

郝英兵 / 著

刑事责任论

Research on the Criminal Liability

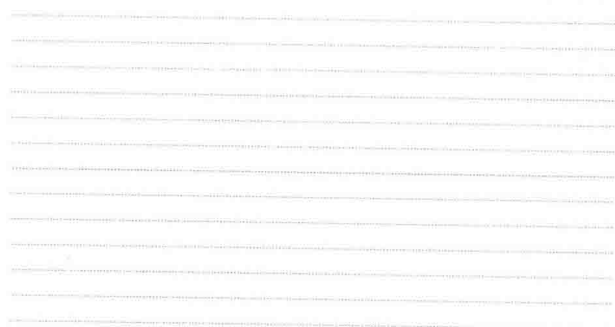
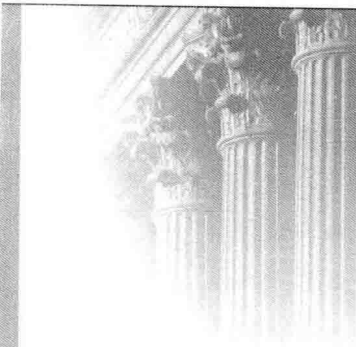


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

郝英兵 / 著

刑事责任论

Research on the Criminal Liability



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事责任论 / 郝英兵著. —北京:法律出版社,
2016.7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9580 - 6

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 306064 号

刑事责任论
郝英兵 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 李 璐
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

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 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 胡晓雅

开本 A5

印张 7.875

字数 198 千

版本 2016 年 7 月第 1 版

印次 2016 年 7 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/010-63939792/9779

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9580 - 6

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引 言	(1)
一、选题背景及意义	(1)
二、研究现状及焦点问题	(4)
三、研究方法及主要内容	(10)
第一章 刑事责任概念	(17)
第一节 法律后果意义的刑事责任	(18)
一、法律后果意义的刑事责任的含义	(19)
二、法律后果意义的刑事责任的理由	(24)
三、法律后果意义的刑事责任的缺陷	(27)
第二节 非难可能性意义的刑事责任	(32)
一、非难可能性意义的刑事责任的含义	(32)
二、对规范责任论的质疑	(37)
第三节 刑事责任概念的定义	(40)
一、初步的选择	(40)
二、刑事责任的含义	(42)
三、研究的意义	(45)
第四节 刑事责任与违法的关系	(49)
一、阶层体系与四要件体系	(49)

二、违法与刑事责任的划分	(54)
三、主观违法的问题	(59)
第二章 刑事责任的本質	(63)
第一节 道义责任论	(65)
一、早期的道义责任论	(65)
二、后期的道义责任论	(68)
三、道义责任论的批判	(70)
第二节 社会责任论	(79)
一、社会责任论的源起	(79)
二、社会责任论的主要观点	(82)
三、社会责任论的批判	(84)
第三节 现代的责任论	(89)
一、法的责任论评析	(89)
二、社会规范责任论评析	(91)
三、功能责任论评析	(93)
第四节 本书的观点	(103)
一、刑法的工具性	(105)
二、刑法的目标	(108)
三、刑罚后果的合理性	(115)
四、其他观点的再考察	(121)
第三章 刑事责任判断的原则	(126)
第一节 有效性原则	(127)
一、刑罚一般预防的效果	(128)
二、刑罚特别预防的效果	(136)
三、一般预防与特别预防的关系	(139)

第二节 必要性原则	(143)
一、刑罚本身的“恶”	(144)
二、刑罚的有益性	(146)
三、刑罚的不可替代性	(149)
第三节 目标间权衡原则	(154)
一、目标间的冲突	(155)
二、目标间的权衡	(160)
三、权衡的目标:“度”	(164)
第四章 刑事责任的要素	(169)
第一节 刑事责任能力	(169)
一、刑事责任能力的概念及其本质	(170)
二、刑事责任能力的判断标准	(178)
三、原因自由行为	(187)
第二节 违法性认识及其可能性	(192)
一、违法性认识的含义	(192)
二、违法性认识及其可能性的定位	(196)
三、违法性认识可能性的判断标准	(202)
第三节 期待可能性	(207)
一、期待可能性的概念及其依据	(207)
二、期待可能性的意义及其限制	(214)
三、期待可能性的判断标准	(222)
结 论	(226)
参考文献	(233)

