

Feng Jun

ON CRIMINAL RESPONSIBILITY



刑事责任论

冯军 / 著



法律出版社

PUBLISHING HOUSE OF LAW



责任编辑 / 蒋 浩
装帧设计 / 聂靖和

ON CRIMINAL RESPONSIBILITY

ISBN 7-5036-1894-9/D · 1480

定价：18.50 元

531004 Feng Jun

ON CRIMINAL R

D914
16



B0067644

刑事责任论

冯 军 / 著



法律出版社

PUBLISHING HOUSE OF LAW

《刑事责任论》

冯军 著

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/中国人民解放军第1202工厂

开本/850×1168毫米 1/32 印张/10 字数/237千

版本/1996年5月第1版 1996年5月第1次印刷

印数/1—2,000册

社址/北京市广安门外六里桥北里甲1号干休所 (100073)

电话/63271646 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7—5036—1894—9/D·1480

定价:18.50元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

高铭喧^①

刑事责任是社会生活中的频发现象,是刑事法律上的基本概念。长期以来,外国刑法学者一直热心地研究着刑事责任问题,取得了可观的成果。^② 最近几年,我国刑法学者也对刑事责

① 高铭喧,中国人民大学法学院教授、国际刑法研究所所长、博士研究生导师;中国法学会副会长兼中国法学会刑法学研究会总干事;国际刑法学协会中国分会副主席,中国国务院学位委员会学科评议组成员、法学组召集人。

② 在德国,1895年出版了尼奥弗纳(Löffler)的《刑法中的责任形式》、1907年出版了弗兰克(Frank)的《论责任概念的构成》、1910年出版了贝林格(Beling)的《无责、有责和责任程度》、1914年出版了毕克迈尔(Birkmeyer)的《责任与危险性》、1927年出版了贝尔格(Berg)的《刑法中责任理论的现今状况》、1928年出版了沃尔夫(Wolf)的《刑法中的责任理论》、1946年出版了阿·考夫曼(A·Kaufmann)的《责任问题》、1948年出版了矛拉哈(Maurach)的《刑法中的责任和负担》、1961年出版了阿·考夫曼(A·Kaufmann)的《责任原理》、1975年出版了矛茨(Mauz)的《责任和赎罪的作用》、1976年出版了雅科布斯(Jakobs)的《责任和预防》等;在法国,1884年出版了布洛尔(Bruhl)的《责任理念》、1911年出版了沃尔汀(Urtin)的《刑事责任的基础》、1920年出版了弗奥科纳特(Fauconnet)的《责任论》、1961年出版了莱沃特(Léauté)主编的《刑事责任》等;在日本,1948年出版了泷川幸辰的《刑事责任的诸问题》、1952年出版了不破武夫的《刑事责任论》、1968年出版了大谷实的《刑事责任的基础》、1972年出版了大谷实的《人格责任论的研究》、1983年出版了大谷实的《刑事责任论的展望》、1983年出版了真锅毅的《现代刑事责任论序说》等。

任问题极为关注,撰写了一定数量的论文并出版了几部专著。^①虽然中外刑法学者已对刑事责任进行了相当的研讨,但是,关于刑事责任的本质、功能和要素等问题,可以说至今仍然没能获得明确、统一的解决,其原因之一是刑事责任研究中存在着学说史上的深远背景。

刑事责任之争,由来已久。学说上早就存在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其自由意志实施了危害行为时,就应当受到道义上的谴责;社会责任论认为,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为保卫自身而反加给犯罪人的处分。道义责任论只重视主观的自由意志,把人视为绝对自由的存在者;社会责任论只重视客观的外在因素、把人视为先天宿命的存在者,都具有片面性。所以,对道义责任论和社会责任论加以扬弃,建立一种更科学、合理的刑事责任理论,就成为各国刑法学者的共同愿望。1959年1月在法国斯特拉斯堡(Strasbourg)大学召开了以刑法中的责任为主题的国际学术讨论会,于会后出版的论文集《刑事责任》(La responsabilité pénale)的序言中,当时的会议主席、斯特拉斯堡大学刑事研究所所长莱沃特(Léauté)教授写道:“刑事责任正面临危机,科学的进步正在动摇刑事责任所据以成立的原理。”但是,“刑事责任论的危机并不表明要抹杀责任观念。相反,我们确信法律的正

