

论刑事责任的生成

高永明 著



*On the Formation of
Criminal
Responsibility*



知识产权出版社

全国各法律图书出版单位

论刑事责任的生成

高永明 著

*On the Formation of
Criminal
Responsibility*



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

论刑事责任的生成/高永明著. —北京: 知识产权出版社, 2018. 8

ISBN 978-7-5130-5288-7

I. ①论… II. ①高… III. ①刑事责任—研究 IV.

①D914. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 290265 号

内容提要

传统刑事责任作为刑法基础理论, 20 世纪一直处于显学地位, 进入 21 世纪后该问题鲜有人问津。在大陆法系和英美法系国家, 与我国完全相反, 传统刑事责任一直都没有成为刑法学的研究对象。近年来研究的动向是从传统刑事责任向责任主义转变。本书通过“刑事责任的生成”这一命题, 从全新的视角, 试图解决上述反差以及转变的原因, 并对传统刑事责任做精细化解剖, 探讨其规范运作问题。

责任编辑: 庞从容 薛迎春

责任校对: 潘凤越

封面设计: 宗沅书装

责任印制: 刘译文

论刑事责任的生成

高永明 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社址: 北京市海淀区气象路 50 号院

责编电话: 010-8200860 转 8726

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印刷: 三河市国英印务有限公司

开本: 710mm × 1000mm 1/16

版次: 2018 年 8 月第 1 版

字数: 250 千字

ISBN 978-7-5130-5288-7

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: pangcongong@163.com

发行传真: 010-82000893/010-82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及各类专业书店

印 张: 16.25

印 次: 2018 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元



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 /

高永明是我指导的博士后人员，这部著作是在他博士后出站报告的基础上修改而成的，他邀请我作序，遂欣然应允。

刑事责任理论是刑法学中特别重要的基础理论，它关系到刑法学的存在根据，刑法学总论体系以及刑法基本原则等一系列根本性问题。从源头上看，我国刑事责任理论是从苏联舶来的，至20世纪末期，已经形成了较为成熟的研究成果并具有了一定的研究特色。但2000年后，对传统刑事责任的研究逐渐淡化，以至今日几近沉寂。在这样的背景下，高永明博士以《论刑事责任的生成》为题，选择传统刑事责任作为研究的对象，体现出了其学术探索的勇气，难能可贵。

本书的大部分已经发表在《法律科学》《政治与法律》《当代法学》等期刊上，从内容来看，作者充分吸收了答辩中专家提出的修改意见，运用翔实的资料，采取语言学、文献分析等方法，以“刑事责任的生成”为中心命题，对传统刑事责任理论做了充分的论证和分析。综观本书，最大的特色在于以新的视角对传统刑事责任做了不同于以往的研究。

与以往对传统刑事责任的大多数研究不同，作者以“刑事责任的生成”为中心议题，通过对传统刑事责任生成的考察，提出了犯罪的成立过程同时就是刑事责任的产生过程，即犯罪和刑事责任是同时产生的。通过这一命题，作者较好地解释了刑事责任在我国出现由盛转衰以及和大陆法系、英美法系极大研究反差的现象，在一定程度上解决了传统刑事责任的命运起伏以及沉寂的原因。通过这一命题，也在一定程度上说明了刑法总论体系的“罪—刑”结构。当然，作者对这个问题的论述并不完全充分，也可能并不完全科学，但作者提出的“刑事责任是如何生成的”这一命题，的确给我们重新发现刑事责任提供了一个新的视角。

本书的其他方面无须赘述，体现了作者良好的学术规范和学术态度。但在某些问题的论证中有些意犹未尽之感。作者在著作最后提出传统刑

事责任仅应存在于与民事责任和行政责任的关系中，在我看来也不尽合理。

从作者发表的既有论文来看，其对本问题的关注已经十年有余。既然本书成稿已历经多年，我想应当有其可贵之处，毕竟认真思考的学术成果都应予以尊重。祝愿作者在今后的学术生涯中更进一步。

