

刑法科学的理论

[德] 米夏埃尔·帕夫利克*

陈璇** 译

目次

- | | |
|-----------------|------------------|
| 一、刑法学的体系诉求 | (二) 客观归责理论 |
| 二、作为起点的刑罚论 | (三) 犯罪故意教义学 |
| 三、刑罚论与犯罪总论之间的关系 | 四、对犯罪概念加以具体化的方法 |
| (一) 行为理论 | 五、总结：勇于开展更多的理论思考 |

摘要 当代德国刑法教义学存在着侧重具体问题的细化研究、弱化体系性要求的趋势。但体系的一致性,毕竟是刑法学作为一门科学所必须满足的基础要求。刑法科学的理论,旨在为刑法教义学的建构提出必要的准则,以确保刑法教义学能够成为一门体系性的、理性的科学。刑罚论是建构犯罪总论的起点;犯罪概念的内容,取决于刑罚的正当化根据。刑法的任务在于,保证法共同体成员相互认可的状态具备必要的稳定性。因此,犯罪的本质并非法益侵害;只有当某一行为违反了公民所应有的应当共同维护既有之自由生存秩序这一义务时,才能将该行为视作犯罪。从该犯罪概念出发,可以在行为概念、客观归责、故意论、不作为犯等犯罪总论的具体领域中,推导出与之相适应的结论。刑法科学之理论的优势在于,它能够将某一学说的教学法品质与其真正的科学品质截然区分开来。

关键词 刑法科学 犯罪论 刑罚论 法教义学 体系

一、刑法学的体系诉求

摩西·门德尔松(Moses Mendelssohn)有一句名言:“康德是一切东西的毁灭者”,他彻底终结

* 德国弗莱堡大学刑法与刑事诉讼法教席教授。

** 中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员、法学博士。本文的德文标题是“Strafrechtswissenschaftstheorie”,原载于《京特·雅各布斯古稀祝贺文集》(Festschrift für Güther Jakobs zum 70. Geburtstag)(2007年)第469—495页。本文的翻译及其发表均已得到作者授权。本文较多地引用了康德、黑格尔的著作,译者在翻译相关引文时主要参考了以下译本:[德]康德:《纯粹理性批判》,邓晓芒译,杨祖陶校,人民出版社2004年版;[德]康德:《道德形而上学》,张荣、李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版;[德]黑格尔:《哲学科学百科全书Ⅲ精神哲学》,杨祖陶译,人民出版社2015年版;[德]黑格尔:《法哲学原理》,邓安庆译,人民出版社2016年版。

了古典的形而上学。^{〔1〕} 尽管对于一般的法学和专门的刑法学的进一步发展来说,康德思想的另外一面具有极为重要的意义,但它却甚少为人所知,即,康德提升了体系概念的地位。^{〔2〕} 直至18世纪下半叶,“体系”在法理学中所指的不过就是一部教科书而已,法学的创造性也仅仅停留在提出一些新的叙述方式上。^{〔3〕} 有一种思想带来了哥白尼式的突破性转折。该思想提出,不是我们的认知必须以对象为准,而是“对象”必须“以我们的认知为准”。^{〔4〕} 这样一来,建立起一种与对象相区分的科学的内在体系,就成为可能。^{〔5〕}

按照康德的看法,人类理性“按照其本性来说是建筑术式的,即它把一切知识都看作属于一个可能的体系”。^{〔6〕} 因此,使事物处于井然有序的关联之中,乃是理性的内在要求;而体系的任务便在于满足这一要求。相应地,康德在其著作《纯粹理性批判》一书中,将体系定义为“杂多知识在一个理念之下的统一性”。^{〔7〕} 在一个体系当中,由于所有部分都是“从一个唯一而至上的内部目的中推导而出”,^{〔8〕}所以它们之间具有相似性;借助这个指导性的目的,“不论是杂多东西的范围还是各部分相互之间的位置,都先天地得到了规定”。^{〔9〕} 据此,整体是“节节相连,而不是堆砌起来的”;其目的和形式相互一致。^{〔10〕} 用这位柯尼斯堡思想家*的话来说,那些“使普通的知识首次成

〔1〕 Moses Mendelssohn, *Morgenstunden oder Vorlesungen über das Dasein Gottes*, 1779, S. 5.

〔2〕 对于康德式体系概念的总体概述: Marco Haase, *Grundnorm — Gemeinwille — Geist*, 2004, S.141 ff; Otfried Höffe, *Architektur und Geschichte der reinen Vernunft*, in: Georg Mohr/Marcus Willaschek (Hrsg.), *Immanuel Kant: Kritik der reinen Vernunft*, 1998, S. 617 ff, S. 627 ff; Friedrich Kambartel, „System“ und „Begründung“ als wissenschaftliche und philosophische Ordnungsbegriffe bei und vor Kant, in: Jürgen Blühdorn/Joachim Ritter (Hrsg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft: zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, 1969, S. 105 ff; Otto Brunner u. a. (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 6, 1990, S. 306 ff; Joachim Ritter/Karlfried Gründer/Gottfried Gabriel (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Band 10, 1998, Sp. 836 ff.

〔3〕 Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500 - 1850)*, 2001, S. 246.

〔4〕 Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B XV [Werke (Hrsg. von Weischedel) Band 3, 1983, 5.25].

〔5〕 Grundlegend Jan Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, 1979, S. 92 ff.

〔6〕 Immanuel Kant (Fn. 4), B 502 (Werke Band 4, S. 449).

〔7〕 Immanuel Kant (Fn. 4), B 860 (Werke Band 4, S. 696).

〔8〕 Immanuel Kant (Fn. 4), B 861 (Werke Band 4, S. 696).

〔9〕 Immanuel Kant (Fn. 4), B 860 (Werke Band 4, S. 696).

〔10〕 Immanuel Kant (Fn. 4), B 860 f (Werke Band 4, S. 696).在派纳(Peine)(*Das Recht als System*, 1983, S. 40 ff.)的术语中,康德持的是一种具有双重关联性的体系概念。康德注意到,仅仅是将同一种类的要素从不同种类的要素中挑选出来(单一关联性的体系概念),还不足以产生统一性,为此我们还需要详细界定各个部分相互之间的关系。这一洞见是何等的难能可贵,这一点我们从卡纳里斯(Canaris)那部影响广泛的著作《法学中的体系性思考和体系概念》(*Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., 1983)中就能领会到。尽管卡纳里斯起初认为“康德的经典定义”至关重要(S. 11),但他在著作的后续论述中又提出了一种远远落后于康德式要求的体系概念(S. 47)。他将体系定义为“一般法原则的价值论或者合目的性的秩序”(S. 47);他认为,这些法原则当然并非毫无例外地一概适用,它们之间也可能出现对立或者冲突(S. 52)。正如派纳在该著作第49页强调,该体系只能是一种单一关联性的体系,因为它缺少有助于详细说明不同原则之间关系的秩序视角。(Siehe auch Hans-Martin Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Aufl., 1999, Rn 162.)

* 柯尼斯堡(Königsberg,今俄罗斯加里宁格勒)是康德的诞生地。康德终其一生,除了在周边乡下当家庭教师和一次短途旅行外,从未离开过此地。——译者注

为科学”的东西,就使得普通的知识被融入这种意义上的体系之中。^[11] 于是,一门科学的体系“已经不再仅仅是其偶然的教科书形式,而是其内在的结构”。^[12]

在《自然科学的形而上学初始根据》一书中,康德对其提出的科学标准进行了具体化。首先,他确认了在“第一批判”^{*}中提出的立场:“任何一种学说,如果它是一种体系,……那就叫作科学。”^[13]接着,康德为不同形式的科学活动拟定了层级顺序。^[14]处在最底层的,是对某一特定的对象领域进行单纯的分类整理工作。康德所举的例子是林内氏植物系统。^[15]位于其上的,是体系性的理性学科。以化学为例,在这种学科中,“知识的联结乃是根据与后果之间的关联”。^[16]居于最顶端的,是康德所说的“本真的科学”。这种科学的“确定性无可置疑”,即它的定理“带有对自己的必然性的意识”。^[17]康德坚信,只有经过批判哲学洗礼后的形而上学,才能成为这种最高意义上的科学。

在刑法领域当中,安塞尔姆·冯·费尔巴哈(Anselm von Feuerbach)是最负盛名的康德门徒。他在1804年就任兰茨胡特大学教授时所做的就职演讲中,着手将康德提出的准则运用到刑法学领域。一方面,他坚定地强调,刑法学受制于经验上既存的法律素材。法学家“只能借助哲学在实定法之内实现统治”,而不能“自命为立法者越过实定法去实现统治”。^[18]一名缺少丰富经验知识的法学家是“哲学的夸夸其谈者”,这种人“不过是把哲学当作自己懒惰的借口而已”。^[19]但另一方面,费尔巴哈接受了康德的思想,将科学的法等同于对法所进行的体系化加工。他解释道:“已有的、相互关联的知识整体,只有当它获得了体系性关联的形式时,才能真正算得上是一门科学。任何的含混和不一致,都是对理性的亵渎。对于一切东西,既对于认知也对于行为来说,理性的最高使命就是实现协调和统一。”^[20]“未经加工的”现有法律材料,“被塑造成了一个井然有序的、其内部的所有部分都相互协调一致的整体”;只有在那里,才普照着科学的光芒。^[21]

据此,在康德为不同科学形式所拟定的层级顺序中,刑法学居于中间阶层:^[22]尽管由于刑法学受制于经验的法律质料,无法成为“本真的”科学,即法的形而上学,但是刑法学却有可能借助以下几个方面成为一种体系化的、理性的活动,即:“法律的概念正确无误、明确无疑、不失毫厘、清晰明了”,“法律规定之间有着内在的关联”以及“法律学说之间有着体系性的关联”。^[23]在费尔巴哈

[11] Immanuel Kant (Fn. 4), B 860 (Werke Band 4, S. 695).

[12] Jan Schröder (Fn. 3), S. 246.

* 康德的“第一批判”即前述《纯粹理性批判》。——译者注

[13] Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, Werke Band 8, S. 11.当然,康德在这部著作中的论述与他在《纯粹理性批判》中的论述存在一定的差别,即:康德在此不再从合目的性的角度出发去论证体系,而是遵循沃尔夫(Wolff)式的传统,将体系定义为“按照一系列原则经过整理后的知识全体”。[Näher Friedrich Kambartel (Fn. 2) S. 111 ff.]

[14] Immanuel Kant (Fn. 13), S. 11 ff.

[15] Immanuel Kant (Fn. 13), S. 12.

[16] Immanuel Kant (Fn. 13), S. 12.

[17] Immanuel Kant (Fn. 13), S. 12.

[18] Paul Feuerbach, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, in: Paul Feuerbach, *Naturrecht und positives Recht*, 1993, S. 76.

[19] Paul Feuerbach (Fn. 18), S. 108.

[20] Paul Feuerbach (Fn. 18), S. 103 f.

[21] Paul Feuerbach (Fn. 18), S. 104.

[22] Siehe auch Jan Schröder (Fn. 5), S. 154.

[23] Paul Feuerbach (Fn. 18), S. 91.