① 在我国,已有十余篇硕士学位论文和三篇博士学位论文专门研究了刑事责任问题,1992年出版了张明楷的《刑事责任论》,1993年出版了宣炳昭主编的《犯罪构成与刑事责任——刑法学研究综述》,1995年出版了张智辉的《刑事责任通论》。

义仍然是在责任和精神的自由之上才能成立。只是,我们必须综合新的科学成果,重新论证责任观念的必要性,使其与现在的科学和哲学思想相调和。”^①为了实现这一目标,各国刑法学者经过长期研究,又提出了各种新的责任理论,其中尤其引人注目的是人格责任论和新社会防卫论。人格责任论认为,刑事责任首先是行为责任,责任的追究首先应当针对具体的危害行为来进行;其次是人格形成责任,在具体的危害行为被认定之后,要进而确定行为人在导致其实施危害行为的性格的形成上所起的作用。新社会防卫论认为,必须从犯罪的侵害中防卫社会,但是,应当重视责任概念,人的责任感情是刑事政策和再社会化的基础和源泉。可以说,人格责任论是站在道义责任论之上力图与社会责任论相调和的责任理论,新社会防卫论则是立足于社会责任论之上谋求与道义责任论相妥协的责任理论。但是,我想特别指出的是,在刑法学者中至今仍有人试图彻底否定道义责任论,这是值得警视的。真正的刑事责任论应当以道义责任论为出发点,即使追求与社会责任论的调和,也应当以道义责任论为基础。也就是说,谴责可能性这种意义上的责任概念应当得到坚定的维护。必须重视行为人主观上的可谴责性,一个人只有在主观上有可以归责的地方,才能被追究刑事责任,这样的追究活动才具有合理性。而且,以谴责可能性为内容的刑事责任是制约国家刑罚权的内在原理,从尊重公民自由权利、保障基本人权的立场出发,也应当把道义责任论作为刑事责任论的基石。否则,就难以实现使国家刑罚权的行使与广大公民的自由权利相融合这一现代国家的重大使命。

刑事责任关系到刑法理论的全局,几乎所有的刑法问题都与刑事责任紧密相联。但是,要正确解决刑事责任自身的问题以

^① Léauté, dans: La responsabilité pénale, p. 5 et suiv.

及与刑事责任相关联的其他刑法问题,必须首先阐明这样两大基本问题:意志自由;责任与预防的关系。意志自由问题的解决是阐明刑事责任本质的前提,责任与预防关系问题的解决是刑事责任理论的归结。我们认为,人具有相对的意志自由。虽然人的意志受到外在因素的制约,但是,外在因素并非只在一种意义、一个方向上对人起决定作用。外在因素必然要对人产生作用,然而,如何产生作用,产生怎样的作用,需要通过人的主体性选择,这正是人的意识的能动作用的表现。相对的意志自由是人的行为的直接决定者、支配者,人的行为是人的意志自由选择的结果。因此,人要对自己的行为承担道义性责任,从道义的角度对犯罪行为进行法律上的谴责乃是正义的体现。面对一个已经实施的具体侵害行为,首先应当释明行为人在实施该具体侵害行为上是否应受谴责、应当受到怎样的谴责。谴责可能性意义上的责任是适用刑罚的前提,是使刑罚正当化的根据。直接根据预防犯罪的必要性决定刑罚的适用与否,是对责任观念的抛弃,必然导致刑罚的适用丧失具体的正义。但是,责任追究也是一个目的概念。责任追究的目的并不是谴责,而是预防犯罪,谴责只是实现预防目的的途径。然而,适应行为人的可谴责性追究责任是实现预防目的的真正有效途径,因此,在适用刑罚时,即使应当积极追求预防犯罪目的的实现,也应当在行为人实施的具体行为中表现出的可谴责性的范围内去进行。

