

雅各布斯的客观归责理论研究

周维明

内容提要:客观归责理论虽然是国内学界讨论得颇为热烈的刑法学理论问题,但对该理论的引介与讨论皆以罗克辛的体系为主,对客观归责理论的另一位巨匠雅各布斯的体系则言之甚少而且存在不少误解。本文在对罗克辛的客观归责体系存在的不足进行反思的基础上,引介雅各布斯的客观归责理论体系。前者为哲学叙事,后者为社会学叙事。雅氏理论以卢曼的法社会学为理论基础,通过规范性期待与结果犯的规制形式这两个核心概念,发展出了结构精致的六步骤判断规则体系,在阶层式递进的分析框架中充分地论证了将结果归责于行为人的合理性,不仅为刑事归责问题奠定了客观主义的坚实基础,而且还展现出刑法教义学对科学性、精确性的追求。这一体系不仅实现了客观归责理论的社会学转型,更彻底地实现了该理论的实质化,影响了传统的犯罪论构造体系与刑法解释论等刑法学中的重要问题。

关键词:客观归责 雅各布斯 规范性期待 结果犯规制

周维明,中国社会科学院研究生院法学系 2012 级博士研究生。

一 绪 论

客观归责理论在德国的传播已经大有年矣,^[1]在进入我国学者的研究视野之后,引

[1] 客观归责理论的思想渊源可以追溯到黑格尔,拉伦茨将其引入法学领域,而霍尼希进一步将其在刑法领域发扬光大。罗克辛于上世纪 70 年代就已提出了客观归责理论,并于 1992 年在其《刑法总论——犯罪原理的基础构造》中构建了一个体系较为完整清晰的理论体系,客观归责理论遂风靡德国并一发而不可收。参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 376 页以下;Friedrich-Christian Schroeder, *Der Blitz als Mordinstrument: Ein Streifzug durch 150 Jahre Strafrechtswissenschaft. Anhang: Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung*, Duncker & Humblot GmbH, 2009, S. 56.

起了广泛而热烈的讨论。有关引介和研究客观归责理论的专著如雨后春笋,^[2]不少学者肯定该理论对我国刑法因果关系问题研究所具有的积极意义,甚至主张引进该理论作为解决困扰我国刑法学界已久的因果关系问题的新思路。^[3]当然,也有不少学者持反对与质疑态度。^[4]

仔细梳理刑法学界对于客观归责理论的研究成果,可以发现一个有趣的现象,即对客观归责理论无论赞同与否,对该理论的基本内容及其理解均像德国本土那样,惟罗克辛(Claus Roxin)的《刑法总论——犯罪原理的基础构造》中的相关内容马首是瞻,^[5]而忽视了客观归责理论的另一位巨匠雅各布斯(Günther Jakobs)的相关阐述。^[6]这说明刑法学界对客观归责理论的引介与反应尚有待扩展。^[7]笔者不揣冒昧,试图对雅各布斯的客观归责理论做一番浅介,以期唤起学界对其理论的关注。

本文的另一个目的在于澄清对雅各布斯的客观归责理论的某些误解。雅各布斯的客观归责理论曾被某些学者看作是“只是对罗克辛所发表的看法作一个归纳整理、在实例讨论上有所充实而已”,“反而因为他个人一些特殊的看法……产生更多混淆”,“论理……恣意无忌”。^[8]本文认为,雅各布斯的客观归责理论虽然与罗克辛的体系在表面上有一定的相似之处,但是两者的理论基础、体系架构、论理方式乃至在犯罪论体系中的地位与影响均有所不同。雅各布斯的客观归责理论,论证严密、学理精深,是罗克辛相关理论体系的有力竞争者,颇值得我国刑法学者研究与探讨。

二 客观归责理论的哲学叙事:罗克辛体系

在引介雅各布斯的客观归责理论之前,有必要先回顾一下罗克辛的体系,弄清其理论基础,基本架构以及不足之处,如此才能真正理解雅各布斯的理论体系究竟与其有何不同。但在此不拟赘言已经被研讨过无数次的罗克辛体系的全部内容,而是仅就与本文相关的一些内容展开叙述。

罗克辛将自己的犯罪论体系称为“目的理性体系(Das zweckrationale Strafrechtssystem)”,

[2] 参见王扬、丁芝华著:《客观归责理论研究》,中国人民公安大学出版社 2006 年版;吴玉梅著:《德国刑法中的客观归责研究》,中国人民公安大学出版社 2007 年版;许永安著:《客观归责理论研究》,中国人民公安大学出版社 2008 年版;张亚军著:《刑法中的客观归属论》,中国人民公安大学出版社 2008 年版;童德华著:《刑法中客观归属论的合理性研究》,法律出版社 2012 年版。

[3] 这方面的代表性人物为陈兴良教授,其不仅明确主张以客观归责理论作为解决刑法中因果关系的最终思路,甚至主张废弃我国现行的犯罪构成理论,引进德日的三阶层犯罪论体系以为该理论争得立足之地。参见陈兴良:《刑法因果关系:从哲学回归刑法学——一个学说史的考察》,《法学》2009 年第 7 期。

[4] 参见周光权:《刑法中的因果关系和客观归责论》,《江海学刊》2005 年第 3 期;张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2011 年版,第 179 页以下。

[5] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 390 页。

[6] 客观归责理论在德国虽然颇有争议,但最为完整清晰的构造也只有罗克辛与雅各布斯两家体系,至于细节性的讨论,则以普珀教授的研究最为彻底。

[7] 根据笔者搜集的资料来看,国内似乎只有许玉秀教授与冯军教授曾专门论及雅各布斯的客观归责理论。

[8] 许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 461、475 页。

其基本的理论基础是在两次大战间盛行一时但最终没落的新康德主义^[9]和新黑格尔主义。^[10] 罗克辛认为,现今盛行的新古典暨目的论犯罪论体系虽以新康德主义为思想基础,但是新康德主义的文化价值观与概念,语意含糊不清,因此必须以刑法体系化所特有的刑事不法标准予以取代,这个标准就是所谓作为现代刑事政策基础的现代刑罚目的理论。^[11] 藉着此一基础建构价值,整个犯罪论体系就被构建成一个规范性的评价体系。

那么,根据何等标准去评价一定的构成要件结果可否归责于行为人的行为这一刑法学的经典难题呢? 罗克辛在此诉诸于新黑格尔主义“将结果当作行为人的作品而归责于行为人”的归责思想,提倡客观归责理论。他认为,刑法理论的任务在于对侵害法益的结果予以归责,而这种归责,必须视行为人是否违反规范的要求而定。因此,在客观归责理论中,法秩序的“客观目的性”才是归责的根本决定要素。客观目的性决定于两个彼此互相决定的要素——规范保护目的和行为的危险制造能力。罗克辛认为,如果行为具有危险制造能力,而且在规范保护目的的范围内,则行为就具有了客观目的性,是客观构成要件中的行为。根据这两个要素,客观归责原则包含三个判断规则,即制造不被容许的风险、实现不被容许的风险和构成要件的效力范围。在这三个规则之下,包含一些反面的判断标准,由此构成了像“罗生门”一般复杂的客观归责理论体系。^[12]

乍一看,罗克辛的客观归责体系理论基础扎实、构思精巧、意蕴深厚,但如果细细推敲的话,还是存在一些难以回应的问题。

第一,罗克辛体系可以看作是以黑格尔哲学为基础的客观归责理论的哲学叙事。问题在于,黑格尔的归责理论真的可以作为客观归责的哲学基础吗?

