



Zeitschrift für die deutsche Strafrechtswissenschaft
2017 Band 1

主 办

北京师范大学刑事法律科学研究院

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Beijing Normal University

弗莱堡大学刑事法律科学研究所

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

波恩大学刑法研究所

Institut für Strafrecht

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

科隆大学法律系

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Universität zu Köln

主 编

赵秉志

宋英辉

Michael Pawlik

Walter Perron

Urs Kindhäuser

Carl-Friedrich Stuckenberg

Claus Kreß

Michael Kubiciel

当代德国刑事法研究

2017

1 卷

(总第2卷)

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

当代德国刑事法研究

2017

1

第 卷
(总第2卷)

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Zeitschrift für die deutsche Strafrechtswissenschaft
2017 Band 1

主 办

北京师范大学刑事法律科学研究院

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Beijing Normal University

弗莱堡大学刑事法律科学研究所

Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

波恩大学刑法研究所

Institut für Strafrecht

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

科隆大学法律系

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Universität zu Köln

主 编

赵秉志

宋英辉

Michael Pawlik

Walter Perron

Urs Kindhäuser

Carl-Friedrich Stuckenberg

Claus Kreß

Michael Kubiciel

执行编辑

阴建峰 赵书鸿 刘家汝

图书在版编目(CIP)数据

当代德国刑事法研究. 2017 年. 第 1 卷: 总第 2 卷 /
赵秉志, 宋英辉主编. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1595 - 3

I. ①当… II. ①赵…②宋… III. ①刑法—研究—
德国 IV. ①D951.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 266004 号

当代德国刑事法研究·2017 年第 1 卷
DANGDAI DEGUO XINGSHIFA YANJIU ·
2017 NIAN DI 1 JUAN

赵秉志 宋英辉 主编

策划编辑 张 岩
责任编辑 张 岩
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 郭艳萍
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 16.5
字数 216 千
版本 2017 年 10 月第 1 版
印次 2017 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1595 - 3

定价: 66.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

专业翻译

- 陈 晰 德国慕尼黑大学法学院博士生
江 溯 北京大学法学院副教授
隗 佳 德国马普外国刑法与国际刑法研究所博士生
刘家汝 德国奥古斯堡大学法学院聘约讲师
李 倩 天津大学法学院讲师
李源粒 德国马普外国刑法与国际刑法研究所博士生
马寅翔 华东政法大学法律学院讲师
潘文博 德国马普外国刑法与国际刑法研究所博士生
王 静 香港清华法律学会研究员
王华伟 德国马普外国刑法与国际刑法研究所博士生
恽纯良 台湾云林科技大学科技法律研究所助理教授
宗玉琨 德国马普外国刑法与国际刑法研究所博士生
周子实 湖南大学法学院助理教授
赵书鸿 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授

译文校正

- 周遵友 德国马普外国刑法与国际刑法研究所研究人员
江 溯 北京大学法学院副教授
刘家汝 德国奥古斯堡大学法学院聘约讲师

目 录

刑事法的科学性——学者的使命

——《当代德国刑事法研究》2017年第1卷(总第2卷)前言

..... 赵秉志 (1)
前言 Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Michael Pawlik (23)

第一部分 刑法专题研究

I. 客观归责的历史发展与现状

从旧的归责理论到古典的犯罪概念

——对刑法归责概念历史的论述

..... 斯蒂芬·斯图宾格(Stephan Stübinger)
..... 潘文博 译 (31)

因果关系与客观归责

..... 理查德·霍尼格(Richard Honig)
..... 隗 佳 译 (58)

客观归责理论的发展历程

..... 弗里德里希-克里斯蒂安·施罗德(Friedrich-Christian Schroeder)
..... 王华伟 译 (81)

客观结果归责理论的发展、基本路线与悬而未决的问题

..... 沃尔夫冈·弗里希(Wolfgang Frisch)
..... 恽纯良 译 (99)

II. 客观归责的体系架构与体系地位

评客观归责

..... 京特·雅克布斯(Günther Jakobs)

..... 赵书鸿 译(125)

