

# 归责负担与刑法不法

何庆仁\*

**摘要** 归责理论在我国刑法教义学中的发展日益深入,对推动刑法不法内涵的规范化起到重要作用。但是,归责与不法究竟处于怎样的关系,归责引入的规范视角到底是如何注入不法判断的,以及在罪刑法定原则的视野之下,归责与不法的关系又该如何自处等问题其实仍然有待分析。透过引入源于私法领域的负担与义务之分,可以发现厘清归责与不法关系的蹊径,即负担决定归责,义务决定不法,二者虽处于紧密融合之中,但仍然是两种不同的判断,不容混淆。区分归责负担与刑法不法,对解决原因自由行为、超越承担过失、防卫挑拨、自陷风险、着手、实行、被害人教义学以及共同犯罪等一系列问题有启发意义。在刑法中引入负担理念与《刑法》第22条预备犯的规定不冲突,也不会导致刑法的私法化,应当在刑法不法的判断中一般性地提倡归责负担理念。

**关键词** 归责负担 义务违反 刑法不法 例外归责 先前过错

归责理论的兴起是当代刑法教义学最重要的走向之一。在其发源地德国,“客观归责理论被视为德国刑法教义学自确立‘人的不法’理论以来最伟大的成就,同时也是德国刑法学最重要的传播工具”。〔1〕自其近20年前被引入我国后,客观归责也已成为“德国刑法教义学中在我国影响最大的理论之一”。〔2〕综观近二十年来客观归责理论在我国的发展,可以发现我国刑法教义学中的归责理论已经不再局限于因果关系领域,〔3〕而是逐步向总论与分论全面渗

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。本文系“十四五”教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“新型科技安全领域问题中的归责问题研究”(项目编号:23JJD820001)的阶段性研究成果。

〔1〕(德)英格伯格·普珀:“客观归责的体系”,徐凌波、曹斐译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第39卷),北京大学出版社2017年版,第289页。

〔2〕陈兴良:“序”,载孙运梁:《因果关系与客观归责论》,社会科学文献出版社2021年版,“序”第2页。

〔3〕关于10余年前我国刑法学者在归因与归责之间的纠缠及其评析,参见陈兴良:《刑法的知识转型(学术史)》,中国人民大学出版社2012年版,第326—335页。

透,俨然有成为刑法教义学中的显学之势。<sup>〔4〕</sup> 归责理论推动刑法教义学的重心从不法的要素判断转向对不法的规范评价,<sup>〔5〕</sup>是刑法教义学走向规范化的重要契机与途径,归责理论能在我国快速发展,无疑值得高度肯定。在此基础之上,本文想要继续反思的是,归责与不法究竟处于怎样的关系之中,归责引入的规范视角到底是如何注入不法判断的,在罪刑法定原则的视野之下,归责与不法的关系又该如何自处。

## 一、归责判断的不法意义

在以不法与罪责为支柱的犯罪论体系中,不法是刑罚处罚的首要前提,是一般预防与特殊预防的主要指向。由于“法无明文规定不为罪”,刑法不法无疑应以分则构成要件所明定的行为类型为限,在刑法领域认定不法时因此通常都是从分则构成要件明文或者不明文规定的各种主客要素出发的,如行为、结果、故意或过失等。此种意义上的不法实际上将刑法不法化约为了一种自然世界的事实构造,对其规范色彩明显重视不够。作为不法的对立面,法本身是一种精神上的构造物,意味着世界应当按照某种确定的方式加以塑造。富有精神属性的法规范是不会被事实构造本身所逾越的,只有当某一事实构造被赋予了一种与法相反的意义表达时,不法才成立。“某种精神的事实,特别是以犯行体现出来的对法及其效力的质疑为表现形式的精神事实,取代了纯粹物质性的犯罪概念”,<sup>〔6〕</sup>不法于是也应当是一种精神构造物,即表达出了与法相反的意义,意图按照法规范之外的其他方式塑造世界。<sup>〔7〕</sup>

当然,传统的不法认定方式也未必要否认不法的规范属性,从要素判断不法更多地是因为隐含了一个前提,即符合要素的原则上就是违反规范的,不需要特别考虑其背后的意义表达,只要在违法性阶层再例外地处理有无违法阻却事由即可。就检验犯罪成立与否的技术而言,要素符合再加上没有违法阻却事由是非常简便易行的,比较可取。但是,在理论的视野之下,如此化约处理却有两个显而易见的缺陷。一是无法处理那些要素都符合却没有违法阻却事由相对应的情形,被客观归责理论排除了客观上的可归责性的大多数场合都是如此;二是方法论上的误导,要素判断与违法阻却事由的认定都没有正面回答不法的精神属性何在的问题,而是加以了回避,最后使得不法的意义表达被淹没在其事实构造之中,不法的认定也难免被技术掩盖了本质。

客观归责理论的适时兴起则很好地补足了历来的不法认定之欠缺,即在各种事实性要素以及负面的违法阻却事由之外,还必须从正面判断不法的可归责性。以广为接受的克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)的客观归责理论为例,不法的成立必须在客观上是可归责的,判断该可

〔4〕 关于当前刑法教义学中归责理论的繁荣景象之描述,参见陈璇:《刑法归责原理的规范化展开》,法律出版社2019年版,第1—5页。

〔5〕 Vgl. Claus Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116 (2004), S. 931 f.

〔6〕 (德)沃尔夫冈·弗里施:“变迁中的刑罚、犯罪与犯罪论体系”,陈璇译,《法学评论》2016年第4期,第98页。

〔7〕 Vgl. Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 22.

归责性要遵循以下三个下位规则：制造法所不允许的风险、实现法所不允许的风险以及构成要件的效力范围。<sup>〔8〕</sup>其中“制造法所不允许的风险”与“实现法所不允许的风险”分别为行为要素与结果要素附加了法规范允许与否的考量，“构成要件的效力范围”则对危险接受等特殊情形进行了规范化处理。由此可见，规范不啻于“归责判断中的施力点”，<sup>〔9〕</sup>归责判断自始就在对不法的理解中“引入了规范性评价的方法，并借助于规范性目的对因果关系进行筛选，从而排除了不合目的的因果流程”。<sup>〔10〕</sup>归责判断的不法意义因此在于，将不法完整地置于法规范的意义世界，更明确地揭示不法的规范内涵。

在此理解之下，回到前文想要反思的三个问题：第一，归责与不法究竟处于怎样的关系之中？既然归责被理解为归因之后的后续判断，<sup>〔11〕</sup>归责似乎也被视为不法的要素之一，只不过和行为、结果等要素不同，其属于规范性或者实质性要素而已。对此，车浩早在客观归责理论引入我国之后不久就明确指出：“在客观归责理论的框架下，‘构成要件行为’不再是一种没有实际意义的形式名称，而是可以用‘制造法所不允许的风险’得到实质的内涵。”<sup>〔12〕</sup>第二，归责引入的规范视角到底是如何注入不法判断的？刑法不法是构成要件性不法，以违反分则构成要件规定的义务为前提。也就是说，义务违反导致规范违反，规范违反导致刑法不法，那么，归责判断在赋予不法规范色彩时，也是通过义务违反而实现的吗？归责与义务违反之间又是何种关系？依照上述将归责视为不法要素的看法，显然应该得出归责规则也是判断义务违反性的规则之结论。第三，在罪刑法定原则的视野之下，归责与不法该如何自处？对此，不法既然是在分则构成要件要素基础之上进一步结合归责判断而认定，似乎也不成问题，因为二者都是在构成要件范围之内运作的。

换言之，按照现有的理解，归责判断与不法融为一体，前者赋予后者规范色彩，后者则坚守罪刑法定的底线，二者看似处于一种有机结合的状态之中。遗憾的是，这两点其实都是值得怀疑的。关于归责赋予不法以规范色彩，按照现行的理解，似乎“只要借助‘客观归责’这个一般性概念，就能够将那些必要的规范评价映射入滥觞于自然主义时代的（客观）

〔8〕 参见(德)克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论(第1卷)：犯罪原理的基础构造》，王世洲译，法律出版社2005年版，第245—274页。

〔9〕 劳东燕：“风险分配与刑法归责：因果关系理论的反思”，《政法论坛》2010年第6期，第95页。帕夫利克也曾从反面明确指出：“与自然主义的立场彻底决裂，这是客观归责理论在犯罪论方面立下的最重要的功绩。”参见(德)米夏埃尔·帕夫利克：“刑法科学的理论”，陈璇译，《交大法学》2021年第2期，第38页。

