

也谈客观归责理论

兼与周光权、刘艳红教授商榷

张明楷*

摘要 新康德主义是客观归责理论得以形成的理论基础;杀人、伤害等罪的实行行为缺乏定型性,以及条件说的无限溯及,是形成客观归责理论的基本原因;客观归责理论以法益保护为导向,与结果无价值论并不矛盾。客观归责理论不是事实的因果关系理论,而是以事实的因果关系为前提的规范评价理论,也是构成要件理论。客观归责理论可以克服单纯采用条件说所形成的缺陷,能够从存在论到规范论进行类型化判断,但也有不能令人满意之处:将所有限缩客观构成要件的问题都当作结果归责来处理,而且没有分别讨论构成要件要素。在我国,应当强调构成要件符合性概念以及各个要素的重要性,并应保留实行行为概念,故不能直接照搬德国的客观归责理论。但是,在构成要件部分维持实行行为、行为对象、结果、因果关系的基本构架下,应当充分借鉴客观归责理论的具体内容:“实行行为”部分,应当借鉴制造不允许的危险的全部具体内容,以及危险实现与构成要件的效力范围的部分内容;“结果”部分,应当采取规范判断的立场;“因果关系”部分,应当借鉴危险实现的基本内容,将现行的因果关系分为事实的因果关系与结果归属两部分,分别进行事实判断与规范判断。此外,优先排除犯罪的成立,并不是安排犯罪论体系的理由。

关键词 客观归责理论 形成 定位 评价 借鉴

《中外法学》2011年第6期发表了刘艳红教授的《客观归责理论:质疑与反思》一文(以下简称刘文)。刘文认为,客观归责理论是因果关系理论,而不是归责理论;客观归责理论并不是单纯的客观归责,相反包含了主观归责的内容;客观归责理论混淆了构成要件符合性、违法性、有责性的关系,削弱了三阶层犯罪论体系的机能。刘文进而主张,我国刑法学采用相当因果关

* 清华大学法学院教授。

系理论即可,不必引进客观归责理论。周光权教授在《中外法学》2012年第2期上发表的《客观归责理论的方法论意义》一文(以下简称周文),与刘艳红教授进行了商榷。周文认为,相当因果关系说在方法论上存在诸多缺陷,而客观归责理论则在方法论上具有非常明显的优势,如用多重规则确保检验时没有遗漏,建立正面判断和反向检验交互进行的检验标准,展示一般预防的刑罚效果,凸显评价的层次性、充分性,确保刑法判断的客观化;客观归责理论只是强调客观判断必须优先进行,不会模糊三阶层理论。在笔者看来,刘文和周文都有合理之处,也都有值得商榷之处。本文拟对客观归责理论发表浅见,并与周文、刘文商榷。

一、客观归责理论的形成

客观归责理论的形成经历了一个漫长的过程。归责或归属(Zurechnung)源于拉丁语的归责一词(imputatio)。在德国刑法学中,从普芬道夫(S.Pufendorf,1632—1694)时代开始,归责就成为重要的概念,费尔巴哈也使用归责概念,并将归责分为对行为的归责(某个主体是某个事实的自由的原因)和对责任的归责(行为人对事实归责的责任)。为归责概念赋予法哲学意义的是黑格尔。根据黑格尔的观点,只有将外部事实归属于主体即意思时,该外部事实才是行为人的作品。

19世纪后半期,自然科学的思考方法风靡一时,哲学上的归责论被自然科学的因果关系论取代,于是条件说享有相当重要的地位。由于条件说可能导致无限的溯及,于是出现了因果关系中断论。19世纪末,刑法理论上出现的个别化原因说、禁止溯及论和相当因果关系论,都旨在解决条件说可能存在的无限溯及问题。

进入20世纪后,开始出现从规范的视角限定条件说的无限溯及的理论。这种理论起先在斯堪的纳维亚诸国、荷兰与奥地利出现萌芽。在德国,M.L.Müller提出了符合规范的危险理论。20世纪20年代,奥地利民法学者从规范的视角提出的限制论即违法性关联的理论成为当时有力的学说。在随后的30年代,M.L.Müller对危险概念的分析,由K.Engisch采用到相当因果关系理论中,K.Engisch区分了行为的危险性(危险创出)与危险的实现。1927年,德国民法学者K.Larenz出版了《黑格尔的归责论与客观归责的概念》一书,从客观归责论的观点为相当因果关系说提供根据。R.Honig于1930年提倡以客观的目的可能性作为归责基准的客观归责论。此后,归责论的思想被刑法学维持。20世纪60年代,德国的民法学在英美法、奥地利法的影响下,精心地展开了规范的保护范围的理论。根据这一理论,只有当结果包含于被侵害的规范的保护范围之内时,才能将该结果归责于行为。其中,危险的概念起着重要作用。20世纪60年代末70年代初,J.Rudolphi、C.Roxin、B.Schünemann等学者,开始在刑法学中提倡规范的保护目的理论,这一理论与前述危险的创出、危险的实现的理论相融合,形成了现在的客观归责理论。^{〔1〕}

从哲学上说,新康德主义是客观归责理论得以形成的理论基础。新康德主义的代表人物

〔1〕 以上参见(日)山中敬一:《刑法总论》,成文堂2008年版,页248以下。

之一文德尔班(W. Windelband)区分事实世界与价值世界、事实命题与价值命题,但又认为它们并非毫不相关,而是互有联系,亦即,后者高于前者,前者从属于后者。因为事实命题只是关于“真”的命题,而价值命题还包括“善”与“美”的问题。他还认为,“真”既关系到对事实的认识,也关系到对事实的评价,因而它是事实世界与价值世界之间的桥梁,正是它将这两个彼此区别的世界联系起来。李凯尔特(H. Rickert)否定了“物自身”的客观存在,认为“离开了意识,就没有存在”。李凯尔特也将世界分为事实世界与价值世界,所谓事实世界就是表象(现象)世界或经验世界;而价值世界则是人的主观意志(本体)的世界。价值不是现实存在,而是现实存在的意义;某些客体具有价值,但是具体价值的客体与价值本身不是一回事。在事实世界中,有许多表象是依据因果性、必然性等先验的范畴互相联系的;在价值世界中也涉及表象,但在这个领域中,表象不是依据因果性、必然性等先验范畴相互发生关系,而是依据价值规范与认识主体的意志和情感发生关系。李凯尔特指出,哲学的任务就在于研究这些作为价值的价值,探讨它们的意义,以便把它们纳入一切价值的普遍的、目的论的联系中;只有解决了价值问题,才能谈论世界的意义。自然科学的任务在于寻求规律,社会历史科学的任务是描述、评价具体的社会历史事件,法律学处于自然科学与社会历史科学两极之间,属于中间领域的文化科学,作为文化科学的法律学的本质方法应是价值关系的方法。^{〔2〕}

客观归责理论以条件说或者合法则的条件说为前提。但是,将具有条件关系的行为宣布为违法不一定是有意义的,因为将一个行为宣布为违法的目的是禁止这种违法行为,或者说使一般人不实施这种违法行为。说一个行为造成了他人死亡(事实),并不意味着该行为是违反规范的(价值);将一个有重大因果偏离的结果归属于行为人,并不利于预防一般人造成这种结果。所以,必须目的性地判断什么行为是违法行为。不难看出,客观归责理论与新康德主义哲学的基本观点完全吻合。正如 C. Roxin 教授所言:“只要人们将不法理解为通过不允许的危险的实现所导致的法益侵害,就能同时实现一种从存在论向规范论的转变。因果性和目的性是一种存在类型,该类型从以该类型为依据建构的理论立场(即物本逻辑的立场——引者注)出发仅仅能决定诸如什么是杀人、毁坏或者伤害。相反,如果人们从本文所发展的见解(即规范论的见解——引者注)出发则会得出如下结论:虽然每项杀人——在上述事例范围内——也是以实证的根基为前提的,但是,一个导致死亡的行为(Todesverursachung)是不是杀人行为(Tötungshandlung),应当规范地依据是否遵守抑或违反允许危险的规定作出判断。”^{〔3〕}概言之,要使刑法规范发挥行为规范的机能,就必须对行为、结果及其因果关系进行规范评价,这正是新康德主义哲学的观点。C. Roxin 教授也明确指出,自己的客观归责理论试图完成新康德主义的构想,并且以新的形式发展其内容。^{〔4〕}

〔2〕 以上参见韩震主编:《西方哲学教程》,北京师范大学出版社2006年版,页301以下;夏基松:《现代西方哲学教程》,上海人民出版社1985年版,页115以下。

〔3〕 C. Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116(2004), S.931.

〔4〕 C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C.H. Beck, 2006, S.206.

从刑法学上说,杀人、伤害、毁坏财物等罪的实行行为缺乏定型性,^{〔5〕}以及条件说的无限溯及,是形成客观归责理论的基本原因。如所周知,客观归责理论是针对结果犯而言。当现实生活中发生了一种法益侵害结果时,根据自然科学的因果关系,人们很自然地找到与结果具有条件关系的行为,并且认为该行为就是结果发生的原因。倘若刑法对构成要件行为作了定型性的具体描述,司法人员认为造成该结果的行为并不符合构成要件,就可以否认该行为构成犯罪。但是,由于杀人、伤害行为缺乏定型性,所以,当结果表现为他人伤亡时,引起该事实的行为是否属于刑法上的杀人、伤害行为,就难以下结论。于是,先采取条件关系,从存在论的角度肯定与伤亡结果之间具有因果关系的行为是杀人、伤害行为,再通过规范评价,得出能否将该结果归责于该行为的结论。这便是客观归责理论。

例如,C.Roxin 教授指出,A 知道 B 有自杀的意思,但仍然将致死量的海洛因出卖给 B,B 注射该海洛因后死亡。A 的行为与 B 的死亡具有因果关系,且具有未必的故意,如果认为 A 的行为完全符合杀人罪的构成要件,就必须处罚 A。但是,对 A 以杀人罪论处是不合适的,因此,必须运用客观归责理论,不将结果归属于 A。^{〔6〕}“不言而喻,上例中 A 的行为在日本刑法中属于参与自杀(帮助自杀)罪(第 202 条)。因此,杀人罪(第 199 条)的构成要件,是‘违反被害人的意志’故意杀害他人,被害人的承诺明显具有作为阻却杀人罪的构成要件符合性的事由(构成要件不符合事由)的机能。与此相对,在没有规定参与自杀罪的德国,A 的行为就可能被解释为符合杀人罪构成要件的行为。”^{〔7〕}不难看出,C.Roxin 教授之所以认为上述 A 的行为与死亡结果之间具有因果关系,一方面是基于条件说(或合法则的条件说),另一方面是因为杀人的实行行为缺乏定型性,人们难以判断哪些行为是杀人行为,哪些行为不是杀人行为。^{〔8〕}于是,“客观归责理论提供一个普遍有效的判断规则,用来判断何种引起死亡结果、伤害结果或毁损结果的行为是杀人行为、伤害行为或毁损行为,而何种不是。”^{〔9〕}

再如,U.Kindhäuser 教授在讨论为什么需要采取客观归责理论时举例指出,A 将自己的一把斧头借给手脚笨拙的邻居 L,L 在使用该斧头劈木材时,不小心将自己劈伤。“在既定的情况下,如果人们想要能够因果地解释结果的发生,就不得不考虑 L 对斧头的拥有,于是,A 将斧头借给 L 就是造成 L 身体伤害的一个原因。此外还会出现这样的情形:A 估计到邻居 L 如此笨拙以致会伤害到他自己,却仍然故意地将斧头借给他。对此,又该如何处理呢?而且,在这种情况下,A 又不可能援引正当化事由和责任阻却事由,于是,A 就很可能因为故意实施

〔5〕 本文所称的杀人罪、伤害罪一般包含故意杀人罪、故意伤害罪与过失致人死亡罪、过失致人重伤罪。为了表述方便,本文以下仅以杀人、伤害为例。

〔6〕 C.Roxin,见前注〔4〕,S.403ff.

