

刑法责任论的新展开

赵星 胡宗金 著

本书的创新之处主要体现在：第一，目前通说认为法益侵害是不法的本质，本书则提出并详细论证了主观罪过才是不法的实质；第二，重构了刑事责任的构成和内涵，本书主张罪过与责任分离，罪过应放入不法阶层之中，体现主观主义的不法观，而责任阶层的价值内涵与主观的可谴责性无关，目的在于考察是否必要时对不法行为适用刑罚进行处罚。



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

刑法责任论的新展开

赵星 胡宗金 著



知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法责任论的新展开 / 赵星, 胡宗金著. —北京 :
知识产权出版社, 2015. 7

ISBN 978-7-5130-3617-7

I. ①刑… II. ①赵… ②胡… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 149453 号

责任编辑: 李学军

责任出版: 刘译文

封面设计: 刘 伟

刑法责任论的新展开

赵 星 胡宗金 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

天猫旗舰店: <http://zsqcbs.tmall.com>

责编电话: 010-82000860 转 8559

责编邮箱: 752606025@qq.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 16

版 次: 2015 年 7 月第 1 版

印 次: 2015 年 7 月第 1 次印刷

字 数: 270 千字

定 价: 52.00 元

ISBN 978-7-5130-3617-7

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序 一

刘惠荣*

对于刑法学人而言，无论是主张“罪—责—刑”，还是主张“罪—责”，抑或采“罪—刑”的理论立场，刑法中的责任问题都是一个重要的问题，对它的研究无论怎样强调都不为过。责任不仅是在司法实践中对已然犯罪的行为人追究刑事责任的问题，而且，由于责任本质的定位与理解会直接关涉对犯罪的根本认识和理解，刑法中的责任问题在很大程度上成为构成刑法理论的基石性的要素，它会反过来影响犯罪圈的取舍与划定，影响刑事责任的具体立法设计与规定，会影响对已有犯罪的解释与认识。

由于法律的作用在于通过预定的规范体系来解决现实的矛盾冲突，而矛盾的解决必然离不开对于责任的确定，因此，“责任”在所有法律部门中都居于非常重要的地位。那么，责任的内涵是什么？对这个问题，我们只需要通过对于“责任”一词的简单分析，就可以得出这样一个初步的见解：责任的本质含义是惩罚。当我们说“某人对于某一结果的发生有责任”的时候，我们其实是在表达“可以惩罚行为人，可以将不利的后果归属于行为人”的意思。惩罚的历史甚至可以从人类社会的漫长过程中处处找到证据，与此同时，人类在对当罚者施加处罚的时候，似乎从来都不缺乏具体的手段和方法，绝大多数场合施罚者都可以对处罚手段“信手拈来”，大概“只有在霍贝尔所说的很小的、与世隔绝的社会里，对于如何处罚违规者，人们才有些无所适从”^①。但是，毋庸置疑，即使这样的环境中，至少父母对于其子女是保有适当处罚的天然权力的，从这个意义上讲，处罚是普遍的。

