

# 功能刑法与责任原则

## 围绕雅科布斯和罗克辛理论的展开

王 钰\*

**摘 要** 雅科布斯试图借助系统论重构刑法责任概念,认为刑法的目的在于维持一种“规范性期待”,行为是“可避免的结果实现”,刑法责任是一个与自由意志不相关的范畴,是“缺乏遵守规范的主导动机”。但系统论社会学不适合作为刑法的奠基性理论。因为刑法不能只从外部观察,还要从内部回答关于刑法规范合理性的问题。坚持责任原则首先要确立独立的责任内容,而不能将责任和预防循环论证式地相互替代。罗克辛将体系性概念责任通过引入预防的刑罚必要性来补充作为体系性概念的责任,并为两者建立起一个新的体系范畴,用这种方法打通了犯罪论和刑罚论的鸿沟,将责任和预防结合在一起。应当认为责任是对相对自由的滥用,这样责任就跟经验性的结果联系起来,预防不再独立于责任存在而是内嵌于责任之中。

**关键词** 功能责任论 系统论 一般预防 责任原则 相对自由

### 引 言

越是人类社会核心和基础的价值就越难以被定义,责任就属于这个范畴。在现今刑法教义学中存在这样一个悖论:一方面,刑法体系中责任这个概念自始至终充满争议,关于它的存在基础和规模范围一直都没有定论;而另一方面,责任概念却要承载证明刑法合法性的任务,因为不法—责任的结构是刑法体系牢不可破的基础,<sup>[1]</sup>若责任概念不明确,那么刑法体系大

\* 浙江大学光华法学院讲师。

[1] 陈兴良:“刑法中的责任——以非难可能性为中心的考察”,《比较法研究》2018年第3期,第22—23页。

厦就不会稳固。

责任概念在上个世纪德国刑法教义学发展中经历了重大的变迁。构成要件和不法论的发展、目的行为论和原因行为论分立导致的主观要素体系地位的改变、对紧急避险的细分以及错误理论的系统性梳理都持续地对阶层概念“责任”产生了影响。直到二十世纪上半叶规范责任论代替心理责任论,标志着德国刑法教义学一次质的飞跃,这是日益精细的刑法体系性分析结出的硕果。

规范责任论认为责任并不是行为人的主观本身(心理责任论)而是对行为人主观的评价,因而区分了“评价的对象”和“对象的评价”两个价值判断不同的阶层,因此奠定了今天德国刑法犯罪论不法—责任的基石。规范责任论的提出是为了修正心理责任论的缺点,因为古典学说眼中的责任只考虑内心的要素,这样的责任概念不能解释没有认识的过失的归责问题,而且不区分免责事由和不具有归责能力的排除责任事由。规范责任论认为,责任不仅是行为人的心理构成要件(也就是责任事实),也是关于这个构成要件的价值评价(责任评价),所以是一个规范性概念。从内容上看,它的意义不仅在于从责任事实到责任评价的转变,而且在于对责任事实的定义:行为人心理只是一个它的要素,除此之外还包括责任要素——阻却责任事由、不具有归责能力(特别是没达到法定责任年龄)和减轻责任要素——没有认识的过失、可以避免的禁止错误。

但在一点上规范责任论跟心理责任论的核心是一样的,即责任是对错误的(违反规范的)意志构成做出的责难。受谴责的行为人,虽然能够作出合法的行为,能够决定站在合法的一边,但他还是决定实施不法的行为。所以如果能够确定行为人不具有这种对抗法的意志,就要排除在刑法上归责,比如不能避免的禁止错误和无归责能力的情况。德国《青少年法院法》规定,在道德和思想上都没有成熟的青少年,只要他们没有不法认识和按照认识来行为的能力,就没有责任。<sup>〔2〕</sup>因为在这种情况下,缺少反抗法律的决定,在这一点上规范责任论和心理责任论是一致的。

规范责任论相对于心理责任论的一个最重要的规范性扩展,表现在处罚没有认识的过失上。如果坚持心理责任论,那么没有可能认识到结果的人也就没有反对法律做决定(这同样也适用于可避免的禁止错误中由于过失导致对合法性没有认识),所以在这种情况下责任需要被否定。但事实上,刑法通说都认为没有认识的过失也有处罚的必要性。心理责任论无法解释这个问题,而规范责任论从个人的可责难性角度就可以论证没有认识的过失同样是可罚的。<sup>〔3〕</sup>

规范责任论对心理责任论的规范性限制还表现在,尽管在有些情况下行为人有不法认识,并且能够按照他的认识行为,但仍然存在一定的排除责任的规则(排除责任事由和免责事由)。排除责任事由有禁止性错误、未达到刑事责任年龄和无责任能力。对14周岁以下未成年人不

〔2〕 § 3 JGG; Ein Jugendlicher ist strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

〔3〕 参见冯军:“刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷”,《中外法学》2012年第1期,第49页。

具有责任能力的规定,是支持规范责任论而否定心理责任论的最佳代表。因为一个13周岁的孩子很有可能认识自己行为的不法并按照这种认识行为,从心理责任论来说,他是完全应该归责的。但是一个拟制的不具备刑事责任能力的规定,有其刑事政策上的合理性和正确性。免责事由更多地限制了从心理角度来理解责任,比如阻却责任的紧急避险、防卫过当、义务冲突以及不具有期待可能性(只有在过失犯和不作为犯时才能考虑)等,这些都是规范责任论的支持下才可以解释的阻却责任事由。

虽然在规范责任论提出之后责任理论的发展放缓了,但是在使用责任这个概念时,不管是在犯罪论体系还是刑罚论中,都面临着一个更加棘手和核心的问题,也就是责任的实质内容是什么。因为在规范责任论的讨论中责任经常被定义为“可责难性”(Vorwerfbarkeit)。〔4〕那么接下来要回答的问题就是,什么是可责难性的本质,即实质责任概念是什么。

规范责任论仅仅说明了处罚的前提是行为有“可责难性”,但是并没有指明,什么情况下行为才是有责难性的。所以围绕什么是可责难性就展开了各种各样的学说,它们都试图对责任的本质作出合理性的说明。

#### (一)责任是他行为可能性(Anders-Handeln-Können)

这个学说认为,如果行为人可以避免做出违法行为但还是实施了该行为,他就是有责任的。德国联邦法院在判例中采用了这个学说:责任是非决定论意义上的自由,也就是当行为人可以自由地决定不法或合法的行为时,选择了不法行为。〔5〕但是所谓的“他行为可能性”是建立在人有自由意志的基础上的,而人拥有自由意志是无法在科学上被证明的假设,鉴于“他行为可能性”的无法验证,有论者又用“平均人的他行为可能性”替代之。〔6〕但是这样的解释并没有将问题消除或者简化。因为,首先社会平均人做出他行为的可能性也是无法在科学上被证明的;其次这样的取代设置了另外一个问题,即什么时候行为人才能够和社会平均人等价。所以一个本来属于行为人个人归责的问题,变成了探究平均人的认识和行为能力的问题,背离了责任所应讨论的问题初衷。

#### (二)责任是法不允许的态度(Rechtlich Missbilligte Gesinnung)

这个观点是由加拉斯提出的,该学说认为责任是通过违法行为所表现出的行为人反对法秩序的态度,行为人通过他的行为将作为刑罚前提的法所不允许的思想表现出来。〔7〕通过态度的有价值和无价值性,行为人对于法所提出的要求所具有的整体观点就显现出来了。对于行为人来说行为的无价值就等于思想的无价值,只有当阻却责任事由存在时才能否定思想无价值。〔8〕耶塞克也是思想责任的支持者,他认为思想不是长期不变的观点,而是在做出行

〔4〕 Vorwerfbarkeit 本文译成“可责难性”,另有译法为“非难可能性”。同上注,第19页。

〔5〕 BGHSt 2, 194 (200).

〔6〕 Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: Göppinger/Witter (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. 1, 1972, S. 3 ff.

〔7〕 Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 56.

〔8〕 Gallas (Fn. 7), S. 45.

为决定时的“当下考虑”。〔9〕因为思想上轻视法益保护的义务,所以对行为人进行或轻或重的谴责。这个学说也不能绕过意志自由的话题,因为只有当行为人能够选择持什么样的态度时才可以对他所持有的法不允许的态度进行责难。〔10〕

### (三)责任是自我决定的能力(Selbstbestimmungsfähigkeit)

福里斯特是这个观点的支持者,他认为,有责任能力就是指一个人“以不会远远落后于我们社会普遍实现的差异化水平的方式进行选择的能力”。〔11〕福里斯特仅仅将意志自由用自我决定能力替换了而已。

### (四)责任是规范响应能力(Normative Ansprechbarkeit)

罗克辛主张责任是规范响应能力。他的学说也离不开意志自由这一前提,因为他认为自由就是“社会游戏规则,作为规范性法律和法监管原则”。〔12〕他的学说是建立在“经验可确定性”基础上的,〔13〕因为他基本上用“实证研究结果”来支持人原则上具有自我控制能力和规范响应能力。〔14〕

### (五)性格责任(Charakterschuld)

该学说认为每个人都要对他的存在方式负责任,因为每个人对他之所以成为这样的人负有责任。目前,这一学说得到赫茨伯格的支持和论证。〔15〕性格责任的主张者确实不需要论述意志自由的问题,但是将责任解释为性格最大的问题是,在行为之外找寻归责的依据。因为并不是具体的作为或不作为,而是“应该具有的能力”“应该成为的样子”才是罪责责难的基础。〔16〕这样一来,行为就成为附属品,特定行为的责任就不必再确认了,因果联系便丢失了,罪责也从行为中脱离出去了。

### (六)功能责任论

雅科布斯的功能责任论是诠释责任实质理论中最有影响力的学说之一。〔17〕他认为传统的观点将责任理解为个人的他行为可能性是完全错误的,责任应该从一般预防的目的方面获得其

〔9〕 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, S. 422.

〔10〕 Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl., 2012, Rn. 400.

〔11〕 Frister, Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“: zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, 1993, S. 253.

〔12〕 Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, FS—Arthur Kaufmann, 1993, S. 521.

〔13〕 Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 36.

〔14〕 Roxin (Fn. 13), § 19 Rn. 46.

