

客观归责理论的方法论意义

兼与刘艳红教授商榷

周光权*

摘 要 客观归责理论和相当因果关系说都是实质的归责理论,它们都要解决把结果视作谁的“作品”的问题。如果仅仅考虑个案处理,即便不采用客观归责理论,单纯运用条件说和相当因果关系说,疑难案件也能够得到处理。但是,相当因果关系说在方法论上有诸多缺陷,而客观归责理论在方法论上的优势非常明显: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。我国刑法学者否认客观归责理论,主张在因果关系判断时采用相当因果关系理论,再通过故意、过失限定归责范围的观点,貌似有理,但在方法论上存在根本的错误。如果在进行客观归责判断时,根据一定的检验标准,根本就不需要将某个后果这一“杰作”算到行为人头上,也就没有追问其有无罪责的必要性、可能性。客观归责理论主张对故意犯、过失犯的认定,可以将原本就应该放在构成要件符合性阶段考虑,但过去一直被错误地置于责任中分析的要素提早到客观归责来思考,使之实现犯罪判断要素的正确“归位”。因此,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。如果充分认识到客观归责理论在方法论上的独特意义,同时,为了确保司法上不出错,肯定客观归责理论,并将相当因果关系说的内容融入客观归责中,就是我国刑法理论未来需要认真对待的问题。

关键词 客观归责理论 相当因果关系说 规范判断 犯罪论体系 刑法方法论

刘艳红教授最近撰文,对客观归责理论的合理性提出了质疑,其主要观点是:①客观归责理论和相当因果关系说一样,是因果关系理论,而不是归责理论。②客观归责理论的客观性判断中,有很多主观要素,因此其判断并不客观。③客观归责理论混淆了三阶

* 清华大学法学院教授。

层的犯罪论体系中构成要件、违法性和责任的关系,削弱了阶层犯罪论体系所具有的人权保障机能。由此,刘艳红教授得出我国刑法学应该采用相当因果关系理论,而没有必要引进客观归责理论的结论。^{〔1〕}刘艳红教授的观点,基本上是日本通说刑法理论的中国翻版,在我国刑法学界也有一些赞同者。持类似观点的学者认为:如果对实行行为作实质评价,同时,对因果关系不是仅仅从存在论的意义上,还要从规范的、论理的意义上进行理解;^{〔2〕}与此同时,对相当因果关系是否存在作审慎的、分步骤的判断,就基本上可以得出客观归责理论“不要说”的结论。^{〔3〕}我也曾经认为,在多数情况下,客观归责理论对风险是否被制造、被实现的判断,与相当因果关系理论的相当性判断没有实质差别,客观归责理论是对行为和结果之间的相当性判断的另外一种说法。^{〔4〕}从这个意义上讲,没有必要在事实判断(条件说)、法律判断(相当因果关系说)之外,另外再建构一套实质地评价行为与后果关系的理论。^{〔5〕}

应该说,一方面,通常而言,客观归责理论和相当因果关系说的判断对象、判断过程并无太大差异;另一方面,如果单纯从个案处理结论的可接受性的角度看,对绝大多数案件而言,运用客观归责理论还是相当因果关系说,所得出的结论可以说相差无几。^{〔6〕}换言之,即便不采用客观归责理论,单纯运用条件说和相当因果关系说,对行为和结果之间关系的判断也基本上能够得出和客观归责理论大致相同的结论,不会使疑难案件无法得到处理,也不会导致错案。但是,像刘艳红教授那样,将客观归责理论视作因果关系理论,认为其可以被相当因果关系理论所取代的观点,存在以下问题:①因果关系要解决行为和结果之间“事实上”的联系之有还是无的问题,客观归责理论处理的是价值评判问题。作为因果关系理论的条件说的判断是事实判断、经验判断,如果将其作为归责标准,可能混淆其和规范评价、价值判断的关系,也可能产生归责范围漫无边际的危险;对行为和结果之间的关联性,仅仅进行事实判断是不够的。以最通常的盗窃罪为例,要建立取财和被害人财物丧失之间的联系,进而肯定盗窃罪的成立,不是甲拿走乙财物的基础事实自动成为被归责的对象,因为此时还必须考虑:由于刑法不准许一个无理由拿走他人并未放弃占有的财物的事实存在,才能确定行为和结果之间的联系。其实,为

〔1〕 刘艳红:“客观归责理论:质疑与反思”,《中外法学》2011 年第 6 期。

〔2〕 (日)野村稔:《刑法总论》,全理其等译,法律出版社 2001 年版,页 125。

〔3〕 例如,山口厚教授就认为:在日本,“相当因果关系说之所以成了通说,是因为,即便是肯定了实行行为与构成要件结果之间的事实关系,但就连经历了极其异常的经过而产生了结果的场合也肯定因果关系,由于引起了该结果而肯定犯罪的成立,可以认为这是不妥当的……因此,在相当因果关系说来说,就要求实行行为与构成要件结果之间的因果关系要有相当性,通过这种相当性来对作为构成要件要素的因果关系加以限定”。(日)山口厚:《刑法总论》(第 2 版),付立庆译,中国人民大学出版社 2011 年版,页 56。

〔4〕 参见周光权:“结果回避义务研究——兼论过失犯的客观归责问题”,《中外法学》2010 年第 6 期。

〔5〕 参见周光权:“刑法中的因果关系和客观归责论”,《江海学刊》2005 年第 3 期。

〔6〕 只是对于少部分较为罕见的案件,两种观点的处理结果可能不同。对此,请参见林东茂:“客观归责理论”,《北方法学》2009 年第 5 期。

限制、弥补条件说的不足,相当因果关系说提出了其对因果关系和归责的基本看法,^{〔7〕}此时已经是实质评价。在遇到某些极端案件时,正如许内曼教授所说,相当因果关系说并不能全面解决归责问题,作为实质评价的客观归责理论就需要出面。客观归责理论不是传统上说理解的因果关系理论。^②客观归责理论的真正意图是要在检验犯罪构成要件的主观要素之前,在构成要件的客观层面把并不重要的因果联系排除出去。因此,其不是要像刘艳红教授所批评的那样,故意混淆主观要素和客观要素以及违法和责任之间的关系。^③从判断标准明确性、方法论的角度看,客观归责理论比相当因果关系说明显高出一筹。^{〔8〕}刘艳红教授对客观归责理论的批评,建立在种种误解之上,特别是建立在对客观归责理论的方法论意义认识不足的基础上,因而并不妥当。如果充分认识到客观归责理论在方法论上的独特意义,同时,为了确保司法上不出错,肯定客观归责理论,并将相当因果关系说的内容融入其中,就可能是我国刑法理论未来值得特别加以考虑的问题。

