

特别认知者的刑法归责

何庆仁^{*}

摘 要 特别认知给日益风行的客观归责理论带来一些难题。其中有体系上的问题,如客观归责是否有主观化的嫌疑,但更多的是关于不法归责实质根据的分歧。在目的理性的归责视野下,归责不再由自然意义上的因果性和目的性决定,而取决于外部的价值和目的;利益侵害也只是归责的必要条件,社会角色才是确定不法归责的充分根据。据此,如果特别认知的危险与角色无关,对归责就没有影响,反之则可以成为归责的对象。如果特别认知与角色无关,但行为人利用特别认知伤害他人,或者基于团结义务而必须退让时,行为人仍然应当为不法结果负责。

关 键 词 特别认知 客观归责 目的理性 角色 利益 团结义务

所谓特别认知(Sonderwissen),是指行为人认识到了一般人所没有认识到的与构成要件有关的危险。例如,知道有人计划袭击飞机而劝说伯父搭乘该飞机旅行(以下简称飞机案);〔1〕生物系的大学生在餐厅打工时根据自己的专业知识知道自己端给客人的蘑菇有毒,仍然将其端给顾客(以下简称毒蘑菇案)。〔2〕一般情况下,劝人搭乘飞机是不会有危险的,餐厅服务员也不会知道菜里是否有毒。所以,即使他人因此而死亡,结果也不会归责于行为人。但是,如果行为人有了案例中一样的特别认知,主流观点就往往得出行为人应当为结果负责的结论。此时,由于前后两种情况中的客观行为完全相同,看上去似乎是行为人主观上的特别认知决定了归责与否。

^{*} 中国青年政治学院法学院副教授。本文获司法部国家法治与法学理论研究项目资助,项目编号:14SFB30015。

〔1〕 参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,页244。

〔2〕 参见(德)京特·雅科布斯:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,冯军译,法律出版社2001年版,页89。

问题在于,尤其是站在客观归责理论的立场上,当归责与否取决于一种特别认知时,所进行的究竟是客观归责还是主观归责。类似的疑问在德国由来已久,现在在我国也激起不少共鸣,甚至有学者因此而主张拒绝接受客观归责理论。^{〔3〕}主观与客观交织而成的迷思背后,潜藏着的则是更为实质问题,即刑法不法的性质如何理解,不法归责的根据究竟何在。居于法益侵害与规范违反模糊地带的特别认知,正好可以为思考此一问题提供良好契机。而且,方法论方面,特别认知亦透过其主、客观之间的冲突,犹如一面凸透镜一样,尖锐地将事实与规范、行为自由与法益保护之间的紧张关系推到刑法理论的台前,成为刑法研究无法回避的难题。

一、一个体系内的冲突:客观归责的主观化?

客观归责理论最重要的贡献之一,是扭转了二战后 Welzel 提倡的目的行为论所导致的过度重视主观不法的趋势,重新确立了客观不法的决定意义。例如,以希望他人死亡的意图劝说他人乘飞机、在森林里散步、出门看电影,结果他人真的因此而死亡的, Welzel 认为,构成要件的客观因果性是存在的,排除构成要件符合性的是行为人缺乏故意,因为故意不能是一种没有实现意志的单纯愿望。^{〔4〕}而 Roxin 则主张,行为人此时根本没有制造一种法律上重要的危险,客观构成要件自始即不存在,无需去考虑故意的存否,客观归责理论因此间接限缩了故意的范围,使故意犯的重心转移到客观构成要件。^{〔5〕}

上述转向随着客观归责理论的日渐风行而被赋予了越来越重要的意义。然而,正是在不法的客观性这一点上,以特别认知为切入点,围绕其倡导的客观不法究竟是不是真的客观,产生了越来越深的疑虑。

(一)国内学者的质疑

刘艳红教授一方面承认,客观归责理论以风险不法为核心,从犯罪行为类型角度判断归责与否,力图排除归责问题与主观意思的关联,这样的归责论首先是作为客观归责而存在的。另一方面,她也认为,根据行为人的主观意思以及借助行为人的个体情况作为判断标准,实际充斥于整个归责演绎之中;客观归责论并不只是客观的归责,它其实一直都在进行着主观的归责。刘艳红教授并结合前述飞机案论述说,行为人对于飞机袭击计划的认知,就属于行为人的特殊认知,而不是立足于一般人经验的经验法则或社会通识的认知判断。在判断是否制造了法所不允许的客观危险时,却还要如同客观归责理论那样考虑主观上的特殊认知和个体的特殊情况,这无异于在客观归责内部开辟了一条通往人格与个别归责的自由之路,且有混淆不法与责任的嫌疑。^{〔6〕}

陈璇博士则对客观归责理论在判断是否制造了法所不允许的危险时,以“一般人认识+行为

〔3〕 请代表性参见刘艳红:“客观归责理论:质疑与反思”,《中外法学》2011年第6期。

〔4〕 Vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 66.

〔5〕 参见(德)Roxin:“客观归责理论”,许玉秀译,《政大法学评论》第50期。

〔6〕 参见刘艳红,见前注〔3〕。

人特别认识”之事实作为危险判断基准的主观化倾向提出以下异议:①危险和对危险的认识是两个截然不同的概念,危险事实的存在完全独立于人们对它的认识可能性,如果将法益侵害的危险取决于一般人或行为人认识能力的高低,就使主观认识能力成了判断客观危险成立与否的决定性标准。②一般人的认识带有某种意义上的普遍性,勉强可以称之为具有客观性;行为人的特别认识则是彻头彻尾的主观要素,是将主观构成要件的一部分要素提前纳入到了客观构成要件的考察范围。那么,为什么行为人的认识能力高于一般人时需要被移入客观构成要件判断,而在其他情况下却只属于主观构成要件要素的组成部分呢?陈璇博士的看法是,“一般人认识+行为人特别认识”模式虽然可以在客观构成要件阶段就将规范对象无法认识的事实排除于不法之外,但这是以在客观归责中过早地考虑主观认识、混淆主客观要素为代价的。〔7〕

(二)目的主义论者(Finalisten)的批评

为了更清楚地展示问题,继续介绍来自堪称客观归责理论之论敌的目的主义论者的批评应属必要。

Armin Kaufmann 在为 Jescheck 撰写的一篇贺寿论文中,旗帜鲜明地指出,客观归责理论所发展出来的所有要素,都必然以行为人的主观认知为判断基础。客观归责理论致力于解决的所有问题,实际上都是主观构成要件的问题。客观归责离不开行为人的认知,离不开主观要素,称其为客观归责显然是错误的和不合适的。Armin Kaufmann 还批评客观归责理论中游离于主客观之间的危险概念是构成要件确定性的最大危险,将导致无数未知且难解的错误问题,因为故意将不仅要指向事实性的前提,而且要指向危险的制造和危险的实现。总之,Armin Kaufmann 认为,客观归责理论提出的那些问题,最后其实都是主观故意的问题,他形象地断言,如同四月阳光下的积雪一样,客观归责理论将在行为故意的照射下化于无形。〔8〕

Struensee 与 Armin Kaufmann 类似地指出,客观构成要件和主观构成要件各有其指向对象,前者针对外部世界,后者针对行为人的内心。一种理论通过行为人的内心才能运作,且在客观构成要件中确认主观要素,却自称为客观归责理论,只能说是一种概念混淆。此外,与 Armin Kaufmann 仅在故意犯内提出上述批评不同,Struensee 认为过失犯中归责也是由行为人的主观意识决定的,主流观点认为当行为人的认识能力高于一般人时应以行为人的认识能力为准确定过失的存否,即是明证。因此,不法归责的重点不在于客观构成要件,而在于主观上行为的目的性,故意和过失概莫能外。〔9〕

目的主义论者的另一位代表性人物 Hirsch 也表达了同样的观点。他认为,在判断危险是否存在时必须结合行为人的主观认知,充分地证明了所谓的客观归责原本是和故意有关的问题。〔10〕以前述飞机案为例,如果行为人主观上认识到恐怖分子的计划,就有了杀人故意,因

〔7〕 参见陈璇:“论客观归责中危险的判断方法”,《中国法学》2011年第3期。

〔8〕 Vgl. Armin Kaufmann, “Objektive Zurechnung” bei Vorsatzdelikt, in: Festschrift für Jescheck, 1985, S. 251 ff.

〔9〕 Struensee, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, S. 97 ff.

〔10〕 Vgl. Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, 1988, S. 399 ff.

