

专题

研讨

比 较 刑 法 研 究

- ◇ 日本刑法中的责任概念
- ◇ 论刑法中的“责任”概念
- ◇ 故意论、错误论
- ◇ 论事实错误的分类
- ◇ 日本刑法中的违法性的认识
- ◇ 违法性认识：中国刑法语境下的探讨
- ◇ 磁卡犯罪
- ◇ 支付用 Card 犯罪的现状、立法对策与研究课题

日本刑法中的责任概念

[日] 西田典之* 著 金光旭** 译

一、刑事责任的概念

刑事责任,是指实施了符合构成要件的违法行为的人,应忍受事先已预告之刑罚的地位。刑罚的内容包括死刑、自由刑以及财产刑,所以刑罚对于犯罪人来讲是一种重大的利益侵害,是伴随苦痛的。对科处这种伴随利益侵害的刑罚如何加以正当化,自古以来存在两种对立的观点。第一种观点认为,因为犯了罪,所以要科处刑罚。这种观点是现代报应刑思想的雏形。第二种观点认为,为了防止犯罪,所以要科处刑罚。这种观点乃是现代目的刑思想的雏形。

二、刑罚的目的

(一) 报应刑论

报应刑论主张,刑罚是作为对犯罪的报应来科处的。报应刑是由国家替代行使的人们生而具有的报复本能,是社会对犯罪或恶行的反作用,总之,这一观点的基本思想就是“恶有恶报”。正因为如此,作为报应的刑罚,其内容必须伴随苦痛,同时,科处刑罚本身就是正义的要求,没有必要以刑罚所产生的预防效果来对其加以正当化。这种观点被称作“绝对报应刑论”。

这种报应刑论的思想基础来源于德国的康德以及黑格尔的观念哲学。康德的出发点在于,人格是目的而不能成为手段;无论是为了犯罪人自身的利益也好,还是为了市民社会的利益也好,刑罚都不能作为谋求利益的手段来使用,科处刑罚的唯一理由就在于犯罪人犯了罪,这就是正义的要求。康德指出:“即使有朝

* 东京大学教授。

** 日本成蹊大学教授。

一日，市民社会基于其构成成员的同意而解散，在此之前，关押在监狱内的最后一个杀人犯也必须被处以死刑”。黑格尔也指出：犯罪是对法的否定，刑罚乃是对否定的否定，法的恢复才是刑罚的正当化根据。康德与黑格尔的这种回顾性的刑罚观以及将报应本身作为刑罚正当化根据的绝对报应刑论，是具有两面性的。一方面，它有可能导致有罪必罚的“必罚主义”或“刑罚积极主义”；另一方面，它还有可能与“以血还血，以牙还牙”的同害复仇的原理相结合，从而引导出“罪行相应”的均衡原则。同时，该理论认为刑罚是对犯罪的非难，所以这一理论是以意志自由论为其前提，承认行为时存在选择合法行为可能性的。在此意义上，该理论还蕴涵着无故意、过失、责任能力就不可罚的“责任主义”思想。总之，报应刑论所具有的限定刑罚的意义也是不能否认的。

（二）目的刑论

目的刑论是以预防或抑制犯罪的效果来对刑罚加以正当化的观点。目的刑论又分为一般预防论和特别预防论。

1. 一般预防论

在一般预防论中，被称为“威慑性一般预防论”（消极的一般预防论）的观点主张，通过预告刑罚以及确实适用刑罚，可以让潜在的犯罪者远离犯罪，从而取得抑制犯罪的效果。对此，最近有的学者则主张，通过处罚犯罪可以确证规范的存在，从而启发以及强化一般国民的规范意识，由此达到预防犯罪的目的。这种观点被称为“规范预防论”（积极的一般预防论）。

2. 特别预防论

特别预防论从预防犯罪人重新再犯的角度来说明刑罚的抑制效果。这一观点认为，犯罪人在监狱关押期间是不能再犯的（隔离效果）；不仅如此，犯罪人在监狱内还要接受教育、职业培训等等，通过这种再社会化以及社会复归的努力，可以取得特别预防的效果。

笔者认为，上述目的刑论所提倡的一般预防以及特别预防应综合考虑，不能片面地强调其中的某一点。比如，受贿的公务员已被开除解雇的场合，或者百岁的老人实施了杀人的场合，应该说再犯的可能性已不存在，因此不存在特别预防的必要性。对这种场合的处罚只能从一般预防的角度进行正当化。反之，对反复实施轻微盗窃的累犯的处罚，很难从一般预防的角度加以说明，只能从特别预防的观点加以正当化。

