。

其次,旧派理论还残存一些问题,日本学者团藤重光强调人类人格主体化与人格自由,主张“没有科学的刑法学是盲目的,忽视人性的刑法学是空虚的”。有认为此种主张有借助自由意思之名,导致积极责任主义与刑法伦理化的危险。中山研一指出团藤重光把伦理关作为刑法的基础,将会给所有具方向性问题带来既模糊又难确定的后果。再者,学者也发现旧派固守的客观主义也不甚可靠,盖刑罚与犯罪既是以社会伦理评价为基础,内含行为无价值论有脱离行为人违法性的危险。论者更指出旧派犯罪论受目的行为论的影响,也潜藏着主观化与伦理化的倾向,因此认为必须纯化报应理论的主张,此一主张一直成为学界的中流砥柱继续存在着,成为旧派理论的一个支流。

实际上,虽说新派已经衰退,但从世界刑法思潮来看,仍然是一个相当有力且有一定存在背景的理论,其实质内容的一部分在未来发展中相信也会卷土重来,因为科学主义对新派理论而言是具十足的亲和力的。当然,在旧派的发展的责任论的内容中,曾存在两种观点:一种认为道义的责任论才是责任的本体,另一种则认为犯罪预防才是责任的本体。我们认为两者将逐渐分离。无论如何,在以旧派为中心的时代,绝不容许扩大刑罚的范围,因此,通过国家的权力保护犯罪嫌疑人、被告等弱势者的人权,在当时刑法理论意识中是主流思想。从哲学观点,应是新康德学派的价值相对主义,以及与此相结合的规范责任论的约定俗成。

四、结果无价值、行为无价值

晚近论述责任论的流派,重点在于价值观的变化是如何改变“责任论”的,

“责任论”今后又会有如何的变化。如总结而言责任论的大变化,一个就是“从形式的犯罪论到实质的犯罪”。这在其他的犯罪论学说中是一贯提到的说法,在“责任论”上也无不同。另一个是“科学主义”从近代合理主义的思想蜕变成“规范主义”。变化的方向是渐渐重视“价值”的问题。亦即变化是从无价值的、科学的,渐渐移向伴随有价值判断问题的、需要决定其价值好坏的问题。而围绕着刑法理论中违法性的背景,就有两种对称的观点存在尖锐的对立。亦即结果无价值论与行为无价值论的对立。^①

结果无价值对行为无价值的名词,最早是由倡导目的行为论的威尔采(Welzel)于1930年所提出的。他将行为所造成的结果侵害,称为“结果无价值”,而将此种法益实质侵害的“结果无价值”(Erfolgsunwert)与行为所导致的法益侵害危险,合并称为“事态无价值”(Sachverhaltsunwert)同时将行为的目的、行为的方法与种类的行为态样等违反法规范与社会伦理秩序之情形,称为“行为无价值”(Handlungsunwert)。之后日本学界受威尔采的影响,也出现“结果无价值论”与“行为无价值论”的对立论述,亦即通常所称之“团藤重光”对“平野龙一”等学者群的对抗。^② 结果无价值论与行为无价值论的对立,是从法思想上最根本的问题认识上的差异派生而来的。法思想的最根本问题就是刑法在社会上应从基本上担负怎样的机能或作用,亦即结果无价值论向个人的生活利益的保护寻求刑法的机能;行为无价值论主张单纯针对法益侵害或危险的结果评价,只是对盲目的因果流程所作的评价,应以行为人操控行为目的意识为中心而进行评价。既重视法益保护机能,结果又回到生活利益的保护。

团藤重光理论的中心是“没有法益侵害就没有处罚”。亦即,没有结果无价值就没有处罚。这是旧派持客观主义者的论点。以佐伯千仞为例,佐伯极为重视结果无价值,对认为违法的本质应求之于义务违反的立场或持行为无价值论者大加挞罚。认为“义务违反的思考方式若贯彻到底,便非采取主观的违法论不可,而其结果只有放弃违法与责任的区别。若想维持此一区别,只有采取法益侵害说而别无他途”。“结果无价值认为违法的实质在于法益的侵害,其重点在于表现于外部行为及因之而生之实害。反之,行为无价值认为犯罪的概念应从主

