

# 也论刑事责任

——兼与张令杰同志商榷

张京婴

《法学研究》一九八六年第六期刊登张令杰同志所著《论刑事责任》（以下简称杰文）一文，对刑事责任的一些理论问题作了大胆的探索，使人读后很受启发。但是，文中有些观点值得商榷，故著此文，愿与张令杰同志及广大读者共同探讨。

## 一、关于刑事责任的概念、实质和特点

关于刑事责任的概念和性质问题，杰文指出：“刑事责任是法律责任的一种。”对此，笔者甚以为是。

但是，什么是刑事责任？什么是法律责任？包括刑事责任在内的各种法律责任的实质是什么？对这些问题，笔者与杰文持有不同看法。杰文认为，“所谓法律责任，就是行为人的违法行为必然产生的法律后果。”而刑事责任则“是行为人实施了刑事法律禁止行为必然产生的法律后果。”即刑事责任和法律责任都是法律后果。

笔者认为，把法律责任当成法律后果，这种观点是不正确的，至少这种提法是很不确切，不够科学的。其错误在于它把一种自身不具有现实性而有待实现的东西说成是一种结果。结果或者后果，由其本性所决定，必然只能是一种已经实现的东西，而非一种可能实现、有待实现的东西。法律责任是由违法者的违法行为必然产生的，但是如果只是违法者负有法律责任，而司法机关不去追究、不给予法律制裁，即不去实现法律责任，违法者绝不会因其负有法律责任而自动地实际承受法律应给予的一切不利的后果。被破坏的法律秩序就得不到恢复。也就是说，法律责任是一个自身不具有现实性而有待实现的东西，它要通过法律制裁才能得到实现；离开了法律制裁，所谓的法律责任只不过是一种毫无实际意义的空中楼阁、一种虚设。这种法律责任显然不是法律后果，而只是居于违法行为与法律后果之间的、一种引起法律后果发生的法律上的可能性或必要性。只有法律制裁本身才真正是由违法行为引起的法律后果。

法律责任不是法律后果又是什么呢？笔者认为，法律责任是法律上的一种特殊义务。详言之，它是违法者因其违法行为而产生的、承受国家依法给予的否定性结果（法律制裁）的一种义务。法律责任实际上体现着一种法律关系，其中违法者作为一方，因其违法行为而负有承受法律制裁的义务；而国家作为另一方，因违法者的违法行为而具有依法定程序给予相应的法律制裁的权利。法律责任的实质在于：它是社会成员应对自己的行为向社会或者向作为社会代表的国家负责任的义务在违法条件下的转化。每个社会成员都应当自觉遵守国家法律和统治秩序，不危害社会利益。如果一个有责任能力的社会成员，其行为触犯了法律，破坏

了统治秩序，危害了社会利益，那么他就应当承受国家法律的制裁。这里，前后两个义务的内容显然有联系，但又有明显的不同，发生了变化，变化的原因是条件变了，出现了违法行为。

弄清了法律责任的概念，刑事责任的概念也就清楚了。所谓刑事责任，就是犯罪分子因其犯罪行为而负有的承受国家依法给予的刑事处罚的特殊义务。刑事责任的特殊本质是有刑事责任能力的社会成员对自己的行为向国家负责任的义务在犯罪条件下的转化。刑事责任具有法律责任的各种共同特点，同时还具有由其特殊本质所决定的如下一些特点：

第一，刑事责任是基于犯罪事实而产生的一种法律责任。刑事责任总是与犯罪联系在一起，无犯罪则无刑事责任，有犯罪则必然产生刑事责任。犯罪行为的发生，是引起刑事责任的法律事实，也是使刑事责任区别于其他种类的法律责任的一个内在根据。

第二，刑事责任是严厉程度最强烈的一种法律责任，表现为刑事责任总是与刑罚联系在一起，并通过施用刑罚而达于实现。刑罚就是一国统治阶级规定在刑法中，专门用以处罚犯罪的法律制裁方法，其特点是：不但可以给罪犯造成财产上的损失，例如没收财产，而且能给受罚者直接造成身体上精神上的长久痛苦，例如判处徒刑，甚至可以剥夺受罚者的生命即判处死刑。刑事责任之所以是最严厉的一种法律责任，其原因在于犯罪是社会危害性最大的一种违法行为。