聊作数语，是为序。



2017年10月25日于北京世纪新景园

/ 序 二 /

“刑事责任”一词在我国刑法典中出现了28次，具有显赫的地位。学界对刑事责任的研究曾经花费了极大的精力，发表的论文、出版的专著、教科书中的相关论述，不说是汗牛充栋，至少也可以说是蔚为大观。但这些研究到底有多少智识上的贡献，不无疑义，在多大程度上促进了刑法学的理论发展和水平提升，解决了多少刑事法治的现实问题，也是值得打一个问号的。

当年读研期间关注刑事责任问题时，发现学界仅是对刑事责任的定义就提出了多种不同的学术观点，诸如法律后果说、法律责任说、法律关系说、法律义务说、刑事评价说、刑事负担说等，搞得人头昏脑胀；对于其地位，也有媒介说（纽带说，认为刑事责任是连结犯罪和刑罚的纽带、媒介）、刑罚上位概念说（认为刑事责任和犯罪是平行的概念，刑罚则是刑事责任的下位概念）、基础理论说（认为刑事责任是犯罪和刑罚的上位概念，是刑法最基础的概念）等多种不同主张，而这些不同学说的学理价值，我当时却实在看不出来。开始我以为是自己水平不行、学力不逮，所以才不能理解这些学说的理论意义，但同时也有疑惑：如果无法确定其基本内涵，连最基本的定义都无法达成共识，那这个概念能在多大程度上发挥统领理论、指导实践的作用呢？如果对其体系性地位都无法确定，这个概念能发挥据说是其拥有的那种统领性作用或者举足轻重的作用吗？

我国台湾地区学者洪福增教授在《刑事责任之理论》一书中认为，“责任”有两种不同的意义：一个是作为法律后果的责任，即广义的刑事责任，“系指可使实行行为之行为者立于承受刑罚的地位之情形”，“此仅不过表示可使行为者受刑罚制裁之抽象的可能性而已”；另一个是作为三阶层之一的“有责性”中的责任，即狭义的刑事责任，是指“行为者在道义上或社会上可非难之心理状态下，而实行适合于刑法上之犯罪构成要件的违法行为时所应受之道义上的或社会上的非难，即为‘责任’。故此之所谓

‘责任’，并非指单纯的心理状态，而系意味着其心理状态在道义上或社会上所能加以非难之性质”。该书对前一种意义上的刑事责任几乎没有论述，对后一种意义上的责任却进行了详细的阐释和论述，看了这本书我才知道研究责任论原来还有另一种理论模式。随着学力的不断提高，后来还是后一种态度占了上风，我终于认为，以广义的刑事责任为研究对象的传统研究是没有学术价值的，所以也就放弃了对该问题的思考和探究。

当代中国刑法学是一种舶来品，其基本框架的原产地在苏联，以四要件为特色的刑法理论 20 世纪 50 年代初期引进到中国，20 世纪 80 年代在建设社会主义法制的背景下在中国生根发芽，取得一统天下之势，之后数年时间里刑法学研究都在这一理论框架之下展开。苏联的刑事责任理论也随之进入中国刑法学知识体系中。与此同时，随着改革开放的逐渐深入，大陆法系刑法学的知识产品也开始进入，先是对岸的台湾地区刑法学论著，接着是日本刑法学。在比较中大家发现大陆法系刑法理论比我们熟悉的四要件理论论证更深刻、逻辑更自洽、解释力更强大，几乎所有的刑法人都在捧读韩忠谟、洪福增、林山田、大塚仁、福田平、团藤重光的相关著作。大陆法系的刑法理论理所当然地要进入中国刑法学知识体系，人们试图在四要件的框架下加入另一种知识元素，以提升中国刑法学的品位和格调。在这一过程中，有些知识顺利进入而未发生太大障碍，如不作为、违法性认识、间接正犯、片面共犯等，有些则与四要件理论发生了不可调和的冲突，使其无法在其中找到安身立命之地，如结果无价值与行为无价值之争、期待可能性理论、共犯从属性理论，以及罪数理论中的许多学说等。