① 行为无价值与结果无价值是从违法性的视角考察得出的结论。因果行为论者认为违法性的实质是对法益的侵害和危险,强调结果无价值。而目的行为论则是把故意作为违法性的要素,不仅对法益的侵害和危险,而且侵害、危险的方法(行为的种类、主观的要素),也是违法性的判断内容。因此,违法性的本质是行为无价值。熊选国:《刑法中行为论》,人民法院出版社1992年版,第13页。

② 学者群中,支持结果无价值论的学者有大冢仁、内藤谦、佐伯千仞、中山研一、井上佑司、生田胜义等人,而平场安治、井上正治、木村龟二、藤木英雄、福田平等入则为行为无价值论的支持者。

观与客观两方面加以检讨,即在评价侵害法益之结果外,并应考虑行为的态样及行为人主观的态度,亦即人格的无价值。不过所谓行为无价值正系因其有引起结果无价值的危险,行为才被视为无价值,究其根本实则仍复归于结果无价值”。^①

但批评的一方,正如所谓的逆流而行显得更有气势,主张“行为无价值论”的平野龙一之一方在刑法学界中更占优势地位。平野受到目的行为论的影响,认为“法益”的概念,无法经由“客体”方面加以掌握或诠释,应该将它作为一种“评价行为的尺度”,而非“行为侵害对象的客体”。既然法益乃一种评价标准,所以当吾人谓“对于法益侵害即是违法”之际其中所称之“法益侵害”即指“行为经由法秩序、法益的客观评价,为不受允许”的情形。^② 在昭和 40 年结果无价值论与行为无价值论对立的年代,对于旧派道义责任论,尤其是道义、伦理、归责的批评较多。只是在受严厉批判之下,结果无价值论并不因此就消失,而是还俨然留在那里。

另外,原先就存在与此想法相近的可罚的责任论。这是佐伯千仞的见解,是受到德国学说的影响,想把在道义的责任论中,被小野清一郎提到的伦理的非难尽量擦去。这与在 1970 年之后在德国被强化的“犯罪预防”、“刑罚效果”、“刑罚目的”吸收在责任概念中,与“可罚的责任论”渐渐地结合在一起。进一步来说,有一种观点是离道义的责任论最远的,但又脱离不了客观犯罪论范围的责任论,是基于平野龙一“抑制刑论”的理论。从责任中去除伦理性的同时换上科学性和合理性。但是只用于限制刑罚的上限。这一理论渐渐从新旧两派的对立中复苏的旧派中心脱离,变为相当新派的论点。如今,从预防中考虑责任这种观点变得越来越有力。

如果从防治犯罪的视点来考虑责任,当然可以说得上是社会的责任论。社会责任论认为之所以处罚犯罪,是因行为人表征犯罪之危险性格。“你对社会是有危险的,你有危险的性格,所以你应甘受刑罚,不然的话社会不能正常发展。”这是新派的社会责任论、性格责任论。结果无价值与行为无价值的对立,规范责任论与道义责任论的对立,虽说立场明确,但差异也并非那么清楚。学者就不认为规范责任论是源自于道义责任论,只不过它是为了回避道义责任论与社会责任论在自由意思存否的争论,试图另辟蹊径由社会生活规范方面说明责任的

^① 佐伯千仞:“可罰の違法論序説”,收錄於氏著:《刑法における違法性の理論》,有斐閣 1974 年版,第 14 頁。

^② 平野龍一:“故意について(一)”,載《法學協會雜誌》第 67 卷、3 号,1949 年版,第 34 頁,第 67 卷、4 号第 63 頁。

本质而已。^①

五、意思自由的论争

如前所述,认为责任是非难可能性的规范责任论在“二战”后完全支配刑法学界,社会责任论也因此销声匿迹。但值得一提的是,在规范责任论的框架内,出现两个不同中心论点的对立。一是围绕意思自由的对立,另一是行为责任与人格责任的争论。两者在规范责任论中彼此相互关联,但出发点是不同的。

