

〔德〕格吕恩特·雅科布斯 著 冯 军 译

行为 责任 刑法

——机 能 性 描 述

中国政法大学出版社

HANDLUNG SCHULD STRAFRECHT

FUNKTIONALER

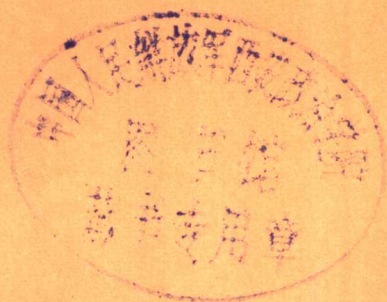


行为 责任 刑法

——机能性描述

[德国] 格吕恩特·雅科布斯 著

冯 军 译



西安政院201 2 0181094 6

中国政法大学出版社

1997年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

行为 责任 刑法/ (德) 雅科布斯著; 冯军译
.-北京: 中国政法大学出版社,
1997.12

ISBN 7-5620-1625-9

I. 行… II. ①雅… ②冯… III. 刑法-法的理论-研究
IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 29130 号

责任编辑 丁小宣

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京 1201 工厂

开本 850×1168 1/32 5.25 印张 120 千字

1997 年 10 月第 1 版 1997 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1625-9/D·1584

印 数: 0,001-4,000 册 定价: 9.50 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 **电话:** 62229803 或 62228801

声明: 本书的翻译和出版已获许可,
未经本社书面同意, 不得翻印。

中译本序

“责任” (Schuld), 根据现代的理解不是心理事实 (例如, 恶的故意作为行为和不法的认识), 而是因为其行为对行为人作出的评判的内容。这种理解越是获得广泛的赞同, 对评判的原则这一问题的回答就越是具有争议的。通常的回答是, 行为人的动机赋予 (Motivation) 越是强烈地危害了法益, 责任评判就越是会严厉地进行。这一回答明显是错误的: 过失的行动——只是为了举出这个例子——对法益的危害并不比故意的行动小, 但是, 根据一般的理解过失责任本质上小于故意责任。

如果人们研究一下这种矛盾的原因, 很快就会发现, 犯罪和法益保护之间的联系是极其脆弱的, 因为无论如何, 在既遂的结果犯中刑法对法益的保护来说为之时过晚, 并且究竟为什么要禁止未遂呢? 刑法保护的并不是法益, 而是规范的有效性, 社会这一形态就意味着规范联系。这不是说刑法防止的是破坏法律, 毋宁是说刑法保障破坏法律 (倘若它发生的话) 被作为破坏法律而不是被作为某种社会上正常的事来理解。如果人们这样看问题的话, 那么, 在行为中深切感受到的就不是其外在的破坏力量, 而是其含义 (Bedeutung), 这种含义就是: 对规范性理解的交往性贡献 (kommunikativer Beitrag zur normativen Verständigung)。如果承认这一点, 结论自然就是, 那些——也是极其危险的——精神病者因为缺乏对规范性理解作贡献的

能力 (Kompetenz) 所以不受处罚。同样不需要刑罚, 如果规范不用刑罚就被稳定的话, 例如行为人在行为中自己表明自己是不足为准的 (Unmaßgeblich) [主要是在认识缺陷 (Wissensfehlern) 的情形中]。

犯罪不是法益侵害 (Rechtsgutsverletzung), 而是规范否认 (Normdesavouierung)! 展现在这里的四篇论文能够揭示这一点。最早的一篇论文《责任和预防》(Schuld und Prävention) (1976) 要解决的问题是何时一个行动必须被理解为规范否认, 并且指出这不取决于行为人前社会的独特素质, 素质是被社会地构造的。《关于意志缺陷和认识缺陷的处理》(Über die Behandlung von Willensfehlern und von Wissensfehlern) (1989) 一文明确地表达了对行为故意和行为过失以及对不法意识和该意识缺陷的看法, 它不是全新的对归责和免责的发展, 只是我早就提出的有关归责和免责的观点的浓缩描述。

建造于法益侵害之上的传统理论通常分离不法 [Unrecht (Verletzung)] 和责任 [Schuld (Dafürkönnen)], 这种分离在我看来没有实质的 (不是: 教学的) 意义, 因为规范否认只有作为必须答责的现象才是可以想见的, 而不是作为——像疾病一样的——作为自然侵袭人的过程, 《刑法的行为概念》(Der strafrechtliche Handlungsbegriff) (1992) 一文得出了这种结论。最后一篇论文《处在机能主义和“古典欧洲”原则思想之间的刑法》(Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischen' Prinzipiendenken) (1995) 总结了这里所描述的整个理论, 并且针对个体被牺牲于社会的目的这种指责进行了辩护: 正是在社会中构造了人格体 (Personen) 和主体 (Subjekte)!