在引进这些知识的早期，刑法学知识显得非常混乱，逻辑上的自相矛盾随处可见，理论与实践的严重脱节比比皆是。刑事责任论的研究就是如此，由于四要件理论中没有责任论的地位，是不可归责的犯罪构成（陈兴良教授语），因此只能在犯罪构成体系之外寻找其位置，这样才出现了纽带说、刑罚上位概念说、基础理论说等不同观点。也因此才无法区分两种不同意义上的责任——对有责性中的责任这一更为重要的命题无法进行研究，对作为法律后果的刑事责任则进行了更多探讨，不能不说，这些研究就像永明在本书中指出的，实际上是研究了一个伪问题。此外，试图引进的大陆法系刑法知识虽然造成了刑法学知识体系上的混乱——本来是有责性中的责任（狭义的刑事责任）的内容被用来解释作为法律后果的刑事责任（广义的刑事责任），如认为刑事责任的根据是相

对的意志自由，就是用来解释有责性之责任的道义责任论的立场，但這些研究却比研究刑事责任的定义、地位更有学术价值。

随着学术视野的不断扩大和理论研究的进一步深入，学术界终于产生了以三阶层理论取代四要件理论的声音，开始了相应的理论探索，产生了相应的理论产品。随着研究的不断深入，现在的高端学术刊物上发表的刑法学论文均或明或暗地以三阶层理论为学术背景，纯粹在四要件框架下思考问题，既无法深入地探讨问题，也无法提供知识上的贡献，已经不可能在高端学术刊物上发表。在这种背景下，20世纪90年代几乎成为刑法学界“显学”的刑事责任研究，当然就呈现出衰退之势。根据永明的研究，最近几年来，“重量级研究者不再关注这个问题，CSSCI收录期刊再也没有一个刊发过此类文章”：对作为法律后果的刑事责任的研究已经没有多大的学术价值，对作为犯罪成立条件的责任的研究固然重要，但目前的研究水平尚不足以在该问题上超越大陆法系刑法学百年来的研究，因而也就无法产出有价值的研究成果。

永明在本书中指出：“从我国刑事责任的历史来看，责任主义是其前世始祖。正是在苏联刑法中，责任主义演变为现在的刑事责任。现在我国的研究动向是将对刑事责任的研究重新转变回对责任的研究，似乎转了一大圈又回到了原点。这似乎具有严重的讽刺意味。”不能不说，刑法学研究走了一段弯路。在刑事责任问题上那么多的优秀学者殚精竭虑地苦苦求索，结果却终于发现这其实是一个伪问题，这样的研究历程不能不让人感慨唏嘘。

20世纪50年代向苏联学习，引进四要件的犯罪构成理论，20世纪80年代法制初建时以四要件理论构建中国刑法学，有当时不得不然的原因，不足深责，而且四要件理论对于重建刑事法治、促进刑法学研究，还是起到了非常重要的作用的。但在法治建设已经发展到今天，人民群众对法治提出了更高要求的时候，在理论研究不断深化、知识积累和人员储备已经达到相当程度的时候，如果仍然抱残守缺，则不能不说是一种遗憾。就像永明在本书中所断言，“从犯罪论现在的发展趋势来看，大陆法系犯罪论的继受几成定论”，在此背景之下对四要件框架之下传统的刑事责任理论进行认真的梳理，指出其概念的静态性、内容的虚无性、功能的错位性、本质的僵化性、根据的虚假性、地位的弱势性以及规范性的缺失，具有重要的理论意义。这也证明了四要件理论的不足和以四要件理论为框架研究犯罪论、研究刑法学的先天缺陷。

学术研究走了弯路，固然是学术资源的浪费，但其实也是一种探索，是在比较不同路径的合理性和合法性；也是一种创新，是在考证既有理论是否足以容纳更多学术内容，是否有足够的发展空间。正是在走过弯路后我们才能发现什么是正确的路径，也才能对正路的适切性有切身的感受。从这个意义上说，学术研究的弯路是不可避免的，是有价值的，它催生了学术路径的转向、知识形态的转型和学术水准的提升。基于此，当年那么多优秀学者对刑事责任问题孜孜不倦的探索，仍然是值得充分尊重的。