〔7〕 (日)曾根威彦:《客观的归属论の体系论的考察》,(日)冈野光雄等编:《西原春夫先生古稀祝贺论文集(第一卷)》,成文堂 1998 年版,页 71。

〔8〕 例如,倘若 B 没有自杀的意思,A 将海洛因冒充为健身药品出卖给 B。B 注射后死亡,人们会肯定 A 的行为构成杀人罪。既然如此,在 C.Roxin 教授所举的案件中,也可以认为 A 的行为是杀人行为,但应否肯定其行为成立杀人罪便存在疑问。

〔9〕 (德)骆克信:“客观归责理论”,许玉秀译,《政大法学评论》1994 年第 50 期。

身体侵害而遭受处罚。可是,这样的结论是难以令人接受的。”^[10]于是,需要审查结果应当归责于谁。显而易见,U.Kindhäuser教授所提出的必须审查将结果归属于谁的行为,也是因为,基于条件说不能否认A的行为与L的身体伤害之间的因果性,同样,由于伤害行为缺乏定型性,无法否定借斧头给他人的行为是伤害行为,于是,借助于客观归责理论,使A不受处罚。

W.Frisch教授的论述,更是直接地表明了这一点。W.Frisch教授在一篇论文中列举了一些案例:行为人开枪仅打伤了被害人,被害人却在医院中感染到当下正流行的感冒病毒而死亡;行为人叫被害人乘船旅行,被害人乘船旅行时正如行为人所期盼的那样因沉船事故而死亡。W.Frisch教授针对这些案例指出:根据条件说或等价理论,

当行为人对于结果的发生(譬如死亡或伤害)设定了一个必要条件时,他便引发(惹起、招致)了结果;随之,依照当时多数人的见解,杀人或伤害罪的客观构成要件也就同时被实现……不难看出这个所谓的条件理论或等价理论,在前面的所有案例中都会得出肯定原因性的结论。如果我们将行为与结果间的关联限缩在这样的要求,那么这个理论也就同时得出客观构成要件实现的结论:若是没有需要治疗的枪伤就不会在医院里被传染感冒、若是没有促成他人搭船旅行就不会在船难中丧失。这同样也适用于其他的案件。如此一样,即使是凶手的父母,也实现了杀人罪的(客观)构成要件……只有当我们在一种较为严格的意义下去理解法条中所要求的“结果原因”时,才能避免这种类似的荒诞结论。^[11]

这段话不仅批判了条件理论,而且说明了客观归责理论的形成原因。易言之,条件说的无回溯及与杀人、伤害罪的实行行为的无定型性,迫使刑法理论对条件说进行限定,最终形成了客观归责理论。

需要说明的是,虽然条件说存在扩大原因的缺陷,^[12]但并不意味着刑法理论在判断因果关系时,不得运用条件说(条件关系公式)。这是因为,如果不在条件关系的基础上或者前提下进行客观归责,就会使客观归责完全脱离事实根据,而离开事实根据的单纯的规范判断,必然损害构成要件符合性判断与违法性判断的安定性。意大利学者帕多瓦尼指出:“条件理论的真正缺陷不在于它扩大了原因的范围,而是深藏于其运用机制的本身:运用‘思维排除法’的前提,是人们必须事先就已经知道究竟条件具备何等的原因力,即知道这些条件如何作为原因

[10] U.Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Nomos, 2011, S.88f.

[11] (德)沃尔冈夫·弗里希:“客观的结果归责”,蔡圣伟译,陈兴良主编:《刑事法评论》第30卷,北京大学出版社2012年版,页223-224。

[12] 条件说可能仅指条件关系,即没有前者就没有后者时,前者就是后者的原因;也可能指刑法上的如下学说:将条件关系原封不动地运用到刑法中的因果关系判断,没有对条件本身进行限制,导致具有条件关系就具有刑法上的因果关系。否认后一种条件说并不意味着否认条件关系的作用。还需要指出的是,条件说虽然可能扩大因果关系的范围或者“可能形成无止境的关联”(周文,第228页),但也可能限制了因果关系。例如,在众所周知的二重的因果关系、可替代的充分条件的案件中,条件说否认了因果关系。这至少说明,条件说并非无限溯及。在不对杀人、伤害的实行行为进行限定的情况下,如果没有条件关系的限定,杀人、伤害行为可能更加漫无边际。

(之一)而发挥作用;否则,条件理论就根本无法运作。例如,某甲在服了某乙给他的一种尚处于实验阶段的药后,因心脏病发作而死亡。在这里,显然就不能仅仅根据‘思维排除法’,在还没有查明实验药的药性之前,将某甲的死亡归咎于某乙的行为。”^[13]质言之,“人们是在答案不证自明的前提下运用条件关系公式的”。^[14]但是,这一缺陷刚好说明了真正的条件关系建立在客观事实的基础上,同时也说明,不考虑条件的原因力、滥用条件关系的做法是存在缺陷的。所以,认为凶手的父母是他人死亡的原因,进而肯定其符合杀人罪的客观构成要件,是条件说的滥用。易言之,如果考虑条件的原因力,亦即考虑某种行为是否具有致人伤亡的原因力,即使采取条件关系的公式,也不会认为凶手的父母是他人死亡的原因。

由此看来,缺陷可能主要不在于条件关系公式本身,而在于杀人、伤害等实行行为缺乏定型性。换言之,之所以认为条件说扩大原因范围或者无限溯及,是因为早期的刑法理论没有对实行行为做出适当的限定。究其原因也在于,杀人、伤害等实行行为确实难以定型化,或者说确实难以具体描述。于是,古典犯罪论体系虽然认为凶手的父母符合杀人罪的构成要件,但以父母缺乏作为责任要素的故意、过失为由否认杀人罪的成立。可是,这一观点导致凶手的父母仍然是违法的,其结论不可能被人接受。目的主义的犯罪论体系将故意纳入构成要件,于是,使得凶手的父母不存在故意的不法,却依然不能解决凶手的父母是否成立过失犯的问题。^[15]客观归责理论同样没有对实行行为进行限定,而是认为引起了死亡、伤害结果的行为就是杀人行为、伤害行为,在此前提下,通过客观归责理论排除不应当归责的情况。正如 C.Roxin 教授所言:“归责于客观构成要件的任务,首先是勾画出这样的情形,即从结果的引起(归责可能性的外围)中形成符合构成要件的行为,如从引起死亡中形成在法律上重要的杀人行为。”^[16]显然,客观归责理论首先是将引起死亡的行为均认定为符合构成要件的杀人行为。之所以如此,是因为杀人行为缺乏定型性。倘若刑法条文对构成要件行为做了详细描述,就基本上不会发生条件说扩大原因的问题。也因为如此,客观归责理论所举之例,基本上都限于致人伤亡、毁坏财物之类的案件。但是,不能将实行行为的无定型性导致的缺陷归责于条件说。反过来说,正是由于杀人、伤害行为缺乏定型性,所以早期的条件说是通过条件关系判断某种行为是不是杀人、伤害行为,而不是先限定杀人、伤害行为,再根据条件说判断该行为是否与结果之间具有因果关系。

周文指出:

如果赞成行为无价值论,对客观归责理论的地位就必须加以肯定。也就是说,按照客观归责理论,行为有无价值,实际上表现在行为可能制造规范所不允许的危险——行为具有指向法益侵害的主观意向;根据行为时的判断,行为具有侵害法益的现实可能性。在我

[13] (意)杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(评注版),陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,页118。

[14] U.Kindhäuser, 见前注[10], S.79.

[15] 参见(德)克罗斯·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。

[16] C.Roxin, 见前注[4], S.372.

看来,离开行为无价值,难以承认客观归责理论……站在纯粹法益侵害说的立场,要系统地研究、发展客观归责理论,可能是比较困难的。(周文,第242页)

这也可能是在德国对客观归责理论的研究很深入,但在系统学习德国的日本却应者寥寥无几的深层原因。(周文,注释[47])

本文对此存在疑问。

其一,周文将行为制造法所不允许的危险,解释为行为具有指向法益侵害的主观意向,可能是值得商榷的。一方面,“客观归责理论的实际意义……主要存在于过失犯罪中”。^[17]认为过失犯的行为人具有指向法益侵害的主观意向,难以被人接受。另一方面,德国学者在讨论行为是否制造了法所不允许的危险时,虽然可能将特别认知作为判断资料,但并没有一概将主观意向、故意作为判断资料和判断标准。

其二,并不是所有的行为无价值论者都主张客观归责理论。例如,日本的井田良教授是行为无价值论者(或者说是以行为无价值论为基础的二元论者),但他并没有像德国学者那样采用客观归责理论,而是采取了相当因果关系理论。^[18]而且,井田良教授明确指出:“没有必要放弃我国学说中的实行行为概念与相当因果关系说,而以一个‘客观归属论’来替代二者。”^[19]再如,同样是行为无价值论者的大谷实教授也不赞成客观归责理论,而且对客观归责理论的具体内容都提出了反对意见。^[20]反之,并不是所有的结果无价值论者都没有采取客观归责理论,只是基于犯罪论体系上的原因,采纳的程度不同。山中敬一教授对客观归责理论展开了系统研究,甚至在具体细节上发展了客观归责理论,^[21]但他被认为是结果无价值论者。^[22]没有争议地被归为结果无价值论者的前田雅英教授,也在很大程度上采纳了客观归责理论。^[23]

其三,客观归责理论的产生,反而是以法益保护为导向的。C.Roxin教授指出:“从法益保护原则出发经过一定的必然发展衍生出了客观归责理论……因为如果刑法希望保护法益免受人为的侵害,恰恰只有藉此理论方能实现:刑法禁止威胁法益存在的不允许危险的制造,并且将以法益侵害的形式违反禁止规定的实现该种危险的情形评价为刑事不法。因此,构成要件行为始终都是以实现人为制造的不允许危险的形式存在的法益侵害行为。”^[24]

[17] C.Roxin,见前注[4],S.373.