而需要为结果负责;如果行为人对恐怖分子的计划没有认识,则即使发生了死亡结果,因为主观上只是一种单纯的愿望,故意不成立,所以无需为结果负责。两种情况下,客观构成要件是一样的,且都具有客观构成要件符合性,归责结论上的不同是由故意的差异导致的。需要特别指出的是,Hirsch 后来部分修正了他的观点,认为行为人没有特别认知时不是因为故意而不归责,而是因为欠缺一个指向结果实现的行为。^{〔11〕}

(三)客观归责理论的回音

在反对意见的不断批评下,“行为人的特别认知在客观归责理论领域,可以算是一个在背的芒刺。”^{〔12〕}一方面不得不对特别认知者在客观上予以归责,另一方面又无法褪去特别认知的主观色彩,于是有学者妥协性地认为,在客观归责时考虑特别认知,的确是一种内在的矛盾,但为了避免得出荒谬的结论,只能对此加以忍受。^{〔13〕}另有学者更为坦然地说,应该“公开地承认(offen eingestanden)”客观归责的主观化。^{〔14〕}尽管如此,大多数学者仍然认为,即使考虑了特别认知,客观归责仍然是客观的。

首先,作为客观归责理论的集大成者,Roxin 从两个方面对特别认知与客观归责之关系进行了阐述。第一,客观构成要件之所以是客观的,并不是因为对它的归责只能以纯客观的事实为基础,而是因为归责的结论是客观的,即客观归责最终确定的只是杀人、伤害、毁坏行为的客观上的可归责性,而不是在确定故意杀人、伤害和毁坏行为的存否。第二,Roxin 以他一直力倡的以刑事政策为导向的目的理性的犯罪论体系为出发点,认为犯罪论体系不是一种现象上类型化的划分,而应该是机能性的;在一个机能性的体系里确定其中某个要素的地位时,不取决于该要素的自然属性,而应该由该要素承载的刑事政策上的任务决定。^{〔15〕}

Burkhardt 为了回避客观归责主观化的指责,尝试着放弃事前判断,并重新理解客观构成要件。他认为,行为是否危险,必须从事后的角度加以判断,故意和过失的对象是事实,而不是一个抽象的一般人站在事前的立场上对事实的看法。无论是一般人认识还是行为人特别认知的危险,站在事后的立场来看,毫无疑问都是危险。抽象一般人的概念因此被逐出了客观构成要件,特别认知的问题也化身为客观危险的一部分而不再有意义,有意义的只是,行为是否在纯客观的意义上是危险的。通过该方式,Burkhardt 就既避免了对特别认知者不能客观上归责的荒谬,也维持了其归责方式的客观性。^{〔16〕}

Frisch 的辩解则是,判断危险时对特别认知的考虑并不意味着归责的主观化,因为特别认

〔11〕 Vgl. Hirsch, Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, in: Festschrift für Lenckner, 1998, S. 135.

〔12〕 许玉秀:《主观与客观之间》,法律出版社 2008 年版,页 24。

〔13〕 Vgl. Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie, GA 1977, S. 257 ff.

〔14〕 Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1995, § 22 Rdn. 24.

〔15〕 Vgl. Roxin, Finalität und Objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 250 f.

〔16〕 Vgl. Burkhardt, Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 105 ff.

知总是与一种客观事实相对应,是行为人内心活动的一种外化。而且将特别认知引入危险判断的基础资料之中,只是以特别认知确定客观事实的范围,最终成为危险判断的并非特别认知本身,而仍然是客观存在的事实。Frisch 还强调指出,主观与客观的划分只具有教学的意义,具体问题的解决最终要回到对不法概念结构的价值衡量上来,如果该价值衡量需要将主观要素作为客观归责的一部分,就不能囿于主客观的界分而止步不前。因此,为了实现合理的不法归责,必须如同主流观点那样,以一般人认识和行为人特别认知的事实为基础进行事前判断。将这样一种判断称为客观归责的主观化是没有意义的。^{〔17〕}

(四)客观归责的真义

上述观点争鸣从不同侧面揭示了特别认知与客观归责的紧张关系,其中最核心的问题是客观归责的“客观”应当如何理解。不过在分析该问题之前,需要对争鸣过程中三点似是而非的立论加以厘清。

刘艳红教授认为根据行为人的个人认知和能力划定归责界限有混淆客观归责与责任之嫌,似乎未尽合理。不法虽然原则上是一般性的判断,但是必须是站在行为人立场上的一般人的判断,所以在不法阶层考虑行为人的个人认知和能力是有可能的;区分不法和责任的主要不是评价对象,而是评价的标准。如果其所指的是对特别认知等主观内容的考察混淆了客观归责与责任,则完全是误解,因为“德国刑法理论的通说将故意作为违法要素纳入构成要件,所以,即使认为客观归责理论包含了对故意的判断,也不能认为客观归责理论混淆了构成要件、违法性与有责性的关系”。^{〔18〕}

Burkhardt 为了回避问题,放弃事前判断,彻底采取事后判断的标准,近乎将客观构成要件简化为一种事后查明的因果关系,有学者批评指出,这无异于回到了客观归责理论出现之前的状态。^{〔19〕} 连同样主张应以事后查明的全部客观事实为基础的陈璇博士也指出:“这使得客观归责在因果关系的基础上进一步从实质的规范目的出发对客观构成要件加以限制的功能化为乌有,以规范目的为根据限定构成要件范围的任务也因而全部转移到了主观构成要件的身上。”^{〔20〕} 陈璇博士因此主张在以全体客观事实为基础之同时,应当由一般人予以事前判断。^{〔21〕} 但是,让一个人事前判断一种事后查明的事实是否危险,其实是一种相当错位的折衷,“是强行把两个不同时空的事实结合在一起,如果在同一个时空观察主客观,那么客观构成要件即能发挥限制归责的效果,这也就是客观归责理论在方法论上的价值”。^{〔22〕}

Frisch 的辩解中诉诸不法价值的整体衡量的提法是合理的,以特别认知本身具有一定的

〔17〕 Vgl. Frisch, Straftat und Straftatsystem, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 183 ff.

〔18〕 张明楷:“也谈客观归责理论”,《中外法学》2013 年第 2 期。

〔19〕 Vgl. Greco, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens, ZStW 117 (2005), S. 529.

〔20〕 参见陈璇,见前注〔7〕。

〔21〕 参见陈璇,见前注〔7〕。

〔22〕 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国法制出版社 2005 年版,页 521。

客观性,以及特别认知只是判断客观不法的辅助标准却没有说服力。如果特别认知具有客观性,则故意本身应该也具有客观性;如果特别认知可以成为客观归责的判断依据,哪怕是辅助依据,那么故意是否也可以成为客观归责的判断依据?如果答案是肯定的,原本致力于通过客观构成要件来限制故意之成立范围的客观归责理论,其合理性就真的值得打上一个大大的问号了。因此,在客观归责中考虑特别认知显然需要其他更为实质性的理由,一如 Frisch 本人也提到的那样。

回到客观归责的客观性与主观化上来。首先回答客观归责主观化是否应受批评的问题。劳东燕教授曾在反思因果关系理论时,对以因果关系为基础的客观归责的主观性提出新的看法。我国刑法理论历来认为因果关系具有客观性,但随着对刑法因果关系规范性的广泛承认,因果关系主观性的一面逐渐被证实。人们终于认识到,刑法中因果关系的判断,既然是为了在规范层面解决是否应当为结果负责的问题,必然会受到评价者的主观认识与价值观念的影响。在此意义上,刑法中的因果关系难免具有浓重的主观色彩,它甚至超越了其客观性的一面,而有成为主色调的趋势。劳东燕教授进一步认为,由于因果关系总是规范性地服务于归责判断,严格区分归因与归责是没有必要的,二者并非二元对立关系。^{〔23〕}果真如此,则按照劳东燕教授的理解,似乎客观归责主观化根本不是什么缺陷,反而是理论上的必然。

其实,劳东燕教授所谓的主观性,并非指判断因果关系时要考虑行为人的主观心态,而是强调确定因果关系时的评价色彩。即便是物理属性很浓的因果关系,在判断时也离不开规范评价以及价值评价。在这一点上,本文表示完全同意。但是,因此就认为归因和归责没有必要严格区分,可能有失偏颇。对因果关系的评价是对事实存否的评价,而归责是在事实被评价为存在之后的法的评价。^{〔24〕}二者虽然都涉及到规范评价乃至价值判断,但是对象和功能均有不同,不宜混同。当然,由于劳东燕教授所谓的因果关系的主观性与行为人的具体认知无关,无论她的论证合理与否,都无涉于客观归责主观化的问题。特别认知导致的主观化就仍然可能是客观归责理论的难言之隐。

对此,如同 Roxin 教授所言,客观归责理论最终是透过区分不同的体系和引入以刑事政策为导向的目的理性来化解的。全部的构成要件要素按照是有关外部世界还是有关行为人的内心世界,可以分为客观要素与主观要素,这是一种类型性的体系划分。另一种是目的论的、机能性的体系。类型性的体系里,什么是客观,什么是主观,有其存在论意义上的标准,不受教义学的影响;但是该体系仅具有教学上的意义,对于解决刑法上的问题没有帮助。而机能性的体系里,内容如何划分取决于体系所追求的目的与机能,该目的与机能同时也是建构教义学和解决刑法问题的基础。刑法基于其规范属性,不是在描述是什么,而是在表述应当如何行为,所以机能性的体系显然具有优先性。由于客观构成要件在刑事政策上的任务是抽象地划定被允许与被禁止的行为的界限,在确定其内容时就没有必要局限于类型性体系里的纯客观要素。如果为了界定行

〔23〕 参见劳东燕:“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。

〔24〕 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。

为的界限,有必要考虑主观要素,主观要素就必须不受类型制约地对客观构成要件产生影响。^{〔25〕}这与其说是客观归责的主观化,不如说是客观构成要件机能化的当然产物。

明了了两大体系的区分后,我们会对为什么提出客观归责主观化之批判的主要是目的主义论者有清晰的答案。重视目的性的目的主义与重视因果性的自然主义一样,都是一种存在论的刑法立场,二者“在具体方面虽然有很多不同,但是,在这一点上,它们是一致的:它们都是从实在的现实情况(造成或者对行为的操纵)出发的,并且由这些实在的现实情况引导出体系性构造。”^{〔26〕}也就是说,它们的体系构造里缺乏目的论思考与机能性思考的空间,对主观构成要件和客观构成要件的划分则仍然停留在类型性的不同上,不容一丝混淆。因此,当他们发现客观归责里融入了特别认知时,立刻就看出了一种体系内的冲突,殊不知客观归责理论原本追求的就是一种外部的客观目的与价值,也原本就不受目的主义论的存在论立场之束缚。站在目的主义的立场上,他们可能并没有错;他们的错误在于,站在自己存在论的立场上去指责另外一种机能性的体系。