〔10〕 庄劲：《从客观到主观：刑法结果归责的路径研究》，中山大学出版社2019年版，第1—2页。赫尔穆特·萨茨格(Helmut Satzger)曾经在相同的意义上提及“客观归责在不法要件中的规范性过滤功能”，参见(德)赫尔穆特·萨茨格：“作为客观归责问题的所谓‘救援者案件’”，梁奉壮译，载方小敏主编：《中德法学论坛》(第14辑·下卷)，法律出版社2018年版，第219页。

〔11〕 参见陈兴良：“从归因到归责——客观归责理论研究”，《法学研究》2006年第2期，第70—86页；张明楷：《刑法学》(第六版)，法律出版社2021年版，第234页；周光权：《刑法总论》(第四版)，中国人民大学出版社2021年版，第132页。

〔12〕 车浩：“假定因果关系、结果避免可能性与客观归责”，《法学研究》2009年第5期，第161页。

构成要件概念之中”。<sup>[13]</sup>但是,“这里的‘规范’到底是什么,其内在结构如何,它又是如何实现结果、行为和主体联络功能的”,<sup>[14]</sup>这些都是鲜有讨论的重要问题。关于不法坚守罪刑法定的底线,以作为客观归责理论重要一环的规范保护目的理论为例,其中的规范指的往往是行政法规的保护目的,而不是刑法规范,基于罪刑法定的立场,有学者于是批判指出:“规范目的关系概念之所谓规范,对于犯罪的构成是一个不相干概念,从而所谓规范目的关系也是一个根本不相干的概念。”<sup>[15]</sup>规范、归责与不法的关系因此实有深入检讨之必要。

## 二、归责与不法之间的裂隙:负担与义务之分

刑法理论的发展往往源于对例外情形的研究,“刑法规范充满例外,可以认为没有例外就没有刑法发展”。<sup>[16]</sup>归责理论也是如此,在常规的理解之下,总是存在着若干看似例外的情形。

### (一)例外归责与先前过错

例外归责(Außerordentliche Zurechnung)是约阿希姆·赫鲁施卡(Joachim Hruschka)提出的概念,旨在解决“行为人在缺乏犯罪要素时的答责性”。<sup>[17]</sup>如果结果发生之时行为人有能力阻止结果发生,对结果的归责就是一般归责;如果结果发生之时行为人无能力阻止结果发生,对结果的归责就是例外归责。<sup>[18]</sup>在如同原因自由行为那样的场合,是无法按照常规的规则来解决的,只能引入特殊的规则,即虽然缺乏了某一或某些犯罪要素,但是存在着一个替代品:行为人可避免却未避免地使自己陷入无能力状态。该可避免却未避免不是法律上的义务违反,却创设了一种负担(Obliegenheit),<sup>[19]</sup>使该状态下导致的结果仍然应该归责于行为人,尽管行为之

[13] (德)沃尔夫冈·弗里施:“客观归责理论的成就史及批判——兼论对犯罪论体系进行修正的必要性”,陈璇译,《国家检察官学院学报》2020年第1期,第55页。

[14] 庄劲,见前注[10],第2页。

[15] 黄荣坚:《基础刑法学(上)》,中国人民大学出版社2009年版,第231页。

[16] 储槐植:“刑法例外规律及其他”,《中外法学》1990年第1期,第20页。

[17] Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 1983, S. 269.

[18] Vgl. Joachim Hruschka, Ordentliche und Außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, ZStW 96 (1984), S. 664.

[19] 德语 Obliegenheit 在国内主要有三种译法,一般被译为不真正义务。参见(德)汉斯-约哈希姆·慕斯拉克、沃夫冈·豪:《德国民法概论(第14版)》,刘志阳译,中国人民大学出版社2016年版,第183页; (德)汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论(第41版)》,张艳译,中国人民大学出版社2019年版,第275页; (德)海因·克茨:《德国合同法(第2版)》,叶玮昱、张焕然译,中国人民大学出版社2022年版,第333页;许恒达:“超越承担过失的刑法归责”,《东吴法律学报》第20卷第2期(2008年),第129页。有时也被译为负担性义务,参见(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(上册)》,王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀斌译,法律出版社2013年版,第269页; (德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第55页。还有学者将其简译为负担,参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第675页。为了表明刑法领域的义务原则上仅限于构成要件中的义务,以及考虑到刑法上真正与不真正的分类(例如真正与不真正的不作为犯、真正与不真正的身份犯),通常表示二者很大程度上具有相同的本质,而此处的 Obliegenheit 与义务(Pflicht)在罪刑法定的视野下其实是两种不同的概念,故而采纳了“负担”的译法。

时其可能未充足某些犯罪要件。赫鲁施卡明确指出,负担不是义务,所以违反负担的行为不是刑法上的违法行为,其后果仅在于行为人要承担一定的不利后果,即不能再以行为时自己无能力为由否定归责。除了原因自由行为之外,例外归责还广泛存在于可避免的禁止错误、自陷风险、免责的紧急避险等场合。<sup>[20]</sup>

先前过错(Vorverschulden)则是乌尔弗里德·诺伊曼(Ulfrid Neumann)提出的概念,旨在“提出一些特殊的规则,以为刑法在具有特定时间结构的场合之归责奠定基础”。<sup>[21]</sup>这里的特定时间结构是指行为人决定归责与否的过错发生于实施构成要件行为之前,例如防卫挑拨、自陷风险、原因自由行为、超越承担过失等。诺伊曼借鉴了赫鲁施卡关于负担与义务的区分,并通过区分元规则(Metaregeln)和刑法教义学上的次级规则(sekundärer Regeln der Strafrechtsdogmatik)来实现对先前过错的归责。其中,元规则决定负担,通过一种对话结构决定行为人可在多大范围内为自己提出抗辩,否定自己先前过错的可答责性;次级规则设定义务,是刑法教义学中的一般规则,决定在何种情况下行为被允许或不被允许。先前过错的场合,行为人在对话性的价值判断上被评价为违反了作为元规则的负担,因而对自己事后所引起的状况失去了抗辩权,不能否定答责性;该答责性作为一个连接点,和次级规则中的义务相结合,形成了刑法教义学中对先前过错的归责。<sup>[22]</sup>

例外归责与先前过错所处理的教义学上的问题其实基本是一样的,即原因自由行为、超越承担过失、防卫挑拨、自陷风险等,它们不同于通常情况的特殊性在于,行为人实施构成要件行为时的可归责性或不可归责性不是由构成要件行为本身决定,而取决于构成要件行为之前实施的先前行为:由于行为人先行实施的挑拨行为和自陷风险行为,之后的防卫行为和避险行为仍然是可归责的;由于行为人先行使自己陷入无责任能力状态或无能力履行义务状态,之后在无能力状态下实施的行为同样是可归责的。如前所述,常规的归责都是对构成要件行为和构成要件结果的归责,归责在构成要件要素齐全的框架内与不法判断有机结合。相反,例外归责与先前过错或者在行为时无故意,或者在行为时无能力,如果严格按照常规的归责与不法有机结合的考察方式,基于“责任能力与实行行为同在”以及“故意与实行行为同在”等原则,应该否定归责。但是,几乎所有观点都肯定其可归责性,归责与不法之间因此出现明显的裂隙。

类似的情况我国学者其实也早已有所讨论。以原因自由行为和超越承担过失为例,前者的场合,我国《刑法》第 18 条第 2 款明文规定:“醉酒的人犯罪,应当负刑事责任”,所以学理与实务上一直是肯定原因自由行为的可罚性的,至于其根据,则主要有构成要件模式<sup>[23]</sup>和例外模式<sup>[24]</sup>的对立。关于超越承担过失,我国有学者认为:“超越承担过失之行为人,在认识到自己欠缺从事特定行为的注意能力的情形下,能够而且应当不实施该特定行为,具有相对的选择

[20] Vgl. Hruschka (Fn. 17), S. 282 ff.

[21] Ulfrid Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 13.

[22] Vgl. Ulfrid Neumann, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985, S. 399 ff.