第三，在我国，刑事责任的主体只能是自然人，法人不能成为刑事责任的主体，依照我国刑法规定，法人不能成为犯罪主体，因而也就不能成为刑事责任的主体，以法人名义实施的犯罪，其刑事责任只能由直接责任人员承担。但是，按照法律规定，其他法律责任的主体，如民事责任、行政责任的主体，则既可以是自然人，也可以是法人。

第四，在我国，刑事责任的承担者只能是罪犯本人，或者说刑事责任的承担具有不可移转性。在民法上，如果某人负有赔偿他人因其违法侵权行为造成的财产损失的民事责任，而该人在赔偿之前死去，那么谁继承此人的财产，谁就负有赔偿此项损失的民事责任。可见民事责任的承担具有可移转性，实际承担责任的主体可以发生变化。但刑事责任则不然，由于现代文明各国的刑法均主张罪责自负而反对株连，我国刑法亦如此，因此，在我国刑事责任只能由犯罪者本人承担，不得株连未曾参与犯罪的任何其他人，即使罪犯已死或逃亡在外，也不能由任何他人代其负刑事责任，即刑事责任的承担者不可移转。

第五，对刑事责任必须按刑事诉讼法的规定予以追究。由于刑事责任与民事责任、行政责任相比具有不同的特点，因而追究责任的方式和程序也不同，追究民事责任采用民事诉讼程序，追究行政责任采用行政诉讼程序，而追究刑事责任则只能采用刑事诉讼法规定的刑事诉讼程序。在我国，依刑事诉讼法的规定，追究刑事责任的刑事诉讼程序具有一些特点：

(1) 除暴力干涉婚姻自由、虐待和侮辱、诽谤等少数犯罪外，对犯罪分子的刑事责任应由司法机关依照职权主动追究，而不适用民事诉讼中的不告不理原则；(2) 公、检、法三机关共同参加诉讼、依法各尽其职，互相监督，互相配合；(3) 刑事被告人有权为自己辩护，即使不主动提供有罪证据，亦不能认为是加重处罚的情节；(4) 确认被告有罪并予以法律制裁的决定必须由人民法院以判决方式宣告，等等。

## 二、实现刑事责任的方法

关于实现刑事责任的方法问题，杰文以为实现刑事责任的方法不仅是刑罚，还包括其他

一些方法。杰文还列举了一些刑罚之外的其他“实现刑事责任的方法”。杰文的观点并非独有，国外也有一些学者持这种观点，例如苏联刑法学家П·В·巴格里—沙赫马托夫等在其论著《刑事责任与刑罚》中就表述了这种观点。但是，据笔者所知，国内外刑法学界一般却认为实现刑事责任的方法只能是刑罚。对此问题，笔者的观点是：第一，在我国，除刑罚之外，尚不存在另一种实现刑事责任的方法；第二，解决刑事责任的方法应具体体现在刑法规定中，实现刑事责任的方法只能是刑罚。现分别加以说明。先说第一点。

实现刑事责任的方法作为一种法律制裁方法应由立法加以规定，这是法制原则的要求。按照我国现行的法律规定，实现刑事责任的方法只有刑罚一种。除刑罚外，法律并未规定其他的实现刑事责任的方法。因此，在我国实现刑事责任的方法只能是刑罚，此外找不出另一种实现刑事责任的方法。至于杰文所列举的刑罚之外的各种“实现刑事责任的方法，”其实都不是实现刑事责任的方法，把它们看成是实现刑事责任的方法是对我国有关法律规定的误解。下面笔者试对杰文列举的各种非刑罚方法逐一加以分析。

刑事诉讼强制措施(这一概念我国法学界一般也称为刑事强制措施)，不能成为实现刑事责任的方法，这是由刑事诉讼法的性质所决定的。刑事诉讼法是程序法，其目的和任务是保障刑事诉讼的顺利进行，保障司法机关通过刑事诉讼准确认定犯罪、正确适用法律追究罪犯的刑事责任。它本身只应作程序性规定而不可能有实体性规定。而什么是犯罪，如何追究罪犯的刑事责任(以何种方式实现刑事责任)，这在法律上是实体性的东西，只能由实体法规定。刑事诉讼强制措施是刑事诉讼法所规定的，因此它的目的只能是防止罪犯逃跑或继续犯罪、保障刑事诉讼的顺利进行，并且只能在刑事诉讼的过程中，即刑事判决或决定生效之前采用。按照法制原则，在刑事判决和决定生效之前被告人刑事责任尚未确定，此时谁也无权以任何形式去实现被告人所谓的刑事责任，否则就是违法。刑事诉讼强制措施特有的目的性和时间性决定了它在法律性质上不可能是一种法律制裁方法，当然也就不可能是一种实现刑事责任的方法。