黑格尔在其《法哲学原理》中指出,凡是出于故意的事情,均可以归责于行为人,这是犯罪问题的基本原则。具体而言,行为人的行为只有作为意志的过错才能归责于行为人,而行为结果只能在行为人的意志所表象的范围内被归责于行为人。^[13] 由此可见,黑格尔非常强调人的主体性,认为人的行为是主观意志的外在体现,出于行为人意志表现的行为,才是行为人的行为,为行为人意志所及的结果,才是归责的对象。^[14] 人的意志的可支

[9] 新康德主义分为两个学派。马堡学派以柯亨为代表,主张使用时间、空间和本质这些范畴来建构科学,该学派影响了凯尔森的纯粹法理论体系。西南德意志学派则以文德尔班、李凯尔特为代表,主张区分事实描述与价值判断,利用特定的价值观去建构人文科学。该学派对德国刑法学产生了巨大影响。客观归责理论的区分自然因果联系与法规评价的主张即是来源于此。该学派主张价值是特定的文化观,但又对各种文化观的优劣态度暧昧。所以罗克辛批评其价值文化观“语意含糊不清”。参见[美]沃格林著:《自传性反思》,徐志跃译,华夏出版社2009年版,第22页以下。

[10] 新黑格尔主义的代表为宾德尔、舍恩费尔德、拉伦茨等,主张复兴当时已经衰落的黑格尔学派,并将黑格尔的哲学、法学理论,特别是归责理论引入到法学中去。参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第125页以下。

[11] Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck München, 2006, S. 206.

[12] Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck München, 2006, S. 371ff, S. 377f. 另参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第391页。

[13] 参见[德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1996年版,第118页以下。

[14] See Dudley Knowles, *Routledge Philosophy GuideBook to Hegel and the Philosophy of Right*, Routledge, 2002, pp. 170ff.

配性才是统摄归责的原则。这样看来,黑格尔的归责原则并不是“客观”的,而是有“主观的意志归责”之嫌。

而按照罗克辛的观点,客观归责理论中的“客观目的性”,并不决定于人的意志的可支配性,而是决定于行为人的行为是否创造了法秩序所不许可的风险。^[15] 因此,归责的问题与行为人个人的意志无关,而仅仅取决于对客观的风险判断。

由此可见,黑格尔的主观归责原则与罗克辛的客观归责原则是存在龃龉的。那么罗克辛所自称的将客观归责理论奠基于黑格尔的归责原则就大可质疑了。为了消除这一龃龉,罗克辛又主张客观不法优先于主观不法,人的意志的可支配性应该解释为:在客观上对侵害法益具有法秩序上的重要性的,才是人的意志可支配的。这显然是一种将故意客观化的企图。但这一企图非但不能解决问题,反而制造了更多的混乱,且不说这种将故意客观化的企图与其一向强调故意不可能被客观化的立场相悖,^[16] 如果客观不法优先于主观不法,而客观不法是按照客观归责理论,根据一般人的社会生活经验来确定的话,那么在行为人对风险有特别认知的场合,比如怂恿他人登上行为人知道安放了炸弹的飞机时,在对其行为的客观不法进行判断时所得出的结论就与无特别认知者没有什么不同,这样的结论,恐怕连罗克辛自己都不会满意。

第二,罗克辛的客观归责体系中的核心要素,客观目的性与法规范的保护目的,虽然比“社会相当性”一类的说辞看起来要明晰一些,但仍然暧昧不清。如前所述,罗克辛主张,客观不法优先于主观不法,而且是按照客观归责理论,根据一般人的社会生活经验来确定的。那么对客观目的性与法规范的保护目的的阐释,就不能脱离社会的语境。然而,黑格尔的归责理论在辩证逻辑的层次上优先于其国家和社会理论,^[17] 这就意味着,黑格尔的归责理论是脱离社会语境的(至少是在逻辑上)。这样一来,以该理论为建构基础的客观归责理论无法明确说明客观目的性与法规范的保护目的的来源与判断基准。^[18] 客观目的性与法规范的保护目的也就成了无根之木,无源之水,欠缺明确性,无法建立起普遍性及一般性合理的基础,这又如何能落实到对于各种不同形态的犯罪类型的判断上去呢?^[19]

第三,罗克辛的客观归责体系存在的上述缺陷导致其理论体系从主要规则到细部规则,从理论建构到实例归纳的凌乱。由于缺乏实质性的标准来确定客观目的性与法规范的保护目的,他随心所欲地摆置各种犯罪的构成要素,同一要素有时被当作构成要件要素,有时被当作违法性要素,犯罪阶层架构十分混乱。^[20] 故有学者批评其体系本身没有

[15] Vgl. Claus Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, Schwartz, 1970, S. 133ff.

[16] “客观故意”理论似乎能在一定程度上缓解这一龃龉,但是罗克辛强调故意不可能被客观化。参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 410 页。

[17] 参见[英]W. T. 斯退士著:《黑格尔哲学》,鲍训吾译,河北人民出版社 1986 年版,第 374 页以下。

[18] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 476 页。

[19] 参见柯耀程著:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 39 页。

[20] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 407 页。

统一的定义,自始无法成为一个有实证意义的概念。^[21]

由此可见,罗克辛对客观归责理论的哲学叙事难以自圆其说,因此不尽如人意。但需要指出的是,本文绝非意在否定罗克辛筚路蓝缕的成果。我们承认,对哪怕是一个极其单调的,极具实用性的刑法问题的思考,也会使最讲究实际的裁判者成为一名哲学家。^[22]但是,对刑法学这样一门社会科学而言,仅有哲学叙事是远远不够的。人类历史演变发展的过程告诉我们,刑法是随着家庭、私有制和国家产生而诞生,^[23]它其实是一种游走在个人私权与社会公益之间的“社会法”,其根本目的在于维护社会秩序,确保人类交往行为的顺利进行。因此,刑法学的叙事,包括其哲学叙事,就不能脱离一定的社会语境。因此,客观归责理论不仅仅应当是哲学叙事,更应当是社会学叙事。在这方面,雅各布斯的客观归责理论树立了一个很好的榜样。