我要感谢我的同事冯军 (北京) 对这几篇论文的翻译。在

多次的交谈中我们讨论了对若干段落的理解。本书在中国的出版能够增强我们国家之间的科学交流，是我们俩人的愿望。

雅科布斯 (Jakobs)
1997年7月于波恩 (Bonn)

目 录

中译本序 雅科布斯(Jakobs)

第一章 责任和预防..... (1)

Ⅰ. 无目的地确定责任是值得怀疑的 (1)

Ⅱ. 归属理论中责任要素的目的联系 (8)

Ⅲ. 具体事例中责任要素的目的联系 (13)

1. 习惯犯 (15)

2. 认识能力和遵守能力 (17)

3. 免责的紧急避险、正当防卫过当 (21)

4. 一般的动机赋予过程及其起因 (26)

5. 再犯、教育、冲动 (27)

6. 行为状况 (31)

Ⅳ. 结 论 (33)

第二章 关于意志缺陷和认识缺陷的处理 (37)

Ⅰ. 命 题 (37)

Ⅱ. 主观化的机能 (40)

Ⅲ. 归属能力、期待可能性 (42)

Ⅳ. 意志/与认识相对的无意志/无认识 (46)

1. 意志和认识对实际的规范效力的等价性 (46)

2. 在缺陷意志时刑罚的必要性 (48)

3. 存在可以避免的缺陷认识(过失)时减轻 责任的可能性	(51)
4. 特别是:不法的认识或者认识可能性	(58)
5. 对主观方面的机能性看法的异议	(61)
V. 总结	(63)
第三章 刑法的行为概念	(65)
I. 问题所在:行为——社会——刑法	(65)
II. 状态义务、结果义务、氏族义务	(69)
III. 不法中的行为	(74)
1. 因果主义	(74)
2. 目的主义;作为意义表达的行为	(77)
3. 目的主义和过失	(79)
4. 社会性说明方式的必要性	(82)
5. 作为和不作为	(85)
6. 作为不承认规范有效性的意义表达	(88)
7. 规范有效性的不承认和外部的结果	(89)
8. 行为的客观化?	(91)
9. 人格的不法?	(94)
IV. 作为行为前提条件的责任	(95)
V. 关于行为概念的实质性	(99)
第四章 处在机能主义和“古典欧洲”原则思想之间的 刑法 或者:与“古典欧洲”刑法的决裂?	(101)
I. 引言	(101)
II. 基础	(102)
1. 作为社会一部分的刑法	(102)
2. 规范保护	(107)
3. 社会性对主体性	(109)

Ⅲ. 个别问题	(118)
1. 抽象的危险犯	(118)
2. 人格性归属	(122)
Ⅳ. 交往的形态	(135)
1. 问题	(135)
2. 工具性交往	(136)
3. 人格性交往	(141)
4. 交往形态的并存	(145)
德文目录	(147)
译者后记	(150)

第一章 责任和预防

I. 无目的地确定责任是值得怀疑的

如果所采取的手段显得不适合于实现预定的目的，但是，该目的仍然被实现了，那么，这就表明该手段只是在它公开的常见的形式中是不适合的，因此，需要通过对其隐蔽性的分析揭示其合目的性，也就是说需要揭下其障眼的外衣。具体而言，这里涉及到刑法的目的和责任作为使这一目的现实化的手段与刑罚的联系。我们的前提，首先是刑法的目的在于使一个被确定的秩序稳定化；其次是尽管尚有严重的缺陷这一目的在目前还是总体地被实现了；再次是事实上所采取的刑罚与责任的联系是实现这一目的的条件。这些实质性前提将在下面部分地阐明，但是，不可能详加论述。

对手段适合性的怀疑有其深远的根源，即责任这一手段与刑罚目的分离。人们经常共同地指出一点：责任解消（Schuldausgleich）无论如何不是允许采取刑罚的充分条件。这一基本原则不只是关系到是否采取刑罚，而且关系到责任与刑罚份量的比例。因为如果完全是为了解消责任而处罚的话，那么，刑罚必须与责任份量绝对相适应，为此，需要一个要么全有要么全无的铁律（Zwang zum Alles-oder-Nichts），但是，