本文试图对客观归责理论在方法论上的意义作详尽、深入的探讨,希望有助于深度推进关于客观构成要件符合性、犯罪论体系改造等相关问题的研究。在后文中,多处涉及对刘艳红教授观点的评论和商榷。在这里,特别需要说明的是,因为我和刘艳红教授所讨论的问题,在德、日刑法学中均属有争议的重大学术命题,特别是在日本,学者们对该理论远未达成一致意见,所以,如果是我对客观归责理论的理解可能也有偏颇之处,还请刘艳红教授及同行方家指正。

一、客观归责理论是规范论而非事实论

刘艳红教授认为,客观归责理论不是构成要件理论,而是传统的因果关系理论,“客观归责论虽然想极力拔高自己从传统因果关系理论范畴中脱离出来,而以一般性的、高于因果论的归责论自居,但实际上,笔者认为,客观归责理论仍然是一种因果关系理论”^{〔9〕}。刘艳红教授的主要理由有两个:客观归责理论是以条件说为基础的;客观归责理论实质上是因果关系论。但是,客观归责理论以条件说为基础,只是描述一种理论上的现实,以其作为论证客观归责属于事实论、经验论意义上的因果关系理论的理由没有说服力。正如我们要评价一件事情的好坏必须以一定的事实为基础,但不能就此说对事物的评价是事实论。其实,所有社会科学上进行价值评价的理论都要以事实判断为基础,但不能说这些价值论就是事实论。例如,涂尔干的“失范”理论建立在对转型社会旧的规范失去约束力,新的规范尚未产生,从而导致社会秩序

〔7〕 理论上通常将相当性说作为“相当因果关系理论”。但是,如果认为相当性说不是关于因果关系的理论,而是关于归责的理论,“相当因果关系理论”或者“相当因果关系说”的提法,或许是不准确的。考虑到“相当因果关系理论”已然是约定俗成的说法,本文对“相当性说”、“相当因果关系说”这两个提法混用,但所指涉的对象都相同。

〔8〕 对于客观归责理论在方法论上的意义,我国学者已经作过初步研究,对此请参见车浩:“假定因果关系、结果避免可能性与客观归责”,《法学研究》2009年第5期。

〔9〕 刘艳红,见前注〔1〕。

混乱的观察之上,以社会发展这一“社会事实”为前提。^[10]但是,社会学家从来都认为涂尔干的“失范”是规范理论、价值评判、实质理论,而不会认为其属于事实描述理论。^[11]客观归责理论实质上是因果关系论的论证,特别是客观归责理论和相当性说的指涉范围完全相同的结论,还值得仔细推敲。

在我看来,条件说是真正的因果关系理论,而相当性说、客观归责理论都是实质上、价值评价意义上的归责理论。

(一) 条件说的问题点

相当因果关系说是对基本成为通说的因果关系的条件说进行修补后所形成的理论。

条件说认为,在行为与结果之间,如果存在着“无A即无B”的关系,则存在刑法上的因果关系。条件说求助于一种思维上的“排除法”,即设想在该条件不存在时,结果是否同样发生:如果答案是否定的,该事实就是结果的必要条件;如果所得结论相反,就可将该事实排除于原因之外。条件说认为对结果施加影响的所有条件都具有同等价值。

条件说有助于防止个别人利用只制造一定条件的方式实现犯罪目的。可以说,条件说奠定了法律上的因果关系的事实基础,因此,成为所有因果关系及归责理论都无法回避的起点。^[12]此后的其他因果关系理论实际上都是在条件说所提出的诸多条件范围基础之上,依据特定的标准进行价值判断,认定其中的一个或者部分条件属于原因,从而认定其与结果之间具有刑法上的因果关系,确立刑事责任的客观基础。因此,条件关系的判断是至关重要的。但是,仅仅适用条件说,存在诸多问题。

1. 可能形成无止境的关联

对条件说的一般批评是其可能使因果关系的范围过宽,形成无止境的关联。此外,在虽然按照行为人的意愿发生了危害结果,但引起结果的因果进程中混入了其他原因时,如何确定因果关系,对条件说而言,就是一个难题。例如,甲轻伤乙,乙住院治疗时,医院所在位置遭受雷击发生火灾,乙死亡,如果对条件说不作任何修正,可以得出甲成立故意伤害致死的结论。

2. 运作机理上的先天不足

学者指出:

条件理论的真正缺陷不在于它扩大了原因的范围,而是深藏于其运作机制的本身: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(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,然后因心脏病发作而死亡。如果不查明实验药的药性,显然不能仅仅根据‘思维排除法’,就将某甲的死亡归咎于某乙的行

[10] (法)涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版,页328。

[11] (英)安东尼·吉登斯:《资本主义与现代社会理论——对马克思、涂尔干和韦伯著作的分析》,郭忠华等译,上海译文出版社2007年版,页134。

[12] 必须要承认,条件说在整个因果关系和归责判断过程中,其意义都是极其有限的。

为。^{〔13〕}

这种批评的确是极有见地的。

3. 条件说的修正理论也存在缺陷

为避免适用条件说陷入因果关系范围过广,其结论难以令人接受的困境,过去有人提倡“因果关系中断说”,认为在因果进程中,有被害人、第三者的行为或自然力介入时,因果关系中断,行为和结果之间就没有因果关系。

但是,刑法上所说的因果关系,本来是就其存在或者不存在而言的,原本存在的因果关系,在其发展过程中出现中断,这在刑法理论上是不可能的;而且在条件说中,认定存在条件关系但又否认因果关系,这明显是矛盾的。因果关系中断论不可能推导出刑法上妥当的因果关系。所以,因果关系中断论现在受到否定。^{〔14〕}在我看来,将有介入因素的案件一律简单处理为因果关系中断,很多时候都不太妥当。