三 客观归责理论的社会学叙事:雅各布斯理论

(一) 客观归责理论的社会学奠基

现在比较一致的观点是,雅各布斯的客观归责理论是根据德国社会学家尼克拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)的社会学系统理论架构的,^[24]因此,在引介其理论之前,有必要先回顾一下卢曼的法社会学理论。

卢曼的社会学系统理论认为,全社会的结构形式是社会演化的产物,作为一个整体系统的全社会在不断地分化出它的子系统。全社会的分化经历了三个演化阶段:(1)片段式分化,即全社会系统分化为类似的或相同的子系统,比如家庭、部落和村庄等等。(2)层级式分化,即全社会系统分化为不同类的,阶层式的子系统,并将各色人等归属到不同的层级中去。(3)功能性分化,也是现代社会的分化形式,即全社会分化为具有不同功能的子系统,这些子系统均负担减少、降低全社会系统在运行过程中的复杂性,确保社会沟通有序进行的功能。^[25]

全社会的诸多子系统中的法律子系统持续性地对其他社会系统的运作及其事件进行评判。法律子系统内部包括了所有与法律有关的沟通,其余与法律无关的沟通形成了法律子系统的环境。法律子系统,如同其他子系统一样,是一个在运作上封闭,在认知上开放的系统,它具有自创生性(即法律系统自己创造构成该系统的诸要素,不受外界环境的其他因素的直接干涉,法律系统藉此获得了自治性),自我指涉性,利用“法—不法”这组二元符码,采取条件式的纲要进行运作,其功能就是维持社会的规范性的行为期待,即使在没有实现或落空时也会得到社会肯定的行为期待。如此一来,人们就能知道社会提出

[21] 参见黄荣坚著:《基础刑法学》(上),中国人民大学出版社2009年版,第142页。

[22] See Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd, 2010, pp. 90ff.

[23] 参见[德]恩格斯著:《家庭、私有制和国家的起源》,载《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1965年版,第27页以下。

[24] 参见田中久智:『ヤコブスの積極的一般予防論とルーマン社会システム理論』,比較法制研究(1996年)1頁以下。

[25] 参见Georg Kneer, Armin Nassehi著:《卢曼社会学系统理论导引》,鲁贵显译,巨流图书公司1998年版,第158页以下。

并维持了哪些期待,并可以根据这一期待预测他人的举动,调整自己的行动,避免所谓“双重偶连性”问题,以确保社会沟通的有序进行。^[26]

雅各布斯根据卢曼法社会学中的规范性期待理论构建出了其特殊的客观不法理论。在雅各布斯看来,单独的个体,不可能在他与他的环境之间进行区别,因此没有自我意识,亦无自由与义务可言。由于个体数目的增加,个体无法处理大量的信息,为控制交往中的风险,团体诞生了,团体中的自由、义务也随之而生。个体只有在被团体所接纳时,才具有区别法与不法,义务与自由的能力,因此具备了自我意识,成为所谓的人格体(Person)。团体的存续形成了一定的将人格体相互联系的框架,由这个框架产生了稳定的对人格体的行为期待,这就是所谓的规范。人格体的秩序,即规范的组合,进一步形成了社会。社会被理解为规范性的世界,不属于规范的事物将被归属于社会的环境。责任归责,表示了对破坏规范的行为的不允许性,以及对规范的肯定性。^[27]

这样的思想形成了客观归责理论的社会学叙事的基本框架:社会约束的不是个体,而是人格体。^[28]个体只有被涵括到社会中才能成为真正意义上的人并在社会中扮演相应的角色。社会对每个人根据其所扮演的不同社会角色给予了不同的规范性的行为期待,这些行为期待形成了规范。刑法处罚逾越规范的人,从二阶观察的角度来看,不是因为其行为侵害了法益,而是因为其行为违反了规范性的行为期待,社会需要对此施加刑罚以稳定社会公众的一般性行为期待而已。^[29]从根本上来说,刑事归责的基础在于犯罪人对法秩序和规范的破坏。刑法的基本任务就是,将规范作为社会接触的定向模范加以维护,而刑罚就是规范的违反者因其对规范的否定态度而支付的代价,是对规范违反的否定。刑事政策与刑法体系的基本任务,不在于威吓潜在的犯罪人不去犯罪(消极的一般预防),而在于维护社会公众对法秩序的一般信赖(积极的一般预防)。^[30]雅各布斯由此发展出客观归责理论的两个根本决定要素:第一就是刑法的目的,即确保规范性期待,按照这一规则保护目的,具有社会相当性的行为即使因为不幸的因果链条造成了损害,也不可归责,被允许的风险、信赖原则、与保证人有关的举动乃至回溯禁止均为解释社会相当性的基准;第二就是在刑法上占支配地位的结果犯的规制形式,由行为人创造的法不许可的风险在实现时必须考虑这一规制形式,再在这两个根本决定要素的基础上推演出一系列复杂的判断规则。作为统摄整个构成要件阶层的客观归责理论的客观目的,藉此找到一个“阿基米德点”,避免了像罗克辛的客观目的性那样流于空洞。

(二) 客观归责理论的具体步骤

雅各布斯的客观归责理论由六个层次分明而又层层推进的具体步骤组成,为让这一

[26] 参见[德]鲁曼著:《社会中的法》,李君韬译,五南图书出版有限公司2009年版,第5页以下。

[27] 参见[德]京特·雅各布斯著:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,冯军译,法律出版社2001年版,第117页以下。

[28] Vgl. Günther Jakobs, Individuum und Person: Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, in: Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 117(2005), S. 266.

[29] 从一阶观察的角度来看,刑法处罚犯罪人的理由当然是其行为侵害了法益。

[30] Vgl. Günther Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, Verlag Ferdinand Schöningh GmbH, 2012, S. 1 ff.

