

刑事法律论丛
Series of Criminal Law



LUN XINGFA DE YUANYIN ZIYOU XINGWEI

徐文宗 著

刑法的原因自由行为

01



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

论刑法的原因自由行为

徐文宗 著

LUN XINGFA DE YUANYIN ZIYOU XINGWEI

D914.01
X819



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

论刑法的原因自由行为/徐文宗著. —北京:北京大学出版社, 2006.2
(刑事法律论丛)

ISBN 7-301-09471-X

I. 论… II. 徐… III. 刑法-犯罪原因-个人行为-理论研究
IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 102752 号

书 名: 论刑法的原因自由行为

著作责任者: 徐文宗 著

责任编辑: 裴建饶 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-09471-X/D·1259

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排版者: 北京高新特打字服务社 82350640

印刷者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 10.5 印张 167 千字

2006 年 2 月第 1 版 2006 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 20.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

CONTENTS 目 录

导言:问题提出与研究进路	1
一、问题提出	1
二、研究进路	4

第一章 原因自由行为概说	6
一、原因自由行为的概念与分类	6
(一) 原因自由行为的概念	6
(二) 原因自由行为的分类	13
二、原因自由行为理论的沿革	15
(一) 原因自由行为理论的滥觞	15
(二) 原因自由行为理论的形成	18
三、原因自由行为的相关立法	20
(一) 原因自由行为的国外立法	21
(二) 原因自由行为的国内立法	33
四、小结	36

第二章 原因自由行为的行为性	38
一、行为理论与刑法中的行为	38
(一) 刑法行为理论概要	39
(二) 刑法中的行为界定	42
二、原因自由行为的构成特征与发生机理	45
(一) 原因自由行为的构成特征	45
(二) 原因自由行为的发生机理	49

CONTENTS 目 录

三、原因自由行为的一贯性	59
(一) 原因自由行为的行为性	59
(二) 原因自由行为的一贯性	63
四、小结	66
 第三章 原因自由行为的责任基础	 68
一、原因自由行为的刑事责任问题	68
(一) 刑事责任与责任能力的多重涵义	68
(二) 原因自由行为与责任主义的冲突	76
二、原因自由行为与责任主义的调和	80
(一) 原因自由行为与责任主义调和之途径	80
(二) 原因自由行为与责任主义调和之理论	84
三、原因自由行为责任基础之我见	93
(一) 原因自由行为责任学说评析	93
(二) 原因自由行为责任基础之我见	97
四、小结	100
 第四章 原因自由行为之故意犯	 102
一、原因自由行为故意犯概述	102
(一) 原因自由行为是否存在故意犯罪形态	102
(二) 原因自由行为之故意犯的概念	104
二、原因自由行为故意犯的认定	109
(一) 原因自由行为故意犯的“着手”	110
(二) 原因自由行为故意犯的未完成形态	120

CONTENTS 目 录

(三) 原因自由行为共同犯罪形态	126
(四) 原因自由行为故意犯的错位	131
三、小结	134
第五章 原因自由行为之过失犯	135
一、原因自由行为过失犯概述	135
(一) 原因自由行为过失犯概念	135
(二) 原因自由行为过失犯的分类	138
二、原因自由行为过失犯的认定	139
(一) 原因自由行为过失犯与故意犯	140
(二) 原因自由行为过失犯与不作为犯罪	143
三、小结	150
结语：原因自由行为的立法建议	152
主要参考文献	157
后记	161