[18] 参见(日)井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,页113以下。当然,相当因果关系论本身就含有部分客观归责理论。井田良教授采取相当因果关系说,当然也部分地采用了客观归责理论。

[19] (日)井田良:《刑法总论的理论构造》,成文堂2005年版,页63。

[20] 参见(日)大谷实:《刑法讲义总论》(新版第3版),成文堂2009年版,页216。

[21] 参见(日)山中敬一:《刑法における客观的归属の理论》,成文堂1997年版。

[22] 内藤谦教授在论述日本战后行为无价值论与结果无价值论的争论时指出,虽然在各种细节上还存在着差异,但基本上采取结果无价值论的学者有中山研一、町野朔、梅崎进哉、宗冈嗣郎、曾根威彦、山中敬一、浅田和茂、堀内捷三、西田典之、大越义久、前田雅英、林干人、山口厚等人。(日)内藤谦:《刑法理论の史的展开》,有斐阁2007年版,页596。

[23] 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》(第5版),东京大学出版会2010年版,页178以下。

[24] C.Roxin,见前注[3],S.929f.

C. Roxin 教授还说：

刑法是为‘辅助性法益保护’服务的。当人们思考如何才能通过刑法来实现对法益的保护时，借助无法反驳的逻辑就可以给出这个答案：为了受保护法益来禁止不可容忍的风险，^[25]并且，把那个通过逾越法定的可允许风险而造成被禁止结果的人，当作一个既遂行为的行为人加以判决。在这里所说的，就已经是由我发展起来的客观归责论的基础思想了：当一个人为了刑法保护的法益创设了一个不允许的风险，并且，当这个风险在一种被禁止的结果中实现时，只要他不具有正当化根据，那么，他就是刑法性不法的行为人。^[26]不难看出，客观归责理论不仅与结果无价值论没有冲突，而且由来自于结果无价值论。

其四，至于日本刑法理论的通说为什么没有采取德国的客观归责理论，日本的佐伯仁志教授作了清楚的说明：

在我国，一般的理解是，刑法上的因果关系，不是止于事实的因果关系的判断，而是还有能否将结果归属于行为的法的判断。而且，最近的相当因果关系说，实质上吸收了客观归责理论的内容。尽管如此，客观归责理论之所以没有成为通说，是因为与条件说是通说的德国不同，在实行行为性与相当因果关系相组合是通说的我国，如果灵活地进行相当性的判断，实质上就能吸收危险创出与其结果的实现这种客观归责理论的判断构造，反而没有必要采取分别的判断框架。此外，客观归责理论超出了传统的因果关系的范畴，其射程广泛，包含了过失犯论、正犯论与共犯论、刑法分则的解释等内容，这也是在采取客观归责理论方面显得犹豫的理由。^[27]

由上可见，难以通过肯定客观归责理论的合理性，进而肯定行为无价值论的合理性。

二、客观归责理论的定位

刘文认为，客观归责理论不是构成要件理论，而是因果关系理论。因为行为与结果之间的因果关系是构成要件的因果关系，“因果关系理论正是关注构成要件符合性判断的理论”（刘文，第 1219 页）。但是，不能因为客观归责理论涉及构成要件符合性问题，就将客观归责理论等同于构成要件理论。客观归责理论“对作为判断内容的风险关联的承认以及对风险不法与风险结果之间是否具有相当性的判断以及在最终结论上，与因果关系理论是一致的！反而言

^[25] 在德国文献中，不允许的危险中的“危险”（Risiko）与危险犯中的“危险”（Gefahr），是两个不同的词。笔者试图了解这两个词的区别，但发现二者没有区别。U. Kindhäuser 教授明确指出：“风险（Risiko）这个概念与危险（Gefahr）概念其实是同一个意思。”（U. Kindhäuser，见前注^[10]，S.90）笔者还让在德国攻读博士学位的王钢询问德国教授“为什么他们使用不同的词”。王钢来信说：“关于客观归责中创设不允许的风险（Risiko）和危险（Gefahr）是否存在区别的问题，我问了佩龙教授，他的感觉是两个词虽然在日常语义中略有区别，但是在这里（指客观归责理论——笔者注）没有本质的差异。在他看来，创设不允许的风险也完全可以叫做创设不允许的危险。”职是之故，本文在等同意义上使用风险与危险概念。

^[26] 罗克辛，见前注^[15]，页 155。

^[27] （日）佐伯仁志：“因果关系（2）”，《法学教室》2004 年 8 月号（第 287 号），页 53。

之,作为因果关系理论通说的相当因果关系其实就是一种归责理论。然而遗憾的是,作为一种因果关系理论的客观归责论从一开始就对自身作了完全不同于以往因果关系理论的定位,它不承认自己是因果关系理论,而坚持认为是构成要件理论。”(刘文,第1221页)

周文则认为:“客观归责理论是实质的规范判断理论,与因果关系明显不同。因果关系是一个事实之有无问题,它所要解决的是行为与结果之间的某种联系,因而因果关系是一种形式的判断和事实的评价。客观归责的判断是在因果关系得以证成的基础上的归责判断,这是一种实质判断。”(周文,第232页)“客观归责理论是构成要件符合性的问题”(周文,第248页)。

在本文看来,上述不同观点实际上是关于客观归责理论定位的争论,这种定位与我国能否以及如何借鉴客观归责理论有关联,其中又涉及两个关系:一是因果关系(论)与客观归责(理论)的关系;二是客观归责理论与构成要件理论的关系(客观归责理论是不是构成要件理论)。

(一) 因果关系与客观归责的关系

在讨论这个问题之前,首先必须明确因果关系概念的含义。

关于因果关系的概念,原本就存在两种不同看法:一种观点将因果关系视为物理的、实在的关系,另一种观点将因果关系视为观念的、论理的关系。^[28] 刘文与周文所称的因果关系概念,并不相同。刘文所称的因果关系,并不等同于单纯的条件关系或事实的因果关系,而是包括了相当性评价的因果关系。换言之,刘文在相当因果关系理论层面中使用因果关系概念,从而使因果关系概念包含了规范评价。因此,刘文所使用的是广义的因果关系概念,其中包括了事实的因果关系与规范判断。^[29] 周文则将因果关系限定为不包含规范判断的、事实的因果关系。易言之,周文在客观归责理论中使用因果关系概念,从而使因果关系成为一个单纯的事实概念。由此看来,周文与刘文关于客观归责理论是不是因果关系的理论的争论,只是起因于对因果关系的界定不同,不存在谁对谁错的问题。这是因为,作为表明构成要件要素的概念,都可能包含规范评价在内。例如,倘若认为实行行为应当是符合构成要件且具有法益侵害危险性的行为,该概念就包含了规范评价。再如,作为客观构成要件要素的结果,并不是指行为造成的任何结果,而必须是法益侵害结果。所以,当甲以杀人故意向乙开枪,但没有打中乙却打死了一只老鼠时,老鼠的死亡不可能被评价为刑法上的结果。刑法上的因果关系概念并不必然只能是单纯的事实概念,而是取决于人们在什么理论体系中使用该概念。

德国的客观归责概念也有广义与狭义之分:广义的客观归责包含了事实的因果关系的判断与随后的规范判断;狭义的客观归责则是在确定了事实的因果关系的前提下,就结果归属进行的规范判断。例如,C.Roxin教授的刑法教科书的第11章为“归责于客观构成要件”(或译为客观构成要件的归属),其中分为两部分:一是“因果关系论”,二是“进一步归责于客观构成

[28] 山中敬一,见前注[1],页251以下。

[29] 日本刑法理论也会使用广义的因果关系概念。例如,前田雅英教授在介绍“因果关系的理论”时,就列举了条件说、相当因果关系说与客观归责理论(参见前田雅英,见前注[23],页182以下)。再如,山口厚教授将“因果关系”一节分为三款讨论:概说、作为事实关系的因果关系、作为危险的现实化的因果关系(参见(日)山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年第2版,页49以下)。其中,“作为危险的现实化的因果关系”实际上也是客观归责的关键内容。

要件”(或“继续归责于客观构成要件”)。^[30] 作为第 11 章标题的“归责于客观构成要件”是广义的客观归责。在这一体系中,可以认为,事实的因果关系是广义客观归责的一部分。C. Roxin 教授也明确指出:“客观构成要件的归责,显然必须通过两个连续的阶段进行:在第一阶段,要说明因果关系理论;在第二阶段,要讨论其他的归责要件。”^[31] 再如, H. Jescheck、T. Weigend 教授的刑法教科书在“不法构成要件的诸要素”之下,分别讨论了“客观的构成要件要素”、“因果关系与客观归责”、“故意与构成要件的错误”以及“主观的构成要件要素”;其中的“因果关系与客观归责”部分,分别讨论了作为刑法上的答责性基础的因果关系与客观归责、因果关系的确定、以往的理论对客观归责的限定、新的客观归责理论。^[32] 在这一体系中,事实上的因果关系不是客观归责的一部分,只是客观归责的前提。其中的客观归责,可谓狭义的客观归责。U. Kindhäuser 教授的刑法教科书中“犯罪的客观构成要件”一章分为两节,第一节为“结果、行为与因果关系”(包括因果关系的机能、因果关系的证明、具体争议问题),第二节为“结果犯的客观归责”。^[33] 其中的客观归责也是在狭义上使用的。

总之,“客观归责论的方法,旨在以事实的条件关系的存在为前提,在进行事前的危险创出与事后的危险实现的判断的同时,通过事实的危险与规范的危险的类型化,实现归责基准的体系化。”^[34] 所以,在德国的刑法教科书中,不管是采取广义的客观归责概念,还是狭义的客观归责概念,都会先讨论事实的因果关系,然后进一步规范地检验结果归属问题。显然,刘文基本上使用的是广义的客观归责概念,而周文使用的是狭义的客观归责概念。

综上所述,大体可以就因果关系与客观归责的关系得出如下结论:①如果使用狭义的因果关系概念与狭义的客观归责概念,那么,客观归责理论并不是因果关系理论,而是在因果关系确定后的规范评价理论。②如果使用广义的因果关系概念与广义的客观归责概念,那么,二者就不是对立的,而是都包括了事实的因果关系与规范评价。③如果使用狭义的因果关系概念与广义的客观归责概念,则客观归责理论包含了因果关系理论。④如果使用广义的因果关系概念与狭义的客观归责概念,则因果关系理论包含了客观归责理论。^[35]

(二)客观归责理论与构成要件理论的关系

刘文认为,客观归责理论不是构成要件理论,而仅仅是因果关系理论。在本文看来,这一观点值得商榷。即使认为因果关系包含了规范评价,也不能认为客观归责理论只是因果关系理论。

从前述对客观归责理论形成的介绍就可以看出,客观归责理论实际上包含了我们通常所称的实行行为与因果关系部分,甚至部分地包含了结果要素。

[30] C. Roxin, 见前注[4], S. 343ff.