极为复杂的理论体系明晰化,本文将这六个步骤划归到客观归责理论的三个部分:

第一个部分:非制造不容许的风险

步骤一:因果关系以及对条件理论和相当性理论的批判

主张客观归责理论的刑法学家,总要先批判一度流行的条件理论乃至相当性理论,在批判的基础上提出自己的体系,雅各布斯也不例外。

一般认为,由奥地利刑事法学者格尔查(Julius Glaser)在1858年提出,随后被帝国法院法官冯·布利(Maximilian V. Buri)引入到司法判例中的条件理论,可以作为客观归责理论的第一个步骤:确定行为与结果在自然因果律方面的关联性。^[31]但客观归责理论的支持者均认为,仅凭借条件理论,根本不可能得出行为与结果的客观可归责性,^[32]雅各布斯就对条件理论提出了以下批判:^[33]

第一,条件理论将条件理解为“如果没有前者就不会有后者”这种条件关系,这是误入歧途,歪曲了因果问题,因此往往在刑法因果关系的判断中扮演了多余无用的角色。按照它的这种理解,每个条件都成为了在刑法上具有意义的结果的原因,这就不当地扩大了归责的范围。

第二,条件理论的判断公式多余而无用:它既没有为因果关系的确定提供定义,也没有为其提供一个真正有效的公式。某种结果,只有在人们已经事先知道哪种条件与其有因果关联时,才能被确定是否与该条件有因果关联。这样看来,条件理论的判断公式其实是一种循环推论,套套逻辑。

第三,进一步说,条件理论虽然又称为等值理论,但是其自身的论证逻辑又会摧毁所有条件关联的等值性。某些条件,在被其他已经发生效果的替代性条件取代时,按照条件理论的判断公式就不具有因果关联。

第四,条件理论的判断公式在方法论上也存在缺陷:这一公式是建立在这样的假设之上的:某个系统的输入输出都可验证并可控制,在输入中断时(即条件理论中的“没有前者”),没有其他什么东西来取代原有的输入。藉此,某个条件对结果而言是否是必要,就可以从输出中分辨出来。但是,由于输入控制的困难性,这个分辨过程必定是旷日持久的,也是不尽可靠的。

对客观归责理论而言,仅仅确定行为与结果的自然因果关联还不够,还要确定这种因果关联在法律上是否有相关性。相当性理论就企图通过限缩自然因果关联来确定行为的客观归责性。

雅各布斯指出,相当性理论并不是想取代条件理论,而是试图从中分离出具有法律相关性的原因。根据这一理论,当原因并非没有盖然性时,就具备了法律相关性。^[34]这样

[31] Vgl. Wessels and Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, C. F. Müller, 2011, S. 156.

[32] Vgl. Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, Verlag Franz Vahlen München, 2012, § 4, Rn. 9ff.

[33] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 186ff.

[34] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 196.

的理论当然是很简洁明快的,但是可能性判断究竟如何构建,争议很大。另外,相当性理论的真正缺陷在于:该理论利用统计学的标准和一般性的感知来评价因果流程,却不能解释这一标准在规范上的相关性。更何况也有一些虽然不太符合通常的表象,却仍有规范相关性的情况。总而言之,相当性理论以统计学、经验以及感知来取代刑法规范的目的,而不去考虑确保规范性期待这一问题,因此难言妥当。雅各布斯藉此不承认相当性理论能够充当确定行为的客观可归责性的任务。

步骤二:根据容许风险排除归责

刑法的制裁规范规制人类行为的目的,不是为规制而规制,而是为了确保规范性期待,使社会生活得以可能。但是,即便规制得到彻底贯彻,规范性期待得到完全确保,也不可能带来社会生活的广泛的多样性。越是不惜代价地去避免对规范性期待的落空,反倒越会限缩行为方式的可能性,直至把社会生活削减为标准化的、无任何风险的、单调无聊的行为模式。因此,有必要在社会接触中考虑容许一部分对规范性期待的落空,将这种落空作为一种被容许的风险来加以接受,以扩大我们自身的行动自由。^[35]

因此,容许风险这一概念与利益权衡息息相关,其不仅要求对风险水平的可评估性,更要求将容许某一风险所带来的好处与坏处作为损益,根据受法律约束的标准进行本利分析,以确定这种好处是否能够被法秩序承认,其带来的风险是否应当被法秩序所容许。^[36]

但是,需要指出的是,在当今社会,有许多容许风险并不建立在本利平衡的分析之上。因为在一个高度复杂的社会模式中,寻找衡量本利的方式与量度是非常困难的。因此,在基于风险权衡的容许风险之外,还存在着一些基于“历史合法性”的容许风险:被容许行为的某些特定形式,虽然有侵害法益的高度可能性,但在历史过程中却被合法化,被社会接受为具有“社会相当性”的行为。^[37]

通过以上的分析,不难理解容许风险在犯罪论体系中的定位问题。对容许风险的逾越是刑事不法的积极前提要件,根据反向推理,则可得出遵循容许风险自身则是排除客观归责乃至构成要件符合性的事由这样的结论。这一点属自然之理,并无多少疑问。

有学者质疑,容许风险是“万灵概念”,言下之意是容许风险这一概念过于抽象,欠缺具体的权衡规则。^[38] 罗克辛体系的确对容许风险的评价原则言之甚少,但雅各布斯的理论却论述甚详,主要有如下几点:^[39]

第一,在社会接触中所带来的风险,应当尽可能小,这样方能被法秩序所容许,因为稳

[35] Vgl. Günther Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2012, S. 19ff.

[36] Vgl. G. Rohmoser, E. Lindenlaub (Hrsg.), Fortschritt und Sicherheit: Symposium Hotel Schloss Fuschl, Österreich, 25 - 29. Sept. 1979, Schattauer, 1980, S. 289ff.

[37] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 201.

[38] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 507 页。

[39] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 204ff.

定规范性期待的目的至此为止(所谓被容许的最小风险原则)。举例来说,某人既没有患病的症状,也没有与传染源有所接触,即便其可能身患疾病而且可能传染给他人,在法律上也不构成风险。

第二,某些不再属于容许风险的情况,应当从容许风险中排除。因为为了避免损害或抽象危险而禁止实施某种确定行为,就可能把这种行为从虽有结果发生的风险,但却被社会容忍的范围中排除出去。比如,某个喝的酩酊大醉的医生因紧急出勤而驾车时,即使其行为因符合《德国刑法典》第34条的规定而正当化,^[40]但是仍然符合刑法第316条所规定的构成要件。^[41]

第三,除了对危险的生活领域的法律规制以外,尚有工艺规则、技术规范以及信息规制体系。这些规范中的禁止规定并不能用来说明某种不被容许的风险的存在,因为某种专业协会的共识尽管是“凝聚的经验”,但是与法律规则相反,并不包括任何有约束力的评价规则。

第四,对某种行为规范做反面推理,并不能得出未被排除的情况是被容许的结论;因为各种规则的复杂性要么是不完整的,要么包括了——特别是像德国《道路交通法》第1条第2款这样的——一般性的禁令保留。