在今天，可以说已经没有人支持刑罚是对犯罪的无目的的反作用这一绝对报应刑论的主张。当然也有少数学者反对通过刑罚来追求目的，认为刑罚的机能是通过将苦痛施加于犯罪人，使被犯罪所动摇的社会重新恢复和谐，使一定范围的人们恢复其和谐的心态来从事社会共同生活。然而，应该说这种观点也是目的刑论的一

种。总之，在今天占据支配地位的是目的刑论（抑制刑论）。按照这一观点，刑罚本身是“恶”，这种“恶”之所以被正当化，是因为它具有预防和抑制犯罪的效果，换言之，是因为刑法肩负着抑制犯罪从而保护共同体生活利益（保护法益）的任务。

三、目的刑论的问题所在

然而，目的刑论也不是没有问题。第一，如果过分强调预防犯罪的目的，换言之，如果过分追求效益原理，那么有可能导致重刑化。比如，为了取得警世效果对无责任能力或无故意过失的人进行处罚（严格责任、结果责任）也有可能被正当化。同时，如果过于强调一般预防，对盗窃也可能科处死刑，对违章停车也可能科处 10 年的徒刑。另外，如果过分强调特别预防，对盗窃 10 万日元的惯犯也有可能科处不定期刑一直关押到改恶从善为止。

目的刑论的第二个问题是，多多少少以“决定论”为其理论前提。威慑性一般预防论也好，规范性一般预防论也好，如果不承认刑罚具有作用于一般人的规范意识从而决定其合法行为的效果的话，那么刑罚将变得毫无意义。这一问题对于特别预防论来讲更为突出。但是如果这种决定论走到极端，那么就会得出如下结论：犯罪为自由意志的产物的说法纯属假设；犯罪实际上是由个人素质与社会环境所决定的产物。按照这种观点，犯罪将成为命中所注定的行为，不可能成为刑罚非难的对象。然而这一宿命论的犯罪观显然与我们的经验认识不符。虽然我们能否认素质与环境在某种程度上决定我们的行为，但我们仍是基于自由的意志来决定自己的行为的。这绝非是理论上的拟制，而是经验事实。在此意义上，我们不能过分夸大目的刑论所依据的决定论。

四、相对的报应刑论

所以，今天占主流的观点乃是相对的报应刑论。即，刑罚的本质是恶、是苦痛；但其目的是预防犯罪。首先这是一种报应刑论，所以它提倡罪行均衡原则，要求刑罚必须与犯罪的结果及情节的轻重相对应。同时，它以相对的意志自由为前提，主张刑罚是对犯罪的责任非难。

其次，绝对的报应刑论是从正义、因果报应的观点来追究责任的，所以容易导致“有责必罚”的积极责任主义。但相对的报应刑论则承认刑罚的目的在于保护法益、抑制犯罪，只是在限定刑罚的意义上提倡报应刑论。所以，这一立场所主张的是“无责任则无刑罚”的消极责任主义。照此观点，刑罚的上限不能超过与犯罪的结果及情节（违法与责任）相应的幅度，但在这一范围之内，应考虑一般预防

以及特别预防的效果。缓期起诉（刑法 248 条）、缓期执行（刑法 25 条）、假释（刑法 28 条）等“非刑罚化”的制度，正是立足于这一刑事政策考虑的。

五、学派之争

众所周知，在相对的报应刑论之前，曾存在过激烈的学派之争。这一争论的焦点在于是否承认自由意志。即，人的行为和意志是完全不受任何因素影响的自由意志，还是受因果律制约的产物。德国的刑法学家费尔巴哈所主张的，是以理性人为核心的自由主义及功利主义的刑法思想。他的根本思想就是基于目的主义的刑罚论。他认为刑罚赖以存在的积极理由就是对犯罪的一般预防效果。他认为，人是基于利害打算而行动的理性的存在，所以行为人总是先预测自己的行为是否会带来快乐的结果，然后选择避苦求乐的行为。因为实施犯罪也是追求快乐和利益的行为，所以，如果向人们预告犯罪将会带来比期待的快乐更大的苦痛（刑罚），那么人们也就会放弃实施犯罪。如果有人不顾这种警告仍实施了犯罪，那么就有必要将预告之刑付诸实施，以警示人们原来的预告是真实的。按照费尔巴哈的理论，刑法是用刑罚威慑人们的心理，以此预防犯罪的法律。所以，他的理论也被称为“心理强制说”。从他的理论可以引申出如下几个基本原则。第一是“罪刑法定原则”。即，为了取得刑罚的心理强制效果，有必要将该刑罚事先公之于众。所以他提出了“法无规定不处罚”，“法无规定不为罪”等著名的口号。第二是罪刑均衡原则。既然人是具有理性的人，那么刑罚所赋予的痛苦只要比犯罪所获得的快乐多出一丁点就够了，所以，犯罪与刑罚应保持均衡，残酷的刑罚应被禁止。第三是法与道德相区别的原则。道德是人的内心世界的问题；而法律则作用于外部世界。法不应干涉内心的宗教或道德问题，只是应该在维持社会秩序的必要限度内规范人们的外部行为。