杰文解释道：刑事诉讼强制措施作为一种实现刑事责任的方法具有“不确定性”。但是这种解释似乎难以自圆其说。按照杰文的说法，刑事诉讼强制措施于实施时作为一项已发生的客观事实，其性质是不确定的，而它的性质的确定不是决定于其自身，也不是决定于案件事实，而是决定于司法机关对案件事实的主观确认。这就是说，不是客观决定主观，而是主观决定客观。这显然不符合马克思主义哲学的基本原理。至于刑法关于刑期折抵的规定，更说明刑事诉讼强制措施不是实现刑事责任的方法。很显然，如果刑事诉讼强制措施是名正言顺的实现刑事责任的方法，也就没有必要将原以逮捕或拘留的名义羁押的日期通过折抵划到属于刑罚的管制、拘役或有期徒刑的名下了。

按照我国各项行政立法的规定，行政制裁方法(杰文称为行政强制措施)只是实现行政责任的方法，而不能作为实现刑事责任的方法。例如我国第六届人大常委会新颁布的《治安管理处罚条例》第二条明确规定：“扰乱社会秩序，妨害公共安全，侵犯公民人身权利，侵犯公私财产，依照《中华人民共和国刑法》的规定构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚，应当给予治安管理处罚的，依照本条例处罚。”因此，杰文认为行政制裁方法可作为实现刑事责任的方法是不符合我国立法规定的。至于“注销城市户口”，按照第五届人大常委会《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》和最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于严厉打击劳改犯和劳教人员在改造期间犯罪活动的通知》这两个法律文件的精神，根本就不是一项法律制裁方法，而只不过是一项加强对劳改犯和劳

教人员的教育改造，有效维护社会治安，尤其是大中城市社会治安的行政管理措施。杰文以此为例尚不足以说明行政制裁方法能够成为为实现刑事责任的方法。

《人民法院组织法》第34条和第38条规定，被剥夺过政治权利的人不得担任某些司法职务，法院组织法这两项条款是否规定了一种实现刑事责任的方法呢？否！因为从法律性质上看，这两条只是关于公民担任某些司法职务的资格的规定，而不是关于法律制裁方法的制裁性规定。再者，一个人可能因犯较轻的罪而被剥夺过政治权利，按这两条的规定，该人此后终身都不能再担任某些司法职务，如果认为这是实现刑事责任的方法，就只好认为该人到死都负有刑事责任，到死都是一个罪犯，这未免不合情理。

按照权威性解释，外交特权和豁免权的一项重要内容就是：享有该项权利的外国人不受所在国司法管辖，即使该人犯了罪，所在国也无权追究其刑事责任。既然如此，一国的法律中也就没有必要、也不应当规定实现享有外交特权和豁免权的外国人刑事责任的法律制裁方法。事实上也没有哪一个国家的立法作出这种自相矛盾的规定，我国亦是如此。杰文认为我国立法和司法实践中存在着实现享有外交特权和豁免权的外国人刑事责任的方法，这是对我国刑法第8条规定的含义和有关机关一些具体作法的法律性质的误解。就驱逐出境来说，如果不是由司法机关经刑事审判和司法判决而实施的，也不是实现刑事责任的方法。

不错，免于刑事处分和免于起诉是一种有罪宣告。但是，有罪宣告只是司法机关对已经发生的犯罪事实的主观确认，尽管是一种权威性确认，其本身还不能成为一种法律制裁，而只是实施法律制裁的一个前提条件。因此，仅以免于刑事处分和免于起诉是一种有罪宣告，尚不足以认定其为一种实现刑事责任的方法。免于刑事处分和免于起诉是解决刑事责任的一种基本方式，但解决的方法不是实现，而是解除。按照法律规定，其基本内容是：第一，宣告有罪，应负刑事责任；第二，宣告解除刑事责任，免于刑事处罚。

按照刑法第32条的规定，训诫、责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失等，是以免于刑事处分为前提的，因此不能认为这些处理方法是实现刑事责任的方法，赔偿损失是一项实现民事责任的方法。