[31] C. Roxin, 见前注[4], S. 350.

[32] H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 272ff.

[33] U. Kindhäuser, 见前注[10], S. 76ff..

[34] 山中敬一, 见前注[1], 页 250。

[35] 当然,由于客观归责理论包含了实行行为论,就此而言,广义的因果关系理论未必能完全包括狭义的客观归责理论。

按照德国学者的观点,因果分析是在结果发生之后,从事后的角度加以分析的,而风险判断则是从事前的角度做出的,任何事实情况,只要它可以被事后地认定为原因,那么,它事前也必定是风险因素。倘若认定某人在干枯的树林中随手扔掉还闪着火星的烟头,是引起森林火灾的原因,那么,在森林火灾发生之前,就可以认定随手扔烟头是一个风险因素。^[36]显然,对行为的危险判断,实际上就是对实行行为的判断。例如,C.Roxin教授就客观归责中制造不允许的危险指出:“尽管在遵守了所有交通法规之后仍然发生了一种法益侵害结果,但这种侵害的造成也不是一种符合构成要件的行为。这对过失犯罪与故意犯罪都同样适用。”^[37]“在暴风骤雨之时将另外一个人派往森林里,以期望此人被雷击”的行为,“并未制造重要的危险,因而结果不能作为杀人行为归责于他”。^[38]亦即,将他人派往森林的行为,并不是杀人行为。显然,要求行为制造了不允许的危险,实际上是要求有构成要件行为。

再如,C.Roxin教授在讨论构成要件的效力范围时,^[39]针对酒后但具有责任能力的A与B进行摩托车比赛,B在比赛中由于自己的过错而死亡的案件指出:“尽管实现了已经存在的风险,但结果不属于规范的保护范围之内,因而不能归责……这是因为A并没有满足第222条、第212条的客观构成要件,即使A一开始就容忍竞赛对手的死亡事故,同样不能受处罚。亦即,这个‘故意’所指向的是缺乏构成要件的行为时,不能为可罚性奠定基础。”^[40]这段话不仅表明客观归责理论讨论了构成要件行为,甚至规范地评价了构成要件的结果。亦即,如果结果不属于构成要件的效力范围,也不能进行客观归责。

不难看出,按照我国和日本学者对构成要件的理解,实行行为、结果、因果关系是构成要件的基本要素,客观归责理论的第一个具体内容(行为制造不允许的危险)讨论的是实行行为;第二个具体内容(危险的现实化),才是真正意义上或者狭义的客观归责或者结果归属问题(其中也可能包含了实行行为的内容);第三个内容(构成要件的效力范围),则既讨论了实行行为,也讨论了结果。此外,由于构成要件是违法类型,所以客观归责理论不可能不直接涉及违法性即行为是否被禁止的问题。概言之,客观归责理论正是构成要件理论,或者说,客观归责理论实际上讨论了构成要件的实行行为、结果与因果关系要素。

正因为如此,W.Frisch教授指出:“客观归责理论把所有有限缩客观构成要件的问题都当作结果归责的问题来处理。许多被客观归责理论解释成结果归责的问题,实际上并非涉及结果归责,而是涉及‘是否存在构成要件该当、受禁止的行为’这个问题。”^[41]井田良教授也指出:

[36] U.Kindhäuser,见前注[10],S.91.

[37] C.Roxin,见前注[4],S.383.

[38] C.Roxin,见前注[3],S.935.原文为:daß der Veranlasser kein rechtlich relevantes Risiko geschaffen habe und daß der Erfolg ihm aus diesem Grunde nicht als Tötungshandlung zuzurechnen sei.

[39] 德国的客观归责理论一般以两个规则为主体,即制造风险与实现风险。“Roxin的体系有些特色,尤其是在制造风险与实现风险的两段主规则之外,另以构成要件效力范围(Die Reichweite des Tatbestandes)作为第三段主规则。”参见林钰雄:《第三人行为介入之因果关系及客观归责》(下),《台湾本土法学》2006年第80期。

[40] C.Roxin,见前注[4],S.402f.

[41] 弗里希,见前注[11],页253.

德国的客观归责理论综合了日本刑法理论中的“实行行为性(以及共犯行为性)的判断与因果关系的判断”。〔42〕至于客观归责理论应否成为构成要件理论是另外一回事,但现实中,德国通行的客观归责理论是构成要件理论,或者说是构成要件符合性理论。

由此看来,刘文否认客观归责理论是构成要件理论是缺乏根据的。当然,在本文看来,刘文并不是从事实上否认客观归责理论,而是希望客观归责理论仅讨论广义的因果关系,或者说期待客观归责理论仅定位于广义的因果关系理论。因为刘文的第二部分认为客观归责论是一种可罚性的理论,亦即,“客观归责似乎已经从所谓的构成要件理论发展成为统摄构成要件符合性、违法性与有责性三阶层犯罪论体系的上位概念了;它似乎不是在讨论归责的问题,更像是在分析犯罪成立与否的问题;它也不太像一种归责理论,而更像是有关犯罪成立的一般理论”(刘文,第1221页)。既然如此,刘文就不能否认客观归责理论首先是构成要件理论,因为没有构成要件符合性,是不可能成立犯罪的。不难看出,刘文一方面否认客观归责理论是构成要件理论,另一方面又认为客观归责理论从构成要件理论发展为犯罪成立的一般理论,是自相矛盾的。

联系第一部分的论述,可以认为,客观归责理论不仅是关于结果能否归责于行为的理论,而且同时也是关于什么行为才是构成要件行为、什么结果才是构成要件结果的理论。所以,客观归责理论是既包括了事实判断,也包括了规范评价的构成要件理论。

三、客观归责理论的评价

对于客观归责理论,周文与刘文分别从积极角度与消极角度做出了评价。例如,刘文认为客观归责理论包括了违法性判断与主观归责判断的内容,以模糊三阶层犯罪论体系为代价,极大地削弱了阶层犯罪论体系所具有的人权保障机能,因而是一种统合了各种不同内容的混合物。周文则认为,客观归责理论的这一特点刚好可以用多重规则确保检验时没有遗漏,能够建立正面判断和反向检验交互进行的检验标准,凸现评价的层次性与充分性。两位教授所得出的结论基本上都是自己的价值判断,而不一定是逻辑上的必然结论。

首先,对德国客观归责理论的评价,应当放在德国刑法理论体系中进行。在这一方面,刘文可能存在明显的缺陷。

例如,刘文指出:“凭借‘风险不法’的概念,客观归责论的内容及判断方式,悄悄地从构成要件领域进入到了违法性领域。”(刘文,第1222页)其实,如后所述,客观归责理论中的“法所不允许的风险”是不依赖于具体事件的一般性判断,而违法性领域的违法性判断是就具体事件所作的判断,二者并不相同。刘文基于具体事例所展开的批判,也存在疑问。“比如,见义勇为的路人,发现小孩要被公交车撞上,奋力一推,小孩因而头部跌伤。”(刘文,第1223页)刘文批评道:

如果依照三阶层的犯罪论体系,首先应该肯定路人推小孩的行为构成要件符合性的成立,但是,及至违法性判断,可以认定属于紧急避险这一违法阻却事由,从而也不构成犯

〔42〕 井田良,见前注〔19〕,页63。

罪。可是,根据客观归责论,这类本应由违法性判断的事由却早已被当作构成要件符合性的问题来讨论了,而且这样的讨论又是借助违法性来完成的……这意味着,违法性理论中的正当化事由如紧急避险、正当防卫等核心内容,都已被客观归责论所替换;有了客观归责理论之后的违法性理论,似乎成为多余的东西。(刘文,第1223页)

可是,其一,刘文显然是以自己对于紧急避险的认识展开的批判,而不符合德国客观归责理论对紧急避险的理解。在德国,单纯的降低风险(如砖头原本要落在被害人的头上造成死亡,行为人推了一下被害人,使砖头落在被害人肩膀上造成轻伤),属于不能客观归责的情形。通过新的低风险替代原来的高风险(即替代风险,如为了避免孩子在火灾中丧生不得已将孩子抛到消防队的救助布上,导致孩子受伤),才是紧急避险。^[43] 刘文所举之例,原本属于紧急避险,而不属于客观归责理论所讲的单纯降低风险的情形(如果小孩将要被公交车撞死,路人推了小孩一把,导致小孩的腿被公交车轧伤,才是降低风险的情形。当然,在某些场合的确难以区分二者)。就此而言,德国的客观归责理论并没有将紧急避险纳入客观归责范畴,而是刘文将紧急避险案例纳入客观归责,进而对客观归责理论进行了不当批判。其二,客观归责理论事实上也没有将符合构成要件的违法阻却事由放在客观归责论中讨论。这是因为,客观归责理论讨论的是不符合构成要件的情形,如果行为符合构成要件,则需要在违法阻却事由中检视。至于在进行客观归责时以违法观念为指导,考虑一般预防的必要性,则是理所当然,因为构成要件本身就是违法类型。

再如,刘文的第三部分认为,客观归责实际上是在进行主观归责,因为进行客观归责的判断时,会考虑行为人的特别认知与主观的预见性。但是,这样的批判也存在疑问。一方面,将行为人的特别认识作为客观归责的判断资料,虽然可能与故意的审查有联系,但二者毕竟是两回事:特别认识必须存在于事前,而对故意的审查是在客观归责之后。即使在进行客观归责时考虑主观故意,也不意味着在进行主观归责。“‘客观归责之所以称为客观的’,并不是因为主观要件对于客观归责不重要,而是藉由归责所架构的构成要件行为,例如杀人、伤害或毁损等等是属于客观的,有了这些构成要件行为之后,才有主观构成要件中的故意加入。”^[44] 在过失犯领域,虽然存在分歧,但根据 C.Roxin 教授的观点,“在客观构成要件上可归责的,就是过失。传统过失理论所尝试理解的注意义务的违反、可预见性、认识可能性及避免可能性等概念都是多余的,并且都可以废弃不用。”^[45] 所以,不能简单地认为客观归责理论在进行主观归责。另一方面,客观归责理论虽然在某些场合将特别认知等主观内容作为判断资料,但并没有像刘文所说的那样将客观归责与有责性判断相混淆。^[46] 这是因为,由于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。事实上,客观归责理论根本没有将

[43] H. Jescheck/T. Weigend, 见前注[32], S. 287f.

