

北京大学刑法学博士文库



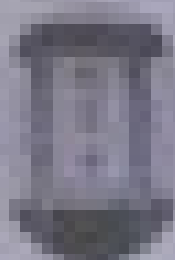
刑事责任能力研究

□ 黄丁全 / 著



中国方正出版社

中国政法大学图书馆藏



刑事责任能力研究

王作安 著

中国政法大学出版社

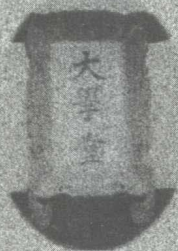
北京大学刑法学博士文库

刑事责任能力研究

黄丁全 著

中国方正出版社

北京大学刑法学博士文库



刑事责任能力研究

□ 黄丁全 / 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事责任能力研究/黄丁全著. —北京: 中国方正出版社,
1999. 12

ISBN 7-80107-379-7

I. 刑… II. 黄… III. 刑事责任—研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 71093 号

刑事责任能力研究

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

北京民族印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 10.375 字数: 228 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月北京第 1 次印刷

印数: 1—3000 册 定价: 17.50 元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

北京大学刑法学博士文库编委会

主 任 杨春洗

委 员 (以姓氏笔画为序)

刘守芬 陈兴良 张 文

杨春洗 储槐植

总 序

北京大学是一所百年老校，追求思想与学术的统一：以思想启迪学术，以学术传递思想；思想栖息在学术中，学术浸润在思想里，开一代风气之先。北京大学刑法学博士点在北大学风的熏陶下，以推动我国刑法现代化，推进我国刑法理论研究为使命，自 1990 年建点以来，推出了一批在思想性与学术性两方面均颇有建树的博士论文。这些论文，除个别已经公开出版以外，其他均未能面世，殊为可惜。有感于此，经与中国方正出版社联系，这些博士论文以北京大学刑法学博士文库的名义正式推出，使之成为社会共享的刑法理论资源。

刑法学是一门理论性与实践性很强的学问，尤其是随着我国刑事立法与刑事司法的发展，刑法理论本身也不断更新。可以说，没有刑法理论的指导，就不会有科学的刑事立法与自觉的刑事司法。北大刑法学博士点历来注重刑法理论的研究，前承蔡枢衡先生、甘雨沛先生等老一辈刑法学家的学术思想，将刑法的研究纳入人文社会科学研究的视域，古今中外相观照，以提升刑法学的理论水平。同时，北大刑法学博士点亦十分注重刑法学的应用性，关注刑事立法与刑事司法，力求解决立法实践与司法实践提出的各种疑难问题，从而使刑法理论立足于实践，在实践中获得强大的生命力。北大刑法学博士点在博士生的培养中，坚持上述原则，并反映在博士论文当中。从博士论文的选题和内容来看，有一些属于理论性的论题，作者能够

运用刑法理论分析问题、解决问题，取得了前沿性的研究成果。有一些属于实践性的论题，作者能够面对立法与司法的现实，选取某一个角度，从理论上加以研究，对于刑事立法与刑事司法具有直接的指导意义。还有一些是专门研究外国刑法的，在广泛搜集资料的基础上，对相关问题作了系统的梳理，从而对我国刑法的发展具有借鉴意义。尤其应当指出的是，北大刑法学博士点秉承刑事一体化的原则，除了刑法以外，研究方向还包括犯罪学和监狱学。因此，在出版的博士论文中，也包括犯罪学和监狱学的博士论文，在该领域内部处于领先的学术地位。

学术研究是一项需要持久努力的事业；同时，学术研究又是一项集体共同的事业。北大刑法学博士点就是这样一个刑法学研究基地，在向社会不断输送人才的同时，也使博士点本身不断发展壮大。这套刑法学博士文库，正反映了北大刑法学博士点的理论实力。她不仅包含着各位作者的智慧，也凝聚各位指导教师的心血，可以说是师生共同的学术成果。现在，将这些博士论文出版，也正是为了检验北大刑法学博士点的学术水平。我们相信，随着更多年青人取得博士学位，将会有更多的博士论文收入文库，从而为我国刑法理论研究贡献一分力量。

北京大学刑法学博士文库由北京大学法学院刑法学博士点的博士生导师组成编委会，逐年出版本博士点通过的博士论文。但愿这些博士论文能够成为学术上的新生力量，不断地激活刑法理论。如此，则设立北大刑法学博士文库初衷如愿矣。