看来,之所以应当坚持这一立场,除了因为它具有科学理论上的优势之外,还基于一个天然内在于法本身的理由。正如他于1799年在《实定刑法的基本原则与基本概念之省察》一书中所言,唯有如此,才能克服刑法适用中至今一直存在的令人无法忍受的不可预测性,也才能为审判实践配置“稳定的程序”,而这一程序“对于人及其权利来说都是必不可少的”。^[24]“实践是依赖于理论的;后者越是可靠和完善,前者就越是明确和成功。”^[25]

直到今天,德国刑法教义学在总体上都坚信,刑法教义学遵循体系性的要求,这是它具备科学属性并且能够对法律实践形成规制的前提。^[26]例如,弗兰茨·冯·李斯特(Franz von Liszt)在他1919年最后一版教科书的开篇便指出,“刑法学最优位的任务”在于,“将具体的法律条文提升至终极的基本概念和基本原则,从而使其发展成一个封闭的体系”;如果做不到这一点,法律适用就会“被偶然性和恣意性所支配”。^[27] 韦尔策尔(Welzel)在50年后所发表的相关论述也大同小异,他认为:刑法教义学必须体系性地发展法规则的内容,因为只有当我们洞察到法律的内在关联时,法律适用才能超脱偶然和恣意。^[28] 又一个世代过去之后,罗克辛(Roxin)在其教科书中甚至明确援引了康德对于体系概念的定义,^[29]他赞扬了体系性思考的优点——特别是体系性思考有助于实现法律适用的稳定一贯和合理区分,它还法律续造提供了指南,^[30]最后得出结论,体系是“法治国刑法的一个不可抛弃的要素”。^[31]

[24] Paul Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Teil, Erfurt 1799, Nachdruck Aalen 1966, S. XV.

[25] Ibid.

[26] 要想知道该信念的形成是何等难得,我们只需看看达伯(Dubber)根据美国的刑法思想所做的如下说明:“对于美国的法学家来说,20世纪20和30年代的现实主义法学的倡导者们,已经从根本上将科学的自我认知清除了出去,以至于时至今日,仅有少数的美国法学者还能记起这种自我认知。”[Markus Dirk Dubber, Strafrechtsdogmatik als Botanik, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 248.]

[27] Franz Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 1 f.

[28] Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 1.

[29] Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 7 Rn. 3.

[30] Claus Roxin (Fn. 29), § 7 Rn. 38 ff.

[31] Claus Roxin (Fn. 29), § 7 Rn. 5. Siehe auch Frank Bleckmann, Strafrechtsdogmatik — wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch, 2002, S. 50 ff; Björn Burkhardt, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik, in: Albin Eser u. a. (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 112 f; Wolfgang Frisch, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik, in: Eser u. a. (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 161 f; Walter Groppe, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2001, § 2 Rn. 61; Hans Joachim Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 (1981), S. 833; Hans Joachim Hirsch, die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 402 f; Hans Joachim Hirsch, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?, FS-Spendel, 1992, S. 46; Joachim Hruschka, Das Strafrecht neu durchdenken, GA 1981, 241 ff; Joachim Hruschka, Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?, JZ 1985, 1 ff; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 6 I, S. 42; Winrich Langer, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft — Eberhard Schmidhäuser zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 1990, GA 1990, 436 ff; Ulfrid Neumann, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, in: Cornelius Prittitz/Ioannis Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 2000, S. 119; Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil (Studienbuch), 2. Aufl., 1984, § 1 (转下页)

然而,措辞表达上的连续一贯,并不必然意味着实质内容的一致。就本文所关注的问题而言,是否存在这种实质内容的一致?说得客气些,至少是不确定的。布姆克(Bumke)曾对体系性思考在当今法学研究中所产生的不同影响进行过综述。^[32]在此,他将罗克辛的构想归入到了以一种“隐晦的体系观念”展开其论证的理论之列。^[33]他认为,罗克辛不过是说着上文所引述的那些陈词滥调,却“并没有对体系的概念详加阐释,他们零碎、浅显地参考着各种可能的观点”。^[34]根据布姆克的判断,从经过完善后的体系概念(以及像康德那样要求严格的体系概念)来看,“所有这类理论与其说是用以形成秩序的方案,不如说是各种重要观点和名称的汇集”。^[35]此外,与早期的文献^[36]不同,在当今的刑法学文献中,只有零星的极少数论著会去深入地探讨,什么叫作体系性地从事刑法教义学研究。^[37]施罗德(Schroeder)^[38]从总体上针对当今法教义学所下的这个论断,至少适用于刑法的教义学,即:在那里,人们对体系概念熟视无睹,时常将其默认为前提,却一般不再对之进一步加以追问。用略微尖锐一点的话来说,针对当今的刑法教义学,我们可以这样认为:一旦援引体系概念就可能需要遵循科学理论所提出的某些要求,但如今的刑法教义学只是用体系概念来装点门面,却并不打算真的遵循由此所产生的那些要求。

可是,我们怎样做才能有效地抵御因缺少规则,结合此处所谈的问题也即因缺少体系而带来的危险呢?本文给出的回答是:为此,我们需要一门刑法科学的理论(Strafrechtswissenschaft)。这一概念看上去颇不实用,但在它吓人的措辞外表之下,却隐藏着一个一点儿也不玄奥的内容:刑法科学的理论指的是这样一种理论,它旨在确保刑法教义学能够实现其诉求,成为一门体系性的、理性的科学。因此,刑法科学的理论本身并不是对法律质料进行解释这种意义上的教义学。同时,刑法科学的理论也并非如哈索·霍夫曼(Hasso Hofmann)对法哲学的任务所做的界定那样,

(接上页) Rn. 10; Friedrich-Christian Schroeder, Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, 2001, S. 106; Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 1 ff; Bernd Schünemann, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, in: FS-Rudolf Schmitt, 1992, S. 117 ff; Bernd Schünemann, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, GA 2001, 216 ff; Bernd Schünemann, Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, in: Bernd Schünemann/de Figureido Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, 1995, S. 154 f; Bernd Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: FS-Roxin, 2001, S. 7 f, S. 12 f; Bernd Schünemann, Strafrechtssystematisches Manifest, GA 2006, S. 378 f; Rainer Zaczky, Über Theorie und Praxis im Recht, in: FS-Dahs, 2005, S. 41. 虽然也有学者对传统的体系性思考提出了质疑,但这些质疑大多只是针对所谓概念法学所使用的公理性和逻辑性的方法。[Vgl. Harro Otto, Methode und System in der Rechtswissenschaft, ARSP 55 (1969), S. 497 ff, S. 508 ff; Harro Otto, Internationales Jahrbuch für interdisziplinäre Forschung, Band 2, 1975, S. 120 ff, S. 126; Harro Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), S. 549 f; Reinhart Maurach/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., 1992, § 3 Rn. 26.]

[32] Christian Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 26 ff.

[33] Christian Bumke (Fn. 32), S. 31, S. 39.

[34] Christian Bumke (Fn. 32), S. 31 f.

[35] Christian Bumke (Fn. 32), S. 32.

[36] Vgl. Gustav Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: FG-Frank, Band I, 1930, Nachdruck 1969, S. 158 ff; Leopold Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930; Karl Engisch, Beiträge zur Rechtstheorie, 1984, S. 88 ff (zuerst publiziert 1957).

[37] 在这为数不多的论著中,尤其值得一提的有: Joachim Hruschka (Fn. 31), S. 237 ff; Joachim Hruschka. (Fn. 31), S. 1 ff.

[38] Christian Schröder, Das Gemeinschaftsrechtssystem, 2002, S. 46.

单纯是用于处理特别棘手之两可情形的“一种论据储备”。^[39]事实上,刑法科学的理论试图拟定某种内容和方法上的准则;为了使教义学具备康德和费尔巴哈所说的科学性,我们在对教义学进行操作时必须遵循这些准则。^[40]

不过,对于严格意义上的科学的、体系性的刑法教义学,我们不能提出过分的要求。^[41]黑格尔曾经令人信服地批判过一种看法,那种看法认为,我们只需通过发展哲学上的法概念,就能“获得一部实定的法典,即现实国家所需要的那种法典”。然而,实定法律规定的“理性结论”,是“通过这些法律规定同既存的法律关系加以比较而得出的”,对这些结论的认知“固然在它们各自的领域中都有其功用和价值,但与哲学上的考察无关”。^[42]事实上,刑法上无数的争议问题——诸君只需看一下有关刑法分则诸多犯罪构成要件要素的解释——并不能通过具体地回溯至刑法上的基础性范畴而得以解决,我们只有通过对比立法者在不同方案之间所做的抉择进行理性的解释,才能为它们找到答案。^[43]这种活动所应享有的尊荣,一点儿也不比研讨犯罪论的基本问题少。宏大理论的第二阶层所提出的体系性要求,一直以来均未对该活动产生过影响,而且未来也仍将如此。在探讨这些争议问题时,可资运用的是一种在方法论上经过了适度体系约束的论题学(Topik)*。^[44]我们

[39] Vgl. Hasso Hofmann, Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, in: FS-Roellecke, 1997, S. 123.

[40] 伯肯弗尔德(Böckenförde)的基本权利构想与本文的观点相近。Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 116. 伯肯弗尔德在这部著作中指出,基本权利理论在对具体的基本权条款进行解释时,不能仅仅依赖于翔实的法律规定为基础形成的法律技术,还必须进入某种国家观的整体关联之中。那么,在做个别保留的前提下,伯肯弗尔德的这一论断同样也可以适用于刑法科学的理论。

[41] 最近,Matthias Jestaedt也强调了这一点。(Matthias Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 82 ff.)

[42] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 3 A [Werke (Hrsg. von Moldenhauer/Michel), Band 7, 1986, S. 35].

[43] Ebenso zuletzt Hans Joachim Hirsch, Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft: Nationale und universale Strafrechtswissenschaft, ZStW 116 (2004), S. 846 f.然而,这并不意味着对于刑法分则完全无法进行科学和体系化的处理。“对于刑法分则的绚丽多彩,无论是持理解还是批判态度的观点,均以刑法总则中的某种色彩学(Farbenlehre)的发展作为前提。”(Günther Jakobs, Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person — Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils, in: FS-Roxin, 2001, S. 810.)因此,我们应当尽可能地将刑法分则中的法定构成要件与一般的犯罪概念相关联。(Michael Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 65.)雅各布斯以堪称典范的方式践行了这一理念。近年来的相关文献,仅需参见 Günther Jakobs, Zum Begriff des Delikts gegen die Person, in: Klaus Bernsmann /Klaus Ulsenheimer (Hrsg.), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, 2003, S. 63 ff; Günther Jakobs, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998; Günther Jakobs, Urkundenfälschung, 2000; Günther Jakobs, Zur Kritik der Fassung des Raubtatbestands, in: FS-Eser, 2005, S. 323 ff; Günther Jakobs, Bemerkungen zur subjektiven Tatseite der Untreue, in: FS-Dahs, 2005, S. 49 ff; Günther Jakobs, Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, in: FS-Schroeder, 2006, S. 507 ff. 其他将犯罪总论的范畴运用到各论教义学的尝试还有: Martin Maria Laufen, Der Wucher (§ 291 Abs. 1 Satz 1 StGB), 2004; Bernd Müssig, Mord und Totschlag, 2005; Michael Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999.

* 对于 Topik 一词的译法,学界颇不统一。也有学者译为“论点学”(参见[德]普珀:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第179页)、“类观点学”(参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第25页)、“集合论点法”(参见[德]考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第193页)。

[44] 关于论题学之于法学思维的意义,最近的论述参见 Christian Schröder (Fn. 3), S. 23 ff;经典的论述有: Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl., 1974.