〔15〕 Herzberg, Überlegungen zum ethischen und strafrechtlichen Schuld begriff, FS—Achenbach, 2011, S. 170; Herzberg, Willensfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, S. 87; Schiemann, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, Verstoß der §§ 20, 21 StGB gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG, 2012, S. 124.

〔16〕 Herzberg (Fn. 15), FS—Achenbach, S. 157, 184.

〔17〕 其他实质责任论的内容参见张明楷:“责任论的基本问题”,《比较法学研究》2018年第3期,第10—19页。

内涵。<sup>〔18〕</sup>该学说从积极的一般预防的角度出发,认为当违法行为存在,并且主观没有背离行为的不法时,行为人的责任就存在。<sup>〔19〕</sup>行为人的意志构成具体情况并不重要,对于有无责任的判断至关重要,是否社会因不法行为产生了明显的法忠诚的缺失。不需要问行为人是否有意志自由,只要存在不合法的行为就可以了,因为违法行为的存在就表明了法忠诚的缺失。

规范性地理解和界定责任概念确实面临着很多障碍,因为不管是在中国还是德国,责任都是活跃在日常用语中的概念,其内涵非常广泛,随着语境的变换,责任至少会在表示“义务”,表示“过错、谴责”或表示“处罚、后果”这三种意义上被使用。<sup>〔20〕</sup>一直以来刑法理论都致力于将任意和广泛使用的责任一词加以限制,并发展出一定的识别责任的标准。基于这个目的,学者们建构理论以排除日常生活中熟悉的场景,从而将“责任”束之高阁。但是雅科布斯却反其道而行,他的刑法理论恰恰是开放的,是吸取了哲学、社会学的精华后建构的理论模型。比如社会学家卢曼的理论,就是雅科布斯式刑法观念得以建立的基础。本文将首先研究雅科布斯的刑法学说是如何通过借鉴卢曼的法社会学观念来建构的。

## 一、系统论视野下的责任和刑罚

雅科布斯深受卢曼的系统理论的启发,<sup>〔21〕</sup>他认为犯罪行为是“有缺陷的交流”(Fehlerhafte Kommunikation),而刑罚是对其的“自我校验”(Selbstvergewisserung)。<sup>〔22〕</sup>导致罪过的不是人的意识,而是在体系中的交流。<sup>〔23〕</sup>在这个系统中,每个人,不管是行为人、受害人还是法官,都通过规范集合起来构成社会。“负责”这个概念的意义和构成要通过它的作用来定义,也就是为了从规范的角度巩固一个“失落的期望”。<sup>〔24〕</sup>需要刑法处罚的犯罪应该被看做是违反了个人在社会系统中应该扮演的角色,而跟行为人可能具有的主观情节并没有关系。<sup>〔25〕</sup>但犯罪行为人的主观状态也在一定的范围内有意义,因为它对重树规范忠诚性是有必要的。在系统理论的意义上,一个主体可罚的行为不重要,重要的是处罚这个违反刑法规范的个人,因为对他的处罚有助于巩固要求其他公民的内化的价值秩序。<sup>〔26〕</sup>

〔18〕 Vgl. Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, S. 1 ff; Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, S. 1 ff.

〔19〕 Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, 17 Abschnitt, Rn. 4.

〔20〕 冯军:“论刑法中的‘责任’概念”,载冯军主编:《比较刑法研究》,人民出版社2007年版,第15页。

〔21〕 Vgl. Luhmann, Soziale System: Grundriss einer allgemeinen Theorie, 2. Aufl., 1988, S. 1 ff; Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, in: ZStW 107 (1995), S. 843.

〔22〕 Jakobs (Fn. 21), S. 844.

〔23〕 Jakobs (Fn. 21), S. 867.

〔24〕 Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005, S. 41.

〔25〕 Lüderssen, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, Oeder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?, ZStW 107 (1995), S. 884.

〔26〕 Jakobs (Fn. 21), S. 866.

这样雅科布斯就将责任通过纯粹的目的来定义了。根据雅科布斯的说法,责任仅仅是“一般预防的衍生品”,应把责任理解为“训练法忠诚”以及“获得整体的规范信任”。<sup>[27]</sup> 通过执行与规范相关的刑事处罚来维护规范,目的是从一般预防的角度巩固规范有效性。责任的问题就不再是研究行为人心理的或意愿的方面,而是变为社会概念,从保护社会的角度来说明刑罚的合理性。所以责任就是一个跟意志自由不相关的规范性的归因。

### (一)理论建构出发点

雅科布斯思想的出发点是,假设人类在这个世界上有共同生活的前提。个人的行为举止要跟其他社会成员相协调,这样他才能融入到社会同类人的集体中并且跟随他周围环境的变化而作出相应的举动。如果个人和社会其他成员的行为不相符合,那么他就无法被协同到其他同类人的行为方式和社会环境中去。他人的行为和世界运作的结果必须在一定范围内是可以预见的,以便每个社会交往和自然交往都能排除无限风险存在,只有这样人们才愿意做出交往,而不是望而生怯。<sup>[28]</sup>雅科布斯将这种周围环境对人类提出要求的方式称为“期待”(Erwartung)。也就是说,人类在同自然打交道的过程中,可以通过总结规律,预见未来将会发生的事件并以此为根据采取行动;在社会领域,期待就是他人将会做出的行为方式。期待产生于思想上对可能发生之事件或行为的预期,如果超出期待的事情发生,那么期待就落空了,人们会觉得受到干扰;因为预期没有被满足,便产生了“冲突”。<sup>[29]</sup> 期待和现实之间的冲突促使期望落空者做出反应,以避免进一步的失望(Enttäuschung)。在期待和现实的对抗中有多种反应模式,以入室盗窃为例,盗窃使得财产和占有受到保护这样的期待落空了,按照雅科布斯的理论有下面不同的冲突解决模式:

- a. 忽略冲突,克制对此种情况做出评价——抹去对入室盗窃伤痛的记忆。
- b. 一反开始的厌恶,认为现实发生的事件也可以被正面评价——庆幸入室盗窃的发生破财免灾。
- c. 失落的经历改变了期待,不再笃信将来不会发生类似事件——认为入室盗窃是普遍现象,私有财产保护的意识消减。
- d. 冲突被当成意外发生的事故或者霉运,是命运的安排,作为个例被接受,而不对期待本身做出改变——认为自己家被偷完全是倒霉。
- e. 也可以对环境进行改变,使得期待在将来不会落空——加设防盗门窗和报警装置保护住房安全。
- f. 将冲突作为其他系统的错误来解释,这样一来,期待本身就不会被触动从而被继续坚持——认为发生入室盗窃是法律规范系统的漏洞,应该对小偷进行惩处,从而确认和加强禁止

[27] Jakobs (Fn. 18), Schuld und Prävention, S. 22.

[28] Vgl. Jakobs, Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, in: H. Witter (Hrsg.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987, S. 271.

[29] Vgl. Jakobs (Fn. 18), Schuld und Prävention, S. 9 f.; Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 (1977), S. 19 f.; Jakobs (Fn. 19), Abschn. I/Rn.4 ff., S. 12 ff.

盗窃这样的刑法规范的效力。

## (二)刑法的任务

上文所列举的冲突解决模式可以被分为两大类:a.期望落空者从经验中汲取教训,放弃或改变期望;b.在失望中继续坚持期待,在冲突中继续生活,以期他的周围环境会产生符合期望的行为。对于冲突解决来说,“学习和不学习……是功能等价的”。<sup>[30]</sup> 那种虽然经历失望仍不会改变的期待,叫“规范性”期待(Normative Erwartungen),与之相对应的概念是“认知”期待(Kognitive Erwartungen),指的是经历失望与挫折则会做出相应调试和改变的期待。<sup>[31]</sup> 规范性期待是非学习性的,而认知性期待是学习性的,法律系统的功能在于维持一种非学习性的“规范性期待”。

规范又被称为“反事实(Kontrafaktisch)的被巩固的行为期待”<sup>[32]</sup>。“反事实的”是因为一个被破坏的现实和现状一直都在,“规范性”的镜子里有一个更好的状态做对照。在一个社会中,人们总是处在各种规范化的行为期待系统中,其中之一就是法律系统。虽然法律也不能保证它所有的期待不被破坏,但是它提前告知受众,不可以将其期待置之不理。虽然法律会遭遇破坏,会经历与社会实效有落差等现象,但国家强制力保障了法律始终要被坚守。而刑法又是法律系统中扮演了重要角色的一环,它服务于避免特定结果的发生。<sup>[33]</sup>

从上面列举的冲突解决方式中,刑法选取了通过归责于做出错误行为的行为人而补偿落空的期待这种方式。刑法将法律选取的期待置于保护之下,防止破坏期待的事实发生并使社会系统拥有足够的持续性。通过这种方式,刑法起到整个社会系统的定海神针的作用。

系统论下的刑法理论容易被人忽视的一点是,刑法规范的受众不是潜在的犯罪人而是具有法忠诚的公民,虽然社会中不时有犯罪现象出现,但是公民参与社会活动的方式通过刑法的实施被不断确认。公民的法忠诚靠规范的执行力来保障,当规范被严重破坏时,这种忠诚就被削弱了,通过惩罚破坏规范者,规范的效力被重新确认。犯罪行为会被定义为对规范的“违反”,随着这种行为的做出,一个刑法相关的冲突就产生了。随着规范被破坏,相应的后果就是刑罚的发动。作为对规范被违反的反应,刑罚的发动也就成为一种有意义的表达;刑罚的实施是为了确认规范效力,并将行为期待作为社会交往的指南保存固定下来。从系统论角度衡量,刑罚的作用是“训练规范认同”(Einübung in Normanerkennung)。<sup>[34]</sup> 相应地,刑罚目的就可以划分为三个组成部分:

[30] Luhmann, Normen in soziologischer Perspektive, Soziale Welt 1969, S. 34.

[31] 所谓认知期待和规范期待的划分是由约翰·加尔通(Johan Galtung)最早提出,并由卢曼引入德国。Vgl. Luhmann (Fn. 30), S. 36; Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts— Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1981, bes. S. 73 ff.; Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl., 1987, S. 40 ff.; Luhmann (Fn. 21), S. 436/444 ff.; Luhmann, Die soziologische Beobachtung des Rechts, 1986, S. 22 f.; Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 138; Jakobs (Fn. 19), 1/5 f.