引言

一、选题背景及意义

目前的中国刑法学界正经历着知识的转型。“我国目前的刑法学知识中，苏俄刑法学知识与德日刑法学知识存在一种消长趋势：苏俄刑法学的影响日益萎缩，德日刑法学知识的影响逐日隆盛。但是，在刑法知识的基本构造上，还是受制于苏俄刑法学，这主要是指犯罪构成理论，从而造成了苏俄刑法学与德日刑法学之间的知识冲突。这种知识冲突将在一个较长的时间内存在，这一知识冲突解决的过程，就是一个刑法知识转型的过程。”^{〔1〕} 由于我国传统刑法学深受苏俄刑法学的影响，苏俄刑法学与德日刑法学知识之间的对立与冲突又表现为我国传统刑法学与德日刑法学知识之间的冲突。冲突的核心是传统的犯罪构成理论与德日的阶层犯罪论体系之间的争论。自 20 世纪 80 年代中期以来，对于我国的犯罪构成理论，在学界就产生了究竟“维护”还是“破除”两条道路与两种方向的争

〔1〕 陈兴良著：《刑法的知识转型（学术史）》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 28 页。

论。^{〔2〕}近年来,学界围绕这一问题的争论热度不减。其实,在这个知识转型的过程中,重要的不是谁取代谁的问题,而是如何完善和发展我国刑法学知识体系的问题。传统的犯罪构成理论与德日的阶层犯罪论体系完全可以在刑法学上共存与争鸣。各种学说在批判对方观点的同时,也必须反省自己的观点,并借鉴乃至吸收对方合理的观点。^{〔3〕}在当今的中国,一元的犯罪论体系独存的时代已经结束,不管是刑法学者还是司法人员,恐怕只能以平和的心态迎接和面对多元的犯罪论体系并存时代的到来。^{〔4〕}

在传统犯罪构成理论与德日阶层犯罪论体系的争论中,传统犯罪构成理论遭受批判最多的问题之一,就是没有贯彻责任原则,缺乏系统的责任理论。如美国学者弗莱彻认为:“苏联理论的主导立场与英美理论家许多通常的主张相对应:没有明确的归责理论,无论其是否属于规范性的。”^{〔5〕}弗莱彻对苏俄刑法理论的批判同样适用于我国传统的刑法学理论。冯军教授认为:“中国刑法学者必须认真回答决定犯罪成立与否和刑罚轻重的‘责任’到底是什么这个根本问题,否则,中国刑法学就可能总是在自然主义的泥沼中不能自拔。”^{〔6〕}陈兴良教授

〔2〕 何秉松著:《犯罪构成系统论》,中国法制出版社1995年版,第47-56页。

〔3〕 张明楷著:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第11页。

〔4〕 同上,前言第1页。

〔5〕 [美] 乔治·弗莱彻著:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第369页。

〔6〕 冯军:《刑法中的责任原则兼与张明楷教授商榷》,载《中外法学》2012年第1期。

则主张传统的刑事责任理论研究应转向德日刑法学中的责任主义的研究。^{〔7〕} 德日刑法学中的责任及责任主义到底是什么意思, 对其研究有什么意义? 这是理解上述学者主张的前提。德日刑法学上的通说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。^{〔8〕} 而责任主义则是以该责任概念为核心的近代刑法的基本原理。责任主义有消极责任主义与积极责任主义之分。“没有责任就没有刑罚”是消极的责任主义的经典表述; “有责任就有刑罚”则是积极的责任主义的表述。当今刑法理论的通说采取的是消极的责任主义。消极的责任主义所要回答的是刑罚干涉的界限的问题, 即“是说为了预防犯罪的话, 就马上可以进行刑罚介入, 还是说行为人没有责任的话, 国家就不能行使刑罚权?”^{〔9〕}

在我国传统犯罪构成理论中确实没有德日刑法学中的“责任”及责任主义, 也没有与之相对应的责任理论。传统的犯罪构成理论是按照主客观相一致的原理建构起来的。在犯罪构成中只有主观方面与客观方面, 而没有德日阶层犯罪论体系中的违法与责任概念。但是, 在传统刑法学中于犯罪构成理论之外创立了另一种刑事责任理论。在犯罪构成作为刑事责任唯一根据的前提下, 以刑事责任根据为主要内容的刑事责任理论实际上是犯罪构成理论的附属物, 只具有对犯罪构成的政治意