需要对关键性的判断标准加以识别,将不同的标准拿来来进行相互权衡,并将它们植入判决先例所形成的网络之中。

因此,我们不应误以为存在着一种刑法上的“统一科学”,而应当看到,要求严苛的康德式体系思考方式,与本质上为论题式的思考方式,能够以不同的混合比例共存于刑法教义学这片屋檐之下。因此,刑法科学的理论既没有能力也不应该发出这样一种魔咒,使精通该理论的人只需凭借这种魔咒就可以使全部的刑法问题迎刃而解。我想通过将刑法科学的理论“付诸实践”的方式来研究一下,它究竟能够做出怎样的成绩。我将这篇文献献给我尊敬的学术导师京特·雅各布斯。在当今的刑法学思想当中,雅各布斯的体系在价值论上所具有的一致性是无与伦比的。本文证实了他的一些核心论点,我希望,他能够欣然赞同本文的观点。

二、作为起点的刑罚论

1. 如果我们打算勾勒出一个犯罪论的体系,那么首先遇到的问题就是:从哪儿开始呢?应当以什么作为起点,从而使体系的余下部分均必须与之相关联呢?为了能与康德式的体系定义相对接,我们怎样才能找到一个可以使“多种多样的知识”获得统一性的指导性理念呢?从刑法教义学自身的内部出发,是无法回答这一问题的。因为,我们现在恰恰就是在寻找那些使刑法教义学具备体系一致性的条件。^[45]因此,刑法上理论构建的起点在哪里,是刑法科学之理论需要处理的首要问题。

为了回答这个问题,有必要重新审视一下康德哲学。当然,这回我们需要参阅的不是《纯粹理性批判》,而是《道德形而上学》以及这部著作对伦理的立法和法律的立法这两者所做的区分。^[46]借助该区分,康德考虑到了这样一个事实,即法权可以采取某种手段去保证它所提出的要求得到贯彻,但伦理的立法却不行:伦理的立法指向某一主体,该主体集执行者和立法者于一身,^[47]故“终究不过是围着他自己转”;^[48]然而,法律的立法却以某个他人意志的权威为其基础,该意志可以强制人们遵守其规定的义务。^[49]允许动用有形的强制力,这意味着出现了“与权力的勾连”。^[50]这一勾连不仅表明法这一社会制度具有特殊的严厉性,而且也表明法对一切以自由理念为导向的思想提出了挑战:从自由理论的角度来看,怎么能够允许甚至要求对他人施加强制呢?^[51]在康德看来,我们首先需要对这个问题的回答。因此,康德的法哲学在一开

^[45] Näher dazu verf. Michael Pawlik, Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung, Rechtstheorie 25 (1994), S. 461 f.

^[46] 关于下文的论述,详见 Michael Pawlik, Kants Volk von Teufeln und sein Staat, JRE 14 (2006), S. 273 ff.

^[47] Treffend Peter Fischer, Moralität und Sinn, 2003, S. 192.

^[48] Volker Gerhardt, Recht und Herrschaft. Zur gesellschaftlichen Funktion des Rechts in der Philosophie Kants, Rechtstheorie 12 (1981), S. 71.

^[49] Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, Werke Band 7, S. 512.

^[50] Friedrich Kaulbach, Studien zur späten Rechtsphilosophie Kants und ihrer transzendentalen Methode, 1982, S. 200.

^[51] Vgl. Sharon Byrd, Strafgerechtigkeit bei Kant, in: FG-Lampert, 1990, S. 142; Samuel Fleischacker, Kant's Theory of Punishment, in: Howard Williams (Hrsg.), Essays on Kant's Political Philosophy, 1992, S. 191 f; Michael Köhler, Zur Begründung des Rechtszwangs im Anschluß an Kant und Fichte, in: Kahlo/Wolff/Zaczyk (Hrsg.), Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis, 1992, S. 93.

始就探讨了以下问题：强制措施的施行究竟需要满足哪些前提条件才能具备合法性？^[52]

刑法教义学也需要探讨同样的问题。刑法教义学试图通过体系建构来应对某种烦扰，而引起这种烦扰的原因首先并不在于发生了某种恶行。因为，任何一个正视现实的人都不会怀疑“人性本恶”。刑法教义学面临的挑战其实在于，国家有权对法律的臣民动用其强制措施——刑罚——去回应特定的暴行。^[53] 因此需要思考，动用刑罚手段的国家究竟能否享有这项权力，如果能的话，那么需要满足哪些前提条件？对于任何一种刑法教义学来说，只要它重视研究对象所具有的刑罚正当性内涵，那么这就注定是一个元问题。^[54] 如果说刑法教义学致力于弄清犯罪概念的特性，这并不是因为它对恶行本身有什么兴趣，而是因为“犯罪”这一术语所指代的是那些（至关重要的）实质的法律要件的总和，只有满足了这些要件，刑罚的发动才能获得许可。由于作为构成要件的犯罪和作为法律后果的刑罚是相互关联的，所以，犯罪概念的内容该怎样安排，取决于我们采取何种方式去论证刑罚的合法性。举例来说：一种以特殊预防思想作为其正当化根据的刑罚，其发动的前提要件必然不同于报应刑。^[55] 因此，如果我们想要弄清犯罪概念的内容是什么，就必须首

[52] 关于康德这一解说的基础性论述，有：Wolfgang Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1993, S. 127 ff; 最近的论述有：Wolfgang Kersting, *Kant und Recht*, 2004, S. 37 ff.

[53] 简要的论述，见：Marcus Bastelberger, *Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat*, 2006, S. 103; “刑法是法的一个组成部分，在该部分中，国家运用了依照法律规定对人施加痛苦的权限。”对此有透彻论述的是 Gimbernat Ordeig, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, *ZStW* 82 (1970), S. 408; 最近的相关论述有 Rainer Zaczyk, *Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens*, in: FS-Eser, 2005, S. 217.

[54] 对此详见 Michael Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, S. 13 f. 科勒 [Michael Köhler (Fn. 43), S. 8] 也强调，“探寻法的理性原则”，这属于（刑）法学原本的使命。但是，赫鲁施卡（Hruschka）却坚信，要想使刑法教义学满足体系性的要求，我们主要需要借助结构理论的研究。结构理论对“范畴的体系”进行了分析，这些范畴可以成为实定法规则的基础。[Joachim Hruschka (Fn. 31), 237 f, 241.] 毋庸置疑，这种研究是具有意义的。可是，如果脱离了刑罚论的思考，该研究就只能停留在一般法理论的层面之上，无法充分地证立其真正的刑法意义。本文在规范论方面得出的结论是，犯罪论的建构必须严格置于法律适用程序的视角之下进行。因此，当我们建构犯罪论的时候，不应站在被要求去履行义务的公民之立场，而应当站在享有施行制裁之权的公务人员的立场之上。[结论相同的，见：Bernhard Haffke, *Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung*, in: Bernd Schünemann/de Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, S. 93.] 众所周知，很早以前就有学者担忧 [关于哈特 (Hart) 对凯尔森 (Kelsen) 所提出的相关批判，vgl. Michael Pawlik, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts*, 1993, S. 78]，这种观点势必将刑罚矮化为单纯的犯罪“价目表” [最近从这个意义出发展开的论述有：Tatjana Hörnle, *Das Urwerturteil und der Schuldwurf — Inhalte und Adressaten*, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, 2005, S. 112 ff; Joachim Renzikowski, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, in: *Juristische Grundlagenforschung (ARSP-Beiheft 104)* 2005, S. 118]，但笔者反对该看法。这种担忧将社会心理学上的判断与规范理论的命题混为一谈。对于那些不是出于理智，而是出于对刑罚的畏惧而遵守刑法的人来说，刑法的规定仅仅具有“价目表”的意义，这是一个心理上的事实。规范理论既无法消除这一事实，也无须为该事实的存在感到不安。对于为犯罪论服务的规范理论而言，关键并不是实然 (Sein) (即某些个人将刑罚仅仅看成是特定举动方式的对价这一事实)，而是应然 (Sollen) [即允许国家用刑罚来加以回应的那种不法类型 (“犯罪”) 的构成要素]。(持类似看法的，见 Gottfried Seebaß, *Handlung und Freiheit*, 2006, S. 109.) 只有当本文所持的观点试图结合威吓的需要去论证犯罪成立要件本身时 (so zuletzt Andreas Hoyer, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, S. 42 ff)，上述责难才能成立。然而，正如下文的论述所示，笔者并没有那样做。我本人信奉报应主义的刑罚根据论，故坚持认为值得处罚的不法必须具有真正的规范意义内涵。

[55] Treffend Georg Freund, in: *MüKo-StGB*, Band 1, 2003, Vor § § 13 ff. Rn. 2.

先求助于刑罚论。^[56]

从刑法科学的理论来看,一种恰当的刑罚根据论绝非行诸万世而不悖,它作为合法性的证立模式,始终都是针对某种特定的、实存的法秩序而被人们所关注。这种刑罚根据论必须满足三个要求:第一,它必须从其价值构造出发,与该刑罚根据论的支持者所建构之体系的其余核心论点相适应;第二,它的实体内容必须令人信服;第三,它必须富有解释的能力,即其在犯罪论方面得出的结论能够在总体上帮助我们理解既有的经验性的法律素材。不过,只有在某个刑罚论对于犯罪总论的关联性(Implikationen)得到完全展现之后,我们才能判断该刑罚论是否富有解释的能力。在本文的篇幅以内,要做到这一点自然是不可能的。因此,下文将集中探讨前两个要求,即:形式上的连贯性和实质上的信服力。

我想首先略缀数语,做个澄清。一切实定的法秩序都难免受到偶然力量的影响,也会出现凡人所犯的过错,要搬走这些尘世的骸骨,真是件艰难的苦活。^{*} 所以,指望找到一种刑罚论,借助它就能够以同等令人信服的方式满足上述三项要求,这是不现实的。针对这一研判结论,如果刑法科学的理论对自己扮演的角色有自知之明,那么其做出的反应就既不是试图去掩盖它,也不是——形象地说——像个受到羞辱的孩子一般跑开并宣称,如果是那样的话,它就再也不想参与其中了。我们一旦对上述多个目标中的某一些有所偏爱,就会付出一定代价;刑法科学理论的功能便在于,它使我们能够更加敏锐地意识到这种代价,并由此更为精准地去分配论证责任。

2. 在通常的刑法总论教科书中,关于刑法任务的论述总是先于有关刑罚论的探讨。当我们阅读相关章节的时候,常常会产生这么一种印象,仿佛这两个主题之间充其量只有松散的联系。但是,要求必须保证价值关联性的刑法科学之理论却表明,事实并非如此;实际上,在此一领域得出的某个论断,会对另一个领域产生深远的影响。^[57] “在较高层面上所进行的概念建构,会对较低层面上出现变化的可能性造成限制。”^[58] 有一条定理能够说明这一事实。我们有充分的理由将该定理说成是当今刑法学思想坚不可摧的支柱(rocher de bronze),因为本学科内几乎所有重要的代表性学者都一致将其奉为金科玉律。这条定理就是:刑法的任务在于法益保护。^[59]

[56] 应当从刑罚目的论出发去建构犯罪总论,这一信念在近几十年来愈发受到重视;当然,大部分学者都是以预防主义的刑法理论为其出发点的。基础性的文献有: Eberhart Schmidhäuser, Zur Systematik der Verbrechenslehre. Ein Grundthema Radbruchs aus der Sicht der neueren Strafrechtsdogmatik, in: GS-Radbruch, 1968, S. 270, S. 276 ff; Günther Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, S. 8 ff; Claus Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, in: FS-Henkel, 1974, S. 181 ff; Claus Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: FS-Bockelmann, 1979, S. 279 ff. 最近的论述有: Wolfgang Frisch (Fn. 31), S. 162. 出自早期文献的论述有: Gustav Radbruch (Fn. 36), S. 160; Exner, Sinnwandel in der neuesten Entwicklung der Strafe, in: FS-Kohlrausch, 1944, S. 24; Helmut Mittasch, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtsdogmatik, 1939, Nachdruck 1995, S. 32 f.