[32] Luhmann, Rechtssoziologie (Fn. 31), S. 43.

[33] Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 1.

[34] Jakobs, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 (1989), S.517.

- a.首先是训练法忠诚,也就是重树人们对期待正确性的信任。
- b.对犯罪行为后果的高成本预期应该可以加强公民的法忠诚。
- c.接受刑罚是破坏规范产生的后果。

因为这个理论不将行为人作为研究重点,不试图用刑罚去影响行为人,而是希望将被干扰的社会秩序置于保护之下,所以被称为“积极的一般预防”,在这里威慑潜在的违反规范的行为人只是一个副作用而已。

### (三)作为归责前提的行为概念

通过归责对期待补偿的前提是,选择与评价犯罪有关的因素。归责就是对损害发生的认证,并消除造成的错误导向影响。根据系统科学理论寻找归责的相关因素时并不以作为主体的个人为前提。系统论认为行为人这样一个以皮肤为界的心理物理系统是自然主义的产物,这样的主体概念对发挥刑法功能并不利,因为人怎样行为根本无法确定,而是由多种多样并无明显意义的关联决定的。近代脑科学研究也证明,人的意志产生只不过是神经元活动的触发结果。<sup>[35]</sup> 一个“主体”不应该只被看作“实体存在论的确定”(substanzontologisch fixiert),而是产生于具体的语境。<sup>[36]</sup> 对主体的描述就是对无法定义的多原因集合的降解。

由于原因因素的多样性,所以行为人必须作为肇始者最先隔离起来,归责要遵循目的の設定。<sup>[37]</sup> 刑事归责始终都处在与其他解释模式竞争的状况下,所以有时必须撤回,比如当法益损害是意外事故之时,就不需要进行归责。这里所提到的因果因素的复杂体可以分为两类,结果要么可以归咎于世界本身,要么可以归咎于世界上一个特定系统。<sup>[38]</sup> 比如自然灾害造成的财产损失只能归咎于世界本身,而纵火造成的财产损失则要归咎于法律系统。

仅以因果关系为基础的责任会导致责任面过于宽广,所以必须根据其他标准来最终锁定责任范围。这里就要找到一个标准使行为人成为主要发起人,“行为概念”就担当起这个任务。行为概念决定“什么是主体,什么是主体的外部世界和什么时候外部世界的构造跟主体发生关联”。<sup>[39]</sup> 塑造这样一个“主体”概念需要通过一定的标准,首先需要检验行为人是否违反规范地行为了。确认了规范违反性就可以相应做出推测,即行为人缺乏规范忠诚的动机。由于违

[35] Libet, Haben wir einen freien Willen?, in: Geyer (Hrsg.) Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente. S. 287.

[36] Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), S. 754.

[37] Vgl. Jakobs, Risikokonkurrenz — Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, FS — Lackner, S. 53 f.; Jakobs (Fn. 29), S. 17 ff.; Jakobs (Fn. 28), S. 272 f.; Jakobs, in: Hrsg. von Dornseifer/Horn/Schilling (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 278.

[38] 前者卢曼称为“经历”(Erleben),后者他称为“行为”(Handeln)。Vgl. Luhmann, in: Habermas/Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, 1971, S. 77; Luhmann, in: H. Lenk (Hrsg.), Handlungstheorien — interdisziplinär Band 2/1. Halbband, 1978, S. 237 f.; Luhmann, in: ders., Soziologische Aufklärung 2 : Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, 3. Aufl., 1986, S. 175; Luhmann, in: ders., Soziologische Aufklärung 3 : Soziales System, Gesellschaft, Organisation, 2. Aufl., 1991, S. 60 ff.; Luhmann (Fn. 21), S. 124; Luhmann (Fn. 31), Wissenschaft, S. 140 f.

[39] Jakobs (Fn. 19), 6/21.

反规范的行为是缺乏这一动机,刑法规范的任务就是塑造处在社会现实中的受众的守法动机。换句话说,如果一个规范被违反了,就可以得知一个遵守法律行动的主导动机缺失了,所以当行为人具有守法动机的话,违法结果就是可避免的。所以行为概念就诉诸于“可避免性”这个概念。

“行为就是可避免的结果实现”,这里的结果并不等同于结果犯中的结果,而是对所有犯罪都适用。从这个意义上说,行为这个概念的构成仅是一个“归责过程的语义假象”。〔40〕这种行为概念的定义构成了归责的第一步,基于这样的行为概念,不法就建立起自己的体系地位。

#### (四)功能责任概念

##### 1.责任的概念和任务

如果说归责过程主要就是关于发现一个可以避免的结果实现(发现刑法相关的行为),这其实并不全面,因为对于一些犯罪来说,按这个标准筛选之后还是剩下非常多的责任主体。这个第一步的选择过程并不能将被破坏的规范信任感重新建立起来,因为在某些情况下,避免结果发生是对个体“组织能力”的过度要求。所以潜在的责任承担人范围还要根据其他标准进一步缩减,也就是在不法之外还需要一个归责阶梯,那就是责任。责任是对期望落空的进一步解释,并且应该将法社会成员从不断出现的错误导向中解救出来。〔41〕所以责任就应该存在于刑法任务的框架中,致力于规范认同的训练上。责任不是先于刑法存在的,而是通过刑法被引入和合法化的。

刑法的任务就是将一个与之相关的冲突进行补偿,方式是首先将失望制造者的行为定义为错误,随之将冲突从需要巩固的秩序中隔离出来,并将其单独归咎于一个子系统。这里的行为是个人选择的意义,因为它跟规范客观存在的意义是有冲突的,可以被解读为,行为人拒绝遵守被破坏的规范。而刑法规范则要求,所有人不仅在客观上有必要认识规范,在主观上要认识其意义,而且还要内化为主导个人行为的动机。

在一个社会交往通过法律或道德规范全面制约的社会中,每个人都是对自己有足够规范遵从意志负责的个体。〔42〕如果个体的选择不是准备遵守规范,那么个人就有责任。所以,“责任”就是“当违法行为出现时对缺乏主导动机的责任”。〔43〕这样定义责任概念能够满足归责的要求,也就是说能够标示出被罚者,而且能够实现刑罚目的。责任和刑罚目的有相互依赖的关系,责任概念完全是关于功能、归责和刑罚的,所以给责任概念冠上“功能性”这样的形容词。确定一个行为的责任能力情况就是要探明,行为人是否具有满足相关条件的动机。当行为反应出具有法不忠诚性时,责任就存在,法律通过使之负责来对抗存在法不忠诚性的现状。〔44〕

〔40〕 Luhmann, *Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung*, *Zeitschrift für Soziologie* 1982, S. 367.

〔41〕 Vgl. Luhmann (Fn. 30), S. 45 f.

〔42〕 Vgl. Jakobs (Fn. 34), S. 527.

〔43〕 Jakobs (Fn. 19), 17/1.

〔44〕 Vgl. Jakobs (Fn. 28), S. 278 ff.

## 2. 意志自由的不相关性

雅科布斯观念中的一个自我定义的刑法系统,要尽量做到将一切与主题无关的因素排除在外。功能化的行为、责任和归责的定义突出了系统的稳固性要求并排除了体系外的陌生概念,用系统论来理解刑法就不会从语义学的角度对概念内涵进行发掘,而是可以将其按照设想进行必要的塑造。权威或者真理都不能成为赋予意义的外部基础,所以责任概念的内容只是单纯的根据它的任务来确定,它的任务就是巩固社会的行为期待。

与之相反,传统的责任学说却包含非刑法专属的内容特征,这个内容来源于伦理道德的或者日常用语的责任观念。属于这种责任概念的首先当属“意志自由”,这个理论认为,行为人必须有“他行为可能性”。很多刑法学者试图将哲学上对意志自由的讨论引入刑法中,但是即使是哲学本身,对于是否存在意志自由都有很大分歧,不管是决定论、非决定论还是兼容理论都有很多支持者,互相之间不能达成共识。各派理论要么固执坚持自己的观点,罔顾是否能够说服其他人,要么都承认一点,那就是人的意志自由虽然不能具体被证明,但是作为“理想假设(或者国家必要的虚构)”必须被当作前提承认。<sup>[45]</sup>

雅科布斯批评了关于意志自由的讨论,认为迄今为止对意志自由的讨论基本没有成效,法律难题仍然无法解决。<sup>[46]</sup> 他的批评具体针对的是,联邦最高院大合议庭 1952 年 3 月 18 日做出的关于禁止错误的判决。<sup>[47]</sup> 判决中有一句关键的话,“责任苛责的内在基础”是人可以“自由、负责、合乎伦理地自我决定”,所以人有能力“做出站在合法的一边而反对不法的决定”。<sup>[48]</sup> 雅科布斯认为最高院判决用“自由、负责、合乎伦理地自我决定”这种措辞堆砌冗余,而且导致表达意思不确定。除此之外他重点批评的是,最高院通过“意志自由”将一个它不能解决的问题引入讨论,导致刑法完全依赖于寻找一个根本不在它领域范围内的根据。他将这种哲学的进路称为“存在主义化的逃避合法性问题的企图”,其实这个合法性问题就是如何论证刑法的必要性和限制其边界。<sup>[49]</sup> 雅科布斯认为在这里探讨自由的问题不能证明刑法的必要性和合理边界,因为“刑法与意志自由所属的范畴无关”。<sup>[50]</sup> 由于不具有功能性地分配责任的替代功能,意志自由跟罪责责难无关,最多可用于道德上贬损犯罪者。<sup>[51]</sup> 通过系统论理解的刑法避免了研究行为人,而专注于刑法自身;责任和刑罚的合法性不意味着证明违法者个人具有合法替代行为的可能性,而是只要表现出,归责中出现的“动机缺失”在具体情况下没有其他解释可能性即可。雅科布斯也讨论到了其他冲突处理方式的可能性,也就是可以用其他方式防止类似行为的再次发生,而不是通过刑罚的措施。比如,性冲动犯(Triebtäter)只有在治疗这种现象的化学药物发明出来之后才可以作为免责事由。

[45] Kohlrausch, in: Festgabe für Karl Güterbock (Nachdruck der Ausgabe Berlin 1910), 1981, S. 26.