永明的著作的意义当然不止于此。大陆法系刑法理论关注狭义的责任即作为三阶层之一的“有责性”中的责任，对广义的刑事责任很少论述；我国以前对刑事责任的研究缺乏学术意义。在此背景之下，一方面应当和大陆法系的刑法同人一道共同研究“有责性”中的责任，另一方面也应当对广义的刑事责任予以关注，这毕竟是我国刑法典中多次出现的概念。永明的具体论述针对的是广义的刑事责任，但他的研究已经和我国此前的研究迥然有别。他提出的刑事责任是生成性的、过程性的，刑事责任的过程性意味着刑事责任的理念应当实现从惩罚到修复的功能性、从观念到实践的价值性的转变，在传统刑事责任生成的过程中，思维、情感、民事赔偿、刑事和解和行政行为这些特殊的因素应当得到充分的关注，以及刑事责任对于区分其与民事责任、行政责任的意义，等等，都具有重要的理论价值。

2004年从西北政法大学取得刑法学硕士学位后，永明到扬州大学法学院任职，其间他一直在不断地追求教学上的成功和学业上的进步，2008年他考取了吉林大学刑法学博士，师从李洁教授。李洁教授的学问、人品在刑法学界有口皆碑，跟随李洁教授期间，永明的学业取得了长足进步，虽然艰辛，却很充实，虽遇波折，但收获颇丰。之后他又远赴美国访学，赴中国政法大学从事博士后研究，其学术功底更加扎实、视野更加开阔，这些在他的这本著作中都得到了充分的展现。在教学方面，永明取得了巨大的成绩，先后获得扬州大学中青年教学讲课比赛一等奖、扬州大学教学质量奖一等奖。我期待着永明在学术上也勇猛精进，取得同样的乃至更大的成就。

2017年11月11日于西安

／ 目 录 ／

绪 论 / 001

第一章 刑事责任的生成考察 / 006

第一节 大陆法系刑事责任的间接生成模式 / 007

第二节 英美法系刑事责任的直接生成模式 / 017

第二章 刑事责任的生成因素与背景 / 023

第一节 刑事责任生成的刑事政策因素 / 023

第二节 刑事责任生成的哲学转向背景 / 033

第三章 刑事责任的生成样态 / 037

第一节 刑事责任生成的过程性 / 037

第二节 过程性刑事责任的基本理念 / 044

第四章 刑事责任生成的规范运作 / 059

第一节 思维与刑事责任 / 059

第二节 情感与刑事责任 / 064

第三节 民事赔偿与刑事责任 / 094

第四节 刑事和解与刑事责任 / 107

第五节 行政行为与刑事责任 / 120

第五章 传统刑事责任具体内容解构 / 131

第一节 传统刑事责任概念的静态性 / 131

第二节 传统刑事责任内容的虚无性 / 142

第三节 传统刑事责任功能的错位性 / 150

第六章 传统刑事责任的基本理论解构 / 160

第一节 传统刑事责任本质的僵化性 / 160

第二节 传统刑事责任根据的虚假性 / 171

第三节 传统刑事责任地位的弱势性 / 179

第四节 传统刑事责任规范性的缺失 / 193

第七章 传统刑事责任与民事责任和行政责任 / 199

第一节 传统刑事责任与民事责任：从界分到融合 / 199

第二节 刑事责任与行政责任：从统一到创新 / 208

参考文献 / 219

后 记 / 245

绪 论

我国刑法对刑事责任的规定和犯罪相并列，以“犯罪和刑事责任”命名刑法第二章第一节。在理论上，犯罪成立理论一直是刑法理论的重心，关注犯罪是如何成立的，但刑事责任如何成立或者说如何生成的，则根本不是一个问题，也从没有人关注过该问题。从刑法总论立法体系以及刑法总论理论来看，“犯罪—刑事责任—刑罚”这一体系在我国是基本得到认可的通说，犯罪的后果是刑事责任，进而是刑罚，在刑法基本原则中体现为罪责刑相适应原则。但在大陆法系国家，作为我国刑法理论重点研究的刑事责任却从来都不是理论研究所关注的，在其总则体系以及刑法总论理论体系中，是“犯罪—刑罚”，因而形成罪刑均衡原则。那么，犯罪的直接后果是刑事责任还是刑罚？犯罪结果意义上的刑事责任究竟是犯罪之后的进一步“处理”，还是相伴着犯罪同时产生？假如相伴犯罪同时产生，“罪责刑均衡”原则就是一个虚假的命题。长久以来，关于刑法总论体系的结构一直是刑法中的重大命题，也产生了数种说法，但争议基本是命题之内看问题。假如变换一个视角，从问题之外看这一问题，知道了刑事责任是如何产生的，则其和犯罪的关系、刑法总论体系的争议或许会有新的发现。刑事责任的生成是本书的中心命题，本书的基本结论是犯罪的产生过程同时也是刑事责任的生成过程，因而刑事责任并不是犯罪的后果，而是和犯罪同时产生。通过刑事责任的生成这一命题，首先，可以解决刑法总论体系问题。其次，可以透视作为犯罪结果意义上的传统刑事责任这一命题的虚假性。众所周知，大陆法系国家刑法理论基本不研究作为基础理论的我国刑法中的传统刑事责任，体现在其教材中没有专章列刑事责任，学术性专著也没有研究此种结果意义上的刑事责任的，其“刑事责任论”之类的类似研究中的“责任”是