[23] 大致赞同的学者有张明楷,见前注[11],第 405—406 页;周光权,见前注[11],第 246 页。

[24] 参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆 2001 年版,第 331 页;付立庆:《刑法总论》,法律出版社 2020 年版,第 245 页。

自由,而行为人仍旧选择实施该特定行为并导致危害社会的结果”,<sup>[25]</sup>因此是可罚的。这些讨论尽管未能直接以归责的名义展开,但都认识到了类似情形中不法认定在构成要件要素方面的欠缺,并在结论上和没有要素欠缺时一样肯定其可罚性,显然也动摇了归责与不法紧密融合的一般认识。

## (二)负担与义务的二元范畴

例外归责与先前过错的情形下,决定归责的是构成要件行为之前的先前行为,但该行为本身并不是不法;当构成要件行为得以实施时,构成要件行为本身却因为欠缺某些要素无法归责,归责和不法于是在这些例外场合处于一种截然分离的状态。一如前文赫鲁施卡所言,该分离是通过区分负担与义务而被化解的,即违反负担决定归责,义务违反决定不法,归责与不法之间原本看似一体化的关系便经由负担与义务的二元范畴而被区隔开来。

刑法领域内负担与义务的区别也许会给人以突兀之感。实际上,该区分在法学领域并不令人陌生,其最早产生于德国保险法领域。在保险法中,投保人负有及时向保险人告知投保标的损失情况或者危险增加情况的负担,投保人不履行该负担的,因为并未违反义务,保险人不能起诉,但投保人将承担该负担的不利后果,即丧失相应的获得赔偿的权利。如此区分的意义在于,“能够使保险人正确评价所承保风险,以确定是否以及基于何种条件特别是基于何种保险费率来承保风险”。<sup>[26]</sup>之后负担与义务的区分被德国学者引入民法和商法,例如,根据《德国民法》第254条第1款,当受害人和加害人都有过失时,受害人的过失就不是义务,而只是一种负担,因而虽不违法但也要丧失部分损害赔偿请求权;根据《德国商法》第377条,买受人在接收货物后应当马上对货物进行检查,如发现瑕疵应尽快通知出卖人,否则要承担丧失瑕疵赔偿请求权的不利后果等。私法领域中负担与义务的主要区别在于,法律并不强制当事人履行负担的要求,不履行该要求不会违法,因而也不会产生违法的各种责任,当事人一般只是失去一个较为有利的法律地位;法律并不像要求义务的履行那样,要求负担的绝对履行,而只是假定其履行;当事人如想避免不利的法律后果,就必须依要求行事。<sup>[27]</sup>

两相比较之下不难发现例外归责与先前过错场合的负担与义务之分,正是受到了私法领域的较大影响。同样以原因自由行为和超越承担过失为例,原因自由行为中的原因行为只是违反了归责负担,行为人因此要承受不利的法律后果,即后续的结果行为将可以被归责于行为人;但该归责负担并不是义务,违反负担的原因行为并不是刑法不法,直到结果行为发生时刑

[25] 郑延谱、喻海松:“试论‘超越承担过失’”,《云南大学学报(法学版)》2007年第2期,第39—43页;同样持肯定立场的还有李森:“责任同时存在原则的困境、辨析与突围”,《时代法学》2021年第3期,第48—58页;态度更为谨慎的则有周铭川:“德国刑法中的超越承担过失理论介评”,《西南政法大学学报》2010年第2期,第31—39页。

[26] 仲伟珩:“论德国保险法关于投保人违反告知义务规定及对我国保险法的启示”,《法律适用》2012年第6期,第79页。

[27] 参见拉伦茨,见前注[19],第269—271页;梅迪库斯,见前注[19],第675页。我国也有部分民法学者认可负担与义务的区分,参见韩世远:“论债权迟延”,《法制与社会发展》1999年第3期,第18—25页;黄茂荣:“论与有过失”,《法治研究》2022年第1期,第16—35页。

法义务才被违反,将原因行为视为刑法不法一部分的构成要件模式因此就混淆了归责负担与刑法不法。超越承担过失也是如此,不具有适格能力的人超过自己的能力实施特定行为,致使结果发生之时无能力阻止结果发生,其超过自己能力实施特定行为即违反了归责负担之要求,不能以结果发生时无能力为由否定归责;但该行为本身也不是刑法中的义务违反,结果发生时刑法不法才现实发生,将超越承担行为视为刑法不法之一部分的构成要件模式,一样将归责负担与刑法不法混为一谈。引入负担与义务之分就以一种特殊的方式深化了关于归责与刑法不法之关系的理解。

在这些例外场合引入负担与义务的二元范畴既能提供令人满意的答案,又在规范体系里逻辑自洽,是非常有说服力的,因此除了前文提及的赫鲁施卡、诺伊曼之外,还受到了京特·雅各布斯(Günther Jakobs)、<sup>[28]</sup>沃尔夫冈·弗里施(Wolfgang Frisch)、<sup>[29]</sup>乌尔斯·金德霍伊泽尔(Urs Kindhäuser)、<sup>[30]</sup>米夏埃尔·帕夫利克(Michael Pawlik)<sup>[31]</sup>等较为重视规范主义刑法立场的学者的认可。日本和我国台湾地区学者中,也不乏区分负担与义务的支持者。<sup>[32]</sup>我国大陆学者论及负担与义务之分的则为数不多,且褒贬不一。<sup>[33]</sup>那么,究竟是否应该在刑法中也承认归责负担理念及其影响呢?本文在归责的意义上赞同区分负担与义务,进而区分归责与刑法不法,并认为不仅在上述例外的场合要区分归责负担与刑法不法,而且应当一般性地区分归责负担与刑法不法。以下分而述之。

### 三、归责与不法之间的负担理念

#### (一)负担源于一般归责理论

习惯了刑法义务一元论的读者很可能会问:究竟什么是负担?为什么其可以影响刑法不法的认定?这是两个相当复杂的问题,本文的主旨在于论证负担与义务的不同,而不是专门研究负担,但简要揭示归责负担的内涵也是题中应有之义。

首先,归责负担源自归责原理,而不是如同义务那样植根于刑法分则的规定。归责问题从来不只是一个刑法问题,有其深刻的哲学渊源。康德认为:“从道德含义上看,责难是一种判断,任何人通过这个判断就宣布他是一种行为的作者,或者是一种行为的自由动机的承担者,这个行为于是被认为是他的道德表现或德行,并且受到法则的约束。”<sup>[34]</sup>黑格尔更明确地指

[28] Vgl. Jakobs (Fn. 7), S. 22.

[29] Vgl. Wolfgang Frisch, Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter“ Affekttaten, ZStW 101 (1988), S. 538 ff.

[30] Vgl. Urs Kindhäuser, Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, Jahrbuch für Recht und Ethik 2 (1994), S. 339 ff.

[31] Vgl. Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 333 ff.

[32] 日本学者如安達光治「責務(Obliegenheit)と犯罪論(1)」立命館法学 380 卷 4 号(2018 年)1—12 頁参照;台湾地区学者如许恒达,见前注[19],第 97—138 页。

[33] 持肯定立场的如李森,见前注[25];持反对态度的则如周铭川,见前注[25]。

[34] (德)伊曼努尔·康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 31 页。

出：“行动只有作为意志的过错才能归责于我。”〔35〕归责因此首先指的是意志归责，即在何种情况下我们可以将行为或结果归责于某一意志主体。按照康德和黑格尔的理解，归责判断至少与自由和过错有关，即归责主体是自由行事，且存在一定的过错，则可予归责。决定归责与否的负担因此也应该由归责主体的自由与过错所决定；至于具体与何种自由和过错有关，则取决于归责所发生的领域。如此理解的归责及其负担可以被视为归责的一般理论，对于所有领域的归责判断而言，该理解都具有普遍指导效力。例如对于道德领域的归责而言，道德自由上的瑕疵就足以被归责；对于不同的法律部门而言，则要由不同部门法意义上的自由及过错来决定。

刑法中的不法归责其实也是在确定法规范上可归责于每个人自己意志的作品范围。“客观归责的基本思想，即每个人只应该对自己的行为负责。”〔36〕所不同的是，刑法中的客观归责是对刑法不法的归责，而不是其他部门法的不法，更不是道德上的不法，由此产生了刑法不法归责的一般性与特殊性。一般性在于，刑法领域的归责也要受一般归责理论的影响，“成为一个人，并尊敬他人为人”〔37〕的相互尊重规则是一般性的规范交往准则，该一般性的交往准则无疑也约束着刑法归责的判断。或者说，在刑法领域内违反该规则，就意味着违反了刑法中的归责负担，从而产生刑法上的可归责性。特殊性则在于，刑法不法归责的对象是刑法不法，即刑法分则所规定的构成要件之实现，其负担应当与构成要件行为与结果之间建立起规范上的关联性。换言之，一般性的规范交往准则应当将其触角延伸至刑法领域之内，交往主体在行使“自由”时的“过错”，必须与刑法分则的构成要件之实现有关。此时其有两层负面涵义，第一层负面涵义是，即使分则构成要件在形式上被实现，如果主体在行使“自由”时无“过错”，未违反归责负担，仍然不可归责。第二层负面涵义是，虽然违反了归责负担，但并无分则构成要件被实现时，同样不可被归责。

这并不是说刑法不法归责的负担违反必须直接表现为实施构成要件行为与直接导致结果。理由在于，交往中每个人不仅要避免侵犯他人（实施构成要件行为），而且还负有尊重他人、谨慎行事的负担，以免事态可能往侵犯他人发展。〔38〕一旦违反负担，则后续事态即可归责于违反者；如果事态发展至侵犯他人（构成要件被实现），该实现也就是负担违反者的作品。负担违反因此完全可能是前置于构成要件实现的规范性要求，不可与分则构成要件中预设的刑法义务相提并论。负担违反甚至不能如同刑法义务那样被一般性地禁止，因为上述尊重他人、谨慎行事的负担经常与日常往来交融在一起，如果最终未发展至实现构成要件阶段，就难以进行刑法上的否定评价，最终就只能在具体场合具体地认定，是否需要行为人承担刑法上的归责后果。〔39〕例如

〔35〕（德）格奥尔格·威廉·弗里德里希·黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1996年版，第119页。

〔36〕萨茨格，见前注〔10〕，第228页。

〔37〕黑格尔，见前注〔35〕，第46页。

〔38〕Vgl. Pawlik (Fn. 31), S. 308 ff. 金德霍伊泽尔曾经在类似意义上把违反归责负担视为被允许的危险的反面，即违反了归责负担就不是被允许的危險。参见（德）乌尔斯·金德霍伊泽尔：“论所谓‘不被容许的’风险”，陈璇译，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第34卷），北京大学出版社2014年版，第226页。

〔39〕Vgl. Tatjana Hörnle, Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht, GA. 2009, S. 631.