[44] 骆克信, 见前注[9], 页 22。

[45] 骆克信, 见前注[9], 页 19。

[46] “归责作为上位概念,其下区分‘客观归责’(属于构成要件)以及‘主观归责’(属于罪责或负责)。”(德)骆克信等:“问题研讨”,许玉秀、郑铭仁译,《政法法学评论》1994年第50期。

责任能力、违法性认识的可能性与期待可能性等责任要素纳入客观归责的判断资料之中,因而并没有模糊三阶层犯罪论体系。

其次,对客观归责理论的评价,在很大程度上要与相当因果关系理论进行比较。理解相当因果关系理论,有利于更好地理解客观归责理论。但是,对日本的相当因果关系理论的评价,也应当放在日本的刑法理论体系中进行。在这方面,周文对相当因果关系理论的批判,也许值得商榷。

例如,周文认为相当因果关系理论“缺乏判断构成要件行为(实行行为)的具体规则”(周文,第236页)。但是,在日本,在讨论因果关系之前,有对实行行为的论述,判断实行行为的规则原本就不在相当因果关系之中。^[47]再如,周文认为,相当因果关系“忽略犯罪成立条件判断上的‘位阶性’”,“将原本应该在构成要件符合性判断中要解决的问题,留待后一判断过程解决”,例如,相当因果关系理论“在行为降低法益风险的场合,用紧急避险理论来解释或否定帮助犯的成立”(周文,第236—237页)。可是,这一批判存在疑问。由于客观归责理论包括了实行行为的判断,所以,客观归责理论的检视顺序是:因果关系——危险创出(实行行为)——危险实现——构成要件的效力范围。由于相当因果关系理论基本上不包括实行行为的判断,所以,从整体上说,相当因果关系的检视顺序是:结果——实行行为——因果关系——相当性判断。如果在日本的刑法理论体系中评价相当因果关系理论,就难以认为其在判断上缺乏位阶性。客观归责理论中许多不能客观归责的情形,在相当因果关系理论中被判断为缺乏实行行为。例如,山口厚教授指出:“针对行为的危险性的减少而履行结果回避义务,结局是危险性减少了,丧失了过失犯的构成要件的行为(实行行为)性的场合,原本就没有必要称为被允许的危险。”^[48]

事实上,德国学者“毫不犹豫地将客观归责理论称作是相当理论或重要性理论的延续及补充”。^[49]相当因果关系与客观归责理论的区别,并不是在结果的客观归属上,而是在构成要件理论的内容安排上。正如C.Roxin教授所言,相当性理论包含有相当性公式,而且局部与客观归责理论一致:“如果肇事者所制造的风险在一个因果流程中实现了,这个因果流程便是相当的,到这里为止,相当理论和客观归责是同一回事。然而,降低风险、容许的风险、注意规范的保护目的或构成要件效力范围的问题,则不能包含在相当公式之中。”^[50]可是,相当因果关系理论是在因果关系之前的实行行为、结果等构成要件要素中讨论了降低风险等问题。概言之,倘若在日本的刑法理论体系中评价相当因果关系理论,就会发现,该理论的缺陷并没有周文所说的那么多,对案件的处理结论也没有明显区别。例如,周文指出:

被A打成重伤的B在送到医院后感染细菌死亡,相当性说会认为,在医院里发生细菌感染不是异常现象,因而A的伤害行为和B的死亡之间具有相当性。这是从反面检验

[47] 不过,也难以认为相当因果关系理论完全不考虑实行行为。例如,西田典之教授认为,在A劝他人在林中散步,期待他人碰巧遭遇雷击身亡,他人果真因为在林中散步而被雷击身亡的案件中,“根本不能说具有经验法则上的相当性。因此,本案中的A的行为欠缺杀人罪的‘实行行为性’,也不成立杀人未遂。这也是相当性说的一种适用情景”(〔日〕西田典之:《刑法总论》,弘文堂2010年第2版,页101)。这显然是从某种行为通常能否导致死亡结果的角度,判断该行为是否属于符合构成要件的杀人行为。

[48] 山口厚,见前注〔29〕,页231。

[49] 弗里希,见前注〔11〕,页227。

[50] 骆克信等,见前注〔46〕,页38。

介入因素是否异常。但是,如果从正面看,在医院这种特殊的场所细菌感染是生活上可以容忍也难以避免的风险,具有“社会相当性”,不能进行结果归责。(周文,第239页)

可是,周文的结论值得怀疑。事实上,即使采取客观归责理论,对这样的情形也会肯定结果归责。^[51]再如,周文指出,

甲明知乙争强好胜,就唆使乙参加摔跤比赛。作为裁判的甲故意改变抽签顺序,导致乙和最强的对手丙比赛,乙被丙摔成重伤。在乙住院期间,其他人丁乘人之危,将乙杀害。甲对乙的重伤还是死亡负责,或者根本无需负责?对于本案,按照相当性说,至少可以得出乙重伤和甲的行为之间存在因果关系的结论。(周文,第239页)

然而,其一,主张相当因果关系说的学者,首先会否认甲的行为是杀人与伤害的构成要件行为。其二,即使退一步得出肯定结论,也不会承认有相当因果关系。周文援引 B. Schünemann 教授的话说:“获知车祸受害人重伤的近亲因激动而死亡的;以及有后遗症的例子,例如,被害人在感染艾滋病几年之后死亡的,‘这些都是先前侵害所造成完全相当的结果’。”(周文,第237页)但在笔者看来,这虽然可能是德国早期的相当说的结论,但不可能是日本的相当因果关系论的主张者的说法。

最后,如何评价德国的客观归责理论,也会与我国应否借鉴以及如何借鉴客观归责理论联系在一起。换言之,当我们站在德国学说的立场评价客观归责理论,得出了该理论无比优越的结论时,也不意味着我国刑法理论可以直接原封不动地采用该理论。笔者下文将讨论客观归责理论的借鉴问题,在此作为铺垫,先对客观归责理论的优劣作出自己的价值判断。

在本文看来,客观归责理论有如下优势:其一,杀人罪、伤害罪的实行行为缺乏定型性,因而难以判断,客观归责理论可以避免陷入杀人、伤害罪的实行行为的判断困境;^[52]其二,客观归责理论可以既利用条件说或者合法则的条件说,避免脱离事实的恣意判断,又能克服条件说的缺陷,避免无限溯及;其三,“客观构成要件透过现代的归责理论取得重要的地位,而且也相对减损了主观构成要件的价值。”^[53]尤其是使过失犯的判断客观化,有利于避免判断的恣意性。其四,客观归责理论从存在论到规范论进行判断,并且做到了类型化。尽管如此,客观归责理论,依然有不能令人满意之处。

如前所述,客观归责理论将构成要件行为的判断乃至限缩构成要件符合性的全部问题纳入其中,不利于对构成要件要素的独立判断,也削弱了构成要件符合性概念所具有的罪刑法定主义的机能。这是客观归责理论最大的问题;此外,客观归责理论的下位规则的部分内容,也

[51] C.Roxin,见前注[4],S. 385.如果被害人不去医院治疗,就会死在家里。而这种情形相当异常,也难以将死亡归责于先前的伤害行为。于是,无论如何都不能将死亡结果归属于重伤行为。这显然说不通。

[52] 例如,甲在完全可以致乙死亡的情况下,将乙仅伤害至需要住院治疗的程度。但乙住院治疗期间,由于丙对医院放火,导致乙死亡。不管是否采取客观归责理论,一般人都会认为,甲的行为只是伤害行为,而不是杀人行为,甲的行为与乙的死亡之间没有因果关系。但是,倘若增加一个情节,即甲是偶然得知与自己不相识的丙将对医院放火时才伤害乙,并利用丙的放火造成甲的死亡,那么,人们会认为甲的行为是杀人行为,甲的行为与乙的死亡结果之间具有因果关系。可是,客观上完全相同的行为,为什么对实行行为的性质与因果关系的判断得出不同结论呢?单纯从实行行为与因果关系的角度来讨论,难以合理说明,客观归责理论解决了这一问题。

[53] 骆克信,见前注[9],页18。

并非尽善尽美。

第一,客观归责理论的第一个下位规则是行为制造不允许的危险,其中有不少值得研究的问题。

(1)C.Roxin 教授指出:“被允许的危险,是指行为虽然创设了在法律上具有重要意义的危险,但这种危险一般(与具体事例无关)是被允许的。因此,与正当化事由不同,这种行为已经被认为阻却了对客观构成要件的归属。被允许的风险的典型范例是,在遵守了所有道路交通安全规则的情况下驾驶机动车。”“没有创出危险与在被允许的范围内引起危险,都阻却客观构成要件的充足。”^[54]冯军教授也发表了意思完全相同的看法。^[55]姑且不论能否顺利区分行为的危险被允许与行为没有制造危险,^[56]在与具体事例无关的意义上,判断行为是否制造了不允许的危险以及行为是否符合构成要件,是不合适的。客观归责理论的基本逻辑是,由于某类行为必然有危险,而社会的发展不可能禁止这类行为,所以,这类行为的危险应当被允许,因而不符合犯罪的客观构成要件。例如,C.Roxin 教授指出:“不可否认,道路交通,对生命、健康与财产造成了重大危险。事故统计也显示这个结论是不可反驳的。但是,立法者基于公共福利的重大利益,仍然允许(一定的注意规定范围内的)道路交通。”^[57]冯军教授前几年指出:“据统计,中国大陆每年因交通事故而死亡的人数约为 20 万人。尽管如此,立法者依然允许人们从事驾驶行为,因为更重要的利益依存于交通驾驶。”^[58]林钰雄教授也指出:“其他现代工业设施(如炼油厂、核电厂)或产品(药物、家电等)所产生的风险,立法者在法定安全标准之内,容许某程度的风险存在,若因此产生意外事件,乃立法者所容许的风险,并不该当伤害、杀人等客观构成要件。”^[59]但是,这些观点可能混淆了立法政策与刑法解释论。当一类行为存在发生法益侵害结果的危险时,立法机关是允许它还是禁止它,是立法政策问题;现实生活中的某个具体行为是否制造了法益侵害的危险以及是否符合某个犯罪的客观构成要件,是刑法解释论(构成要件符合性理论)的问题。不可否认,立法者事前能够大体上预测到交通驾驶行为每年会导致许多人死亡。能否因此而禁止一切交通驾驶行为,这是一个立法政策问题。但是,这与是否将导致许多人死亡作为“被允许的事项”而不处罚,是完全不同的问题。^[60]同样,在权衡航空业、高速铁路、核电站的有用性、必要性与危险性之后,决定是否发展航空业、是否建高速铁路、核电站等,是立法政策问题。而在刑法解释论上,只能将其中个别的、具体的行为作为问题展开讨论,^[61]只能就具体事例判断行为是否符合构成要件。易言之,构成要件符合性虽然是类型性的判断,但是,行为是否符合构成要件,必然取决于具体案件的具体事实。可是,客观归责理论所声称的行为是否被允许,“与具体事例无关”。换言之,这种“被允许的危险的理论,

[54] C.Roxin, 见前注[4], S. 383f.