作为犯罪成立要件的“责任”。再次，刑事责任的生成这一命题，可以解释在我国以及大陆法系国家对其研究发生差异的原因。最后，传统刑事责任在20世纪一直是刑法学中的显学，但进入21世纪后基本上无人问津。本书以刑事责任的生成作为解释工具尝试对此做出解释。

作为刑法基础性理论，刑事责任发展到今天，一个公认的事实是其面临着巨大危机，不仅在形式上不再成为研究的热点，而且在内容上现有理论始终停留在20世纪90年代的水平上无法更进一步。张旭教授认为，这种状况的产生不乏刑法理论中有太多新东西需要研究的原因，更重要的因素是刑事责任研究已经形成相对饱和状态。^{〔1〕}从我国刑事责任产生的历史来看，自20世纪80年代以来，随着刑法理论研究的逐渐深入，我国学者开始考虑将“刑事责任”这一范畴导入罪刑关系当中。^{〔2〕}如果除去1956年刘焕文发表在《华东政法学院学报》上的将刑事责任基本等同于刑罚的文章《犯罪动机与刑事责任》外，以“刑事责任”为题名进行模糊搜索，最早的文章是1979年李光灿、罗平发表在《吉林大学学报》（社会科学版）第5、6期上的《论犯罪和刑事责任》一文，最新的一篇是徐立发表在《政法论坛》2010年第2期上的《刑事责任的实质定义》一文。刑事责任理论出现在我国只有30余年，作为刑法基础性理论在30余年时间内能将其研究透彻、清楚而达到成熟无须再研究的程度似乎是不太现实和不太可信的。即便真的达到如此程度，这种理论的生命力只有区区30余年，其学术价值也值得怀疑，尤其是作为刑法体系内容之一的基础理论而言尤为如此。其他新课题需要研究从而冲淡了刑事责任作为理论研究热点地位的说法，实际上从反面说明了刑事责任研究和这些问题的研究并没有直接关系。既然没有关系，那么只能说明刑事责任作为刑法基础理论并没有起到真正的基础理论作用。须知刑法基础性理论应在整个刑法中处于中心的、指导的地位，不仅对于刑法的应用理论给予导向和评价，也对刑事立法和刑事司法具有宏观的指导意义。^{〔3〕}

〔1〕 张旭：《关于刑事责任的若干追问》，载《法学研究》，2005年第1期。

〔2〕 肖世杰：《刑事责任与人权保障——以中外刑事责任理论的比较为视角》，载《广州大学学报》（社会科学版），2009年第7期。

〔3〕 杨春洗、刘生荣：《加强我国刑法基础理论的研究》，载《中国法学》，1991年第5期。

杜宇认为刑事责任理论无法提升的原因在于其始终以刑罚为唯一关注,使得责任论与刑罚论难辨你我,无法获得超越于刑罚论的实质性内核。^{〔1〕}传统刑事责任即使获得了刑事和解赋予的恢复性价值理念,但其在内容等实质性问题仍没有发生任何变化。传统刑事责任已经走向“死亡”是不争的事实。在这一背景下,近年刑事责任的研究逐渐开始转向责任主义。