构成要件该当的举止与事前考察

——兼批判“主观与客观之混淆”

..... 布乔恩·伯克哈特(Björn Burkhardt)

..... 周子实 译(145)

规范论与过失

——论作为违反举止规范之基本形式的过失

..... 弗劳克·罗斯塔尔斯基(Frauke Rostalski)

..... 马寅翔 译(188)

第二部分 经典判例评述

联邦最高法院判决中的客观归责

..... 马特厄斯·沃特(Matthias Wachter)

..... 江 溯 译(213)

第三部分 刑事诉讼法专题研究

在刑事诉讼中探寻实体真实

..... 卡尔-弗里德里希·施图肯贝格(Carl-Friedrich Stuckenberg)

..... 宗玉琨 译(227)

真相与传说:关于抗辩式诉讼的讨论

..... 埃达·韦斯劳(Edda Weßlau)

..... 宗玉琨 译(244)

刑事法的科学性——学者的使命

——《当代德国刑事法研究》2017年第1卷(总第2卷)前言

中方主编:赵秉志 教授

科学,直接决定着人类文明的发展和进步;学者,始终努力抗争着人类文明的停顿和倒退。这,就是学者真正的使命!

人类文明的发展和进步,学者的使命不是始终记住自己刚刚做了什么,而是要永远想着自己还应当做些什么!

《当代德国刑事法研究》第1卷出版后,学界的鼓励和肯定始终让我们思考我们应当继续做些什么。基于此,根据中德双方合作的框架协议,我们按计划如期编辑和出版了《当代德国刑事法研究》总第2卷。中国刑事法的科学发展,始终是我们这一代中国学者的真正使命!

几百年来,在德国刑法理论的发展中,没有哪个概念能像客观归责这样,激励着一代又一代的德国刑法学者锲而不舍,穷经皓首;也没有哪个概念能够像客观归责这样,激发着一代又一代的德国学者著书如海,撰文如林。但是,尽管经过了数百年的努力,尽管越来越多的理论领域在讨论客观归责,但直到今天,学者们仍远远没有弄明白这个概念到底是什么?其背后隐藏的实质是什么?在中国,尽管人们从台湾地区或日本翻译加变造的所谓著作中最早接触了这个理论,但当时引起中国学者兴趣的可能更多是这个新颖的概念而已,对其基本内涵和解决的问题其实并不明白。经过

近二十年的发展,当今的中国刑法学基本理论已经悄然在发生变化,国内对客观归责的研究也逐渐从当初纯粹的理论介绍发展到简单的探讨,但这些研究基本上仍是德文文献翻译加个人理解变造的结果。到目前为止,尽管客观归责时不时出现在一流学者的论文中,但他们所理解的客观归责仍仅限于 Roxin 教授已经成为经典的那三句话,甚至对此也存在诸多的误解。对中国学者来说,客观归责到底是什么理论?该理论在德国刑法学的历史发展和现状是什么?该理论在德国的最新发展是什么?联邦最高法院的判例对客观归责理论是什么态度?对这些基本问题,我们到目前为止仍没有一个基本的理解和讨论。

为了使中国学者能够对客观归责理论有一个基本的理解,在中德双方编辑人员协商的基础上,我们准备在刑法专题研究部分对该理论在德国的情况做一个整体性的说明。为此,我们从客观归责理论在德国的历史发展和现状、其在理论体系中的地位、理论界的最新争论以及其在联邦最高法院判例的态度各选择了几篇具有代表性的经典论文。通过这些从浩如烟海文献中选取的经典文献,我们试图帮助中国读者能够对客观归责理论有个更为直观和科学的理解。

一、客观归责理论的历史发展和现状

在这一部分,我们选取了如下三篇经典文献:

(一)《从旧的归责理论到古典的犯罪概念》是 Stübinger 对刑法意义上归责概念发展历史进行深入论述的经典文献。尽管从 Aristotels 的论述中我们可以找到某些归责思想的源头,但刑法归责理论事实的建立者仍是 Pufendorf,他第一次将归责引入了法学。这一时期,学者对归责概念论述的基础仍是自然法理论,这种情况从 Pufendorf 一直延伸到了 18 世纪中叶。但是,Hruschka 对体系的认识在很大程度上推动和提升了这一时期自然法意义上归责理论的研究。本文中,对归责理论的发展历史,Stübinger 按照从 Feuerbach 的批判性理论,黑格尔主义和 Listz 自然主义刑法的发展

历程来进行论述,尤其是结合了自然法意义上旧归责理论到古典犯罪论概念的变化,从而深入论述了归责的历史发展。

通过考查旧的归责理论中不法和罪责之间的区分,Stübinger 认为古典犯罪论体系中严格区分客观不法与主观罪责应当溯及到自然法意义上的归责理论。对此,Stübinger 对事实归责与法律归责之间的区分做了详细的说明。作为归责的第一个阶层,事实归责并不依赖主观的要素,而是将基于自由意志影响下的行动视为归责的前提,而人恰恰因为这个自由意志而应被视为行为及其影响的制造者,因此它被视为归责的一个重要因素。与此相对,法律归责被理解为行动的合法性或者不合法性及其程度,也有明确地将其视为行为和法律后果的归责。因此,事实归责和法律归责被视为归责的两个不同的阶层。与此同时,这一时期的归责也被理解为一种判断,通过它,人被视为一个行为自由的原因。比如,Kant 将归责理解为道德意义上的一种判断,通过它,人被视为一个行动的创造者,这个行动存在于法则之下。因此,Kant 同样将归责区分为两个阶层,而且他将这两个阶层视为归责的两个不同的步骤。对此,为了能够在概念上严格区分归责的这两个步骤,Kant 对归咎(zuschreiben)和归责(zurechnen)做了区分。他认为行动被归咎,而效果则被归责。但是,他站在纯粹理性的判断中,认为归责判断必须保持在人的判断力界限内。从这里我们可以发现,从18世纪初至少到19世纪末,以自然法为基础的归责概念始终处于整个刑法理论体系的中心而统领着刑法学的发展。

20世纪初,这种状况有所改变。在Feuerbach等主张伦理和法律的罪责概念应当严格区分的情况下,自然法时期的归责观念越来越远离当时基于道德性自由的概念,开始了归责理论发展历程中与旧的归责概念告别的漫长之旅。经过此后很长一段时的发展,归责概念逐步失去了自己作为刑法理论核心概念的地位。理论上来看,促使这种转向的根本原因是人们理解意志视角发生了转变,意志不再只是哲学上的讨论的议题,而更多则是心理学和医学上讨论对象。归责的概念不再是包含有行为客观和主观

要素以及被违法的规范,它只是涉及行为人内心状态,归责的规范基础则处于次要地位。但在黑格尔主义这里,作为规范的判断,归责被简单理解为有归责能力人的行动对其故意或过失的说明。因此,根据这种理解,与行为人主观相关的归责问题不再依赖客观不法,客观不法也不再是归责的一个因素。受新康德主义的影响,以 Listz 为首的马堡学派主张归责原则上必须与罪责问题相区分。他们认为应当将罪责应当从一系列法学概念中排除出去,它只能作为伦理性概念而存在。但事实上,刑法理论并没有遵从这种建议,而是保留罪责的概念。另外,随着法益概念的发展,旧时期归责理论对意志与归责之间关系的理解逐渐得到了理论的支持。

从犯罪概念以及犯罪论体系的历史演进中我们可以发现:犯罪概念和犯罪论体系是逐渐地接受与人相关的主观性要素的,而且构成要件中归责的要素通过客观归责理论被重新得以检验。尽管对诸多基本概念进行区分过程中带来了诸多问题,但相对于旧的归责理论,这种过于膨胀的区分为归责的理解来说还是很有意义的。