* 作者在此借用了歌德名著《浮士德》第二部结尾处天使所说的一句话。原话意指,浮士德虽然不朽,但仍掺有尘世的杂质,所以天使们觉得不易搬运。作者把这句话用在这里,试图表明:实定刑法不可能纯粹由完美无缺的理性所建构,它不可避免地会掺杂着尘世间的各种偶然因素。所以,刑法学不应对自己的解释能力抱以过高的期待。——译者注

[57] 以下文献均强调了这一点: Michael Hassemer, NK-StGB, Band 1, 2. Aufl., 2005, Vor § 1 Rn. 108; Claus Roxin (Fn. 29), § 3 Rn. 1.

[58] Frank Bleckmann (Fn. 31), S. 58.

[59] Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend (Fn. 31), § 1 III 1, S. 7; Michael Hassemer (Fn. 57), Vor § 1 Rn. 108; Urs Kindhäuser Strafrecht Allgemeiner Teil, 2005, § 2 Rn. 6; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht (Allgemeine Strafrechtslehre), 7. Aufl., 2004, § 1 Rn. 22; Claus Roxin (Fn. 29), § 2 Rn. 1 ff; Hans-Joachim Rudolphi, in: SK-StGB, 6. Aufl., 1997, Vor § 1 Rn. 2; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 3 Rn. 10 ff; Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 35. Aufl., 2005, Rn. 6. 持批判态度的尤其是: Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 2 Rn. 1 ff; Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), S. 752 f.

刑罚论的基础性问题在于,国家何以有权对某个公民处以刑罚这种强制措施。那么,上述定理会对这个问题的影响呢?只有在犯罪行为发生之后,也即只有在某种法益受到侵害或者面临危险之后,国家才会着手施加制裁。就这一点来说,期望通过单纯的刑罚威吓就能实现法益保护,确实是没有根据的。^[60]因此,如果我们罔顾这一事实,依然坚持要将制裁的施行与法益保护的任务相挂钩,那么只有以某种预防导向的基本观念为基础,才可能做到这一点。发生了的事情已然覆水难收——但无论如何,刑法能够也应当有助于防止未来的犯罪行为,即防止其他的法益侵害。^[61]这样一来,就确定了刑罚根据论的发展方向。如果我们依据预防导向的思想来确定刑法的任务,那么这种做法是不可能与报应主义的刑罚论实现无缝对接的。尽管没有任何一位报应主义论的支持者否认:实现报应的刑罚会在一定程度上发挥预防的作用,^[62]但是,从预防导向的目标设定来看,报应主义论对预防目标的实现具有偶然性,故而也是不可靠的。同样地,对于报应主义论者而言,预防只不过是另一构想*指导下运行的制裁机制所带来的附随效果而已。在此情形中,报应刑论者很可能无法以最优的方式,而只能以次优的方式,去实现预防刑论所提出的正当性要求;反之,预防刑论者同样也无法以最优的方式去满足报应刑论的要求。一旦我们将刑法的任务界定为预防性的法益保护,那么在论证刑罚的合法性根据时,就必须一以贯之地回归预防的观点。不少学者一方面赞同刑法的任务在于法益保护,另一方面又支持并合主义的刑罚论;^[63]从体系性的角度来看,把两者进行这样的糅合是不可接受的。

现今的通说避免了这种前后不一的现象。该说主张,刑罚的正当化根据在于且仅仅在于,它有助于实现预防性的法益保护,即有助于防止未来的犯罪行为。^[64]可是,通说由此采用的思维方式,能否在犯罪论具体问题的日常研讨中贯彻到底呢?对于以预防理念为导向的刑法教义学来说,一个经典的问题场域就是责任论。在严格贯彻法益保护思想的预防模式的框架内,不存在责任非难思想的立足之地;在这里,责任“充其量只能是国家判处刑罚的形式要件而已,但从理论的内在

[60] Hans Welzel (Fn. 28), S. 3.

[61] Hugo Hälschner 以及 Friedrich Schaffstein 早已做过正确的阐述。Hugo Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, S. 140 以及 Friedrich Schaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, ZStW 57 (1937), S. 297. Ebenso Heiko Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, S. 182.

[62] Vgl. nur Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Werke Band 7, S. 453.

* 即与预防刑论相对立的报应刑论思想。——译者注

[63] 典范性的论述有: Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend (Fn. 31), § 8V, S. 75 ff; Ulrich Weber (Fn. 59), § 3 Rn. 61 ff; Claus Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, JuS 1966, S. 381 ff.

[64] 如今,人们所赞同的预防刑论,主要都是积极的一般预防理论。[Hans Achenbach, *Individuelle Zurechnung Verantwortlichkeit, Schuld*, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 142 ff; Georg Freund (Fn. 55), Vor §§ 13 ff. Rn. 68, 91; Winfried Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., 1990, S. 324 ff; Günther Jakobs (Fn. 59), § 1 Rn. 14 ff; Franz Streng, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe*, ZStW 92 (1980), S. 648 ff; Franz Streng, *Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand*, ZStW 101 (1989), S. 287 ff; Ulrich Weber (Fn. 59), § 3 Rn. 30 ff, Rn. 65.]不过,依然还有学者支持消极的一般预防理论。(Michael Adams/Steven Shavell, *Zur Strafbarkeit des Versuchs*, GA 1990, S. 340 ff; Karsten Altenhain, *Das Anschlußdelikt*, 2002, S. 326 ff; Nobert Hoerster, *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, in: GA 1970, S. 273 ff; Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1975, § 3 Rn. 4, Rn. 15 ff; Dieter Schmidtchen, *Prävention und Menschenwürde. Kants Instrumentalisierungsverbot im Lichte der ökonomischen Theorie der Strafe*, in: FS-Lampe, 2003, S. 245 ff, S. 266 ff.)

逻辑来看,它却既无法证立刑罚的正当化根据,也无法为刑罚划定边界”。^[65] 非难以及建立在非难基础上的刑罚制裁,是与已经过去的罪行(而不是像预防模式原本所要求的那样,与未来的预防需要)相关联的。^[66] 有一种责任理论,它认真地践行着上述认知,由此揭示了刑法上预防思想的内在逻辑。这就是雅各布斯提出的功能责任论(die Lehre vom funktionalen Schuldbegriff)。众所周知,该学说的基本观点是,我们在对“责任”这一名称所囊括的各项法律制度进行解释时,应当以社会的预防需要,特别是保证规范稳定这一积极的一般预防需要为根据。换言之,责任是一般预防的衍生物。^[67] 但是,这种对责任概念进行了颠覆性重构的观点,遭到了通说的反对。^[68] 通说一如既往地支持以行为人所受非难这一概念为中心、深受报应刑论影响的责任学说。^[69] 像许内曼(Schünemann)这样本身坚定反对报应刑论的学者,为了支持通行的责任论,居然也引用了康德的刑罚论思想,^[70]看来这并非偶然。这样一来,预防理念在体系建构方面的档次就大为降低。^[71] 然而,某一理念,假如它没有呈现出关联性,也就是没有展现出体系建构的力量,那它就不过是一种空洞无物的口头宣示而已。

3. 面对上述研判结论,摆在我们面前的只有两种可能:如果通行的刑法教义学想要坚守其折中的立场,用康德的话来说,在该立场中,预防刑和报应刑理论的元素是以“堆砌”,而不是以“节节相连”的方式展现在人们面前的;那么,通说就只能与体系连贯性的诉求告别,而这种诉求正是康德和费尔巴哈的经典体系概念的特性所在。^[72] 相反,如果通行的刑法教义学想要坚持这种体系

[65] Urs Kindhäuser, Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein „Feindstrafrecht“, in: FS-Schroeder, 2006, S. 82.

[66] Friedrich Schaffstein 以及 Wolfgang Naucke 的观点是正确的。Friedrich Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Georg Dahm u. a., Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 135 f. Wolfgang Naucke, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985, S. 188 f.

[67] Grundlegend Günther Jakobs (Fn. 56), S. 31 ff. (Zitat auf S. 32).

[68] Hans Joachim Hirsch, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994), S. 752 ff; Jörg Eisele, in: Sch-Sch/Lenckner StGB, 27. Aufl., 2006, Vor § 13 Rn. 117; Claus Roxin (Fn. 29), § 19 Rn. 34; Hans-Joachim Rudolphi, in: SK-StGB, 7. Aufl., 2003, Vor § 19 Rn. 1b; Bernd Schünemann (Fn. 31), S. 170 ff, S. 183 ff; Franz Streng, in: MüKo-StGB, Band I, 2003, § 20 Rn. 22; Franz Streng, Vergleichende Betrachtungen zu den potentialen verschiedener Schuldverständnisse, in: FS-Hruschka, 2005, S. 705 ff; 1993, S. 33 ff.

[69] Walter Groppe (Fn. 31), § 2 Rn. 24; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend (Fn. 31), Vor § 37 (S. 404); Kristian Kühn, in: Lackner StGB, 25. Aufl., 2004, Vor § 13 Rn. 23; Hans-Joachim Rudolphi (Fn. 68), Vor § 19 Rn. 1; Günther Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004, § 10 Rn. 4; Ulrich Weber (Fn. 59), § 18 Rn. 1; Johannes Wessels/Werner Beulke (Fn. 59), Rn. 394; Heinz Zipf (Fn. 31), § 35 Rn. 1. 关于罗克辛的立场,见 Michael Pawlik, Der Täter ist um der Gemeinschaft willen verpflichtet, die Strafe auf sich zu nehmen, GA 2006, S. 345 ff.

[70] 许内曼强调,根据理论的具体部分应与其基础相适应的原则(Grundsatz der Substratadäquanz),从责任报应刑法向预防刑法的转变,也应当在基础犯罪论的归责准则层面上产生影响。他在作了这个强调之后,旋即引用了康德的刑罚论。[Bernd Schünemann (Fn. 31), S. 133; 在 Bernd Schünemann (Fn. 31), S. 24 中,也能找到与康德相关联的论述。]

[71] Ebenso Heiko Lesch (Fn. 61), S. 168.

[72] 坦率地讲,很少有人会得出这一结论。[Marcus Bastelberger 是个例外。Marcus Bastelberger (Fn. 53), S. 124 f. 鉴于纯粹的报应刑论或者预防刑论均面临不可克服的问题,他最近提出了一种被其自称为“折中主义”的并合刑罚根据论。]可是,为了避免在体系性诉求的实际贯彻方面抱有幻想,康德自己已经表现得足够现实主义的了。他提出:虽然每个科学工作者都是根据理念来进行构思的,“不过,在制定这门科学时,方案、甚至他在这门科学开端处立刻就提供出来的定义,是很少与他的理念相符合的”。[Immanuel Kant (Fn. 4), B 862 (Werke Band 4, S. 697).]

上的要求,那它只有两种选择——要么皈依功能的责任概念,要么尝试根据报应刑论来证立刑罚的正当化根据。前一种选择是指望不上的。^[73]而由于报应刑论有着据说不可救药的形而上学特性,故后一种选择看上去似乎同样也不可取。当今一些不自知的形而上学者竟然指责报应刑论过于形而上学,这可真算得上是最为糟糕的咒骂之一。用罗克辛的话来说,“那种认为我们可以通过施加一种恶害(即刑罚痛苦的恶害)去抵偿或者消除另一种恶害(即犯罪行为)的想法,……只能是一种信仰,自从国家的暴力不再来自上帝,而是来自人民之后,就不允许国家再要求任何人必须忠于该信仰了”。^[74]但这种质疑了无新意。有一位学者通常被认为是绝对主义刑罚论的先驱,他早已用一种引人入胜的方式特别坚决有力地提出过这一质疑。用黑格尔(Hegel)的话说,仅仅因为已经存在了一个恶害,就意图再施加一个恶害的做法,是不理智的。^[75]他的门生爱德华·甘斯(Eduard Gans)评论道:“如果犯罪已经是一种恶害,那为什么我们还要用另一种恶害,即刑罚来增加原有的恶害呢?”^[76]因此,黑格尔和甘斯明显提出了一个假定,即实际上存在着一种版本的报应理论,该理论的内容不仅仅限于将两种恶害前后相接。^[77]在对该假定进行检视的同时,我们也跨入了刑法科学的理论的第二个任务区,即:找到一个在内容上具有信服力的刑罚根据论。^[78]

^[73] 在拙作[Fn. 54] S. 21 ff]中,我详细地阐明了,预防主义的刑罚根据论也面临着一些颇有分量和实质内容的反对意见。

^[74] Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 2 Rn. 1 ff; Hans-Joachim Rudolphi, in: SK-StGB 6. Aufl., 1997, § 3 Rn. 8.与此相似的观点: Theodor Lenckner, in: Hans Gröppinger u.a. (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Band I, 1972, S. 21; Eberhard Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., 1971, S. 80.