对于国家对其自然人成员加以惩罚的正当性依据的探讨，在很大程度

* 中国海洋大学法政学院院长，教授，博士生导师。

① [美] E. 霍贝尔：《原始人的法》，严存生译，贵州人民出版社 1992 年版，第 149 页。



上构成了对惩罚本身的正当性依据的思考。在康德看来,“法院的惩罚绝对不能仅仅作为促进另一种善的手段,不论是对犯罪者本人或者是对公民社会。惩罚在任何情况下,必须只是由于一个人已经犯了罪行才加刑于他。因为一个人绝对不应该仅仅作为一种手段去达到他人的目的”^①。康德的观点经常被解释为“绝对命令说”,这种学说强调对行为人本人的绝对报应,并认为,“要求犯罪者爬过功利主义的毒蛇般弯弯曲曲的道路,去发现有利于他的事,可以使他免受公正的惩罚,甚至免受应得的处分”,其实是在使“公正和正义沉没”,如果这样,“人类就再也不值得在这个世界上生活了。”^②黑格尔也认为,惩罚犯罪人“是自在正义的,因为这种侵害同时是他自在存在的意志,是他自由的定在,是他的法,所以是正义的。”^③还有许多思想家从不同的角度阐释了自己关于惩罚的理念与思索。这些哲人们对于惩罚本质的探讨对于后世的研究,都具有不朽的启蒙意义和价值。但是,这些观点都不是将惩罚的本质放在刑法理论体系中加以探讨得到的结论,在刑法发展到后现代阶段,刑法理论变成“最精密的科学”的今天,对惩罚的本质在刑法理论体系中加以新表述与新定位,是非常必要的,而本著作就是这样一部探索性的作品。

刑法中的责任理论围绕国家对行为人进行惩罚的理论根据展开,我国传统刑法理论也主要在“犯罪主观方面”部分研究大陆法系刑法在责任阶层中探讨的“责任”问题,主要研究责任的故意、过失、犯罪目的、犯罪动机以及认识错误等内容。由于理论体系的差异,造成很长一段时期以来,我国刑法理论中的责任和大陆法系的责任存在着很大的歧义性。近年来,随着大陆法系刑法理论在我国的广泛传播和日益深入的影响,我国刑法学界开始出现在同一个语境中研究责任的做法,但是,我国刑法学界对责任阶层的研究总体上还非常薄弱,有深度的研究成果很少见。本著作分为上下两编,在上编中,主要讨论了罪过、不法、责任这三个刑法学的核心概念,提出并论证了主观罪过是不法本质的理念,并在此基础上详细分析了目的、故意、过失等罪过形态的区分依据以及在主观主义视野下对罪过形态的新理解。在下编中,通过对责任阶层内容发展趋势的梳理以及从我国刑事责任理论面临的诸多问题入手,本著作提出责任阶层的实质内

① [德] 康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 164 页。

② [德] 康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 164 页。

③ [德] 黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 1961 年版,第 103 页。



涵是刑罚处罚必要性的全新命题。概括来讲，本书对刑法的若干基础性问题进行了细致的创新研究和反思，具有以下四个特点：

第一，理论性。本书是关于刑法基本理论的一部专著，其中涉及犯罪的本质是主观主义还是客观主义、故意与过失罪过形态的基本理解以及对责任阶层存在目的的深层次追问。这些是刑法理论中较为基础也是较难回答的问题，同时，这些基本问题又是所有刑法学者均不能绕开的，对这些基础性刑法理论问题的追问与回答也是丰富和发展刑法理论的重要途径。

第二，体系性。本书虽然是在论述刑事责任的存在目的与功能，但又并没有局限于这一问题就事论事，而是从整个刑法体系出发展开论证，将责任阶层功能的探讨放在刑法基本理论的大框架下展开。本书为了全面论述“责任阶层存在的目的在于考察是否有必要对不法行为适用刑罚”这一观点，系统考察了罪过与不法理论。在这一过程中，刑法的核心领域——罪过、不法、责任——均获得了一定程度的讨论，这就避免了只在某个单一角度探讨问题得出的结论与犯罪论整体不相符的问题。同时，本书以责任阶层的目的在于判断是否具备预防必要性——这一核心命题为主轴，进一步考察了在过去刑法总则中备受冷落的“不可抗力”“责任能力”等理论，将这些理论放在责任阶层这一体系之中，为其找到了体系定位。

第三，新颖性。本书提出了很多不同于我国学界通说，甚至不同于德日刑法理论通说的观点。比如，本书提出主观主义是不法的本质，而没有采用客观主义或者“二元论”，这在目前我国的刑法学界还是较为大胆和新颖的设想，更重要的是，著者对此结论提出了较有说服力的论证。除此之外，书中对于不可抗力的解读，突破了传统刑法对该理论的定位，也颠覆了很多学界对其误解，让读者为之耳目一新；本书对于来自德日刑法理论中的期待可能性理论也展开了较有新意的解读。

