

## 中國刑法的責任理論\*

馮 軍

**摘 要：**應該以刑罰目的為基點建立中國刑法學的責任理論。功能責任論認為，不法是行為人違法意思的客觀化，責任是行為人已經被客觀化的違法意思的維護、強化或者穩固。責任問題，本質上是行為人是否忠誠於法規範的意志定向問題，同時也是社會維護法規範效力的自治能力問題。中國的刑事立法和刑事司法都體現了功能責任論的基本內容，是值得刑法學者重視和發揚的趨勢和方向。

**關鍵詞：**刑罰目的 功能責任論 中國模式

### The Liability Theory of Chinese Criminal Law

FENG Jun

(Law School, Renmin University of China)

**Abstract:** The liability theory of Chinese criminal law should be established based on the purpose of penalty. The theory of functional liability holds that lawlessness is the objectification of the perpetrator's illegal intention, and liability is the maintenance, reinforcement or stabilization of the perpetrator's objectified illegal intention. The question of liability is essentially the question of whether the actor is loyal to the legal norms, and it is also the question of the society's self-government ability to maintain the validity of the legal norms. Both China's criminal legislation and criminal justice reflect the basic content of the theory of functional liability, which is a trend and direction worthy of the attention and development of criminal law scholars.

**Keywords:** penalty purpose, the theory of functional liability, Chinese model

---

\* 本文發表於澳門理工學院“一國兩制”研究中心於2021年12月14日主辦的“澳門理工學院40週年校慶系列活動‘一國兩制’高端論壇2021——‘一國兩制’實踐與法治國家建設”。

收稿日期：2021年12月14日

作者簡介：馮軍，中國人民大學法學院教授

## 一、引言

責任是刑法學的核心問題，以刑罰目的為基點建立中國刑法的責任理論，應該成為中國刑法學未來的發展方向。本文從刑罰與犯罪的內在聯繫出發，闡述違法與責任作為犯罪成立要件所應具有的內容，在此基礎上，論述刑法中責任的具體含義及其構成要素，並指明實質責任論（功能責任論）對中國刑事立法和刑事司法的重要意義。

## 二、犯罪與刑罰的相互關聯

刑罰，是犯罪的法律後果？還是犯罪的法律屬性？這個刑法學的根本問題，需要結合刑罰目的來重新展開深入討論。

### （一）法律後果論

目前，在中國刑法學界，關於犯罪與刑罰的關係的有力見解認為，刑罰是犯罪的主要法律後果，即認為“通過給予刑罰處罰使行為人承擔犯罪的法律後果。刑罰處罰是法律後果的最基本、最主要的表現形式。”<sup>1</sup> 這種採取“犯罪→刑罰”模式的法律後果論，是人們容易接受的。

從刑事訴訟程序來看，法院是在認定行為人的行為成立犯罪之後才對行為人科處刑罰，在訴訟程序的時間順序上，是先確定犯罪後確定刑罰，也可以說是採取了“犯罪→刑罰”模式。從以法益侵害為中心的報應刑理論來看，犯罪是對法益的侵害，刑罰是對犯罪的報應，犯罪在先，刑罰在後，只要認為犯罪僅僅是對法益的侵害，就不可能先考慮刑罰後考慮犯罪，因此，似應採取法律後果論所主張的“犯罪→刑罰”模式。但是，認為刑罰僅僅是犯罪的法律後果，並不完全妥當，如後所述，法律後果論忽視了一些對正確解決刑罰與犯罪的關係而言極其重要的東西。

### （二）法律屬性論

在傳統上，中國刑法學者認為，刑罰不僅是犯罪的主要法律後果，而且，刑罰首先是犯罪的基本法律屬性，即認為“犯罪是應當受刑罰處罰的行為，即具有應受懲罰性。……某種危害社會的行為，只有當立法者認為應當動用刑罰加以處罰的時候，才會在刑事法律上作禁止性的規定。……行為應受刑罰處罰的這一特性，也是犯罪不可缺少的基本屬性之一。”<sup>2</sup> 這種採取“刑罰→犯罪”模式的法律屬性論，在今天的中國刑法學界，很少被人們所重視，更遑論被發揚，似乎已經成為中國刑法學歷史上的遺物。

但是，把由可罰性（可以予以刑罰處罰的特性）和需罰性（需要予以刑罰處罰的特性）所組成的應罰性（應當予以刑罰處罰的特性）視為犯罪的基本屬性，先考慮刑罰，即首先判斷是否可以用刑罰加以處罰（可罰性）以及是否需要用刑罰加以處罰（需罰性），也就是先判斷是否應該用刑罰加以處罰（應罰性），後考慮犯罪，即在判斷行為是否具有應罰性之後再判斷犯罪是否成立，無論是就刑事立法而言，還是就刑事司法而言，都具有充分的合理根據。