4. 利用责任要素弥补条件说缺陷存在方法论上的偏差

当然,因为条件说只是事实的判断,即便其认定犯罪的范围广,但只要有后续的第二道过滤程序,也不会带来司法适用上的危险。条件说于是试图以故意、过失限制因果关系范围。但这种观点是否合理,也还存在问题:一方面,在客观上不能对行为进行过滤,转而将司法判断上的重任交给原本就难以作出决断的故意、过失判断,打击面过大的危险仍然难以防止,从方法论的角度看也存在问题。另一方面,按照条件说,只要存在条件关系,就可以肯定构成要件该当性。但是,引起构成要件结果发生的行为,通常都具有违法性。将偶然或者经异常途径发生的结果视为法律所禁止的违法行为所导致的结果,在法律上对该结果给予否定,似乎并不妥当。从根据条件说所确定的因果关系中梳理出需要归责的线索,进而将结果责任归属于特定行为人,这是归责理论的任务,而不是传统上所说的因果关系理论的使命。

(二) 相当因果关系说的判断规则及其实质

由于有必要在条件说的基础上发展归责理论以解决条件说自身无法克服的一些问题,相当因果关系说正式登场。

确实,在很多情况下,用相当因果关系说来修正条件说是必要的。相当因果关系说主张根据社会一般人生活上的经验,在通常情况下,某种行为产生某种结果被认为是通常的、不令人意外的场合,就认为该行为与该结果具有因果关系。“相当性”说明某种行为产生一定结果是通例而非异常的。例如,抢劫罪犯对准被害人开枪,被害人受惊吓后为自保而逃跑,慌乱中撞在电线杆上身受重伤,数日后死亡的,根据一般社会生活经验,就会认为被害人在受到枪击的情况下慌不择路,逃跑途中会发生危险,并不是异常的情况,所以,抢劫行为和被害人死亡之间存在因果关系,属于抢劫致人死亡。但是,抢劫行为结束后,被害人为夺取财物而追赶犯罪人,从而跌倒受伤后死亡的,死亡结果的出现从规范评价的角度看就是异常的,与抢劫行为之间没有相当因果关系。

〔13〕 (意)杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),中国人民大学出版社2004年版,页118。

〔14〕 (日)大谷实:《刑法总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,页194。

对此,弗莱彻指出,在因果关系的感知过程中要注入习俗所具有的通常和可预期的标准。如果在家庭中安装烟雾报警器是极其罕见的,那么,我们就不会在一场家庭大火中,把孩子的死亡解释为没有安装烟雾报警器的后果(我们也许会把死亡解释为是在隔壁缺少一个消防站的结果)。但是,如果城市中的其他人家都安装了报警器,那么,我们会指出,孩子的死亡是由于没有安装本来能够拯救他们生命的报警器。^[15] 他的这一观点,似可归入相当因果关系说的范畴。相当因果关系说内部存在着主观说、客观说、折中说的区别,但多数人坚持客观的相当因果关系理论。

相当因果关系说要处理的难题主要是存在介入因素的场所。^[16] 在存在第三人的行为、行为人的第二个行为、被害人的行为、自然力介入的情况下,条件说以“因果关系中断论”处理问题。^[17] 而相当因果关系说对介入因素的相当性判断,不是仅仅按照介入因素“在行为时能否被行为人所预测”这种主观的东西为标准进行判断,而应当综合考虑具有客观性质的三方面情形:①最早出现的实行行为导致最后结果的发生可能性高低。对被害人实施危及生命的重伤,和只对被害人造成轻伤相比,虽然后来都介入了医生的重大失误,从而引起被害人死亡,但重伤行为更容易被评价为死亡的原因。②介入因素异常性的。介入因素过于异常的,实行行为和最后结果之间的因果关系不存在。③介入因素对结果发生的影响力。影响力大者,实行行为和最后结果之间的因果关系不存在;反之,因果关系存在。无论实行行为对被害人伤害多重,在有“故意射杀”这种足以超越最初实行行为的因素介入时,使被害人人身负重伤的实行行为和最终的死亡后果之间,就没有因果关系。^[18]

根据上述研讨,可以得出如下初步结论:相当因果关系说的实质,并不是以决定结果的“原因力”的条件范围为关注点,而是为了确定在刑法上要把“账算到谁头上”、把结果归属于谁的“可归责性”,或者说把结果看成是谁的“杰作”的问题,所以,在逻辑上属于结果责任范围的判断,而不是传统意义上的因果理论。例如,A驾车超速行驶造成B重伤,医生C手术失误,或者护士D打错针药导致B死亡的,按照条件说,如果A不实施过失行为就不会导致B受伤,B后来当然就不会死在医院,这是事实判断问题。但仅仅根据条件说得得出这一结论,无助于问题的最终解决,将死亡结果归属于已然无法有效操控事件后续进程的A似乎也不公平。在这里,更为重要的是:交通管理法规的任务仅仅是禁止交通参与者因为违反注意义务的行为本身造成死伤,还是包括要避免第三人(医生或者护士)造成的法益风险?这就涉及规范评价

[15] 参见(美)弗莱彻:《刑法的基本概念》,蔡爱惠等译,中国政法大学出版社2004年版,页37。

[16] 另外一类是被害人体质特殊的情形。

[17] 但是,这样的讨论明显太粗疏了。因为即便介入他人的故意行为,也并不一律否定结果责任,也不能否定相当性,例如,A教唆B杀人,B故意开枪杀死C的,虽然介入了B的杀害行为,A也要对C的死亡负责。

[18] 对此更为详尽的分析,请参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》,第4版,东京大学出版会2006年版,页185。必须指出,前田雅英教授的分析,是借助于客观归责理论为相当因果关系的判断建立类型化的规则。这说明两个问题:一方面,相当因果关系理论不明确,迫切需要下位规则;另一方面,前田雅英教授所提出的判断规则,是在“结果的客观归责”的名目下讨论的,已经是一种典型的客观归责理论,而不是传统意义上的相当因果关系理论。