^[75] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 99 [Werke (Hrsg. Von Moldenhauer/Michel) Band 7, 1986, S. 187].

^[76] Eduard Gans, Naturrecht und Universalrechtsgeschichte, 2005, S. 110.

^[77] Michael Ramb对黑格尔的刑罚理论进行了深入的阐述。Michael Ramb, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, 2005, S. 16 ff.

^[78] 关于以下内容的详细论述,见 Michael Pawlik (Fn. 54), S.75 ff.近年来,报应刑论获得了蓬勃发展;在今天的学术研讨中,得到人们支持的报应刑论拥有大量不同的变体。具体的论证路径纷繁多样:有的指出,“恶有恶报”的实践深深植根于我们的文化之中[Tatjana Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 112 ff; Tatjana Hörnle/von Hirsch, in: Schünemann u. a. (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 91 ff];有的展开符号学和交流理论的研讨[Heinz-Gerd Schmilz, Zur Legitimität der Kriminalstrafe, 2001, S. 127 f, S. 173; Günther Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 1997, S. 98 ff; Günther Jakobs, Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: Klaus-Michael Kodalle (Hrsg.), Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, 1998, S. 31 ff; Günther Jakobs, Im Rahmen einer Tagung an der Akademie der Wissenschaften Berlin-Brandenburg, in: Eser u. a. (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 49 ff; Heiko Lesch, Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens, JA 1994, S. 598 f];有的则回归到康德的刑罚论[Otfried Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, 1995, S. 215 ff; Otfried Höffe, Im Rahmen einer Tagung an der Akademie der Wissenschaften Berlin-Brandenburg, in: Eser u. a. (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 312 ff; Hariolf Oberer, Über einige Begründungsaspekte der kantischen Strafrechtslehre, in: Reinhard Brandt (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 413, S. 418; Kristian Kühl, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001, S. 30 ff; Ernst Amadeus Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), S. 806 ff; Ernst Amadeus Wolff, in: Winfried Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik: Bedingungen der Strafrechtsreform, 1987, S. 166 ff; Michael Köhler (Fn. 41), S. 37 ff; Ernst Amadeus Wolff, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 44 ff; Ernst Amadeus Wolff, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 33 ff; Michael Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei (转下页)

黑格尔的基本思想极为简明,且该思想以损害赔偿(Schadensersatz)的概念而著称。据此,若某人造成了损害,则他有义务去实施一个建设性的举动,以此抵偿其破坏性的举动:即只要有可能,他就应当为恢复原状而努力。^[79] 对于这种表现形式的抵偿性正义,我们不能指责说,它的内容仅限于对两种恶害进行消极的排序。实际上,损害赔偿义务人带来了某种积极的功效,因为他使受到破坏的合法的自由分配状态得到了恢复。但是,如果我们将这一思想移用到刑罚当中,情况又会如何?显而易见,刑罚与损害赔偿之间存在着巨大的差异。损害赔偿的功能在于,对具体被害人因某个违约行为或不被容许的行为而遭受的损害进行抵偿。然而,刑罚的特点则在于,它对行为人施加了某种恶害,但却并未给被害人带来直接的好处。对行为人加以处罚,甚至时常会降低或者破坏被害人获得损害赔偿的机会。正是因为刑罚不考虑具体被害人的利益,所以它具有“超越个人”的特性。^[80] 因此,只有当某一不法本身不是单纯对个人自由利益的侵害,而是对由法所缔造之自由生存秩序的侵犯时,国家才能以刑罚的方式来对其实施报应。

一个自由的生存秩序绝不是抽象的规范秩序,它的特点在于,能够为其成员提供具体而真实的、昭然于世的自由。存在一种倡导、爱护自由的状态(Zustand der Freiheitlichkeit),这是个人享有真实自由的前提。要建立和维护这种倡导、爱护自由的状态,就需要制度,尤其是需要国家;这一信念仿佛构成了近现代政治哲学的定旋律(cantus firmus)*。当然,没有任何一个社会可以仅仅依赖制度的力量;原因只有一个,制度的行为效能是十分有限的。^[81] 因此,每一位公民都对维护真正倡导、爱护自由的状态直接负有责任。^[82] 谁要是以实现某一犯罪构成要件的方式逃避了

(接上页) den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, S. 272 ff; Rainer Zaczyk, in: Götz Landwehr (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit, 1999, S. 73 ff; Rainer Zaczyk (Fn. 53), S. 218 f];以及黑格尔的刑罚论 [Felix Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987, S. 63 ff; Diethelm Kleszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991, S. 369 ff; Wolfgang Schild, Strafe — Vergeltung oder Gnade?, SchZStrR 99 (1982), S. 364 ff; Wolfgang Schild, die unterschiedliche Notwendigkeit des Strafens, in: Kodalle (Hrsg.) Strafe muß sein! Muß Strafe sein? 1998, S. 102 ff; Wolfgang Schild, Strafbegriff und Grundgesetz, in: FS-Lenckner, 1998, S. 297 ff];以及一般的正义理论思想 [Ernst-Joachim Lampe, Strafphilosophie, 1999, S. 47, S. 55, S. 62, S. 167; Martin Rhonheimer, Die Perspektive der Moral, 2001, S. 308 f; J.-C. Wolf, Strafe als Wiederherstellung eines Gleichgewichts, JRE11 (2003), S. 199 ff].

^[79] Vgl. Die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 2, 1896, S. 20(“恢复义务原则”)。在当今关于损害赔偿法的文献中,抵偿思想依然具有核心的意义(vgl. Hartmut Oetker, in: MüKo-BGB Band 2, 4. Aufl., 2003, § 249 Rn. 8; Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht, Band I, § 2, Rn. 8. Aufl., 2000, S. 172);有的时候,人们会明确将该思想追溯至抵偿性的正义观念之上(例如 Julius von Staudinger u.a., 13. Aufl., 1998, Vorbem. zu § § 249 ff, Rn. 3)。

^[80] 承认刑罚的超个人特性,既不意味着我们要主张专制主义的国家观(但 Tatjana Hörnle 却是这样认为的。Tatjana Hörnle, Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 2006, S. 952),也不意味着被害人在刑法和刑事诉讼法当中的地位丧失了获得提升的可能。到此为止,我们仅仅是在探讨如何揭示刑罚的概念性构造;至于说刑罚制度的适用需要满足何种条件方能具备合法性,则尚未论及。在一个自由的生存秩序(对此,见本文下一部分)当中,对公民(不论他是以行为人还是以被害人的角色出现)的尊重,乃是国家一切惩罚活动的中心基准点。

* 定旋律是早期复调音乐常用的音乐素材,它是把一个旧有的旋律作为新作品的主题,这个被借用的旋律可能原封不动地被重复使用或略加变化。在此,作者用“定旋律”比喻在近现代政治哲学中获得普遍适用的基本理念。——译者注

^[81] Vgl. Michael Pawlik (Fn. 46), S. 279 ff.

^[82] Frank Saliger 反对这一看法,他声称,这是一种极权主义的观点。Frank Saliger, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, JZ 2006, S. 762.但该责难是不成立的。因为,恰恰相反,所谓的极权国家都是一门心思地单纯依靠暴力机构确保人们遵守规范。[Näher Verf. Michael Pawlik (Fn. 46), S. 280 f.]

这一责任,那他就是拒绝参与“通过法来实现自由”这一共同的规划,从而违背了其作为公民应当遵守的角色要求。^[83] 因此,某人实施了犯罪,这意味着,此人违背了公民所负有的应当共同去维护既有的自由生存秩序这一义务,从而实施了一个以侵害他人要求获得尊重的权利为表现形式的义务违反行为。^[84] 某人受到了刑罚处罚,这意味着,该人必须忍受自己的法益也被卷入其中,以此表明其冒险之举具有破坏自由的特性。因此,我们不能仅从消极的角度去理解刑罚,即把刑罚理解为对一个已然施加痛苦之举予以回应的另一个施加痛苦之举,而应该从积极的角度去理解它,将其看成为修复被行为人破坏的法律关系,而对行为人有所要求并加以利用的过程。

上文简要叙述了笔者对于刑法及其任务的理解,该见解恢复了刑法学与政治哲学之间的关联性。在19世纪的时候,这种关联性毫无争议地为人们所承认;但是,随后出现的实证主义却将之剔除出了人们的视域之外。^[85] 此外,从刑罚论的方面来看,虽然有人认为笔者的观点与预防刑论势同水火,但事实上两者的关系远比这一无稽之谈所断言的要亲近。^[86] 本文所提出的构想也旨在维护社会秩序,这一点和预防刑论并无二致。二者唯一的区别在于,它们虽然均试图对该社会秩序中值得维护的要素进行概念性的界定,但为此所采取的论证模式却存在差异。站在预防刑论的角度来看,刑法是一种用于保护社会利益的工具。在此背景下,预防刑论致力于利用犯罪行为所造成的不尽理想的状态,去实现未来社会生活的最优化。然而,根据本文的观点,刑法的任务在于,保证法共同体成员相互认可的状态具备必要的外部稳定性。被告人享有自由和获得他人尊重的权利,这一点无须——像通行的责任理论那样——从外部引入到刑罚正当化根据之中,它实际上自始就是刑罚正当化根据的固有内容。^[87]

[83] 格哈特(Gerhardt)(Partizipation, 2007, S. 343)曾强调,不仅仅只有立法和司法判决活动体现着代议制,事实上,日常遵守法律的行为也同样如此:“法律代表着制度化的共同体对于其成员之举动所发出的期待,法官代表着法律,而合法行动的公民则以自己的行动展现着法律的效力。”

[84] “作为规范违反的犯罪”(Verbrechen als Normverstoß)和“作为对某一具体人格体之侵害的犯罪”(Verbrechen als Verletzung einer konkreten Person),把这两者截然对立起来的做法[例如Ulfrid Neumann, Die Stellung des Opfers im Strafrecht, in: Winfried Hassemer (Hrsg.), Kriminalpolitik, 1987, S. 229 f],并不能令人满意,因为这两种表述都是片面的。一方面,如果我们试图将犯罪降格到个人之间关系的层次之上,那么如前所述,就无法理解国家针对犯罪所做的回应,也就是“刑罚”所具有的各种特征。[目前,诺伊曼自己也承认了这一点。Vgl. Ulfrid Neumann u.a. (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, S. 94.]另一方面,如果我们对于犯罪的认知仅仅停留在规范违反上,那就把整个的正当性问题给简单化了。这种做法忽略了一个事实——正当的刑罚只能针对具有特定质量的义务违反行为做出回应。即,这种行为必须违反了公民所负有的应当共同去维护既有的自由生存秩序这一义务。如果有人认为,本文所支持的犯罪概念隐含着政治上颇为危险的集体主义倾向,那么我想请他看一看那位没有任何嫌疑的历史人物:自由主义的鼻祖——约翰·洛克(John Locke)。在洛克看来,罪犯以其罪行表明自己不是按照理性和普遍平等的法则,而是按照别的法则去生活。所以,当一个犯罪人对某个同胞实施了不法的时候,他同时也实施了一个“针对全人类的犯罪”;因为,他松开并撕裂了用于保护人类免遭不法和暴行之害的束带。(John Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Hrsg. von Euchner, Zweite Abhandlung, 5 Aufl., 1992, § 8, S. 204.)如果说本文的立场有极权主义之嫌,那么洛克的观点在这方面也不相上下。

[85] 在新近的刑法教义学研究中,明显有越来越多的学者赞同这一判断。最近的文献有:Uwe Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 88.