〔7〕 陈兴良:《从刑事责任理论到责任主义——一个学术史的考察》, 载《清华法学》2009年第2期。

〔8〕 黄丁全著:《刑事责任能力的构造与判断》, 法律出版社2010年版, 序第2页。

〔9〕 [日] 曾根威彦著:《刑法学基础》, 黎宏译, 法律出版社2005年版, 第38页。

义与法律意义的维护功能。^[10] 这样的刑事责任理论没有实际内容与实践品格,对定罪与量刑没有影响,根本起不到德日刑法学中责任主义的作用。传统刑事责任理论存在的价值受到学者的质疑。^[11] 在刑法学知识转型的背景下,我们有责任对刑事责任的概念进行分析与再界定,并在此基础上展开刑事责任理论的研究,确实回答决定犯罪成立与否和刑罚轻重的“责任”到底是什么这个根本问题。应当承认这种研究谈不上添补学术空白,学者们对于德日刑法学中的责任理论研究早已有之。在一定程度上可以说,冯军教授的《刑事责任论》一书就已经终结了在苏俄刑法学话语下的刑事责任的理论争论,开启了德日犯罪论体系话语下的责任主义的学术之路。^[12] 不过本书并非是对前人研究成果的集结与整理,而是在前人研究成果的基础上,提出自己的见解,希望能对这一刑事责任理论的研究有所裨益。

二、研究现状及焦点问题

关于刑事责任的理论,学界早就存在刑事古典学派的道义责任论和近代学派的社会责任论的对立。道义责任论认为,刑事责任的本质是谴责可能性,具有自由意志的人基于自由意志实施危害社会行为,就应当受到道义上的谴责;社会责任论认

[10] 陈兴良:《从刑事责任理论到责任主义——一个学术史的考察》,载《清华法学》2009年第2期。

[11] 侯国云:《对刑事责任理论的质疑》,载《南都学坛》(人文社会科学学报)2011年第4期。

[12] 陈兴良:《从刑事责任理论到责任主义——一个学术史的考察》,载《清华法学》2009年第2期。

为，刑事责任的本质是社会防卫，犯罪人不具有自由意志，犯罪行为的实施是由外在因素必然决定的，只是因为犯罪人具有实施危害社会行为的危险性，所以才应该接受社会防卫自身而反加给犯罪人的处分。^{〔13〕} 道义责任论与社会责任论争论的焦点为自由意志问题，即人是具有自由意志的，还是被决定的。道义责任论认为刑事责任的基础是人的自由意志，正因为人具有自由意志，才应当受到道义上的谴责，接受刑事处罚。社会责任论则否定人具有自由意志，认为人是被决定的，刑事责任本质不应当从犯罪行为应受道义谴责上去理解，而应该从社会防卫论的角度去把握。其实，道义责任论与社会责任论更深层次的不同是刑罚正当性问题。刑事责任理论的意义最终要落实到刑罚上。如果刑事责任理论对刑罚的运用没有影响，那么刑事责任理论也就没有任何意义。道义责任论是报应刑思想的产物，报应刑思想主张刑罚的正当性在于报应，而报应是正义的要求；社会责任论则是目的刑思想的产物，目的刑思想认为刑罚的正当性在于刑罚目的的实现。由于道义责任论与社会责任论相互批判对方立论基础即自由意志问题的错误，反而遮蔽了二者真正的不同。

由于道义责任论与社会责任论对自由意志问题认识上的不同，导致二者之间长期的对立。经过长期的相互批判与论战，道义责任论与社会责任论之间出现了各种各样的折衷主义理论。这些折衷主义理论或站在道义责任论的立场向社会责任论偏斜，或站在社会责任论的立场向道义责任论偏斜。我们简单介绍一下理论的发展状况。前期道义责任论主张人具有绝对的

〔13〕 冯军著：《刑事责任论》，法律出版社1996年版，高铭暄序，第2页。

自由意志，后期的道义责任论不再认为人是具有绝对自由意志的，而是认为人是具有相对自由意志的。它承认人有被外在环境和个人素质决定的一面，但依然认为人有依自由意思行动的空间。后期的道义责任论与前期的道义责任论相比较，还有一个积极的变化：后期的道义责任论从消极的角度出发来理解责任主义，即“无责任就无刑罚”；而前期的道义责任论从积极的角度出发来理解责任主义，即“有责任就有刑罚”，从而将积极的道德伦理立场转变为消极的道德伦理立场，具有限制国家刑罚权的重要意义。与后期道义责任论一脉相承的还有法的责任论。法的责任论与后期道义责任的基本立场是相同的，二者皆是站在非决定论的立场上，都将责任的基础放在对犯罪人过去的行为的非难可能性意义上的“行为责任”上，都主张消极的责任主义。法的责任论与道义责任论的区别在于，道义责任论将不能还原为个人生活利益的国家道义作为责任判断的基础，而法律责任论则是将道义问题作为社会生活中应当互相平等保障“个人尊严”来看待的。^[14] 现在的社会责任论亦已发生变化。目前有改采以“相对的意思决定论”为基础的修正的社会责任论，^[15] 被称之为社会规范责任论。社会规范责任论认为，人是否自由，不是取于是否被决定，而是取决于“根据什么”所决定，根据自身的“意思层面或者规范心理层面”所决定的时候，就能认可自主决定，就可以说人是“自