到此为止,目的主义看似严厉的指责轻描淡写就被化解了。若想真正质疑客观归责理论,就必须针对其所追求的目的与机能本身,以及实现该目的与机能的方法展开。本文认为,即使如此,特别认知仍给客观归责理论带来了较大的反思余地。

具体来说,客观归责理论为了实现抽象地划定被允许与被禁止的行为的界限,而在归责于客观构成要件时考虑主观要素,其实在两方面都不无疑虑。其一,“抽象地划定被允许与被禁止的行为的界限”是否通过客观构成要件即可实现?如所周知,在目的行为论之后,故意和过失在德国即已成为构成要件要素。客观归责论者也承认除了客观归责之外,还有主观归责,二者并存才最终成立构成要件的不法。既然不法的界限,即“被允许与被禁止的行为的界限”,是由脱离了客观要素和主观要素之羁绊的客观构成要件和主观构成要件共同确定的,为何单独赋予客观归责以决定性意义?其二,客观归责与主观归责所要实现的目的与机能是否相同?归责于主观构成要件时,是否可以考虑客观因素?Roxin的学生Greco就直接承认,为了实现归责的任务,特别认知等主观要素可以是客观归责的前提,客观要素也可以是主观归责的前提,例如,危险的程度或者被威胁利益的大小就是区分间接故意和有认识过失的重要标准。“故意和过失归责共有的所有前提,也正是客观构成要件的前提。”^{〔27〕}

一言以蔽之,所谓客观归责和主观归责的目的与机能是一样的,并且各自在归责时均可不受客观要素与主观要素的影响。那么接下来的困惑就是,区分客观归责还是主观归责除了教学上的价值外,还有多大的实益。对于目的理性的归责而言,重要的是整体构成要件的机能得以实现,与客观要素还是主观要素无关,也不必然区分为归责于客观构成要件和归责于主观构成要件。“一个行为符合构成要件的实质理由,不在于循环性地分别充足了客观构成要件和主观构成要件,而在于从刑法的基本原则中导出的那些范畴,这些范畴与行为人对其所实施之行

〔25〕 Vgl. Greco (Fn. 19), S. 534 ff.

〔26〕 (德)克劳斯·罗克辛:“德国犯罪原理的发展与现代趋势”,王世洲译,《法学家》2007年第1期。

〔27〕 Greco (Fn. 19), S. 538.

为的心理关系及其在外部世界的表现一起,更好地决定了该行为是否符合了构成要件。”〔28〕或者说,不法归责的对象既不是孤立的客观要素和主观要素,也不是分离的客观构成要件和主观构成要件,而是二者的整体。主客观的结合才是一个完整的行为,才是规范所能指向的对象。构成要件的机能,只有通过将主客观构成要件的整体作为评价对象,才能最终得以实现。之所以区分为客观归责和主观归责,并非因为二者各有其独立的价值,毋宁是一种方便判断的技术性处理方式。

由是观之,客观归责理论强调客观构成要件相较于故意等主观构成要件的重要意义,似有过誉之嫌。该理论带来的重要成果并不在于突出了客观不法的决定性意义,而是指出了其机能性的一面;而这一面原本并不为归责于客观构成要件所独有,因为归责于主观构成要件同样需要机能性的思考,且两种归责都可以不受主客观要素的束缚。片面强调客观归责的重要性,于是不仅“被客观归责理论绑住,把原来已被解放的主观要素又冰冻起来”,〔29〕影响对主观归责重要性的理解,而且将使客观归责与主观归责共通的归责基础被遮蔽,影响不法归责的判断。类似的倾向在我国已经存在,陈璇博士最近在一篇论及主客观归责之界限的论文中认为,在客观归责和故意之外没有必要另立一个主观归责的范畴,对于故意犯而言,故意的成立条件即已涵盖了主观归责的全部内容,主观归责所涉及的只是以危险创设为对象的故意成立之问题。〔30〕仅从其结论来看,还不能说陈璇博士否定了主观归责,因为倘若将主观归责的理念融入故意的成立条件之中,二者还有协调的余地。但从其将主观归责仅限于对危险创设的认识而言,可能有矮化主观归责的嫌疑;尤其是在陈璇博士对客观归责高度重视的映衬之下,主观归责在他那里相对而言显然不是那么重要。如前所述,本文认为,刑法上重要的是整体的不法归责,而不是被割裂的客观或者主观归责。本文第三部分将以毒蘑菇案为中心简要说明,认识到危险创设未必就一定是规范意义上的故意,自然意义上的故意如同自然意义上的行为一样,都必须作为整体接受机能性与目的理性的规范过滤,之后才可能成立可归责的构成要件中的故意与行为。不过,在此之前,作为第三部分论证的基础,以下先对不法归责的实质根据加以分析。

二、不法归责的实质根据

如前所述,客观归责理论不再类型性地理解构成要件,而是融入了机能性的思考。其背后的思想基础,是对一种自我封闭的、本体论的犯罪论体系的批判,以及对一种面向生活的实际情况呈开放态势的、以刑事政策为导向的、目的理性的犯罪论体系的提倡。封闭的体系不利于实现个案正义,可能导致毫无内容的抽象性危险,并妨碍刑法对生活多样性和法律材料结构上的区别的重视。〔31〕后者则“问的是社会的目的、刑法和刑罚的功能(任务),并且,根据位于这

〔28〕 Sacher, Sonderwissen und Sonderfähigkeit in der Lehre vom Straftatbestand, 2006, S. 278.

〔29〕 许玉秀,见前注〔12〕,页155。

〔30〕 参见陈璇:“论主客观归责间的界限与因果流程的偏离”,《法学家》2014年第6期。

〔31〕 参见罗克辛,见前注〔1〕,页128。

些目的之后的刑事政策的价值决定来建造这个体系。因此,人们谈论的是一种目的理性或者功能性的体系性构造”。〔32〕 Roxin 明确指出:

我的体系与过去时代中的体系性发展之间的区别首先在于——请允许我用一句话来概括——,这种体系化不是根据本体的标准(因果性或者目的性),而是根据刑事政策性的目标设定(刑法的和刑罚的目的)来进行的,……这里涉及的不是单纯的抽象和理论性的体系结构,而是通过这个理论来对大量解决具体法律问题方法作出有意义的说明,以及部分地使这种方法才成为可能。〔33〕

正是在这样的刑法思潮的转变下,归责,而不仅仅是客观归责,不再由行为人做了什么和想了什么决定。不法归责是目的理性地被确定的,这在今天已经没有什么争议,即便不支持客观归责理论的学者,也不否认在因果关系之外,还要进行归责的判断。〔34〕“争论不再是‘是否’要以目的和价值为出发点,而只是‘如何’确定那些至关重要的目的和价值”。〔35〕于是,探讨不法归责的实质根据必然和不法的本质、刑法的任务等产生紧密关联。这也很好地回答了为什么是机能主义刑法的两位大家——Roxin 和 Jakobs——代表了当今客观归责理论的两大方向。

(一) 法益保护是不法归责的实质根据:Roxin 的立场

不法的本质是法益侵害,刑法的任务是保护法益,这是 Roxin 和主流观点的基本立场。“对于安全、自由的、保障所有个人人权和公民权的社会生活所必要的,或者对于建立在此目标上的国家制度的运转所必要的现实存在或者目的设定就是法益。”〔36〕法益的具体表现形态主要有生命、身体完整性或者对于物的价值的使用权(财产)、基本权利、人权以及国家制度等。任何行为,如果没有侵犯法益,例如只是违反了道德的或者侵犯人们的情感的行为,都不应该是刑法上的不法;刑法则透过自己的规定和适用,保护着每一位国民的法益。〔37〕

上述理解也指导着对构成要件的解释和不法归责,正如 Jescheck 所言:“法益是被承认的构成要件结构和解释的基础”。〔38〕 Roxin 非常明确地说,某种意义上,客观归责理论是法益保

〔32〕 罗克辛,见前注〔26〕。

〔33〕 罗克辛,见前注〔26〕。

〔34〕 例如,不主张照搬客观归责理论的张明楷教授认为:“我国刑法理论中的(广义的)因果关系部分,应当分为两步讨论:第一步讨论事实的因果关系,在肯定了事实的因果关系部分之后,第二步讨论结果归属”(参见张明楷,见前注〔18〕)。主张不接受客观归责理论的刘艳红教授认为:判断结果与条件之间是否具有相当性“是以行为人实际所造成的客观事实为基础,并借助行为人的预见可能性与结果回避可能性等刑法规范层面的思考以及刑事政策、法律日的等进行相当性的常识判断,最终确定是否以及如何将结果归之于行为人,此一阶段,实际是归责问题”(刘艳红,见前注〔3〕)。很显然,两位教授均未否认独立于狭义因果关系之外的归责判断的重要性。

〔35〕 Greco (Fn. 19), S. 536.