问题。这是相当因果关系说或者客观归责理论的使命。因此,刘艳红教授认为相当性说、客观归责理论和传统因果关系理论完全等同的观点并不具有合理性。

上述分析表明,在讨论广义的因果关联问题时,仅仅适用条件说是不够的,原则上也不存在纯粹事实的因果判断问题。在这个意义上,我国学者的某些观点可能还值得商榷。例如,张明楷教授认为,在没有介入因素的场合,存在脱离规范评价的纯粹事实的因果判断。即如果实行行为合法则(符合客观规律必然)地造成结果时,结果是实行行为的现实化,应当肯定因果关系,将结果归属于实行行为。这里的合法则,不是指相当因果关系的生活经验,而是得到当代科学知识水平认可的关系。如果某种联系得不到科学知识的解释,就不能肯定因果关系。^[19]但是,这可能是一种不太符合司法规律的想法,其可能只对盗窃这样“明摆着”的案件有用,对其他稍微复杂一些的案件就不再有理论价值和穿透力。

对此,我的批评意见是:①张明楷教授的观点,如果一定要说具有实用价值,大概只能解决开一枪打死一个人,捅一刀被害人受重伤,下手偷一次得手1万元等情形,在这些案件中,原则上不需要规范评价即可确定因果关联。但是,在讨论因果关系以及结果归责问题时,显然不应该以这样的案件为样本。超越的因果关系、相当性说和客观归责理论所关心的都是因果联系相对复杂的情形。立足于“一因一果”且因果联系极其明确的情形提出理论构架,似乎意义有限。更何况,即便像开枪杀人这样的简单案件,要建立开枪和被害人死亡之间的关联,也需要考虑“是因为刑法不准许一个无理由开枪打死他人的事实存在,而不是有人开枪打中他人的基础事实自动成为可被非难的事实。”^[20]这说明,纯事实的因果联系在刑法上特别是实质的构成要件判断上是没有意义的。②在社会生活中,有许多未知的领域,大量存在现代最为前沿的科学技术也无法解释的现象,例如,环境污染和个别人死伤后果的发生之间的关系,科学就无法解释,否则,所谓的“流行病学的因果关系”就不再需要。某些药品和个别人死亡之间的联系,也无法从科学上加以说明。有的受伤者死亡的原因是伤得太重,或是医生治疗方法有误,甚至是感染现有医学技术无法识别也无法控制的细菌,科学上对此显然难以说明。③与个人生活紧密相关的领域,如交通、医疗、运动、食品制造、工业管理等等,行为自身具有危险性,也受各自的行业规范约束,这些规范与科学标准并不完全重合。但只要某种危险范围不逾越规范界限,在刑法上就应该允许。例如,某些食品的制造需要添加剂,科学上有时也很难解释添加到多少是过量,只能确定一个大致的标准。有人长期食用有某种添加剂的食品毫发无损,有的人或因此身患绝症,根据“科学”来确定因果关系谈何容易。即便生产食品添加某种物质,添加剂的数量稍微超过国家标准,从“科学”的角度看有问题,他人连续食用20年,后患病死亡的,要用客观归责理论对生产者追究刑事责任都存在问题,用张明楷教授所说的条件说来处理更只能是无从下手。④张明楷教授试图依靠自然科学解决法律问题,这是一种把复杂问题简单化的思路。对此,学者指出:客观归责理论的贡献,正是在承认自然性的因果关系的基础上,就此切断自然科学的事实审查的方式,进一步独立地迈入规范性审查的阶段。这一步,

[19] 参见张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,页177。

[20] 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,页429。

是在努力保留之前的事实判断的单独性和纯粹性的前提下(条件说)迈出的,是在承认自然科学意义上的因果关系和条件说的重要性的基础上,又将其冷静地搁置一边,使其仅仅成为刑法专业性思考的一个必要的前提,而非核心问题。这种从事实到价值的清晰转轨,为刑法学规范性思考的特质赢得了独立性和尊严。^[21]

(三) 客观归责即是规范评价

客观归责理论主张,当行为制造了法所禁止的危险,且符合构成要件的结果被实现,该结果在构成要件效力范围之内的,由人的行为所造成的结果才可能有客观归责问题。虽然同样都是提供一定的判断标准,也尽管可能会存在不明确的地方,但是客观归责理论较之相当性说,对于增加法官的刑事案件“自决权”,显然更为有利。

客观归责理论建立三个递进式的、相对完善的判断规则:制造法所反对的风险;实现法所反对的风险;构成要件的效力范围。按照客观归责理论的逻辑,能否进行结果归责,需要依次进行以下检验:①第一层次,要考察行为是否制造了不被容许的危险。在故意行为中,降低风险的行为,等于没有制造危险,因此不能将结果归咎于行为;制造容许的危险的行为,并为造就法所反对的危险,所以也不能将结果归咎于容许危险范围内的行为。对过失犯而言,只有当某种行为客观上逾越容许的危险范围,并制造法所禁止的危险的,才有过失。这一层次的检验,重点是为了强调:仅仅造成结果和违反谨慎义务自身,并不构成过失结果犯的不法构成要件。“在具体的结果上,基于一个构成要件相当性的因果流程,所实现的必须恰恰是行为人举止的‘违反义务性’,易言之即所实现的法律上所反对的那个危险,该危险是因为行为人对谨慎义务的违反而被造成或者提高,依照相关规范的保护目的该危险之产生正是应该注意避免的。”^[22]②第二层次,判断危险行为是否导致结果发生,为此,要认真考察:危险行为与结果的发生,是否是常态关联,结果对于最初的实行行为而言是否是通常的?行为没有创设新的风险,但明显升高了风险的,是否能够将结果归咎于行为?危险行为所引发的结果,是否在注意规范保护目的之外?③第三层次,因果过程是否在构成要件的效力范围之内,需要思考以下问题:一是参与他人故意的危险行为是否可以归责?同意他人造成危险时,是被害人自我答责还是应当将结果归责于行为人;属于专业人员独立负责的领域,应该如何进行归责?^[23]

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。罗克辛所提出来的规范保护目的、被容许的风险、构成要件的效力范围等原则,都是尝试将法秩序的要求具体化,而它们本身都是实质的标准。^[24]