[14] [日] 曾根威彦著：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社 2005 年版，第 48 页

[15] 陈子平著：《刑法总论》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 217 页。

由”的。^[16]这样理解的决定论当然可以说不是宿命的，它表明要改造犯罪人，就要为其未来创设新的条件，只要附加新的条件，就能改变人，这正是柔软的决定论富有魅力之处。^[17]随着学说对道义责任论与社会责任论的折衷调和，相对意思自由论被普遍接受，学说间的对立得以缓和。从目前的研究来看，意思决定论和意思自由论的对立在责任论上不再占有重要的地位。学说上一般认为，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，对实施犯罪行为的人加以非难，在伦理上及规范上并不是不当的。^[18]

当自由意志问题不再成为学说间争论的焦点时，被遮蔽的更深层次的问题突显出来。现在争议的焦点在于刑事责任与预防犯罪的关系。按照通行的观点，刑事责任被认为是报应刑思想的产物，而报应是实现正义的要求，与保障人权密切相关，作为刑罚的伦理维度外在地限制刑罚的滥用。犯罪预防则是刑罚的目的，是刑罚正当化的根据，为刑罚发动提供积极的理由。而正当的刑罚被认为既要实现犯罪预防的目的，又要满足刑事责任的要求。换句话说，刑罚的目的在于预防犯罪，但在刑事政策上刑罚的适用又须讲究与责任的调和。^[19]正是关于刑事责任与犯罪预防这对矛盾关系的研究，推进了刑事责任理

[16] [日] 曾根威彦著：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社 2005 年版，第 46 页。

[17] 冯军著：《刑事责任论》，法律出版社 1996 年版，第 101 页。

[18] 黄丁全著：《刑事责任能力的构造与判断》，法律出版社 2010 年版，序第 11 页。

[19] 许玉秀，陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许道曼教授刑事法论文选集》，台北春风和煦学术基金 2006 年版，第 12 页。

论的向前发展。从目前的研究来看,研究的进路主要有两条:第一条是试图调和责任与犯罪预防关系的并合主义;第二条是欲超越责任与犯罪预防的实质的责任论。并合主义者认为责任与预防虽有冲突,但可以并存。责任可以保障刑罚的伦理上的正当性,预防可以为刑罚提供目的上的正当性。责任与预防一起为刑罚提供正当性的基础。问题是当责任与预防发生冲突时,如何处理?并合主义者认为责任与预防相比具有优先性,责任为预防划定界限。然而,如此一来,等于是为了满足责任的需要,而放弃了预防的需要,这是并合主义无法解决的矛盾。

鉴于并合主义的缺陷,实质的责任论者试图寻求一个节制刑罚的一致性的上位理由,从而超越责任与犯罪预防的二元对立局面。如德国学者雅科布斯教授试图通过赋予责任本身的目的性,即责任本身已经包含着一个维持社会秩序、法律规范秩序的目的,来解决责任原则与刑罚目的之间的两难局面。他说:“如果应该真正地对待责任的话,就必须提出这样一个限定的责任理论和均衡性理论都缺乏的根据:正是责任与目的的联系给刑罚和刑罚分量提供了本质意义。它涉及引起刑罚的归属和归属的份量。责任与目的的联系表现为,目的使责任变成有色的。因为责任刑法作为不应是无目的的刑法而应该是有益于维持秩序的刑法,需要长期存在,为此也需要这种性质的责任,使它即使考虑到责任时也能够长期存在。”^[20] 雅科布斯主张责任是一个功能性或机能性的概念,只有目的能给责任概念内

[20] [德] 格吕恩特·雅科布斯著:《行为 责任 刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第6页。

涵，这个目的就是一般预防的目的。因此，责任概念只是一般预防的衍生物。^[21] 在雅科布斯的方案中，责任与预防的关系得到了妥善的处置。责任的实质内涵是由（积极的）一般预防目的所赋予的，责任与预防具有共同的本质，它们都是由行为人是否忠诚于法规规范所决定的。但是，我们将证明责任的实质内涵不单单是由一般预防的社会需要或维护规范稳定的需要确定的，它还和保障人权与个人尊严密切相关。雅科布斯的方案虽然能够解决责任与预防的冲突问题，但是它忽略了更重要的东西即保障人权与个人尊严。