〔36〕 (德)克劳斯·罗克辛:“刑法的任务不是法益保护吗?”,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2007年版,页152。

〔37〕 同上注,页151以下。

〔38〕 (德)汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,页315。

护原则的必然结论,因为刑法如果想要保护我们免受侵害,只有当其禁止制造法所不允许的对法益的危险,以及将该危险的实现评价为刑法上的不法时,才是可能的。构成要件行为总是以实现了一个由人所制造的不被允许的危险的方式而体现出来的法益侵害。相较于长期以来认为刑法不法在于行为的因果性或者目的性的看法,客观归责理论提出的制造和实现不被允许的危险的观点,并未脱离法益保护原则,而是直接与法益保护原则相联系,并通过一系列下位规则,更为清晰和合理地阐明了其保护的范畴。^{〔39〕}可以说,客观归责不过是在不法理论的教义与体系里以新的和更好的方式贯彻了法益保护原则而已。

Roxin 还指出,将不法理解为实现不被允许的危险意义上的法益侵害,同时就意味着从存在论到规范论的转向。在存在论看来,什么是杀人、伤害、毁坏,因果性或者目的性即可决定。相反,在以规范论为基础的客观归责理论看来,杀人等虽然以现象上的存在为前提,但一个导致死亡的行为是否杀人行为,必须视其是否逾越了被允许的危险而规范性地确定。不仅在判断是否属于被允许的危险时需要规范化,实现被允许的危险也不只是一个事实流程,而必须结合规范保护目的加以认定。客观归责理论因此为刑法的不法理论注入了一个新的规范性维度,并在建构刑法不法时,体现出比因果性和目的性那样价值无涉的存在论范畴有力得多的指导力。^{〔40〕}

Roxin 关于法益保护是不法归责的实质根据的论述,还体现在他对所谓规范效力维护的批判上。在 Roxin 最近一篇关于法益的论文中,他批评 Jakobs 的观点是一种极端的规范主义。刑罚当然服务于规范稳定,但这不是刑罚的唯一目的。如果继续考察,就会发现规范稳定本身很难说是一种目的,因为稳定的规范也是为了服务于制止未来的针对个人或者社会的现实损害。即维护规范效力最终也是为了保护法益,没有了对法益的保护,规范稳定是没有意义的。^{〔41〕}不根据法益保护,而从维护规范效力出发判断不法归责,因此行不通。

以 Roxin 所持之法益保护原则的立场来处理特别认知的不法归责问题,答案是不言自明的。例如飞机案中,行为人明知恐怖分子的袭击计划还劝伯父去坐飞机,因为特别认知可以机能性地成为客观归责判断的基础,行为人就制造了法所不允许的危险,且最终该危险也在规范保护目的范围之内得以实现,因此应为结果负责。毒蘑菇案那里,“如果认为刑法的任务是保护法益,那么毫无疑问就可以认为,大学生通过将有毒的蘑菇端给顾客,就对顾客的生命制造了一种致命危险,并且该危险最终也在结果中实现”,^{〔42〕}不法归责也是不容否认的。

(二)规范效力维护决定不法归责的范围:Jakobs 的方向

与此相反,Jakobs 选择的是一条和主流观点背向而驰的道路,他认为,刑法的任务以及不法的本质均与法益无关,而在于对规范效力的维护。Jakobs 对刑法任务和不法本质的此一理解,源于其自成一体的法哲学理论:共同体的存续必须依赖于一个脱离了个体的任意而建立起

〔39〕 Vgl. Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116 (2004), S. 929 f.

〔40〕 Vgl. Roxin (Fn. 39), S. 931 f.

〔41〕 Vgl. Roxin, Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand, GA 2013, S. 435.

〔42〕 Roxin (Fn. 39), S. 943.

来的联系框架,也就是规范;社会应该被理解为在该框架之内规范性相互理解的世界;只有当创设了人格体——而不是自然意义上的个体——的规范指导着交往时,即当这种规范给行动提供了标准的解释模式时,社会才体现出同一性而是现实的;规范对交往的指导则集中体现在匿名的社会交往的可能性上。^[43]

刑法也应该服务于强化人们对该匿名交往之期待。^[44] 当人们的期待落空时,刑法必须反事实地把那个令人失望的行为定义为缺陷和错误,以便人们即使偶然失望也仍然可以信赖规范的有效性。^[45] 另一方面,刑法“归属不是自然产物,而是世界说明;犯罪和刑罚不是象白天和黑夜一样相随发生的,而是发话和回答。”^[46] 犯罪行为是犯罪人的与刑法解释模式相冲突的意义表达,透过对其判处刑罚,犯罪人的意义表达被作为不值得效仿的世界解释模式而边缘化,刑法规范的标准效力得到维持,人们的期待则同时被强化。在此意义上,犯罪之恶,也就是刑法不法的本质并不在于法益侵害,而是否认规范效力;刑法的任务也不是保护法益,而相应地是维护刑法规范的效力。^[47]

Jakobs 进一步认为,对规范效力的维护是通过角色而具体运作的。角色是规范的化身,社会的规范通过各种各样的角色具体地指向行为人。通过规范保障社会的同一性,以及维护规范的效力,都意味着要稳定各种既存的社会角色。角色同时也是不法归责的基础,在一个匿名的社会里,如果人们符合了角色的期待,就不应该担心还有什么可被归责的。换言之,可归责的行为一定是一个在社会交往中背离了自己的角色的行为。由于每个人同时都承担着多重角色,在判断不法归责时,尤其要注意规范所要求的具体角色是什么,我们只能期待行为人作出那个具体角色所要求的行为,只能按照该角色的标准来决定是否应将结果归责于他。如果行为人虽然符合了角色的要求,却仍然因为特别认知或者特别能力而被要求为结果负责,是对纯粹偶然和内心世界的处罚。课以这样一种义务,可能会导致的意外结果是,逃避刑罚的最容易和最有效的方法就是什么都不要会,也什么都不要知道,这不是社会所乐意看到的事情。^[48]

以此来处理特别认知的不法归责,则飞机案中,侄子并非伯父的保证人,所承担的只是作为一般国民的角色,只要不通过侵害他人的组织领域来扩张自己的组织领域即可,所以他原则上不会因为知道了某种危险就要被归责。但是,如果行为人对特别认知的危险加以利用,如同案例中的侄子那样,将自己的组织领域和该危险连接在一起,就违反了一般国民的要求,不法归责的实质根据即得以形成。毒蘑菇案中,行为人同时具有大学生以及服务生的角色,但其所从事的社会交往仅仅与服务生的角色有关,他只要按照社会对于一个服务生的一般要求行事

[43] 参见雅科布斯,见前注[2],页21以下。

[44] Vgl. *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1993, 2/2.

[45] 参见(德)京特·雅科布斯:《行为 责任 刑法》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,页8以下。

[46] 同上注,页42。

[47] 参见(德)京特·雅各布斯:“刑法保护什么:法益还是规范适用?”,王世洲译,《比较法研究》2004年第1期。

[48] Vgl. *Jakobs*, *Täturvorstellung und objektive Zurechnung*, in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, S. 271 ff.

就可以了。他事实上可以挽救顾客的生命,这不重要,因为刑法首要的并不是保护法益,而是确证社会的同一性。大学生的所作所为符合了社会对服务生这一角色的期待,没有违反角色的要求,因此不存在可被归责的实质基础。

(三)利益、角色与社会冲突

从案件处理的结果来看,若分别以法益保护和规范效力维护来指导不法归责,飞机案中,两者结论相同但理由有所差异;毒蘑菇案中,两者不仅理由大相径庭,结论也南辕北辙。不过为便于比较与分析,先指出两大路径的相同点。

前文已经多次指出,Roxin 和 Jakobs 都拒绝一种存在论的体系,主张对犯罪论体系进行机能性的理解。表现在不法归责上,二者都反对单纯的因果性和目的性就可以确定归责,而是必须在存在论事实的基础上另行进行规范判断。Jakobs 的立场自不必言,即使是 Roxin 的观点,也不是说只要有法益侵害即可归责,而是透过制造法所不允许的危险,来有限度地保护法益。如果行为人虽然侵害了法益,但仍在法所允许的范围之内,归责是不能成立的。如前述飞机案中,倘若行为人并不知道恐怖分子的袭击计划而劝伯父乘飞机旅行的,即便乘飞机有危险且后来真的失事坠毁,也受法所允许,不至于说为了保护法益就一律要(客观)归责。

其次,两者在衡量不法归责的界限时,虽然一个以利益为基准,^[49]一个以角色为基准,但都承认刑法的社会任务是不可放弃的准则。Roxin 言简意赅地说:“我的出发点是,刑法干预权的界限必须来自刑法的社会任务。”^[50]Jakobs 则在其教科书的序言里开宗明义地指出:“刑法的概念世界应当建立在其社会任务之上,而不是自然的或者其他社会之外的指导方针。”^[51]可能需要进一步解释的是保护法益和刑法的社会任务之间如何协调的问题。Roxin 认为,刑法在构成要件的范围内保护法益免受不被允许的危险,但是也不能因此过于干预正常的社会生活,因此法治国刑法的核心任务是,实现法益保护与个人自由的平衡,对法益的保护只能维持在社会政策上必要的范围内。例如道路交通中,规范必须在交通参与者的法益与行为自由和生活质量之间作出平衡,划下被允许的界限。^[52]

两位教授不约而同重视社会任务的理由在于,犯罪行为不是发生在行为人与被害人间的孤立事件,而是社会冲突,不法归责则是在刑法层面对社会冲突的化解。现在的问题是,利益与角色究竟谁更适合于机能性地化解社会冲突。作为分析的基础,不妨再简单描述一下二者分别是如何化解社会冲突的。首先,通过利益化解冲突的方式,是在法益保护与行为自由之间进行平衡,合理地划定法所允许的危险的范围。平衡时没有一个普遍有效的规则,而只能根据具体情况进行衡量,衡量时要考虑的因素很多,如行为的社会有用性、被期望性、必要性、不实

[49] 之所以认为法益保护原则的基准不是法益而是利益,主要是考虑到法益是法律所保护的生活利益,在法律是否保护某种利益还没有通过客观归责而确定前就称其为法益,可能是一种逻辑错误。另外,一如后文简要介绍的那样,法益保护原则在客观归责理论中的运行其实是以利益衡量为基础的,认为利益是其基准因此也是更准确的归纳。

[50] 罗克辛,见前注[36],页151以下。

[51] Jakobs (Fn. 44), S. V.