[21] 车浩,见前注[8]。

[22] (德)约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年,页396。

[23] 参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,页247以下。

[24] 参见陈兴良:“从归因到归责——客观归责理论研究”,《法学研究》2006年第2期。

二、相当因果关系说不能取代客观归责理论

刘艳红教授认为,客观归责理论与相当性说没有实质差别,因此,完全不需要借鉴客观归责理论,而以相当性说来解决我国刑法中的因果关系问题即为已足。^[25]但是,在这里,有两个至关重要的问题:①客观归责理论与相当性说并不是完全相同,只是部分内容有交叉。无论从理论上还是实践中,都存在客观归责理论可以解决,但是相当性说难以处理的问题。②从方法论上看,相当性说存在重大瑕疵,因而其必须从整体上被抛弃。

(一)客观归责理论和相当因果关系说有部分共同点

从个案处理的角度看,客观归责理论和相当因果关系说的结论基本没有差异。所以,选择客观归责理论还是相当因果关系要来判断归责问题,从判案的结局上看,可能无关紧要。

1. 客观归责理论和相当因果关系说的内容部分相同

客观归责理论的下位规则,从表面上看似纷繁复杂、叠床架屋,但是,其核心或者难点主要是在第二层次的检验即判断危险行为是否导致结果发生当中。在司法实务中,对行为是否实现法益风险的判断,又集中在危险行为与结果的发生是否具有“常态关联”上。也就是说,客观归责理论除了重视行为是否制造法益风险之外,^[26]特别重视对于是否有“不寻常的、异常的、偶然的关联性”的判断,重视是否存在重大的“因果偏离”。“若非出于极度不可能的情形,不可否认结果的客观归责性。例如,在加害过程中,因被害人的体质异常(如血友病患者)、特别怯弱产生心肌梗塞、极度惊惧冒险逃离等产生死亡结果时,该结果仍可归责给行为人。”^[27]换言之,实现法所禁止的风险中的第一个下位规则构成客观归责理论的内容之一。而对这一问题的解决,恰恰是相当因果关系说的独特优势,但同时也是相当因果关系说的全部内容。

相当因果关系说的逻辑体系决定了它侧重于解决因果异常的问题。相当因果关系理论的核心是:从生活经验来说,如果是由于无法预料的异常行为的介入引起危害结果发生,最开始的实行行为和最终结果之间不具有“相当性”,从而排除其因果关联性。相当性等于通常性、普遍性、经验上可想象性、非异常性、非偶然性等,所以,重视行为和结果之间的“常态关联”。相当因果关系理论是以条件说为基础,探讨结果是否能够归责于某种条件的规范判断问题。行为人造成的危险和具体结果发生的方式之间不存在风险关系,即行为与结果之间有异常关联性的,相当性难以得到确认。例如,打伤他人,受害人在住院治疗期间遇火灾死亡的;因腿部被他人打伤而不能再跳舞的芭蕾舞演员自杀的,伤害行为和死亡结果都不具有“常态关联”,因而否认相当性。

[25] 刘艳红,见前注[1]。

[26] 行为是否制造法所禁止的风险这一判断规则,所针对的是极其罕见的(教学)案例,所以,这一规则在理论体系建构上的意义远远大于其司法指导意义。

[27] 许泽天:《刑总要论》,台湾元照出版公司2009年版,页99。

必须特别指出的是:虽然从形式上看,客观归责的部分下位归责(例如,判断是否存在重大的因果偏离)和相当因果关系说的部分内容相同,但不意味着两者的判断逻辑、判断顺序也相同。对此,在本文“结语”部分会有更为详尽的分析。

2. 客观归责理论的部分下位规则可以用相当因果关系说来解释

例如,结果在规范保护目的之内是客观归责理论的下位归责,但是,相当因果关系说的理论构造中也有大致相同的评价意蕴。

客观归责理论认为,行为虽然违反注意义务并产生结果,但结果在行为所侵害的规范的保护范围之外的,不能进行归责。这就是规范保护目的论。^[28] 规范保护目的理论可以合理限定过失犯的成立范围,即只有当行为人违反了规范保护目的,进而导致损害结果发生时,才能成立过失犯。因此,规范保护目的是客观归责理论中判断是否实现法所不允许的风险的标准。C 违章超车,导致旁边车道的驾驶者 D 心脏病发作死亡的,根据客观归责理论,很难要求 C 对 D 的死亡结果负责。因为按照规范保护目的论,只有在危害结果与规范保护目的有关联性时,才能将结果归责于行为人。制定交通法规的目的,是确保汽车正常通行,不至于在行使过程中撞向行人或其他车辆,避免发生交通事故。第三人因为汽车故障或者撞击死伤的,应当运用交通法规追究驾驶者的过失责任。但是,被害人不是因为交通事故本身死伤的,不在交通法规的保护目的之内。D 的死亡本身不是交通法规意欲避免的结果,也不是行为人需要避免的结果,因此,不能对 C 进行客观归责。

但是,坚持相当因果关系说的学者会认为,规范保护范围理论所涉及的具体案件,从来都是相当因果关系论的对象。刘艳红教授就赞成这样的观点。按照这种立场,利用相当因果关系说,可以得出某些结果不需要行为人承担责任的结论,因为“相当性”说明该行为产生该结果是通例而非异常的。例如,违章驾车导致撞车把路旁的行人吓死的,违章驾驶行为和第三人死亡的结果之间的因果过程不是紧密的、基本的、实质的、通常的。对于这种偶然发生的、几率极低的结果,如果要求行为人负责,与社会生活上一般人的日常经验相悖,不具有相当性。对此,西田典之教授也有大致相同的认识,他指出:创造法益危险对应实行行为性的判断,实现法益风险对应相当因果关系理论。对于注意规范的保护目的问题,只要否定存在相当性,或者否定存在过失即可。^[29] 显然,按照他的观点,没有客观归责理论,无需借用注意规范保护目的理论,只要在相当性判断上能够得出否定结论,交通肇事罪的过失构成要件符合性的判断也同样可以进行。

正是因为相当因果关系说和客观归责理论存在一些相同之处,日本多数学者才认为没有必要采用体系过于复杂的客观归责论。对此,井田良教授认为,如果将犯罪理解为违反行为规范的身体动静,那么,实行行为就是指某种行为与规范内容明确的行为基准不一致的情形,德国客观归责中的制造危险对应日本刑法学中的实行行为;实现法益风险对应相当因果关系,因