不能一般性地说醉酒是刑法上的负担违反从而予以禁止,但原因自由行为场合的醉酒则是。周光权曾经类似地指出:“刑法规范向社会一般人发出禁止、命令,其与一般社会生活上个人应当履行的客观注意义务、谨慎义务具有内在一致性。存在违反这种规范要求而创设危险的行为,是客观构成要件判断的前提。将制造规范所反对的危险作为归责对象,等于是对一般人在社会中被要求的客观注意义务的强调、宣示。”〔40〕周光权虽然在这里没有明确区分刑法中的负担与义务,但其对刑法规范与注意义务的说明具有合理的成分。

要补充说明的是,归责负担虽然源于归责原理,但并非完全是超法规的,实在法已经相当程度上部分肯定了归责负担的功能。刑法典中不少规定都与归责负担有关,例如关于醉酒犯罪的条款以及关于狭义共犯的规定,实质上都以负担违反为前提。在开放的构成要件中,负担更是借助开放的构成要件要素大量进入刑法,例如不作为犯中的作为义务(照顾未成年子女)和过失犯中的注意义务(遵守交通规则),原则上都只是归责负担而不是刑法义务本身,这些场合中只有当结果发生(如未成年子女未得到照顾而亡或者违反交通规则导致他人死亡)时,刑法义务(禁止杀人)才被违反,所谓的作为义务和注意义务则仅起到归责负担的作用,可以要求所谓的义务人在规范上为结果的发生负责而已。〔41〕更重要的是,归责理论的基本思想——自我答责与具有宪法位阶的自我决定权息息相关,德国宪法法院判例曾经指出,《德国基本法》中“深受人类尊严和人格自由发展影响的人类形象要求自我决定和自我答责”。〔42〕我国《宪法》第 33 条也规定:“国家尊重和保障人权。”自我决定权和自我答责在我国无疑应当也是具有宪法位阶的基本要求,由此而生的用于判断归责与否的负担因此同样具有宪法依据,足以对不法归责之认定发挥应有的作用。

## (二) 归责负担赋予不法判断以独立的规范内涵

强调负担与义务的两分法只是希望为区分归责与不法提供根据,而不是要否定归责与刑法不法的紧密联系,刑法中的负担理念最终当然要服务于刑法不法的认定。问题的关键在于如何服务,在不区分负担与义务的既有框架下,是否要归责与是否不法的认定混杂在一起,难免使二者两受其害。例如,原因自由行为的场合着手被一再前提至原因行为,导致负担违反被误认为义务违反,刑法不法的范围一再被扩张等。区分了负担与义务之后,由于归责判断以构成要件实现或者部分实现为前提,是对构成要件实现的一种回溯性的事后判断,〔43〕刑法不法

〔40〕 周光权:“客观归责方法论的中国实践”,《法学家》2013 年第 6 期,第 125 页。

〔41〕 关于过失犯与不作为犯中负担与义务之间的深层区别,可代表性地参见陈璇:“过失犯因溯责的规制路径:以读职犯罪为中心”,《中国法学》2023 年第 2 期,第 285—304 页;张梓弦:“先行行为型保证人义务的法理基础及射程厘定”,《法学》2023 年第 6 期,第 52—69 页。两篇论文虽未明确采取负担与义务二分的路径,但均对注意义务与保证人义务在法规范上的归责特性予以了深入说明。

〔42〕 BVerfGE 108, 282.

〔43〕 Vgl. Günther Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 (1977), S. 18. 不过,承认归责判断是一种回溯性的事后判断只是对归责流程的客观描述,并不意味着归责的标准也只能是事后的标准。参见(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:“共同实施犯罪行为时的义务违反:犯罪参与理论的语义学问题”,毕海燕译,《苏州大学学报(法学版)》2023 年第 2 期,第 141 页。

首先应根据分则构成要件要素初步判断其义务违反性,之后再根据归责负担实质性判断其可归责性,最终都得出肯定回答时刑法不法才得以成立。初步判断义务违反性时不必严格要求主体、故意、责任能力等要素与实行行为的同时存在。例如有主动物伤人案件在狗咬人时即已初步符合义务违反性,若基于归责负担之违反(未看管好自已的狗)可归责于主人,义务违反性和不法才在实质上和规范上最终被肯定。其中,虽然作为刑法不法前提的义务是禁止伤害他人,而不是看管好自已的狗,但作为归责负担的看管好自已的狗,会规范性地决定不法成立与否,仍是不法判断中决定性的一环。

由此可以发现重新理解归责与不法之规范性关联的途径。如前所述,归责为不法带来了规范性色彩,但该规范性色彩如何注入不法一直模糊不清。关于该问题国内学者主要有三种观点。危险现实化理论认为,因果关系的判断不仅涉及原因力的有无,还涉及原因力的大小;在因果关系的判断上,应以科学鉴定所确认的行为对现实结果发生的贡献度或者参与度为根据,客观判断现实结果能否评价为行为危险的现实化,内容模糊的规范性因素即“异常性”不应作为判断依据。<sup>〔44〕</sup> 要素规范化理论认为,在因果关系之外确实需要对不法内涵进行规范化理解,但该功能无需画蛇添足地借助归责理论,完全可以通过对行为、结果等构成要件要素本身的规范化理解来实现,例如危险创设和危险实现就分别可以对应构成要件中的行为要素和结果要素。<sup>〔45〕</sup> 实质违法观理论则认为,将归责理论融入构成要件将使构成要件丧失确定性,并与违法性易生混淆,应将归责判断理解为提出了“在规范保护目的意义上具有重要性的危险”这一实质违法观,以作为法益侵害说、义务违反说等实质违法观的续造。<sup>〔46〕</sup>

按照本文的上述理解,这三种观点都值得商榷。危险现实化理论的科学客观化立场不能直接解决不法内涵的规范性问题,引入原因力的大小标准也只是一种价值判断,而不是规范化的结果归责。<sup>〔47〕</sup> 要素规范化理论在不区分负担与义务的情况下是非常自然和有吸引力的,但在意识到二者的重要差异后则很难维持这样的立场,因为负担带来的规范色彩是独立于刑法义务及其构成要件要素的。“判断(认定)某一举动是否成立不法举动时所依据的标准,和用于判断不法(符合构成要件的)举动或者该举动产生的结果是否可归责的标准完全不同。”<sup>〔48〕</sup> 构成要件要素当然要规范化,但归责判断固有的规范性并不会因此丧失其独立性。例如,将行为要素规范化为危险创设,确实可以规范化地限缩其范围,但行为的归责问题仍要按照归责理论另行判断。另外,即使不区分负担与义务,要素规范化理论也无法整体性地解决不法内涵的规范化问题,因为作为部分的各个要素的规范化之和,未必就等于不法本身的规范化。实质违

〔44〕 参见黎宏:“因果关系错误问题及其应对——以行为危险现实化说的再阐释为中心”,《法学研究》2022年第1期,第110—118页。

〔45〕 参见蔡桂生:“非典型的因果流程和客观归责的质疑”,《法学家》2018年第4期,第159—161页。

〔46〕 参见王志远:“实质违法观的续造:客观归责理论的真正贡献”,《吉林大学社会科学学报》2011年第3期,第150—152页。

〔47〕 参见熊琦:“论客观归责理论的规范维度——兼析本体论、价值论因果关联与客观归责的本质区别”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第31卷),法律出版社2012年版,第57页。