第五,被容许的特别风险与被容许的个别风险并不属于技术工作的特殊情况,而是无处不在的。风险的个别性依赖于对各个事实领域内规范的解释。例如,在没有某种容许风险的情况下,不必因有错误信息的危险而对有损名誉的事实传播负责(《德国刑法典》第186条^[42]);同理,对在法庭上陈述的真实性的确认在不那么精确地符合记忆时也不承担虚假陈述的责任(《德国刑法典》第153条^[43]);在没有容许风险的情况下,父母双亲不得把未成年的孩子派到街上办事,在没有被容许的个别风险的情况下,纪律规定与规章贯彻中不得有任何松懈之处。

那么,由谁来判断是否存在风险,风险有多大呢?雅各布斯主张,应该根据行为人所属于的专业领域,做客观的事前判断。对想象的客观的判断者的能力要求,自然应该根据具体情形以及与风险有关的被保护法益来确定,如对原子反应堆的风险的判断,就应该以相关领域专家的经验与知识为判断标准。

行为人的特别认知问题,对客观归责理论而言是一个如芒在背的问题。因为客观归责理论主张客观不法优先于主观不法,而客观不法的判断即风险是否能够导致法益侵害,是根据一般人的生活经验来确定的,与行为人个别的特殊认知无关。但在行为人个人明知飞机上有炸弹却劝诱他人登机的场合,就会导致难以接受的后果。^[44]

雅各布斯并不避讳这一问题,但是却另辟蹊径,把特别认知问题与不作为犯问题联系在一起。成立不作为犯,首先需要保证人地位。在规范论的视野下,保证人地位由社会给

[40] 《德国刑法典》第34条是关于紧急避险的规定。

[41] 《德国刑法典》第316条是关于醉酒驾驶罪的规定。

[42] 《德国刑法典》第186条以下是关于诽谤与中伤的规定。

[43] 《德国刑法典》第153条以下是关于虚假陈述、伪誓的规定。

[44] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第458页。

个人分配的角色而定。角色意味着一束权利与义务的集合,履行了角色规定的义务,就是履行了保证人的义务。而角色的义务则是社会向一般个人的规范性行为期待,与特别认知似乎没有多大关联。

对此,雅各布斯举了如下几个例子:对叔叔有继承权,精通生物学的侄子将罐头拿给叔叔吃时,发现其中有有毒的蘑菇,却仍然默不作声地拿给叔叔吃;某位机械师在购买旧车时发现刹车有问题,一声不吭就离开了;某技术学院学生在工地打工负责搅拌混凝土时,发现混凝土承重量的计算有误,却仍然径自施工;某个学生的学生,在餐馆打工端菜时,发现沙拉中有有毒的蔬菜,却仍然端上餐桌让客人享用。^[45]

以上都是行为人对风险有特别认识却故意操纵风险侵害法益的案例,雅各布斯则将其转化为“特别认知是否构成保证人地位”的问题。如果我们认为以上的行为人构成不作为犯,那其保证人的作为义务何来?对一般人而言不是制造风险的行为,为什么在行为人有特别认知的情况下就变成了制造风险的行为?结论只能是,特别认知能够构成保证人地位。但是这种结论是必须予以否定的,如果认定以上几个行为人具有保证人地位并对其定罪量刑的话,就会向社会公众发布这样的信号:越是具有特别知识,就越是容易承担社会风险:知识越丰富,水平越高者,就越是容易落入法网;而越是愚昧无知或伪装自己愚昧无知者,就越能逃避社会风险。这会对社会带来何等效果,是不言而喻的。另外,特别认知往往是基于一定的身份或地位而来,这样一来,保证人地位就是根据身份或地位而产生,而非根据什么特别认知。总而言之,特别认知并不构成个人的社会角色的义务来源,否则就会不当地侵害个人自由。

步骤三:根据信赖原则排除归责

进行社会接触中的个体会遇见“双重偶连性”问题:一方必须期待自己向另一方发出的信息能够被对方正确理解,另一方也必须期待自己的回应能够被对方正确理解。在交流过程中如果有一个环节出了问题,社会沟通就无法继续下去。社会对此问题发展出了相应的规范,期待交流的双方能够遵循这一规范以避免相互之间的误解,如果一方未按照规范行事,而另一方基于规范行事的话,那么规范性期待落空以及社会沟通失败的风险,就要归责于未按照规范行事的一方。^[46] 信赖原则就是根据这样的道理建立起来的:在行为人基于对被害人或者第三人会采取相应的正确行为的合理信赖而实施某种行为的场合,即便因被害人或第三人的错误行为而发生了侵害法益的后果,行为人对此也不承担责任。

信赖原则在罗克辛的体系中,虽然属于被允许的风险这种排除构成要件符合性的事由,但究竟是制造风险或实现风险之下的判断规则,则无法确定。^[47] 雅各布斯则明确说

[45] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 207ff.

[46] See Michael King and Chris Thornhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, PALGRAVE MACMILLAN, 2003, pp. 16ff.

[47] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck München, 2006, S. 1070ff.

明,信赖原则属于容许风险与回溯禁止的下位规则,体系定位十分明确。^[48]

有关信赖原则的文献已经有很多,雅各布斯的相关论述并无太多新意,兹不赘述。唯一值得注意的是,其将所谓“二次伤害”的情况归入信赖原则之下进行处理。^[49]例如:某驾车者因疏忽而撞上了之前发生事故时在公路上留下的残骸;医生做了错误的诊断,以至事故的受害者不能痊愈等等。雅各布斯认为,如果因第二次致害人的附带性错误而使第一次伤害的后果顺理成章地再度产生了伤害,第一次致害人也要对此负责,因为通过不同的个人实现一种多层级的保证人地位是合理的;但是在第二次致害人放弃自己所要履行的角色义务,采取超乎常理的非理智行动时,就要其自己负全责。^[50]

步骤四:保证人地位以及根据回溯禁止排除归责

雅各布斯在这一步骤中专门论及保证人地位的问题,并将其与回溯禁止原则相联系。^[51]雅各布斯主张,回溯禁止作为行为人是否制造风险的判断原则,与保证人地位息息相关。如果能排除行为人的保证人地位,即可否认行为人制造了不被容许的风险。雅各布斯罗列案例组如下:^[52]

第一,如果某种行为之所以成为某个符合构成要件结果的原因,仅仅是因为第三人在没有跟行为人共同实行的情况下单独将行为结果引向损害,那么就要排除归责。例如,债务人在明知债权人会用还款买枪杀人的情况下仍然还款,即便其有故意,也不能成立故意杀人罪的帮助犯,因为回溯禁止原则排除了其保证人地位。