第四，实践性。学术研究的最终目的还是要回归社会，但是，学术理论的研究常常容易陷入理论的泥潭而难以解决现实中的问题。本书没有“坐而论道”，而是在最后一篇中以对恐怖主义的犯罪防控为角度，论证了在现实中为了实现社会预防的目的，罪责自负观念很难贯彻下去。现实中的这一现象进一步佐证了本书在主体部分提出的“责任阶层的功能在于判断是否有必要对行为适用刑罚”的观点。

赵星博士是我院法律系教师，他从北京大学刑法学博士毕业到我院工



作以来，教学上兢兢业业，践行传道授业解惑之教师职责，深得学生好评，获得学校教学评估优秀等级；同时潜心科研，收获颇丰，到目前为止，已经在 CSSCI 期刊上发表学术论文 30 多篇，上升势头令人鼓舞。希望此书的出版，能够在刑法学界产生较大的反响，以此激励赵星博士再接再厉，取得更大的成绩。

序 二

周光权*

在德日犯罪论体系中，责任阶层位于构成要件该当性和违法性阶层之后，是认定犯罪的一个重要环节。近代以来，随着人权保障呼声的日益高涨，“无责任则无刑罚”原则开始为公众普遍接受，责任阶层得到了理论和实践两个层面的重视。在德日刑法理论发展历程中，责任的本质大致经历了从心理责任论、社会责任论到规范责任论的转变。心理责任论认为，责任的实体是行为人的心理关系，也正是基于心理关系的不同，可以将责任从故意与过失两个角度加以区分。这一学说在 19 世纪末 20 世纪初占统治地位。规范责任论则认为，为了对行为人给予责任非难，仅仅具有心理因素还不够，还必须能够期待行为人在具体情况下具有实施其他合法行为的可能性，也就是说，只有行为人能够实施合法行为却仍然不实施时，才能够进行责任非难。规范责任论在很大程度上成为当今学界的通说。

我国传统刑法理论中的“责任”一词与德日刑法中“责任”的含义存在着明显差异。刑事责任是在犯罪成立以后才开始考量的因素，形成了罪—责—刑的格局。德日刑法理论中的责任实体——故意与过失——则被放在犯罪主观要件范畴之中。随着德日刑法学理论的引入，目前，我国刑法学界采用违法与责任相区分的体系和结构来讨论责任的相关问题，并取得一些令人瞩目的成果。当然，在本书作者看来，关于“责任”的很多问题并没有彻底解决，它们依然困扰着刑法学界。例如，故意究竟是应该放在责任阶层还是应当作为违法要素加以认知和讨论？在责任主义原则下，如何在理论上更好地论证醉酒后行为人实施危害行为的可罚性？期待可能性的出现是否意味着责任走向了客观化？更为重要的是，在这一过程中，我国的刑事责任立法规定是否可以与德日责任理论进行融合？等等。

* 清华大学法学院教授、博士生导师。



的确，这些问题都是值得我们进一步深入研究的。

本书作者力图对这些问题作出回答并给出了自己明晰的观点。例如，在作者看来，责任阶层的基本功能在于，在前两个阶层对行为作出定性认定（即，认定行为是刑法可以处罚的违法行为）之后，进一步判断是否有必要采用刑罚的手段进行处罚，也就是说采用刑罚处罚是否可以起到特殊预防和一般预防的效果。

本书对责任本质的定位和体系新定位进行了创新性的积极探索，且不论其结论如何，这种探索本身就值得高度肯定。我们认为，本成果在一定程度上丰富和发展了责任相关理论，为推进我国刑法基本理论研究的发展和创新具有积极的意义和好处。从总体上讲，本书以下几个方面令人印象深刻：