〔48〕 弗里施,见前注〔13〕,第47页。

法观理论同样是以义务的视角在审视负担,负担的确对不法认定有实质性影响,但其根据在于负担自身,而不是以义务为基础的刑事违法观。而且,认为归责与构成要件应当剥离,否则就会有损于构成要件之确定性的说法也是错误的,构成要件不法是刑法归责的对象,二者无法剥离,强行剥离则不仅刑法归责无以开展,构成要件不法也难以最终确定。

要言之,归责负担与刑法义务的两分不是要模糊甚至否定不法的规范色彩,而是更清晰地揭示出刑法不法的双重规范属性:构成要件自身的规范性以及归责判断的规范性。在此基础上,终于可以对本文最开始提出的围绕不法与归责之关系的三点反思回答如下:①归责与不法是两种紧密联系但相互独立的判断,归责由归责负担决定,刑法不法由义务违反决定,但是没有负担违反,在规范意义上也不存在义务违反和刑法不法。②归责负担及其违反是一种规范性的判断,归责不是自然的产物,而是世界说明;犯罪和刑罚不是像白天和黑夜一样相继发生,而是发话和回答。<sup>[49]</sup>附着于不法之上的归责判断透过负担违反而将其规范色彩注入不法判断之中。义务违反自身也有其规范属性,但该规范属性与归责负担的规范属性并不相同,归责理论带给不法内涵的规范属性系指后者而言。③罪刑法定原则在具体不法中首先通过义务违反而不是负担违反体现,但负担违反也有其罪刑法定意义。一方面不能将单纯违反负担的行为视为刑法不法,否则即有违“法无明文规定不为罪”之要求;另一方面,罪刑法定原则除了形式侧面,还有实质侧面,归责负担对于在实质上厘清不法的内涵和范围有着重要作用。

## 四、不法领域一般性的归责负担理念之提倡

### (一)从例外到一般:刑法中的归责负担理念

如前所述,负担理念是透过例外的方式从后门进入刑法教义学的,如果不是为了解决那些难题,未必有必要开这个后门,以至于在刑法领域也要区分负担与义务。而且,引入负担与义务之分后,只是在说理上提供了看似更自洽的途径,并没有在结论上改变什么。这会使刑法中的负担理念面临双重危机:一是在结论都一样的前提下,究竟有没有必要大费周章的承认负担与义务的区别;二是即使承认,负担理念在刑法中是不是只能偏安一隅,在刑法教义学中发挥有限的功能。第一点其实很好回答,刑法教义学的功能本来就是为实践提供尽可能合理的解决方案,既包括结论的公正性,更包括说理的妥当性,归责负担是潜藏在答案背后的富有解释力的新理念,“发现这些潜在的规则不只是‘方法忠诚’(Methodenehrlichkeit)的要求,而且也是理性讨论的要求”。<sup>[50]</sup> 第二点则可以透过检视例外与一般之间的关系进一步探讨。

例外归责与先前过错因其特殊的时间构造导致犯罪要素无法被同时充足,在将同时存在视为原则的不法看来,就成为难以解决的例外问题。区分负担和义务,正是为了因应犯罪要素之间非同时存在的客观现实,透过将归责从不法中剥离出来,以可归责性的规范构造填补犯

[49] 参见(德)京特·雅科布斯:《行为 责任 刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 42 页。

[50] Neumann (Fn. 22), S. 401.

罪要素之间的隔隙。也就是说,违反归责负担,就意味着之后的行为与结果会作为一种不利后果可归责于行为人;如果其被实现,在规范上仍会视为行为人的作品。所谓“仍会被视为行为人的作品”,在规范上是指会发生和行为人在结果发生时意识清醒或者有能力和行为一样的归责效果,尽管行为人事实上在结果发生时处于无意识或无能力状态。换一种更简单的事例来加以说明,狗咬伤人的行为和结果如果是甲违反归责负担而导致的,那么伤害及其结果在规范上就仍然是甲的作品,仍然可归责于甲,而不会因为考虑狗咬伤人时甲不在现场未亲自动手,就否定甲在结果发生时成立伤害的不法。此时,归责负担使不在现场未自己动手的甲在规范上被评价为和甲自己亲自伤害被害人一样应当负责。例外归责与先前过错则不过是将归责负担的这种同等评价效果<sup>[51]</sup>转移到责任能力、故意和过失等要素上,使行为人在违反了归责负担时,即使在结果发生时无能力或无意识,也和有能力和有意识时一样地归责。

归责负担的该同等评价效果可以直接服务于例外归责和先前过错等要素错位的特殊情形,因而可以派上用场。相反,犯罪要素同时存在的一般情形在不法认定和犯罪成立方面没有任何障碍,依原则直接认定即可,所谓负担和义务的区别似乎完全没有必要。另一方面,一般情形下判断不法及其归责时,都是直接从构成要件行为、结果等不法要素出发,也不存在如同先前过错场合中的先前行为那样的独立归责事由。本文认为,负担与义务之分固然在例外情形下极为明显,在一般情形中其实也应该予以承认,因为刑法领域内区分二者的必要性来自于归责与不法的差异。刑法不法由分则构成要件所圈定,归责判断则主要按照归责原理进行,两者在范围、认定方法、根据等方面都存在不同,不能仅以不法的外在表现方式不同为由就否认二者在一般情形中的区别。

至于通常情形下无必要以及无独立归责事由的疑问,首先,通常情形下其实也不是没有必要区分二者,此时尽管归责判断与不法的认定没有分离,但也是分别认定的,只不过是同时进行而不是先后进行而已。同时还是先后进行只是时序方面的差异,不能在先后进行时承认归责不同于不法,在同时进行时就否认其必要性。其次,通常情形下没有独立的归责事由,则是因为归责认定和不法认定不仅在时空上重合,而且在事由上也合一,即义务违反的行为既是不法事由又是归责事由。例如,甲实施的一般杀人行为既违反了义务因而属于刑法不法,同时也创设了一种法所不允许的危险所以违反了归责负担。这一点在终了未遂的场合可以看得非常清楚,构成要件行为实施终了但尚未既遂时,着手实施时就已开始违反义务自不待言,但如果仅将着手实施理解为违反义务,而不是同时也理解为违反负担,由于终了以后行为人已不再能对结果进程施加影响(例如被害人被送至医院但抢救失败),在结果最终发生时将无法责令行为人承担既遂的责任,因为人不能为自己无法影响的进程及其结果负责;只有同时将着手实施也理解为违反了归责负担,才可以透过其规范性的归责构造,将分离的行为与结果重新连接在一起。<sup>[52]</sup>

[51] 民法上的归责判断也具有类似的同等评价效果,例如,梅迪库斯指出:“债务人的履行辅助人的行为,被作为债务人自己的行为归责于债务人,以至于债务人必须对其履行辅助人的行为承担责任,就像他在自己实施了辅助人行为时必须承担责任一样。”参见梅迪库斯,见前注[19]。

[52] Vgl. Jakobs (Fn. 7), S. 69 f.

所谓的例外归责因此并不例外,只是特殊场合的一般归责而已,从中发展起来的负担与义务之分,则应该反馈至一般场合,以一般性地厘清处于模糊状态的不法与归责之关系。质言之,刑法中的义务以分则构成要件为依据,在罪刑法定原则的约束之下,无义务违反则无不法;刑法中的负担则根据归责原理进行判断,违反了负担才奠定可归责性。义务与负担既可以分离也可以融合,但无论分离还是融合,都不妨碍二者在内涵与效果上是不同的存在;即使义务与负担融合的一般场合,决定不法与归责的也分别是相关事由的义务违反侧面和负担违反侧面。区分二者在实践中最直接的好处是可以杜绝将违反负担的行为认定为不法的不良作法。既不能将单纯违反负担的行为评价为不法的着手,也不能在分离着手与实行后认为违反负担虽不是着手,但已属于不法实行的一部分。<sup>[53]</sup> 例如,冯军针对原因自由行为主张,结果行为是原因行为的自然流出,二者具有同一性,因此原因行为就已是实行行为。<sup>[54]</sup> 实际上,流出了结果行为并因此不得不为结果行为负责的原因行为,违反的只是负担,而不是刑法中的义务。刑法不法是由义务违反决定的,违反负担(的原因行为)与不法尚无直接关系,只有违反了分则构成要件预设的义务的结果行为才可能是不法行为,才有讨论其着手与实行的基础。

## (二) 归责负担理念的推广适用:以共同犯罪与被害人教义学为例

行文至此,关于刑法中的负担与义务之分都是以单人归责为模板展开的,在有多个归责主体时问题显然更复杂,例如有多个同向归责主体的共同犯罪以及有多个对向归责主体的被害人教义学。本文认为,在这些更复杂的场合,一般性地区分归责负担与刑法不法同样有着重要意义。