[52] Vgl. Roxin (Fn. 39), S. 930 ff.

施行为的成本、法益的价值、危险的程度、被害人自我保护的可能性、危险的不可知性、结果的可预知性、防范措施的可靠性等。^[53] 其次,通过角色化解冲突的方式,是将角色固化为匿名交往的标准模式,社会冲突则成为对标准模式的背离,通过分析冲突中各方是否符合了社会对其角色之期待,来判断冲突应归责于谁。本文认为,两相比较之下,角色标准更有利于化解社会冲突,判断不法归责时利益标准很难提供充分的根据。理由如下:

其一,不法归责确定的是归责的充分条件,而不是必要条件。必要条件即“非 P 则非 Q”的关系:如果 P 条件不具备,则 Q 不会发生。充分条件即“若 P 则 Q”的关系:如果 P 条件具备,则 Q 会发生。必要条件只能划定 Q 发生的前提,充分条件才是 Q 发生的原因。当法益侵害的结果出现,社会冲突发生,利益思考只是启动不法归责的条件,可以说明有归责的必要性,但如何归责,利益本身提供不了有益的指导,必须从其他方面(例如角色的要求等)寻找充分根据。一个直接的例证是,客观归责理论出现之前,因果关系理论由条件公式到相当因果关系的发展,正好是从归责之必要条件过渡至归责之充分条件的历程。确定因果关系的条件公式是典型的必要条件关系,兹不赘言。确定相当因果关系则是在确定充分条件,“在所谓一般情况下,有相同的行为,都会发生相同的结果,那么这一个行为就是发生结果的相当条件,也是发生结果的原因。简单地讲,相当因果关系就是在一般情况下‘若 A 则 B’的关系”。^[54] 可以说,刑法上的因果关系理论从条件公式发展为相当因果关系不是学理上的偶然,而是归责要求潜在地发挥影响的结果。之后客观归责理论的出现,即主张以因果关系为基础,另行判断归责问题,则不过是将在必要条件的基础上寻找归责的充分条件的归责要求,进一步地加以明晰化和体系化而已。

要补充说明的是,正是在归责是寻找充分条件的意义上,可以看出相当因果关系理论实质上是一种归责理论。“相当因果关系说的实质,并不是以决定结果的‘原因力’的条件范围为关注点,而是为了确定在刑法上要把‘账算到谁头上’、把结果归属于谁的‘可归责性’,或者说把结果看成是谁的‘杰作’的问题,所以,在逻辑上属于结果责任范围的判断,而不是传统意义上的因果理论。”^[55] 车浩教授也在相同的意义上指出,客观归责理论的贡献,“是在承认自然科学意义上的因果关系和条件说的重要性的基础上,又将其冷静地搁置一边,使其仅仅成为刑法学专业性思考的一个必要的前提,而非核心问题”。^[56] 总之,在逻辑上,从本文的主旨出发,刑法中那个仅仅以利益为必要前提的“核心问题”——不法归责,只要是在寻找充分条件,就不可能在利益那里找到自己的实质根据。相反,行为人违背了社会对角色的期待就可以归责,则至少在形式上契合了归责的充分要求。

其二,归责理论的发展也表明利益思考不是归责的标准。相当因果关系理论,无论是主观、客观还是折中说,都是在利益被侵害的前提下,诉诸人的观念来限缩保护法益的范围。客观归责

[53] Vgl. Sacher (Fn. 28), S. 278 f.

[54] 黄荣坚:《基础刑法学(上)》(第三版),中国人民大学出版社2009年版,页178。

[55] 周光权:“客观归责理论的方法论意义”,《中外法学》2012年第2期。

[56] 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。

理论,其所有的下位规则,如制造法所不允许的危险、规范保护目的等,也无例外地是在将限制法益保护的标准具体化。质言之,以 Roxin 为代表的主流观点虽然认为客观归责理论源于法益保护原则,其客观归责理论的内容却一面倒地是在限制对法益的保护。再看其衡量某一危险是否为法律所允许的那些具体变量,利益大小等因素虽然也在其中,但真正重要的显然不是利益本身,而是衡量法益保护与个人自由的评价性视角。归责理论如此打着保护法益的旗号在价值衡量下限制法益保护的现象乍看之下似乎令人难以理解,背后的理由其实不足为怪。一如前述,利益只是归责的必要前提而不是充分条件,保护法益的范围必然在逻辑上大于需要归责的范围。归责的任务则不外乎是在必要条件的范围内进一步确定刑法保护的边界。而究竟是根据什么标准来进一步限定刑法保护的边界,已经完全不是利益本身能够说明的了。

其三,利益不能成为不法归责标准的实质理由,在于如何理解犯罪与刑法。本文认为,刑法的规范属性和社会属性,决定了刑法是一种精神的体系,该体系通过一种精神层面的意义表达得以运行。在物质层面,犯罪是对法益的侵害;但在精神层面,犯罪是通过其行为表达了规范不值得遵守的意义,刑法则通过对犯罪予以处罚,重新维持规范的有效性。所以,犯罪与刑法是不同意义之间的交锋,是社会不同个体不同主张的对话。为了社会的存续,刑法必须在交往的层面不断支撑被扰乱的规范的有效性。刑法上的意义表达因此尽管在事实层面上是多向的,在规范层面上却有一个标准存在。这个标准并非刑法独自设立,而是由人的角色来确定,即人们可以放心地期待一个角色的担当者会提供符合该角色的标准的东西,否则角色担当者就要被归责,来证明是他辜负了我们的期待而不是我们的期待不合理。^[57]

集意义表达于一身的角色,而不是更偏向于物理层面的利益,在归责中的重要性因此也就同时得到了描述。归责是从产生令人失望的行为的各种已存条件中,把一个条件即动机赋予缺陷作为刑法上重要的东西孤立出来,表明不是行为时的状况有缺陷,而是行为人的动机赋予有缺陷,并且将动机赋予缺陷的原因只归结到行为人对自我角色的背离上,这样,行为人的产生令人失望的行为的条件被个别化。该个别化实现了一个目的,即把冲突从一个需要维持的秩序转移到一个可以孤立的下层构造、一个亚系统即行为人本身的角色之中,以致于通过归责就证实了秩序必须继续被坚持。^[58]“法律不是一堵放置在利益周围的保护墙,相反,法律是人的关系的结构”。^[59]调整人的关系的不法归责,不以角色为基础,而以利益为导向,于是在方向上可能就存有偏差。

综上,Roxin 和 Jakobs 对飞机案和毒蘑菇案的不同处理,既基于二者对不法归责实质根据的不同理解,也内在地体现出从利益还是角色出发解决社会冲突的差异。经过本部分的论述,如何处理特别认知者的刑法归责问题,全文的基本立场呼之欲出。

[57] 参见雅科布斯,见前注[2],页88—89。

[58] 参见雅科布斯,见前注[45],页6以下。Jakobs 分析说,面对违反规范的行为,可以有三种方式:改变态度,不再信任规范;自我预防,重新设定环境;通过法“反事实地”坚持其期待;第三种方式即是归责的方式(参见同书页9)。

[59] 雅各布斯,见前注[47]。

三、特别认知者的不法归责

(一)特别认知之不法归责的基本立场

以上述分析为基础,所谓特别认知者的不法归责,不再取决于行为人认知了什么,也不取决于行为人侵害了什么法益,而是决定于其角色与规范的要求。

首先,如果特别认知的危险与其角色无关,原则上不能归责于行为人。例如,机械工程师买二手汽车试开时根据自己的专业知识发现刹车有问题,未予指出而还回;建筑专业的学生在工地打工时凭其专业知识,发现混凝土承重量的计算有误,仍依指示工作等。^{〔60〕} 行为人虽然认识到特别的危险,且后来危险也被实现,但社会交往中的角色并不要求其认识到该危险,不可避免危险的发生没有体现出违背角色与规范的意义,即使危险实现,也不是不法,而只是不幸。如果刑法承认了见危不救罪,可能会有见危不救的归责,却不能再有更多的不法了。

一些学者对仅仅因为符合角色的要求就无需将结果归责于特别认知者的观点提出了质疑。Greco 指出:“谁比别人知道的更多,即便是偶然得知,就可以做的更多;知道的更多因此就意味着更多的行为可能性和更多的自由,这必然也会带来更多的答责性。”^{〔61〕} Sacher 认为,故意和过失不同,认知本身就是一种核心要素(Machtfaktor),认知了就几乎可以决定故意的可罚性。既然已经特别认知到法益侵害,且也实现了法益侵害,其可罚性就不能仅仅因为没有违反社会对角色的期待而被否定。^{〔62〕}

以上两位学者的观点可能有误解之处。行为自由导致结果责任是基本的归责原理,特别认知与特别能力可以扩张我们的自由空间也没有疑问。问题是,只有当行为人逾越了行为自由的范围时才会产生结果责任。我们只能期待有特别认知和能力的人不要运用自己的特别认知和能力去伤害他人,至于他们是否因此必须帮助别人,是他们自己的自由。一如超人如果没有拯救世界我们只能表示道德和情绪上的失望;除非超人运用自己的超能力为非作歹,刑法才会登场。而且,是否所谓“运用自己的特别认知和能力去伤害他人”,必须规范性地理解,不是说客观上侵害了法益就是伤害他人,而是必须在规范上体现出伤害他人的意义,才逾越了行为自由的界限。一个符合社会匿名性期待的行为显然没有这样的意义表达,所以不能如同 Greco 认为的那样,在规范上带来更多的答责性。

对认知的处理也一样,虽然确切认知了在自然意义上就一定是故意行事,但是否是规范意义下的故意,还要看行为人应该认知到什么。在过失犯的场合,应该认知的重要性是被普遍承认的,如果行为人没有认知到应该认知的构成要件结果,才是过失;如果行为人没有认知到不该认知的结果,则只是意外事件。在故意犯的场合,因为行为人已经认知到了,应该认知的问题似乎显得多余,学理上往往也就不加以探讨。实际上,“应当认知”是对主观要素的一种规范

〔60〕 Vgl. Jakobs (Fn. 44), 7/50.