自近代以来,责任主义早已是西方各国刑法上的重要基本原则,^{〔2〕}“没有责任就没有刑罚”亦成为刑法学、刑事司法的基本观念。在今天的德国、意大利等国已将其规定于宪法中,提升至宪法位阶的高度作为一条基本原则在宪法中体现。^{〔3〕}我国刑法并没有直接规定责任主义原则,实践中违反责任主义要求的规定和判决并不少见。但西方之“责任”尤其是大陆法系之“责任”与我国刑法中作为犯罪结果的刑事责任并不是一回事,二者几乎风马牛不相及。大陆法系责任归依于其三阶层犯罪论体系,责任的规范性价值无须赘言。我国犯罪构成理论向三阶层犯罪论转向的背景促使对责任的研究发生应有转向。在我国传统刑事责任研究中,研究对象是作为犯罪结果的刑事责任,该研究在20世纪八九十年代盛极一时。此后,在对责任的研究上,悄悄地发生了转向——研究由传统刑事责任转向责任主义。

罪刑法定主义是近代以来刑法的一条重要原则,近乎于刑法中的帝王原则。从我国的研究来看,以李洁老师《论罪刑法定的实现》^{〔4〕}为代表,张明楷、陈兴良老师等均在此研究上做出了卓越贡献,研究已达相当高之水准。与此形成对照的是,责任主义研究则暗淡无光,只有少数学者近年来才关注于此。盖因研究的重心基本集中于传统刑事责任之故,而且在传统刑事责任实体化的研究中多少涉及了本应属责任主义的内容,甚至有的研究直接就是责任主义内容的转语而已。从罪刑法定原则与责任主

〔1〕 杜宇:《刑事和解与传统刑事责任理论》,载《法学研究》,2009年第1期。

〔2〕 [日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第176页。

〔3〕 肖世杰:《论刑法中的责任原则及其实践悖反之克服》,载邱兴隆、杨凯:《刑法总论研究》,中国检察出版社2005年版,第179页。

〔4〕 参见李洁:《论罪刑法定的实现》,清华大学出版社2007年版。

义原则的价值看,二者本属于地位等同、价值相似、渊源相近的孪生子,作为“主义”的该种“责任”本不应被忽视。在今天的法治时代,罪刑法定主义在客观方面保障国民行为的预测可能性,而责任主义是通过将故意和过失作为处罚的最起码的主观条件,从而在主观上保障国民的行为预测可能性,刑法正是通过罪刑法定主义和责任主义来保障国民的行为自由,保障行为的预测可能性的。^[1] 从对预测客观面的重视转向对预测主观面的重视,正是本书力求解决的。但无论如何都无法无视传统刑事责任的存在,从我国刑事责任的历史来看,责任主义是其前世始祖。正是在苏联刑法中,责任主义演变为现在的刑事责任。^[2] 现在我国的研究动向是将对刑事责任的研究重新转变回对责任的研究,似乎转了一大圈又回到了原点。这似乎具有严重的讽刺意味,但事实就是如此。

传统刑事责任理论,从被顶礼膜拜般的趋之若鹜型研究,到现今不以为然的无人问津,应该对此认真反思。即便冠以责任之名的时下成果,也是以大陆法系中责任理论为模板的研究,内容和后者差异不大。而一直是刑事责任研究领军人物的学者对此也不再关注。无论是我国还是大陆法系国家的刑法,均有作为结果意义上刑事责任的用语。但自始至终,大陆法系国家均没有形成对该种刑事责任的专门理论研究,这不是刑事责任本身的问题,它一直在法条中,问题在于我们如何对待它。

本书通过“刑事责任的生成”这一命题,指出刑事责任的伪命题性,并得出刑事责任的过程性生成这一结论。过程性刑事责任不是独立于传统刑事责任的存在,更不是新的事物,通过过程性的生成这一观察,可以对其本身进行根本性反思,同时基于过程性的生成,赋予传统刑事责任新的理念。

从最近的研究来看,传统刑事责任逐渐走向大陆法系的责任主义。陈兴良老师在《清华法学》2009年第2期上第一次在我国刑法学界明确提出传统刑事责任应向责任主义转变,在此之前已有研究含蓄地将责任