再讲第二个观点。什么叫刑法？刑法就是专门规定什么行为是犯罪和如何惩罚犯罪的法律，简而言之，是关于犯罪与刑罚的法律。在一切法制国家里，司法机关认定犯罪、追究刑事责任完全以刑法的具体规定为依据。一般说来，按照各国刑法的规定足以解决各种不同情况的刑事责任问题。例如，按照我国刑法的规定，解决刑事责任的方法，轻者是可以解除刑事责任，如免于刑事处分，重者可以适用刑罚去实现刑事责任，而刑罚中最重者可以剥夺受罚者的生命，既然什么行为是犯罪专由刑法来规定，既然刑法规定的方法足以解决各种不同情况的刑事责任，而刑罚又是一种最严厉的法律制裁，那么，有什么必要在刑法之外再去规定其他的解决刑事责任的方法，又有什么必要在刑罚之外再去寻找其他的实现刑事责任的方法呢？再者，刑罚，或者叫刑事制裁方法，与民事制裁方法，行政制裁方法等，都是法律规定的法律制裁方法，都用于解决法律责任问题。对犯罪行为 and 行政违法行为也可以给予民事法律制裁，如赔偿损失。刑罚可以限制或剥夺受罚者的自由，行政制裁方法同样也可以限制或剥夺受罚者的自由，如行政拘留、劳动教养等。并且，刑事处罚、民事处罚和行政处罚都有经济性的制裁方法，刑事的如没收财产，民事的如赔偿损失，行政的如罚款。也就是说，刑事、民事和行政等各种法律制裁方法之间有许多相同点。但是，它们之间同时还存在着质的区别，区别在于它们分别用于解决不同的法律责任。刑事制裁方法即刑罚，是法律所规定

的实现刑事责任的方法,民事制裁方法和行政制裁方法则分别用于实现民事责任和行政责任。不同的方法用于解决不同的特殊矛盾,不同的法律责任使不同的法律制裁方法相互区别开来。因此,我们可以说,同一个行为可同时引起不同的法律责任。例如一个犯罪行为可以同时引起刑事责任和民事责任。我们也可以说,同一类行为可以引起不同的法律责任,例如,同是危害社会治安的行为,情节较轻者可以引起行政责任,情节严重者可以引起刑事责任。但是,我们不能说,同一种法律责任可以用不同的法律制裁方法来实现;同样也不能说,可以用同一种法律制裁方法去实现不同的法律责任,否则就混淆了不同法律制裁方法之间质的区别,也就不符合法制原则的要求。

总结以上两个方面而应得出的合理性结论就是:解决刑事责任的方法应由刑法来具体规定,实现刑事责任的方法只应是刑法所规定的刑事制裁方法即刑罚。如果一个刑法有不完善处应当作的是修改完善它,而不是在刑法规定的刑罚之外去寻找其他的实现刑事责任的方法。

### 三、刑事责任的根据和阶段

关于刑事责任的根据,杰文认为,“犯罪行为是刑事责任的根据。”仅就这个结论而言,笔者基本赞同。但是,杰文似乎认为目前我国多数刑法学论著主张犯罪构成为刑事责任的唯一根据而否认犯罪行为是刑事责任的根据。笔者认为,这恐怕是一个误解。犯罪行为与刑事责任是什么关系?犯罪或犯罪行为的基本含义是什么?回答前一个问题,犯罪行为与刑事责任紧密相联,是必然性的一一对应关系。也就是说,刑事责任必然而且只能由犯罪行为引起,犯罪行为就是应负刑事责任的行为;反之,应负刑事责任的行为也就是犯罪行为。第二个问题,犯罪或犯罪行为至少有两个基本含义:其一,犯罪或犯罪行为是一种人的行为,而不是一种规定;其二,此行为从其法律性质即行为与法律规定的关系上看,符合法律规定的犯罪构成即是刑事法律禁止的行为。对这两个问题的回答,也许我国刑法学界多数人都会反对。据此,笔者认为,我国一些刑法学论著强调犯罪构成的重要性,说犯罪构成是刑事责任的唯一根据或基础,不仅没有否认犯罪行为与刑事责任的对应关系,没有否认犯罪是人的行为,而且恰恰是以承认此二者为前提的,是从强调确定某一行为是否为犯罪,即是否应负刑事责任,应以法律规定(的犯罪构成)为唯一标准的意义上讲的。他们认为只有当某一行为具备法律规定的犯罪构成才能确定此行为是犯罪行为,应负刑事责任,否则就不能认其为犯罪,应负刑事责任。而犯罪构成之所以重要,也仅仅由于其在确定某一行为是否为犯罪时起划分标准的作用。因此,在刑事责任与犯罪行为的关系问题上,我国刑法学多数论著的观点与杰文并无本质差别。但是,由于在我国刑法学的一些论著中,诸如“根据”、“依据”、“前提”、“基础”之类的词,在使用上有时并不很严格、很确切、很统一,因此,尽管观点基本相同,表述不一样,也常会引起误解。