[28] 参见(日)山中敬一:《刑法总论 I》,成文堂 1999 年版,页 267。

[29] 参见(日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社 2007 年版,页 85。

此,没有必要放弃日本的实行行为、相当因果关系理论,去全盘接纳客观归责理论。^[30] 山口厚教授则认为,对因果关系虽然要依次讨论作为起点的构成要件行为(实行行为)、作为事实关系的因果关系(条件说)、作为危险之现实化的因果关系(相当性说)这三方面的内容,但其中“危险的现实化”是关键。“将因果经过理解为实行行为之客观危险性的现实化(实现)的过程”这样的立场,可以说与基于规范的考虑来判断能否把结果归属于行为的客观归属论已经没有什么差别,因此没有必要提倡客观归责论。“由于在判断实行行为(构成要件行为)的危险性向结果的现实化时当然也就包含着行为与结果间的事实上的关联的判断,所以,也就没有必要将因果关系分成①事实的关联性和②规范的限定这样的两个阶段来加以考虑,而是直截了当地来追问有无危险性的现实化就足够了。”^[31]

张明楷教授对有介入因素时的因果关系处理,强调“条件关系与危险的现实化”,实际上与前述山口厚教授的思路高度一致,其关于实行行为危险的现实化的具体判断,似乎又借用了前田雅英所提出的“结果的客观归责”的三个判断规则,只是在此之外增加了“介入因素是否属于行为人的管辖范围”这一内容。所以,张明楷教授的主张,更像是山口厚教授和前田雅英教授观点的综合。^[32] 由于张明楷教授关于有介入因素的因果关系的理论也要加入实质判断和规范判断的内容,其即便声称因果关系理论是“合法则的因果关系”、“条件关系与危险的现实化”,但实质上的内容也和相当因果关系说完全一致,在理念上、方法论上和案件处理上都和客观归责理论似乎没有差别。

(二) 相当因果关系说在方法论上的问题点

客观归责理论中实现法所禁止的风险包含了相当性说的内容,但是,反过来不能说相当因果关系理论揭示了客观归责的所有内容。从方法论上看,相当因果关系说在以下方面存在问题,这在一定程度上,也是客观归责理论和相当性说的差异之所在。

1. 规范判断程度不高

相当因果关系说是从经验判断的角度,把行为和结果当作自然现象来观察,以确定行为和结果之间存在前因后果的关系,“依然维持着事实的、存在论的性质”。^[33] 对此,许玉秀教授更进一步指出,相当因果关系说所提供的标准和价值判断依据除了所谓的“物理法则”之外,基本没有其他内容。换言之,相当因果关系说的标准就是物理常识,例如,以枪击太阳穴、以刀刺心脏、以绳子勒颈部皆足以致死。将因果关系等同于物理的关系,是相当因果关系说所设下的“长达一个世纪的骗局”。^[34] 当然,这样的思考方法,在绝大多数情况下并非不可靠。只不过对为数不少的有争议的案件,行为人是否要对结果负责,需要采取价值判断的方法,进一步确认客观上是否能够对行为人进行归责,以决定既遂犯的成立与否。例如,高尔夫球手甲在练

[30] 参见(日)井田良:《刑法总论の理论构造》,成文堂2005年版,页63。

[31] (日)山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,页59。

[32] 张明楷,见前注[19],页184。

[33] 陈子平:《刑法总论》,台湾元照出版有限公司2008年版,页172。

[34] 许玉秀,见前注[20],页457。

习击球过程中,将高尔夫球打到远处的球童乙身上,导致其重伤的,无论从条件说还是从相当性说出发,都能够得出因果关系存在、能够进行归责的结论。但是,从客观归责的角度看,因为无法从规范的层面只能要求甲安全击打而不能打偏,换言之,打偏所带来的伤害是社会所能够接受的风险;甲无法掌控因果流程,因此,其并未制造法和社会所不允许的风险,即便从事实的角度看有结果发生,也不能归责于行为人,构成要件该当性不具备。因此,客观归责论和相当因果关系说之间在规范判断程度上、对归责范围的限定上都存在差别,相当因果关系说的经验判断和条件说的事实判断之间存在极其紧密的关系。但是,条件说的事实判断对归责约束极其有限。

此外,相当因果关系说因为在规范评价时夹杂大量事实判断的内容,因而与条件说的“中断论”(超越因果关系理论)很容易混淆,许多坚持因果关系中断论的学者在分析具体问题时,所使用的方法论是客观相当因果关系说。条件说的“中断论”(超越因果关系理论)认为,在行为事实出现后,其所造成的影响并未持续到结果发生时,而是由单独的、偶然的、快速地发生的行为造成最终结果的,最初的行为和结果之间没有因果关系。这是条件说的立场。但是,“因被害人或者其他外力介入而导致因果偏异的情形,有些相当理论的拥护者借用发展自条件理论的‘因果关系中断’概念来否定其因果关系。”^[35]但这在方法论上明显存在问题。

2. 缺乏判断构成要件行为(实行行为)的具体规则

相当因果关系说在讨论介入因素的第一步判断中,直接将某些行为抽象评价为实行行为,使之实质化,而缺乏判断实行行为的具体规则,在方法论上存在问题。由此带来两个问题:①虽然相当因果关系说将作为条件的某些行为舍弃,将某些行为作为实行行为看待,这样的思考方法通常不会出错,但也可能将某些不重要的行为“挑选”为实行行为;同时,在多个实行行为并存的情形下有所遗漏。②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。

而客观归责理论正是提出了“制造法益风险”的判断标准,从而得出将危险性极低的身体举动(条件),不作为实行行为看待,不能进行归责的结论。例如,打雷天命人外出劳动,后者恰好被雷电击死;或者医生由于未经慎重考虑就告诉女病人,他怀疑其患有癌症,因此致使该女病人患上了精神病,都根据一定规则,不认为其是制造法益风险的行为,自然就不能客观归责。因此,构成要件行为这一概念在客观归责的理论构造中极其重要,在对行为是否制造法益风险进行肯定性判断之后,就可以得出构成要件行为存在的结论。但是,在相当性说中,虽然将实行行为是否存在作为不言自明的真理性结论看待,但是,根据什么规则来确定存在作为因果关系起点的实行行为则语焉不详,所以,只能在讨论“着手实行”时加以分析,从而在体系性安排时将重要问题后置。