第二,如果某个符合构成要件结果的出现,是出于被害人自己的“管控领域”内所做出的与结果相关的安排,那么就要排除归责。相应的,在被害人自己的管控领域受第三人威胁时也是如此。例如,某人关闭某较高地块的灌溉系统,导致某较低地块上的他人的花儿因为缺水而开始枯萎,行为人并不负破坏财物的罪责。因为行为人在自己的管控领域内切断救助他人法益的因果链条,而这一链条又不受法律保护时,按照回溯禁止原则就不能归责。在该案例中,他人的花儿靠行为人的灌溉系统存活这一状态并不受法律保护,行为人并没有为他人的花儿提供水源的保证人义务,因此排除归责。

第三,当某人不依赖自己的行为而成为保护相关法益不受侵害或至少不受威胁的保证人时,则不排除归责。比如,医生违反救治义务中止紧急救治而导致患者死亡时,无论其是停止救助举动(不作为犯)还是关闭救助机器(作为犯),均要承担故意杀人的罪责。在此案例中,医生的保证人义务并不来自于自己的行为,而是制度性约束。当然,保证人也仅仅就受保证人地位照顾的那部分相关法益承担责任。例如,某地夜晚不得关闭路灯

[48] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 209.

[49] “二次伤害”指的是第三人未能阻止因第一次伤害所产生损害进一步扩大,或未能履行消除第一次伤害的损害的义务。

[50] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 211.

[51] 雅各布斯的保证人地位理论在此略而不论,本文只介绍其与客观归责理论紧密相关的那部分。

[52] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 214ff; Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, Klostermann Vittorio GmbH, 2012, S. 25ff.

的命令,服务于道路交通有关的利益而非靠路灯定向的业余飞行爱好者。行为人违反这一禁令造成交通事故,自然要负责,但对业余飞行爱好者则不负任何责任。

总而言之,在行为人的行为虽导致了符合构成要件的结果,但并没有在不顾及他人的情况下通过这些行为塑造自己的管控领域时,只有在如下情况才负责:行为人不依赖于其行为而成为保证人时;先行行为因往来义务而对特定的行为限制负责时;因为要求个人服从社会共同体的特定要求以维护社会团结的制度化义务而自动牺牲其行动自由时。^[53]

第二部分:非实现不容许的风险

步骤五:风险竞合中的风险实现

某种损害往往是多方面因素共同作用的后果,风险实现也不例外。某种风险的实现,往往不是某人单方面制造风险的结果,而是多人各自制造的风险相互竞合起作用的结果。在这样的情况下如何认定风险实现以及如何确定个人的责任,颇费思量。雅各布斯另辟蹊径,把风险竞合转化为传统教科书中放在因果关系理论中处理的累积因果关系和双重因果关系问题来处理,实在是匠心独具。^[54]

举例而言,某卡车司机在没有保持安全距离的情况下贸然超车,结果造成前面醉酒的骑自行车者因受惊过度坠车被碾死。卡车司机与骑车人都有违反义务制造风险的行为,但是仅凭一方的风险实现并不能造成悲剧性的后果,该后果是双方各自制造的风险累积在一起共同起作用的结果,因此可以用累积因果关系的理论来解决。原则上,所有累积的因果关系都不排除归责。

在超越条件的结果(即双重因果关系)的场合,因为各个条件都是充分条件,原则上只有制造第一个充分条件的人被归责。例如,《德国刑法典》第 323 条 c 规定了紧急救助义务,在儿童落水的场合,若在场的人每人都有救助能力,各自负有救助义务,在无人救助时需全体负责;若在场的人需要联合行动才能救助,因此负有共同的救助义务时,只有第一个拒绝救助的人负责。

在通常称为“不适当的因果流程”的情况中,例如被害人被诱拐上汽车却遭遇车祸死亡,被刺伤的被害人去医院就诊却遭遇火灾死亡或在上半路上遇车祸丧生等,由于这是被害人的一般性的生活风险,故不能归责于行为人。

在因持续性损害造成后续损害结果的情况中,例如某人因大腿受伤,五年后在冰面上滑倒受了更严重的伤害,十年后又因此在一场事故中丧生的案例,应当分两种情况处理:原则上,后续损害结果为规范的保护领域所不及,受害人应当自行谨慎小心地行事,自行履行自我保护的义务,自行负担因违反该义务而引发的此类风险;^[55]在持续性损害与后续损害结果有高度的法律关联性,因此为规范的保护领域所及的情况下,应当认为行为人引发的持续性损害的风险在后续损害结果中实现了,例如医生给病人输了感染艾滋病的血液,导致病人在 12 年后因为缺乏防护而死亡。

[53] Vgl. Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, Klostermann Vittorio GmbH, 2012, S. 36ff.

[54] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 227; Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, Klostermann Vittorio GmbH, 2012, S. 39ff.

[55] 例如,被截肢的人却跑到悬崖峭壁上去进行登山活动,就是违反了自我保护的义务,因此自担风险。

如果行为人制造的不被容许的风险只是对容许风险的变更,也不能认为行为人制造的风险实现了。举例而言,某骑自行车的人因为醉酒而摔倒在公路上,后面一辆卡车未保持安全距离,结果碾过骑车人的小腹致其死亡。如果后来查明,即使卡车司机保持安全距离也无法不碾过骑车人,只是会碾压到其胸部时,死亡结果只能归责于骑车人的醉酒。

罗克辛的“风险升高理论”引起了极大的争议。^[56]但在雅各布斯看来,如果从客观的、事后的、可证明的角度来看,行为人升高风险的行为与损害结果没有法律关联性的话,根本不能归责。而在有疑义の場合,这就不再是一个刑法问题而是刑事诉讼法的证明问题,应适用“罪疑有利被告”的原则。因此该理论无必要存在。

第三部分:构成要件的效力范围

步骤六:通过认可对排除构成要件的同意以及自赴风险的行为排除归责

认可与排除构成要件的同意在罗克辛的客观归责体系中的地位非常尴尬:它们根本没有被接纳进这个体系。但是如果将客观归责的目的——确定构成要件阶层在客观不法方面的全部特征——贯彻到底的话,则很难不将这两者包括在内。雅各布斯的理论在这方面要比罗克辛贯彻得更为全面。

雅各布斯认为,有大量的受保护法益是委诸法益的所有人任意自行处置的,侵害此等法益的行为并没有符合构成要件。举例而言,在所有人同意下损坏一扇大门,并不符合故意毁坏财物罪的构成要件。这样看来,认可与排除构成要件的同意既非未创造风险也非未实现风险,而是不为构成要件符合性所及,将其纳入构成要件的效力范围这个范畴下面来讨论是比较适当的。

鉴于已经有大量的文献论及认可与排除构成要件的同意,兹不赘述,而仅就雅各布斯的独到观点做一番浮光掠影的介绍。^[57]