從當今中國人的犯罪觀念和中國的法律規定來看，應該先考慮刑罰，後考慮犯罪。在當今中國

<sup>1</sup> 張明楷：《刑法學（上）》，北京：法律出版社，2021年，第665頁。

<sup>2</sup> 高銘暄主編：《刑法學》，北京：法律出版社，1982年，第68頁。

人的觀念中，犯罪是一件嚴重的事情，它不是一般的過錯，而是一種嚴重的惡行，是應該用刑罰加以懲處的惡劣行徑。因此是否應該用刑罰加以懲處，就成為區分一般違法行為與犯罪的標準。《中華人民共和國治安管理處罰法》（以下簡稱《治安管理處罰法》）規定了一般違法行為，《中華人民共和國刑法》（以下簡稱《刑法》）規定了犯罪。但是，《治安管理處罰法》規定的很多一般違法行為，例如，鬥毆、非法拘禁、破壞財物等行為，也可能成為《刑法》規定的犯罪，究竟是《治安管理處罰法》規定的一般違法行為，還是《刑法》規定的犯罪，區分的標準就是《治安管理處罰法》第2條規定的“尚不夠刑事處罰”。<sup>3</sup> 所以，只有先確定是否應該用刑罰加以處罰之後，才能確定是否構成犯罪。

從世界範圍內刑事立法的歷史和現狀來看，都存在先考慮刑罰後考慮犯罪的立法模式。在歷史上影響深遠的《唐律》，採用的就是“刑罰→犯罪”模式，它在其第一卷《名例律》中先規定了笞、杖、徒、流、死等五刑，然後才規定了“十惡”等各種犯罪。<sup>4</sup> 現行的《日本刑法典》與《唐律》相似，採用的也是“由刑罰到犯罪”的模式<sup>5</sup>，《日本刑法典》分為兩編，第一編“總則”，共十三章，其中，除了第一章“通則”（關於刑法的適用範圍之規定）、第七章“犯罪的不成立及刑的減免”、第八章“未遂罪”和第十一章“共犯”之外，其他各章都是關於刑的種類及其具體運用的規定，而且，關於“刑罰”種類（第二章）和刑罰執行方式（第四章“緩刑”、第五章“假釋”）等的規定，處於關於犯罪的成立條件（第七章）和犯罪形態（第八章“未遂罪”、第十一章“共犯”）等的規定之前，屬於“刑罰→犯罪”的刑法立法模式。<sup>6</sup>

從當今經典刑法教科書的體系結構來看，都存在先考慮刑罰後考慮犯罪的解說方式。例如，德國刑法學者雅科布斯（Jakobs）教授撰寫的《刑法總論——基礎和歸屬理論》第一章闡述的就是國家刑罰的內容和任務<sup>7</sup>；中國刑法學者王世洲教授撰寫的《現代刑法學（總論）》在第二章闡述了“刑罰的正當性”之後，才從第六章開始闡述“犯罪概念”等犯罪問題。<sup>8</sup>

從當今德國刑法學和日本刑法學的發展動向來看，也顯示出以刑罰目的來塑造犯罪的傾向。在由日本刑法學者宮本英修教授提出、由前田雅英教授深化並得到如今很多日本刑法學者贊同的可罰的違法性論中，已經包含着這種傾向。<sup>9</sup> 前田雅英教授指出：“刑法上的違法性（可罰的違法性）必須達到值得處罰的程度。既然犯罪論是用以甄別應科出刑罰的行為的，而違法性也是犯罪論的要件之一，那麼必須在將刑事政策的要求包含在內，充分意識到刑罰這一效果的基礎上來構建違法性。”<sup>10</sup> 德國刑法學者弗里施（Frisch）教授更加明確地指出：“科學的犯罪論有一個不可拋棄的基本要求，即這一犯罪論應當與——能夠得到合法化的——刑罰論保持協調。刑罰論與犯罪概念形

<sup>3</sup> 參見高銘暄主編：《刑法學》，第68頁。

<sup>4</sup> 參見錢大群譯註：《唐律譯註》，南京：江蘇古籍出版社，1988年，第1頁腳註1。

<sup>5</sup> 參見高銘暄：《中日兩國刑法典總則比較研究》，〔日〕高橋則夫、馮軍主編：《中日刑法比較研究》，北京：中國法制出版社，2017年，第17頁。

<sup>6</sup> 參見馮軍：《中日刑法典分則不同點的分析》，〔日〕高橋則夫、馮軍主編：《中日刑法比較研究》，第55頁。

<sup>7</sup> Jakobs, Vgl. Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., S.1ff.

<sup>8</sup> 參見王世洲：《現代刑法學（總論）》，北京：北京大學出版社，2011年，第18頁以下。

<sup>9</sup> 參見〔日〕高橋則夫：《刑法總論》（第2版），東京：成文堂，2015年日文版，第245頁以下。

<sup>10</sup> 〔日〕前田雅英：《刑法總論講義》（第6版），曾文科譯，北京：北京大學出版社，2017年，第24頁。

成了一個整體：我們所界定的犯罪概念及其概念性要件，必須能夠說明為何判處刑罰是具有合法性的。原則上來說，只有當兩者相互協調一致，也即只有當判處刑罰的指導原則同樣也是犯罪成立要件的確定基礎時，才能實現這一點。與此相反，如果我們據以推導犯罪成立要件的根據不同於刑罰判處所遵循的原則，那這就是不合理的。”<sup>11</sup> 一種以維護法規範效力為目的的刑罰理論，必然要求建立一種精神性（交流性）的犯罪理論，儘管精神性（交流性）的犯罪理論也會得出不少與物質性（法益保護性）的犯罪理論相同的具體結論，但是，兩者之間存在不容忽視的差異。<sup>12</sup>