刑事责任理论具有指导立法、审判和行刑的重大实践意义。在刑事立法上,要特别注意贯彻责任原则。例如,关于法律上的认识错误,似有必要增设“行为人实施行为时不知道其行为在法律上是不允许的,如果这种不知道存在不可避免的原因,应当不予定罪处罚”的规定。在刑事审判中,要努力实现责任的具体化。要把责任的形成视为一个连续的过程,充分调查行为人的行为环境和人格形成环境中存在的值得同情和重视的因素,以便确

定行为人在实施具体侵害行为上的可谴责性的有无及其程度。在此基础上作出的判决,才具有合理性,才会获得包括被告人、被害人和其他人在内的广大公民的信服。在行刑中,要致力于促成受刑人责任意识的苏醒、自觉和强化。受刑人自身的责任意识是使受刑人悔改和再社会化的力量源泉。只有受刑人认识到自己过去实施的行为所具有的可谴责性,自己应当承担的责任,以及法律规范对保障自己的正常生活所具有的意义,才会面向未来自觉地改恶迁善,真诚地过着顺应法律规范的新生活。

我的学生冯军同志经过多年雕心镂骨的钻研,在博士学位论文的基础上撰写了《刑事责任论》一书。本书详述事实,明说其理,用平易清丽的文笔展示了作者探索刑事责任问题的新视野、新成果,推动了我国刑事责任理论体系化的进程。值本书即将出版之际,应作者邀约,将我对刑事责任的基本看法赘添于前,以为序。

1996年3月于北京

目 录

引 言	(1)
第一章 刑事责任的构造概述	(9)
一、责任的涵义	(9)
二、刑事责任的三重构造	(16)
三、刑事责任的概念评析	(22)
第二章 刑事义务与正当化	(34)
一、刑事义务的概念和性质	(34)
二、刑事义务的种类	(39)
三、刑事义务的功能	(49)
第三章 刑事义务的根据	(54)
一、承诺是义务的根据	(54)
二、承诺的种类及其成立要件	(61)
三、承诺与医疗行为	(67)
第四章 刑事义务的冲突	(71)
一、义务冲突的产生	(71)
二、义务冲突的成立要件	(73)
三、义务冲突的法律性质	(77)
四、义务冲突的处理标准	(82)
第五章 刑事归责与意思自由	(86)

一、意思自由的涵义	(87)
二、哲学上关于意思自由的学说	(89)
三、刑法学上关于意思自由的学说	(96)
四、刑事归责的基础:主体选择性	(105)
第六章 刑事归责的要素之一:责任能力	(110)
一、责任能力的概念	(110)
二、责任能力的判断标准	(124)
三、责任能力的程度	(139)
四、责任能力的特殊表现形式	(145)
第七章 刑事归责的要素之二:事实性认识	(153)
一、事实性认识的内容、程度和判断标准	(153)
二、事实性认识的错误	(174)
三、严格责任	(194)
第八章 刑事归责的要素之三:违法性认识	(203)
一、违法性认识的立法和判例	(203)
二、违法性认识的学说	(211)
三、违法性认识的判断	(229)
第九章 刑事归责的要素之四:期待可能性	(234)
一、期待可能性的涵义	(234)
二、期待可能性的判例和立法	(236)
三、期待可能性理论的产生和发展	(241)
四、期待可能性的判断标准	(245)
五、期待可能性的其他问题	(251)
第十章 刑事负担的基本理念	(255)
一、报应主义	(255)
二、功利主义	(263)
三、责任主义	(271)

第十一章 刑事负担的种类和实现方式	(284)
一、刑事负担的种类	(284)
二、刑事负担的实现方式	(288)
事项索引	(292)
主要参考文献	(296)
英文目录	(303)
后记(卷末)	