[46] Vgl. Jakobs, Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?, in: D. Henrich (Hrsg.), Aspekte der Freiheit, S.69 ff.

[47] BGH St 2, 194 ff.

[48] BGH St 2, 200.

[49] Jakobs (Fn. 46), S. 71.

[50] Jakobs (Fn. 46), S. 71.

[51] Jakobs (Fn. 19), 17/23.

雅科布斯借用系统论观点重构了刑法中的奠基性概念,如刑法的任务、行为、责任等,无疑是对古往今来延承的刑法理论和体系的颠覆,是论证最严密、大胆和先锋的尝试。但是雅科布斯的理论自诞生以来就不断受到批判和攻击,下面就重点阐述反对者是如何批评雅科布斯观点的。

## 二、对系统科学理论观点的批评

### (一)法哲学还是法社会学

正如雅科布斯所指出的,刑法体系不是靠纯粹的教义学来标榜,而是要通过追求秩序安全的目的给自身赋予意义并奠定基础。

福柯认为有两种创始人,一种人建造,奠定了第一块砖石,还有一种人挖掘和开凿,<sup>[52]</sup>雅科布斯做的工作就属于挖掘开凿式的建构理论,因为他试图将传统刑法的哲学基础挖空,以便给他自己的地基腾出空间。这无疑是一个大胆的冒险行为,因为新的地基很可能没有足够的抗压能力,尤其是当仅具有形式上的手段和目的关系时,这样重建的刑法随时都有可能坍塌。雅科布斯理论里存在的一个重要问题是,他所重新塑造的刑法没有可以衡量秩序合法性的评价标准。雅科布斯建造他庞大工程使用的工具是社会学家卢曼的系统论,这个理论本身就是被看作充满了“现实的意义”。系统科学虽然一直被看作建构新的“法学理论”的三大最有前途的理论之一(其他两个理论是批判哲学和政治经济学),<sup>[53]</sup>但要接受系统论的主张其实还要进一步地验证,法学系统论是否能够直接适用于刑法领域。

#### 1. 对卢曼社会系统理论的评价

系统论认为,在现代功能分化的社会中,法律和经济、政治、宗教等一样,都是社会的子系统,都拥有自己递归封闭的沟通操作。这些子系统谁也不是谁的主宰,只有自己主宰自己。卢曼的代表作《社会系统》一书将社会理解为以“沟通”(Kommunikationen)为单元的自创生系统,<sup>[54]</sup>人不是法律系统的要素,法律系统的要素是经过“合法/不法”编码化的沟通。

在社会系统理论中,法律仅是社会中互相关联“自成一体”的系统之一,通过它“递归的完整性”(Recursive Geschlossenheit),<sup>[55]</sup>保证了“效的自决”(Operative Selbstbestimmtheit),从自然法和政治专断中解放出来从而实现自治。社会系统不仅具有自我组织、自我调整的特性,而且具有自我指涉、自我再生的特性。自我再生是生物学家洪博托·玛图拉那(Humberto Maturana)1972年提出的概念,指生命体借助内在成分的互动,反复产生其自身的构成网络。卢曼借用了这一概念,并于1985年将自我再生概念纳入自我指涉概念之中。他的自我指涉理论不仅通过讨论系统与环境的认识,而且提出了同样重要的系统封闭性问题,也就是说,通过自我再生功能,系统能够抗拒外界干扰的影响而产生自身的秩序。

[52] Foucault, Foucault Live: Interviews 1961—1984, 1996, p.10.

[53] Vgl. Wiethölter, Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?, in: A. Honneth u. a. (Hrsg.), Zwischenbetrachtungen. Im Prozess der Aufklärung, 1989, S. 808.

[54] Luhmann (Fn. 21). 自创生系统是指组成系统的元素可以自我生产和复制。Vgl. Luhmann, (Fn. 30), S. 403.

[55] Vgl. Luhmann, Soziologische Aufklärung 5 : Konstruktivistische Perspektiven, 1990, S. 44.

法律作为一种社会系统是由沟通(Kommunikationen)组成的,沟通可以通过引用、参照自己不停地再生。法沟通的结构根据“二元编码”<sup>[56]</sup>实现功能,这个二元编码就是区分合法与不法。通过使用“合法/不法”这样的编码,法律系统编织了自己的功能结构,从而形成了一种垄断状态,使得多元社会的其他功能系统都不能够取代它。对“合法/不法”持续的区分,使得法系统的持续再生产能力与其他社会功能系统(如政治、宗教和道德)区分开来,社会各个功能系统交织在一起组成了环境。法系统是“规范封闭性”的,因为它本身就能塑造法的品质特征,而不藉由其他社会组成系统。它获得了一种规范上的自给自足,<sup>[57]</sup>“认知的开放性”通过对事实进行编码得到保障,也就是说,通过构成要件将事实评估分为“合法/不法”,分类的前提是,检验在“环境”之中,经过沟通会发生什么。<sup>[58]</sup>这种有系统特征的“二元编码”可以使社会的各个功能系统借助一种“观察”区别出来,也就是说“区别一种东西是为了说明描述它”。<sup>[59]</sup>当法律系统在认知上向环境开放,运用合法/不法区划(Unterscheidung)观察环境,并选取信息加以运作(转译为法律沟通),这是一种一阶观察;当法律系统同样运用合法/不法区划,但是去观察环境对它的观察,或者观察它既有的观察(运作),这种向外或向内的“对观察的观察”则是一种二阶观察。<sup>[60]</sup>二阶观察只是观察他者是怎样观察的,一旦“怎样”的问题被摆出来,一阶观察与二阶观察的特征性差异就显示出来。<sup>[61]</sup>

对观察者的观察,也就是第二秩序的观察建立自己的真实(Realität)时,不依赖于观察的对象,也就是不依赖于共识(Konsens)。<sup>[62]</sup>不管是操作式的区分方法,还是被区分者本身,都是观察的创造,一切观察及其结果都建立在区划的运用上。一方面,观察必然使用区划,观察无非是把观察对象和它之外的一切区分开;另一方面,运用不同的区划可以观察到不同的世界,法律系统观察到一个合法/不法的世界,经济系统观察到一个支付/不支付的世界,而政治系统观察到一个有权/无权的世界。<sup>[63]</sup>

从另一个方面看,每个观察者都只能在他自己的“区划”标准中去观察,“区划”已经决定了

[56] 关于二元编码的论述可参考:Luhmann, Soziologische Aufklärung 4 : Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft, 1987, S. 14 ff.; Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 1, 1980, S. 304 ff.; Luhmann, Ökologische Kommunikation, 3. Aufl. 1990, bes. S. 75 ff.关于法律编码可参考:Luhmann, in: G. Roellecke (Hrsg.), Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?, S. 337 ff.

[57] Vgl. Schnädelbach, in: Apel/Pozzo (Hrsg.), Zur Rekonstruktion der praktischen Philosophie, 1990, S. 126 f.

[58] Vgl. Luhmann, Die Einheit des Rechtssystems, in: Rechtstheorie 14, 1983, S. 138 ff.; Luhmann, Rechtssoziologie (Fn. 31), S. 355 ff.; Luhmann, Rechtstheorie 21, 1990, S. 466 ff.; Luhmann (Fn. 56) Rechtsphilosophie, S. 366 ff.; Luhmann, Rechtstheorie 22, 1991, S. 280.

[59] Luhmann, Anfang und Ende: Probleme einer Unterscheidung, in: Luhmann/Schorr (Hrsg.), Zwischen Anfang und Ende, 1990, S. 11.

[60] 观察与二阶观察,参见宾凯:“法律如何可能:通过‘二阶观察’的系统建构——进入卢曼法律社会的核心”,载《北大法律评论》(第7卷),北京大学出版社2006年版,第364—366页。

[61] Luhmann, Art as a Social System, translated by eva M. Knodt, Stanford: Stanford University Press, 2000, p.414.

[62] Luhmann, Soziologie des Risikos, 1991, S. 240.

[63] 鲁楠、陆宇峰:“卢曼社会系统论视野中的法律自治”,《清华法学》2008年第2期,第58页。

他的观察结果。一旦要观察或者要获得意义,就必须使用区划,而一旦使用区划,事件就只能是在区划中的事件,没有观察操作视野之外的事件。至于在法系统内,他只能观察合法和不法是有分别的,而不是哪些内容有积极或消极的价值和哪些考虑是法沟通的参与者固有的,他不能给形式的编码以轮廓或内容。社会系统理论将自身限制在只接受它自己发现的秩序,它不能给予对将来的预测。什么是这个被观察的系统里被认为重要和不可或缺的,完全取决于第二秩序中观察者的“技巧”,将自己的“区划”运用在自己所圈定的作用范围内。最终社会学观察者表达的意图不是通过注入真实来引导法律,而是制造“噪音”和“误解”。〔64〕

## 2. 系统论刑法体系之批判

卢曼创立了社会系统论,通过从系统/环境差异到自创生系统理论这样的范式转变,〔65〕从中可以看出社会学观察者极其抽象的视角不能直接适用于刑法学。前者的研究方法是客观化的,只从外部关注法及其运作模式,从而将事实和规范的效力之间的冲突用明显利于事实的方法解决,牺牲了规范性;后者,也就是刑法学,却一直面临一个内在的论证符合正义目的的任务。所以刑法不能依赖社会学提供的关于它对社会起作用的信息,不能将社会学观察者所谓的效果作为自己的目标。刑法要转换视角(社会学观察者的视角)并找到自己的立足点,要能够说明为什么法接受者应该遵守规范和规范背后隐藏的秩序是否具有合理性。特别在今天,法的论证方式是建立在宗教开放、历史传统或自然法之上,也就是说,不管是历史确定性还是不可改变的价值意识都不足以证明刑事规范的合理性。系统论认为社会秩序处在“元生物学”所强调的保持和稳固命令的强制之下,但是刑法规范体系的合理性无法仅靠社会秩序事实上的安全性需求来获得。

系统论社会学不适合作为刑法的奠基性理论,因为刑法并不能只从外部观察,还要从内部回答关于刑法规范赖以确立的基础是什么这个问题,而答案只能在实践哲学中寻找。伦理学中就有一个分支专门寻找道德规范的理由,〔66〕可以说伦理和法律对规范效力的考量至少是有结构性相似之处的,并且相互之间的借鉴至今乃至将来都是不可能终止的。即使将法以外的因素(比如道德的或政治的考量)应用于法学论证和推理中可以在二阶观察中对其进行功能性阐释,法律制度本身仍然无法用充分的证据阐明自己,因为法律所独有的二元编码“法与不法”本身并不能自证“合法”。刑法必须论证自己的基础,而不能将这个基础建立在刑法客观的外部作用方式上,因为这个客观作用很可能是社会学观察者在他的区分和命名的基础上看到的方式。如果法学论证着重于建立冗余论(Redundanz zu Bilden)或者去悖论化(Entparadoxieren),用自欺欺人的逻辑来掩饰决定的偶然性,就等于切断了自己进一步深入论证的能力。〔67〕

## (二) 积极一般预防作为刑罚目的之批判

### 1. 对期待构造的批判

法律应该服务于巩固期待并不是雅科布斯的首创,威尔策尔就根据边沁的思想提出过法

〔64〕 Luhmann, Juristische Argumentation, Manuskript 1991; Luhmann (Fn. 31), Beobachtung, S. 46f.; Luhmann, Einige Probleme mit “reflexivem Recht”, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 6, S. 1 ff.