导言：问题提出与研究进路

一、问题提出

“无责任则无刑罚”(nulla poena sine culpa)是大陆法系刑法的一条法律格言,大陆法系国家如德、日等国的刑法理论的通说认为,犯罪的成立条件是构成要件符合性、违法性与有责性,其中有责性也称为责任,而责任的内容大体上相当于我们所说的辨认控制能力(责任能力)与罪过。“无犯意则无犯罪”(non reu nisi mens sit rea)是英国人用拉丁语表述的法律格言。其含义是,如果行为人在实施刑法禁止的行为时不具有犯意(包括故意与过失),那么,其行为就不构成犯罪,行为人就不是犯罪人,对行为人就不能适用刑罚。这种观念在现代刑法理论中称为责任主义。^①我国台湾地区2005年2月2日的修正《刑法》第19条前两项规定为“行为时因精神障碍或其他心智缺陷,致不能辨识其行为违法或欠缺依其辨识而行为之能力者,不罚。行为时因前项之原因,致其辨识行为违法或依其辨识而行为之能力,显著减低者,得减轻其刑。”此规定表明行为人于行为当时,若处于无责任能力状态,则其所为之行为纵然该当于构成要件并且具备违法性,亦无刑事责任可言,自不能科以刑罚。此即以行为当时之责任能力,作为责任成立之基础,而有所谓责任能力与行为同时存在原则。我国大陆《刑法》第18条也规定了精神障碍人刑事责任减免原则,并且,主客观相统一是我国大陆《刑法》的基本原则。据此也可以得出同样的结论:行为人没有行为能力或者责任能力不构成犯罪,行为人没有主观过错不构成犯罪。

原因自由行为,也被称为“自陷行为”,一般是指行为人因为故意或者过失,而使自己陷于无责任能力之状态,并在此一无责任能力状态下实施该当犯罪构成要件的行为。但是,据一般之刑法理念,惟若该精神障碍状态可归于行为人之故意或者过失行为,并且行为人在精神正常状态时,即

^① 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第188页。

具有侵害特定法益之故意或者有侵害预见可能性时,倘若依然援用我国台湾《刑法》第19条之规定,阻却行为人之罪责或减轻其罪责程度,将会造成滥用责任能力之刑罚漏洞。因此,在刑法理论上,乃有原因自由行为(actio libera in causa)理论之提出,以填补此一刑法漏洞,借以排斥我国台湾地区刑法第19条的适用。^①对此,我国台湾地区2005年2月2日《刑法》对此加以修正,在该法第19条第3项补充规定:“前两项规定,于因故意或过失自行招致者,不适用之。”行为人于完全责任能力状态下,而故意或者过失使自己陷于无责任能力或者限制责任能力状态(对于自陷于限制责任能力状态能否适用原因自由行为论,尚存在争议),且在此状态下实现犯罪。这种犯罪的实现结果的行为是在无责任能力状态下实施的,即是不自由的,但在原因设定行为却是自由的。因此,学理上提出这等行为要承担刑事责任,并不得减免刑事责任。

原因自由行为,尤其以醉酒、吸毒后自陷于无责任能力或者限制责任能力状态实施危害社会的现象为甚,这种行为显示行为人的反社会性格,其社会危害性并不亚于一般刑事犯罪。例如,我国大陆东北某地,发生一起醉汉强行闯入他人住宅倒床就睡,主人赶他反招其拳脚相加的案件。该案被起诉后,醉汉辩称自己喝醉了,以为是在自己家,但法院以非法侵入他人住宅罪判之。广东省近年也多次发生行为人吸毒后自陷于无责任能力或限制责任能力状态下实施暴力犯罪的案件。基于刑事政策的考虑,必然应当对这种行为加以规制,纳入刑法的范畴。对此,大陆法系中的主要国家,如德国、意大利等在刑法中都规定有原因自由行为。我国大陆《刑法》中并无原因自由行为的立法规定,只有《刑法》第18条第4款规定:“醉酒的人犯罪,应当负刑事责任。”应当说,关于原因自由行为的规定,在我国刑事立法上是不完善的,对此问题的相关刑法理论的研究也是不够的。面对实践中的案例,如现实中行为人因服用食用酒精、毒品或者其他刺激精神制品而导致的“自陷行为”,在我国刑事司法实践中一般都直接按照故意犯罪处理了,似乎并不存在问题,但是,理论上的空白或者说缺乏理论指导的刑事司法是危险的。英美国家大多是在醉酒犯罪中讨论这一问题。例如,美国法学家胡萨克指出:“我们来考虑一下这个问题:一个