[86] 最近, Marcus Bastelberger 又重提这一无稽之谈。Marcus Bastelberger (Fn. 53), S. 52 ff, S. 117 ff.

[87] Marcus Bastelberger [(Fn. 53), S. 52]断言,复仇主义的刑罚论将刑罚看作一种伦理上的必然,并且认为国家负有执行刑罚的义务。可是, Johannes Nagler 早已批判道,那种认为国家对犯罪负有绝对的处罚义务的论断,是“僵化的教条主义”,它顽固地相信最为重要的是“笃信书斋里产出的学说乃不刊之论”,但这种论断在实践中毫无影响。Johannes Nagler, Die Strafe: die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 1918, S. 723. 本文所提出来的,仅仅是一种使刑罚成为可能的理论(Strafmöglichkeitstheorie),即,它试图阐明,适用刑罚这种回应模式不存在原则上的顾虑,而不是使刑罚成为必需的理论(Straferzwingungstheorie)。[详见 Michael Pawlik (Fn. 54), S. 96 f.]

三、刑罚论与犯罪总论之间的关系

根据上文的论述,在犯罪概念和刑罚正当化根据之间存在着无法割裂的联系。两者应当像赞成的意见与反对的意见一样相互匹配。若某人在被问到现在几点钟时,竟然解释说,不,他很遗憾没有随身携带打火机——那就会令对方惊诧不已。在犯罪总论的语境下,这种惊诧会产生丧失合法性的效果:从交流的角度来看不适当的反应是没有意义的,无意义地使他人遭受恶害的做法也是不被容许的。毋庸强调的是,这种要求刑罚论与犯罪概念协调一致的原则(Adäquitätsprinzip)并不是刑法教义学对实定法所做解释的产物,而是属于超教义学准则的范畴,该准则应当成为解释的基础,它意图使解释看上去符合科学理论。刑罚是以公众的名义对行为人所要求并加以利用的活动,它只能与这样一种犯罪概念相对应,该犯罪概念以行为人针对公众所实施的违反共同参与与义务的行为为中心。在该论断中,我们再次看到了刑法科学的理论是如何得以运用的。不过,这同样也适用于以下这个论断,即:在一个自由的生存秩序当中,重要的不是行为人实施了某种不服从命令的行为,而是行为人通过对他人要求得到尊重这一具体权利造成侵害,从而表明其违反了义务。如果说刑法科学的理论在第一个论断中发挥了方法上的定向指南功能,那么,它通过第二点指明了刑罚要能获得人们的接受所必须满足的基础性和实质性的条件,即:当我们在论证刑罚的正当性时,必须和自由的合法性原则(Legitimationsprinzip der Freiheit)保持一致,而该原则正是近现代实践哲学的基础。^[88]

当然,刑法科学的理论要做的事还远不止这些。到目前为止,我们还没有弄清,上文提出的犯罪概念,其关联性究竟如何。“我们一旦选择了某一特定的犯罪概念,也就决定了教义学的内部结构,即决定了某种用于进行检验区分的程序。”^[89]告诉教义学应当坚持哪些结论、谁会支持这种犯罪概念,这同样也是刑法科学的理论的任务所在。在此,我只从该领域中选取出一点(尽管是核心的一点)来说明,即:如果说我们应当把犯罪理解为某种社会现象,也就是将之理解为对既有之自由生存秩序的伤害,那么我们在建构犯罪论的各个具体范畴时,也必须确保这些范畴能够恰当地反映出行为人举动的这一含义。换言之,我们必须考虑到这样一种事实,即刑法所关注的冲突是法律人格体(Rechtspersonen)之间的争端,该冲突并非发生在一个抽象、无色的法律世界(Rechtsuniversum)当中,而是发生在一个具体的、事先已经通过多种方式形成了规范的组织结构的社会空间当中。

(一) 行为理论

从刑法科学理论的视角来看,无论是刑法上自然主义(Naturalismus)还是(其后出现的)目的主义(Finalismus)^[90]的行为理论之所以理应受到批判,原因主要在于,这两种行为理论均不能满足上述要求。按照自然主义者贝林(Beling)所提出的定义,行为指的就是“一种在意志支持下出现的人的举动”,“不论该举动发生在哪里,也不论支配该举动的意志指向何种目的”。^[91]众所周知,韦尔策尔(Welzel)反对将意图要素排除在行为概念之外,他把行为界定为“对目的活动的执行”。^[92]但

[88] 对此,详见 Michael Pawlik (Fn. 43), S. 14 ff, S. 18 ff, S. 38 ff. 奥托(Otto)的构想[Harro Otto (Fn. 59), § 7 Rn. 50]与本文的犯罪概念相近。

[89] Frank Bleckmann (Fn. 31), S. 66.

[90] 关于韦尔策尔最初的理论及其后来发生的变化,见 Cancio Melia, Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung, GA 1995, S. 179 ff.

[91] Ernst von Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 17.

[92] Hans Welzel (Fn. 28), S. 33.

是,和他的自然主义前辈一样,韦尔策尔也是在一个前社会的分析模型之中去探讨行为概念的。两者均以纯粹工具性的格调去理解行为的主体,即将之理解为:对外部世界施加影响并且试图按照自己的目的去改造外部世界的个体。^[93]站在该行为主体的立场上来看,外部世界似乎是法益的集合体,相关主体能够通过其举动去影响这些法益的存在状态。共同体成员要求维护自身完整性的期待(Integritätserwartung),在这些法益当中得到了具体化,而此种期待是有其规范基础的;但在目的行为论者的眼中,这一点无足轻重。与行为人发生关系的,并不是其他人格体对行为人发出的具有法律根据的期待,而是他人法益在事实上的存在条件。据此,实施杀人行为,并不意味着行为人用实际行动否定了某一同胞的生存权,而只是表明,行为人大幅缩减了某一个体的生命长度。这么看来,目的主义论者所提出的行为概念并没有摆脱自然主义的影响,它不过是为那个依然深受自然主义影响的基本信念,提供了一套更为精致的说辞而已。^[94]

(二) 客观归责理论

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。^[95]不论是处在被容许风险范围内的行为不符合构成要件,^[96]还是信赖原则,^[97]抑或是在他人以自我答责的方式介入事件的案件中会发生归责关联的中断^[98]——所有这些论点“都为人们塑造社会的活动划定了答责的范围”,^[99]它们的关联点并不是某种自然主义意义上的因果流程,而是一种预先经过社会感知结构(soziale Wahrnehmungssstrukturen)*塑造的社会现实。^[100]如果单纯固守在教义学的内部,我们还无法充分地论证,为什么这种思考方式是至关重要的。^[101]为此,我们需要一种本文所述意义上的刑法科学的理论。

[93] Ernst Amadeus Wolf 和 Wolfgang Schild 曾对韦尔策尔行为概念所反映出的还原论(Reduktionismus)进行过批判。Ernst Amadeus Wolf, Das Problem der Handlung im Strafrecht, in: GS-Radbruch, 1968, S. 294 f. Wolfgang Schild, Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff, GA 1995, S. 104 f. Marcus Bastelberger 也指出,自然主义依旧存在于目的行为论之中。Marcus Bastelberger (Fn. 53), S. 23.关于该思维方式在自由理论方面的缺陷,vgl. Michael Pawlik (Fn. 43), S. 20 ff.

[94] Ebenso Günther Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 27 ff; Michael Köhler (Fn. 43), S. 125; Yesid Reyes, Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), S. 114 f; ähnlich Harro Otto (Fn. 31), S. 560 f, S. 574.

[95] 关于客观归责理论的发展,翔实而全面的介绍见: Christoph Hübner, Die Entstehung der objektiven Zurechnung, 2004.

[96] Vgl. Günther Jakobs (Fn. 59), § 7 Rn. 35 ff; Theodor Lenckner/Jörg Eisele (Fn. 68), Vorbem. § § 13 ff Rn. 93; Claus Roxin (Fn. 29), § 11 Rn. 65 ff.

[97] Vgl. Günther Jakobs (Fn. 59), § 7 Rn. 51 ff; Hans-Joachim Rudolphi (Fn. 59), Vor § 1 Rn. 72 ff; Günther Stratenwerth/Lothar Kuhlen (Fn. 69), § 15 Rn. 66 ff.

[98] Vgl. Günther Jakobs (Fn. 59), § 7 Rn. 56 ff; Theodor Lenckner/Jörg Eisele (Fn. 68), Vorbem. § § 13 ff Rn. 100 ff; Harro Otto (Fn. 59), § 6 Rn. 56 ff.

[99] Bernd Müssig, Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht, in: FS-Rudolphi, 2004, S. 165.

* 所谓“社会感知结构”,在此具体是指:归责原则原本就存在于社会现实当中,人们从一开始便是按照归责原则的标准去感知各种社会事件的。在此之后,该原则才进一步被引入到刑法之中。——译者注

[100] Ulfried Neumann (Fn. 31), S. 124 f; siehe auch Harro Otto (Fn. 31), S. 141 f.

[101] Günther Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), S. 845.

（三）犯罪故意教义学

在现代的犯罪故意教义学中，也出现了规范化的趋向。^{〔102〕} 用普珀(Puppe)的话说，“实现思考范式的转变，即从以行为人事实上的心理感受为中心，变为注重其举动在理性交流之中所具有的表达意义”，^{〔103〕} 实在是没有比这更加势在必行的了。因此，犯罪故意成立与否，关键并不在于行为人对他人完整性所遭遇的危险和侵害在事实上究竟是持容忍放任还是排斥态度，而是在于，如果我们将行为人的举动解释为一名忠诚于法的公民所实施的举动，那么该举动是否表达出了这种容忍放任的态度。^{〔104〕} 不过，这种规范化还不够完整，主要表现为以下两个方面：第一，该规范化仅止步于故意的意志因素；人们依旧将认识因素看作一种事实，试图在行为人的心理状态中去探寻它。^{〔105〕} 这样一来，那些基于法敌对的漠视态度而没有认识到其举动具有实现构成要件危险的人，就会比那些对自己的行为有所顾虑并预见到行为具有实现构成要件之盖然性的人，获得更优的待遇。但从价值论的角度来看，这一结论是无法令人信服的。^{〔106〕} 第二，也是尤为重要的一点，在通行的刑法教义学看来，坚持将故意与违法性认识区分开来，并没有什么不好。在19世纪的立法和司法中，主张禁止错误并不重要的观点愈发得势。原本，刑法教义学之所以对故意和违法性认识做出区分，就是为了应对当时的这种情况。^{〔107〕} 随后，主要是目的主义论者将该区分视为自身理论的组成部分。^{〔108〕} 由此带来的恶果是，尽管韦尔策尔为自然主义的行为概念提供了一套更为精致的说辞，但他却依然保留了这一概念所具有的工具主义的基本特征。在这一思考模式的框架内，目的性的故意行为仅仅是指：有认识、有意图地着手改变外部世界。在该故意概念之下，行为人对于事件之法律评价所持的态度毫无意义。因此，就需要在故意之外再增添违法性认识这一范畴。先前从故意领域中被驱逐出来的那些问题，即行为人是否知道刑法对他所引起的外界变化作何评价、如果行为人欠缺相关认知将会引发何种法律后果，似乎找到了避难之所。

这种还原主义的故意概念应当受到批判。理由在于：尽管从被害人的视角出发，我们或许可以将行为人有意对某种法益造成的侵害看成是一种多少值得控诉的损害；但是，只有站在以下这个功能的角度来看，法益侵害才能成为犯罪结果(Deliktserfolg)：这种侵害能够显示出法社会成员之间的人格体关系受到了损伤，^{〔109〕} 即它能够表明行为人拒绝认同其他成员。因此，行为人对于其

〔102〕 Grundlegend Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 255 ff; Rolf Herzberg, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1986, S. 249; Ingeborg Puppe, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991), S. 14 ff. 最近的总结性论述有：Ingeborg Puppe, in: NK-StGB, Band 1, 2. Aufl., 2005, § 15 Rn. 23 ff., S. 67 f. 对该观点持批判态度的有：Michael Köhler, Der Begriff der Zurechnung, in: FS-Hirsch, 1999, S. 78 f; 最新的论述有：Claus Roxin, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, in: FS-Rudolphi, 2004, S. 250 ff.