这一铁律的必要性是难以接受的。一种刑罚所维持的秩序并不存在于在责任之上和根据责任份量或者只根据责任份量来适用刑罚这种原则之中。

如果责任既非是否适用刑罚的充分条件也非适用何种程度的刑罚的充分条件，下述结论对作为尺度要素（Maßfaktor）的责任来说乃是灾难性的：责任无论如何只能相对地给已存在的刑罚体系（Strafensystem）提供量定原则，这是至少从冯·李斯特（von Liszt）以来就已经周知的。^{〔1〕}但是，如果因为刑罚的适用部分地不是基于责任、部分地不是完全基于责任从而使刑罚体系不成其为责任的反射物，那么，在刑罚体系中所显示的差异（由于这种相对的可确定性而没有提供另外的差异）就不再是确定份量时的理由。因为所有为了比较所作的考虑都会被这样一种主张相对化。这种主张声称在基础中不能完全地汲取责任。相对的可确定性正恰不是一个可确定性，倘若其联系的基础是游离不定的。确切的量定只有通过构成要件中所言情状的量化和使后果与刑罚处罚范围中的地位相联系才是可能的，对此不再需要什么责任原则（Schuldprinzip）。

有人提出“刑罚量定”可以通过刑罚份量因素中所表现出的有责的行为不法来进行，^{〔2〕}在此刑罚的确定不需要借助富有目的性（Zweckhaftigkeit），^{〔3〕}因为“责任份量”与“刑罚份量”是“同一概念”。^{〔4〕}但是，这属无益的尝试，是想站在自

〔1〕《全体刑法科学杂志》（ZStW）3，第24页。

〔2〕《刑法典的系统解说I》（Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I）（1975）——霍尔恩（Horn），第46条页边码1；另见同一作者，《夏弗斯坦恩纪念文集》（Festschrift für Schaffstein），1975年，第247页。

〔3〕出处同〔2〕，页边码4。

〔4〕出处同〔2〕，页边码25。

己的头顶上即不用一个固定点将其从相对性的泥潭中解救出来，如果另一个所指的是与构成要件相关的量定理由的话。这种所谓责任份量与刑罚份量的同一性与在无价值报应（Unwertvergeltung）理论〔5〕的顶峰时期所提出的先行于刑罚份量的关于不法和刑罚的辩证法没有什么两样：目的问题的切除。

上述对责任适合性的怀疑不仅继续存在，而且在不断地扩大，如果不再把责任理解为采用刑罚和决定刑罚份量的一个（仅仅是一个）条件，而把它理解为限定刑罚的要素的话。〔6〕这种限定的责任理论（Die Lehre von der nur Limitierenden Schuld）想使自己从一种使刑事负担与责任这种不能统一确定的要素相联系的窘境中解脱出来，却使自己又进入到另一种把自己完全建立在法律责任的困难性、责任的可测定性特别是目的联系的缺乏的窘境中。阿尔托尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）曾对此明确地指出，〔7〕这种限定论（Limitierungsthese）并没有改善什么：能够提供限定的“无疑只是这样一种责任，它存在着并且能够被确定”，〔8〕这一说明也同样适合于责任份量。进而言之，只要人们主张没有责任就

〔5〕黑格尔（Hegel）著：《法哲学原理》（Grundlinien der Philosophie des Rechts），第101条。

〔6〕《一个刑法典的选择性方案》（Alternativ — Entwurf eines Strafgesetzbuchs），由基·鲍曼（J. Baumann）等提出，1966年，第2条第2款和第29页、第31页的理由说明；以及第59条第2款和第109页的理由说明；洛克辛（Roxin），《法律学习》（JuS）66，第377页；同一作者，《犯罪学与刑法改革月刊》（Mon. Schr. Krim.）73（56），第316页以下、第318页以下、第323页以下。

〔7〕《法学家报》（JZ）67，第555页。

〔8〕出处同〔7〕。

不应处罚、责任不只是具有保护不法者的作用，〔9〕那么，就不会对这种不明确性无论如何对保护不法者（Pro reo）是重要的感到放心。作为一种不能确切认识的和在刑法中留下的至少有利于不法者的已经过时的部分内容，它不会再是一个可以接受的原则。