《北京大学刑法学博士文库》编委会
1999年夏于北京大学

刑法中有关刑事责任能力论 的现状（代序）

杨春洗

1979年5月13日，日本刑法学会以《战后刑事责任论的轨迹》为题，召开专题研讨会，从学者参与研讨的总体内容观之，主要的论点充分显现日本刑事法学界对于责任理论的研究方向已有很大的转变。传统的以道义责任论为中心的学界通说已产生动摇，强烈展开刑事政策优先的责任论。这种趋势与其说是日本学术界所特有的现象，不如说是一个世纪以来，日本刑法学的发展过程顺应时代潮流走向的结果。换言之，这种趋势并非突然出现，而是日本的刑法学研究已逐渐走向与英美德法的刑事责任论一致的方向，不过，遽然下此结论仍欠妥适，依照现状观之，要原封不动的接受英美德法刑事责任论中刑事责任的实践把握理论的方向，似乎还存在很多的问题。

就日本而言，众所周知，日本刑法学先是师承法国，而后继受德国的刑法学理论，深受德国刑法学理论的影响，在刑事责任论中分为新旧两派，并以相对立的理论内涵各自存在。所谓新旧两派是指古典学派（旧派）与近代学派（新派）而言，古典学派根据道义责任论与行为主义原则，主张应受刑法非难的是犯罪的行为，至于行为人的性格特质，则不得作为刑法非难的对象；近代学派则采取社会责任论与行为人主义的立场，

认为犯罪行为乃素质与环境的产物，为期防止再犯，固需对行为人为人科以社会防卫处分，此两说的对立，是德国 20 世纪初期刑法学派争论的焦点。日本在正式承袭法、德理论的 1900 年前后，学派激烈的争论的漩涡中，新派理论不断的被引入日本，并在这一时期的刑法学领域占有优势。明治三十年继古贺廉造与胜本勘三郎等新派学者之后，牧野英一提出了旗帜更为鲜明的新派理论，而与之相对立的是，旧派学者大场茂场的登场，再者，其后的小野清一郎和泷川幸辰更集旧派理论的大成，此乃战前日本刑法学界的概况。

牧野英一受师承于李斯特 (Liszt) 的菲利 (Ferri) 的思想影响很深，他曾于明治四十年在国家医学会总会的一次演讲中，提出社会防卫的观念，强烈主张社会责任论，认为为维护整个社会的利益，犯罪行为人为人必须对其危害社会的行为负责，而人的思维方式，又取决于其性格及境遇 (意思决定论)。从这两个基本观点出发，牧野英一认为责任能力就是指科处刑罚所能达到刑罚目的的能力，或者说责任能力是刑罚能力、刑罚适应性，这种观点直至战后仍具深远的影响力。牧野的这种责任能力论，与费里的立场很接近，但对于李斯特对责任能力所下的定义，即“基于正常动机的决定可能性”却不甚认同。李斯特的这一定义为泉二新熊所接受，泉二新熊自诩为折衷派，认为欠缺受刑能力的人，就没有犯罪能力，而没有犯罪能力的人也就没有受刑能力。

与此相对，李斯特的反对者毕尔梅耶 (Birkmeyer) 的学生大场茂马，在大正六年的教科书中批判了新派理论中归著于“刑罚学应予废止，而以医学取代之，与其学习刑事诉讼法毋宁学习诊断法，与其注重监狱法不如考虑加强医院的设备”，有关责任能力方面，大场主张所谓负责能力，即系可以辨识自己及外界以及自己行为在事实上及法律上的意义，且可以依据

其辨识以决定是否为或不为其行为的能力。又指出，在法律上以决定有无负责能力及态样为必要者，是行为当时的能力，故仅需调查行为人行为当时的负责能力一点即为已足，至于行为前或行为后行为人的负责能力，于犯罪的成立，在法律上并无关系。大场因此成了日本旧派刑法学理论的奠基人。此后受贝里及 M.E 麦耶的影响的小野清一郎则在昭和七年的教科书中，提出维持国家的道义秩序的文化至上的主义立场，从犯罪行为人应受社会伦理的非难这一道义责任论的观点出发，指出所谓责任能力是指对维系刑法的文化规范的理解，并按照这种理论的理解来制约个人行为的能力，亦即自由意志及行为能力。换言之，刑法并非以报应为目的，而是依据刑罚以维持国民的道德秩序，并促进公共福祉。这种观点也一直影响至今。在昭和六年提出的改正刑法假案总则篇中，对有关责任问题作出如下的规定：对因心理或智力障碍而丧失识别能力的人及由于上述原因而丧失行为能力的人免罚。对于心理或智力减弱的人从轻处罚。同年依据大审院的判决并在其后的各种草案与司法实践上被确立下来。