费尔巴哈的理论后来被德国刑法学所继承，形成了古典学派。然而在 19 世纪末至 20 世纪初所提倡的古典学派的理论，因受黑格尔哲学的影响，所以带有较浓厚的国家主义色彩。但尽管如此，这一理论在以下几个方面仍然保留了早期古典学派的特征：（1）肯定人有自由意志，主张刑罚是对行为人选择犯罪行为的责任非难，是一种报应；（2）主张非难的对象仅仅是作为意志外部表现的行为与结果，从而维护了客观主义、行为主义的立场；（3）主张刑罚既然是报应，那么刑罚的程度应和犯罪的程度相适应；（4）主张刑罚的目的是将报应刑告知一般人，以此实现一般预防。

六、近代派（新派）的理论

进入 19 世纪后，费尔巴哈所代表的启蒙的、功利主义的刑法理论遭到了重

大的挑战。在欧洲，随着资本主义经济的发展，产业革命所带来的工业化和都市化造成了贫富差距的扩大，并带来了大量的失业者和无产者。同时，这也带来了犯罪的增加、惯犯累犯的增加、少年犯的增加。面对这一现实，人们对古典派所主张的通过刑罚预告来预防犯罪的观点提出了疑问，指出仅以与行为相应的刑罚不足以取得预防犯罪的效果。与此同时，在达尔文进化论的影响之下，人们开始认为，包括犯罪在内的人的行为是受生物要素以及社会要素影响的。基于这一认识，人们开始探索包括犯罪在内的行为规律以及因果律。近代学派（新派）就是在这种背景之下产生的。

新派诞生的重要契机是意大利精神病医生龙勃罗梭所著的《犯罪人论》（1876年）。他在调查监狱内囚犯的头盖骨之后，指出相当多的累犯具有共同特征。由此，他主张大多数罪犯是生来具有犯罪素质的天生的犯罪人。他认为犯罪的原因是向原始动物时期的退化（返祖现象），这一生物要素可以通过身体特征来判断。龙勃罗梭的研究将观察问题的视角从犯罪转向了犯罪人，同时也促进了犯罪原因论的发展。菲利和加洛法罗进一步发展了龙勃罗梭的理论。特别是菲利主张，犯罪的原因除了人类学上的要素之外，还应考虑性别、学历、财产、职业等社会学上的因素，并指出这些素质、环境和犯罪之间具有因果法则关系。他指出，犯罪是自由意志产物的想法纯属假设，犯罪只能是素质与环境的产物。这些学者被称为“意大利实证学派”。这一学派的重要特征就是决定论的犯罪观。他们将刑罚视同对患者的治疗，最终提倡刑罚与保安处分的一元化（一元论）。即这一观点认为，既然犯罪是由素质与环境所决定的，那么刑罚不可能具有报应非难的性质；就像对传染病患者出于公共安全的需要要加以隔离一样，对于犯罪人也需要基于其社会危险性而科处刑罚。因此，刑罚不是责任非难，而是犯罪人需要承担的与其危险性相适应的社会负担。

李斯特将意大利实证学派的主张引入了德国。他从决定论的立场出发，认为“应处罚的不是行为，而是行为人”。基于此，他提倡了行为者刑法（行为者主义），提倡了目的刑思想，主张刑罚是防卫社会的手段（社会防卫论）。李斯特认为，犯罪原因有社会原因和个人原因。对社会原因，“社会政策是最好且最有效的刑事政策”，因此，解决这一原因是社会政策的任务。对个人原因，犯罪人又分为偶发犯（机会犯）和状态犯（惯犯）；状态犯又再分为改善可能犯和改善不能犯。对于偶发犯，只要予以威慑就足够了，所以应创设缓期执行制度，并扩大适用罚金刑；对于改善可能犯，应通过相对不定期刑将其改善为一般市民；对于改善不能犯，应进行终身或不定期的监禁以实现无害化。然而，李斯特也肯定刑罚是苦痛、是恶，所以作为肯定行为人危险性的前提，他仍坚持了行为主义的立场，同时试图从法治主义的立场对意大利实证主义的效率至上的倾向加以限定。即，他在提倡以特别预防为核心的目的刑论，提倡目