從以法規範違反為中心的目的刑理論來看，以刑罰目的是否已經實現來確定犯罪是否成立，也是理論邏輯上的必然結論。犯罪是對法規範的違反，犯罪人用其犯罪行為否定着法規範的效力，刑罰是對法規範效力的維護，刑罰通過懲罰犯罪行為而確證着法規範效力的不容否定。因此，在判定犯罪是否成立之前，應該先判定是否應該運用刑罰來維護法規範的效力。只要不再存在運用刑罰來維護法規範效力的必要性（因為法規範已經得到穩固，或者運用可供採取的非刑罰措施已經足以穩固法規範），即使存在符合構成要件的違法行為，也不應將該行為認定為犯罪。所以，需要在判定犯罪成立與否之前，先判定應罰性的存在與否。

關於犯罪與刑罰的相互關聯，雖然也可以說刑罰是犯罪的主要法律後果，但是刑罰還是犯罪的主要法律屬性。應罰性是決定犯罪成立條件的指導觀念，這一標準界定了犯罪的成立條件。犯罪的所有成立條件，都是確定應罰性的要素。採取“刑罰→犯罪”模式的法律屬性論，是具有充分根據的合理主張，應該得到堅持。刑法理論更應該重視刑罰作為犯罪法律屬性的意義。如下文第三部分、第四部分和第五部分所述，法律屬性論能夠更好地解釋和引領刑事立法和刑事司法，並能夠給個人和社會帶來更有利的結果。

### 三、作為責任前提的不法

行為人實施了符合構成要件的違法行為，就具有了可罰性。實施了符合構成要件的違法行為，就是實施了不法（Unrecht）。換言之，不法是確定可罰性的要件。所謂可罰性，是指可以予以刑罰處罰的特性。可以說，行為人的行為具有可罰性，是對行為人施加刑罰所必不可少的要件。只有存在可罰性要件，才可以動用刑罰。在當今社會，排除了純粹的結果責任，因此施加刑罰所必不可少的前提條件，就是在可譴責的主觀意思支配下實施了刑法規定的違法行為。

甚麼是刑法上的違法行為？對此存在客觀違法論與主觀違法論的激烈論爭。<sup>13</sup> 客觀違法論把犯罪的本質視為法益侵害，只要客觀上存在法益侵害就存在不法；主觀違法論把犯罪的本質視為法規範違反，只有行為人基於其主觀的支配實施了違反法規範的行為才存在不法。

<sup>11</sup> [德]沃爾夫岡·弗里施：《變遷中的刑罰、犯罪與犯罪論體系》，陳璿譯，《法學評論》2016年第4期，第101頁。

<sup>12</sup> 參見[德]沃爾夫岡·弗里施：《變遷中的刑罰、犯罪與犯罪論體系》，第102頁以下。

<sup>13</sup> 關於客觀違法論與主觀違法論激烈論爭的過程和主要爭點，可以參閱的中外文獻很多，作為相關的中文文獻，可主要參閱余振華：《刑法違法性理論》（第2版），台北：瑞興圖書股份有限公司，2010年；作為相關的日文文獻，可主要參閱[日]竹田直平：《法秩序及其違反》，東京：有斐閣，1961年日文版。



雖然客觀違法論是目前德國、日本和中國的主流刑法學說<sup>14</sup>，但是主觀違法論也是有力學說。<sup>15</sup> 日本刑法學者竹田直平教授在《法秩序及其違反》中指出：“法規範並非無限制地、盲目地禁止對立法者肯定評價的利益或者秩序的侵害威脅，只禁止由人的意思恣意地進行的侵害威脅或者不實現保全。不指向禁止由自然現象和不可抗力所造成的侵害或者不實現保全。換言之，並非抱有法欲要求、期待去實現、保全人的因而是立法者願望、肯定的一切價值或者理想狀態這種不遜的空想的野心，而是在人有能力的範圍內，對能夠實現、保全的東西，通過設定‘法的義務者’，來反而承認‘約定進行法保護的利益’即法益或者權利的觀念。”<sup>16</sup> 也就是說，法的支配不是物理性支配，而是意思性支配，因此，“由不服從法命令的意思發動來實現構成要件的行為，才是違法。”<sup>17</sup> 中國刑法學者馬克昌教授在《比較刑法原理——外國刑法學總論》中也指出：“客觀的違法性論雖然是德、日的通說，但還是值得研究的。因為按照此說，自然現象與動物造成的危害也有違法性，所以新客觀的違法性論不得不指出，‘因為畢竟這些不能成為法規範的對象，違法性不過只是人的行為的問題’。如果說過去‘違法是客觀的’、‘責任是主觀的’這種觀念居於支配地位時，還能認可客觀的違法性論的成立，那麼，現在在承認構成要件也包括主觀的要素的情況下，客觀的違法性論就不宜予以肯定。比較起來，似不如主觀的違法性論為可取。”<sup>18</sup> 德國少壯派刑法學者辛恩（Sinn）教授明確指出：“從教義學發展史上看，很難證明將犯罪劃分為客觀的（行為）不法和主觀的（行為人）罪責是必要的。……刑事不法並非只是實踐中對實然的社會狀況的實際改變，而是徹頭徹尾的交流（Kommunikation）。刑事不法是對形式上的理性之人的意義表達。若犯罪、罪行應為違反規範的、以刑罰懲處的人類舉動，則其必為刑事不法。”<sup>19</sup>