[55] 冯军:《刑法问题的规范理解》,北京大学出版社 2009 年版,页 137—138。

[56] C. Roxin 教授指出:“要区分被允许的危险与没有创出重要危险的情形,不一定是容易的”(C. Roxin, 见前注[4], S.383)。

[57] C.Roxin, 见前注[4], S.383.

[58] 冯军, 见前注[55], 页 137。

[59] 林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社 2009 年版,页 127。

[60] 参见(日)平野龙一:《刑法总论 I》,有斐阁 1972 年版,页 199。

[61] 参见(日)内藤谦:《刑法讲义总论》(中),有斐阁 2001 版,页 631。

绝不是在与具体的危险行为的关系上讨论的,而是将危险事业的一般允许性作为问题的”。〔62〕既然如此,就不可能以一般性的结论为根据判断具体事例是否符合某种犯罪的构成要件。〔63〕

(2)一般性地说明风险降低行为不符合构成要件,似乎没有多大疑问,但是,联系到具体案件来说,也并非如此简单。例如,当一块砖头即将落在被害人头上,会导致被害人重伤时,行为人推了被害人,砖头仅落在被害人肩膀上,导致被害人受轻伤。在通常情况下,会认为行为人没有制造危险。但是,在特殊情形下,如被害人希望自己头部受重伤时,倘若不运用推定的承诺的法理,很难否认该行为的客观归责(构成要件符合性)。〔64〕再如,倘若被害人是儿童,行为人是儿童的父母,行为人完全可以将被害人多推一下而不至于受轻伤,但行为人为了使儿童受轻伤,而没有多推一下的,虽然降低了危险,恐怕也难以否认该行为的客观归责(构成要件符合性)与违法性。〔65〕

(3)认为一切风险降低的行为都不符合构成要件的观点,也存在难以解决的问题。例如,在医生切除癌症患者的舌头挽救了患者生命的场合,对治疗行为造成的伤害与治疗行为带来的利益,必须进行独立的刑法评价,而不能以降低风险为由认为该行为不符合伤害罪的构成要件。〔66〕亦即,在上述场合,必须承认治疗行为符合伤害罪的构成要件,只是通过法益衡量阻却违法性而已。如果认为治疗行为不符合伤害罪的构成要件,那么,专断的治疗行为(如没有经过患者的同意而切除患者的舌头)也不符合伤害罪的构成要件(因为降低了风险),因而不构成伤害罪,这一结论显然不妥当。〔67〕

(4)根据 C.Roxin 教授的观点,在一个已经存在的危险没有以可测量的方式得到提高时,就应当认定为缺乏危险的创设,行为不符合构成要件,因而不能客观归责。例如,一个人向涨满洪水的水库里倒入一盆水的行为,难以认定为决水罪。〔68〕诚然,不能认定行为人的行为构成决水罪,的确是因为不能证明是否因为多了一盆水才导致决堤或者提前决堤,进而提前致人死亡。但这基本上是证据问题,而主要不是实体问题。这如同说,如果不能证明一个人杀了人就不能说其行为符合杀人罪构成要件一样,并没有现实意义。如果能证明这种因果关系,则结论会大不相同。例如,被害人仅仅凭借着一根绳索悬挂在悬崖上,而这根绳索因为难以承受被害人的体重正在缓慢地断裂,在被害人掉下去的前一秒钟,行为人剪断了这根绳索。被害人一秒钟的生命是受到绝对保护,行为人的行为依然构成杀人罪。

“因此,在由于降低风险而排除不法背后,是——根据事实情况——借助于同意、推测的同意或者紧急避险状态的一般规则来回答的评价问题。风险降低的常用简短表述(简短公式)对

〔62〕 (日)篠田公穗:“许された危険の理论についての一考察”,《刑法杂志》第27卷(1986年)第2号,页300。

〔63〕 参见张明楷:“论被允许的危险的法理”,《中国社会科学》2012年第11期。

〔64〕 U.Kindhäuser,见前注〔10〕,S.94。

〔65〕 (德)沃斯·金德霍伊泽尔:“故意犯的客观和主观归责”,樊文译,《清华法律评论》第3卷第1辑,清华大学出版社2009年版,页156。

〔66〕 参见(日)町野朔:《患者の自己决定权と法》,东京大学出版会1986年版,页171。

〔67〕 金德霍伊泽尔,见前注〔65〕,页156。

〔68〕 C.Roxin,见前注〔4〕,S.377。

于学院课堂来说是很有助益的,但是对于解决学理疑难问题来说是不够的。”〔69〕

第二,客观归责理论的第二个下位规则即不允许危险的实现,是真正的结果归属理论。①危险没有现实化时,不能归责。例如,甲以杀人故意用枪将被害人打伤后,被害人在医院遇到火灾被烧死。在此,枪杀的危险并没有现实化,故不能客观归责。在这种死因不同(中枪身亡与烧死)的案件中,倘若采用具体的结果观(如毒死与渴死是两种不同的死亡结果),很容易判断行为的危险是否现实化,因而能够克服条件说的缺陷。可是,在死因相同的场合,也会存在疑问。例如,A将水性不好的C推入水库后离开现场,但C立即就能够抓住身边的可以保住性命的木板,此时与A没有意思联络的B迅速拿走了这块木板,导致C溺水身亡。对此,客观归责理论也不一定能够给出明确、一致的答案。②不允许的危险没有实现时(如众所周知的山羊毛案),也不能归责。这在日本的刑法理论中,被表述为缺乏结果回避可能性。而缺乏结果回避可能性,在日本的相当因果关系中,被学者称为缺乏条件关系。〔70〕果真如此,在此问题上,与相当因果关系理论相比,客观归责理论并没有显示出什么优势。③关于注意规范的保护目的的观点,的确值得我国刑法理论借鉴。但是,它究竟是没有实行行为的问题,还是风险没有实现的问题,也值得讨论。例如,当刑法分则条文所规定的构成要件行为以违反注意规范为前提时,要判断一个行为是否符合构成要件,必须判断该行为是否违反注意规范;而在判断该行为是否违反注意规范时,就必须考虑注意规范的保护目的。所以,注意规范的保护目的,完全可以作为实行行为的内容来把握(参见后述内容)。如果仅当作危险是否实现的问题来考虑,则可能将一些原本没有实行行为的案件认定为犯罪未遂,这可能不合适。④德国的客观归责理论对于合义务的替代行为与风险提高理论,存在激烈的争议。〔71〕所以,并不是只要采用客观归责理论,就能对具体案件得出完全一致的理论。〔72〕

第三,关于构成要件的效力范围,也并非没有疑问。例如,C.Roxin教授否认自己危险化的参与的客观归罪的基本理由是,根据德国刑法的规定,被告人故意参与被害人的故意自杀或者故意自伤的行为,原则上不受处罚;既然如此,被告人参与他人的故意的自己危险化的行为,

〔69〕 U.Kindhäuser, 见前注〔10〕, S.94.

〔70〕 参见(日)町野朔:《刑法总论讲义案I》,信山社1995年第2版,页155;(日)山口厚:《因果关系论》,(日)芝原邦尔等编:《刑法理论の现代的展开(总论)I》,日本评论社1988年版,页43。

〔71〕 C.Roxin, 见前注〔4〕, S.392ff.

〔72〕 “关于制造何种程度的危险时应受处罚,或者危险现实化的场合是指什么样的场合,如果不参照客观归责理论支持者提示的案件类型,就不可能阐明。”参见(日)山本高子:“客观的归属论否认论——Zieschang《刑法总论(第二版)》の检讨”,《比较法杂志》2012年第46卷第1号,页176。C.Roxin教授指出:“通常到贫民区并不会形成不被容许的风险,因为有很多人毫无风险地在那个地方来来去去。但是如果对于特定人存在特别的风险时,例如,在某一特定地区已经有很多旅客被杀,以致于城市的行政当局强烈警告外国人不要踏上旅程时,如果将对此消息毫无概念的旅客弄到那一区去,绝对可以认定有不被容许的风险。”(骆克信等,见前注〔46〕,页30)然而,C.Roxin教授的这一观点,未必没有扩大杀人行为的范围。另一方面,在A向糖尿病患者提供糖水导致后者死亡的案件中,C.Roxin教授则认为:“供应糖水以及因而造成的死亡结果,不能归责于A,因为其中的风险是被容许的,而不是不被容许的风险。每一个糖尿病的患者必须自己要有心理准备,他所获得的饮料和食物,对他而言都含有太多的糖份,他自己必须加以检验并退回。”(骆克信等,见前注〔46〕,页34)然而,C.Roxin教授的这一观点,未必没有过于缩小杀人行为的范围。由此看来,当我们用客观归责理论讨论该理论的支持者并没有讨论的案件时,什么结论才是客观归责理论应当得出的结论,还存在很大疑问。

同样也不能受处罚;比之更轻的过失参与他人的自己危险化的行为,就更不应当受到处罚。^[73]换言之,既然故意教唆、帮助他人自杀的行为,不在构成要件的作用范围之内(处于规范的保护范围之外),那么,过失教唆、帮助被害人的自己危险化的行为,就不可能符合构成要件。但是,这一理由并不成立,其中的当然推论也遭受了质疑。^[74]诚然,从表面上看,被告人参与被害人的故意自杀行为(自己侵害)比参与被害人的可能致死行为(自己危险化)更为严重。但是,如果从被害人自己决定的角度来看,前者的被害人不仅认识到实害结果,而且期待、希望实害结果的发生;后者的被害人只是认识到行为的危险,并反对实害结果的发生。^[75]对结果的评价,必须联系法益主体对法益的态度。在参与被害人的自我侵害的场合,被害人放弃了法益;但在参与被害人的自己危险化的场合,被害人没有放弃法益。概言之,假如承认对自杀、自伤的承诺有效,教唆、帮助自我侵害的行为没有侵害法益,而教唆、帮助自己危险化的行为却侵害了法益。既然如此,就不能认为参与被害人的自我侵害比参与被害人的自己危险化更为严重。诚然,从客观危险状态考察,在一些场合,自我侵害行为(自杀)对生命的危险高于自己危险化的行为。在此意义上说,既然参与危险更高的行为(教唆、帮助自杀)不可罚,那么,参与危险较低的自己危险化的行为,就更不可罚。但是,这也难以成为自己危险化的参与一概不可罚的论据。在自己危险化的参与的场合,即使被害人并不希望、放任死亡结果发生,但其行为导致死亡的危险性也可能很高。例如,自杀存在大量未遂情形,自己危险化存在大量现实化的情形。这表明,自己侵害与自己危险化的区别,并不是危险程度高低的区别。亦即,不能认为,自己危险化的行为的危险性必然低于自己侵害行为的危险性。因此,不能从自杀(自己侵害)参与的不可罚性论证自己危险化的参与的不可罚性。^[76]当然,本文并不主张自己危险化的参与行为成立犯罪,^[77]只是认为以构成要件的效力范围来否认这种行为的客观归责存在疑问。

以上对客观归责理论的消极评论,并不意味着对客观归责理论的全盘否定。笔者想说的只是:不应当将客观归责理论当作真理,没必要将客观归责理论奉为圭臬。

四、客观归责理论的借鉴

笔者的基本看法是,我国刑法理论不能全盘照搬 C.Roxin 等教授的客观归责理论,但应当借鉴其规范判断方法与其中的部分具体内容。

第一,我国刑法理论应当强调构成要件符合性的概念。^[78]这是因为,构成要件具有罪刑

[73] C.Roxin, 见前注[4], S.402.