共同犯罪是复数参加者同向归责,其中教唆他人使之产生犯意的行为,以及在着手前对他人进行帮助的行为,与正犯直接着手实施犯罪的行为之间,在类型上有明显区别。正犯固然违反了义务,实施了构成要件的不法,教唆犯与帮助犯却没有,为什么要处罚教唆犯以及帮助犯就需要说明。在可比较的单独犯罪的情况下,如行为人自行促使自己产生犯意,以及行为人自行准备犯罪工具的,该类行为都不被视为构成要件的不法,只有着手之后的行为才会以构成要件的不法论。那么共同犯罪时视教唆行为(促使他人产生犯意)和帮助行为(为他人准备工具)为刑法不法,要么是不当地松弛了刑法不法的界限,要么是无根据地要求原本没有不法的教唆犯和帮助犯为他人的不法负责。对此,按照负担与义务二分的立场,共犯行为实际上违反的是归责负担,而不是刑法义务,其本身不是刑法中的不法行为,但是因为违反了负担而奠定了归责的基础,之后实现的构成要件行为及其结果因此可以在客观上归责于行为人,当其最终实现时,也就是行为人的作品,共犯随之应当为该不法的实现负责乃至接受处罚。<sup>[55]</sup> 事实上,不仅共犯行为是一种归责负担之违反,正犯的行为也兼有该属性,对于整体的共同不法而言,每一位正犯自己所实施的部分,都是为该整体不法负责的负担违反,真正的不法则是共同归责后

[53] 参见张明楷,见前注[11],第 405—406 页;劳东燕:“论实行的着手与不法的成立根据”,《中外法学》2011 年第 6 期,第 1253—1258 页。

[54] 参见冯军:《刑法问题的规范理解》,北京大学出版社 2009 年版,第 214 页。

[55] Vgl. Jakobs (Fn. 7), S. 69 f.

的共同不法。<sup>〔56〕</sup>

承认共同犯罪场合负担与义务的区分,首先要否定共犯行为直接充足了分则规定的构成要件的观点,一如扩张的行为人概念和单一制所认为的那样。无论以何种名义,如果混淆负担与义务,将“这类预备阶段的行为也认为是构成要件上不法的行为,那么构成要件的不法就会借由前移至预备阶段中的行为而被任意地扩张”。<sup>〔57〕</sup>其次,认为共犯虽没有直接充足构成要件,但充足了修正的构成要件的观点<sup>〔58〕</sup>也是站不住脚的,因为负担既不是义务,也不是修正的义务,在不法的意义上根本就没有所谓的修正的构成要件不法,修正的构成要件是一种相当形式化的说法,不仅不能赋予非构成要件行为本身以不法内涵,反而容易模糊刑法不法的界限。再次,主张共犯违反了和正犯一样的举止规范或者认为共犯有独立的举止规范的观点也值得怀疑。有学者认为“构成要件背后的行为规范对于所有的犯罪参与人都同样适用”,<sup>〔59〕</sup>另有学者认为“共犯不仅在制裁规范的层面区别于正犯,还在举止规范的层面区别于正犯”。<sup>〔60〕</sup>由于举止规范设定刑法义务,违反举止规范同时就违反了义务,认为共犯也违反了举止规范,无论独立还是不独立,基本上就是把负担等同于义务了。最后,负担理念的同等评价效果使构成要件充足的亲手性对共犯以及正犯来说都不是必要的,“对构成要件实现的管辖是一个法律概念,亲手性还是他手性不过是确定管辖的辅助概念”。<sup>〔61〕</sup>张明楷认为,共同正犯如果不像教唆犯和从犯那样在总则明文规定,可能有违反罪刑法定之嫌,因为部分共同正犯可能没有实施构成要件行为。<sup>〔62〕</sup>但是,如果考虑到共同正犯也是一种归责负担之违反,归责负担不是刑法义务,不需要分则构成要件预设,就不会强求在没有亲手性时以总则规定作为补充。况且关于共同犯罪人分类的总则规定只是对归责程度的规范,并不是对归责根据与范围的描述,<sup>〔63〕</sup>即使规定了也无法弥补所谓亲手性要求的不足。

被害人教义学针对的则是被害人与加害人各自的归责处于对立关系的情形,按照被害人教义学的立场,当被害人对损害后果的发生也有所贡献时,可以阻却或者减轻加害人的归责。被害人原本是刑法的保护对象,却在被害人教义学中承受了负面评价以及不利后果,如何在理论上进行说明是非常困难的。被害人教义学的代表性学者贝恩德·许内曼

〔56〕 参见何庆仁:“共同犯罪归责基础的规范理解”,《中外法学》2020年第2期,第454—460页。共同正犯的行为是一种归责负担应该好理解,单独正犯的行为其实也是一种归责负担,因为不是每个单独正犯都实施了构成要件行为,例如利用动物犯罪的直接正犯与利用他人犯罪的间接正犯,都需要借助归责负担之违反,才能以正犯之名对构成要件的充足负责。即便直接实施了构成要件行为的单独正犯,其行为也有负担违反的一面,只是和构成要件行为的义务违反性合一而已。如前所述,单独犯罪的场合其实也是如此。

〔57〕 Günther Jakobs, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 13.

〔58〕 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第93页。

〔59〕 李世阳:“规范论视角下共犯理论的新建构”,《法学》2017年第11期,第107页。

〔60〕 唐志威:“共犯的举止规范”,《法学》2021年第4期,第162页。

〔61〕 Vgl. Jakobs (Fn. 7), S. 17.

〔62〕 参见张明楷,见前注〔11〕,第520—521页。

〔63〕 关于刑法中的主犯与从犯之分只是归责程度而不是归责根据与范围的不同之论述,参见何庆仁:“归责视野下共同犯罪的区分制与单一制”,《法学研究》2016年第3期,第150—155页。

(Bernd Schünemann)从刑法的最后手段性和补充性加以论证,认为被害人可以很容易且可期待其自我保护时,就没有必要用刑法保护其法益。<sup>[64]</sup>但是,可以保护自己并不意味着必须保护自己,可期待则是一个模糊的概念,塔特亚娜·赫恩勒(Tatjana Hörnle)因此转而从宪法人类形象推导出的自我决定和自我答责出发,认为自我答责是自我决定的反面和代价。这意味着,法规范中的每个人都应该为自己的行为负责,被害人没有侵害他人法益固然没有违反刑法义务,但仍然负有自我保护的负担,当其违反该负担时,也要承担一定的不利后果,即丧失或者某种程度上丧失刑罚请求权(阻却或者减轻加害人的归责)。<sup>[65]</sup>从负担的角度解释被害人教义学,就既在不法层面将其与加害人相区隔,又在自我答责的层面将其与加害人相统一,使二者的归责可以在相同的意义上被衡量,可以说是非常巧妙的,难怪连一般性地反对刑法中的负担理念的胡安·帕博洛·蒙蒂尔(Juan Pablo Montiel)也坦陈,被害人的自我保护负担是刑法教义学中唯一的真正的负担。<sup>[66]</sup>

关于被害人教义学的类似理解在我国实务与学理上也有体现。最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》明确将负事故全部责任和主要责任作为犯罪成立以及加重处罚的前提条件,不难看出被害人违规程度在其中扮演的角色。背后的理由,在本文看来,就是每个公民的自我答责导致的被害人自我保护负担之违反,被害人的违规行为只是违反交通法规,不是刑法不法,但由于同时违反了自我保护的负担,所以要丧失相应的刑罚请求权。学理上讨论被害人教义学时虽未明确提及所谓的“自我保护负担”,但冯军很早就将自我答责作为确定行为不法的基本原则,并在自我答责的统一框架下理解被害人的自我答责。<sup>[67]</sup>车浩也同样指出:“德国学者所发展的被害人教义学,其思考原点必然要追溯到自我决定权和自我答责的思想。……德国刑法学语境中的所谓‘被害人教义学’,与被害人同意中的自我决定权以及被害人自陷风险中的自我答责原则,在强调被害人的自由意志这一点上殊途同归。”<sup>[68]</sup>本文认为,被害人教义学走到自我答责这一步基本上已经揭示了其规范本质:社会交往中的每个人都要自我答责,被害人也不例外;每个人的答责也都是由于违反归责负担而引起的,被害人同样如此。被害人的自我保护负担甚至可以反过来印证加害人的归责与不法之判断,即加害人的归责同样应与其归责负担决定,而不是刑法中的义务违反。

## 五、对主要质疑之回应

由上可见,在刑法中区分负担与义务是一种关于归责与不法的理论构造,是一种更自洽的说理方式,可以为诸多实践问题提供更清晰的解决方案。不过,作为一种新的概念体系,归责

[64] Vgl. Bernd Schünemann, Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der strafrechtsdogmatik, in: Schneider (Hrsg.), Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege, 1982, S. 411.