〔65〕 Vgl. Kiss, Grundzüge und Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie, 2. Aufl. 1990.

〔66〕 但是卢曼当然建议伦理学要放弃寻找道德的基础理由,而是要将自身理解为道德的反射理论。

〔67〕 Günther, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, S. 328.

律是保证“维持所有法预先培育的期待”这样的理论。<sup>〔68〕</sup>法律希望我们建立起对未来的信心,以此来保证未来的安全,因为对未来莫名的恐惧是真正动摇法律意识的罪魁祸首。<sup>〔69〕</sup>雅科布斯相信可以在不借鉴这个思想的哲学基础的情况下,将“法巩固期待”这个命题移植到自己的体系中。他赞同霍布斯的论证,即自然状态下,战争统治着所有人,应该强调“利维坦”,即强大国家的必要性;刑法是防止人民迷失方向的。<sup>〔70〕</sup>但是,威慑这个刑法版本本身就面临论证其合法性的问题,而雅科布斯没有注意到,增加稳定这样的因素是不能自我证明合法性的。

因为规范的行为期待应该通过经验性解释转化为“反事实被加固的期待”,规范被当作可预期的经验结果,所以规范有效性的道义论维度被取消和忽略了,法律规范对规范接受者和使用者来说不能纯粹描述为观察的产物,他们的规范响应能力其实在法律系统构建时已经被承认和接受了。行为准则和禁令的内涵意义应该对规范接受者来说是可理解和可接受的,这恰恰不是自然就存在于现实中的情况。对客观世界的真实性要求和对社会生活的正确性要求(规范性)是有必要区分开来的,我们之所以在“失望的情况下”放弃认知期待,但是坚持规范期待,是因为我们有内在放弃或坚持的理由。从系统科学的角度虽然可以观察到不同冲突解决的可能性,但是不能给我们提供标准去判断,在什么情况下,哪种对“失望”的处理应该优先适用。

上述问题源自于,不区分作为成文法规则的刑法规范和现实施加刑罚的事实。前者可以作为成文规范系统来理解,因为它明确规定,什么行为应该被处罚,除此以外的行为方式就不应该被处罚,人们可以据以规划自己的行为。刑法在这个意义上是规范性行为期待的组成部分,但不是纯粹的反事实被巩固的期待意义上,而是基于一定原因被制定的规范,这些规定说明了在道义逻辑模式下“允许”“应当”“禁止”是如何运作的。<sup>〔71〕</sup>可见雅科布斯的学说忽略了法的内部性,而法的内部性才是规范正确性的来源。康德学派特别反对这种纯粹工具性地对刑法合理性的理解,认为如果人被当作工具使用,那么就被贬损为物,从而损害了人的尊严。康德学派认为应该无条件执行的目的公式是:“不论是自己或任何一个他人,绝对不能只被当

〔68〕 Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 239.

〔69〕 Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 289.

〔70〕 Thomas Hobbes, Leviathan, London: Penguin, 1968, pp.70—71.

〔71〕 表述时,法律规范以“应当”作为连接主项和谓项的系词(“出卖人应当履行向买受人转移标的物所有权的义务”),此与以“是”为系词的事实陈述(“苏格拉底是人”)判然有别。逻辑上,前者称规范命题(Normative Sätze),后者则称描述命题(Deskriptive Sätze),共同承载着“规范”与“事实”二分的基本原理。鉴于规范命题的特性,冯·赖特将其命名为“道义逻辑”(Deontische Logik),以区别于传统意义上的叙述逻辑(Aussagenlogik)。赖特将道义逻辑解释为“理性法律创设者”的逻辑,认为它是对理性规范形成活动所必须满足之条件的研究。换言之,据此理解,规范之间的逻辑关系被定义为理性的法律创设活动之间的关系,道义逻辑既非规范本身的逻辑,也非作描述性解释的道义语句(规范陈述)的逻辑,而是所有法律创设活动——为了能够被视作是理性的——都必须遵循的规则集合。See Von Wright, Practical Reason, Oxford: Basil Blackwell, 1983, pp. 132, 140—141; Von Wright, “Is There a Logic of Norms?”, Ratio Juris, Vol.4, No.2, 1991, p.266; Von Wright, “Is and Ought”, in Eugen Bulygin, Jean-Louis Gardies and I. Niiniluoto (eds.), Man, Law and Modern Forms of Life, Berlin: Springer Verlag 1985, p.273.

成手段,而永远要同时被当成是目的。”〔72〕一个纯粹的手段一目的关系违背了“理性”。

但由于“理性”不是系统理论的概念,所以系统理论无法针对这样的批评作出反应。就像其他实证理论一样,“正义的目的”对系统理论并不起任何作用,有意义的是“工具的合法性”。系统理论支持者认为其实可以避免这样的反对意见,因为通过社会的功能性区分,行为理性可以转化为系统理性,系统理性就可以援引系统概念了。〔73〕每个有能力客观地对系统的维持和巩固做出贡献的因素都是理性的,因为不使系统完美和完善的做法都是熵增加(系统自身的衰变)。〔74〕很可能,系统理论可以在现实一理性的描述中观察到,社会系统自从转化为功能区分主导后更坚固了,所以相信,在这个过程中功能性理解的“理性”可以加入进来。但是刑法的合理性不能根据纯粹的事实得以论证,所以刑法上的“应当”也不能用通过“存在”维持秩序的需要(社会学观察到的)来替代。

## 2. 积极的一般预防与责任

雅科布斯对责任的理解是,责任是根据特定的规定上限(根据刑罚目的的要求)为社会特定的状态带来的规定效果。〔75〕雅科布斯所指的刑罚目的是积极的一般预防,这个定义被很多人强烈的批评过。〔76〕他的学说是建立在一个循环论证基础上的,因为预防的概念作为刑罚目的依赖于罪责;预防是指防止犯罪行为,而犯罪行为是以罪责为基础的,罪责将犯罪跟不可抗拒的自然事件区分开,对后者不需要人来负责。从刑罚理论的角度看预防就是防止罪责,所以根据功能罪责概念的逻辑就出现:什么是罪责?罪责是预防所需要的。那么什么是预防?预防是防止罪责。准确地说,积极一般预防的目的是增加遵守规范的守法人。只有当一个人看到有罪责的规范违反行为被用刑罚威吓的时候,他的法信心才能被加强。对无罪责的人的处罚只能让受责难的人失去正义感,这样的刑罚不能加强规范信心只能增加恐惧心理。所以积极的一般预防是以责任概念为前提的,而绝不能反过来成为责任概念的前提。

### (三)行为概念之批判

主体的不存在性是雅科布斯最著名的观点,雅科布斯行为理论的核心是拒绝承认犯罪人作为“主体”的存在。可以看出,雅科布斯想将刑法作为自成一体不受外部因素影响的集合来理解,并通过规范化改写归责的方式来实现。所有与刑法相关的,都可以自己构成和自我定义,即使被归责的主体,也是刑法的一个创造,在现实中是否有相关的事物都无所谓。这也是

〔72〕 Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VII, 1974, S. 61.

〔73〕 Luhmann, Soziologische Aufklärung 1, 6. Aufl. 1991, S. 79 ff; Peters, Rationalität, Recht und Gesellschaft, 1991, S. 124 ff.

〔74〕 根据熵增加原理,自然界的一切自发过程总是朝着熵增加的方向进行,而熵是描述系统无序程度的物理量,熵越大无序程度越高。所以,熵的增加就意味着系统无序。Lyotard, Das postmoderne Wissen, 1986, S. 43 f.

〔75〕 Jakobs (Fn. 19), 17/22.

〔76〕 Vgl. Jescheck/Weigend (Fn. 9), § 22 VI 4; Kühl, L/K, Vor § 13, Rn. 25; Otto, Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA 1981, 481 ff.