[1] [日] 西田典之:《日本刑法中的责任概念》,金光旭译,中国人民大学出版社2009年版,第12页。

[2] 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。

主义内容向传统刑事责任渗透。传统刑事责任之地位、根据、发展阶段以及实现等在责任主义下实难有存在的必要,这是否意味着将要否定传统刑事责任原有的理论呢?果真如此的话,30余年研究的价值何在?我们真的是在刑事责任问题上走入了一个浪费30余年研究时间的可怕误区之中吗?所有这些假如是事实的话,不啻是对我国刑法研究的讽刺。传统刑事责任向责任主义的转向更基于责任主义存在于特定的犯罪论体系下,在我国犯罪构成处于转型期且没有完成重构的情况下,理论的不可兼容性和巨大差异性使责任的这种再生方式必须进行本土性转换。刑事责任的再生问题在犯罪构成这一传统强势热点理论的荫蔽下并没有得到足够关注,然而犯罪构成的转变必然会使这个问题凸显出来。

刑事责任面临必须被改变现状的命运,这是学界的共识,从理论研究的努力来看也在向此方向推进。作为我国影响最大的国家社会科学基金项目,2006年、2007年、2008年连续三年均将“刑事责任基本理论”作为课题立项指南,这体现出欲摆脱现状、超越现有研究藩篱与困境的指向,但从最终立项的课题来看,“刑事责任基本理论”并没有被立项,这说明目前研究现状在相当程度上是无法令人满意的。在其他各级科研立项中,杜宇主持的司法部国家法治与法学理论研究项目“和谐社会语境下‘刑事责任理论’的反思与重构”2007年获得立项。刘彦辉主持的黑龙江省哲学社会科学规划项目“刑事责任与民事责任比较研究”2009年获得立项。仅有的这两个立项多少显示了新型研究的薄弱。罗马法研究的恢复,其结果首先是在欧洲恢复了法的意识,法的尊严,法在保障社会秩序、使社会得以进步方面的重要性,罗马法研究的恢复,还在于把法看成世俗秩序的基础本身这一观念的恢复。^{〔1〕}那么,对刑事责任研究的恢复,首先也应该是一种观念的变革,一种对固有观念的超越性摆脱,无论如何,定位于惩罚和结果的刑事责任是无法契合市民刑法的转变的。通过对刑事责任的过程性生成这一视角进行探索研究,会给刑事责任带来新的理念。

〔1〕〔法〕勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第48—49页。

第一章

刑事责任的生成考察

20 世纪 80 年代中期,我国刑法界开始系统介绍大陆法系刑法理论,其犯罪构成理论自此进入我国刑法理论框架之内。到目前为止,研究大陆法系犯罪构成理论的成果,从论文、专著到综合性外国刑法著作都较为可观。通过对研究成果的分析可以发现,对大陆法系犯罪构成理论的研究已经超越了初步的介绍阶段,正逐步走向深入,对其如何借鉴以改造我国传统的犯罪构成理论的目前研究动态即反映了这一点。但现有的认识并没有完全揭示大陆法系犯罪构成的全貌,并且忽略了这样一个问题,即当引进大陆法系犯罪构成改造我国通论犯罪构成的时候,我国传统的刑事责任理论没有受到任何影响,对其探讨仍然停留在我国传统刑法理论的框架之下。如果建立了大陆法系层阶式犯罪构成模式,则必然会对责任的内容、地位和性质等相关问题产生影响,但目前我国刑法界基本着眼于对犯罪构成的研究而忽视了对责任的关注。在犯罪构成重构的背景下,必然需要重新认识责任。由于在大陆法系刑法中犯罪的概念和责任的概念是同一的,^[1] 犯罪的成立即意味着责任的成立,犯罪的成立即意味着刑事责任的生成,这使得大陆法系并没有出现我国刑法理论中典型的刑事责任概念,也没有出现刑事责任的体系性地位等争议问题,对这些问题的诠释离不开分析犯罪成立和责任成立之间的关系。

在英美法系和大陆法系刑法及其理论中,也使用我国刑法意义上的

[1] 李居全:《刑事责任比较研究》,载《法学评论》,2000 年第 2 期。