〔103〕 Ingeborg Puppe (Fn. 102), S. 15.

〔104〕 Ingeborg Puppe (Fn. 102), S. 14.

〔105〕 Ingeborg Puppe (Fn. 102), S. 36.

〔106〕 雅各布斯对该做法的荒谬性多有指摘，他最近的论述有：Günther Jakobs, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW 114 (2002), S. 584 ff. 当然，我们也可以从《德国基本法》第103条第2款的角度提出质疑：究竟能否通过扩张故意概念的方式，来实现对相关案件的恰当处理？（对此持批判态度的有 Urs Kindhäuser 和 Joachim Vogel. Urs Kindhäuser, Gleichgültigkeit als Vorsatz?, in: FS-Eser, 2005, S. 356 ff; Joachim Vogel, GA 2006, S. 388.）更好的做法是制定一条法律，使那种基于漠视态度而对构成要件事实缺乏认知的情况，能够在法律上获得与故意相同的处置。

〔107〕 Joachim Hruschka, Wieso ist eigentlich die „eingeschränkte Schuldtheorie“ „eingeschränkt“? — Abschied von einem Meinungsstreit, in: FS-Roxin, 2001, S. 442 f.

〔108〕 总结性的论述有：Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 84 ff.

〔109〕 Harro Otto (Fn. 31), S. 591.

举动之法律意义所持的态度,并不是需要在故意之外另行添加的东西;事实上,如果我们想把故意概念设计成一个真正的法律概念,那就必须把违法性认识看作故意概念不可或缺的组成部分,使其成为被故意所包含的内容。^[110]不可否认,将故意概念局限于对事实情状的认知,从而使其与违法性认识区分开来,这种做法从分析和教学法的角度来看往往是适当的。^[111]然而,“对于解决案例而言适当的策略”和科学的体系,这是两码事情。^[112]令人遗憾的是,在当今的犯罪论研究中,不少人已经丧失了把教学法的品质与原本意义上的科学的品质这两者区分开来的能力。刑法科学的理论重新揭示了此种区分的意义,这是它不可低估的一个优势。

四、对犯罪概念加以具体化的方法

应当正确地评价行为人举动的法律和社会意义——这是犯罪论的所有范畴均需统一遵循的要求。但是,犯罪概念的内部构造是怎样的呢?一种刑法教义学,如果它想担得起“科学”之名,就必须能够从方法论的层面上对迄今尚未解决的问题给出回答。^[113]前文讲过的道理在此也同样适用:实定的法律材料,并不能预先提供使这些材料形成自身构造的方法。所以,为此提出相应的准则,就成了刑法科学之理论肩负的责任。在当今的刑法教义学中,人们甚少对与之相关的问题展开深入的思考。^[114]在19世纪和20世纪之交的时候,情况还不是这样。那个时候,人们发展出了区分构成要件符合性、违法性和责任的犯罪概念;时至今日,这一犯罪概念在其基本内容上仍然具有权威性。对学界当年在建构犯罪概念时所运用的方法进行考察之所以有趣,不仅仅是基于教义学史方面的缘故。事实上,经过这种考察我们可以获知,为什么在犯罪概念内部所进行的区分从

^[110] Grundlegend Günther Jakobs, Dolus malus, in: FS-Rudolphi, 2004, S. 113 ff; Günther Jakobs, Handlungssteuerung und Antriebssteuerung — zu Hans Welzels Verbrechensbegriff, in: FS-Schreiber, 2003, S. 955 ff; Günther Jakobs, Bemerkungen zur subjektiven Tatseite der Untreue, in: FS-Dahs, 2005, S. 50 ff. 最近持同样观点的还有 Yü-Hisu Hsü. [Subjektiv mit Risikowissen, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 324. Nahestehend Harro Otto (Fn. 59), § 7 Rn. 64 ff; Harro Otto (Fn. 31), S. 590 ff.]只要我们承认,持漠视态度的人与那种在对事实和法律均有充分认知的情况下实施行为的人,所呈现的不法在程度上是等值的,那就足以保证上述立场并不会使那些对法律持漠视态度的人获得无法为人们接受的优待。认为行为人会得到此种不当的优待,是人们批判旧故意说时使用的一个主要论据[Vgl. nur Hans Welzel (Fn. 28), S. 160][Günther Jakobs (Fn. 106), S. 594 f].

^[111] 当然,事情并非总是如此。正如 Günther Jakobs 已经表明的那样,对于某些规范的构成要件要素——举个现实的例子:《德国刑法典》第 266 条所规定的财产看护义务——来说,我们根本无法将故意和违法性认识分离开来。Günther Jakobs, Untreue-Vorwurf wegen Verletzung gesellschaftsrechtlicher Sonderpflichten — Mannesmann/Vodafone, NSStZ 2005, S. 277 f. Joachim Hruschka [(Fn. 107), S. 448 f.]主张,对故意和违法性认识加以区分是从犯罪构造中推导出的必然结论;但现在看来,论者恐怕是过于高估该命题了。

^[112] Jürgen Rödiger, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, in: FS-Lange, 1976, S. 62 Fn. 48.持同样观点的有 Winrich Langer (Fn. 31), S. 440; Heiko Lesch (Fn. 61), S. 224. Vgl. Ingeborg Puppe, in: NK-StGB, Band 1, 2. Aufl., 2005, Vor § 13 Rn. 1 f.; Bernd Schünemann (Fn. 31), S. 131.出自早期文献的论述: Gustav Radbruch (Fn. 36), S. 159.

^[113] “只有当我们借助某种能够获得表达和证立的方法触及不同原理之间的关联性时”,才能说我们所进行的是体系性的思考。[Dieter Henrich 的这一看法是正确的。Dieter Henrich, Ist systematische Philosophie möglich? (Hegel-Studien, Beiheft 17), 1977, S. 9.]关于体系和方法之间的关系,详见 Werner Marx, Aufgabe und Methode der Philosophie in Schellings System des transzendentalen Idealismus und in Hegels Phänomenologie des Geistes, in: Dieter Heinrich, Ist systematische Philosophie möglich? 1977, S. 258 f.

^[114] 应当强调席尔德(Schild)和朗格尔(Langer)所进行的研究: Wolfgang Schild, Die „Merkmale“ der Straftat und ihres Begriffs, 1979; Winrich Langer (Fn. 31), S. 444 ff.

体系性的角度来看始终不能令人满意。

所谓“古典”犯罪概念的缔造者们——李斯特、拉德布鲁赫(Radbruch)和贝林,试图借助一种分门别类的方法来践行其体系性的要求。这种方法的特点在于,先确立一个具有高度普遍性的、中性无色的初始概念,即我们已经非常熟悉的自然主义的行为概念,然后再一步步地往上添加其他要素。^[115] 按照拉德布鲁赫的看法,这些要素(即构成要件符合性、违法性和责任)与行为概念之间的关系,就像是定语与名词之间的关系一样。^[116] 这种观点的弊端在于,它并不符合康德式的体系概念。正如本文开头所述,康德认为体系是杂多知识在一个理念之下节节相连的统一性。如果某种方法只是满足于提出具体的要素,以这些要素的整体显示犯罪的特征,那么该方法还不能满足康德式体系思考的要求。我们所要寻找的方法,必须能对其对象的统一性展开思考。可是,分门别类的方法却无法做到这一点。^[117] “分类的体系充其量只能带来分类的知识。”^[118] 如果说犯罪是由要素 1、2 和 3 组成,那么严格来讲,这并没有对犯罪概念本身发表看法,而只是谈到了犯罪概念的要素而已。这样一来,我们就无法说明,为什么这些具体要素(而且仅仅是这些要素)就是这同一对象的要素。“不过,对象始终都被假定为分析的客体,但只有当对象还是一种尚未被理解、至多只是以质朴和非科学的方式被领会的复杂现实时,该假定才能成立。”^[119]

因此,为了能够把握犯罪概念之具体组成要素的统一性,我们必须从整体出发,而具体要素就是这一整体的组成部分。^[120] 在这里,康德的一个见地再度被证明是弥足珍贵的。他在论述科学的开端时指出,科学的理性“就如同一个胚胎”一样,“一切部分都还被紧紧包裹着隐藏在胚胎里,就连用显微镜观察也几乎看不出来”。^[121] 众所周知,黑格尔将应当运用何种方法的问题——康德把这个问题驱逐到了《纯粹理性批判》的结尾部分——置于其哲学体系的中心。他重拾了康德式的隐喻,并对其做了进一步发展:“正如在一切有生命的东西那里,一切东西都已经以观念的形式包含在胚胎中,并且是由这胚胎本身,而不是由一种异己的力量产生出来的,同样活生生的精神的一切特殊形态也必须从作为它们胚胎的精神概念中自己发生出来。”^[122] 真实的东西是作为“在其自身内部发展的并且合并集中成统一性的东西,也即作为整体”而存在的。^[123] 哲学思考应当仅仅

^[115] Vgl. Ernst von Beling (Fn. 91), S. 5 ff; Franz Liszt (Fn. 27), S. 110 ff; Gustav Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1967, S. 68 ff.

^[116] Gustav Radbruch (Fn. 115), S. 71.

^[117] Grundlegend Wolfgang Schild (Fn. 114), S. 6 ff; 总结性的论述见 Wolfgang Schild, in: AK-StGB, Band 1, 1990, Vor § 13 Rn. 23. 最近持相同观点的,见 Niermann Voßgätter, Die sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre von der objektiven Zurechnung, 2004, S. 119. 持类似观点的有 Winrich Langer [(Fn. 31), 451 ff.], Eberhard Schmidhäuser [(Fn. 56), S. 270], Ernst Amadeus Wolff (Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964, S. 21)。从一般哲学的视角出发得出同样观点的有 Marco Haase [(Fn. 2), S. 6]。下文将紧密依托席尔德的论述。

^[118] Winrich Langer (Fn. 31), S. 453.

^[119] Wolfgang Schild (Fn. 117), Vor § 13 Rn. 23.

^[120] Ebenso Wolfgang Schild [(Fn. 114), S. 26 ff].

^[121] Immanuel Kant (Fn. 4), B 862, Werke Band 4, S. 697.

^[122] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften, Dritter Teil, § 379 Z (Werke Band 10, S. 14).

^[123] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften, Erster Teil, § 14 (Werke Band 8, S. 59).