有权做出认可与排除构成要件的合意者,仅能是有权支配一定的法益的所有人,而且其同意方式需考虑不同规范的保护目的。例如,同意他人骚扰自己的动物者,固然排除了他人构成财产犯罪的可能性,但也需注意其同意不触犯动物保护法。在法益为多人所共同占有时,原则上需获得全体的同意。排除构成要件的同意原则上是客观性的,不必宣示于外,在行为人没有认识到合意的情况下,虽然能排除客观构成要件符合性,但仍成立故意与过失,因此保留了一种未遂的刑事可罚性。通过欺诈与胁迫而获得的认可与同意并非立即无效,而是要考虑对相关法益的影响与力度。获得认可与同意的行为人的行为违反法律与道德与否不影响认可与同意的有效性,因为相关法益的所有人有处置法益的权利。比如,甲通过欺骗使乙同意其拆卸乙自己的一块手表,甲把零件用来制作定时炸弹时,乙的同意仍然有效,甲并不负故意毁坏财物的责任。

除了认可与排除构成要件的同意外,还存在自赴风险的行为。原则上这种行为也排除了行为人的构成要件符合性。其理由在于风险分配的法理:如果某相关法益能够被所

[56] Vgl. Urs Kindhäuser, Risikohöherung und Risikoverringering, in: ZStW 120 (2008), S. 481ff.

[57] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Walter de Gruyter, 1993, S. 236ff, 244ff; Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, Klostermann Vittorio GmbH, 2012, S. 439.

有人任意处置,而且所有人对自己自赴风险的行为的后果有清醒认识的话,那么在其通过自己自赴风险的行为参与对此法益侵害的情况下,自然就自行承担自己行为的风险而不得诿过于他人了。

四 雅各布斯理论的意义与影响:一个初步的整理

(一) 客观归责理论的社会学转型

现在德国的刑法学者基本上倾向摒弃从存在论上的本体论的预先设定中推导出刑法理论体系的思想,转而强调从刑法的目的设定中推演出犯罪论体系。^[58]那么什么是“目的设定”呢?当今最有影响的两个目的论犯罪论体系:罗克辛的目的理性体系与雅各布斯的机能主义体系,均认为就是指刑事政策的目的。藉此,刑事政策就与犯罪论体系建立了直接性的联系。由于刑事政策本质上是一种社会政策,那么犯罪论体系乃至整个刑法理论体系(当然也包括客观归责理论)的基础转向社会学,也就是理所当然的事了。值得一提的是,罗克辛的客观归责体系仍不脱哲学思辨的习气,而雅各布斯的客观归责体系完全是依据卢曼的法社会学搭建起来的,而且始终渗透着对刑事政策的目的即确保规范性期待的思考,因此比前者更为彻底地实现了社会学转型。由此可见,雅各布斯的理论是自成一派的体系,绝非如某些学者所谓的“只是对罗克辛所发表的看法作一个归纳整理、在实例讨论上有所充实而已”。根据上文的分析来看,两者的理论基础、体系架构、论理方式乃至在犯罪论体系中的地位与影响都是大相径庭的。

透过雅各布斯的理论,可以看到一部社会学在刑法学中的成功史。雅各布斯通过卢曼的法社会学中的规范性期待的概念,发展出了刑法的目的与刑法上占支配地位的结果犯的规制形式这两个根本要素,再进一步构建了由六个层层推进的步骤组成的客观归责判断体系,并巧妙地将被允许的风险、信赖原则、保证人地位、同意等客观归责乃至刑法学讨论的细部规则纳入到这些步骤中去,并使其各安其位。有学者批评其“论理……恣意无忌”,其实是只见树木不见森林。雅各布斯的理论极为精深复杂,包含了许多罗克辛的客观归责体系没有包括的内容,因此不得不稍显琐碎复杂。但在规范性期待这一概念的统摄下,则显得“形散而神不散”。

(二) 更为彻底地实现了客观归责理论的实质化

随着上世纪 50 年代以来实质违法性理论的蔚然成势,刑法学思潮乃至法学思潮开始了实质化的运动,在这一运动中的突出代表就是所谓的实质违法性理论。客观归责理论在这一运动中当然不能独善其身,其必须将自身加以实质化,实现与刑法学的实质化思潮与实质合法性理论的合拍,才能具备存在理由。

客观归责理论的实质化的始作俑者可以追溯到罗克辛。但是,他的犯罪论体系以新康德主义为基础,提倡案件事实(实质性)与规范评价(形式性)的分离,将客观归责理论

[58] Vgl. Ernst-Joachim Lampe, Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems. In: Bernard Schünemann et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin, Walter de Gruyter, 2001, S. 47.

最终归结到了形式的、空洞的客观目的性与法规范的保护目的之上,因此难言妥当。在本文看来,客观目的性与法规范的保护目的的意义,乃至客观归责理论本身的判断规则,最终还是要靠实质化的评价标准来填补的。因此,罗克辛的体系并没有完全实现客观归责理论的实质化,也无法为构成要件行为寻找出什么实质性的判断依据,与刑法学的实质化思潮与实质合法性理论的合拍自然也就不那么和谐了。

雅各布斯的客观归责理论无论是是否制造风险的判断规则,还是是否实现风险的判断规则,抑或构成要件效力范围的判断规则,统统都不是形式化、抽象化的,而是极度精细的,高度实质化的判断规则。而这些实质化的判断规则,也是根据刑法的目的与刑法上占支配地位的结果犯的规制形式这两个根本要素发展出来的,而这两者都是高度实质化的标准。藉此,构成要件行为的范围具备了实质性的判断依据,客观归责理论不仅实现了更为彻底的实质化,也更加彻底地实现了与刑法学的实质化思潮与实质合法性理论的合拍。^[59]

客观归责是构成要件阶层在客观方面的核心要素,其理论体系的高度实质化,实际上就严重质疑了传统观点所谓“构成要件阶层是形式的、抽象的、非类型的判断,在违法性与有责性阶层是实质、具体、个别的判断”的说法。^[60]这样一来,传统的构成要件、违法性与有责性三阶层的区分就遭遇了严重挑战。雅各布斯本人就认为构成要件、违法性与有责性,乃至不法与罪责的区分都是没有实质意义的,随便哪一种阶层构造均可。^[61]这在当前犯罪论体系之争空前活跃的学术背景之下,势必会对传统的犯罪评价构造,甚至刑法解释学中形式解释论与实质解释论之争带来巨大的冲击。