除雅科布斯外，德国学者罗克辛从具体的处罚目标中推导出责任的实质内涵。如其所述，“依照我的方案，罪责范畴是要从对个人施加处罚的目标之中推导出来的，而且，在我看来，这个范畴中还需要再加入预防理论，因为处罚并不仅仅取决于罪责，而且同样取决于预防的需要。”^[22] 罗克辛认为责任（有责性）所要解决的就是对违法者要不要使用刑罚的问题，而发动刑罚应当同时取决于两个因素：其一是用刑罚进行预防的必要性；其二是犯罪人罪责的大小。他提出“答责性”（广义的责任概念）范畴来取代原来的“罪责”（狭义责任概念）范畴，而将“罪责”作为“答责性”的下位要素。罗克辛虽然恪守“罪责”原则，这与雅科布斯否定“罪责”原则不同，但却切断了意思自由与“罪责”概念的关联性。因为在罗克辛看来，人是否具有意思自由是无法获得证明的，如果以意思

[21] 李文健著：《罪责概念之研究——非难的实质基础》，台湾春风煦日论坛，刑事法丛书系列2，1998年7月初版，第185页。

[22] [德] 克劳斯·罗克辛著：《刑事政策与刑法体系》，蔡桂生译，中国人民大学出版社2011年版，第76页。

自由作为“罪责”的基础，必然导致“罪责”归属的落空。罗克辛认为罪责应当被理解为不顾规范可交谈性的不法行为。罪责的基础不是那种无法实证的意思自由，而是“功能正常的人”所具有的控制能力。这种控制能力不是一种无法证明的假设，而是一种经验科学的检验成果。具有这种能力的人才能以规范为导向决定自己的行为。相反，在根据一个精神上、心理上的特征或各种情节的状况，无法说明行为人是可以被法律推动的人，刑罚的使用就是不必要和不合适的。这个概念仅仅为实施违法行为者提供了在刑法上必须承担责任的根据，并且保护行为人免受一种根据纯粹的预防目的而遭受严厉的处罚。^[23]应当承认，罗克辛的方案既考虑到了预防犯罪的需要，也考虑到了保障人权的需要。但是，罗克辛将功能正常人的控制能力当作经验上可以把握的事实，并以此作为限制预防的需要，从而又将罪责与预防对立起来。这样的结果是，不管预防多么强烈，依然不能逾越罪责划定的范围。这又回到了并合主义者所陷入的困境。

三、研究方法及主要内容

本书运用实用主义的思维与方法研究刑事责任，希望能提供一个别样的视角。实际上，罗克辛以刑法目的理论解释罪责，也就是用刑法的预防功能解释罪责的必要性，^[24]藉由目的与手段的关系，以刑法的预防目的调节刑罚，已经具有实用

[23] [德] 克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第568页以下。

[24] 许玉秀著：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第15页注24。

主义的色彩，或者说与实用主义的思想有契合的地方。实用主义强调的是实践，功能论强调的也是实践。雅科布斯也是功能责任论者，只不过后来走向了极端的规范论。以规范本身作为规范的目的，回到了形式化的老路。不过从方法上看，罗克辛与雅科布斯都是功能论的。罗克辛与雅科布斯都认为责任所解决的问题就是要不要处罚违法行为人的问题；要不要处罚违法行为人不是从先验的标准所推出的，而是从刑罚的功能是否实现来决定的。这种观点显然关注的是实践，而非抽象的概念。再进一步说，刑罚功能实现与否，也要从刑罚的后果中去检验。因此，对刑罚功能的关注实际上也是对刑罚后果的关注。直到这里，功能论与我们所主张的实用主义的观点还是契合的。但接下来，功能论与实用主义的观点就有不同了。实用主义强调对实践后果的关注，而对后果的关注不等同于对功能的关注。功能论预先设定了一个固定的目的即预防犯罪，只要发动刑罚可以实现这个目标，就符合功能论的要求，那么动用刑罚就是正当的。但是，这种功能论的主张专注于某一固定目的，忽略了刑法的其他价值目标，尤其是保障人权与个人尊严的目标。罗克辛倒是注意到了保障个人尊严的重要性，但是他将保障个人尊严作为预防犯罪的限定因素，即认为保障个人尊严优先于预防犯罪，并以此作为刑罚实践的标准，就是非实践的或非实用主义的观点。这样又回到那种以先在的标准来规定实践的老路上。实用主义关注行为的后果，并不预先设定固定的目的，而是对行为所涉及的各种价值目标保持敏感，当它们相互冲突时，要在具体实践中确定哪一个目标是最值得追求的。具体地说，实用主义对后果的关注不仅关注刑罚目的是否实现，还关注与刑罚活动相关的保障人权与个人尊严的目标，