首先，本书在努力构建一种“向前看”的理论。传统理论认为，刑法以过去发生的行为和造成的结果为中心认定犯罪、判处刑罚。这种认识本身并没有错，但是，固守这样的研究视角和方法并非没有值得反思之处。本书作者就明确主张，构成要件和违法行为两个阶层是以过去发生的行为和造成的结果为中心判定行为的性质，在责任领域，即在判定对该危害行为是采用刑罚处罚还是选择其他处罚方式时，应该更多地以未来为导向。在决定是否对一个危害行为判处刑罚时，必须着眼长远，考虑到刑罚的未来效果和影响。

其次，德国刑法学家罗克辛先生曾经尝试过将预防可能性纳入责任阶层中的做法。他将不法范畴之后的阶层称之为“答责性”，在他看来，“答责性”范畴取决于“罪责和以预防为目的的处罚必要性”两个要素。^① 本书虽然继承了“预防可能性”这一概念，但是，本书作者的观点与罗克辛教授的观点并不一致：不法判断之后的责任阶层不包含罪责范畴，责任阶层的唯一功用在于判断是否存在刑罚处罚必要性；凡是影响对危害行为判处刑罚的要素，都可以被归入责任阶层之中。这样，本书通过对“预防可能性”这一范畴的创新性扬弃，将流离失所、杂乱无章的责任要素进行了重新清理和重新排序。在本书的逻辑体系中，责任能力、期待可能性等理论也就在责任阶层中获得了相应的位置和存在意义。本书作

^① [德] 克劳斯·罗克辛：《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 79 页；[德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第一卷），法律出版社 2005 年版，王世洲译，第 136 页。



者认为，之所以不用刑罚处罚不具备期待可能性的行为，是因为即使采用刑罚处罚了此类行为，社会上的其他人再次面临类似行为时，出于人性的弱点，仍然会实施类似行为，并不能产生一般预防的效果。相反，之所以处罚故意和过失行为，则是因为处罚这两类行为可以对未来产生效果，可以让行为人和社会公众远离不当行为，提高行为人和社会公众对社会责任的尊重和注意程度。

最后，以可罚性作为实质内涵理解责任阶层，不但在理论上具有科学性和概括性，同时也会在实践中产生良好的效果。该种理论概括将刑罚的必要性放到犯罪论体系之中考虑，可以使犯罪论和刑罚论不再毫无关系，刑罚目的可以影响犯罪论体系的建构和责任阶层的具体内涵，这就使得犯罪论体系不再是僵化的孤立体系。与此同时，通过这种联系，犯罪论的内容可以更好地服务于刑罚，实现犯罪论和刑罚论的有机互动。这样，定罪量刑将不再是简单地应用法条，在这个过程中法官的主观能动性和社会价值理想就可以顺利得以体现和实现。由于刑罚可罚性的有无不仅仅依靠刑法理论和刑法解释，在判断过程中，我们还必须考虑刑罚的社会效果，于是，社会学、犯罪学、刑事政策学等学科中的相关知识也会被纳入刑法的视野之中，刑法从此变成一个开放的、有生命力的系统。

需要指出的是：对于承认不法中的主观要素是否会得出肯定刑法主观主义的结论，我和本书作者的观点有明显不同。我赞成刑法客观主义，强调违法和责任的区分；同时，在行为无价值二元论的理论构造之下，我认为离开主观要素就无法界定行为及其性质。主观违法要素是行为人对客观犯罪构成要件要素的认识，其相对于作为违法性判断者的第三方而言，仍然是客观事实。行为无价值二元论承认主观违法要素，是为了充分揭示行为所具有的客观危险，判断上的客观性并未动摇，因此，仍然坚持了刑法客观主义立场。按照这一逻辑，在违法性判断上，就需要区分判断对象和判断标准。承认主观违法要素和行为人的特殊认知，是肯定行为人能够被规范所指引，有避免结果发生的可能性，从而成为规范作用的对象。也就是说，司法上检验主观不法，对于一个处于中立第三人地位的检验者而言，和考察客观行为没有差别。主观不法，就我们的检验而言，其实与考察客观构成要件没有差别，都是在检验一个客观的外在事实。违法判断对象的主观化并不影响判断标准的客观性，“违法是客观的，责任是主观的”这一命题仍然可以坚持。