引 言

责任现象,受到哲学、伦理学、政治学和法学等学科的共同关注。

人的使命、人的价值、人的力量,都与人的责任联系在一起。是否具有正确的责任意识、是否恒久地保护正确的责任意识,往往决定一个人是由渺小变得伟大还是由崇高变得卑劣。

如何确定、实现人的责任,是刑法理论的核心问题。具有实践性、可操作性的刑法理论应该是公正的、精致的责任理论。历史和现实已经表明:不公正、不精致的会引起责任转嫁和责任扩散的刑法理论遭到人们的普遍怀疑,使责任的确定和实现变得更公正、更合理成为国民不绝的渴望。

—

在刑法史中,近代以前盛行的是结果责任和团体责任,对动物宣告刑罚、精神病者也受到严厉的惩罚、连坐族诛等即其例证。直到18世纪末19世纪初,刑事古典学派的学者才开始全面否定苛酷的结果责任和团体责任,试图建立平等的、公正的刑事责任制度。

刑事古典学派的代表贝卡利亚(Cesare Beccaria, 1738—1794)以社会契约论为根据,认为个人都是自由且平等的,刑事责任的根据是个人的合意,刑事责任的成立以法律的明确规定

为限。^①

前期古典学派的大师、被誉为“近代刑法学之父”的费尔巴哈(Anselm v. Feuerbach, 1775—1833)也从社会契约论出发,认为刑事责任的基础是过去实施的客观的、外部的权利侵害行为;法律责任与道德责任峻别。在18世纪末19世纪初,很多学者认为只有在行为人自由行为即与自然原因无关的绝对原因支配行为时,才能将结果“归责”于行为人,才存在刑事责任。费尔巴哈认为这是以意思的绝对自由为契机赋予“归责”以道德的意义,他认为犯罪的原因不是自由而是感性的冲动,在刑法的领域里要探讨的不是“道德的归责”,而是“法的归责”。只要存在人根据其欲求实施了侵害权利的事实和能够接受刑罚威吓的心理条件,就能够予以“法的归责”,“责任”问题也就是“可罚性的主观根据”问题。

后期古典学派的学者在黑格尔等价报应刑论的影响下提出了道义责任论,即认为刑罚是对有责行为的报应,而行为的有责性是以人的自由意思为基础的。只有在人根据其自由的意思活动而实施了犯罪的时候,才应该对其予以伦理的非难。道义责任论认为:责任能力、故意或过失的心理事实是责任的要素,缺乏这些要素就表明行为人不具有自由意思,就不能从道义上谴责行为人;责任非难的对象是行为人所实施的个别的具体行为,刑罚权的范围是客观的现实表现出的具体行为的范围。

二

在19世纪后半期,欧洲大陆出现了失业、贫困、犯罪特别是累犯的增加等社会问题,与这种状况相适应,产生了刑事实证学

^① 参见马克昌著:《刑法理论探索》,法律出版社1995年版,第388—419页。

派。实证学派以所谓实证科学的方法研究了犯罪和犯罪人后,提出了社会责任论。

社会责任论的极力倡导者菲利(Enrico Ferri, 1856—1929)认为犯罪存在人类学的原因、社会的原因、物理的原因,意思自由之类不过是纯然的幻想,由此否定了道义责任、倡导社会责任。在他起草的1921年意大利刑法草案中取消了过去“责任”和“刑罚”概念,代之以“危险性”和“制裁”概念。

使社会责任论体系化的是德国的李斯特(Franz v. Liszt, 1851—1919),他提出刑罚既然是国家的刑罚,就不应该具有原始本能的、冲动的性质,就应该具有自身的必要性和合目的性,倡导了用刑罚实现法益保护目的的所谓目的刑论。

社会责任论在责任概念中排除了道义非难和选择自由(其他行为的可能性),认为责任的基础是行为人的反社会性格(社会危险性);对具有反社会性格的人,社会为了防卫自己受到侵害就必须采取一定的措施;犯罪人既然也是作为社会的一员在社会中生活,就应当对自己的社会危险行为负担责任;责任就是行为人因其性格的危险性而必须接受社会所采取的防卫处分的地位。