筆者認為，法系統是完全不同於環境的規範系統，它一開始就排除那些不屬於它的自然的東西。環境是依靠自然法則來維繫的（一個人不可能不依靠外力而僅僅用自己的雙眼來看清自己陰暗的後背），法系統卻不可能自己維護自己的效力（總是可以從違法中獲益）。但是，法系統可以作用於人的意志來維護自己的效力。法系統只有在人能夠主觀地活動的領域才有存在的餘地。

在符合刑法規定的構成要件的舉動中，只有表現了行為人對法規範的敵視、蔑視或者至少是輕視的態度時，才存在刑法上的違法行為。不法一定要具有主觀的要素，故意、過失、責任能力、違法性認識、期待可能性都是表明存在不法的要素。故意和過失是說明行為人主觀上的可避免性的要素，如果行為人沒有實施某行為的故意和過失，就表明行為人主觀上不可避免該行為的實施，行為人主觀上不可避免的行為，不是法所能夠要求於行為人不實施的行為；認為無責任能力的精神病患

<sup>14</sup> 參見〔日〕山口厚：《刑法總論》（第2版），付立慶譯，北京：中國人民大學出版社，2011年，第99頁；〔日〕前田雅英：《刑法總論講義》（第6版），曾文科譯，北京：北京大學出版社，2017年，第21頁以下。

<sup>15</sup> “客觀的違法性論是通說，主觀違法性論的支持者很罕見”（張明楷：《外國刑法綱要》，北京：法律出版社，2020年，第108頁），這種斷言既不符合德日刑法學的歷史發展脈絡，也可能為時過早，至少在德國刑法學中，今天已經顯示出主觀違法論強烈復興的傾向。

<sup>16</sup> 〔日〕竹田直平：《法秩序及其違反》，第303頁。

<sup>17</sup> 〔日〕竹田直平：《法秩序及其違反》，第304頁。

<sup>18</sup> 馬克昌：《比較刑法原理——外國刑法學總論》，武漢：武漢大學出版社，2002年，第312頁。

<sup>19</sup> 〔德〕阿恩特·辛恩：《論區分不法與罪責的意義》，徐凌波、趙冠男譯，陳興良主編：《刑事法評論》（第37卷），北京：北京大學出版社，2016年，第287頁以下。

者的行為是“不法的”，對法規範的效力而言，沒有任何意義，因為沒有一個合格的社會成員會把精神病患者的行為作為可以仿效的行為來選擇；行為人不可能認識到某行為的違法性，就表明行為根本沒有違反法規範的意思，也就是說，在這種情形中根本不需要使用刑罰來維護發規範的效力；缺乏期待可能性，無非表明行為人處於不能實施合法行為的特殊狀況之中，而“應該”以“能夠”為前提，“不可能做到的東西”不是“應該做到的東西”，法不能期待人實施他做不到的行為，換言之，一個人實施了其他人也不得不實施的行為時，就沒有實施不法。

法規範是客觀的，違法判斷也是客觀的，但是違法本身是具有客觀性的主觀表現。雖然刑法上判斷違法性的標準是客觀的，行為人實施的行為是否具有刑事違法性，應該根據刑法所確立的客觀標準來進行，但是這種客觀性並不能否定刑事違法性在內容上包含主觀的要素。一種與行為人的主觀毫無關聯的法益損害行為，完全不是違法行為。精神病人即使殺害了他人，也不是值得刑法來評價的違法行為，因為從精神病人的殺人舉動中，完全看不出他要“違”法的意義。不僅如此，在一個精神正常者的殺人舉動中，也完全看不出他要“違”法的意義，如果他不可避免地錯誤認為他的殺人舉動屬於《刑法》第20條第3款規定的特殊防衛，或者他為了挽救自己或者自己親人的生命而不得不殺害他人。

有學者認為，“主觀的違法性論沒有區分違法性與責任，從而影響了通說的犯罪論體系，所以被多數學者反對。因此，可以肯定，客觀的違法性的形式意義，就在於使違法性與責任相區別。”<sup>20</sup> 在筆者看來，主觀違法論雖然將可譴責性意義上的責任納入違法性的內容之中，但仍然承認從刑罰目的出發所確定的責任，因此，即使贊成主觀違法論，也可以維持由構成要件符合性、違法性和責任所組成的三階層犯罪論體系。換言之，並不必然存在“使違法性與責任相區別”這種客觀違法論的形式意義。

#### 四、實質責任論的基本思想

在將傳統的責任即可譴責意義上的責任納入不法之中以後，就需要一種新的責任理論，這種理論把責任視為說明需罰性的諸要素的總合。我把這種新的責任理論稱為實質責任論，或者功能責任論。實質責任論，或者功能責任論，是一種從刑法的目的和刑罰的功能出發，以展望未來的眼光，動態地確定責任和認定犯罪的刑法理論。<sup>21</sup> 這種實質責任論，與考慮刑罰目的特別是從預防的視角來判斷值得科處刑罰的責任的“可罰的責任論”<sup>22</sup>，具有基本相同的旨意。