^① 林山田:《刑法通论》第六版,善菱设计印刷厂1999年版,第266页。

犯罪时处于醉酒状态的被告以其行为缺乏一般犯意为由进行辩护。他胆怯地声称其判断力受到了损害，他的控制力被降低，如果他更清醒，就不会实施这一犯罪行为。假如这些声明是真实的，那么，被告是否具有了一个有效的辩护，或者其行为含有犯意？法院几乎是一致地认定被告的辩护是无效的。然而，他们是如何（或者是否）使这一结果与正统刑法理论中的犯意要求保持一致的，却不清楚。”^① 我国台湾地区过去同样存在这个问题。1993年7月1日台湾地区“中央日报”报道：发生于1992年9月间，在太平洋萨摩亚附近海域，隆达号渔船大副酒后失控杀害船长案，台湾台北地方法院认定被告酒醉以致心神丧失而杀人，引用我国台湾地区《刑法》第19条判决被告无罪。此一判决引起不同看法。赞同无罪判决者，认为台湾《刑法》第19条第1项明文规定“心神丧失人之行为，不罚”。法院依事实、证据，独立审判后判断被告属于“心神丧失”之人，宣告无罪。另外，被告并无杀人或伤人之动机，也无其他证据足以证明他有杀人或伤害意图。^② 所以，此一判决并无不当。反对意见认为，最高法院1939年（上）字第3816号判例：“旧刑法第32条关于不得因酗酒而免除刑事责任之规定，已为现行刑法所不采，故如被告于尚未饮酒之先，即已具有犯罪之故意，其所以饮酒至醉，实欲凭借酒力以增加其犯罪之勇气者，固不问其犯罪之精神状态如何，均应依法处罚，假使被告于饮酒之初，并无犯罪之意图，只因偶然饮酒至醉，以致心神丧失，或精神耗弱而陷于犯罪，即难谓其心神丧失之行为，仍应予以处罚，或虽系精神耗弱亦不得减轻其刑。”但是关于这一判例是否应暂停适用，我国台湾地区最高法院刑事判例研修小组1993年7月13日第2次会议决议：“因涉及事实之具体案例、未确定前不便置评，本则判例有其见解与价值，仍可保留。”由此可见，在罪刑法定、责任主义的现代法治背景条件下，寻求原因自由行为理论的合理根据是一个值得研究的课题。原因自由行为的理论研究，具有十分重要的理论与实践意义。

① [美]道格拉斯·N. 胡萨克：《刑法哲学》，谢望原等译，中国人民公安大学出版社1994年版，第56页。

② 参阅台湾台北地方刑事判决，1992年度重诉字第58号。

二、研究进路

“原因自由行为”乃为现代刑法学的一大课题。虽然现今刑法理论通说均已承认它属于具有可罚性的一种犯罪行为类型,然而对其可罚之原理与根据尚未取得一致且合理之见解;对其所适用之范围,也未有明确之结论。原因自由行为,并非仅限于“醉酒犯罪”,而是一种特殊的犯罪类型。它具有特殊的行为构成和心理特点,诸如原因自由行为实施故意犯罪的着手如何认定的问题,同样是需要解决的疑难问题。因此,有必要借由刑事立法,基于刑法理论作全面性考量,来寻求解决之道。本书拟从以下几个方面逐层探讨原因自由行为的理论与实践问题:

其一,原因自由行为的概念与立法比较研究。原因自由行为理论至今已为多数大陆法系国家所接受,并在刑法中加以规定,但是它们对于原因自由行为概念的表述并不一致。例如,瑞士《刑法》第12条规定:如果严重之精神障碍或意识错乱是由行为人自己故意造成,并在此状态下实施犯罪行为的,不适用第10条(无责任能力)和第11条(限制责任能力)的规定。而日本《修正刑法草案》第17条规定:自己故意招致精神障碍,导致发生犯罪事实的,不适用前条(无责任能力、限制责任能力)的规定。自己过失招致精神障碍,导致发生犯罪事实的,与前项同。那么,对于原因自由行为是否仅限于故意原因自由行为,还是过失亦可?原因自由行为是否要求行为人必须是自陷于无责任能力状态,还是当于行为人自陷于限制责任能力时亦能视为原因自由行为?要澄清这些问题有必要在比较各国立法例的基础上,对原因自由行为的概念加以科学的界定。