与战前新旧理论壁垒分明的对立不同，战后这一领域的主要课题转变成两派理论的统合，这一时期以道义主义为基调的旧派道义责任论甚嚣尘上。植松正在昭和十八年、昭和二十七年先后提出的论文中指出，从道义责任论、相对意志自由论及知、情、意全人格出发，所谓的责任能力是指一个正常的成年人通常所应具有的辨别事理的能力，以及被此种能力支配的正常行为的能力，责任能力是责任的前提。植松正的论点后来成了战后理论界的主流被广泛接受。在植松正之后，团藤重光提出了人格形成责任理论，团藤理论是以民主主义为基础，而民主主义的精神在于重视个人人格的主体性，因此团藤理论的基本特色在于刑法中主体性的问题，他以个人作为伦理上的主

体，强调犯罪与刑罚中伦理的意义，同时也重视行为人人格的主体性。他继承了德国学者迈兹格行状责任（Lebensführungsschuld），又称为生活态度责任，以及修正迈兹格理论的博克曼（Bockelmann）的生活决定责任论（Lebensentscheidungsschuld）的影响，并以该两种理论为中心，认为在道义责任论与相对意思自由论所指出的行为责任的背后，有一种潜在的人格体系，因此不能将行为与人格分离。责任能力是有责任能力，是对犯罪行为而非难可能性。团藤又认为立于背后的潜在性人格，一方面受到素质及环境的制约，另一方面形成主体。如此在行为责任的背后，更应重视人格的形成。人格责任不仅应探究过去的人格形成，同时也应检讨犯罪后的人格形成，甚至应考虑将来人格的形成，这种潜在的人格体系，是全部生活经历的成果，如忽视过去形成人格的过程，就无法理解犯罪时的人格。人格适应性并不是责任的前提而只是责任的构成要素。应当注意的是，这种理论同战前战中的理论有很大的关连性与连续性。

昭和三十年代，一方面是在昭和三十一年开始的刑法修正工作的背景下，另一方面是以昭和三十八年围绕团藤重光和平野龙一在尾高朝雄的追悼论文集集中发表的论文对于意志自由的争论为契机，出现以刑事责任的实践的把握为核心的新思潮。平野龙一认为刑法的场合，社会的非难的部分是意志自由的，这种理论也被认为是“柔性决定论”。要利用刑罚与人们意志的法则性去抑制行为人以及普通人的将来的犯罪必须具有一定的条件。在对刑罚与责任做前瞻性的把握的同时，他还提出实质性的行为责任理论，亦即对具有强烈犯罪意思形成可能性的人采取严厉惩罚的办法是妥当的，行为人的行为与其人格特性越是符合，则责任也就越重。责任必须将行为与行为人相结合，并将行为的非难归于行为人才可能加以认定，换言之，成

为非难的根据的，是行为人的主观意思。对于责任能力这一概念来说，问题是社会生活的适应性，较之刑罚这一统制手段是否更为合适呢？刑罚适应性这一概念不仅只是适当与否的问题，另一方面它还涉及能否运用这一概念来认识行为的违法性的问题。

平野龙一的观点并不为井上正治所接受，井上认为责任能力具有回溯性而处遇具有前瞻性。但大谷实则断定行为与人格构成具有规律性，法律规范把规范的人格态度的形成作为一种国民的义务加以确立，提出人格责任论。在这种理论中，以人格作为刑法非难的对象，但此处所说的人格必须是正常的人格，如果是异常的人格，就不应受责任非难。大谷又主张，所谓的人格应以大多数国民的正常人格为标准，根据经验科学的生物学的方法而为判断，当人格表现背离了大多数国民的行为特征，及行为人的人格具有一定的变性（Andersartigkeit），亦即具有意思障碍或精神缺陷时，即为无责任能力人，因此，责任能力应专从生物学的角度和经验角度构成的概念。大谷同时主张废除限制责任能力的观念，认为人格异常性的程度难以明确认定，故不如将所有人格异常都视为无责任能力人，而另为适当的保安处分，因此在人格统一性与单一性的前提下，他也否认有一部责任能力的问题。