〔61〕 Greco (Fn. 19), S. 543.

〔62〕 Vgl. Sacher (Fn. 28), S. 280 ff.

评价,是对自然心态的刑法过滤,不仅过失如此,故意也不应当例外。另外,按照本文第一部分表明的立场,主观认知必须要结合客观行为一体地接受不法归责之规范判断,既然大学生的行为并未违背角色要求,于是与 Sacher 所言相反,仅仅特别认知本身,就尚不足以奠定(主观)可归责性。

其次,如果特别认知的危险与角色有关,则行为人应为此产生的不法负责。所谓与角色有关,在刑法的意义上即指行为人是相关危险的保证人。这里的保证人地位既可能产生自组织管辖,也可能产生自制度管辖。^{〔63〕}前者如猎枪的合法持有者偶然知道他人将借自己的枪去杀人,而仍将猎枪借予他人的,由于其角色是危险源的监督者,负有管理好猎枪的义务,只要知道猎枪可能会产生危险,即使该危险不是由其本人实现,也必须予以排除。后者如父母是子女的保证人,负有保护子女人身安全的义务,无论父母多么偶然地特别认知到子女面临的危险,父母的角色都要求其采取措施避免相应结果发生。

角色与保证人地位的联结受到一些质疑。许玉秀教授指出,角色既可以实施作为犯罪也可以实施不作为犯罪,将角色与保证人地位联结,就意味着作为犯也可能违反了保证人义务;以保证人义务处理特别认知的问题,实际上是对特别认知问题的回避。^{〔64〕}另有论者认为,在特别认知与客观归责之间插入保证人地位问题是没有意义的,“没有必要将特别认知与保证人地位联系起来,因为特别认知本来是客观归责的一个争议问题,我们要解决的也是特别认知与客观归责的关系问题,而非与保证人地位的关系问题”。^{〔65〕}

本文认为,角色与保证人地位的联结不仅是角色刑法化的有效途径,也是对保证人地位的重理解。长期以来,刑法教义学都将保证人地位与保证人义务视为区分作为犯与不作为犯的主要标准,但保证人地位应当规范化为组织管辖与制度管辖的表现形式,即不法归责原理的表征;具有保证人地位的人因此当然也可以实施作为犯罪,而且必须将其作为行为同样视为对保证人义务的违反。^{〔66〕}至于保证人地位是否有助于解决特别认知的客观归责问题,取决于看待问题的视角。一如前述,特别认知本身对归责没有影响,所谓特别认知的客观归责问题原本是一个假问题。真正的问题是在特别认知的表象下,是否存在一个建立在角色之上的保证人地位,有则行为人应被归责,反之则无归责之虞。通过角色以及保证人地位解决特别认知的不法归责,就不仅没有回避问题,反而是彻底地直面问题;不仅不是没有意义,反而是必要之举。

再次,如果特别认知虽然与角色没有关系,但认知者另行将自己的组织领域与特别认知到的危险相连接,则其行为表达出侵犯他人组织领域的意义,认知者应为结果负责。例如,毒蘑菇案中,大学生不将毒蘑菇端给应该端给的顾客,而故意端给另一位顾客的,则该顾客的死亡结果应归责于他。因为服务生的角色虽然不要求他认识和避免特别的危险,但利用特别认知,

〔63〕 关于组织管辖与制度管辖的含义与争论,请参见何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,页177以下。

〔64〕 参见许玉秀,见前注〔12〕,页26。

〔65〕 杜沙:“客观归责与不作为浅析”,载张明楷编:《刑事疑案演习(二)》,中国人民大学出版社2010年版,页7。

〔66〕 参见何庆仁,见前注〔63〕,页137—138。

侵犯他人组织领域的,已经违背了“不得伤害他人”的基本原则,逾越了角色内行为自由的界限。张明楷教授曾批评指出,若毒蘑菇案中的服务生专门从市场上挑出有毒的蘑菇送进餐厅,让厨师做给顾客吃,难道他可以因为这种蘑菇在市场上允许买卖、餐厅也可以将它做成菜肴,就无罪吗?〔67〕 Kindhäuser 也认为:“一个偶然得知其妻子患有极少见的过敏症并把这种知识用于杀人的医生,不应该因故意杀人而受到刑罚处罚,是因为普通的医生或者丈夫不具备其专门的知识吗?肯定不是这样的。”〔68〕的确,任何人都不能因为享有特别知识和能力就可以去伤害他人,就像任何人都不能因为自己没有特别知识和能力就要被害一样。所以,一旦特别认知者利用自己的特别认知损害他人的组织领域,就当然违背了其角色的要求,不能排除不法归责。只是所谓“伤害”与“被害”都要规范地去理解,如果特别认知者按照角色要求行事,没有违背社会对角色的期待,即便由此侵害了法益,也没有什么不法需要归责。如果违背了,如同张明楷教授和 Kindhäuser 的设例那样,自然另当别论。

利用特别认知的可归责性是没有疑问的,有疑问的是,有一些学者由此指责说,既然利用特别认知时可归责,为什么没有利用时不可归责。“如果仅仅认为将有毒蔬菜特定端给不喜欢的客人吃,才是‘利用了特别认知’,而端给本来要吃这种蔬菜的人,就不算是‘利用了特别认知’,似乎不妥。”〔69〕许玉秀教授的质疑是,利用行为既可以是积极的,也可以是消极的,如果积极端给其他顾客是利用,消极地端给该端给的顾客也应该是利用;不能认为作为是犯罪而不作为就不是犯罪。〔70〕 Greco 的指责则更为具体:如果餐厅为了酬宾而向每位顾客随意赠送菜品,是否大学生就可以任意选择毒死谁?如果大学生错误地将毒蘑菇端给其他顾客又该如何处理?相反的情况是,如果是厨师想毒死顾客,而故意用毒蘑菇炒菜,并告诉了大学生,但大学生却看出了蘑菇根本就没有毒,若他违背角色地利用特别认知端给其他顾客,难道是一个未遂的杀人吗? Greco 因此认为,刑法在偶然状态下对生命的保护与行为人的社会角色没有必然联系,不是对角色的背离决定了可罚性,最终仍是保护法益的需求决定了行为是否可罚。〔71〕

本文认为,利用与未利用的区分,标准不在于积极还是消极或者作为还是不作为这样的外在现象,而是是否符合了社会对角色的期待。将菜端给该端给的客人,是社会对服务生的期待,所有不端给客人(不作为)或者端给(作为)其他客人的行为,都是对该期待的背离;如果其中涉及到特别认知的危险的转嫁,则是对特别认知的利用(若选择不端给客人,因为是做出了比角色要求更高的行为,就不能被一个更低的标准评价为违背了角色的要求。不能利用特别认知去伤害他人,但毫无疑问可以利用特别认知救人于水火)。端给该端给的顾客既不是消极地利用,也不是不作为地利用,而是因为符合了期待,根本就不能被评价为利用。还需要强调的是,对特别认知的利用是规范评价的后果,所以与行为人是故意还是过失利用无关,即便过

〔67〕 参见张明楷:《刑法的私塾》,北京大学出版社2014年版,页73。

〔68〕 (德)沃斯·金德霍伊泽尔:“故意犯的客观和主观归责”,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第23卷),北京大学出版社2008年版,页222—223。

〔69〕 杜沙,见前注〔65〕,页7。

〔70〕 参见许玉秀,见前注〔12〕,页26。

〔71〕 Vgl. Greco (Fn. 19), S. 544 f.