可以看出,“危险性”是社会责任论的核心概念。那么,“危险性”究竟具有怎样的涵义呢?对此,日本的木村龟二教授解释道:“第一,应受非难的性格的危险性与责任能力的有无没有关系,只是非难的方法可以依其是否普通人而有所区别,刑罚是对普通人的普通处分,保安处分是对其他人的处分。第二,危险性是性格的危险性,不以行为的发生为必要。但是,危险性的认定却要有待于行为,只有根据行为才能予以确实的认定。责任是行为中所表现的危险性,危险性是责任的实质。第三,责任是危险性的表现、是刑罚的根据,但是,决定刑罚份量的是危险性的强弱大小。在这个意义上,可以说危险性是刑的量定标准。危险性的

强弱大小要以行为的情况、遗传、经历、犯罪的实害、犯罪后的情况等为基础来认定。”^①不过,德国刑法学家、后期古典学派的代表者毕克迈尔(Karl v. Birkmeyer, 1847—1920)指出,责任与危险性本来是互不相容的观念。

社会责任论强调针对性格的危险性进行社会防卫,但是,站在防卫社会的立场上,就有可能产生对犯罪预防目的的无限制追求;把行为人性格的危险性看成责任的实质,采取主观主义的犯罪理论,就有可能在客观的要素并不充分存在的情况下,根据主观的、内心的要素认定犯罪的成立,导致刑罚权的过早介入;社会责任论所谓“社会责任”不是“社会所负的责任”,而是“对社会所负的责任”,在把“社会”视为现实的国家的时候,就意味着对国家现状的维持,从而成为国家主义的、权威主义的理论。这些是在第二次世界大战以后从正面主张社会责任论的学者几近于无的原因。

三

19世纪末20世纪初,在刑事责任理论中出现了以道义责任论为基础、谋求与社会责任论相调和的规范责任论。

德国刑法学家弗兰克(Reinhard Frank, 1860—1934)在1907年发表了“论责任概念的构成”(über den Aufbau des Schuldbegriffs)一文,迈出了从心理责任论向规范责任论转换的第一步。弗兰克认为,责任是非难可能性,为了能够对行为人进行非难,除了需要行为人具有责任能力、故意或过失之外,还需要行为时的附随情况具有正常性(normale Beschaffenheit der

^① 转引自[日]大塚仁著:《刑法中新旧两派的理论》,日本评论新社昭和37年日文版,第105页。

begleitenden Umstände)。即,只有在行为的具体情况下能够期待行为人实施其他的合法行为时,才能对行为人进行非难,因为法律规范作为对个人的命令、禁止,只有在行为人能够服从其命令、禁止时才是妥当的。

弗朗克提出的规范责任论得到了格尔德施米特(James Goldschmidt, 1874—1940)、弗洛登塔尔(Berthold Freudenthal, 1872—1929)和施米特(Eberhard Schmidt, 1891—1977)的支持和发展。

规范责任论认为,责任并非仅仅是心理学的乃至生物学的事实本身,责任的本质是从规范的立场对事实进行的非难可能性的评价,作为非难可能性内容的合法行为的期待可能性是责任的规范要素。道义责任论也是把责任理解为非难的,但是,道义责任论认为只要存在责任能力这种生物学因素和故意或过失这种心理学因素,就可以予以非难。而规范责任论则认为即使存在责任能力、故意或过失,如果不存在实施合法行为的期待可能性这种规范因素,也不能非难行为人。因此,可以说规范责任论是站在道义责任论的立场上对道义责任论进行的修正。不过,自从施米特将规范责任论与社会责任论结合在一起以后,主张社会责任论的学者也接受了规范责任论。在今日的德、日刑法学界,规范责任论超越了学派之争,占据了通说的地位。

四

理论大抵是时代的产物,是在特定的社会背景下发生的。但是,理论也有着源于自身的独特演变历程,过去的理论中往往暗含着衍生新理论的必然契机。从道义的立场主张责任同时又从人格的根基界定责任的人格责任论、主张责任存在于性格的危险性同时又坚持行为责任的性格论的责任论、从规范命令的角