我一直关注赵星的学术成长和进步。长期以来，赵星潜心学术，努力进取，在刑法基础理论、环境刑法研究等方面都取得了一些令人瞩目的成果。我非常欣喜地看到他又有新的成果即将问世，但愿他百尺竿头，更进一步，在科学研究中不断取得优异的成绩。

是为序！

目 录

上篇 不法阶层的主观化

第一章 主客观相统一原则的双重功能	3
一、“主客观相统一”原则的宣示功能——与主观归罪、 客观归罪的关系	5
二、“主客观相统一”原则的囊括功能——与主观主义、 客观主义的关系	11
三、主观主义是不法的本质	19
四、主观主义对若干批评的回应	22
第二章 目的犯的立法技术解读	27
一、对我国目的犯的法条梳理	29
二、多余性的目的规定	31
三、实质性目的规定	36
四、总结	40
第三章 故意概念与犯罪论体系	41
一、以存在论为视角的故意概念与犯罪论体系	43
二、以功能论为根基的犯罪论体系	44
三、对不同故意定位下的犯罪论体系的评价	47
四、我国的故意概念与德日通说的比较	50
五、在实质故意视野下我国应该坚持的犯罪论体系	53
六、在主观不法视野下的故意犯罪的定位	54
第四章 过失犯罪的新解读	59
一、现有过失犯罪行为研究的梳理	61
二、危险行为视角下的过失犯罪	64
三、过失犯罪新分类	67



四、新视角下的危险犯、结果加重犯	70
五、总结	74
第五章 故意犯罪与过失犯罪	75
一、两种不同的立法模式	78
二、过失犯罪的立法技术	80
三、故意与过失之间的对比	83
四、过失行为成为犯罪的理由	87

下篇 责任阶层的客观化

第六章 刑事责任的质疑与改造	91
一、刑事责任的两种研究趋势及缺陷	93
二、刑事责任的概念、内涵及其体系定位	97
三、将刑事责任视为“预防必要性”的意义	100
第七章 责任的发展趋势	103
一、外国法制史视角下的责任本质	105
二、责任本质相关理论的述评	107
三、我国的责任发展概况	108
四、责任的发展趋势以及我国的借鉴	111
第八章 责任原则的例外研究	117
一、责任原则概述	119
二、罪过原则的例外概述	120
三、责任原则例外的具体展开	125
第九章 责任阶层的功能与内涵	131
一、责任阶层的研究现状	133
二、不法阶层的运作方式以及对于责任阶层的影响	134
三、责任阶层的存在目的	135
四、可罚性的内涵发展——以责任内涵的发展为视角	138
五、责任阶层功能的具体解读	140
六、可罚性视角下的责任阶层的实际意义	144
第十章 不可抗力：一个中国化的刑法概念	147
一、主客观相伴随——一个最基本的忽略	149



二、紧急避险的特殊性·····	150
三、紧急避险情形下行为人的主观心理·····	154
四、不可抗力情形下的行为人心态·····	157
五、责任视角下的紧急避险·····	159
第十一章 期待可能性的新解读 ·····	167
一、期待可能性的起源·····	169
二、期待可能性的体系定位和现状·····	171
三、我国刑法总则对于责任心态的四种规定·····	174
四、期待可能性在心理学上的解读——与不可抗力的关系·····	176
五、不可抗力的心理构造和不可归责的内在原因·····	180
第十二章 责任能力的本质解读 ·····	185
一、责任能力的含义·····	187
二、原因自由行为的理论争讼·····	189
三、原因自由行为的处罚依据·····	192
四、原因自由行为的处罚范围——因吸毒导致无责任能力的刑法态度·····	194
五、概念法学的理性反思·····	197