其二,原因自由行为的行为构成特征与发生机理。原因自由行为中致人陷于精神障碍的原因,包括一切可以招致行为人意识减弱、控制力减弱的物质因素,它既可以包括行为人自身的特质,如由于疲倦而入睡,也包括服用、注射刺激性物质,如酒精、麻醉品、毒品等。原因自由行为是一种特殊行为类型,其特殊的行为构造、复杂的心理发生机制都是有待澄清的。

其三,原因自由行为的刑事责任。依据责任主义的一般规律,无责任则无犯罪。那么,当行为人自陷于无责任状态下实施的危害行为,是否仍

应承担刑事责任？当行为人自陷于限制责任能力状态下实施的危害行为是否应当减轻刑事责任？总之，原因自由行为是否具有可罚性？而如果原因自由行为具有可罚性，那么，主张原因自由行为不适用无责任能力或限制责任能力之规定的理论依据又何在？这些问题都是原因自由行为理论的基本问题，需要深入研究。

其四，原因自由行为的犯罪类型与认定。犯罪有很多类型，有故意犯和过失犯；作为犯和不作为犯；单独犯和共同犯罪；等等。本书将原因自由行为犯罪分为原因自由行为的故意犯和原因自由行为的过失犯。在原因自由行为的故意犯的认定中，对原因自由行为的故意犯的概念、故意内容、原因自由行为故意犯的着手、未遂，以及共同犯罪等问题进行了研究。在原因自由行为之过失犯的认定中，结合了国内外有代表性的案例，对原因自由行为过失犯的界定、原因自由行为的过失犯与不作为犯的关系、原因自由行为的过失犯中的因果关系、主观罪过的认定等问题进行了研究。

最后，在结束语中，对原因自由行为理论与立法情况加以全面的审视，探讨原因自由行为理论在现有刑事司法中的运用，并对各种原因自由行为的刑事立法意见加以评析，提出建设性意见。

第一章 原因自由行为概说

一、原因自由行为的概念与分类

(一) 原因自由行为的概念

“原因自由行为”源自拉丁法律术语——“*actio libera in causa*”。“原因自由”(in causa frei)相对地是指“结果不自由”，亦即在这种情况下，构成犯罪的 *actio* 即行为“本身”并不是 *libera*(自由的)(因为主体在行为时处于无能力状态)，但 *in causa*(在原因中)，即作为犯罪行为起因的行为，却是自由的(因为使自己陷入无能力状态是主体在有能力的情况下，出于实施犯罪的目的而自由地作出的选择)。^① 例如，行为人为故意造成陷入酩酊大醉状态，以便在酒后实施特定的盗窃行为(帝国法院刑事判决 73, 177)。某人作为证人被传唤，为做某特定的伪证而服用精神方面的药物，致使其在麻醉状态在法庭做了伪证(赫鲁希卡，《法学教育》，1968 年，第 556 页)。汽车驾驶员在具有明显的过劳征兆的情况下继续驾驶，在睡眠状态下将车开到人行道上，将孩子压死(帝国法院刑事判决 60, 29)。推销员因为工作太劳累，为了使自己在重压下保持活力而服用了超量的培啡叮(Pervitin)；在限定责任能力状态下，驾驶自己的汽车，尽管他实际上是无能力驾驶汽车的(巴伐利亚高等法院，《新法学周刊》1969 年第 1583 页)。^②

目前，原因自由行为的概念尚未形成定论，其在理论上存在有诸多表述。德国学者指出：行为人是否具有责任能力，依行为时的状况来确定。关于该问题，法律上虽然没有规定，但作为习惯法上承认的例外，当属原因自由行为(*actio libera in causa*)。所谓原因自由行为，指行为人在具备责

^① [意]杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 193 页。

^② [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》(总论)，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 533 页。