失利用的,一旦满足了过失的构成要件,不法也应被归责。

Greco 的另外两个例子,倘若按照他的老师 Roxin 的立场,重视利益思考,是比较容易做出说明的。在可以端给任何客人却特意端给某一位客人的场合,行为人至少显著提高了该客人被毒死的几率;在明知无毒却故意端给另一位顾客的场合,因为是故意将无毒的蘑菇端给他人吃,显然不是杀人,遑论杀人未遂。不过,关于后者,Greco 的论述是片面的,不法归责虽取决于意义表达和角色,但并不是说不需要具备故意、行为、结果等归责的前提,而是在这些前提的基础上审查其意义表达。这些前提是构成要件所明定的,是根据法益保护或规范效力维护进行归责的共同基础。缺乏它们就不能归责,这既不是法益保护原则占上风的象征,也不是指责角色违反理论的论据。关于前者,Greco 则和 Roxin 一样,过于重视了利益思考。无论什么情况下,服务生把毒蘑菇端给谁,谁都会百分之百被毒死,若只看法益侵害的表象,有死亡结果就要归责,不法几乎完全由结果决定。而本文的立场是,自然意义上的结果、故意和行为等只是不法的素材和评价对象,归责评价才是不法本身。如果端给谁都没有违反期待,特意端给其中某个人就和端给其他任何人一样没有背离角色,也不存在利用特别认知的问题。质言之,对不法归责本身而言,客观结果发生几率的高低不重要,重要的总是我们对行为人的期待是什么。

(二)角色的相对化

在社会日渐频繁的匿名交往中,每一位参与者都只能期待对方标准能力的付出。“一个人可能有能力比人们客观地期待于他的角色的东西做得更多,但是他并非必须做得更多;同时,一个人必须做到属于他的角色的东西,他不能做得比他的角色所要求的东西更少。”^{〔72〕}需要再次强调的是,这里的期待是社会的客观的期待,是参与者在交往过程中的期待,交往者个人有何种期待以及事后会有什么期待,毋宁说只是交往者个人的愿望。例如,在游泳池里游泳的人,可以期望一旦自己腿抽筋溺水,周围的人会争先恐后地救自己,但在规范上他只能期待泳池救生员保护他。

张明楷教授曾对毒蘑菇案批评指出:“当客人得知服务员知道是有毒蘑菇时,怎么会不期待他将蘑菇倒掉或者告诉客人真相呢?既然大学生是在饭馆打工,为什么还将饭馆意外做成的有毒蘑菇端给客人呢?”^{〔73〕}本文认为,现在的问题不是客人如何期待,而是社会对服务生的期待是什么。服务生通常只负责把菜端给客人,菜的口味好不好、上菜的快慢以及菜是否有毒,不是他们的负责范围。如果社会的期待变为不得将有毒的饭菜端给客人,则服务生在端任何菜时都必须检验饭菜是否有毒,这显然是对他们的苛责。^{〔74〕}不过,张明楷教授对角色背后法益侵害的强调,促使本文走到思考的另一个维度:即便行为人的所作所为符合角色的要求,

〔72〕 冯军:“刑法教义学的立场和方法”,《中外法学》2014年第1期。

〔73〕 张明楷:“也谈刑法教义学的立场”,《中外法学》2014年第2期。

〔74〕 服务生尽管可以因为没有故意或过失而最终不被归责,但是将服务生没有检验菜品的行为一律评价为(客观)不法,于生活常识不符。社会期待是一般性的客观期待,与行为人的主观认知无关,所以也不能以期待仅仅针对特别认知(故意)者为理由进行辩解。能够期待于有特别认知的角色者的,也必须可以期待于无特别认知的角色者。因为期待,至少不法层面的规范性期待,总是针对抽象的角色,而不是偶然地有或者没有特别认知的具体个人。

如果角色行为将造成一种紧迫且重大的利益损失,角色是否应当退让?也就是说,角色的要求是绝对的吗,还是说其实也有相对化的可能?

我们生活在一个客观的社会,规范、角色、权利和义务等构筑起社会相互理解的基础。与此同时,这个社会中也有些利益天然地具有重要性,即使付出一定代价,也值得优先保护。以权利和义务为例,权利意味着我们可以为想为之事,只要没有逾越权利的范围;义务则意味着我们必须实施一定的行为,即使该行为并非我们所想。但是,一旦权利的行使和义务的履行涉及到某一重大利益的丧失时,权利和义务都可能需要退缩。例如,在道路上正常行驶的司机发现前方有行人时必须刹车,即使他原本享有通行的权利;在靶场训练的人发现靶前有人时必须放弃射击,即使这是他的私人靶场;父亲不能将发高烧的孩子一个人扔在家里去上班,虽然他必须去上班;老师不能对在课堂上突发心脏病的学生视而不见,虽然他必须完成课堂教学。

也就是说,权利和义务都不是绝对的,如果有更值得保护的利益横亘在权利和义务面前,它们就应当相对化。如所周知,角色是权利和义务的集合体,既然权利和义务是可以相对化的,角色没有理由一直维持自己绝对的地位。一般情况下,只要符合社会对角色的期待,即无不法归责之虞;但是,如果一个符合角色要求的行为,将损害一个更值得保护的利益时,角色也可能会退缩。问题仅仅在于,什么样的利益值得让角色退缩,其建立不法归责实质根据的理由是什么。本文认为,符合角色要求的行为原本是没有不法性的行为,限制其行为的根据只能是刑法中的团结义务(也称为连带义务)。

团结义务在刑法中多有体现,诸如见危不救、不作为犯、义务犯以及紧急避险等,都与团结义务关联甚大,其中最明显的体现是紧急避险制度内被避险者的容忍义务,即被避险者可以继续向其他人避险,但不能拒绝避险者避险。例如,“甲在追杀乙,乙无处可逃,跑到了丙房间里躲避。丙强行将乙推出去以后,乙被等候在门口的甲杀害的,丙很可能被认定为故意杀人罪的帮助犯。”^{〔75〕}案例中,甲原本享有居住权,却可能因为行使权利而成立犯罪,背后的法理即与团结义务有关。至于团结义务及其容忍义务的合理性与根据,学说众多,且不乏反对意见,但多数观点认为,基于人类共同生活的必要,在特定情况下有必要容忍对自己利益的损害。^{〔76〕}由于这是另一个极为宏大的论题,本文不便展开,就本文的主旨而言,类似的团结义务与容忍义务应该也可以被施加于角色者,即当符合角色期待的行为将造成重大利益损失时,角色者应当放弃角色的要求,容忍对角色的背离。

不过,不能否认的是,团结义务仍然是对社会正常生活秩序的冲击,是对角色机能的限制,如同紧急避险有其严格的成立条件一样,角色的退让也应该被限定在最小限度内:①只有在紧急状态下,才可以要求角色者放弃实施该实施的行为。所谓紧急状态,可以参考紧急避险的理解,并未面临迫在眉睫的危险,则尚不足以让角色退让。例如,刀具店主将刀卖给他人,是符合社会期待的行为,即使他偶然知道买刀的人将会用刀去杀人也不例外;相反,如果买刀的人正

〔75〕 张明楷,见前注〔67〕,页115。

〔76〕 关于刑法中团结义务与容忍义务的观点纷争之介绍,请参见王钢:“紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度”,《中外法学》2011年第3期。

在店门口与人缠斗,买刀显然就是要去马上杀死店门口的人,那么他人的生命就处于紧急状态中,卖刀行为就是不法的。^[77] 毒蘑菇案也一样,如果有毒的蘑菇端上去后客人马上就会食用,就符合紧急性的要求;如果是外卖给顾客,则不符合。可能会有人质疑说堂食还是外卖不过是距离死亡时间的长短而已,没有实质性区别。但是二者背后的紧急状态正是那个实质性的区别,因为若只是将要被害,还没有陷入迫在眉睫的危险状态当中,社会就还有其他的机制来应对和处理类似的情况,而没有必要通过限制角色来改变社会生活的运行方式。②陷入危险的必须是显著重大的利益。^[78] 显著重大的利益主要是指生命或重大健康利益。公共利益如果不能还原为紧迫的生命或重大健康利益,则不能构成偏离角色的理由。例如,报刊亭主偶然得知某报刊上的一篇报道是国家机密仍然将该报刊卖给他人,司炉工意外知晓自己送到锅炉里的煤污染成分超标仍然将煤送进锅炉。^[79] 报刊亭主的角色就是将报刊卖给他人,司炉工的任务就是送煤进锅炉,他们没有义务去知道和检验自己所卖和所送东西的性质。即使他们偶然知道了自己的行为可能会直接导致泄露国家机密和污染环境,也不必因此去改变自己的角色。泄露国家机密侵害的国家保密制度,以及污染环境会伤害的人体健康这类公共利益,^[80] 首先应当由国家行政机构去保护。以国家行政机构的利益来限制社会角色是不适当的;行政利益的侵害,可以通过其他途径进行事前或事后救济,但不能以牺牲正常社会生活秩序为代价。③角色者的行为必须与利益损害具有直接关联。直接关联并不局限于如同烧煤直接会污染环境和卖报会直接泄露国家机密那样的联系,成为利益损害中答责的一个必要环节也可以。学理上所探讨的中性帮助行为,大多因为有正犯直接为结果负责,角色者的行为只是间接导致利益损害,则将结果归责于正犯即可,没有必要将符合社会期待的角色行为论以帮助犯。例如,出租车司机在行驶途中偶然得知乘客到目的地的杀人意图还将其载到杀人现场,银行职员偶然得知储户取款的目的是用之行贿仍满足其取款要求,归还斧头的人明知物主的目的是杀人还应其要求归还斧头等。^[81] 该直接关联还必须是角色行为自然形成的,而不是被其他人从外部强行赋予的。例如,甲在刀具店前威胁店主,不许卖刀给买刀的人,否则就要自杀;或者甲在店前绑架乙,威胁店主不许实施角色行为,否则就要杀死乙。这种由另一个答责者从外部强加给角色的危险,与角色行为没有直接关联,不能成为限制角色行为的合理根据。

接下来的争议是,角色者违反团结义务而仍然实施了角色行为时,实现的究竟是见危不救的不法,还是杀人等的不法。支持容忍义务的观点一般会得出杀人不法的结论,但如何说明理由其实不无疑虑。Frisch认为,见危不救只能针对消极的不提供帮助,不能涵盖积极的加害行为;如果对角色者违反容忍义务的行为也只论以见危不救的不法,就会产生价值上的冲突。^[82] 批评

[77] Vgl. *Jakobs*, Beteiligung, in: Festschrift für Lampe, 2003, S. 566.