[65] Vgl. Hörnle (Fn. 39), S. 628 ff.

[66] Vgl. Juan Pablo Montiel, Obliegenheit im Strafrecht?, ZStW 129 (2014), S. 611 ff.

[67] 参见冯军:“刑法中的自我答责”,《中国法学》2006年第3期,第93—103页。

[68] 车浩:“自我决定权与刑法家长主义”,《中国法学》2012年第1期,第95页。

负担难免也会遭受方方面面的质疑。

### (一)源于我国刑法规定的一个特殊质疑:可罚性的起点是预备?

区分负担与义务的前提是,基于罪刑法定原则,刑法中的不法原则上仅限于分则构成要件性的不法,违反了分则构成要件义务的行为才是刑法不法行为。思想不是犯罪,行为人的犯意没有通过客观行为表现于外,就不会有成立犯罪之虞。对于虽有客观行为,但行为并未达致着手的程度,或者尚未开始实施构成要件行为的,也与构成要件预设的行为类型不符,不属于刑法规制的对象。诸如共犯行为、预备行为等非构成要件行为因此不是刑法上的不法行为。构成要件不法的最主要的理由是实质的犯罪概念,以杀人为例,不法行为指的是刀捅、开枪等已经实质性地侵犯到他人组织领域的行为,而不是制造刀具、购买枪支和制定计划等前置阶段的行为。对于那些有必要以刑法规制的前置阶段的行为,立法者则透过法益保护的前置化在分则中将其另行特别入罪。因此,“原则上清楚的是,犯罪是随着(实质性理解的)着手而开始的对他人组织领域的侵犯。该侵犯之前所完成的事情可能是在为不法作准备,但还不是不法本身”。〔69〕

归责则将构成要件不法及其要素作为归责对象,透过区别于义务违反的负担违反,赋予不法以规范内涵,并在先前过错等特殊情形下为犯罪要素之间的错位提供解释途径。问题是,构成要件不法的基本立场在我国可能与《刑法》第22条有冲突,该条规定:“为了犯罪,准备工具,制造条件的,是犯罪预备。对于预备犯,可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”由此看来预备犯在我国似乎原则上是要处罚的,即预备犯原则上也是刑法不法。有学者因此指出:“我国刑法的可罚性起点并不是‘着手’,而是‘为犯罪准备工具,制造条件’,换言之,我国刑法不是以处罚未遂为例外,而是不仅以处罚未遂为原则,而且以处罚预备为原则。”〔70〕倘若果真如此,在刑法中区分负担与义务的意义将大为限缩,因为不少情形下的负担违反其实都可以被视为预备行为,包括共犯行为通常也可以被评价为预备行为,那么即便不借助负担概念,在先前过错等例外场合也可以无障碍地实现不法的认定。

尽管如此,本文认为,《刑法》第22条与构成要件不法的冲突及其对负担理念的影响仅仅停留在表面。刑法不法原则上是构成要件的不法乃是罪刑法定原则的内在要求,如所周知,罪刑法定原则是刑法的基本原则,对刑法其他条款的解释具有内在约束力。罪刑法定原则不仅有其形式侧面,更有着实质侧面,任何刑法条款之解释都必须在形式与实质上符合罪刑法定原则的精神,以符合刑法保障人权的价值追求。我国《刑法》第22条之规定,因此也应当在罪刑法定的精神下进行实质化的限缩理解,〔71〕而绝非可以将任何字面上符合第22条的行为都视为刑法不法,更不能认为可罚性的起点被普遍性地前提至预备。实际上,我国的刑事司法实践也非常理性地克制着对预备行为的处罚,“在司法实践中,处罚犯罪预备是例外”。〔72〕整体而

〔69〕 Jakobs (Fn. 57), S. 14.

〔70〕 江溯:《犯罪参与体系研究:以单一正犯体系为视角》,中国人民公安大学出版社2010年版,第290页。

〔71〕 参见郑延谱:“预备犯处罚界限论”,《中国法学》2014年第4期,第240—242页。

〔72〕 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(总第128辑),人民法院出版社2021年版,第69页。在《刑事审判参考》该第1424号指导案例的说理部分,明确指出了预备犯缺乏完整的犯罪构成,必须严格限制其成立范围,只有在实质上值得刑事处罚的犯罪预备行为才能作为犯罪处罚。

言,实务上预备犯的处罚范围是相当有限的,和采分则模式的立法例其实大致相当,以至于梁根林建议我国“预备犯的刑法规制应实现从普遍处罚到例外处罚、从总则规范到分则规范、从形式预备犯到实质预备犯的模式转换”。<sup>[73]</sup>在此意义上完全可以说,那些在我国被处罚的预备行为,其所实现的乃是类似分则模式下被实质化的预备罪的不法。<sup>[74]</sup>例如,处罚为了故意杀人而准备工具和制造条件的行为,并非因为其实现的是分则故意杀人构成要件的不法,而是另一个例外被处罚的由司法者设定的杀人预备构成要件的不法。那么,在我国,刑法不法是构成要件的不法,这一立论实质上就仍然是成立的。

退言之,就算可罚性的起点是预备,在罪刑法定的视野下,预备不法与构成要件不法显然也是不能相提并论的。归责负担的功能并不是论证先前行为以及结果行为属于预备不法,归责负担想要论证的是,虽然实施构成要件行为时无能力或者无意识,但是最终仍然成立构成要件的不法。而该论证完全无关乎预备不法是不是可罚的,预备不法不可罚,原因自由行为等也成立构成要件不法;预备行为可罚,原因自由行为等同样要按照构成要件不法处罚,而不是预备不法。那么,即便在可罚性的起点是预备的假设前提下,论证构成要件不法及其归责时区分负担与义务就仍然不失其意义。甚至在论证预备不法及其归责时,例如仅以预备不法为归责对象的先前过错场合,归责负担理念也有用武之地。《刑法》第 22 条的规定因而并不是贯彻负担与义务之分的障碍。

## (二) 刑法的私法化?

负担概念来自保险法、商法和民法,将其引入刑法中很可能会引发刑法私法化的质疑。私法和刑法有诸多不同,前者调整的是平等主体之间的关系,奉行主体意思自治的基本原则,旨在维护当事人的个人利益;而后者调整的是不平等主体之间的关系,透过确证规范效力实现对法益的保护,关注的是公共利益。<sup>[75]</sup>负担概念及其功能能在私法中得以存在,很大程度上正是因为私法不同于刑法的这些特征。例如,正是因为尊重诚实信用原则和当事人意思自治原则,负担才是假定履行而不是像义务那样绝对要求履行,才是一种对己要求而不是对人的要求,违背负担的后果才是丧失一定的利益而不是损害赔偿等。那么将奠基于私法的负担概念引入与私法截然不同的刑法中,就未必合适。蒙蒂尔非常直接地指出,刑法中所谓的负担,除了被害人的自我保护负担之外,都不符合私法负担的要求,即它们都是要求履行而不是假定履行,都是侵害他人法益的而不是对己要求,后果通常都会被判处刑罚等;刑法中的负担其本质上都是义务,以私法思维中的负担为基础在刑法中区分负担与义务不过是部分学者的巧妙

[73] 梁根林:“预备犯普遍处罚原则的困境与突围——《刑法》第 22 条的解读与重构”,《中国法学》2011 年第 2 期,第 156 页。

[74] 在分则模式的立法例中,因为这些实质预备犯被特别入罪,就仍然符合分则构成要件的不法的要求。我国采总则模式,但是将实质化的要求委由司法者掌握,虽然范围大致可控,从罪刑法定原则的精神来看,确实有所不足。

[75] 参见拉伦茨,见前注[19],第 3—7 页;(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 15 页。

话术,将部分义务重新表述为负担而已。〔76〕

刑法私法化的担忧其来有自,在大量刑民交叉的案件中,“民法正在侵入刑法的领域,刑法民法化的倾向在当今的中国变得越来越强烈了”。〔77〕全球范围内,赔偿能否作为新的惩罚形式,在刑罚和保安处分之外作为刑法的第三条道路,也作为刑法私法化的一个象征讨论得热火朝天。〔78〕不过,这些都不是本文讨论归责负担的直接背景,本文的主张是将一个私法中的概念引入刑法教义学的核心领域,如果刑法私法化的指责能成立的话,其后果大概要严重得多。例如,作为过失犯教义学核心的注意义务其实只是一种负担,引入了负担概念后难道要将其改称为“认知负担”(Erkenntnisobliegenheit)〔79〕或者“勤勉负担”(Bemühungsobliegenheit)〔80〕吗?本文认为,一个概念源于私法不意味着这个概念就只能在私法内发挥功能,重点是其发挥功能的基础是不是只能奠基于私法。如上所述,负担概念是从私法中的诚实信用原则和意思自治原则中发展而来,似乎没有在刑法领域适用的空间。但是,所谓诚实信用和意思自治其实很大程度上是自我答责原则和自我决定权在私法领域的体现,而源于宪法的自我决定权及作为其反面与代价的自我答责其实对包括私法和公法在内的整体法秩序都一体适用。那么,将其引入刑法就不能说是刑法的私法化了,反而是对作为母法的宪法效力的遵循。