(二)尽管理论一般认为客观归责是在限制行为与构成要件性结果之间被认为过于宽泛的因果关系而逐渐发展起来的理论,但客观归责与因果关系之间到底有着什么样的联系? Richard Honig 的《因果关系与客观归责》被公认为该领域对这个问题进行深入探讨的经典文献。在对 Sauer、Traeger 以及 Larenz 针对相关因果关系理论进行分析和评论的基础上, Honig 认为相当因果关系理论面对的是一个只能通过归责,而非通过因果关系理论才能解决的问题。因此,他需要引入一个独立的,完全不依赖因果判断的归责判断。正是通过这种论述, Honig 在这篇经典文献中第一次令人信服地在目的论背景下对因果关系与客观归责之间的关系进行了深入论述,内容涉及不作为以及共犯这两个领域内因果关系与客观归责之间的关系,其目的是在客观目的性原则的基础上尝试着建构归责理论。

相对于因果关系的判断,人类理性对自然过程有目的的干预表现出一种目的论的表象,因此结果与意思实现的关系应当以客观归责的概念为标

志,归责判断的内容也相应地依赖人类意思实现的目的论本原。它们是人类干扰自然发展过程而实现其目的,从而使自然服从于自己目的的手段。另外,由于对自然过程有目的的干预是人类行为的主要意义,因此客观目的性才是结果可归责性的标准,这也是与意外事件区分的标准。基于这样的理解,Honig认为只有能够被认为具有目的性的结果才是可归责的。但这里的关键是,行为人是否能够通过自身行为以及自身之外因素的共同作用,从而影响结果的发生或者避免产生相应的影响?因此,只有在结果的实现或者避免具有目的性的情况下,原因性的人的行为对于结果才具有法律意义。具体到归责来说,只有可归责的行为同时具有违法性时,行为人才应当承担责任。但是,只有在避免所禁止的结果,或实现所要求的结果具有可能性的前提下,行为的违法性或行为人的可责难性才有可能。

针对不作为的因果关系,Honig认为通过因果判断根本不能解决不作为因果关系判断中的问题。只有当不作为与作为同样具有意思表示的意义时,理论上才有可能涉及不作为法律上的原因。针对结果,不作为同样应当视为行为人有目的而实施的。另外,客观的可归责性建立在根据经验进行判断的结果出现的可预见性和可防止性。因此,结果的可归责性是刑法意义上不作为的根本要素。归责判断就是根据经验是否能够将意思实现视为引发结果的适当手段,以及意思实现与结果是否能被视为目的性的整体,而结果视为作为意志的对象。

在共犯领域,主流理论对因果关系的理解造成了客观说和主观说的对立。尽管存在所有条件具有等同性的原则,但在共犯领域仍存在原因与条件因果关系的区分,因此因果判断与价值判断必须分开进行,其判断的关键是共犯可能的目的或者目标。因此,每个共犯类型行为在刑法意义上的归类必须根据以实现犯罪构成为目标的行为目的性。对共同正犯来说,其行为指向的是一种与他人共同实现的犯罪构成;而帮助犯,其行为指向的只是对他人实现犯罪构成的帮助。从目的性原则来看,正犯只是行为事实的发生对他来说是可控的,而且是能够归责于他的人,他为了实施行为而

有意识地控制无归责能力的人以及处于错误认识或处于强制状态的人。

(三)针对客观归责理论的发展历史,Friedrich-Christian Schroeder 在其著名的《客观归责理论的发展历程》中对此进行了深入的论述。他认为客观归责理论形成过程中汇入了多条教义学理论历史发展的脉络,另外他也考察了这一理论需要解决的是哪些问题。该文是我们了解和研究客观归责理论历史发展过程不可或缺的经典文献。