任能力的状态下决意的行为,或者在该状态下能够预见的、但在丧失行为能力或者责任能力之时才实现的行为。^① 日本学者有观点认为,所谓原因上自由行为,系由于行为人故意或者过失,把自己陷于无责任能力的状态下,使其在无责任能力状态下惹起犯罪构成要件之结果。^② 有观点认为,原因自由行为乃指行为本身虽然系有责任能力之行为人于一时丧失责任能力之状态下,实现该当于构成要件之事实,但关于是否陷于如此之无责任能力之状态,该行为人原可作自由之决定;如其事前具有故意或者过失,则关于此事实之实现,亦应作为具有完全责任能力之人,而负担故意或者过失之责任。^③ 又有观点认为,行为人于完全责任能力之状态时,即具有实现特定犯罪之意思,或能预见特定法益之侵害,因而故意或过失行为使自己陷于无责任能力或限制责任能力状态,且在此状态下实现构成要件。此等实现结果之行为虽是不自由的,但在原因上却是自由的。易言之,行为人在实现构成要件之瞬间,虽无意思决定之自由,但在导致无责任能力或限制责任能力之原因设定阶段,行为人仍有意思决定之自由。此等行为人在有责任能力之状态下已种下决定性之原因,但至其已达无责任能力或限制责任能力之状态下,始实现构成要件之行为,在学说上称为原因自由行为。^④ 我国台湾有学者认为,原因之自由行为乃谓因故意或过失(有主张排除过失者)使自己陷于无责任能力状态下,实施犯罪之行为者,仍应负刑事责任。^⑤ 有学者认为,原因自由行为是有刑事责任能力的行为人由于自己故意或过失的行为,导致自己陷入无责任能力的状态,并在此状态之中实施了符合犯罪构成的事实。^⑥ 还有学者认为,原因自由行为概念,乃指行为人于侵害法益之时,陷于无行为能力、无责任能力或者限制责任能力状态(结果行为不自由)(in actu unfrei),但关于是否陷入

① [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第532—533页。

② [日]植松正、川端博、曾根威彦、日高义博:《现代刑法论争》,劲草书房1984年版,第231页。

③ [日]内藤谦:《原因上自由行为(一)》,载法学教室第76号,第85页。

④ 参见:Blei, AT. 1983, S. 75 f.; Jescheck/Weigend, AT. 1996, S. 446f.; Wessels, AT. 1995, Rn. 415f.; 许泽天:《原因自由行为理论之研究》,载《刑事法杂志》第39卷第5期,第55页以下;林山田:《刑法通论》(上)增订六版,台北,1999年版,第266—267页。

⑤ 褚剑鸿:《论原因之自由行为》,载《法令月刊》第44卷8期,第307页。

⑥ 陈兴良、曲新久:《刑法案例教程》(上),中国政法大学出版社1994年版,第194页。

此一状态,行为人有决定或者控制之能力(原因行为自由)(in causa frei)。因此,原因行为之不同于一般犯罪行为,乃由先后两个阶段行为所组成……二者合而为一,称之为“原因自由行为”。^①此外,还有学者将原因自由行为称为“可控制之行为”,其指出责任能力有无之判断,固以在“行为时”行为人的精神状态为基准,但是法理上就“行为前”行为人故意陷自己于心神丧失或精神耗弱的状态,再实行构成要件该当之不法行为的情形,刑法理论上从习惯法发展出来之“可控制之原因行为”理论加以因应。^②

综上,原因自由行为概念的争讼可归为三类:最狭义说、狭义说和广义说。最狭义说,认为原因自由行为是指行为人故意使自己陷入无刑事责任能力状态而实施该当犯罪构成要件的行为。狭义说,认为原因自由行为是指行为人故意或过失使自己陷于无责任能力状态,然后在此无责任能力的状态下实施了符合构成要件该当性的犯罪行为。广义说,认为原因自由行为是指行为人因故意或过失而使自己陷入无责任能力或者限制责任能力的状态之下,然后在此无责任能力或者限制责任能力状态下实施了符合构成要件该当性的犯罪行为。这三者的区别在于:其一,行为人使自己陷入意识不清或行为失控状态时主观心态是限于故意还是只需有主观罪过就行,即包括故意和过失;其二,行为人意识不清或行为失控状态时是否只限于无刑事责任能力,还是既可以是无刑事责任能力,也可以是限制刑事责任能力。原因自由行为概念争讼集中在两个焦点问题之上。问题之一:行为人过失招致自己陷于心神丧失状态者应否视为原因自由行为?问题之二:原因自由行为是否应当包括行为人自陷于限制责任能力状态而实施该当犯罪构成要件之行为?