抛开法律部门的关系不谈,学理上更直接的理由则是因为,无论在私法还是刑法领域,负担都指的是归责负担。可以想想前文所举的私法中的例子,投保人未及时告知投保标的的损失情况、被害人对结果发生也有过失、收货人没有及时查看货物的瑕疵,都是因为法律没有设定相应的真正义务,但是根据自我答责的原理,不得不自己承受相关的不利后果。这一点和刑法中的负担是一样的,例如作为原因自由行为的醉酒没有违反刑法义务,但是违反了归责负担,根据自我答责原理,行为人要为醉酒的后果负责,当事情进展至违反刑法义务的程度时,行为人就必须承担刑法不法的后果。简言之,归责负担是由归责理论决定的,而不是由立法和司法,它更多植根于对法律的社会性理解,〔81〕可能因为各自目的、调整对象和调整手段不同,私法和刑法中归责的对象和范围有所差异,但在归责原理上不会有实质不同,归责负担概念因此既可以适用于私法,也可以适用于刑法,不会导致刑法的私法化。至于蒙蒂尔的几点具体质疑,主要拘泥于一些概念上的理解问题,在归责原理的视野下都是可以澄清的;是否要在教义学内部以负担替换注意义务等也只是形式问题。相反,他认为负担也是义务的观点在刑法领域内无论如何都是错误的,基于罪刑法定原则和分则构成要件不法的立场,负担正是因为没有违反刑法义务,才不是刑法不法;即使那些归责事由和不法事由合一的场合,也是因为其中的义务违反侧面而违法,而不是负担违反侧面。

〔76〕 Vgl. Montiel (Fn. 66), S. 604 ff.

〔77〕 冯军,见前注〔54〕,第30页。

〔78〕 参见罗克辛,见前注〔25〕,第54页。

〔79〕 Vgl. Hruschka (Fn. 17), S. 239.

〔80〕 Vgl. Pawlik (Fn. 31), S. 341 ff.

〔81〕 Vgl. Jakobs (Fn. 7), S. 18.

### (三) 我国学者围绕归责负担理念的分歧

尽管关注不多,我国仍有个别学者对刑法中的负担有所着墨,其中有一些值得探讨的分歧。有观点反对借助负担理念解决超越承担过失问题,并质疑道:“既然这种义务并不是刑法明文规定的义务,那么违反它并不违反刑法规定,进而要求行为人履行这种义务的依据何在?承认这种义务是否有将道德义务与法律义务混为一谈之嫌?”<sup>〔82〕</sup>这里的疑问充分显示出将负担理解为义务,哪怕是不真正义务的误导作用。归责负担由归责原理设定,不是刑法设定的,归责负担违反及其后果本身都和刑法不法没有直接关系,只有在刑法不法及其要素最终被实现(当然也可能未被实现)时,才因为负担违反而成为归责的对象,归责负担会最终规范性地确定刑法不法的范围。以闯红灯撞人致死的案件为例,不得违反交通法规闯红灯就是一种归责负担,闯红灯本身并非刑法直接禁止的对象,不是刑法不法,但是因为闯红灯违反了归责负担,闯红灯过程中的后果就都可以归责于行为人;如果撞人致死,行为人则不得以自己撞人瞬间来不及踩刹车为由否定自己构成交通肇事罪的不法;如果未撞到人,则根本就不存在刑法不法。换言之,行为人最终构成交通肇事罪的不法当然和归责负担有关,但不法的成立并非自其闯红灯就开始,而是直到其撞人瞬间,交通肇事罪的不法才成立,并因为其闯红灯的行为而可被归责。

细心的读者也许已经发现,如同闯红灯这样的归责负担虽然不违反刑法,但违反其他行政法规,所以仍然是违法的。其实这只是偶然,并非常态,也有很多不违反行政法规的归责负担,例如原因自由行为中的醉酒;而且就算是违反了行政法规,对刑法不法的成立而言,违规与否也不是决定性的。蒙蒂尔曾经敏锐地指出,负担违反类似一种危险不法,只是未必是一种值得以刑罚处罚的不法。<sup>〔83〕</sup>无论是闯红灯还是醉酒,都必须制造出一种很宽泛的危险,没有制造出针对刑法法益任何危险的闯红灯和醉酒不是刑法中的归责负担。例如不能一般性地说醉酒是刑法中的归责负担,只有根据客观情境存在结果行为发生的危险时才是。<sup>〔84〕</sup>然而,归责负担会与刑法法益存在类似的联系不意味着归责负担就是刑法义务,而是由归责发生的领域决定的。刑法中的归责负担是对刑法不法的归责,当然要与刑法保护的法益以及其他构成要件要素处于紧密联系之中。民法中的归责负担就不必如此,甚至道德领域也有道德领域的归责负担,认为负担理念将法律义务与道德义务混为一谈因此是不必要的,二者发生的领域完全不同。

另有观点对负担与义务之分持肯定态度,认可其对解决先前过错等情形的作用,但认为负担概念的条件“应从主客观两个层面展开,主观层面要求至少具有预见可能性,客观层面要求具有合法则的条件关系”。<sup>〔85〕</sup>该观点是以不法思维判断归责负担之典型。主观上至少具有预见可能性,与作为主观不法要素之故意或过失有关;客观上具有合法则的条件关系,则是对客观不法要素的强调。如前所述,归责负担与刑法不法是两种有紧密联系但相互独立的判断,前者是后者的归责标准,后者是前者的归责对象,不能以对对象的要求理解标准。否则,标准

〔82〕 周铭川,见前注〔25〕,第 38 页。

〔83〕 Vgl. Montiel (Fn. 66), S. 604 ff.

〔84〕 这里的危险不是危险犯中的危险,仅指后续结果行为发生的可能性;而危险犯中的危险,不论具体危险还是抽象危险,已经是一种被分则构成要件特别化的刑法不法了。

〔85〕 李森,见前注〔25〕,第 48 页。

所承载的规范意义将完全消失于对象的存在论要素之中,归责理论的规范性功能也无从发挥。也就是说,主观上可预见以及客观上有因果关系只是确定了有待归责的对象,是否要归责需要按照归责理论另行判断。“客观归责是在因果关系得以证成的前提下的归责判断,……可以有效限制处罚范围。”<sup>〔86〕</sup>如同该观点那样仍然以主客观要素限定归责负担,显然偏离了归责负担的规范属性,也无法达成归责在不法要素基础之上规范性限缩处罚范围的目的。

## 六、结 语

即使在归责理论已经广为接受的今天,归责负担理念在我国刑法教义学中仍然令人感到相对陌生。原因一方面在于归责负担事由通常与不法事由交织在一起,另一方面则在于对归责理论本身的研究不够深入。事实上,如同原因自由行为、超越承担过失、防卫挑拨、自陷风险、被害人教义学以及共犯行为这样独立的归责负担事由并不罕见。本文以此为契机,提出刑法中负担与义务的二元范畴,既希望扭转教义学在这些场合将不法的触角前移至独立负担事由的不当倾向,更希望借助负担理念的引入促进不法归责理论向纵深发展。

---

**Abstract:** The development of the theory of imputation in Chinese criminal law doctrine is getting deeper and deeper, and it plays an important role in promoting the normalization of criminal unlawfulness. However, the relationship between imputation and unlawfulness is still to be analyzed. Through the introduction of the distinction between duty and obligation originating from the private law field, we can find a way to clarify the relationship between imputation and unlawfulness, that is, the obligation determines imputation and the duty determines unlawfulness, which are in a close fusion, but still two different judgments. Distinguishing the obligation of imputation and criminal unlawfulness is a good inspiration for solving a series of problems, such as *actio libera in causa*, negligence of undertaking, defense provocation, self-inflicted risk, enforcement, commencement, victim doctrine and joint crime. The introduction of the concept of obligation in criminal law does not conflict with the provisions of Article 22 of the Criminal Law on preparatory offences, nor does it lead to the privatization of criminal law, and the concept of obligation should be advocated in general in the judgment of criminal unlawfulness.

**Key Words:** Obligation of Imputation; Violation of Duty; Criminal Unlawfulness; Extraordinary Imputation; Previous Fault

---

(责任编辑:车 浩)

---

〔86〕 周光权:《刑法客观主义与方法论》,法律出版社2020年版,第116页。