“仿佛只注视着对象的自身发展”。^[124]

这个第一眼看上去让人颇感玄奥的程序,是如何在刑法教义学的实践中展开的,它又能够取得怎样的成果呢?在本文行将结束之际,我用一个例子来加以说明。如前所述,某人实施了犯罪,这意味着他违反了对所属之法共同体负有的义务,而这种义务违反表现为行为人侵犯了他人要求获得尊重的权利。但是,对犯罪概念所做的这个界定,随即引发了一个问题:这种要求获得尊重的权利,其确切的内容究竟是什么,一名处在行为人境况下的公民必须去做哪些事情去保障他人的完整性呢?亦即,国家究竟凭借何种理由能够要求一名公民在操控自己的举动时,应当顾及他人享有的完整性利益,而且,由此得到证立的管辖性(Zuständigkeit)的范围又有多宽呢?^[125]如果说上文简要叙述的方法论观点应当得到认真对待的话,那我们就必须从犯罪概念自身所提供的论证资源中寻找该问题的答案。那么,具体该怎么做呢?根据本文第二部分第3点所述,对公民课以参与“通过法来实现自由”这一共同规划的义务,其正当性根据在于,这么做是维护真正的倡导和爱护自由的状态所必需的。不过,从近现代的意义上来讲,倡导和爱护自由的存在状态的基本目的在于:使人能够过上自我决定的生活。用更平易一些的措辞来说,就是:使人拥有一定的法权空间,从而能够进行自我安排。^[126]相应地,用黑格尔的一句名言来说,在一个倡导和爱护自由的法秩序当中,每个公民负有的基本义务是“尊重他人为人”。^[127]换言之:我应当尊重我同胞的消极自由,不去损害我所感知到的、自己同胞所享有之法权空间的完整性。

这项义务的内容包括:首先,我不侵入他人的法权空间。^[128]其次,如果我给他人的法权空间造成了危险,那么在该危险转化为对他人的实害结果之前,我必须采取积极的应对措施去消除它。但是,这一区分并不涉及我所负义务的根据——两种情形下的义务根据都是一样的,即:勿伤害他人(neminem laede)!——它只涉及履行义务的不同样态而已。因此,存在着一个可以同等适用于作为和不作为的一般的管辖性构成要件;而通常所说的由先行行为、交往义务以及事实承担所产生的保证人地位,^[129]只是该构成要件的各种特殊应用实例而已。^[130]对作为和不作为加以区分,这种做法从案例分析技术

[124] Georg Wilhelm Friedrich Hegel (Fn. 122), § 379 Z (Werke Band 10, S. 14).关于如何从科学理论的角度出发去论证该程序的正当性,最近的论述见 Marco Haase (Fn. 2), S. 6.

[125] Perdomo-Torres (Garantenpflichten aus Vertrautheit, 2006, S. 155)曾评论道:“被视为不作为犯之‘棘手难题’的那个问题,即如何证立法律上的作为义务,正在转变为现代刑法的核心。”用于证立管辖性根据(Zuständigkeitsbegründung)的各种理论图型的体系,详见 Michael Pawlik (Fn. 43), S. 127 ff.

[126] Michael Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 9 ff.

[127] Georg Wilhelm Friedrich Hegel (Fn. 42), § 36 (S. 95).

[128] Dazu Georg Wilhelm Friedrich Hegel (Fn. 42), § 38 (S. 97).

[129] Zu ihnen vgl. nur Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2005, § 18 Rn. 68 ff., 91 ff., 106 ff.; Walter Stree, in: Sch-Sch StGB, 27. Aufl., 2006, § 13 Rn. 27 ff., 32 ff., 43 ff.; Wolfgang Wohlers, in: NK-StGB Band 1, 2. Aufl., 2005, § 13 Rn. 38 ff., 42 ff.

[130] Grundlegend Günther Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 36 ff. Ebenso Georg Freund (Fn. 55), § 13 Rn. 60 ff.; Michael Gauger, Die Dogmatik der konkludenten Täuschung, Frankfurt 2001, S. 199 ff.; Rainer Keller, Der Verlust von orientierungskräftiger Gegenständlichkeit im Strafrecht und der Normativismus, ZStW 107 (1995), S. 489; Perdomo-Torres (Fn. 125) S. 92, 155, 158 f.; Yesid Reyes (Fn. 94), S. 118 f., S. 125; Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 51 ff.; Wolff-Reske, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995, S. 157 ff.立场相近的有: Klaus Volk, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme, in: FS-Tröndle, 1989, S. 224 ff.出自哲学文献的最新论述有: Gottfried Seebaß (Fn. 54), S. 260.

的角度来看是适当的。因为,在大多数案件当中,判断行为人是否以积极作为的方式侵犯了他人的法权空间,比认定行为人是否违反了某种危险消除义务要容易。然而,从体系性的角度来说,作为和不作为的区分并不具有关键性的意义。

不过,认为作为也需要具备保证人地位的观点,是不是一个在教义学上毫无建树的联想游戏,又是不是一个理论家异想天开的典型产物呢?非也。本文所阐明的,不过是传统教义学长久以来已经在实践着的东西。如果我们重新审视一下当代刑法学思想值得炫耀的成果之一,也就是客观归责理论,以及它所提出的创造和实现了不被容许之风险的要件,^[131]就足以证明这一点。客观归责的构想,已经悄然假定“单个公民是具有保证人属性的”。^[132]该理论将单个公民设想为某一规范的对象,我们可以根据规范对他发出期待,要求他在操控自己的举动时顾及后续事件之被害者的完整性利益。尽管由于客观归责理论对传统的自然主义和目的主义模式持反对态度,人们大多感觉该理论是限缩刑罚的;但是,任何一个限缩刑罚的要素,同时又在发挥着证立刑罚的作用。^{*}因此,如果我们在判断客观归责时提出,国家期待公民顾及他人的完整性利益,那么这种期待为什么以及在多大范围内具有合法性呢?该问题是不容回避的。本文关于管辖性根据(Zuständigkeitsbegründung)这个一般性概念所展开的思考,正是以这个问题为基础的。^[133]因此,无论是对于积极引发某种损害流程的人,还是对于不去阻止该流程的人,都同样需要提出这样的问题。^[134]如果将该立场一以贯之地坚持到底,那么传统的刑法教义学也不能否认:管辖性根据是刑法上任何一个责任归属判断都不可或缺的基础。

五、总结:勇于开展更多的理论思考

上述思考的结论可以简述如下:在当今刑法教义学的体系性诉求和它的实践之间,存在着巨大的鸿沟。当下,在科学政策方面恰恰有一种声音,认为和理论保持距离才是一种优良的特性,^{**}^[135]但笔者反对这一观点。我认为,为了填补这一鸿沟,我们需要更多、而不是更少的理论思考。至少,还有康德^[136]这样杰出的同盟者支持这一呼吁。因此,刑法需要一门刑法科学的理论。这一理论将会平息——最后再引用一次费尔巴哈就职演说里的一句话——“经验与哲学之间的纷争”,保证“两者和平地融合在一起,并且和睦地彼此共存、相互支持”。^[137]当然,以哲学为指导的刑法科学的理论提出了严格的规矩,当今的教义学是不是真的愿意置身于该规矩的约束之中,是大有疑问

^[131] 见前注[96]至[98]的文献引证。

^[132] Perdomo-Torres (Fn. 125), S. 147.

* 这是阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)曾经提出的一个看法,即:在犯罪论体系当中,任何一个意在限缩处罚范围的要素(例如正当防卫),若认定其成立(例如杀人行为成立正当防卫),则自然会产生限制刑罚发动的效果;可是,一旦认定其不成立(例如杀人行为属于防卫过当),则反而会产生支持动用刑罚的作用。——译者注

^[133] 立场相近的有: Bernd Müssig (Fn. 99), S. 172 ff.; Perdomo-Torres (Fn. 125), S. 146 f.

^[134] 持类似观点的有: Georg Freund (Fn. 55), § 13 Rn. 72 ff.

** 这指的是,晚近以来,无论是公众还是某些知名的专业人士均提出,科学不应在理论推导上耗费太多的时间和精力,而应当将其实践效果放在首位。——译者注

^[135] 最近, Alexander Somek (Rechtliches Wissen, 2006, S. 7)指出:“以法为对象的科学工作正处在消极防御的状态之中。和提供劳务以及为实务性的职业活动做准备的工作相比,科学研究被看作是百无一用。”

^[136] Immanuel Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Werke Band 9, S. 127 f. Ebenso Joachim Hruschka (Fn. 31), S. 244 Fn. 13.

^[137] Paul Feuerbach (Fn. 18), S. 76.

的。更有可能出现的局面是,当前对具体问题进行细致入微的分析加工、同时弱化体系性约束的趋势,将会在整体上继续存在。结论就是,在当今刑法教义学中已经显现出来的折中主义(Eklektizismus)倾向,^[138]将会进一步得到强化;在刑事司法实践当中,学者们简直可以运用折中主义为所有东西——严格地说,折中主义实际上不能为任何东西——找到论据。从哲学出发对刑法教义学展开思考,这是德国特有的一个传统,该传统在京特·雅各布斯的著作中重新迎来了壮丽的高潮;从表面上来看,如果这个传统也步所有其他的“德意志特殊道路”(deutscher Sonderweg)*的后尘而走向灭亡,那我们对于折中主义的盛行似乎也没什么好抱怨的。但是,假如抛弃了该传统,我们所失去的就不仅仅是盛开在德国科学文明中的一朵备受世界赞誉的鲜花,^[139]而且还有我们法治国遗产的一部分。雅各布斯所具有的创造力,还能在较长的时间里使我们幸免此劫!

Abstract There is a tendency in contemporary German criminal law dogmatics to focus on the detailed research of specific problems and weaken systematic requirements. But the consistency of the system, after all, is the basic requirement of criminal law as a subject of science. The theory of criminal law science aims to put forward the necessary criteria for the construction of criminal law dogmatics, so as to ensure that criminal law dogmatics can become a systematic and rational science. The theory of penalty is the starting point of constructing the general theory of crime. The content of the concept of crime depends on the justification of penalty. The task of criminal law is to ensure the necessary stability of mutual recognition among members of the community. Therefore, the essence of crime is not infringement of legal interests, but only when an act violates the obligation of citizens to jointly maintain the existing order of free existence, can it be regarded as a crime. Starting from the concept of the crime, we can deduce the corresponding conclusions in the specific areas of the general theory of crime, such as the concept of behavior, the objective imputation, the theory of intention, and the omission crime. The advantage of the theory of criminal law science is that it can distinguish the teaching quality of a certain theory from its real scientific quality.

Keywords Criminal Law Science, Theory of Crime, Theory of Penalty, Dogmatics of Law, System

(责任编辑:陈可倩)

^[138] Björn Burkhardt (Fn. 31), S. 152; Bernd Schünemann (Fn. 31), 222 ff; Bernd Schünemann (Fn. 31), S. 6 f.

* 所谓“德意志特殊道路”,是指德意志民族在发展过程中,逐渐产生出一种意识,认为德国可以不必接受启蒙思想中自由民主的价值理念,而应当走一条不同于西方主流社会发展的特殊之路。这种观念对德国在20世纪30年代最终走向纳粹起到了思想上的重要推动作用。——译者注

^[139] Vgl. zuletzt Gimbernat Ordeig, Sind die bisherigen dogmatischen Grunderfordernisse eines Allgemeinen Teils geeignet, dem heutigen Stand der Kriminalität, der Strafzumessung und des Sanktionensystems zu genügen? in: Hans Joachim Hirsch (Hrsg.), Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften? 2001, S. 165; Silva Sánchez, Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?, GA 2004, S. 682.