

原因自由行为研究

——以醉酒的人犯罪为中心

黄继坤 著

西南政法大学 刑法学文库

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

原因自由行为研究

——以醉酒的人犯罪为中心

黄继坤
著

西南政法大學
刑法學的文庫

图书在版编目(CIP)数据

原因自由行为研究:以醉酒的人犯罪为中心 / 黄继坤著. —北京:法律出版社, 2014
ISBN 978-7-5118-6543-4

I. ①原… II. ①黄… III. ①酗酒—刑事犯罪—研究—中国 IV. ①D924.114



©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

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/沙磊

开本/A5

印张/7.875 字数/196千

版本/2014年6月第1版

印次/2014年6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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6543-4

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南政法大学刑法学术文库

编辑委员会

主 任：梅传强

委 员：（按姓氏笔画排序）

王利荣 石经海 卢有学

朱建华 李永升 陈 伟

袁 林 高维俭

总 序

歌乐葱葱,嘉陵滔滔。当历史的车轮跨入2013年之际,伴随着中华人民共和国的铿锵脚步和西南政法大学的风雨征程,西南政法大学刑法学科走过了六十年的峥嵘岁月。六十年,对于一个人而言意味着花甲之年,但对一个学校和学科而言却正当壮年。在这个具有历史性意义的癸巳年,由西南政法大学刑法学科组办的“西南政法大学刑法学术文库”诞生了,我们以这种特殊的方式向走过的光辉岁月致敬,向即将迎来的全新征程启幕。

六十年一甲子,走过的是匆匆脚步,留住的是辉煌记忆。1953年,西南政法大学刑法学科由四川大学、重庆大学、云南大学、贵州大学等西南著名高校法律系的刑法学科合并组建。在六十年的发展历程中,以邓又天、董鑫、伍柳村、赵长青、高绍先、李培泽、朱启昌等为代表的老一辈学者,以陈忠林、邱兴隆等为代表的中年学者的辛勤耕耘、默默奉献,为本学科的发展奠定了坚实的基础。特别是改革开放以来,本学科取得了一个又一个骄人的成绩,1981年成为全国最早获得硕士学位授权的刑法学科之一,1995年被评为省部级重点学科,2001年成为我国西部地区唯一的刑法专业博士学位授权点。经过几代人的薪火相传和不懈努力,西南政法大学刑法学科已经成为具有雄厚学科基础和优良学术传统、在全国发挥重要影响并且具有

一定国际知名度的省部级重点学科。

本学科历来注重学术著作的产出,在过去十年间,曾以“西南刑事法与毒品犯罪研究文库”、“西南毒品问题研究文库”等为丛书名,出版发行了一系列的著作,展示了西南政法大学刑法学人的良好形象。但是,由于原有丛书中的每部著作分属于不同出版社出版,每本著作在版式、体例、风格等方面并不完全统一,在一定程度上影响了丛书所应具有的社会价值。2013年年初,为大力加强学科建设,承蒙法律出版社的盛情支持,西南政法大学刑法学科决定积极整合学科力量,将本学科拟出版的优秀著作纳入“西南政法大学刑法学术文库”(以下简称“文库”),以学术文库的形式公开出版发行。“文库”将延续“西南刑法与毒品犯罪研究系列”丛书的基本精神,秉承思想交流与学术创新的基本宗旨,着力打造学术精品,展示西南政法大学刑法学人形象,献礼中国刑法学术发展。

科学研究与人才培养是学科建设的两翼。西南政法大学刑法学科具有数量规模庞大、年龄结构合理、学历水平优化、学缘结构合理的学科团队,他们积极投身于教学科研任务一线,近年来在科研项目立项、学术论文发表、科研成果获奖等方面成绩斐然,在科学研究方面取得了优异的成绩。此外,本学科在大力加强科学研究的同时,也着力于人才培养。自2001年获得博士学位授权点以来,本学科已培养了近百名博士,他们活跃在法学理论和司法实务的各个领域,他们所取得的成绩在一定意义上也是本学科所取得的成绩。为此,“文库”将立足本学科,主要出版本学科教学科研人员的优秀著作;同时,“文库”也将选择本学科培养且已经毕业的部分博士的学位论文或其他优秀学术著作出版。为了发挥“文库”的学术价值和社会效应,体现学术丛书的性质,“文库”将采取不定期常年出版的形式,对