余篇 实务中的责任挑战

第十三章 罪责不自负原则之引入 ·····	203
一、在社会实践中存在体现“罪责不自负”原则的规定·····	206
二、刑事立法中不乏体现“责任不自负”原则的例证·····	208
三、适当运用“责任不自负”原则可以对遏制恐怖主义犯罪起到明显的效果·····	211
第十四章 论恐怖主义犯罪的政治目的 ·····	217
一、政治的基本内涵是明确的·····	219
二、恐怖主义犯罪不存在政治目的之外的其他刑法目的·····	226
参考文献 ·····	234

上篇

不法阶层的主观化

对责任相关问题的探讨总是与罪过形式（故意、过失）的研究密切相关。尽管规范责任论的提出在理论上将罪过与责任划清了界限，但是，规范责任论仍然是以心理责任论为基础的，是心理事实与规范评价的统一。^①规范责任论认为，责任的本质是从规范的角度对心理事实加以非难的可能性。^②因此，即使在规范责任论下探讨责任问题，仍然离不开对于故意、过失等罪过形式的研究。

然而，对于罪过的讨论总也离不开对于不法的认识。罪过应该在不法阶层中就得到讨论，还是在不法阶层之后才进行讨论是最为敏感的学术问题。此问题的回答，对于刑法研究的影响甚巨。在德日刑法理论中，对此问题的回答甚至形成了长达数百年的主观、客观之争。坚持不法具有客观性的学者认为，罪过不应该被纳入不法阶层，只能够在具备不法之后，对其进行进一步的判断；主观主义者则认为，主观罪过才是行为不法性的本质，客观只是证明主观的手段而已，因此，主张故意、过失等罪过形式应该被纳入构成要件阶层进行考察。因此，罪过与不法纠缠在了一起。不法的判断是否应该纳入主观罪过，即不法的本质是主观主义的还是客观主义的，就成为在论述责任的相关问题时无法回避的问题。

罪过（故意、过失）究竟是属于不法阶层、责任阶层，还是在两个阶层中均应该存在？这一直是刑法学界聚讼不定的问题。其实，犯罪论体系或者某个概念的体系性定位问题，只是为了更好地研究某一问题而在理论上所做的努力，在现实中，根本就不存在所谓的某种体系或者定位问题。一切理论均应该以有利于现实运用为基础。我们基本赞同故意、过失的“双重定位”理论，即认为，故意与过失既应该属于不法理论的核心，又应该在责任理论中进行判断，但是，这两个不同领域的判断是立足于不同的立场，进行不同的价值衡量。

责任、罪过、不法——刑事法学的三大核心领域——相互纠缠在一起，“牵一发而动全身”，使得问题的解决变得异常困难。同时，这种相互关联的状态，也给我们全面地认识和梳理三大概念之间的关系提供了一定的现实依托。

在本部分中，我们将从不法的本质谈起，为后文论述罪过与责任的相关理论奠定基础。同时，在本篇中，我们主要是将故意、过失在不法论意义上展开的。我们对故意、过失的含义、区别以及体系定位展开了较为系统的研究。在本篇中，除了对故意、过失的探讨外，本篇也探讨了目的犯的立法技术问题。

① 罪责包括 a. 所述之内容属于心理事实；b. 所述之内容具有评价特征。任何单独之一方均不可能详尽阐述法律意义上罪责之本质；它不纯粹是一个心理事实，也不是简单的价值判断，它更多的是以责任能力之先决条件为基础的心理存在和价值判断之间的一种评价关系，罪责是指违法行为的可责性。参见〔德〕弗兰茨·冯·李斯特：《德国刑法教科书》，许久生译，法律出版社 2000 年版，第 257、258 页。

② 陈兴良：《本体刑法学》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 284 页。

第一章

主客观相统一原则的双重功能

——兼评主观主义