归责这一概念早期由 Pufendorf 引入刑法理论后,它几乎涵盖了刑法教义学的所有问题。事实上,客观归责最初只具有“外部归责”和“事实归责”这两个方面的涵义。19 世纪,客观归责却逐渐从刑法教义学中消失。这其中的两个主要原因是:第一,归责概念中,涉及行为人对行为主观状态的要素逐渐减少,而且随后“罪责”的概念逐渐取代了它们;第二,黑格尔法哲学在刑法理论的影响。根据 Schroeder 的理解,从 1929 年起,客观归责被理解为客观目的性。这一时期,在批判主流因果关系理论的基础上,Larenz 认为区分犯罪和偶然事件应当交给客观归责来解决,这里的归责属于一个目的论的概念,因此“客观目的”在这一时期是理解客观归责的基础。在对主流行为理论进行批判后,Larenz 认为行为是意志的表达,犯罪行为是意志的实现,因此在 Larenz 这里,归责于行为和归责于意志是并列的。与 Larenz 一样,Honig 同样从目的论出发对归责中的客观性进行了论述,而且认为对客观目的性不应当进行一般化的判断,而应当根据行为人潜在的智力和身体能力为依据进行判断。在客观归责理论的发展史上,Honig 的论述正式开启了这个理论随后无限扩张的趋势。随后,Welzel 将这个时期的不同观点协调起来,而且从个人心理行为的意识意向性出发将诸多要素纳入到了客观归责的理论领域。

从 20 世纪 70 年代开始,客观归责被视为危险创设和实现的一种理论。这一时期,客观归责与因果关系理论,尤其与相当因果关系说的发展紧密相关。Jescheck 将“客观归责”与“相当性理论”等同起来,认为客观归责要求存在对结果足够危险的条件设置,而且只有当特殊的危险在结果

中实现时才是正当的。随后, Schmidhäuser 在因果关系要素的位置上完全引入了客观归责的要素。因此, 客观归责是行为危险性的体现, 它是通过行为创设结果中的危险来实现的。在不作为中, 只有当结果表现出法益损害时, 不作为才可以被归责。Schmidhäuser 排除了客观归责中危险降低的情形以及所谓违反注意的因果关系。1962 年, Roxin 在论述过失犯中注意义务违反与结果之间的关系时建议, 将被告人的行为方式与被允许的风险进行比较, 而且在结果发生可能性升高的情况下将其视为一种满足构成要件的义务违反, 这就是他的“风险升高原则”。1969 年, Rudolphi 将“风险升高理论”引入了规范保护范围损害的要求中, 他与 Jescheck 一样将这种要求视为客观归责理论的一部分。

随后, Roxin 进一步发展了客观归责理论, 他认为客观归责的基础就是一个法律上具有重要意义的风险创设。因此, 这一时期客观归责理论被视为风险创设、升高、实现以及降低和破坏规范保护范围的一种理论。Roxin 将客观目的性追溯到风险原则, 从而发展出被因果关系理论完全涵盖的一般性归责理论。在此基础上, 诸多教义学问题被放在了客观归责这一概念下, 而且由此构建了一个庞大的理论体系。从教义学历史发展的角度来看, Roxin 将 30 年代初发展起来的引起结果发生危险的观点, 扩展到了危险升高以及对危险责任减轻的观点, 从而将过去只是在过失中才显得重要的问题吸收了进来。随后, Otto 在一个危险情形的创设或者扩大中看到了对构成要件保护法益的“归责理由”, 他将法益损害视为有根据的危险实现从而发展了该概念。他认为, 风险升高和可控制性原则是独立但功能上彼此联系的原则。在这里, Otto 采纳的是一种由被害人自由决定而造成归责关系中断的观点。1975 年, Rudolphi 继续扩大了 Roxin 的归责范围。他认为只要行为创设了法律上不被容许的危险, 而且这些危险事实上在具体引起结果的事件中实现了, 那么由行为人引起的不法结果就应当归责于他。另外, 他还将规范的保护范围视为刑法个论的问题来进行论述。

在刑法教义学基本问题越来越多地被纳入客观归责理论进行讨论的

背景下, Jakobs 尝试构建他自己以客观归责理论为基础的刑法理论体系。他在 1983 年自己的教科书中将刑法总论部分称为“归责理论”,从而迈出了构建自己理论体系的步伐。其理论架构建立在二个基础之上,即期待安全的保障以及对结果犯的功能。另外,他还论述了归责排除的情形,即被害人承诺以及基于自我危险的行为。