于拟出版的著作由“文库”编辑委员会审定后出版,力争将“文库”打造成为规模较大、质量上乘、影响广泛的学术精品。

“人能弘道,非道弘人。”法治之路是中国这个古老的东方大国在饱经沧桑之后作出的选择,时至今日,法治中国已经成为法律人矢志不渝的共同追求。诚然,法治之路不会一马平川,甚或还会荆棘塞途。但是,涓涓细流,汇聚成潮,只要每一个人都用心去尽一份力,梦想终会成真。回顾改革开放30余年的发展历程,从很多领域无法可依到中国特色社会主义法律体系已经建成,法治从艰难起步到健步前行。这份成绩的得来,凝聚着包括法律人在内的无数国人多年的追求和心血,其中,不乏法学理论界的鼓与呼。

时光荏苒,三十年前乃至二十年前学术著作匮乏的情形已经不复存在。在这样一个“知识爆炸”的时代,也许每天都有新的著作出版,也许每天都有新的观点出现,也许每天都有无数人在研究同一个问题,但这一切并不会抹杀理论研究的意义,更不会否定法学理论研究对中国法治实践的意义。事实上,对于当下中国而言,法治实践对法学理论的呼唤不是削弱而是加强了,处于深刻转型和社会变迁进程中的中国,有太多的现实问题需要理论关注与研究,这是法学理论界无可推卸的责任,也是每一个法学理论工作者应有的社会担当。我们不奢望“文库”成为夜幕下的灯塔,而更愿其作浩瀚苍穹中一颗繁星,用朴实无华的光芒照耀行进中的中国法治。因此,“文库”的出版将呈现每一位作者对当下中国刑法理论与实践问题的关注和思考,为学术交流搭建一个有益的平台,用文字和思考为中国法治发展献出自己的绵薄之力。

得益于六十年的学术积淀,西南政法大学刑法学科历史厚重、师资力量雄厚、门类齐全、基础良好,积极加强和推进学科建设具有良好的

基础。但是,我们深知,在新的历史条件下,本学科的发展面临着诸多新的挑战与机遇,加强学科建设刻不容缓。我们期待着“文库”的出版发行能够为国内外同行了解和认识本学科提供一个窗口,也期待着国内外同行能够以“文库”为平台加强与本学科的沟通交流,国内外同行和广大读者的真知灼见将是我们进一步加强学科建设的重要力量。

学术的生命在于争鸣,思想的火花源于碰撞。我们热切期盼学界同仁以及广大法律工作者为本丛书建言献策,努力推动丛书的发展完善,共同守护我们的精神家园,共同促进共和国法治事业的健步前行。

西南政法大学刑法学术文库编辑委员会
2013年5月

目 录

导 论	(1)
第一章 外国处罚醉酒的人犯罪的立法例与司法实践	(31)
第一节 英美法系刑法处理醉态犯罪的一般原则	(31)
第二节 大陆法系刑法处罚醉酒的人犯罪的立法例 及理论	(40)
第二章 原因自由行为的成立范围	(57)
第一节 原因自由行为理论否定说	(58)
第二节 自陷完全无责任能力与自陷限制责任能力	(65)
第三节 故意的原因自由行为与过失的原因自由行为	(72)
第四节 是否包含不作为的原因自由行为	(81)
第三章 原因自由行为可罚性理论述评	(86)
第一节 概论	(86)
第二节 构成要件模式	(88)
第三节 责任模式说	(98)

第四节 扩张模式说	(106)
第五节 综评	(117)
第四章 间接正犯类似说的重塑	(121)
第一节 对原因自由行为理论的反思	(121)
第二节 务必保证类比前提的可靠性:间接正犯理论的 反思	(126)
第三节 基本结论	(167)
第五章 醉酒的人犯罪的刑法处断	(171)
第一节 原因自由行为的主观归责上的困惑	(171)
第二节 总则	(174)
第三节 分则:醉酒驾驶的刑事责任	(200)
第六章 结论	(230)
第一节 本书的基本结论	(230)
第二节 本书的创新之处	(234)
参考文献	(236)

导 论

第一节 引 言

自古以来,饮酒就是个普遍的社会现象,在我国,酒的历史可谓源远流长。曹操说“何以解忧,唯有杜康”;“李白斗酒诗百篇”的传闻人们耳熟能详;苏轼“明月几时有?把酒问青天”的诗句描述出皓月当空、孤高旷远的传世意境。如今更是无酒不成席,亲戚好友串着喝,逢年过节天天喝,红白喜事敞着喝。总之,怎么都有喝酒的理由。会喝的找着喝,不会喝的被潮流推着喝。酒好在哪里?有人说,酒是人际关系的“润滑剂”,是交易关系的“麻醉剂”,是庆功祝贺的“兴奋剂”,是文人墨客的“灵感剂”,是养生暖身的“活血剂”,是阴谋诡计的“壮胆剂”。^{〔1〕}