如果分析一下将刑罚的确立根据与责任分离的结果，就会更清楚地看出难以仅仅通过责任加以限定。如果责任应该限定预防上的要求，它就必须纯粹地即不依赖预防性确定提供刑罚份量。只有这样限定论才得以存在，并且表明它在对有责行为的刑法上的反应是由预防上的要求加以限定的这种今天唯一重要的说法中以非一致的形式表达出责任具有给刑罚确立根据的机能。因为是说处罚是对责任的反应但是应当由预防的必要性加以限定、还是说处罚是由于存在预防的必要性但是应当由责任加以限定，实际上是一码事。结果是限定论并没有消除上述对责任作为（限定性）手段的适合性的怀疑。如果刑法是因为预防而被采用的，那么，（限定性）责任就必须大致与预防相适应，或者责任把预防破坏到无效果的程度，而无效果的刑罚

〔9〕 参见考夫曼（Kaufmann），出处同上；以及伦克纳（Lenckner），载《法医精神病学手册 I》（Handbuch der forensischen Psychiatrie I），由基·鲍曼（J. Baumann）等整理，1972年，第18页。洛克辛（Roxin）曾明确阐述他的观点：没有责任不法者将“无以抵抗国家的保安措施，这些保安措施缺乏责任原则的自由保障”〔《犯罪学与刑法改革月刊》（Mon. Schr. Krim.）73，第320页〕；限定论也被表述为，“责任是限定刑事制裁的手段，而不是给刑事制裁确立根据的，一个由责任限定的刑事制裁就被称为刑罚”（出处同上，第321页）。联系到反应（“被称为刑罚”）的表面主义掩盖了这样一个问题：刑罚无非是一个由责任所限定的措施吗？悬而未决的问题是，为什么责任的推定不适用于无责任能力的人〔洛克辛（Roxin），出处同上，第320页〕，只要他们因此被特别优待的话。

肯定不再表明它是预防性的。

对预防与责任的关系必须作进一步的准确解说。首先需要研究，是否这种选择不是错误的：限定论事实上不是关系到预防和均衡性（Verhältnismäßigkeit），^{〔10〕}也就是说不是关系到秩序的确立，而正是为了该秩序的确立才允许实施刑事制裁，以致于如果刑事制裁开始损害这种秩序，它就成为非法的吗？是可以涉及到这些内容，但是，不允许涉及到这些内容。因为潜在地和在某些犯罪趋向中很明显地为了完全的管理而向目的刑罚的转变——为了完全的正义而转向报应的对立物——不是由于轻视均衡性、而是通过均衡性摆脱了行为的限定而产生的。对行为人的危险性或者行为动机传染性的考虑是着眼于未来的，并且从这点来看罪刑法定原则是妥当的。换言之，只应对自己的行为承担责任，规定了未遂可罚性的法律条文划定了尽可能早地承担责任的界线，所有与此无关的刑罚都是违反罪刑法定原则的。虽然行为人实施了一个行为，法律又规定了该行为的可罚性，但是，一种在考虑到均衡性时也必须暗自接受的刑罚根据却不是这种行为，行为更应说从刑罚根据变成了刑罚根据的征兆。

与行为相一致的均衡性是回顾的均衡性，但是，如果它不想停留在客观的行为要素上的话，它就得指向责任上的要素，对这些要素所作的粗略分析表明，“均衡性”一词掩盖了一些重要的东西。因为在不考虑刑罚确立根据、只限制在刑罚界限上时，也不是简单地涉及将诸如个体的刑罚痛苦、其他消极的

〔10〕 参见埃勒赛特（Ellscheid）和哈萨麦尔（Hassmer），载：《Civitas 社会科学年鉴》（Civitas Jahrbuch für Sozialwissenschaften）第4号，1970年，第27页以下、第41页以下。

刑罚后果与社会的或者个体的未来利益进行比较，而是首先必须提出归属（Zurechnung），即确定一定主体的行动在法律上的无价值，并且正是归属才可能把一种不依赖于归属的常常是非均衡性的东西变成均衡性的。换言之，如果均衡性应该不只是旧事物即责任的一个新名词，就不宜把它看成对处罚或者不处罚来说极其重要的东西，而宜于更低地估价它。通过均衡性原则排除归属问题，结果就存在自相矛盾：一面说没有什么比一个定位于效果的刑法是更均衡性的，一面又说没有什么比处罚是更不均衡性的。

如果应该真正地对待责任的话，就必须提出这样一个限定的责任理论和均衡性理论都缺乏的根据：正是责任与目的的联系给刑罚^{〔11〕}和刑罚份量提供了本质意义。它涉及到引起刑罚的归属和归属的份量。