實質責任論的基本主張是，刑法的目的是維護社會的規範性構造，作為犯罪的成立要件之一，責任不能脫離刑法的目的和刑罰的功能而獨立存在。刑法中的責任，首先是行為人對法規範的忠誠問題，其次是社會系統的自治能力問題。<sup>23</sup> 在實施了刑事違法行為的人已經用他的行為證明他已

<sup>20</sup> 張明楷：《外國刑法綱要》，第109頁。

<sup>21</sup> 在基本傾向上，筆者完全贊同伊東研祐教授在其《刑法講義總論》“規範責任論中實質責任論的展開”部分所做的闡述，即“要從犯罪的預防目的這種實質的觀點來把握可罰的責任的內容”。參見〔日〕伊東研祐：《刑法講義總論》，東京：日本評論社，2010年日文版，第250頁。

<sup>22</sup> 參見〔日〕高橋則夫：《刑法總論》（第2版），第337頁。

<sup>23</sup> 更詳細的論述，參見馮軍：《刑事責任論》（修訂版），北京：社會科學文獻出版社，2017年，第352頁以下。

經確立了對法規範的忠誠時，就缺乏刑法上的責任，並因此不存在犯罪；即使實施了刑事違法行為的人沒有用他的行為證明他已經確立了對法規範的忠誠時，也缺乏刑法上的責任，並因此不存在犯罪，如果針對他的刑事違法行為追究他刑法上的責任就會損害社會的規範性構造的話，或者如果即使不針對他的刑事違法行為追究他刑法上的責任也足以維持社會的規範性構造的話。

刑法中的責任不是作為實體的責任，而是一種社會性虛構。<sup>24</sup> 從維護社會的規範性構造出發，實質責任論（功能責任論）在責任的確定上會主要考慮以下兩點：

### 1. 法規範的忠誠

刑罰服務於確立和維護法規範的忠誠。即使行為人以不忠誠於法規範的態度實施了刑事違法行為，但一旦他通過事後的悔改行為有證明力地恢復了他對法規範的忠誠，甚至還通過彌補行為縫合了曾經破裂的社會秩序，也因為不需要確定其刑法上的責任而不需要將其已經實施的刑事違法行為認定為犯罪。

例如，一個窮困潦倒的光頭老男人，在夜晚回家途中看見暈倒在路邊的年輕婦女手裏拿着一個昂貴的手提包，於是他偷走了她的手提包，回家打開手提包發現了巨額現金和一封信，信是她寫給她的父親的，內容是她對父親在她童年時期陪她遊玩香山的美好回憶和對如今窮困潦倒的她父親的未來生活的極度憂慮，他還從信中得知，她是特意帶病回國探望住院的老父親，如泣如訴的文字深深地打動了他的心靈，他悔恨然而堅定地返回到年輕婦女暈倒的地方，並將她送到醫院治癒後，還幫她找到她的父親，將那筆巨額現金交給他。在這個例子中，如果還以“他盜竊他人巨額財產的行為已經既遂”為由而追究他盜竊罪的刑事責任，就會是符合法律形式但是毫無社會價值的刑事追責活動。

又如，一個23歲的年輕人受朋友邀約而參與了其朋友因戀愛糾紛而組織的報復傷人活動，逃亡之後公安機關立即立案展開了偵查，但一直沒有抓獲。23年後，他到公安機關自首，如實供述了23年前參與實施的傷害致人死亡活動，公安機關還得知，他在其逃亡後的23年裏不僅沒再實施任何違法犯罪活動，而且創辦了一家大型企業，他自己還每年都匿名向被害人的家屬捐款，共計230萬元，因為內心的悔恨不安，他最終到公安機關自首了。如果人們仍然以《刑法》第88條“公安機關……立案偵查……以後，逃避偵查……的，不受追訴期限的限制”之規定為根據，堅決主張追究他的刑事責任，那麼就顯示了對（他23歲時的）人性脆弱一面的洞察無力和對（他46歲時的）人性堅韌一面的無動於衷。

無論如何，在社會價值上，刑罰不可能媲美行為人為忠誠於法規範而真誠展開的自我重塑行動。

### 2. 社會的自治能力

刑法是法系統的組成部分，法系統又是社會系統的組成部分。就像法是社會的法一樣，刑法也是社會的刑法，它應該維護社會而不是損害社會。是否需要動用刑罰，也取決於社會的自治能力，即取決於社會的承受力和應對力。

<sup>24</sup> 參見〔日〕高橋則夫：《刑法總論》（第2版），第334頁。



### (1) 社會的承受力

確定責任和認定犯罪，都需要考慮刑法存在於其中的那個特定社會的承受能力。對違法者的刑罰制裁，不能成為該社會所不能承受的重負。例如，在今後一個不短的時期內，中國都會允許對貪污者的人罪門坎低於盜竊者，如果把每個利用職務之便盜竊、侵吞、騙取2,000元公共財物的國家工作人員都按貪污罪處罰的話，就會妨害整個國家機器的正常運轉，因為在今後一個不短的時期內中國仍然會存在大量盜竊、侵吞、騙取2,000元公共財物的國家工作人員，如果他們都受到刑事追究，雖然也能夠體現“根本不應存在任何犯罪”這種法治潔癖，但可能會使中國社會變成人滿為患的法治囚籠。當然，完全有理由相信，中國一定會在某個時期進入對貪污、受賄零容忍的法治純潔狀態。