饮酒要量力而饮,适可而止,否则就会醉酒。醉酒,在医学上又称“酒精中毒”、“乙醇中毒”,是指由于饮酒而导致的精神障碍。酒精是酒类饮料的主要成分,酒精是对人的中枢神经具有兴奋和抑制作用的麻醉剂,人的中枢神经对其极为敏感,人一次性超量饮酒或在某些情况下少量饮酒即可导致人的精神异常,改变人的情绪、认识、判断能力,减弱甚至使人丧失行为控制能力,从而使人陷入精神障碍

〔1〕 黄丁全:《刑事责任能力的构造和判断》,法律出版社2010年版,第386页。

状态。

醉酒有广义与狭义之分。在狭义上,醉酒仅指生理醉酒(也称普通醉酒);在广义上,醉酒不仅包括生理醉酒,还包括病理性醉酒。“病理性醉酒完全不同于生理醉酒,它只会发生在极少数人身上,往往是平时不饮酒或很少饮酒的人,在饮用对一般人根本不会引起醉酒的少量酒类饮料后,立即急性发作的严重的醉酒。也有少量病理性醉酒是由生理醉酒演变过来的,但已不再具有生理醉酒的特征……病理醉酒的表征是:发病急速,意识障碍较深,伴有幻觉、错觉或妄想,无生理醉酒的口齿不清和行动失调等表现,常发生盲目的冲动性和攻击性暴力行为,导致侵犯他人人身或损害财产等结果。发病过程一般持续数十分钟至数小时,尔后多以连续深睡眠状态而告结束。并有后继性遗忘,病人对发病之事或病中之行为一般不能回忆,至多只能回忆小部分或片断。病理性醉酒一般无反复发作倾向,这种人一般在一次醉酒后便拒绝再饮,因而其一生中一般只出现一次病理性醉酒。现代各国及我国的精神病学均认为,病理性醉酒是短暂性精神障碍的一种,属于精神病的范畴,这种人在醉酒时即发病时无辨认和控制自己行为的能力。”〔1〕

生理醉酒,又称普通醉酒、寻常性醉酒、单纯性醉酒。是通常最常见的一种急性酒精中毒。多发生于一次大量饮酒后。生理醉酒的发生及其表现,与血液中酒精浓度及个体对酒精的耐受力关系密切。根据医学和司法精神病学的观察研究,在生理醉酒状态下,人的生理、心理和精神变化大致可分为三个时期:第一时期为兴奋期,一般在饮进的酒类饮料中纯酒精量达20~40毫升后急速出现,此时饮酒者自制能力有所降低,爱与人争论,情绪不稳定且易于激动;第二时期为共济失调期,多在饮酒量较大时出现,醉酒人此时呈酩酊状态,言语增多、口齿不清、步态不稳、辨认能力降低,共济运动趋于失调即

〔1〕 马克昌等:《刑事法学大辞书》,南京大学出版社1986年版,第716页。

控制行为能力明显减弱;第三时期为昏睡期,在饮进的酒中所含纯酒精量达到100毫升以上时,饮酒者可出现酣睡、知觉丧失、昏迷等症状,严重时可因呼吸中枢受损害而死亡,体内血中酒精浓度达到每100毫升血中含500~800毫克的称为“死亡浓度”。生理醉酒除致重昏迷、死亡的以外,一般持续时间短,醉酒人多通过休息、解酒、呕吐、睡眠等方式逐渐恢复常态,不留后遗症。现代医学和司法精神病学认为,生理醉酒不是精神病,生理醉酒引起的精神障碍属于非精神病性精神障碍。^{〔1〕}总之,生理性醉酒多发生于一次性大量饮酒后而产生的急性酒精中毒,是指饮酒过量而致精神过度兴奋甚至神志不清的情况。与病理性醉酒不同,虽然在生理性醉酒状态下,行为人的辨认、控制能力降低或丧失,也是精神障碍,但不属于精神病意义上的精神障碍。

由于过量饮酒不仅使饮酒人的身体健康受到损害,而且使其自身辨认控制能力降低甚至丧失,从而实施违反社会规范的行为;甚者,在醉酒状态之下,实施侵害刑法所保护的法益的(客观)违法行为,因此,醉酒的人犯罪是个严重的社会问题与法律问题。