中山研一对于上述理论提出批判，他认为从决定论的立场出发是难以为道义的非难提供可靠依据的，对危险的人格从重处罚的妥当性并非涉及责任论的问题，而是一种涉及行为的危险性的问题。他同时认为依据刑法保障原则中与道义责任论相对应的历史的经验与实践可以看到，即使是无法得到科学论证的虚构的情况，也应该认可意思自由并认可道义舆论。中山研一还主张责任非难的正当化，使国家在大的程度上保障市民不为犯罪行为所伤害，这要依存于“实质性的责任关系”的建

立。中山同时对大谷的论点提出质疑，例如从责任危险性、从规范论到处遇论的倾斜问题，又例如人格责任论中所谓的性格与方向问题，以及从生物学的变性而导致的无责任能力的观点，还有就是刑罚的减轻会不会导致保安处分范围扩大等等问题。

以上为日本学者对于责任能力所提出的理论的一些争议，事实上这种争议不仅限于日本，其他国家也有相同的情形。

次就德国而论，从 1953 年的刑法修正工作开始到 1962 年政府修正草案提出为止，都在推行一种以报应刑和道义责任为基调的严厉刑法。对此，褒曼、阿洛特洛、考夫曼和洛克西恩等十四位学者组成了刑法修订小组，对原有的刑法进行修改。修正当时，正值新旧学派争论鼎盛时期，因此修正方向自不免折冲于两派争论之间，兼采新旧两种理论，因此修正小组摆脱了伦理化、形而上学化的框架，着眼于非犯罪化与犯罪人再社会化的方向。在新刑法颁布 75 周年时，一部综合了上述两种论点的新的法案诞生了。修订小组的成员之一的洛克西恩认为刑罚目的论的刑事政策的，是将因果报应的刑罚思想从刑罚理论中彻底地舍弃。在洛克西恩的观点中，责任被认为应该根据特别预防与一般预防的不同情况予以分别处理。他认为责任应具有有限定刑罚程度的机能。

洛克西恩的论点为林培尔曼所赞同，只是后者觉得应将人们的责任体验这一社会心理学事实考虑进去，他认为责任非难针对的是与社会普遍行为规范不符合的行为，而基于这种最为普遍的社会责任概念，应当谋求责任与一般预防的结合。及至 1933 年 11 月 24 日，德国公布有关危险的常习犯人及保安改善处分的法律，并据此而为刑法的一部修正，对于危险的常习犯人科以加重刑罚，加重刑期仍有不足时再科以不定期的保安拘禁（第 42 条 e），由于此一新设规定根据行为责任原理，无

法说明加重处罚常习犯人的根据，因此学者为赋予理论基础，而有人格责任论的产生。

二次大战以后，新古典主义大兴，加以德国废除战前对于常习犯加重处罚的规定，致使人格责任论在刑法解释论方面的实用性失所依据，原来高唱人格责任论者也渐渐回到行为责任论的立场，可说失去通说的地位。但该项学说传至日本后却为日本学者所重视，经安平正吉、团藤重光、大谷实的大力提倡、成为目前责任论中相当重要的一环，时至今日，仍占有相当重要的地位。

再就英美刑法而言，在英国，从 1724 年阿诺尔事件中的野兽标准法则开始，中间经过 1800 年的哈尔费尔德（James Hadfield）事件，直到 1843 年确立的马克诺顿法则为止，对相同问题的侧面所引发的批评从未中止，批评的焦点大致集中在责任能力的判断中对当事人的思想及情绪的无视，和对当事人无法抵御冲动这一事实的忽视。在 1975 年修订的杀人罪法中，依据马克诺顿法则“精神异常”的理由，规定对被告人虽宣告有罪，但因精神病显著减弱了认识能力或控制能力时，可以减轻其刑，亦即将谋杀罪变更为故意杀人罪，认可“限制责任制度”的抗辩。而后在 1959 年，颁布的精神卫生法中，对原来被判有罪的精神障碍者采取了免于起诉、免于刑罚，另改用“保护委托令”亦即“处遇论”的办法，对原有法规在适用范围上做了修正。对此，乌特夫人有不同的看法，她否定了道义非难的作用，主张“责任的除去”，认为即使是完全的精神病患者也有遵守法律的义务，而所谓“处遇论”的缺点是未弄清“刑罚”与“治疗”的本质区别。H.L.A 哈特也认为应废止报应刑而采取展望性刑罚的手段，但他并不同意乌特夫人的责任除去的观点，他主张在判断行为人的责任与处遇的时候，应该有别于法律中所规定的责任（accountability，责任与义务的合