[74] 参见(德)Ingeborg Puppe:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,元照出版公司2010年版,页135。

[75] 参见(日)曾根威彦:《刑事违法论の研究》,成文堂1998年版,页169。

[76] (日)岛田聪一郎:《被害者による危険引受》,(日)山口厚编者:《クローズアップ刑法总论》,成文堂2003年版,页141。

[77] 参见张明楷:“刑法学中危险接受的法理”,《法学研究》2012年第5期。

[78] 本文所称的构成要件,是指三阶层犯罪论体系中的构成要件,但不包括故意与过失。

法定主义的机能,强调构成要件符合性的概念,对于贯彻罪刑法定原则具有重要意义。客观归责理论虽然也是构成要件理论,也可谓涉及了实行行为、结果、因果关系三个要素,但是,这一理论并不分别具体讨论构成要件各个要素,而是将这三个要素混杂在一起讨论。况且,其所讨论的基本上只是杀人、伤害、毁坏财物等缺乏实行行为定型性的案件,难以普遍适用于所有犯罪。可是,在作为刑法学“总论”的解释论中,必须抽象出分论的共性问题,亦即,既要讨论所有犯罪的构成要件符合性,也要讨论构成要件的全部要素。如果完全由客观归责理论取代构成要件理论,必然贬低构成要件符合性概念的价值。诚然,客观归责理论本身可以通过否认客观归责进而否认构成要件符合性,其与构成要件符合性的概念也决不相互冲突,而是可以保持一致,但是,它毕竟只能顾及构成要件的部分要素,因而只能顾及部分犯罪。但是,所有犯罪的成立都必须具备构成要件符合性,在我国,如果不强调这一点,就不利于贯彻罪刑法定原则。^[79]

第二,我国刑法理论应当保留构成要件行为或实行行为的概念,且不宜在客观归责理论中讨论实行行为。

(1)首先,与上一点相联系,并不是只有杀人、伤害、毁坏财产的犯罪才存在实行行为,而是所有的犯罪都存在实行行为。换言之,“狭义的构成要件该当行为这个要件本来就是每个犯罪行为的基本要件”。^[80]保留实行行为的概念,对于防止主观归罪、保障国民行动自由,具有特别重要的意义。

(2)在我国,将实行行为与因果关系(或结果归属)分为两个不同的要素,对于认定未遂犯具有重要意义。德国刑法关于未遂犯的认定不依赖于实行行为概念,其刑法第22条规定:“根据行为人对行为的设想,直接着手实现构成要件的,是犯罪未遂。”据此,即使没有实行行为概念,也不影响未遂犯的认定。我国刑法第23条第1款规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。”由于刑法原则上处罚预备犯,所以,我国刑法理论上应当有实行行为的概念。^[81]一方面,即使否认因果关系或者结果归属,也完全可能肯定未遂犯。另一方面,在应当否认实行行为时,如果只是否认因果关系或结果归属,就完全可能成立未遂犯,这显然不合适。例如,由于河水猛涨,导致河水渗透到居住在岸边的乙的住房的地下室,但乙及其家人均不在家。邻居甲发现了这一情况,就自行将乙的地下室窗户堵塞住。

[79] 例如,在我国刑法理论将行为对象作为构成要件要素讨论的情况下,司法实践却经常不顾对象是否存在,就认定为犯罪(如将客观上贩卖面粉的认定为贩卖毒品罪、将客观上向骗子交付财物的行为认定为行贿罪、将客观上购买了一堆废纸的行为人认定为贩卖假币罪等)。如果不强调行为对象要素,司法实践中的主观归罪现象可能更多。

[80] 弗里希,见前注[11],页254。

[81] 周文指出:“在我国刑法学通说中,对实行行为的讨论,放在着手及未遂(犯罪的未完成形态)这样的理论构架中讨论,使得作为因果关系起点的实行行为在‘构成要件符合性判断’的理论体系中没有位置,在犯罪论体系构建上难言妥当和完美。”(周文,第136页)周文对通说缺陷的阐述,本文完全赞成。但是,这一缺陷不是只有采纳德国的客观归责理论才能克服,我国刑法学的总论部分都有“行为”或者“实行行为”一节,在其中讨论实行行为的规范判断,可谓理所当然。

U.Kindhäuser 教授指出:甲的行为只是阻止了更大的水患,“由于人们即使不考虑甲的举止也可以因果地解释乙事实上所遭受的损害,因此,甲的行为便不是具体结果的原因。”〔82〕可是,在这种场合,如果不是首先否认甲的行为不是符合构成要件的实行行为,只是否认因果关系或结果归属,人们还有可能得出甲的行为成立犯罪未遂的结论。这显然不妥当。

(3)刑法规定的犯罪包括结果犯与行为犯(行为与结果同时发生,不需要考虑因果关系或结果归属)。在行为犯中,实行行为的概念具有重要意义。

(4)即使站在行为无价值论的立场,也需要使行为违反规范的内容明确化,如果实行行为的概念被淹没在客观归责理论中,就不利于构成要件行为的明确性,国民从判决中很难知道什么行为是刑法所禁止的行为。〔83〕易言之,如果像客观归责理论那样,依照条件说或者合法则的条件说,先将降低风险的行为作为伤害行为,然后否认客观归责,反而不利于发挥刑法的行为规范机能。正如 W.Frisch 教授所言:

在正确的理解之下,那些降低危险的行为根本就已经不受禁止;同样,那些只是交付特定日常用品的人,即使他人因为不小心而伤害了自己,交付行为也不会因此受禁止。原则上,在所有涉及所谓受非难之危险制造的问题中,根本不会涉及结果归责,而是涉及“是否存有一个受非难的构成要件该当行为”这个问题。正确的只是,在这个要求与结果归责之间存有某种关联:如果行为人根本没有从事构成要件该当行为,那么所发生的结果(当然)也就不能归责到他身上,但不能归责的原因是欠缺构成要件该当的行为。〔84〕

(5)事实上,德国客观归责理论中所讲的行为制造不允许的危险的全部内容,以及危险的实现与构成要件的效力范围中的部分内容,完全可以纳入实行行为的判断。例如,在 C.Roxin 教授那里,对于 A 明知他人要自杀而将海洛因提供给他人的案件,是通过构成要件的效力范围来解决的。其实,不通过这一理论,也可以认为这一行为不是符合杀人构成要件的行为。亦即,

从德国刑法对基于要求的杀人(德国刑法第 216 条)规定了较轻法定刑来看,杀人罪的对象仅限于没有死亡意思的人,由此可见,认为自杀帮助行为不符合杀人的构成要件也是完全可能的。此外,交付海洛因的行为并不是直接对人的生命产生危险的行为,只不过是对侵害生命具有帮助性的危险的行为,因此,只在杀人的构成要件射程范围检讨,而不至考虑基于故意的自己危险化,仅否认作为实行行为的危险性就足够了。〔85〕

第三,如果维持现行的构成要件或者在客观构成要件中维持实行行为、对象、结果、因果关系的基本构架,那么,将 C.Roxin 教授主张的客观归责理论整体搬到因果关系中,必然叠床架屋,导致判断的反复性(在判断实行行为之后,于因果关系中再次判断实行行为),因而有损判

〔82〕 U.Kindhäuser, 见前注〔11〕, S. 93.

〔83〕 井田良, 见前注〔19〕, 页 63.

〔84〕 弗里希, 见前注〔11〕, 页 253.

〔85〕 曾根威彦, 见前注〔7〕, 页 71—72.

断的经济性。诚然,客观归责理论与实行行为论并不是相互排斥的,^[86]反复检验行为是否构成犯罪,也没有什么不妥当。但是,反复检验并不依赖于理论所设定的程序重复。在刑法理论中,如果A检视标准与B检视标准的内容完全相同,就只能保留其中一个标准。反之,即使三阶层犯罪论体系中并无重复内容,也可以反复检验。当人们对一个案件得出了构成要件符合性的结论,进入到违法性阶层时却没有发现违法阻却事由,但又认为不应当作为犯罪处理时,依然可能回过头来再次判断构成要件符合性。同样,当人们认为某个行为符合构成要件,在进行因果关系判断时,既可以认为结果不能归属于该行为,也可能再次回过头来判断该行为是否属于符合构成要件的行为。这种思考的反复,并不以理论体系上的内容重复为前提。就像登机前过安检一样,如果发现有问題,仍然可以重检一遍,而不需要有几个相同的安检设备。

客观归责理论常常会从反面提出不能归责的原则,周文充分肯定了其方法论的意义。但需要说明的是,犯罪论体系应当按照认定犯罪成立的条件安排,而不可能按照排除犯罪成立的要素安排,所以,优先排除犯罪的成立,并不是安排犯罪论体系的理由。其一,不成立犯罪的事项太多,刑法理论难以优先考察哪些事项排除犯罪的成立。其二,刑法理论不可能按照排除犯罪成立的要素安排。例如,没有达到责任年龄的甲将幼儿推入水中,而在场的幼儿父亲乙并没有及时救助,导致幼儿溺水身亡。在这样的场合,人们不会仔细研究幼儿的死亡能否客观归责于甲,而是直接以甲没有达到责任年龄为由排除其犯罪成立。但是,这并不意味着必须将责任年龄安排在客观构成要件之前。其三,所谓优先排除犯罪的成立,只存在于观念上或者逻辑上,而不具有任何实际意义。例如,在三阶层体系中,司法机关并不是只要行为符合构成要件,就拘留逮捕行为人;也不是只要行为符合构成要件且违法,就逮捕行为人,而是只有完全具备构成要件符合性、违法性与有责性的全部成立条件时,才可能拘留逮捕行为人。所以,为了所谓尽快排除犯罪的成立,将违法阻却事由、责任阻却事由纳入构成要件符合性阶段,是不合适的。以上三点,决定了不应将德国的客观归责理论全盘纳入我国现行刑法理论的“因果关系”部分。