亚里士多德在《伦理学》中就曾谈到处理醉酒行为的问题,“在古罗马法及日耳曼法时代,一般学者皆认为,醉酒可以成为阻却或减轻刑事责任的事由,主张对因醉酒而犯罪的人,应减轻或免除处罚。到了中世纪教会法时代,由于教皇极力反对饮酒作乐,因为在普遍的禁酒声中,对于因酗酒而犯罪的人,非但不视为阻却或减轻刑事责任的事由,反而认为是加重刑事责任的原因。”^{〔2〕}“欧洲中世纪之教会法,即已规定有关母亲于授乳中入眠而窒息婴儿之责任。当时除一部分贵族之外,各家庭几乎无个人独自之床铺,全家人皆睡在一起甚

〔1〕 高铭暄:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社2005年版,第690~691页。

〔2〕 马克昌:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第277~228页。

普遍,因此,压死婴儿之事件屡有发生。当时教会法虽有忏悔制度之存在,但此类事件多成为法庭上之实际问题。中世纪罗马法规定酩酊状态中之违法行为,不能阻却刑事责任。”〔1〕而到19世纪40年代及其后的30年间,在以当时普鲁士司法大臣萨维尼(Savigny)为首的一些学者的极力主张下,否定醉酒状态下实施危害行为的可罚性的观点占据了支配地位,受该学说的影响,1871年的《德国刑法典》与以前的刑法不同,没有设立有关处罚醉酒状态下实施危害行为等原因自由行为的可罚性的规定。〔2〕萨维尼认为,“丧失心神后与丧失心神前之心理联系,已完全断绝,不能想象于心神丧失状态中仍意识的继续遂行在正常状态时所决定之计划;倘非如此,则其人即必未丧失心神状态,如谓已丧失心神状态,即应无责任,从而,否定‘原因自由行为’之可罚性。换言之,即已设定原因行为时之决意,与在无责任能力状态下遂行犯罪之意思,其间不能证明其有一贯性为理由,而否定‘原因自由行为’之可罚性。”〔3〕

在我国古代,统治者对于醉酒可能造成的危害具有清醒的认识。夏禹可能是最早提出禁酒的帝王,“昔者,帝女令仪狄作酒而美,进之禹,禹饮而甘之,遂疏仪狄,绝旨酒。曰:‘后世必有以酒亡其国者。’”〔4〕西周统治者鉴于殷商贵族饮酒淫乱、王公大臣酗酒成性、荒于政事,制定了我国最早的禁酒令《酒诰》。其中说道,不要经常饮酒,只有祭祀时,才能饮酒。对于那些聚众饮酒的人,抓起来杀掉。〔5〕

由于在近代以前,实行的是客观责任(结果责任)与团体责任,

〔1〕〔日〕佐伯千仞:“原因において自由なる行为”,载《刑事法讲座》(第2卷),有斐阁昭和三十年版,第299页。

〔2〕何庆仁:“原因自由行为理论的困境与诠释”,载《中国刑事法杂志》2002年第2期。

〔3〕洪福增:《刑事责任之理论》,台湾刑事法杂志社1988年版,第427页。

〔4〕《战国策·魏策二》。

〔5〕百度百科:“禁酒令”,载 <http://baike.baidu.com/view/679517.htm>, 访问时间2011年10月3日。

只要造成客观危害,就要追究责任,^[1]亦即,对于无非难可能性者,“因惹起结果而受处罚之情形,即纵使无故意或无过失仍受处罚,”^[2]对于在醉酒状态下实施危害行为的,不论行为人是否具有辨认控制能力,也不论其是否具有故意、过失,皆可定罪处罚,因此,从结果结论来看,处罚醉酒状态下危害社会的行为没有疑问,尤其是,根据宗教教义,饮酒被视为必须禁止的恶行,酒后危害社会是“恶上加恶,罪上加罪”,处罚之,乃是理所当然。

总之,不可否认的是,饮酒可以改变许多人的行为方式,降低饮酒者心理上的社会、道德自我控制能力,改变其身体外部动作,影响饮酒者的认识、判断、控制行为的能力,可以认为,醉酒与犯罪有着极为密切的联系。英国有学者认为,英国大部分轻罪都是被告人在醉酒的情况下实施的。据统计,在英国大约有40%的暴力犯罪是行为人在酒精的影响下实施的,而其中,78%为人身攻击案件,88%为刑事财产损害案件。^[3]可以说,现代各国一致处罚醉酒的人所实施的危害行为。大陆法系国家有的刑法典明确规定处罚醉酒的犯罪,有的则运用“原因自由行为理论”处罚之,而英美法系则通过判例确立了处罚醉态下危害行为的基本原则。我国旧《刑法》第15条第3款,现行《刑法》第18条第4款明确规定,醉酒的人犯罪,应当负刑事责任。