1. 行为人过失招致自己陷于心神丧失状态者应否视为原因自由行为?

这个问题是最狭义说与后二者的争议焦点。对此问题,台湾曾有热烈讨论。综合起来,其可分为肯定说和否定说两种对立之观点。(1)否定说,即主张不应包括过失致陷精神障碍者在内。其理由主要有四:一是因过失自陷精神障碍者,其心神丧失既因过失所致,而心神丧失后又已失

^① 黄丁全:《刑事责任能力研究》,中国方正出版社2000年版,第251页。

^② 苏俊雄:《刑法总论Ⅱ:犯罪总论》,大地印刷厂股份有限公司1998年版,第278页。

自主力,此种心神丧失之行为为过失的转嫁行为,对此加以处罚,实不相宜,未免太苛。二是过失自陷精神障碍者,其本身已无自主力,无法支配自己之行为,对自己无法支配之行为也要加以处罚,未免太苛,与刑法处罚故意犯、过失以有特别规定者为限之原则,亦不相符。三是如母喂婴儿乳,因睡着乳房压上婴儿之鼻致窒息死亡;平交道看守栅工睡觉未将栅栏放下致肇祸,自应负过失责任,应无疑义,与原因之自由行为无涉,不致因无过失之规定,而致无从处罚。四是原因之自由行为之所以加以处罚,乃在于避免行为人利用心神障碍不罚或减轻其刑而实施犯罪,为遏阻这种恶性行为,对以犯罪意思而自陷精神障碍者,自应予以处罚。对于无犯罪意思而无意中自陷精神障碍者,如亦予以处罚,则不无商榷之处。(2)肯定说,即主张应将因过失致陷于精神障碍规定在原因自由行为概念之内,其理由亦有四:一是原因自由行为,包括两个行为阶段,一为原因行为,一为结果行为,对其加以处罚,主要在处罚导致结果之前因行为,亦即处罚自陷精神障碍之原因行为,所以“原因自由行为”应包括故意及过失。二是原因自由行为理论,实务上多有运用,包括故意与过失,不在对过失犯的强求,而在承认过失的事实,并予以明文化,俾将来实务上已有所遵循。三是如将原因自由行为明文化,而不包括过失在内,则类似肇事案例,就不能处罚。四是过失与原因自由行为理论是不同的,前者指心神正常状态下之过失行为,后者是心神丧失状态下之过失行为。^①

笔者认为,最狭义说实质上是将行为人过失致自己陷于无责任能力而实施该当犯罪构成之行为排除在刑法视野之外,但是这种情况免除由于行为人过失引起的危害结果的刑事责任,不仅有失公允,而且也容易滋长行为人忽视注意义务,而肆意妄为。例如,台湾刑法修正草案在研究时,明确肯认“原因自由行为”,确定其应负之结果责任,且认为以出于过失致陷于精神障碍的情形,其情节亦未必皆属轻微,且在日常生活中,屡有所见,为贯彻刑法保护机能,达成防卫社会的目的,而认为不宜免其过失责任。最狭义说实不可取,它在世界各国刑法理论也少有讨论。因此,笔者赞同肯定说。

① 褚剑鸿:《论原因之自由行为》,载《法令月刊》第44卷第8期,第311—312页。

2. 原因自由行为是否应当包括行为人自陷于限制责任能力状态而实施该当犯罪构成要件之行为?