第四,即使在构成要件部分维持实行行为、行为对象、结果、因果关系的基本构架下,也完全可以而且应当借鉴客观归责理论的规范判断方法与其中的部分具体内容。

(1)“实行行为”部分,应当借鉴客观归责理论中的制造不允许的危险的具体内容,以及危险实现与构成要件的效力范围中属于判断实行行为的内容。这是因为,如前所述,客观归责理论中的制造不允许的危险的内容,实际上是对构成要件行为的规范判断。同时,在很大程度上也是对缺乏定型性的实行行为如何规范评价的问题。所以,我国的刑法理论,一方面要对构成要件行为进行实质解释,只能将侵害法益的行为或者具有侵害法益的紧迫危险的行为规范地评价为实行行为;另一方面需要借鉴制造不允许的危险之下的具体规则,确定实行行为。

客观归责理论的其他规则中属于实行行为范畴的值得借鉴的内容,也可以纳入实行行为的内容。例如,C.Roxin教授指出:

规范化并不仅仅表现为价值权衡后确定允许的危险,而且能藉此得到确证:不允许危

[86] 山中敬一,见前注[1],页279。

险的实现并非纯粹的事实过程,而取决于由允许的危险所限定的注意规范的保护目的。例如,如果一个汽车司机起先超速驾驶,然后又减速到允许的标准范围以内,此时以客观上无法避免的方式与一个从道路旁突然跳出的儿童相撞,而这仅仅是一个意外事件,并非身体伤害行为。这是因为,虽然司机超越了允许的危险,而且假定没有该危险的超越也不会发生该事故,原因在于,司机在持续遵守限速规定的情形下就根本不会出现在小孩跳出的位置。但是,限速规范的保护目的仍然排除了结果归责。速度限制并非要阻止汽车在事故发生时间点以安全的速度开往事故地点;更确切地说,该限制是为了预防在类似案件中超速驾驶所带来的避让可能性的限缩以及在可能的相撞发生时碰撞剧烈性的升高。这些危险在我所举的案例中根本不存在,所以应当否定客观的构成要件符合的身体伤害行为的存在。^[87]

由此可见,注意规范的保护目的实际上是对构成要件行为的认定。既然如此,倘若我国的刑法学“总论”保留独立的实行行为部分,就应当在实行行为中讨论这一问题。需要强调指出的是,注意规范的保护目的的理论应当引入我国刑法理论与司法实践。在我国的司法实践中,尤其是在交通肇事罪的认定过程中,基本上是按行为人与被害人违反交通规则的量的多少判断谁负主要责任,而根本不考虑某个具体的交通规则的保护目的,也不考虑结果由违反交通规则中的行为中的哪个行为所引起,所以导致了交通肇事罪的认定混乱。更为荒诞的是,有的行为人仅因为事后逃逸而承担交通肇事罪的刑事责任。^[88]可是,事后逃逸不可能成为交通肇事罪的实行行为,更不可能成为先前已经发生的结果的原因。引入注意规范的保护目的理论,显然有利于交通肇事等过失犯罪的妥当认定。

(2)“结果”部分,应当借鉴客观归责理论的规范判断的立场。一方面,只有侵害法益的结果,才可能成为构成要件结果;另一方面,即使是侵害法益的结果,还必须进一步判断该结果是否属于具体的刑法规范所禁止的结果。例如,在将行为认定为故意伤害罪时,不应将被害人的医疗费用这种财产损失认定为故意伤害罪的结果。因为财产损失并不是故意伤害罪这一具体规范所禁止的结果,因而不需要讨论结果归属。

(3)“因果关系”部分,应当借鉴客观归责理论中不允许的危险的实现的基本内容。质言之,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。

在讨论事实的因果关系时,必须借鉴广义的客观归责理论所讨论的因果关系理论。由于客观归责理论以事实的因果关系为前提,所以,在这一方面,刑法理论还需要进一步展开研究。事实上,许多案件之所以疑难,并不是规范评价的困难,而是在此之前的事实因果关系确定的困难。正因为如此,德国的一些刑法学教科书,就事实因果关系的讨论所占的篇幅多于狭义的客观归责部分。^[89]

[87] C.Roxin, 见前注[3], S.931f.

[88] 参见汤玉婷、范福华:“意外被撞逃跑‘跑’来有罪指控”,载《检察日报》2007年2月4日,第1版。

[89] H.Jescheck/T.Weigend, 见前注[32], S. 272ff.

周文不仅批判了条件说(周文,第 228 页以下),也批判了合法则的条件说(周文,第 231 页以下)。但是,可以肯定的是,“归责理论的支持者以及使用该理论的法院在确认因果关系时,不是使用了等价值理论的不可想象不存在公式,就是使用了合法则的条件理论。”^[90]之所以如此,是因为客观归责理论中的规范评价,建立在事实的因果关系基础之上。正如 C.Roxin 教授所言:“在因果关系缺乏客观的、自然科学的证明的场合,不得由法官通过自由的证据评价的方法进行主观确认而加以替代。”^[91]倘若既不采取条件说,也不采取合法则的条件说,单纯进行规范评价,客观归责理论就不可能“客观”了。合法则的条件说中的法则既包括科学法则,也包括与科学法则并不矛盾的经验法则,^[92]而且是一种“直接、简明的判断方法”。^[93]流行病学的因果关系不仅被认为是经验性的因果关系,而且被认为是自然科学上的因果关系,而不是像周文所说的那样不合法则。如果只是抽象地说某种添加剂能否致人伤亡,当然无法下结论。但是,一种具体的食品添加剂能否致人伤亡,也完全可能通过科学的或者经验的法则得出结论。

在本文看来,就事实的因果关系部分,我国刑法理论需要就条件说与合法则的条件说展开深入研究。条件说与合法则的条件说,并不是一种对立关系,“实际上,作为通说的条件关系公式与合法则的条件公式,在结论上是同一的。”^[94]这是因为,行为与结果之间的条件关系实际上以存在因果法则上的知识为前提。如前所述,在某甲服用了某乙给他的一种尚处于实验阶段的药后心脏病发作而死亡的案件中,人们之所以难以确定条件关系,是因为在这方面还不存在因果法则上的知识。如果事后查明这种药具有引发心脏病的副作用,或者服用了这种药的人通常会心脏病发作,则既能肯定条件关系,也能肯定合法则的条件关系。

但是,条件说与合法则的条件说也可能就某些特殊案件得出不同的结论。一方面,条件说得出肯定结论的,合法则的条件说可能得出否定结论。例如,“A 开车不小心撞上一棵树,同车的乘客 B 因此撞断左大腿,B 在医院死于医生疏忽引起的败血症。在这一种案件中,我们的(指德国的——引者注)法院习惯地都会判定引起第一个结果的行为人成立过失致死罪。”^[95]之所以如此,其中一个原因是采取了条件说。如果采取合法则的条件说,则不一定认为 A 的行为与 B 的死亡之间具有因果关系。另一方面,条件说得出否定结论的,合法则的条件说也可能得出肯定结论。例如,被告人甲在一条笔直的 6 米宽的道路上驾驶着汽车,右侧的乙朝着相同的方向骑着自行车。按规则,汽车与行人应当保持 1.5 米的距离,但甲只保持了 0.75 米的距离。而乙则由于饮酒醉倒在车下,被车后轮轧死。根据条件说,即使甲使汽车与乙保持适当距离,发生同样事故的盖然性仍然很高,乙仍然会死亡,故甲的行为与乙的死亡之间没有因果

[90] 弗里希,见前注[11],页 229—230。

[91] C.Roxin,见前注[4],S.356。

[92] 笔者在介绍合法则的因果关系时指出:“如果经验法则与科学法则并不矛盾,这种经验法则也包含在‘合法则’中”(张明楷:《刑法学》,法律出版社 2011 年第 4 版,页 177)。

[93] 井田良,见前注[18],页 121。

[94] 同上注。

[95] 骆克信,见前注[9],页 17。

关系。但是,根据合法则的条件说,甲的行为与乙的死亡之间具有因果关系。再如,关于二重的因果关系,如甲乙二人没有意识联络均向被害人水杯投放致死量毒药,条件说否认甲乙二人的行为与被害人的死亡具有因果关系。合法则的条件说则认为,如果甲乙二人的毒药均对被害人死亡发挥了作用,则甲乙二人的行为与被害人的死亡之间具有因果关系;如果证明在乙的毒药发挥作用之前,被害人就因为甲的毒药而死亡,则只能肯定甲的行为与结果之间具有因果关系;如果查明只是一份毒药起作用,但不能证明是谁投放的一份毒药起作用,就只能根据存疑时有利于被告人的原则,否认甲乙的行为与被害人的死亡之间具有因果关系。从对上述案例的结论来看,合法则的条件说比条件说具有优势。

反之,就我国刑法所规定的滥用职权、玩忽职守等渎职罪而言,如果仅采取合法则的条件说,而不适当地采取条件说,就可能致这类犯罪不能得到认定。例如,最高人民检察院2008年11月6日《关于加强查办危害土地资源渎职犯罪工作的指导意见》就做好查办危害土地资源渎职犯罪案件工作指出:“实施人员、监管人员明知决策者决策错误,而不提出反对意见,或者不进行纠正、制止、查处,造成国家土地资源被严重破坏的,应当视其情节追究渎职犯罪责任。”可是,在这样的场合,要认定实施人员、监管人员的行为与结果之间具有合法则的条件说或许相当困难,但采取条件说,则可能肯定事实的因果关系。

由此可见,能否在不同的场合以及在什么样的场合分别采取条件说与合法则的条件说,还需要借鉴国外的学说展开深入研究。

在讨论结果归属时,应当借鉴客观归责理论。亦即,在肯定了事实的因果关系之后,应当进一步做出规范判断。在这方面,客观归责理论中属于狭义的结果归属部分的具体规则,都是值得借鉴的。当然,我们不能将C.Roxin教授的客观归责理论当作德国客观归责理论的全部内容,德国其他学者关于客观归责理论的具体观点,也同样值得我们借鉴。与此同时,也需要借鉴日本的相当性理论、英美的法律因果关系的理论。一方面,相当性理论与法律因果关系的理论,实际上都是结果归属理论,都是在事实的因果关系之后的规范评价。另一方面,就各种介入因素的讨论,日本的相当性理论与英美的法律因果关系理论,更为具体细致,更有实用价值。

由此看来,我们没有必要特别强调德国的客观归责理论、日本的相当因果关系理论、英美的因果关系理论之间的不同点,而应当看到它们的共同点。如果我国的刑法理论将传统的“因果关系”分为因果关系与结果归属两个部分展开讨论,必然会吸取上述理论的长处,从而完善我国的刑法理论。

第五,如前所述,客观归责理论运用于过失犯的认定时具有重大意义。按照C.Roxin教授的观点,只要客观上制造并实现了不允许的危险,就能认定为过失犯。这种规范的过失论与我国现在通行的心理的过失论,存在重要区别。前者使过失犯的认定客观化、规范化,后者常常陷入认定的困难,因而导致判断的恣意性。所以,我国有关过失犯的理论,如何借鉴客观归责理论,就成为需要研究的重要问题。

(责任编辑:江 溯)