责任与目的的联系表现为，目的使责任变成有色的。因为责任刑法（Schuldstrafrecht）作为不应是无目的的刑法而应该是有益于维持秩序的刑法，需要长期存在，为此也需要这种性质的责任，使它即使考虑到责任时也能够长期存在。假如在目的充足和责任量定之间存在一种先天稳定的和谐，责任刑法也将长期存在，那么，它就不再需要为提供根据和划定界线而存在的责任。

由刑罚目的确定责任并不新奇，唯物论者就是这样做的，如果责任被理解为衡量行为人在多大程度上背离了为维持秩序

〔11〕 即使反应只被称为刑罚，参见前注〔9〕。

所要求的尺度，^[12] 并且在那些为具体事件、“存在判断”^[13] 进行自由斗争属于不可知的情形中还能够认识的话。柯尔劳什 (Kohlrausch) 的名言：“一般的可能”是“每一归属判断的实际前提”、“特殊的可能”因此成为“国家必要的虚构”，^[14] 很清楚地表达了由目的进行的确立。

由目的确定责任也曾被明确地提出：有人认为应根据一般预防的必要性确定责任；^[15] 有人认为应根据一般预防和特殊预防地理解的刑罚目的来确定刑罚必要性即被分离出的答责性 (Verantwortlichkeit)；^[16] 还有人认为，把责任与刑罚目的的实现联系起来很自然地即无需责任的转换形式和转换判断^[17]

[12] 洛娃考斯奇 (Nowakowski)，《雷特勒尔纪念文集》(Rittler—Festschrift)，1957年，第70页。

[13] 威尔兹尔 (Welzel) 著：《德国刑法》(Das deutsche Strafrecht) 第11版，1969年，第152页。

[14] 《克·格特布克祝贺文集》(Festgabe für k. Güterbock)，1910年，第26页。

[15] 洛尔 (Noll)，《给全体刑法科学的贡献》(Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft) [《哈·麦耶纪念文集》(H. Mayer—Festschrift)]，1966年，第219页以下。

[16] 洛克辛 (Roxin) 著：《刑事政策和刑法体系》(Kriminalpolitik und Strafrechtssystem)，1970年，第33页以下；同一作者，《全体刑法科学的基础》(Grundlagen der gesamten Strafrechtswissenschaft) [《亨克勒纪念文集》(Henkel—Festschrift)]，1974年，第171页以下。

[17] 拉克纳 (Lackner)，《法学家报》(JZ) 67，第515页；同一作者，《格勒斯纪念文集》(Gallas—Festschrift)，1973年，第126页，参见《一个刑法典的选择性方案》(AE) 第59条；格汝恩娃尔德 (Grünwald)，《全体刑法科学杂志》(ZStW) 86，第94页，参见《一个刑法典的选择性方案》(AE) 第59条；舒纳波尔恩 (Schöneborn)，《格尔特德麦尔刑法文献》(GA) 75，第275页以下。

而适宜于法益保护或者对再社会化的实现是必不可少的。^[18]但是，上述研究试图证明，正是责任本身是符目的地确定的，而不是一个分离出的答责性。一个存在于责任与目的之间的和谐在根据目的确定责任时不再是玄妙神秘的，只是它被限制在确定责任的目的之上。

II. 归属理论中责任要素的目的联系

首先提出一个与归责根据相联系的命题：在适用有效的刑法时，责任的调查意味着论证为了向忠诚于法律的市民确证秩序的约束力而用一个确定的尺度进行处罚的必要性；责任由这种被准确理解的一般预防所确立，并且由这种预防所量定。

对如何探求责任这一问题的回答产生了对上述命题第一部分的论证。如果采取刑罚是为维持秩序所必要的，那么，责任问题只有在已存的必要性之上才是重要的。如果应该——就像在此——在其“自我描述”中检证刑法体系内含的可接受性，那么，犯罪行为无非就是一种需要排除的东西，因为犯罪行为扰乱了法律上保障其合法性的期待。^[19]

[18] 阿尔托尔·考夫曼 (Arthur Kaufmann)，《法学家报》(JZ) 67，第 557 页。——责任比试图用来把刑罚降低到最低要求的严重性更缺乏这种所谓的必不可少。社会化的前提是认识到忍受法律强制的必要性，这是整体的而不只是在刑罚实行中的社会化前提。

[19] 路曼 (Luhmann)，载《法社会学和法理学年鉴 I》(Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie I) 1970 年，第 177 页、第 179 页；同一作者著：《法社会学 I》(Rechtssoziologie I)，1972 年，第 31 页以下；同一作者著：《正式机构的机能和效果》(Funktionen und Folgen formaler Organisation) 第 2 版，1972 年，第 251 页以下。