(四)与之前几篇论述客观归责理论历史发展的文献相比, Wolfgang Frisch 在《客观结果归责理论的发展、基本路线与悬而未决的问题》中更为全面地论述了该理论发展的历史脉络和面临的问题。Frisch 首先指出根据等价理论对经典案例进行分析后所面临的问题,从而引出理论上对结果犯客观构成要件进行限制的各种理论尝试,这些限制在今天都被纳入到了客观的结果归责理论范围内了。通过客观归责的概念表明,这里涉及的不只是确认因果关系。因此,为了肯定结果的可归责性,行为人必须在条件理论的意义上因果地引起结果的发生,而且还需要满足其他通过规范权衡获得的条件,这就是客观归责的基本思想。可以肯定的一点是,在 Frisch 看来,客观归责并非与各种限制因果关系的理论尝试是对立的,客观归责反而是吸收了这些理论的基本想法,并且试图完善和补充这些基本理论。

针对客观归责的基本路线, Frisch 仍结合 Roxin 提出的客观归责的三个判断原则来进行论述。除行为对结果的发生必须具备因果关系之外, Frisch 还详细论述了其他两个原则。在制造法所不容许的风险这里, Frisch 同样认为行为人首先必须通过自己的行为制造了一个不被容许的发生特定结果的风险。但在某些特定情况下,这些行为基于不同理由却并不能视为制造了不被容许风险的行为,这就是客观归责判断中制造不被容许的风险所具有的筛选功能。对此, Frisch 从五个方面进行了深入的论述。第一,降低风险时没有满足一定条件。这种情况是指,(共同)因果性地参与特定结果发生的人,其行为不但没有升高结果发生的危险,反而是降低了该风险。这种情况下,对最终仍然发生或者损害程度较轻的损害,

并不能归责于那个降低风险或者设法减轻利益损害的人。第二,异常的因果流程与制作不被容许的风险,比如出于恶意怂恿别人达成飞机外出旅行,结果飞机坠毁了。这类情况下,因果流程完全是不可能的,而且这也已经脱离了一般的生活经验,因此这类风险行为所带来的结果不能归咎于行为人。第三,因为效用而容忍制造风险。许多社会活动具有社会必要的或者对社会有益的风险,因此这类风险在一定范围内是应当允许的。因为这类风险对人类社会的发展来说是必要的,因此在将风险降低到最低限度的条件下,因这类风险所引起的结果不应当归咎于制造该风险的行为人。第四,促成(引起)自我伤害与自我危害中的制造不被容许的风险,比如帮助他人自杀的案件。这种情况下,被害人如果具有自我负责的能力,而且对危险也有所理解的话,那么不应当由此造成的损害归咎于行为人。第五,促成第三人损害利益的行为中制造不被容许的风险。对一系列构成要件结果是由第三行为促成的案件,不应当将这些结果归咎于间接促成或者帮助的人。

从客观归责理论的基本命题和基本路线中可以发现,该理论直到今天仍存在诸多的争议和不确定的问题。Frisch认为,对其的原则性批评主要集中在:(1)源于目的行为论的批判。他们认为特定行为是否制造了不被容许的风险,这往往取决于行为人是否认识到特定的情状。如果首先在主观构成要件中处理,这些问题就能容易解决,因此完全不需要回到不被容许的风险这个问题上。尽管这种批评正确地指出了不被容许的风险同样取决于行为人的认识,但将认识与故意的问题相提并论却是错误的。(2)包括 Frisch,大多数学者认为客观归责理论将所有限制客观构成要件的问题都划入客观归责。按照 Frisch 的看法,所有制造不被容许风险的问题根本不涉及结果归责,而是涉及是否存在一个不被容许的构成要件该当行为。因此,客观归责理论应当做如下的修正,即该理论只适用于结果在合法替代行为时依然会发生的情况,以及实现的不是构成要件该当风险,而是一个被容许的伴随风险的情形。对此,Frisch 认为这样可以跨越目的