的刑、改善刑的同时，仍然坚持了“刑法是犯罪人的权利宪章”这一罪刑法定的原则。

在 20 世纪初，上述古典派（旧派）与近代派（新派）之间展开了激烈的争论。即，新派从否定自由意志的决定论出发，将刑罚的正当化根据求之于特别预防，主张刑罚的目的在于改善和消除行为人的危险性。与之相对，旧派则从肯定自由意志的立场出发，将刑罚的正当化根据求之于以报应刑为内容的一般预防，主张应坚持罪刑均衡。这场论争最终以古典派的胜利而告终。其原因有以下两点。首先，虽然人的行为在一定程度上具有因果法则性，但不可能完全否定自由意志的存在，所以否定刑罚所具有的报应、非难的性质是不可能的。其次，如果按照新派的目的刑论的逻辑，只要行为人的社会危险性未得到改善，那么就有可能且有必要将刑罚一直持续下去。这一结论蕴含着重大的人权侵害的危险。为了防止这一危险，必须通过行为责任主义、罪刑均衡原则，对国家的刑罚权设定客观的框架。基于上述理由，后续的学说大体继承了旧派的理论。但新派的主张在刑事政策方面却产生了深远的影响。例如，在行刑方面，它促进了人道主义及科学行刑的发展；在实体法方面，它推动了（1）缓期执行；（2）累犯加重；（3）对精神障碍者的保安处分等制度的创设。

七、在我国的学派之争

上述学派之争对我国也产生了巨大的影响。在我国，新派的代表是牧野英一。他提出犯罪只不过是行为人人格危险性的外部表露而已（犯罪征表说），所以应重视行为人的危险性而不是行为。他在主张行为者刑法的同时，提倡了改善刑、教育刑。牧野主张的特点是重视行为人的主观，采纳主观主义，并认为刑罚是善，处罚范围应放宽。这些特点也反映在他对未遂以及共犯的解释论上。与此相对，旧派的代表是小野清一郎、泷川幸辰。他们提倡了报应刑和行为刑法。如是，在我国也展开了一场新旧两派的争论。但在我国，没有人从正面采纳新派的主观主义或决定论的立场，应该说占主流的观点是以旧派理论为核心的相对报应刑论。对此，平野龙一在他 1966 年的论文《意志自由与刑事责任》中提倡了“缓和的决定论”，指出决定论与作为非难的刑罚并不矛盾。平野认为：（1）人的具体行为和意志也遵循因果法则，在此意义上意志是被决定的；（2）但意志是否自由的问题，要看它是被什么来决定的。如果意志不是被强制，而是被自己的性格、规范意识所决定，那么人还是具有意志自由的；（3）基于这种决定论，刑罚仍可以理解为非难。即，当行为人若具有别的规范意识或别的人格则有可能选择合法行为的场合，便可以非难，所以，因果律与非难可能性并不矛盾。对此，团藤重光则主张“相对的意志自由论”。他认为人的行为虽然有被素质和环境所决

定的部分，但既然刑罚非难的理由是行为人存在选择合法行为的可能性，那么就必须承认存在意志的自由，必须承认人在被决定的同时，也在能动地决定自己的行为。

平野的“缓和的决定论”的前提是：刑罚的预告具有作用于一般人的规范意识，从心理上抑制人们不去犯罪的效果，刑法发挥作用的机制是通过犯罪人实际适用刑罚来规制其规范意识以防止其再犯。如果以此前提出发的话，平野的观点应该说是符合常理的见解。这也反映了他强烈拒绝完全无视刑罚预防犯罪作用的“绝对报应刑论”的态度。然而，平野对刑罚的理解，却无法解释现实中有大量的人去实施犯罪或犯罪人重新实施犯罪的现象。而且，如果像平野所说的那样，行为人若具有另一种规范意识、若具有另一种人格、若具有另一种环境，他就有可能选择了合法行为，所以可以非难的话，那么，这种理解实际上是在肯定性格责任、人格形成责任。这一结论和通说所主张的个别行为责任是相悖的。“缓和的决定论”在把刑罚的犯罪抑制机能经验性地加以理论化方面，确实获得了许多学者的支持，但在论证决定论与非难并不矛盾这一点上，很难说获得了多数学者的赞同。现在的通说所支持的是相对的意志自由论。

八、刑罚与保安处分

按照古典派的观点，刑罚是对犯罪的非难、报应，所以即使行为人实施了犯罪，只有存在选择其他合法行为的可能性场合才能对行为人进行非难。因此，对行为时无法判断行为善恶的严重精神障碍者的行为，因无法对其非难，所以应作为无责任能力而不予处罚。相反，近代派则以行为人的危险性为由，主张可以科处作为社会负担的刑罚。古典派当然否定这一结论，但现实中又不能否认精神障碍者所具有的危险性，所以作为妥协，古典派主张创设区别于刑罚的保安处分（二元论）。在德国，1933年通过修改刑法创设了保安处分。现在的德国刑法也规定，对精神障碍者收容于精神病医院；对酒精中毒等人收容于禁绝设施（刑法61条以下）。在我国，于1974年公布的《刑法修改草案》也规定了两种保安处分，即对精神障碍者的治疗处分，以及对酒精、毒品中毒者的禁绝处分（97条以下）。但因受到人权保护论的严厉批判，所以这些制度都一直未能实现。因此，在我国，直到前不久，（1）对精神障碍者只能采取《精神保健福利法》第29条所规定的由都道府县的知事（相当于中国的省长）所决定的强制住院的措施；（2）对毒品中毒者也只能采取《麻药及精神药物取缔法》第58条之8所规定的由都道府县的知事所决定的强制住院的措施。但于2001年，国会通过了《关于心神丧失等状态下实施重大侵害行为者的医疗及观察的法律》。该法规定，对基