意思自由的问题本身就是哲学上的问题,但对于刑法学产生重大的影响,尤其于责任的基础上,成为判断刑事责任有无的哲学基础。受到康德及黑格尔的哲学思想的影响,古典学派肯定形而上学的意思自由,并借此主张道义责任论,对于有道义责任的犯罪行为加以刑罚的应报。此由学派的代表性学者宾丁(Karl Binding, 1841~1920)、毕尔克麦耶(Karl V. Birkmeyer, 1847~1920)、贝林(Ernst Beling, 1866~1932)在学说上的主张可以看出。贝林认为在意思自由的范围内,刑罚是对于有责行为所科予的应报。^② 毕尔克麦耶一方面贯彻意思自由与道义责任论,另一方面认为应报刑是为了维持国家法秩序。^③ 总而言之,道义责任论为旧派所主张,以意思自由为前提,认为人在本质上是自由的,都可以基于意思自由任意地为行为或不行为。所谓意思自由,意指不受因果法则支配而能自由进行行为选择,人在自由意思的情况下选择违法的行为,便应对其行为的后果负其责任。换言之,具有意思自由的人虽然可按其自由意思实施行为,但结果导致违法行为时,就有道义上的责任。可见道义责任论的意思自由是责任非难及报应刑的基础。但是,在意思自由与否的争论中,主张人的行为虽受环境、素质影响,但行为主体仍能决定的相对意思自由论则已取代绝对决定论与绝对非决定论而成为通说。

意思自由的论争是刑法学中最难以回避却又无从解决的难题。决定论者认为意思自由根本不可证明,但却也无法证明其不存在。反之,非决定论认为意思自由不可否认,却也未证明其的确存在。因此使得意思自由的论争陷于毫无交集的难解习题中。洛克辛因此提出答责性的概念,企图透过刑事政策的导入,将应罚与需罚分开处理,将意思自由当成是必要条件但不是充分条件处理,将答责性与非难可能性认为同属归责之要件。洛克辛认为,“能抗拒不法而仍为不

^① 韩忠谟:《刑法原理》,自刊本,1992年重订版,第192页。

^② 内藤谦:《刑法讲义总论》(上),有斐阁1991年版,第68页。

^③ 同上。

法”这一命题是以一个无法验证的前提,即意思自由为基础。^①他指出罪责的施加必须以经验上确定的事实为前提,因此即使在认识论上能肯定人有一般的意思自由,但在为具体行为时,要毫无疑问地判断个别行为人有无他行为能力,在科学上是无法证实的。洛克辛因此主张,以意思自由作为前提之下,即使行为人有他行为可能性,也非因此决定其可罚性,而是刑事政策上是否有处罚必要性作个别探讨。^②而对于严格决定论所主张人无意思自由的主张,考夫曼认为人不能超越因果法则的说法,至今依然无法寻得科学证明,因此只不过是个假设而已。^③其次,所谓意思自由,就是没有所谓的原因,亦即不存在决定的原因,如此刑法将会把方向转向观念的意思自由,这样就不能期待刑罚有抑制犯罪的效果。再者,道义的责任观以人的“良心”、“主体性”为施加刑罚的基础,但自由意思不过是个幻想,因此以行为有无选择的自由作为非难的根据,只不过把伦理的价值强加于行为人。这不是自由或不自由的问题,也不是被决定或不被决定的问题,而是由什么决定、由谁决定的问题。