借鉴系统论自创生理论的重要表现。

但如果仔细研究就可以发现,雅科布斯观点不可能贯彻执行。因为他总是强调规范对行为人的影响,也就是刑法规范通过法规影响法接受者的行为动机来发挥作用。但是发挥作用要以人的图景为前提,这个人的图景可以独立地控制自己的行为动机,所以这里隐含的主体的能力是显而易见的。人形成独立行为动机的能力不是驯兽式训练的结果,法律只能借助行为人的“洞察力”期待他走向法规效力要求的方向。<sup>[77]</sup>而雅科布斯却试图通过虚构的可回避性归因来绕过讨论行为人的主体问题,认为行为应该是结果发生的避免可能性。可避免的行为被虚构出来,也就是说假如行为人具有避免行为发生的主导动机的话,他就应该可以避免他的违法行为。如果进行纯粹的逻辑推理,雅科布斯的公式总是与现实相符,但是这对于最终解决如何归责于人的行为这个问题并无帮助。举一个例子说明,如果狐狸能有避免的主导动机,那么它就能避免不去实施偷鸡的行为,狐狸偷鸡是因为缺乏主导动机,所以是可以避免的行为。以上的逻辑是完全正确的,但是对解释刑法上的行为概念毫无贡献。刑法上行为概念的任务是解释清楚,为什么刑法秩序给一些事件附加上价值(不法或责任),而对其他事件却置之不理。所以这里要解释清楚的是为什么狐狸偷鸡要被处罚而狐狸猎鸟却不会被罚,也就是说为什么偷鸡是刑法上关注的行为而猎鸟不是刑法考察的对象。

因此刑法在拟定行为论时首先要确定,刑法上有意义的行为有哪些特征,也就是要勾画出规范性正确的行为标准。规范的行为理论可以并应该完全采用经验描述性、理性或者分析式的行为理论成果,但仅限于有益于确定人们事实上的行为和根据规范调整行为可能性的条件。规范的行为论(伦理学、法学或教育学)不能取代“经验描述性”(社会学、心理学)领域或者与之混同,所以刑法的行为概念定义不能只关注归责,刑法必须关注违法者是作为主体存在的。这就意味着,审判的人对待审判对象不是像对待物体,而是与之平等的人,要将其作为具有基本一致资质和能力的个体来对待。而且不论雅科布斯如何想将行为人隔离开,也不能完全放弃“自治”这个概念,“自治”至少自康德时期起就广泛地影响了主观性的意识哲学范式。虽然雅科布斯希望将“自治”狭义界定为单纯的归因,但他必须承认,刑法学者所谓的“价值(不法和责任)”需要和行为人的行为联系在一起,这个价值是被发现而不是发明出来的。

#### (四)功能责任概念之批判

通过跟传统责任学说的决裂,雅科布斯虽然保留“责任”这个词,但已经完全放弃了它的内涵。<sup>[78]</sup>雅科布斯所谓的“责任”跟大多数学者所说的刑法上的、伦理上或者日常的“责任”已经没有关系,他所做的就是将“责任”重新定义,以使得系统论—社会学的信息可以注入刑法体

[77] Vgl. E. A. Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), bes. S. 803.

[78] Schönemann, Die Funktion des Schuldprinzips, in: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des Modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 170 Fn. 34; Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des Modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 151.

系。但是他根据系统理论在刑法中的投射,既不能预测也不能在内容上确定未来的变化,比如“责任”的具体含义被缩减为一个纯形式的归责过程,也就是“缺乏做出合法行为主导动机的责任”。这样责任就被同义反复地定义为,如果行为人对法忠诚负有责任时,他就是有“责任”的;而当负责性被归咎于他时,他才对法忠诚负有责任,所以责任的归属是责任产生的肇因。这就必然导致一个结果,法官要知道行为人是否有责,首先要先等自己案件审判完。<sup>[79]</sup> 雅科布斯认为上述结论是可以克服的,因为“归责”不是法官审判的过程,而是法律应用于个案的理想状态。<sup>[80]</sup> 但是这种辩解是徒劳的,因为如果所涉及的规范不经法官具体化的话,如何理解“理想的法律状态”以及一般抽象的法律如何应用于个体案例都是不确定的。如果规范和事实之间的关系是理想的,那这种关系就不再可以完全由自身来确定,而是总受制于时间—空间的外部环境。这样一来,刑法的运作整体上就不再有纯粹功能性自我描述的空间。

另外,雅科布斯理论中“意志自由的无关性”也不能贯彻到底。“意志自由”这个科学界的永恒问题在刑法上讨论行为概念的时候就已经存在了,雅科布斯用了诡辩的方法解决了这个问题,也就是如果它不同了,一切都可能不同。假设行为人具备主导的守法动机的话,事情就会向其他方向发展,结果事情没有向其他方向发展,所以行为人不具有守法动机;这是一个同义反复而不是解释,虽然在逻辑上成立,但永远无法被证伪。雅科布斯也无法真正绕过意志自由的问题,他没有解决问题只是回避对这个问题作出正面解答。

他认为有罪责的是一个使行为期待落空的行为,并且期待和现实之间的冲突不能用其他方式调和。问题是,雅科布斯错误理解了其他冲突处理方式的可能性,也就是什么时候用其他方式防止类似行为再次发生,而不需要通过刑罚的措施。比如他认为,性冲动犯(Triebtaeter)只有在治疗这种现象的药物被制造出来之后才是可以免责的,但这是不正确的。性冲动犯作为免责事由的可能性是因为,在医学上发现他们的行为不取决于那些社会假定的人类的决定自由,所以这些行为不再受刑罚威胁,也就是说行为人没有他行为可能性。否则由于精神病患而免责这种法律后果实际上就取决于,是否有医疗药物手段来治疗这种心理性缺陷。如果没有医学上的治疗方法就要处罚做出不法行为的精神病人,这样的结论在我们的法律框架里是不被允许的。雅科布斯始终无法绕过关于意志自由的疑问,他只是将问题架空了。

通过上面的分析,可以明显看出,系统理论应用于刑法的结果是产生了规范实证主义(Normpositivismus),而将规范实证主义推导适用于刑法体系本身是不可能的。这进一步说明了,一个客观化的社会学观察角度不适合用于解释刑法规则,因为前者关注外部形式和效果,不能把刑法内在的运行规律和原因摆在观察者面前。刑法奠基性的问题,即“什么是责任”仍然需要一个正面的解答。从批判系统论影响下的功能责任论的过程中可以看到,刑法不能只从观察者的立场论事而忽略参与者的视角。虽然观察者不一定是错的,但是绝对不会完整,对刑法作整体的解释和对责任做个别的解释,都不能只在观察者的视野里找到答案。也就是

[79] Jakobs (Fn. 19), 17/21 Rn. 46.

[80] Jakobs (Fn. 19), 17/21 Rn. 46.

说,刑法的价值无法在它的外部影响里穷尽,只能从内部深入挖掘。雅科布斯试图利用系统论社会学的原理来建构刑法理论,虽然在很多方面具有开创性和启发性,但所谓的“功能刑法”终究无法胜任刑法体系应该具有的功能,因此也无法得到大多数人的支持。

### 三、罗克辛对责任功能性改造的建议

不同于雅科布斯将责任完全作为一般预防来打造,<sup>[81]</sup>罗克辛提出了包含传统罪责和预防必要性的负责性(Verantwortlichkeit)概念。详言之,“在责任这一每个刑罚必不可少的条件外,总还增添刑事制裁的(特殊或一般的)预防必要性,以至于责任和预防需求相互限制,且两者在一起才产生触发刑罚的行为人个人负责性。”<sup>[82]</sup>

罗克辛认为,不加入刑罚目的的责任是“虽然有规范响应能力还是做出不法行为”。规范响应能力是指认识不法的能力和控制行为的能力,它以人类的决定自由为前提,但该决定自由不是一个无法证明的假设,而是建立在经验科学可以验证的结论之上的决定自由。<sup>[83]</sup>一般情况下,行为人具有责任就具备了刑事负责性,但是存在一些例外。这些例外情况中,都是在行为人有责任的前提下否定了其刑事负责性,这里的根据就是预防的必要性(既有一般预防必要性又有特殊预防必要性)。换句话说,负责性的前提是,首先存在责任,其次处罚这个行为得符合刑罚目的,后者在责任的基础上进一步限制了刑事负责性的范围。罗克辛从刑法目的理论中推导出责任和“负责性”,试图解释德国刑法第17条(禁止错误)、第20条(精神病人无责任能力)、第33条(防卫过当)、第35条(免责的紧急避险)的规定,并用于理解过失责任和超法规的紧急避险。<sup>[84]</sup>

这种对责任的改造引起了热烈的讨论。戈瑟尔认为罗克辛的改造有“引起整个刑法体系崩溃的危险”,而且“这样功利主义的尝试跟正义的要求是不相符的”。<sup>[85]</sup>施特拉腾韦特从社会和文化进化的角度认为,责任原则已经接近黄昏,以预防为导向的责任概念是历史发展的必然,虽然面临的挑战还非常严峻。<sup>[86]</sup>

认为刑罚目的应该从责任原则中分离出来,只有这样责任概念才有自己独立的建构,如果要责任概念用罗克辛的方式改变,就要彻底转换思路。<sup>[87]</sup>不管是批评的还是赞成的,德国学者可以达成两点共识,那就是传统的封闭的法教义学的定位要有所改变,法教义学要对刑事

[81] Jakobs 在 *Schuld und Prävention* (1976) 这本书里正式提出功能性改造责任的概念。

[82] Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 7 Rn. 29.

[83] Vgl. Roxin (Fn. 13), § 19, Rdn. 36 f.

[84] Roxin, “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien, in FS—H. Henkel, 1974, S. 182.

[85] Gössel, Rezension, JA 1975, S. 323 f.

[86] Stratenwerth, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1976, Rn. 508.

[87] Zipf, Literaturbericht, ZStW 89 (1977), S. 710—712.