于精神障碍而没有责任能力或仅有限定责任能力的人，当检察官不起诉或法院判处无罪或减刑的场合，基于检察官的请求，法院可以决定住院治疗或赴院治疗的处分（该法第33条、第42条）。所以，现在我国和德国一样，也采取了二元主义的立场。

九、责任的本质

（一）行为责任论、意志责任论

如上所述，所谓责任，是对行为人在存在合法行为可能性的场合却选择了违法行为的意志决定所进行的法律上的非难。所以，它是一种行为责任，是一种意志责任。因此，成为非难的对象的行为，必须是行为人的意志所能控制的行为。正因为如此，不为意志所控制的条件反射行为或梦游行为，不能成为责任非难的对象。这些虽然也是行为，但不能肯定其责任。

（二）道德责任论

有的学者认为上述行为责任及意志责任是一种道德责任。道德就是社会伦理，所以，按此观点，刑事责任就是伦理责任，刑法是将最低限度的社会伦理加以法定化而已。然而，我们常说，“道义上有责任，但法律上没有责任”，所以，刑事责任是刑法上的责任，而不是道德责任。法与道德必须加以区别。

（三）人格形成责任

行为责任论中所讲的责任，是对具体犯罪行为的意志责任。但这一理论面临着如何解释累犯加重（第57条）或赌博惯犯（第186条第1款）加重处罚的问题。在第二次世界大战以前的德国，如何解释对“危险惯犯”加重处罚的问题也曾经成为争论的焦点。对此，不是从行为者的危险性，而是从行为责任加重的观点加以解释的正是麦兹格的“行状责任论”和伯克尔曼的“生活决定责任论”。在我国，团藤重光博士则提倡了“人格形成责任”。团藤认为，人在实施违法行为之前的日常生活中，既点滴地积累善行，也在点滴地积累恶行。如果他多从事合法行为的话，那么这种行为的积累就会使他形成另一种人格。总之，行为人的现在的人格是基于他对一点一滴的日常生活所做的决定积累而形成的，而且，这些决定又都是基于自由意志而进行的，正因为如此，可以从整体上追究行为人形成该种人格的责任。团藤的人格形成责任论的长处是能够对作为犯罪成立要件的责任、量刑责任以及行刑责任进行统一的说明，因此这一理论对第二次世界大战以后的刑法理论产生了巨大的影响。但应该说，生活决定责任、人格形成责任只不过是一种拟制。这一假设即便理论上成立，但要具体证明过去的哪个行为、哪

个决定形成了现在的人格几乎是不可能的。既然如此，靠人格形成责任来说明累犯加重或惯犯加重处罚的根据是不妥当的。所以，加重处罚的根据只能理解为，当符合累犯要件时，或当存在惯犯事实时，对该行为应予以更强烈的非难。这一见解可以称之为“实质性行为责任论”（平野）。

十、心理责任论与规范责任论

早期的责任论认为，故意的心理状态和过失（不注意）的心理状态，直接构成责任形式，也直接构成责任非难的根据。这一见解被称为心理责任论。在今天，也有支持心理责任论的观点，认为故意和过失是将违法事实中介给责任的心理状态，是显现行为人特别预防必要性的心理特征。不错，杀5个人要比杀1个人责任更重。但如果故意和过失仅仅是将违法事实中介给责任的话，那么，过失致死5人理应比故意杀害1人责任更重；过失致死1人理应比故意盗窃责任更重。但如法定刑所示，以上场合，故意要比过失责任更重。这证明了故意、过失不仅仅是将违法事实单纯中介给责任，而且说明了故意、过失本身就是轻重不同的责任类型。故意与过失的差异在于责任非难的类型差异。而且，即使同是故意行为，责任非难的程度也有区别。比如，甲与乙共谋共同从丙那里盗窃100万日元的场合，如果甲的动机是为了获取赌博资金，而乙的动机是为了获得给母亲看病的治疗费，那么对甲和乙的责任非难的程度也当然不同，在量刑时也自然会区别对待。同样，过失是对结果没有认识和预见的场合，但并不是这一事实本身成为责任非难的根据。相反，应该预见结果却没有预见这一规范性的评价才是责任非难的根据。可见，责任虽然要以故意和过失为前提，但对其非难可能性及程度才是决定责任的根据。因此，现在的通说所采纳的是规范责任论的立场，即，规范性的（评价性的）“非难可能性”这一故意和过失的上位概念才是责任的本质。