3. 忽略犯罪成立条件判断上的“位阶性”

相当因果关系说将原本在构成要件该当性判断阶段要处理的难题“后移”,在理论构造上

[35] 林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社 2009 年版,页 122。

多多少少有些“不负责任”。客观归责理论可以妥善处理的危险降低行为、规范保护目的、被害人自我答责等问题,在相当性说中即便有所涉及,也解决得不太好。因此,相当因果关系说提出了理论上的替代方案,例如,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;行为在注意规范的保护目的之外的,否定犯罪的过失;被害人自我答责的情形下,承认被害人的(准)承诺。但是,在根据客观归责理论不能归责的场合,构成要件不符合,违法阻却事由、过失、共犯这样的问题原本就不需要再讨论。所以,从刑法方法论上讲,在思维判断的第一阶段就能够否定,也必须加以否定的事实,不需要推迟到违法性判断或者责任判断中再去否定。强调这一点,具有以下意义:①有助于保障人权,让行为人尽早摆脱针对结果责任的司法判断程序和追究程序;②构成要件、违法和责任的侧重点不同,承担的使命不同,三者之间在司法判断上具有递进性质,否定构成要件的,违法性和责任判断即不需要;③避免不必要的反复检验,符合判断经济性的要求;④在进行客观归责判断,得出构成要件具有符合性结论的前提下,才需要进行违法性或者责任的判断,而不是相反。换言之,在客观归责论中,能够做到“上帝的归上帝,凯撒的归凯撒”。但是,相当因果关系说实际上是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,是将“上帝”的归了“凯撒”,在方法论上有根本的错误。

4. 对部分案件的处理没有考虑刑事政策的要求

(1) 许内曼教授指出,相当因果关系说对因果关联异常的情形认为不具有相当性,从而剔除不相当的因果流程,但是,其无法剔除在社会观念上“相当”的因果流程;同时,相当因果关系理论也无法解决一个远在行为人影响范围之外完全具有相当性的、遥远的因果关系的案例,例如,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。但是所有的后续发展的结果都远超乎原先加害人的影响范围,而且这些后续结果也不是原先加害人以特殊的方式用其行为施予一定的操纵所能够影响的,所以如果因为还发生了后遗症和后续损害,因而对原先加害人加重处罚,这在刑事政策上是无意义的。”〔36〕

(2) 利用相当因果关系说处理某些案件,会得出不合理的结论。例如,依照客观归责理论,降低危险(例如,为防止他人死亡而将其推倒,致其重伤的),是制造一个允许的危险,等于没有制造危险,对其进行归责在刑事政策上是荒谬的。但按照相当因果关系说会认为具有“相当性”,只能在违法性判断上(如紧急避险)寻找不处罚的理由。

(3) 对于遵守交通规则驾驶却发生车祸的情形,相当因果关系说会肯定其“相当性”,从而得出应当归责的结论。但按照客观归责理论,即使可以肯定“相当性”,也因为行为并未违反禁止规范,而不能将其纳入归责的考虑范畴。〔37〕

〔36〕 (德)schünemann:《关于客观归责》,陈志辉译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——schünemann 教授刑事法论文选辑》,新学林出版股份有限公司 2006 年版,页 551。

〔37〕 参见于改之、吴玉萍:“刑法中的客观归责理论”,《法律科学》2007 年第 3 期。

三、必须认真对待客观归责理论在方法论上的特殊意义

刘艳红教授以及其他持相同观点的学者对客观归责理论的诸多批评,建立在对客观归责理论的方法论缺乏全面认识的基础上。在我看来,德国学者之所以强调在确定结果能否归属于行为人,属于某一特定行为人的“杰作”时,在条件关系所确定的事实判断之外,还必须借助于客观归责理论,具有方法论上的独特考虑。如果对客观归责在方法论上的意义重视不够,就难以理解客观归责作为构成要件符合性判断的“中枢”的作用,可能轻易得出否定客观归责的结论。

(一) 客观归责理论用多重规则确保检验时没有遗漏

客观归责理论以条件说为基础,吸收了相当性说的部分判断标准,从而发展出系统的结果归责标准,因而具有其合理性。客观归责理论的逻辑是:在行为和结果之间存在条件联系的前提下,行为人对于行为客体制造法益风险,或者使风险升高,同时该风险在具体的事件发展历程中得以实现,结果由此发生的,才能归责于行为人。这一思维逻辑使得对行为和结果之间的联系的判断更可靠,更经得起检验。

虽然客观归责理论和相当性说有很多相同之处,但是,相当性说毕竟难以穷尽所有对结果归责的情形。因此,无论是从理论精确化的要求,以及方法论的角度看,都有必要在事实判断(条件说)、部分的规范判断(相当因果关系说)之外,另外建构一套实质地评价行为与后果关系的理论,用后者取代、包容相当因果关系说。

1. 客观归责理论的检验标准严格、实用

检验标准是不是严格,真正有用,是检验某种因果关系理论具有合理性的重要指标。

相当因果关系说根据一般经验确定引起何种结果的条件是原因,判断规则相对含糊、空洞,判断结论因人而异,不容易在司法中得到实际的运用。另外,在方法论上,原本就不应该存在以不变应万变、一劳永逸的相当性理论。随着时代的发展,“相当性”的标准始终处于变化之中,在什么情况下发生何种结果,取决于各种极其具体的情况以及足够的判断材料,否则,依照一般的经验法则进行判断就完全是一句空话。因此,在我国刑法学中,重要的不是如何判断相当性,而是要建立系统的与容许的危险、产业活动、交通活动有关的归责体系,以避免相当性说在方法论上的不足。

虽然相当因果关系说主张对介入要素是否异常必须和实行行为联系起来,考虑介入因素在多大程度上具有通常性。在做这种判断时,必须依次考虑以下情况:该介入因素是不是由最初的实行行为所必然引起的,是不是常常伴随该实行行为所发生的,是否存在几乎不发生的情况,是不是和实行行为完全无关地发生的。但是,这一标准每一项都是有待求证、极难确定的。