政策的考量开放;法治国家刑法的成就要继续保持下去。在这种共识的基础上,德国刑法教义学就朝着功能化的方向发展了。

在罗克辛看来,作为责任消极要素,所谓“免责事由”实际上是基于刑法目的考量而排除责任性的,不管是第35条的紧急避险<sup>[88]</sup>还是第33条的防卫过当,<sup>[89]</sup>行为人都是有他行为可能性的。因为如果没有他行为可能性的话,如果是自己引起危险或者因为特别法律关系而要承受风险的人员,同样也要免责,而不是像德国现行法规定那样不予免责。而且如果没有他行为可能性的话,同样不可罚的是超过限度的紧急避险(如果像第33条防卫过当那样是由于慌乱、恐惧或惊吓而导致的)。

免责事由排除的不是“责任”,这个思想并不是罗克辛的首创。对于这些条文立法者通常的解释是,因为责任在动机压力下减小到不再有施以刑罚的必要性。但是这种解释无法自洽,因为无法说明为什么面临同样的动机压力,时而处罚时而免责,比如自己招致危险的人就要处罚,而没有先行过错的人就可以免责。在罗克辛看来,是一般和特殊预防的考量使得立法者在他行为能力有困难的情况下,决定放弃惩罚的真正原因。<sup>[90]</sup>第35条第1句和第33条情况下的行为人也可以被处罚,之所以免于处罚是由于没有特殊或一般预防的必要性。第35条第1段第2句也是从预防的角度制定的,因为士兵、消防员等人员的社会功能决定了他们不能像一般公民一样在紧急情况下避险还可以免责。同样,对自己招致的危险避险也不能轻易免责。相应地,如果是特殊情况下以弱情绪(Asthenische Affekte,比如害怕、恐慌、惊吓)为核心的冲动,如防卫过当,既没有扰乱公共秩序也没有特殊预防的必要性,所以可以免责。相反,如果以强情绪(Sthenisch Affekte,比如愤怒、恼怒、激动)为核心的冲动,如避险过当,就有处罚的必要性,因为这种冲动十分危险,并容易重复。另一方面,对于紧急避险即使是弱情绪主导的紧急避险过当,也不能免责,因为任何可避免的过当地对第三人权利的侵害都是有害公民和平共处的,所以有一般和特殊预防必要性而不能免除刑罚。

不同意罗克辛的观点当中,含内博思提出的反驳最为有力,<sup>[91]</sup>他认为对第35条更妥当的解释是,基于责任原则的法治国家功能(Rechtsstaatliche Funktion)让立法者倾向于将严重受限的行为自由等同于无他行为可能性,只是在自招风险和特殊身份人的情况下基于一般预防的效果,要激励行为人承担风险。罗克辛认为,这样解释有两点不合理之处。<sup>[92]</sup>首先,无法解释为什么立法者在同样有严重受限的行动自由情况下,对一部分人免责而对另一部分处

[88] 为使自己、亲属或其他与自己关系密切者的生命、身体或自由免受正在发生的危险,不得已而采取的违法行为不负刑事责任。上述规则不适用于,因为他自己造成了危险或者因为他处于特殊的法律关系中,可以期望其接受风险的状况。

[89] 防卫人由于慌乱、恐惧、惊吓而超越紧急防卫的界限的,不受处罚。

[90] Vgl. Roxin (Fn. 13), § 19, § 22.

[91] Schöneborn, Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, ZStW 88 (1976), 369 ff.

[92] Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, FS - Bockelmann, 1979, 279 ff.

罚,通过借助责任原则的法治国家功能不能解答。第二,如果像舍内博思所说,基于一般预防而设立的例外情况限定了免责的范围,那么就是一般预防必要性而不是责任对是否发动刑罚有决定性。

如果可以接受所谓的排除责任事由的边界由刑法目的为导向的预防考量来确定,那么犯罪阶层体系的第三段就不应该叫做责任而应该称为“负责性”,因为责任仅是一个必要而不充分条件。罗克辛着重解释了负责性阶层的各个要素,对严重防卫过当也可以基于第33条提出的刑罚目的考量而免除刑罚;自愿的犯罪中止因为没有特殊预防的必要性可以被作为一类排除刑事负责性的情况,而不是撤销刑罚事由(Strafaufhebungsgrund);所谓超法规排除责任的紧急避险(如生命权冲突的紧急避险),无法从他行为可能性的角度来论证,但可以从刑罚目的的框架里寻找到解释理由。通过建立这样一个处于不法之后的体系阶层,可以给很多问题带来新的思考角度和理论增长点。

罗克辛将体系性概念责任通过预防的刑罚必要性来补充,为两者建立一个新的体系范畴,并用这种方法打通了犯罪论和刑罚论的鸿沟,使罪责刑法与预防刑法的观念得到调和,不仅责任而且预防的刑罚必要性也是可以消除处罚需求的因素。正因为此,罗克辛的观点得到了更多人的支持。

#### 四、评述与建构——对责任功能性改造的合理方案

雅科布斯对责任功能性改造与罗克辛的方案最大的不同是,他将责任的经验性内容完全挖除而用一个规范性概念——刑罚的一般预防目的来填充。由此导致的结果是,对于个人的处罚就不再根据行为本身具有的特征,而是出于巩固公民法忠诚的必要性。也就是说,个人就被当成服务于加强社会牢固性的工具,而这种有损人格尊严的工具论一直是被康德哲学所批判的。而罗克辛对责任的定义并没有根本性的变化,它仍然是成立犯罪的一个前提,用目的导向的刑罚标准去补充责任,并把两者合并起来作为一个犯罪阶层增加了阶层体系的教义学知识空间。刑罚的前提是必须有责任,但是有责任绝对不意味着一定有处罚,因此罗克辛的改造避免了实用主义泛滥或者架空责任原则的后果。

##### (一)责任原则的意义

责任主义是指是否对行为进行处罚,要考察行为人是否具有相应的主观责任,即“无责任即无刑罚”。<sup>[93]</sup> 责任思想是现代刑法最高的规范性秩序原则,从结果归责到罪责责任的变迁反映的是深刻的社会思想观念的转化,人只能为他自己能够做到的事受到谴责,这种新的思想观念根植在社会意识之中。通过现代社会的自我解释,责任原则成为使用刑罚解决个人和集体关于法益相关冲突的关键。责任原则要求不能处罚没有责任的不法行为人,而且刑罚要与行为人的责任相当,只有这样,刑罚才能达到通过催生守法动机来避免社会损害行为的最佳效

[93] 陈兴良:《犯罪论体系研究》,清华大学出版社2005年,第338页。

果。责任原则是公正归责要求的具体化,是追求规范效果倾向的严格上限,同时它也是公正归责内在的预防要求的体现和具体化,突破责任原则也就意味着突破公正归责的要求。

罪责思想并不是理所当然地被接受和采纳的,人类社会的归责在很长时间里是结果责任统治的历史。结果责任可以追溯到远古社会的早期文明当中。信奉结果责任和那个时代对神明自然崇拜的世界观是息息相关的,早期的人类将自己视为自然周期的一部分。因为他们明显地依靠外部的生活条件,所以自然对他们来说显示的不是线性而是周期循环的规律,所有决定和威胁他们生活的变化和变迁,在他们眼里都是一种自然的既定规律。现在是对过去的重复,同时也向他们展示了发展方向的确定性,因为远古的人们既不能理性的解释自然,更不能掌控自然,所以就理所当然的将世界理解为至高无上的闭合的统一体。<sup>[94]</sup>那时的人们将所有的经验都结合组成了一个相互联系的系统,异常的自然现象因为不能放在他们归纳的循环世界之中,所以被赋予了特殊的意义。因而打雷闪电被看成更高权力(神灵)的赐予;日食被认为是灾祸的不祥预兆;久旱不雨被认为是对某种行为的惩罚,所以祭祀活动盛行。在这套认知体系中没有一个事件是孤立的,没有所谓的“意外事件”,因为一切都能在整体中找到对应的意义。在这个系统中个人意志基本上没有能动的空间,所以不受重视。在法律评价中不去探询个人的思想领域,因为不是责任决定结果而是结果决定责任。

至于行为之于结果有没有设置危险关系,或者行为入有没有故意过失,这些对于古代的归责逻辑来说都是无关紧要的。结果出现的偶然性并不是归责的障碍,因为在那个时期的世界观中没有“偶然事件”存在的空间。远古社会封闭的整体世界观要求将所有人类经验都归纳到一个整体的关系网络中,而个人在其中的作用微乎其微。在那个时期,没有责任的刑罚也不会让人觉得不公正,因为这样的刑罚被看作像死亡和疾病一样不能逃脱也无法反抗。

而罪责责任的基础却是另一番图景。在社会世界观不断理性化的过程中,人们对事物的理解不断加深,知识不断积累,不再认为事物的发生发展是由神秘力量支配的。现代人的世界观发生了彻底的变化,即认为事物和事件基本上都是可以理性解释的。比如,日食是自然科学可以解释的气象现象,可以提前预报,世界不再是主观地被认为是封闭的至高无上的整体,而是被客观地解释为遵循自然法则的秩序。对因果关系的掌握和对外部生活条件越来越少的依赖决定了对世界新的认识角度,现实是线性发展的而不是循环往复的。以前所认为的个人受整体支配的命运性在这样一个新的世界观下就丧失了,人开始作为能动的主体而不是客体被对待了,人的行为和人的干预要追溯到人本身而不是其他系统。行为主体对自由的滥用是有社会意义的现象,行为和行为人的联系就不再简单地诉诸于命运安排这样的理由而是通过责任被重新塑造。从这个意义上说,责任原则就是自治原则的表达,也就是告别命运世界观的标志。所以在现代刑法中,责任这个概念是作为“意外事件”“不可抗力”的对立面提出的,后者是个人作用范围之外的现象,行为入既不希望也不能预见和不能避免的结果,这个结果不能归责

[94] Peter L. Berger/Thomas Luckmann, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit: Eine Theorie der Wissenssoziologie, 1966, S. 118.

于行为人。

但是这种世界观的转变不是突然完成的,中间的转化过程经历了很长时间,责任思想是长达几千年的理性觉醒过程的结果。在这个发展过程中也经历了过渡阶段,比如13世纪前叶卡洛琳娜法中规定的自陷禁区原则(Versari in re Illicita)。<sup>[95]</sup>该原则是指如果在禁止区域内行动,就要对一切产生的后果负责,不管这个后果是否是可避免和可预见的。自陷禁区原则限制了纯粹的结果责任,将行为人的责任限制在不允许的前行为范围内,所以是明显的归责方法的进化,但是这个原则还是会导致非常广泛的责任。好在归责原则的发展并没有止步,现代社会发展出责任思想,也就是完全以可掌握性和可计划性为前提进行的归责。可以毫不夸张地说,责任思想是现代刑法的目的论要点,虽然责任思想的影响力对整个刑法体系各个部分不是相同的,但是它对归责的形式和方法是有塑造性作用的。

责任原则存在的重要意义是,它涉及到刑法归责的整体标准,即在什么条件下和在什么程度上才可以让一个人为一个刑法相关的事件负责任。在责任原则之下,个人在行为时知道或可能知道行为的结果是什么,所以他可以预见和可以避免结果发生。只有责任观念可以使国家的刑罚权合法化,因为行为人有罪责,所以要他为自己的犯罪行为负责并受到处罚,也只有责任原则能防止国家基于有效的预防性法益保护而对那种行为人不能避免从而也不用负责的行为处罚。责任作为合法性原则同时也必然地作为限制原则发挥作用,比如通过结果加重犯的设置来纠正结果责任造成的不当归责;另如,根据是否与不法有关,进而是否需要被责任涵盖来区分真实的和非真实的客观处罚条件。责任原则在刑法教义学的体系发展中起到了关键作用,结出了丰硕的教义学成果,它对刑法学的贡献直到今天都是其他任何冲突解决体系概念所无法达到的。