采纳规范责任论意味着采纳实质责任论。实质责任论主张，和实质违法论的场合一样，当不存在非难可能性时，应阻却责任而不予处罚。因此，即使实体法上没有明文规定，也可以超法规性地阻却责任。比如，对过当防卫（第36条第2款）和过当避险（第37条但书）所规定的减免刑罚，以及对违法性的认识错误（第38条第3款）所规定的减刑，如果其根据在于责任的减轻，那么对此进一步扩大解释的话，就可以最终肯定责任的阻却。现在的通说也承认，在违法性认识错误的场合，如果缺乏认识违法性的可能性，则可以超法规性地阻却责任而不予处罚。而且，按照学说的观点，缺乏期待可能性乃是最终的、一般性的超法规责任阻却事由。

十一、责任主义

刑法的运作机制是通过预告刑罚来防止人们不去犯罪。因此，刑罚的这一机能要得到发挥，就必须将刑罚事先公之于众。费尔巴哈正是基于这一理由提倡了罪刑法定的原则。然而，仅仅以此理由将刑罚正当化还是不充分的。即使罪刑事先被法定且被公布，如果行为人在具体场合不可能通过其心理规范活动来控制自己的行为的话，那么刑法仍然不可能发挥作用，也不应该发挥作用。假设某人因贩卖了掺有毒物的食品造成了致人死亡的结果。如果该毒物是在前一天夜里由另外一人侵入店里偷偷掺入的，那么该贩卖食品的人是否应该被处罚呢？如果仅从上述一般预防的观点来看的话，也有人会主张这种场合应该处罚。这种观点叫做“严格责任（strict liability）”。按此观点，对此场合进行处罚，可以促使食品贩卖者经常保持高度的注意以防止毒物的掺入，从而达到预防结果（法益侵害）发生的目的。

然而，对这种见解是不能赞同的。因为，如果对这种场合也进行处罚的话，那么就会变成不管行为人付出了多大的注意，只要结果发生就被处罚，这会使国民丧失守法精神，带来反面效果。固然刑罚的目的是预防犯罪，但既然刑罚的本质是报应，那么对行为人来说必须存在非难可能性、他行为可能性。既然如此，仅仅事先公布“不得贩卖掺有毒物的食品”的禁止规定还不够，在具体行为时，行为人的主观上还必须存在回避该行为的可能性。也就是说，行为人必须知道掺有毒物的事实（故意），或者如果加以注意的话有可能知道该事实（过失）。总之，只有当对行为人未回避该行为存在非难可能性时，才能处罚该行为，这一立场被叫做“责任主义”。罪刑法定主义是在客观方面保障国民行为预测可能性的原则；而责任主义则是通过将故意和过失作为处罚的最起码的主观要件，从而在主观上保障国民的行为预测可能性的原则。因为每一个国民都有可能作为犯罪者而被追究刑事责任，因此，对于国民来讲责任主义是必不可少安全阀。简言之，刑法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。

另外，有责性，可以说是对行为人实施符合构成要件的违法行为的非难可能性。这一要件来自刑罚的目的。即，刑法从保护法益的目的出发，将一定的行为规定为禁止行为，并通过预告和适用刑罚促使国民形成守法动机以不去犯罪。因此，存在形成这一动机的可能性，换言之，行为人在实施该犯罪行为时存在选择其他合法行为的可能性，是达到刑罚目的的必然前提。这一可能性也叫做“他行为可能性”。在期待行为人不实施该违法行为而实施合法行为的意义上，也叫做“期待可能性”。简言之，所谓有责性，是对能够期待其他合法行为（他行为可能

性、期待可能性)的行为人实施了违法行为的法律上的非难。如果对缺乏这种合法行为的可能性的行为进行处罚,那么处罚的理由不是出于对行为人的非难可能性,而是因为他的运气不佳。对缺乏非难可能性的场合也进行处罚,这等于肯定结果责任或严格责任。这样的处罚即便在短期内能够收到威慑效果和一般预防效果,但从长远来看反而会降低国民的守法意识,因此是不妥当的。“无责任则无刑罚”的原则被称为“责任主义”。在今天,这一责任主义作为刑法中保障国民自由的原理已被普遍承认。