### (2) 社會的應對力

確定責任和認定犯罪，還需要考慮某一特定社會的應對能力。如果該社會有更加合適的應對措施，就不應該動用刑罰。例如，如果某一社會具有一種該社會允許使用的特效藥，打一針就能夠完全消除某人的性欲，那麼就不需要將該人已經實施的強姦行為認定為犯罪，將其作為病人加以治療就是適當的，而不需要對其動用刑罰。

#### a. 特殊的人際關係

在存在特殊的人際關係時，將已經發生的刑事違法行為認定為犯罪，往往是不必要的，因為這種特殊的人際關係已經比刑罰更合適、更有效地解決了所面臨的問題。例如，針對發生在家庭內部的盜竊行為，只要物主不主張追究行為人的刑事責任，就完全不應以“盜竊罪是公訴罪”為由而確定行為人的責任並動用刑罰加以懲處。

#### b. 事後彌補行為

在行為人的事後彌補行為已經生成了得到法規範承認的穩定社會關係時，將已經發生的刑事違法行為認定為犯罪，也往往是不必要的。例如，如果1名高中男老師與1名已滿15周歲未滿16周歲的高中女學生自願但是持續地發生了性行為，5年之後，該高中男老師與該女生結婚，並幸福地共同生活在一起，那就完全不應以“尚未經過追訴時效”為由而追究該男老師“負有照護職責人員性侵害罪”的刑事責任。在大量的過失行為之後，特別是交通肇事行為之後，如果行為人事後積極的賠償行為已經使其過失行為獲得了受害方的充分諒解，那麼就沒有必要再去確定甚麼刑法上的責任。

針對雅科布斯（Jakobs）教授主張的功能責任論，有種種批判。例如，功能責任論使責任喪失了限定刑罰的功能；功能責任論違反了人的尊嚴，使人成為維護規範信賴的工具；為了維護法規範的效力，需要何種程度的刑罰，缺乏可精確化的標準，等等。<sup>25</sup> 但是，如果正確地理解實質責任論或者功能責任論的話，特別是如果正確地理解了以主觀違法論為前提的實質責任論或者功能責任論的話，就能夠認識到，這些批判並非中的之論。功能責任論並沒有否定可譴責性對犯罪成立所具有的意義，只是將可譴責性視為違法性的內容，並對犯罪的成立要件進行了需罰性的限制，從而進一步限定了犯罪的成立範圍。這種意義上的功能責任論，不僅增強了責任對刑罰的限定功能，而且更加重視了人的自我完善，應該說更好地維護了人的尊嚴。

<sup>25</sup> 參見〔日〕吉田敏雄：《責任概念和責任要素》，東京：成文堂，2016年日文版，第60頁以下。



針對筆者改裝的功能責任論，也有人批判道：“功能責任論還導致責任與不法缺乏關聯性，亦即脫離不法事實決定責任輕重。”<sup>26</sup> 但是，不法只是責任的前提，也就是說，所有的不法要素本來就是責任要素，不法一開始就限定了責任的範圍，就像構成要件一開始就限定了不法和責任的範圍一樣。然而，責任也是犯罪成立的獨立要素，無疑具有不同於不法的內容，某些決定責任有無或者輕重的要素當然可能與不法事實相脫離。

如果應該動用刑罰，就需要在可罰性之外加上需罰性，也就是說，應罰性是由可罰性和需罰性組成的，一個可以用刑罰加以處罰並且需要用刑罰加以處罰的行為，就是一個應該用刑罰加以處罰的行為。不法說明了行為的可罰性，責任說明了行為的需罰性。具有不法和責任的行為，就是一個應該用刑罰加以處罰的犯罪。不過，這只是一種規範邏輯上的結論，如果進一步追問應罰性的實質根據，那就必然涉及關於刑法的最基礎性問題，即刑法是僅僅保護（有時也與公民自由無關的）法益，還是僅僅保護以公民自由為核心的社會規範性構造。關於這個問題，筆者的回答是：刑法僅僅保護以公民自由為核心的社會規範性構造。但是，說明這一答案的理由，並非本文的目的，需要另外撰文論述。

## 五、中國刑事立法的相關規定

中國現行刑法的一些規定，很好地體現了實質責任論的主張，應該受到重視。

### （一）《中國刑法》第201條第4款的規定

《中國刑法》第201條第4款規定：“有第一款行為，經稅務機關依法下達追繳通知後，補繳應納稅款，繳納滯納金，已受行政處罰的，不予追究刑事責任；但是，五年內因逃避繳納稅款受過刑事處罰或者被稅務機關給予二次以上行政處罰的除外。”這一規定表明，只要行為人在初次實施了違法的逃稅行為之後，顯示出履行納稅義務的意願，並自願補繳應納稅款，繳納滯納金，保證了國家的稅收收入，接受了相關的行政處罰，就不需要對其已經違法地實施的符合逃稅罪構成要件的行為予以刑罰處罰。