称),应该考虑既保障个人自由,又使判决体现社会非难的倾向,在现有情况下,尽量做到两者兼顾。

在美国,虽然马克诺顿法则现在仍处于主导、支配地位,但对该法则的批判却十分激烈,已有十四个州采用不可控制的冲动法则,对马克诺顿法则进行了修正和补充,另一方面,以1867年新罕布什尔法则为先驱,在1954年建立了精神病症候法则著称的杜汉法则(Durham Rule,亦称德拉姆法则),采用生物学的方法确定因精神疾病或精神缺陷导致的违法行为,可以不承担法律责任。但这种法则也备受非议,理由是该法则中所谓的疾患、缺陷、症状等概念难以在实践中给予明确的界定,而责任能力的判定在适用杜汉法则时又完全被精神病学家所支配。有鉴于此,美国法律协会(ALI)在1962年的模范刑法典中规定:在实施犯罪行为时,因精神病或精神缺陷的结果,丧失了判断自己行为的犯罪性(反伦理性)及不合法性的实质能力,在这种情况下可以不负刑事责任。这就是所谓的ALI法则,也称为模范刑法典规则(MPC Rule)。这个法则体现大陆法系中混合方法的共同特点,提出实质性能力的观点,因此又称为实质能力法则。原本遵照杜汉法则的哥伦比亚特区联邦法院由于普鲁那事件(United States V. Brawner)而放弃了杜汉法则,转而接受模范刑法典法则以迄于今日,而全美国采用此一法则鉴别精神病的,有全部联邦上诉法院、六个州的新刑法典以及为数可观的地方法院。

最后谈谈法国,战后法国的学者主张,为维护社会安全,相对于日本及德国的旧派理论及最近的新古典派理论,应废止刑事责任而代之以反社会性,并以社会防卫处分代替刑罚。把上述两种作法相结合的理论称为“新社会防卫论”。

新社会防卫论以强调人权保障和将科技成果引入刑事为目的。在这种富于特色的理论中,维护道义的责任与非难的观点

被排除，它从责任感与责任意识出发，以公众意识的回复及其社会化（公民的）重要的研究课题。它将作为心理学的、社会性的、现实的关于责任的意识用于刑事政策的目的。这一立场以处遇的有效性的角度区别刑罚与保安处分，并以此为基础提出在现代社会中国家利益不应凌驾个人利益之上的国家观。

经过以上粗略的介绍，我们了解到关于责任实践的刑事政策潮流，并非日本所独有，平野的学说与德国的洛克西因，英国的哈特、法国的安赛尔的学说类似，在责任的理解上，都将报应说与道义责任论完全排除，而对刑罚采取前瞻性的理解，亦即将刑罚作为一种改造人的手段，使犯罪行为人可以在受刑罚之后重新生活，而非以报应为目的。诚然传统道义责任论所表彰的对责任的积极追及也并非毫无可取之处，新派理论对犯罪行为人的处遇，尤其是对它们再社会化所进行的积极干预给予肯定的同时，也应对这种内在的界限感到不安。因为我们无法想像把刑事政策的目的性融入犯罪理论那样，把国家刑罚权与市民的自由融合于现代国家之中。责任能力的问题的争论，在传统上就已围绕着保安主义与责任主义并以两者相对立为中心而展开，这种对立构造在现代社会仍没有根本的改变，既然如此，为了维护作为刑罚权内在制约原理的责任主义，则有必要仍然坚持过去对于行为的非难与责任的观念，也因此必须再思考作为责任非难前提的有责行为能力的问题，更重要的是，要考虑如何使刑事政策更具刑罚制约的功能。需注意的是，刑罚的适应性不在单纯的给犯罪行为人处刑，而应该在缺乏证据或在欠缺刑罚适应性时具有使人脱免刑罚的功能。一个现代的国家应不仅是一个福利国家，而且也应是一个治安国家，因此刑罚仍不失去与市民自由相对立的特征。

按将责任能力作为研究的对象，主要的目的，在探讨刑事责任责任的有无。但在如此复杂的问题中，最为重要的，是如何建