(三)对犯罪论体系的影响

雅各布斯的客观归责理论对犯罪论体系的影响首先体现在对主观不法与客观不法之争的澄清上。主观不法与客观不法之争肇始于20世纪70年代的德国刑法学界,到了90年代,这一论战成为刑法学理论上最重要的争点之一。目的行为论者所主张的主观不法理论认为,人的意志的可支配性决定行为的取向,同时决定行为不法的取向,换句话说,人的意志所能够支配的才可能是不法,因此主观不法优先于并决定客观不法。罗克辛则反其道而行之,将“人的意志的可支配性”以“客观上是否可能侵害法益”加以限制,认为客观上对法益受侵害有刑法上重要性的,才可能是人的意志所能够支配的,试图藉此扭转主观不法和客观不法的地位。但是,如前所述,罗克辛的客观归责体系是建立在黑格尔的主观归责理论之上的,两者的齟齬造成了许多混乱与费解之处。因此,罗克辛的体系存在严重缺陷,既未能彻底地扭转主观不法和客观不法的地位,又未能为客观不法为什么先于主观不法提供存在理由。而雅各布斯的理论体系完全摒弃了黑格尔的主观归责理论,将客观归责理论的基础奠基于卢曼的法社会学的规范性期待理论之上,将“人的意志的可支配性”以“客观上是否可能违反社会的规范性的行为期待”加以限制,企图从完全客观的

[59] Vgl. Ingeborg Puppe, Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung, in: ZJS 5(2008), S. 492f.

[60] 参见[日]大谷实著:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第87页。

[61] 参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第53页。

社会规范的维度寻找客观可归责性的根据。其精密的六步骤客观归责判断体系,无非是想说明,并非人的意志所能够支配的所有的侵害法益的行为都是具有可归责性的,社会规范中的法秩序在客观上设定了一定的不法领域,属于这个不法领域内的侵害法益的行为才是法所不许可的。这样一来,主观不法就完全受限于客观不法。因此,雅各布斯比罗克辛更彻底地扭转了主观不法和客观不法的地位。

在德日的阶层犯罪论体系中,行为是否能够成为一个独立的阶层是一个极具争议性的问题。^[62] 本文并不想具体展开这一理论探讨,而是想指出,雅各布斯的客观归责理论是建立在卢曼的法社会学中有关规范性期待的理论之上的,风险的有无、是否实现的判断,归根结底都可以归结到确保规范性期待上去,这就至少在逻辑上要求,构成要件阶层之前必须存在一个至少在形式上违反了规范性期待的行为以作为客观归责的判断对象。以形式上违反规范性期待作为上位概念,也可以解决困扰行为阶层很久的寻找能统摄作为和不作为的行为定义的问题。作为和不作为的共同特征就在于违反社会的规范性期待,即社会期待其有所行为而不为,或有所不为而为之,因此,雅各布斯提出的消极的行为理论妥当。^[63]

阶层犯罪论体系的另一个问题是构成要件阶层与违法性阶层的分合。罗克辛曾经以构成要件阶层解决有无法益要保护的问题,违法性阶层解决相冲突的法益如何保护的问题为由,捍卫构成要件阶层与违法性阶层的分立。在本文看来,雅各布斯的客观归责理论也以同样的理由主张构成要件阶层与违法性阶层的分立:客观归责在构成要件阶层解决的是有无规范性期待在实质上落空的问题,违法性阶层解决的是诸多不同的规范性期待相冲突时如何处理的问题。这两者合起来就决定了客观不法的实质内涵。因此,两者是分中有合,合中有分,分分合合的关系。

(四)“规范性期待”是准万灵概念

在雅各布斯的客观归责理论中,源自卢曼的法社会学的规范性期待理论是其核心思想。如果从卢曼观察社会的视角出发,确实能够看到,社会的确在通过法律子系统在不断地透过一定的行为期待调整社会中芸芸众生的行为方式。人们在社会生活中,也确实能够说出很多社会藉以调整人类行为的期待方式。从这个视角出发来看,“规范性期待”这样的概念,就比“社会相当性”、“客观目的性”等空洞而无用的概念在内涵上要具体、丰富得多,更适宜作一个统摄构成要件阶层客观方面的诸要素的上位概念。雅各布斯利用这样的概念搭建起来的客观归责理论体系,在体系架构与自圆其说方面要胜过罗克辛的体系。但是,利之所在,弊亦随之。“规范性期待”这样的概念作为对客观归责中的诸问题的终极解答,仍然相当抽象,在回答具体的判断标准时仍然显得非常粗糙,因此它仍然是一个在规范上期待自我澄清的概念,其丰富的内涵仍然需要去挖掘。因此,“规范性期待”可谓是一个准万灵概念。如果不想让这个概念变成一种“主人能指”,进而让客观归责理论变成某种肆意的话语构成的牺牲品的话,小心翼翼地试着不断发掘其内涵才是

[62] Vgl. Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, de Gruyter, 2004, S. 50ff.

[63] Vgl. Günther Jakobs, Der Strafrechtliche Handlungsbegriff, Munich: C. H. Beck Verlag, 1992, S. 44.

最需要做的事。在这方面,社会学仍然是重要的理论工具。德国最近有借助社会学中的“常人方法学”去澄清“日常共同生活中的期待结构的多样化交织式构造”以确定保证人地位的理论倾向,^[64]这对我们来说,不是没有启发的。^[65]

[**Abstract**] Although the theory of objective imputation is heatedly discussed in Chinese criminal law circle, most of the discussions focus on Professor Roxin's system and very little is known and many understandings exist about the system of Professor Jakobs-another great master of the theory of objective imputation. This article, on the basis of reflections on the shortcomings of Roxin's system of objective imputation, which is a philosophical narrative, introduces Jakobs' system of objective imputation, which is a sort of sociological narrative that takes Luhmann's theory of legal sociology as its theoretical basis and develops a six-step judgment regulation system through the application of two core concepts: the stabilization of normative expectations and the regulative form of consequential offense. It fully demonstrates within the analytical framework of hierarchical progression the reasonableness of imputation of the result to the actor, thereby not only laying a solid objectivist foundation for the solution of the problem of criminal imputation, but also embodying the pursuit of scientificity and precision by criminal law dogmatics. And it has not only realized the sociological transformation of the theory of objective imputation and the substantiation of criminal law science, but also influenced the traditional structure of criminology, the theory of criminal law interpretation and many other important theories of criminal law science.

(责任编辑:王雪梅)

[64] Vgl. Felix Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, Peter Lang International Academic Publishers, 1987, S. 97ff; Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Westdeutscher Verlag, 1987, S. 35.

[65] 保证人地位也是社会学提出的对某种社会角色的规范性期待,这样看来,常人方法学似乎也能用于发掘规范性期待的内涵。