[78] Vgl. *Iwango*, Die Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand, 2009, S. 150.

[79] Vgl. *Jakobs* (Fn. 77), S. 573.

[80] 锅炉工案例对公众健康的侵害通常过程缓慢且程度轻微,所以不足以要求锅炉工放弃烧煤。如果锅炉工知道烧的煤马上就能导致重大人员伤亡,自然另当别论。

[81] 参见陈洪兵:《中立行为的帮助》,法律出版社2010年版,前言,页1。

[82] Vgl. *Frisch*, Beihilfe durch neutrale Handlungen, in: Festschrift für Lüderssen, S. 553.

者则认为,团结义务的意义不在于保护法益,而是强化人格体的自治和稳定法律体系;团结义务是积极义务,而不是消极义务;认为违反团结义务也可以成立杀人的不法,是混淆了两种性质完全不同的义务,对一般性团结义务的违反充其量只能导出见危不救的不法。^{〔83〕}

Frisch 将见危不救和杀人的区分简单地等同于积极的作为和消极的不作为,的确不妥。正如批评者所言,二者以两个完全不同的义务为基础。它们的区别不在于作为还是不作为这样形式上的不同,因为见危不救也可以是积极的,消极杀人亦未尝不可。况且作为和不作为的区分是否能充分说明杀人和见危不救在不法质量上悬殊的差异,也非常有问题。另一方面,Frish 的观点也蕴含着合理的成分。见危不救者只是没有提供帮助,并未通过自己的行为另外创设危险;而角色者通过自己客观上符合社会期待的行为,制造了一个危险或者至少成为该危险的一个必要环节,且在团结义务的要求下,该危险被法所禁止。Caro John 看到了见危不救和角色者违反容忍义务的行为都与团结义务有关,所以认为两者都只能成立见危不救;却没有注意到两者那里团结义务发生作用的机制不同。在前者那里,团结义务是一般性地要求帮助陷入危难者;在后者那里,则是将一个具体的危险行为评价为法所不允许的行为。换言之,社会贯彻团结义务有不同的方式,对团结义务的违反未必就只能成立紧急避险。当角色者的角色行为在团结义务的约束下充足了杀人的构成要件时,当然成立杀人的不法。

(三)一个必要的澄清:规范与利益(事实)

前文曾经论证过,角色比利益更适合于解决社会冲突,对归责而言更重要的是角色这一规范形象,而不是物质层面的利益属性。但本部分关于角色相对化的论述似乎又认为,即使角色要求实施某一行为,如果为了保护另一利益是有必要的,则角色要求仍然可能被打破,行为人仍然可能成立相应的不法。这很可能引起一种误解,以为规范论终究要服务于利益思考,最终决定刑法不法归责的终究是利益衡量。

本文认为,该误解在实质上和形式上都应该得到澄清。实质上,角色的退让不是因为利益,而是出于团结义务,否则,角色就不会仅仅在紧急情况下才最低限度地向显著重大的利益退让。众所周知,团结义务并不是功利主义的产物,“因为其基于社会整体利益的论证方式恰恰忽视了法规范对无辜第三人自由权利的保护,而第三人的自由权利事实上也难以被融合在利益权衡的标准当中”。^{〔84〕}相反,今天刑法学理上对团结义务的承认往往以自由、相互性承认、人类尊严等规范性概念为基础。^{〔85〕}以团结义务为根据限制角色的绝对化,因此是一种规范性的相对化,而不是一种单纯的利益衡量。形式上,利益对团结义务也不是毫无影响,否则团结义务也不会仅仅针对显著重大的利益。但是该影响就如同规范中的所有其他事实因素一样,是前规范地发挥作用,在经过认知上开放的形式转换处理后,最终被纳入规范上关闭的系统,成为规范自我生成系统的一部分。“即使在按照外部标准的认知中也始终是涉及法律系统

〔83〕 Vgl. Caro John, Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbot, 2007, S. 184.

〔84〕 王钢,见前注〔76〕。

〔85〕 Vgl. Coninx, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand, 2012, S. 275 ff.

内的运作。”〔86〕也就是说,规范从不否认利益,规范否认的是在规范之外思考利益,以及直接从利益中推导出规范上的结论。在作为社会系统之子系统的法律系统内部,规范与利益原本不是截然分开的、互不相关的两个要素,而是在社会实践中紧密融合在一起。

由此我们可以看到刑法学中事实与规范之争的又一个面向,亦能对刑法学的存在论与规范论之维有所感悟。无独有偶的是,车浩教授最近在一篇关于占有概念的长文中也论及刑法学中事实与规范的关系。他如同主流观点一样地认为,财产犯罪中的占有概念具有事实与规范的二重性,占有以事实控制力为必要条件,以规范认同度为评判基准,但又明确主张,规范因素不能独立于事实因素,而仅仅是对事实因素的承认,规范因素归根到底是在补强和支持在事实层面上人对财物的支配和控制关系,如果事实上的支配关系为零,规范关系再强也无法独立支撑起一个占有的成立。车浩教授将自己的立场在方法论上称之为一种极端存在论与极端规范论之间的调和,主张应然应以可能为前提,而可能性的判断只能从人类生活的实际经验中而非法律秩序中求得,脱离开人与物的存在论特点进行纯粹观念性的义务要求和规范设计,是不现实的。〔87〕

存在论与规范论的“调和”或曰“和解”,是当今刑法教义学中的主要倾向。〔88〕分歧主要在于是以存在论为基础调和还是以规范论为基础调和。从车浩教授的表述来看,他显然赋予了存在论要素以优先地位。本文的立场正好相反,利益、事实控制力等存在论要素的确是规范的前提,但对刑法教义学而言,更重要的是规范的评价标准,是那副“规范眼镜”。车浩教授主要的论据是事实上无则规范上不能有,规范上无但事实上可以有。这更多地是在论及规范的合理性,而不是事实的决定性。理论上,规范可以随心所欲地创设任何义务,只是受制于社会实践和经验理性,而不是存在论意义上的事实因素,规范的范围才有其合理的边界。而且,所谓存在论与规范论的调和表面上拉近了事实与规范的关系,实际上是彻底割裂了二者的联系纽带。因为调和是以承认事实与规范的完全分离为前提的,调和之前的规范在调和论者眼中成了毫无内容的无源之水,如同凭空产生的一样。本文认为,在法律系统内部,规范与事实原本就是不可分割的,没有所谓调和之说;对于法律系统外部的事实,规范更加没有与之调和的余地,因为它们只是规范运行的环境而已。当然,这已经上升至更为抽象的方法论和法哲学层面,在本文中再做过多展开是不合时宜的,也许以后会有更好的机缘另行详细探讨。

四、结 论

经历了从体系到实质、从利益到角色、从规范到事实的多向度分析后,有必要集中归纳一下本文的基本观点:

〔86〕 (德)尼克拉斯·卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,页45。

〔87〕 参见车浩:“占有概念的二重性:事实与规范”,《中外法学》2014年第5期。

〔88〕 参见(德)Schünemann:“作为学术的刑法释义学”,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,页130。

第一,不法归责是目的理性思考的产物,虽以自然意义上的客观要素(因果性)和主观要素(目的性)为前提,但并不由自然要素决定。

第二,考虑特别认知即意味着客观归责的主观化,是目的主义者基于自己的立场对不法归责的不当指责。但是客观归责理论片面强调客观归责的重要性,不仅淡化了整体不法归责的意义,也对主观归责重视不够。

第三,构成要件预设的利益损害结果是不法归责的前提,归责则是在该前提下找出将利益损害结果归属于行为人的充分条件。对此,法益保护原则提供不了真正的标准,应以社会匿名交往中的角色性期待指导归责。

第四,犯罪和刑法都是意义表达,行为表达的意义不取决于行为人自己的认知,而是由社会对角色的客观期待决定。特别认知因此对归责没有直接影响,若特别认知的危险与角色无关即无不法,除非认知者利用特别认知侵犯他人的组织领域;若特别认知与角色有关,则应将危险的实现归责于行为人。

第五,基于团结义务,在显著重大的利益面临紧迫危险时,角色者应当停止实施将直接导致利益受损的行为,即使该行为原本是符合社会客观期待的行为。

Abstract: Special cognition brings some problems to objective imputation. Some of the problems are related to the system, such as whether objective imputation is really objective, but the problems are more about the substance of unlawful imputation. Under the teleological rationality perspective, imputation is not based on causality and purpose, but on the value and teleology. The interest is only the necessary condition for imputation which ultimately should be determined by social roles. If special cognition is unrelated to the role, it will make no impact on the imputation. Otherwise special cognition will be the object of imputation. Moreover if the special cognition has nothing to do with the role, but the perpetrator takes the advantage of special cognition to harm others, or is restricted by the duty of solidarity, the results should be attributed to the perpetrator.

Key Words: Special Cognition; Objective Imputation; Teleological Rationality; Role; Interest; Duty of Solidarity

(责任编辑:江 溯)