论刑法中的“责任”概念

冯 军*

一、引 论

“现在是讨论人类责任的时候了”^①。没有责任，就没有规范。没有责任，就没有社会。没有责任，就没有人类。人类史上的种种悲剧，大都源于人类自身的无责任。只有人人都重视自己的责任，并且帮助他人实现责任，才会有一个自由、和谐的人类社会。

“责任”是刑法学中的核心概念，无论是定罪还是量刑，都必须考虑行为人的“责任”。德国刑法学家哈夫特（Haferkamp, 1876—1949）曾经指出：“如果说责任问题是刑法的根本问题，那么，明确责任概念就是第一要求，但是，我们离这种状态还很远。实际上，运用法律技术到底是不能完全把握责任概念的。不仅如此，在应该成为法律学的帮助者的哲学中，也没有成功地阐明人类责任的本质，没有使法律学能够把它作为一个确定的、普遍承认的概念来使用。”^② 今天，至少在刑法学的领域里，人们对“责任”已经有了相当丰富的理解，已经获得了不少共识，例如，“结果责任”和“团体责任”的时代已经终结、刑罚必须以行为人的“责任”为基础。尽管如此，“责任”仍然没有成为“一个确定的、普遍承认的概念”，仍然是刑法学中值得研究的问题。

本文首先说明“责任”一词的汉语含义，其次阐释中国刑法典中规定的“责任”，然后介绍中国大陆刑法学者关于“责任”的看法，最后论证“责任”在刑法学中的功能。

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员，中国人民大学法学院教授。

① 《人类责任宣言（草案）》，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》，第3卷，280页，北京，中国政法大学出版社，2000。

② 转引自〔日〕木村龟二：《刑法的基本问题》，251页，东京，有斐阁，1979。

二、“责任”的汉语含义

在古代汉语中，未见将“责”字与“任”字连接在一起而形成的“责任”一词，仅见“责”字。“责”字具有以下五种含义：

第一种含义是：求、索取。《说文解字》：“责，求也。”^③《左传·桓公十三年》：“宋多责赂于郑。”^④

第二种含义是：诘斥、非难。《管子·大臣》：“文姜通于齐侯，桓公闻，责之姜。”^⑤

第三种含义是：义务。《书·金縢》：“若尔三王，是有丕子之责于天。”^⑥《蔡沈传》：“丕子，元子也，盖武王为天元子；三王当任其保护之责于天。”^⑦

第四种含义是：处理、处罚。《论衡·问孔》：“责小过以大恶，安能服人？”^⑧《新五代史·梁家人传》：“（刘）崇患太祖庸堕不作业，数加笞责。”^⑨

第五种含义是：债。《国策·齐国四》：“乃有意欲为收责于薛乎？”《汉书·淮阳宪王钦传》：“博（钦舅张博）言负责数百万。”^⑩

在现代汉语中，人们在日常生活中广泛运用“责任”一词。并且，人们在以下三种意义上使用着“责任”一词：

1. “责任”表示“义务”。例如，人们常用“赔偿责任”、“保护责任”、“举证责任”等语，其中的“责任”实际上是“义务”。

2. “责任”表示“过错、谴责”。例如，人们常说“精神病人的行为无责任”、“儿童的行为无责任”、“受到绝对强制的行为无责任”，其中的“责任”实际上是“过错、谴责”。

3. “责任”表示“处罚、后果”。例如，人们常用“承担责任”、“追究责任”、“逃避责任”等语，其中的“责任”实际上是“处罚、后果”。

“责任”一词可能仅指“义务”，或者仅指“过错、谴责”，或者仅指“处罚、后果”。但是，在有些场合，“责任”一词可能包含“义务”和“过错、谴责”的双重含义，甚至包含“义务”、“过错、谴责”和“处罚、后果”的三重含义。例如，2000年11月10日最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律

③ 许慎：《说文解字》，130页，北京，中华书局，1963。

④ 《辞海（缩印本）》，1220页，上海，上海辞书出版社，1980。

⑤ 《辞源（四）》，2951页，北京，商务印书馆，1983。

⑥ 《辞海（缩印本）》，1220页，上海，上海辞书出版社，1980。

⑦ 《辞海（缩印本）》，1220页，上海，上海辞书出版社，1980。

⑧ 《辞海（缩印本）》，1220页，上海，上海辞书出版社，1980。

⑨ 《辞源（四）》，2951页，北京，商务印书馆，1983。

⑩ 《辞海（缩印本）》，1220页，上海，上海辞书出版社，1980。

若干问题的解释》中使用了“分清事故责任”、“负事故全部责任或者主要责任”、“负事故同等责任”等语，其中的“责任”实际上包含是否履行了遵守交通规则的“义务”、是否存在主观上的“过错”两方面的内容。而人们常用的“安全责任制”、“管理责任制”等语，其中的“责任”实际上包含了“义务”、“过错、谴责”和“处罚、后果”的三重含义。