此外，從中國的刑事和解制度、認罪認罰制度和最近熱烈展開的刑事合規制度中，也完全可以覺察到實質責任論的正當性。一個合法企業因忙於從事生產經營而沒能嚴格執行安全措施，以至發生了安全事故，只要該企業組織力量保障了今後嚴格執行安全措施，就沒有必要追究該企業重大責任事故罪的刑事責任，儘管應該責令該企業賠償被害一方的損失，以及處以相應的罰金。<sup>27</sup>

### （二）《中國刑法》第449條的規定

《中國刑法》第449條規定：“在戰時，對被判處三年以下有期徒刑沒有現實危險宣告緩刑的犯罪軍人，允許其戴罪立功，確有立功表現時，可以撤銷原判刑罰，不以犯罪論處。”這一規定表明，一個已經實施了輕罪的行為人，只要他用“立功”等行為確實地證明他重新回歸到尊重法規、為社會做貢獻的立場上，就無需再將其已經違法地實施的符合構成要件的行為認定為犯罪，就

<sup>26</sup> 張明楷：《責任論的基本問題》，《比較法研究》2018年第3期，第1-19頁。

<sup>27</sup> 關於中國的刑事合規制度，參見陳衛東：《從實體到程序：刑事合規與企業“非罪化”處理》，《民主與法制》2021年第29期，第38-40頁。

像一個犯罪軍人因為在戰場上立功而“不再被認為曾經犯罪”<sup>28</sup>一樣。

今後，中國刑法應該從實質責任論的立場出發，更多地規定以法規範忠誠的恢復為根據的缺乏需罰性的情形。

## 六、中國刑事司法的相關做法

在中國的刑事司法實踐中，過去和現在都存在體現實質責任論的做法，但是，並未得到中國刑法學者的充分重視。

### （一）關於強姦罪的司法解答

1984年4月26日，中國最高人民法院、最高人民檢察院、公安部聯合制發的《關於當前辦理強姦案件中具體應用法律的若干問題的解答》第3條第2款第2項規定：“第一次性行為違背婦女的意志，但事後並未告發，後來女方又多次自願與該男子發生性行為的，一般不宜以強姦罪論處。”這一規定表明，即使行為人先違背某婦女的意志對該婦女進行了強姦，也可以不追究其強姦罪的刑事責任，如果行為人在其後多次與該婦女的自願性行為中表明他沒有繼續不忠誠於法規範，而是已經回歸到尊重該婦女的性自主權的法立場之上。

### （二）關於受賄罪的司法意見

2007年7月8日，中國最高人民法院、最高人民檢察院頒佈的《關於辦理受賄刑事案件適用法律若干問題的意見》第9條第1款規定：“國家工作人員收受請託人財物後及時退還或者上交的，不是受賄。”這一規定表明，即使某國家工作人員收受了請託人的財物，也不能將其行為認定為受賄罪，如果該國家工作人員在收受財物後及時退還或者上交了其收受的財物的話。一名國家工作人員在收受請託人的財物後，又及時退還或者上交了其收受的財物，就表明該國家工作人員主動回歸到符合法規範的狀態之中，就完全不需要將其收受請託人財物的行為作為受賄罪處理。但是，如果一名國家工作人員在收受請託人的財物後，雖然及時退還或者上交了其收受的財物，卻沒有表明其已經主動回歸到符合法規範的狀態之中，例如，其及時退還或者上交所收受的財物的行為是為了掩飾其犯罪，那麼，就仍然要追究其受賄罪的刑事責任。<sup>29</sup>

上述中國刑事司法的做法，完全契合實質責任論的基本構想，值得中外刑法學者充分重視。

<sup>28</sup> 王愛立主編：《中華人民共和國刑法條文說明、立法理由及相關規定》，北京：北京大學出版社，2021年，第450頁。

<sup>29</sup> 也有學者認為，國家工作人員在客觀上利用職務上的便利收受了他人財物，且符合“為他人謀取利益”要件的行為，只要主觀上具有受賄故意，就一定成立受賄罪的既遂。既然是受賄罪的既遂，就不可能以特別理由說該行為“不是受賄”，只有不存在受賄故意的“及時退還或者上交”，才不成立受賄罪（參見張明楷：《刑法學（下）》，北京：法律出版社，2016年，第1217頁）。但是，這種看法並不符合上述規定。從上述規定的前後文脈來理解，即使具有受賄故意，只要收受請託人財物後及時退還或者上交了，而不是為掩飾犯罪才退還或者上交的，就不是受賄。並且，即使形式上已經是受賄罪的既遂，也完全可能實質地以刑事政策上的特別理由（例如，行為人通過自己及時退還或者上交所收受財物的行為，已經自己變得忠誠於“不得受賄”的法規範了）說該行為“不是受賄”。應當將刑事政策融入刑法教義學之中，而不是拒刑事政策於刑法教義學之外。

## 七、結語

犯罪與刑罰具有內在聯繫，刑罰目的也制約着犯罪成立要件的確立；應罰性是犯罪的基本屬性，體現可罰性的不法和體現需罰性的責任，共同確定着應罰性；對體現可罰性的不法而言，行為人主觀的可譴責性是不可缺少的；確定體現需罰性的責任時，既要考慮行為人是否回歸到忠誠法規範的立場之上，也要考慮特定社會的自治能力；在中國的刑事立法和刑事司法中，都存在體現實質責任論的情形；法的支配本質上是意思支配；重視法規範的刑法理論，本質上是維護人的自由的刑法理論，應該以人對法規範的態度為出發點。以上幾點，是我思考法規範與刑法的關係之後得出的主要結論。