关于刑事责任的阶段问题,笔者认为,刑事责任从产生到消灭一般经过三个阶段。

第一个阶段:刑事责任的自然产生阶段。这一阶段从行为人实施犯罪(预备犯罪也包括在内)之时起,到司法机关开始立案之时止。在此阶段,刑事责任伴随着犯罪行为的发生而自然产生,成为一种客观存在。

第二个阶段:刑事责任的主观确认阶段。此阶段从司法机关开始立案之时起到有罪判决生效之时止,为司法机关依法定职权与程序查证刑事被告人客观上是否犯有罪行,从而确认其是否负刑事责任,并决定应否给予刑事处罚的过程。

第三个阶段：刑事责任的实现阶段。这一阶段从人民法院确认被告人有罪并科以刑罚的判决生效之时起到刑罚执行完毕或罪犯在刑罚执行过程中得到赦免之时止。此阶段的完结标志着刑事责任的消灭。

以上是一般情况下刑事责任从产生到消灭的整个过程所经过的阶段，具有典型性和完整性。但是，在一些特殊情况下，刑事责任产生后并未经过第三或第三阶段就归于消灭。例如，告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；犯罪后在追诉时效内未被追诉的；犯罪后罪犯在有罪判决生效前死亡的；司法机关确认被告人有罪，但决定免于刑罚处罚的；犯罪军人被判处徒刑宣告缓刑，因有立功表现被撤销原判刑罚不以犯罪论处的等等，都是如此。

## 试析刑法第六十四条及其适用

柯 葛 壮

我国刑法第64条的规定是实行数罪并罚的最基本的法律依据。几年来的司法实践证明，这一规定对处理数罪案件基本上是管用的，起到了预期的作用，改变了过去对数罪“估堆”判刑的老办法，使定罪量刑更加合理化、科学化。但是，由于条文的规定比较概括，而数罪并罚的实际情况却更为具体复杂，加上人们对立法精神的理解和认识不尽一致，因此在具体执行中，就难以达到统一。这显然对于厉行法制是很不利的。本文就数罪并罚中若干有争议的问题作一些探讨，并在此基础上为完善数罪并罚的立法提出一孔之见。

### 一、数罪判处不同刑种的并罚问题

根据刑法第64条第1款规定，对数罪都判处管制、拘役或有期徒刑同一刑种的，如何并罚的问题很容易解决，直接按限制加重原则办即可。但对于数罪分别判处管制、拘役和有期徒刑不同刑种的，如何并罚？则成了疑难问题。例如，一个罪宣告有期徒刑，另一个罪宣告拘役，再一个罪宣告管制，此时究竟应三个刑种各管各分别执行呢？还是应合并为一个刑种执行？分别执行应如何执行法？合并执行又应如何执行法？这些问题从刑法第64条中都无法找到具体解决的依据。于是在学说上遂提出了不同的解决方法：

一种最为流行的意见是采“折算法”，即先将不同的刑种折算为同一刑种，例如将拘役、管制折算为有期徒刑，将管制折算为拘役。折算的方法是：拘役一日等于有期徒刑一日，管制二日等于有期徒刑一日或拘役一日。然后再按限制加重原则并罚。<sup>①</sup>另一种意见则主张采“吸收法”，即按重刑吸收轻刑的原则来办，例如一个罪宣告有期徒刑，另一个罪宣告拘役或管制，就只决定执行一个有期徒刑，而无须再执行拘役或管制。其理由是，在执行重的刑罚之后再执行轻的刑罚，就适用刑罚的目的来说，已失去了实际意义，也不利于对罪犯的改造。<sup>②</sup>而在审判实践中，有的采取一种更为“省事”的绕道走的方法，即数罪本应分别宣告有期徒刑、拘役和管制不同刑种，但为避开适用法律上的困难，就干脆不加区别

① 参见统编教材《刑法学》第273页。

② 参见周道鸾、张泗汉，《关于适用数罪并罚的几个问题》，《法学研究》1983年第1期。