词语的含义是随着时代的推移而增减的。在现代汉语中，“责任”一词不再具有古代汉语中“责”字所表示的“求、索取”和“债”的含义。现代汉语中单独一个“责”字虽然仍具有“求、索取”的意义，例如，人们现在常用的“求全责备”、“责己从严”等语，其中的“责”所表示的意义是“要求”，但是，不见在“要求”的意义上使用作为合成词的“责任”。“债”本身虽然可以说是一种“责任”，但是，在应当使用“债”字的场合已经不能换用“责任”一词，倘若换用，顿感不妥，例如，人们现在也常说“血债累累”，如果把“血债累累”说成“血的责任累累”，就会不知所云。

三、中国刑法典的“责任”规定

“责任”是中国刑法典中常用的法律术语，在中国刑法典的 452 个条文中，有 103 个条文使用了“责任”一词，此外，中国刑法典第二章第一节的标题就是“犯罪和刑事责任”。

中国刑法典中规定的“责任”，具有以下四种含义：

第一，“责任”是指应当承担的法律后果。中国刑法典第 10 条规定：“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”该条所言“应当负刑事责任”，就是指应当承担在中华人民共和国领域外犯罪的法律后果。中国刑法典第 17 条、第 25 条、第 30 条都使用了“应当负刑事责任”的表述。

中国刑法典第 15 条使用了“才负刑事责任”、第 18 条、第 19 条和第 21 条使用了“不负刑事责任”，其中的“责任”也是指应当承担的法律后果；中国刑法典第 12 条和第 402 条使用了“追究刑事责任”、第 241 使用了“可以不追究刑事责任”、第 347 条使用了“应当追究刑事责任”，其中的“责任”同样是指应当承担的法律后果；中国刑法典第 11 条使用了“外国人的刑事责任”、第 36 条使用了“民事赔偿责任”、第 452 条使用了“有关刑事责任”，其中的“责任”还是指应当承担的法律后果。

可以肯定的是，在绝大多数场合，中国刑法典中使用的“刑事责任”就是指因为犯罪而应当承担的法律后果。需要研究的，是中国刑法典第 5 条中所言“刑

事责任”的含义。中国刑法典第5条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”如果将“刑事责任”一概理解为因为犯罪而应当承担的法律后果，那么，就很难合理地解释中国刑法典第5条的规定。这是因为，对那些必须判处刑罚的犯罪而言，刑罚本身就是应当承担的法律后果，刑罚就是刑事责任的表现形式。这样的话，对那些必须判处刑罚的犯罪而言，中国刑法典第5条的规定就会成为一种奇异的东西：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑罚相适应。”也许是为了克服这种奇异性吧，张明楷教授指出：“刑法第5条关于罪刑相适应原则的规定，实际上是要求刑罚的轻重必须与罪行的轻重以及犯罪人的人身危险性相适应。”^①那么，根据张明楷教授的看法，中国刑法典第5条中的“刑事责任”就不是因为犯罪而应当承担的法律后果，而是犯罪人的人身危险性。

第二，“责任”是指在行为的实施中所起的重要作用。在中国刑法典中，有72个条文^②使用了“直接责任人员”一词，其中的“责任”就是指在行为的实施中所起的重要作用。在有的条文中，将“直接负责的主管人员”与“直接责任人员”并列使用，例如，中国刑法典第135条规定：“安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑。”在有的条文中，则单独使用了“直接责任人员”，例如，中国刑法典第137条规定：“建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定，降低工程质量标准，造成重大安全事故的，对直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；后果特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”

在并列使用“直接负责的主管人员”和“直接责任人员”时，“直接责任人员”是狭义的，仅指具体实施行为并起较大作用的人员。在单独使用“直接责任人员”时，“直接责任人员”是广义的，是指虽然没有具体实施行为但是对行为的具体实施起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员和具体实施行为并起

^① 张明楷：《刑法学》，2版，72页，北京：法律出版社，2003。

^② 这72个条文是：第31条、第120条之1、第125条、第126条、第128条、第135条、第135条之1、第137条、第138条、第139条、第150条、第151条、第152条、第153条、第158条、第159条、第160条、第161条、第162条、第162条之1、第162条之2、第164条、第169条之1、第174条、第175条、第175条之1、第176条、第177条、第178条、第179条、第180条、第181条、第182条、第185条之1、第186条、第187条、第188条、第189条、第190条、第190条之1、第198条、第200条、第205条、第206条、第211条、第220条、第231条、第244条、第244条之1、第250条、第273条、第281条、第288条、第319条、第325条、第326条、第327条、第330条、第332条、第334条、第337条、第346条、第347条、第350条、第355条、第370条、第375条、第380条、第387条、第391条、第393条、第396条。