这个问题,是原因自由行为狭义说与原因自由行为广义说争议的焦点。对此,日本学者有三派观点。(1)肯定说,主张利用自己的限制责任能力状态,能够成立原因自由行为。日本学者植松正、西原春夫、大冢仁、野村稔、川端博持此说。如川端博教授指出:通说认为原因自由行为只在类推间接正犯的范围,使自己成为单纯的工具,因而使自己陷于完全无责任能力的状态是必要的。即利用自己的限制责任能力状态的场合,就没有原因自由行为的法理适用的余地。在这样的场合,在心神耗弱状态下的举动是实行行为,从而作为限制责任能力者的行为,应减轻刑罚。然而,这是不恰当的结论。再者,如果贯彻通说的理论,如已见到的那样,虽然容认陷于无责任能力状态犯罪而实施原因设定行为,但陷于无责任能力状态前,在限制责任能力状态下实施违法行为的场合,就必须认为,一方面原因设定行为终了同时成立一个实行行为,他一方面在限制责任能力状态下实施了现实的违法行为,作为限制责任能力者的行为,应当予以评价为另外成立的实行行为。然而,它把一个犯罪一个社会现象,看作两个个别的实行行为,是不合理的。这样看来,认为对限制责任能力状态的行为,适用原因自由行为的法理,可以说是妥当的。^①(2)否定说,这在日本被认为是通说,主张利用自己的限制责任能力状态不能成立原因自由行为,日本学者团藤重光、福田平、内田文昭、山中敬一持此说。如团藤教授认为,为了成立原因自由行为,“首先,第一,使自己完全陷于无辨别能力状态是必要的。因为如果不是这样,就不能说是使自己陷于单纯的工具。从而,仅仅陷于心神耗弱状态的程度时,其原因行为不能认为是实行行为吧!这样的场合,在心神耗弱状态的举动,其本身是实行行为,从而,作为限制责任能力者的行为不外乎承认刑罚的减轻。”^②山中敬一认为,在利用限制责任能力状态的场合,“不是直接的危险创出行为,实行行为被认为是在结果行为的时间,不能追溯及于原因行为,从而适用第39条

① [日]川端博:《刑法总论讲义》,成文堂1997年版,第407页。

② [日]团藤重光:《刑法纲要总论》(改订版),创文社1979年版,第145页。

第2款,不能不承认刑罚的减轻”^①。(3)区别对待说,主张利用自己的限制责任能力状态能否成立原因自由行为,应当区别对待,在意思不连续类型不能成立,在意思连续类型的场合能够成立。日本学者平野龙一、内藤谦持此说。如平野教授指出,原因自由行为有两种形态:第一形态是原因行为者的意思不连续地产生结果行为的意思的场合,例如饮酒,如果醉酒,在醉酒状态成为产生杀伤的意思的原因的情况。第二形态是意思连续的场合,即一开始就有实施杀伤行为的故意的情况。实行行为时是限制责任能力的情况,是否能够适用原因自由行为的法理,根据上述形态有若干差异。限制责任能力不是单纯的工具,因为保留有改变主意的可能性,所以也有见解认为,利用限制责任能力者的情况,与不是间接正犯同样,不应当适用原因自由行为的法理。的确,第一形态的场合,对限制责任能力者来说,期待醉酒成为产生犯意的原因,比无责任能力者的场合期待更加偶然,所以作为原则应当否定原因性。第二形态的场合,虽然有限制“责任能力”但不改变意思,也是自己的责任,由于是“限制”责任能力,改变意思是困难的,因为为了其实现的是自己的意思,所以将两者结合可能追究完全的责任。^②

对此问题,德国、我国台湾刑法学界均有讨论。例如,我国台湾有学者认为,“原因自由行为”并非所有之自陷行为均属之,如行为人于自陷行为后,仍具有责任能力,均非原因自由行为的本然概念,如行为人饮酒或使用麻醉物品,如果仅陷于精神耗弱状态,并且实施违法行为,依照台湾《刑法》第19条第2项处理,与原因自由行为无关,换言之,行为人如仅自陷于限制责任能力状态,仍可依限制能力之状态,处罚其不构成要件的行为。^③而德国刑法学家骆克逊教授(Roxin)对此提出:何以行为人陷于无责任能力时,须以正常状态情况加以处罚;而如其仅陷于限制责任能力,反而可依限制责任能力状态处罚其构成要件行为,而有减轻其刑之机会?Roxin教授认为,由于限制责任能力具有刑罚得减轻的法律效果,当然,是否减轻应当由法官按个案具体情况具体分析作出判断。如果自陷于限制

① [日]山中敬一:《刑法总论》,成文堂1999年版,第585页。

② [日]平野龙一:《刑法总论》,有斐阁1987年版,第303—304页。

③ 柯耀程:《刑法原因自由行为可罚性问题探讨》,载《变动中的刑法思想》,元照出版有限公司1999年版,第167页。