行为论与客观归责论之间的鸿沟。因此,他认为这是一个条折中的道路,只有这样,各种不同的观点之间才可能在此达成一致。

二、客观归责的体系架构与体系地位

对客观归责来说,中国学者除对其历史发展变化不了解之外,更为困惑的是,该理论在刑法理论体系内到底处于哪个地位,其体系架构到底是什么?为了从整体上理解客观归责理论,更为解决这些理论困惑,我们在客观归责的体系架构与体系地位这部分选择了如下三篇经典文献:

(一)在《评客观归责》一文中,Jakobs 针对 Hirsch 的客观可支配性理论进行了令人信服的评述。在此基础上,他开创性地讨论了客观归责理论的体系地位。Jakobs 集中要论述的是,从归咎过程来看,客观归责理论在不影响结果归责的情况下对行为人同样能够进行归责。

在故意犯中,Hirsch 针对“教唆自陷危险”和“客观可支配性”结合典型案例进行了分析和论述。他按照“对因果实现事实的主观支配”而将它们放在了主观构成要件中来解决所面临的问题。对此,Jakobs 认为不处罚“教唆自陷危险”很容易从实定法中找到理由:这涉及行为自由与结果答责之间的相互性。因此,“自我损害的教唆”只不过是与自身处于危险的个人相互作用的一种情况而已,这同样属于缺少客观可归责的一种情况。

另外,针对 Hirsch 的论述,Jakobs 认为如果不考虑认识错误的情况下,客观可支配性所缺少的同样只是无力实施行为这种故意的客观反映,而这种故意相应地则是客观上无力实施行为的主观反映。作为允许存在风险的另一种说法,行为力永远都是合理的,这同样适用于从主观上反映出来的情况。这种情况下,行为力不但被视为“客观可支配性”,而且也被视为能够有助于从一般人出发对构成要件进行说明和解释。对此,Jakobs 认为,对行为力仍可以通过客观的特定风险程度,或者特定风险的具体化来进行理解。尽管 Küpper 回答了行为人是否实现了“他自己的作品”这个

问题,但在风险程度上,命令和禁止内容的复杂性并没有由此得到解决。对此,Jakobs 认为:任何情况下,行动力、“客观可支配性”及其主观上的反应都属于被转化的社会结构,这属于风险机构的一个转化。作为一个主体,一个已经接受自己社会形象并将其转化为自己内心生活的人,他只能在每个形象中来审视自己作为行动力(或者作为特定看法)以及行动无力(或者作为一般意义以外的看法)的可能性和局限性,Jakobs 认为他的这种形象与对获得社会保障的期待是完全一样的。

在过失犯中,Jakobs 对客观归责中“客观”最低的限度进行了说明。他认为这里涉及的只是拒绝承认风险,而不是结果的归责。尽管理论上认为客观归责理应成为行为概念的一个要素,对不属于行为人行为力的内容,则不应作为个人活动的中心而归咎于他。但这样就需要对行为力、行为入以及作品的概念进行限制,同时还需要限制客观上不具有可归责性的范围,而不只是限制风险。因此,如果涉及对行为人作品进行归责时,“客观可支配性”就必须对“客观归责”开放所有的问题。但这样的话,Jakobs 认为“客观可支配性”就会与过失犯中判断违反注意的规则混在一起。另外,在具体情况下,如何回应消极义务中的问题呢?对此,以 Hirsch 为代表的“客观可支配性”理论的支持者认为,特定交往领域内,“有责任心的”参与人同样具有行为人可能具备的特定认识,而且包括行动计划都属于可能认识到的行为结果,这些都属于客观上违反应有的注意。因此,某个经事前风险评价的以及在这个意义上判断的人,他同样属于从客观上应当被判断为一个超越了能够容忍的界限,而且处在意识边缘的人。

在论述归责的范围时,Hirsch 对这种评价的依据和内涵给出了非常详尽的论述。但 Jakobs 基于自己法律忠诚的理论认为,对是否构成犯罪这个问题来说,将客观的情形判断置于客观构成要件内是多余的,因为行为人有足够的法律忠诚,这种责任仍没有超越这种最好的主观性判断。而且就情形判断来说,他们在任何情况下都具有排除特殊认识的功能。对个别行为人来说,具有认识可能性的情形,更多是根据法规范或者根据诸如对