如果采用预防代替责任的观点,其实是消除了责任的实体内容,从而瓦解了责任原则,而无法达到在立法、司法和刑事理论各方面坚持责任原则的效果。坚持责任原则首先要有独立的责任内容,而不能将责任和预防循环论证式的相互替代。

## (二)责任和预防是对立概念吗?——责任的预防属性

保留“责任”独立的意义,并用预防观念补充责任的做法,在维护责任原则的意义上比将责任用一般预防代替要合理得多。但是这样设立的负责性阶层的缺点是,负责性并没有加入新的内涵,也不具有浑然一体的结构,而成为责任和预防栖居的空壳。从本质上看,预防并没有嵌入责任概念之内而处于责任之外,起到补充责任的功能。

到目前为止的经验表明,使用刑罚来促进规范的遵守和保护法益是有效果的。对一个人的责难如果没有指导行为的作用并且通过责难所追求的社会效果不能实现的话,那么就不能进行责难。这种经验的总结是否能说明,责任概念不仅被社会性因素也被功能性考量因素或多或少地影响呢?这个问题要先从一般的他行为可能性学说开始论起。这个学说将责任原则

[95] Binavince, “The Ethical Foundation of Criminal Liability”, *Fordham Law Review*, Vol.33, No.1, 1965, p.14.

从无法证明的非决定论的死胡同中解救出来,它是很多责任学说的起点,通说认为该学说属于规范责任概念但是不属于功能责任概念,所以这里要特别对它预防的一面进行研究。

如果一般他行为可能性本身就可以跟预防的因素相结合的话,那么就不再需要区分作为刑罚基础的责任与功利主义的考量。通过研究发现,事实上情况正是如此。比如,耶塞克/魏根特教科书的观点就突出了意志自由学说的预防维度,也就是探寻其他人在行为人所处的环境中如何行为或者能够如何行为:

如果想将具体的行为人作为衡量其责任的标准,那么,其结果在刑事政策上也是不能被支持的。因为将导致下列结果:某人越没有人格,其责任的程度就越小。这种思考必将最终导致排除最危险的犯罪分子的责任非难,因为绝对缺乏与法共同体的联系,将会得出绝对否定责任非难的结论,而这时法秩序在促进行为人意志努力方面一点也无能为力。因为行为人在行为时有自己一套评价标准,所以完全不认同社会共同体的价值。但犯罪人的个性并不能阻止刑法对犯罪人提出在同等情况下其他人能够满足的要求,这就是主观归责的规范性一面。<sup>[96]</sup>

上述观点表达得很清楚,刑罚目的理论早就合并到作为刑罚基础的责任当中了。建立在一般他行为可能性学说之上的责任学说,事实上不仅属于规范责任概念也属于功能责任概念。甚至这个发现不仅限于一般他行为可能性的学说,而是跟所有根据社会性负责的模型来确定的责任学说都相关。换言之,自由的社会性维度已经决定了自由在很大程度上承载了预防的标准。所以,刑事政策的因素不可避免地存在于刑法自由概念的范围之内。这个观点施特拉腾韦特也重点强调过:<sup>[97]</sup>

当然人们可以说,犯罪是来自“自由”,在这个意义上,没有外部或内部原因能够强迫行为人,很大一部分机会犯罪就属于这种类型,比如盗窃商店,而很大一部分被认为是犯罪的慢性破坏者却跟自由没有关系。他们的人生大多是这样的,从小家庭破裂,他们从未感受和学习到什么是人们之间的关爱,所以几乎不能建立社会关系,他们在学校就经常遇到困难,以致很早就被送到儿童院或者教养机构。等到他们最终处于社会中时,只能用犯罪的方法解决通常的生活问题。这里存在着行为强迫,这是当事人无法避免的。

然而,法律在罪责成立方面却不探讨这种行为强迫。现行法律的归责由于行为关系成因巨大的复杂性已经从一开始就只包含有限的条件,行为人遗传生物学和身心医学方面的因素以及家庭和社会的影响在实定法的归责中都被隐去了。对行为人这方面条件的不关注一方面是由于法院有限的认知能力,将所有潜在影响行为的因素都考虑进去的个人归责是无法实现的。另一方面是出于司法经济的考虑,司法资源是有限的,一个全面的包含所有因素的对行为人个人的分析在刑事程序的时间要求和经济条件下都是无法实现的。但是即使是出于这些考量也不能全面解释现行法律归责的深层维度,比如,认知理论和司法经济的观点不能解释,为

[96] Jescheck/Weigend (Fn. 9), S. 427 f.

[97] Stratenwerth (Fn. 86), S. 17 f. Rn. 12.

什么实定刑法对醉酒、精神病患、防卫过当和避险过当这类问题特别作出规定。而且,在量刑领域施特拉腾韦特所述的行为强迫在刑事诉讼中也会被部分地纳入考量范围。所以,所谓时间成本和取证困难的理由是站不住脚的,在判断责任是否成立时不注重这样要素的真正原因,其实是更深层的预防必要性缺位。在刑法选取自由相关的要素时,预防就已经不知不觉地被纳入了考量范围,因为那些因素会对做出符合规范行为的能力产生影响。相反,将方方面面影响行为的因素都考虑进去的绝对的非决定论意义上的自由概念,才不需要甄别筛选各类免罪事由。从我国现行刑法的规定来看,立法者已经下意识地做到了,将精力集中在选取有限的与自由相关的事实上,并且只有这样才能进行责任归属,社会规范稳定性的要求才能被合理地对待。所以,现行法归责的基础就是相对自由的概念,也就是蕴涵了预防思想的自由概念,在这个意义上,预防和罪责就不是不相关的两个范畴,而是融为一体的。这种责任观念本文称为经验功能责任概念。

本文所持的观点是,刑罚是为积极一般预防服务的,刑法责任应该被理解为虽然有相对自由还是实施不法行为,该责任观念是介于罗克辛和雅科布斯所提出的责任概念之间的。

罗克辛选取“规范响应能力”作为责任本质的描述,对自由的结构和内容也是经验性地建构的,在这一点上跟本文的观点一致。但是“规范响应能力”与相对自由的前提不一样,比如在习惯犯的解释上,前者会得出习惯犯没有规范响应能力从而没有罪责的结论,而后者因为在选取影响自由因素时已纳入了预防思想的考量,更倾向于肯定习惯犯的罪责。相对自由概念跟罗克辛模型相比的好处是,避免了额外构建一个完美的意志自由前提。首先是因为,意志自由的存在无法证明,所以建立在意志自由基础上的教义学就是不稳固的。其次,以意志自由为前提的自由概念并不是教义学构建的必要前提。如前所述,非决定论意义上的绝对的意志自由是一个太过宽泛以致无法归责的自由。如果一方面承认法官的认识能力和司法资源的有限性,另一方面又坚持绝对意志自由、试图承认所有潜在影响自由的因素,显然是前后矛盾的。这样一个绝对自由概念反而是不能满足现代预防刑法的归责要求的,只要选取的与归责相关的因素是对保持社会秩序必要的就可以了。

如果现行刑法自由概念在事实上不是绝对而是相对的,那么预防思想的影响就不会开始于排除责任事由的“边缘区域”,事实上它从选取自由相关的事实时就开始起作用了。现行刑法的自由概念不是归责的前提,而是已经按照归责目的来建构了。在这个意义上,就没有预防之前的罪责。

但是,本文所持的相对自由观点与雅科布斯的责任概念也有本质的不同,本文基本上拒绝在纯粹规范视野中进行刑法责任的功能化。雅科布斯的责任概念脱离归责的经验前提太远,比如,他认为“社会性地确定罪责是不重要的,对行为人来说真正有意义的只是规范意义上有一个合法替代行为存在”,<sup>[98]</sup>认为责任概念是纯规范性的,并不允许对现实因素考虑的观点是不成立的。归责的前提是,不仅要存在一个规范的合法替代行为,而且应该是一个经验感知

[98] Jakobs (Fn. 19), 17/23.

真实的合法替代行为,因为通过施加刑罚而使法忠诚得以巩固是取决于结果的。一个真实的社会他行为可能性根据经验就可以确定,所以能够被相对自由概念所容纳。不脱离经验的范畴才能确保实现正义的目标诉求,从而避免片面追求积极一般预防的效果。

积极的一般预防旨在维护社会的法忠诚这一内容,可以担当起现代社会刑罚目的这一重任。刑罚目的从选取自由相关的归责前提开始就内嵌于责任概念之中,从这个角度来说,责任其实是按照归责目的来建立的。本文主张责任是对相对自由的滥用,这样责任就跟经验性的结果联系起来,预防不再独立于责任存在而是内嵌于责任之中。因为相对自由的概念扮演了基础的前法的归责设想,所以建立在这种自由概念之上的经验性功能责任就调和了期待与现实之前的差距,也就保证了国家刑罚的稳定性。

---

**Abstract:** Jakobs tries to restructure the criminal law dogmatic with the system theory and redefine the concept of culpability into functional culpability. He believes that the purpose of criminal law is to maintain the "normative expectations" and that an act is the accomplishment of avoidable results. The criminal law culpability is not based on free will, which is the "lack of dominant motivation to comply with norms". However, the system theory is not suitable as the foundation of criminal law because the criminal law cannot only be observed from outside, but also have to answer the question about the rationality of the criminal norms from the inside. In Jakobs' theory, culpability is reduced to a pure formal imputation, which is a tautological formulation in fact. Roxin supplements the systemic conception "culpability" with the necessity of preventive punishment and establishes a new system category for the two. This method breaks through the gap between criminal theory and penalty theory so that the criminal law of guilt and the preventive criminal law can be reconciled. Because of this, Roxin's point of view has received more support. This article argues that culpability is the abuse of relative freedom, which means that culpability is linked to empirical results and prevention is no longer independent of culpability but embedded in it.

**Key Words:** Functional Culpability; System Theory; General Prevention; Principle of Culpability; Relative Freedom

---

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:张晓媛)