### 參考文獻 References:

- 〔日〕山口厚：《刑法總論》（第2版），付立慶譯，北京：中國人民大學出版社，2011年。Yamaguchi, Atsushi, *General Theory of Criminal Law*, translated by Fu, L. Q., Beijing: China Renmin University Press, 2011.
- 王世洲：《現代刑法學（總論）》，北京：北京大學出版社，2011年。Wang, S., *Modern Criminal Law (General Theory)*, Beijing: Peking University Press, 2011.
- 王愛立主編：《中華人民共和國刑法條文說明、立法理由及相關規定》，北京：北京大學出版社，2021年。Wang, A., *Criminal Law of the People's Republic of China: Explanation of Provisions, Reasons for Legislation and Related Provisions*, Beijing: Peking University Press, 2021.
- 〔日〕伊東研祐：《刑法講義總論》，東京：日本評論社，2010年日文版。Ito, Kensuke, *General Lecture on Criminal Law*, Tokyo: Nippon Hyoron Sha Co. Ltd., 2010.
- 〔日〕吉田敏雄：《責任概念和責任要素》，東京：成文堂，2016年日文版。Toshio, Yoshida, *Responsibility Concepts and Elements of Responsibility*, Tokyo: Seibundoh Publishing, 2016.
- 〔日〕竹田直平：《法秩序及其違反》，東京：有斐閣，1961年日文版。Naohira, Takeda, *Legal Order and Its Violation*, Tokyo: Yuhikaku Publishing, 1961.
- 余振華：《刑法違法性理論》（第2版），台北：瑞興圖書股份有限公司，2010年。Yu, Z., *Theory of Illegality of Criminal Law*, Taipei: Ruixing Publishing, 2010.
- 〔德〕沃爾夫岡·弗里施：《變遷中的刑罰、犯罪與犯罪論體系》，陳璿譯，《法學評論》2016年第4期，第91-104頁。Frisch, W., “Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel,” *Goltsdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 162, 2015, pp. 65-85.
- 〔日〕前田雅英：《刑法總論講義》（第6版），曾文科譯，北京：北京大學出版社，2017年。Maeda, Masahide, *Lecture Notes on General Theory of Criminal Law (6<sup>th</sup> edition)*, translated by Zeng, W., Beijing: Peking University Press, 2017.

- 馬克昌：《比較刑法原理——外國刑法學總論》，武漢：武漢大學出版社，2002年。Ma, K., *Principles of Comparative Criminal Law – General Theory of Foreign Criminal Law*, Wuhan: Wuhan University Publishing House, 2002.
- 高銘暄主編：《刑法學》，北京：法律出版社，1982年。Gao, M., *Criminal Law*, Beijing: Law Press China, 1982.
- 〔日〕高橋則夫、馮軍主編：《中日刑法比較研究》，北京：中國法制出版社，2017年。Takahashi, Norio & Feng, J. (eds.), *Comparative Study of Chinese and Japanese Criminal Law*, Beijing: China Legal Publishing House, 2017.
- 〔日〕高橋則夫：《刑法總論》（第2版），東京：成文堂，2015年日文版。Takahashi, Norio, *General Theory of Criminal Law*, Tokyo: Seibundon, 2015.
- 張明楷：《外國刑法綱要》，北京：法律出版社，2020年。Zhang, M., *Essentials of Foreign Criminal Law*, Beijing: Law Press China, 2020.
- 張明楷：《刑法學（上）》，北京：法律出版社，2021年。Zhang, M., *Criminal Law (I)*, Beijing: Law Press China, 2021.
- 張明楷：《刑法學（下）》，北京：法律出版社，2016年。Zhang, M., *Criminal Law (II)*, Beijing: Law Press China, 2016.
- 張明楷：《責任論的基本問題》，《比較法研究》2018年第3期，第1-19頁。Zhang, M., “Fundamental Questions about Responsibility,” *Journal of Comparative Law*, no. 3, 2018, pp. 1-19.
- 陳衛東：《從實體到程序：刑事合規與企業“非罪化”處理》，《民主與法制》2021年第29期，第38-40頁。Chen, W., “From Substance to Process: Criminal Compliance and Corporate ‘Decriminalization’,” *Democracy and Legal System*, no. 29, 2021, pp. 38-40.
- 陳興良主編：《刑事法評論》（第37卷），北京：北京大學出版社，2016年。Chen, X. (ed.), *Criminal Law Review (vol. 37)*, Beijing: Peking University Press, 2016.
- 馮軍：《刑事責任論》（修訂版），北京：社會科學文獻出版社，2017年。Feng, J., *On Criminal Responsibility (Revised Version)*, Beijing: Social Sciences Literature Press, 2017.
- 錢大群譯註：《唐律譯註》，南京：江蘇古籍出版社，1988年。Qian, D. (trans.), *Translation and Annotation of the Code of Tang Dynasty*, Nanjing: Jiangsu Ancient Books Publishing House, 1988.
- Jakobs, Vgl. Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Gruyter, 2011, 2. Aufl., S.1ff.