上述就醉酒的人实施危害行为的“罚”与“不罚”反复变迁的历史,充分说明研究“醉酒的人犯罪的刑事责任问题”具有重大的理论意义与实践价值。

[1] 张明楷:《外国刑法刚要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第37页。

[2] 陈子平:《刑法总论》(增修版),中国人民大学出版社2008年版,第47页。

[3] [英]迈克尔·杰斐逊:《刑法学》(第5版)(影印本),法律出版社2003年版,第297页。

第二节 问题意识

一、问题的由来

责任主义的基本内涵是“无责任无刑罚;刑罚须与责任相当”,它与罪刑法定主义一起成为法治国保障人权、限制刑罚权滥用的重要原则。如果某种造成法益损害的行为并不在法定构成要件的保护范围之内,则无论实际损害或社会危害多么严重,对行为人都不得定罪处罚,这是罪刑法定主义的基本要求;而即使某种行为符合刑法所规定的构成要件,造成了法益侵害或危险,却不得仅以此对行为人科处刑罚,还必须判断行为人实施符合构成要件的侵害行为时是否具有罪责,需要追问的是:行为人是否对其所实施的不法行为负担起责任,即是否具有非难可能性。如果不具有非难可能性,则行为人不承担刑事责任,因此,“责任”是犯罪成立的条件。同时,“责任”还是量刑的基准,责任主义要求刑罚不能超出责任的程度。“责任”作为刑罚的前提和量刑的基础,起到了人权保障的作用。

然而,什么叫“责任”,却并不那么清楚。由于“责任”是犯罪成立的要件之一,因此,如果对“责任”这个概念的解释不同,就可以直接影响到罪与非罪、此罪与彼罪的界限以及刑罚的幅度。心理责任论从行为与行为人内部的心理联系上,理解“责任”的内容,认为责任在于确定行为人对于行为之心理状态,并基于行为人之心理联系不同,将责任分为故意与过失;行为人在具有责任能力之外,还具有故意或过失的,方追究行为人的责任;心理责任论认为责任不包含非难的评价要素。相反地,规范责任论则认为,应赋予责任以规范评价,承认规范要素为责任要素,为了给予责任非难,仅仅具有故意、过失的心理要素还不够,还必须具有期待可能性,否则就不能处罚行为人,可见,规范责任论把“期待可能性”作为责任的基础。虽然无心理责任论与规范责任论都承认责任能力是责任论的重要内容,但是,

责任能力究竟是责任的要素还是责任的前提,存在争议。^{〔1〕}若将责任能力作为责任的前提,则责任能力应与其他责任要素相区别,必须首先对责任能力进行判断:行为人为无责任能力的,则不再判断故意或过失,直接认定为无罪。若将责任能力视为责任的要素,则责任能力属于与故意、过失等积极的责任要素并列的消极的责任要素。换言之,在有的场合下,即使存在不具有责任能力而阻却责任的事由,仍然不排除行为人具有刑法意义上的故意或过失。

行为人不具备有责地实施行为的能力时,就不能对其进行法的非难。这种进行责任非难时所要求的行为人必须具备的能力,就是责任能力。刑法上的责任能力,由辨认能力和控制能力组成。辨认能力,是指行为人认识自己特定行为的内容、社会意义与结果的能力,因而也可以称为认识能力。控制能力,是指行为人支配自己实施或者不实施特定行为的能力。^{〔2〕}刑法并不直接积极地规定责任能力,不是直接规定犯罪的成立要求行为人具有责任能力,而是消极地规定无责任能力与限制责任能力,因此,责任能力与故意、过失作为积极的责任要素不同,属于消极的责任要素。“自然人是否有刑事责任能力,法律上均以其年龄及精神状态为判断之标准。”^{〔3〕}与其他国家刑法一样,我国《刑法》也从精神状态与责任年龄两方面对责任能力做出规定:①根据我国《刑法》第17条规定,已满16周岁的,具有完全责任能力;已满14周岁不满16周岁的,是部分责任能力人,只对故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质等严重犯罪负刑事责任;而未满14周岁的,是完全无刑事责任能力人。②我国《刑法》第18条第1款规定,“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结

〔1〕 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第279页。

〔2〕 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第278页。

〔3〕 谢瑞智:《刑法总论》,文笙书局2006年版,第203页。