学者认为,法学不是自然科学,法秩序必须取决于真实世界的抉择,它是社会生活的表现。法必须实现,因此它必须为人而设想,就如同人所理解的一样,否则法会落空。而不管经验科学对意思自由的证明问题,人类是以“非决定论”的态度来生活、理解、行动的,亦即是以自己认为是自由的态度,来处理他与环境的关系。既然人类原则上感觉自己是自由的,这就构成行为的出发点。当然不能忽略的是,人类也会受到压力及影响。人既有自由发展的空间,如此就定义了人类自由的、可负责的本质。^④显见意思自由论依然受到学者青睐。但是,人在不是由生理因素决定时是自由的,如果是别的动机具有较强的规范意识时,当被认为实行犯罪时,其行为就是可非难的。因此所谓责任非难,就是把该非难告知行为人及一般大众。这样的责任就是社会生活上的责任、被外界追究的责任,而追究的实质就是刑罚的制裁,等于宣告行为人的行为为社会所不容许。要言之,被非难的不是伦理和良心的责任,是以犯罪抑制为目的的法律上的责任。这个立场近年来称为“实质的责任论”。

应报刑论是以个人意思自由作为归责的根基,这样的主张受到质疑的是证

① RoXin, AT, 2Aufl., 1994, § 19 Rn. 19.

② C. ロクシン著:“刑法上の體系カテゴリーとしての‘責任’と‘答責性’”,宮澤浩一監譯,收錄於《刑法における責任と預防》,成文堂1984年版,第73頁。

③ Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2 Aufl., 1976, S. 281.

④ “雅可布斯(Günther Jakobs)罪责原则”,许玉秀译,载《刑事法杂志》第40卷第2期,1996年4月,第77页。

明的问题,如何证明人类是自由的?人类是不会受到任何事物的强制?面对现实生活中,处处存在着人类是被强制的反证,如何从正面去证明人类是自由的?这种纯属“感觉”的问题,似乎无法有全然肯定或全然否定的证明。刑罚既是干涉人民权利最深的社会控制手段,其正当性居然存乎无法证明的意思自由。^①古典学派应报刑论的自由意思主张,是否妥当是有问题的。前已述及相对的意思自由论为现今通说,理论的缓和指出意思决定论和意思自由论的对立,在责任论上将不再占有重要的地位。只要行为情状不是异常的,在服从法的要求的前提下,刑法规范就成立,所以基于正常意思的活动,对实施犯罪行为之人加以非难,在伦理上及规范上并不是不当的。因此责任的发生是来自行为,而行为的发生不应该来自外在的力量,也不应该来自内部的异常状态,而是来自行为人本身的非难。判断的对象是正常的意识形成,因此如把判断的基础依然放在意思绝对自由上,就不具生动性。

六、预防主义与责任的调和

刑罚思想或理论,及刑罚对于犯罪人或一般人应该具有何种意义,是研究整个刑事法学的关键。刑罚理论不但支配刑事立法的方向与内涵,对于整体刑事法学的诠释也有密切关系。历来对于刑罚意义的主要见解有两个:其一,着眼于已发生的犯罪行为,衡量此一行为在客体上所造成损害的大小,而后决定应以何种刑罚来均衡此一损害,此即所谓的报应思想。其二,前瞻未来,考虑刑罚对于犯罪人与所有其他人的将来作用,亦即预防犯罪人再犯罪与防阻一般人仿效犯罪人的作用,此即所谓预防思想。在预防思想中依照犯罪预防所偏重的重点的不同,又有两种不同的观点:认为刑罚从犯罪人的社会危险性出发者,为特别预防思想;^②认为刑罚具威吓作用(Abschreckungswirkung),主要在威吓一般人者,

① C. ロクシン著,宮澤浩一監譯:前掲書,第5~7頁。

② 特别预防理论之代表人物为李斯特,其基本见解以为,刑罚同时具有改善、威吓、排斥三种功能。认为刑罚的具体运作,须以行为人为导向,对于具有改善可能且具有改善必要的行为人,刑罚应着重在改善效应(教育、社会化);对于有改善可能但无改善必要的行为人,刑罚应侧重在威吓效应(如对机会犯予以警告,使之不敢再犯);对于完全无改善可能的犯罪人(如习惯犯),则侧重刑罚的压迫,在不特定的期间内将其排除于社会之外。