针对相当性说作为检验标准所存在的问题,学者指出,相当因果关系理论既不严谨,也很受局限。说它不严谨,是因为在实践中往往无法确定什么是“一般的经验”,例如,伤害行为能否引起死亡,取决于各种根本就不可能是“一般的”情况。同样的伤害,一个可能发生在根本就无法采取任何抗感染措施的地方,另一个则可能发生在设备完善的医院;受伤的对象可能是一个易受感染的体质虚弱者,也可能是一个抵抗力特别强的健壮成人。说它受局限,则是因为

它不可能适用于那些了解特定情况而实施故意犯罪的情况,例如,行为人在明知被害人患有血友病,只要受轻微伤害就可能死亡的情况下,故意对被害人造成轻伤,并使被害人死亡。按照相当性说,就只能得出排除行为人故意杀人的责任,因为在“一般情况下”,他对被害人造成的轻伤根本就不可能引起被害人死亡。^{〔38〕} 这种批评应该说有相当的道理。

反观客观归责论,其检验标准虽然没有达到自然科学意义上的精确程度,但应该说比相当性说严格和明确一些,其最大的特色是提出了检验实行行为的标准,即对从一种危险的实现和结果的造成中,推导出一个制造法所反对的风险的行为、构成要件行为的概念。这样,行为概念不再是形式上的,而是从制造法所不允许的风险中得到实质的内涵,使客观归责论成为实质的构成要件理论。

2. 反复检验,而非相当因果关系判断上的一次检验

相当因果关系说对行为和结果关联性的检验手段较为单一:说有相当性就可以归责;说没有相当性,就不能归责。一旦确定没有相当性,就不能再由其他辅助规则来进行判断;特别是在没有相当性的结论出错时,也缺乏其他规则来“纠错”。但是,客观归责理论可以用多个规则同时检验行为——结果的关联性,而且可以在第一个规则失效后,再用其他规则进行检验,以尽可能确保结论不出错。例如,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,其仇人丁乘人之危,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。但是,如果按照客观归责理论,可以先后按照被害人自我负责、没有制造法不允许的风险、第三人独立制造风险等规则反复检验,最终否定客观归责的存在,甲既不需要对乙的重伤结果负责,更不需要对乙的死亡结果负责。从不能的侧面检验客观归责能否实现,有助于确保结论的无争议性。

(二) 建立正面判断和反向检验交互进行的检验标准

正如许内曼教授所言,相当因果关系说只能对因果关联异常性的情形进行处理,即对“不相当”有判断规则,对社会生活上“相当”但不能归责的情形,无法进行解释。换言之,相当因果关系说只有“反向”判断规则,即介入因素异常便不具有相当性。但是,仅仅进行反向检验,不能进行正面检验可能有问题。例如,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死亡之间,具有相当性。这是从反面检验介入因素是否异常。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。所以,相当因果关系说对于结果虽与行为有关联,具有社会的相当性,但尚在社会能够接受和容忍的范围内时,难以进行合理解释。

在这里,还有一个需要特别注意的问题:相当因果关系说似乎建立了下位规则,但其下位规则中的因果关联异常性、介入因素贡献性这两个规则之间,存在一定的内在矛盾。在相当性

〔38〕 (意)杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,页118。

说的检验标准中,一般认为,因果经过的经验上的通常性、异常性判断具有独立的、决定性的意义,这样的性质一旦不具备,结果就不能要求行为人负责。^[39]但是,赞成相当因果关系说的山口厚教授对此提出异议,认为“行为的危险性的实现与因果经过的经验上的通常性之间的关系是不明了的,也就是说,可能存在着因果经过虽不能说是通常性的,但尽管如此,行为的危险性却现实化为结果的情况。”^[40]我认为,山口厚教授说得很有道理。但是,一方面,如果山口厚教授的观点成立,相当因果关系说中的“相当性”判断的内容要重新界定。一旦可以对相当性作出不同于“经验上的通常性”的界定,这样的相当性实际上可能已经是一种客观归责理论,而不是传统意义上的相当性说。另一方面,因果关联具有异常性、偶然性,按照传统的相当因果关系理论,相当性就不具备,不能对最先的行为人归责。但是,按照相当因果关系说下位规则的“贡献性”标准,在最初的实行行为使被害人生命随时可能丧失的情况下,后来介入的暴力行为只是使被害人的死期稍微提前的,虽然从表面上看是后来的介入行为导致被害人死亡,后来的介入因素也很异常,但也应当将死亡结果归属于最初的实行行为。换言之,从理论上,相当因果关系说是以因果过程的通常性为基准,罕见的因果流程不能认为有因果关系。但是,实务上则可能以行为对结果的贡献程度为中心而具体探究二者之间的关系。理论和实务明显属于两种不同的方法论,由此引发“相当因果关系说的危机”这一问题。^[41]例如,在日本的“大阪南港事件”中,被害人因被告人的暴行而被打昏在地,在被害人昏迷期间,偶然出现的第三人再次实施暴行而致其死亡。在本案中,第一暴行(被告人的暴行)已造成被害人颅内出血,这属于致命伤;第二暴行(第三人的暴行)也许因为加剧了颅内出血而稍微提前了被害人的死亡时期,法院认为被告人实施的第一暴行与死亡结果之间有因果关系,构成伤害致死罪。如果坚持相当性说的原初含义,第三人介入是罕见的事实,按照相当性说似乎应该认为实施第一暴行的人无须对死亡结果负责才对。但司法判决认为,行为对结果有决定性贡献,介入因素异常,但作用相对轻微的,可以肯定因果关系。这就是说,介入因素即便异常,但对结果发生贡献很小的,异常性标准也不再有用,这就架空或者说彻底改变了相当因果关系说的理论内核。

客观归责理论建立了正面的检验归责:即判断行为是否制造法所禁止的风险;是否使得这样的风险最终实现;结果是否在构成要件效力范围之内。在这三项规则之下,还建立了一系列的下位规则。此外,客观归责理论还建立了“反向”检验规则,即行为符合以下情形的,不能进行客观归责。^[42]①客观上不存在可证实的或者法律上有意义的重要危险。②其他可以选择的行为具有同样的风险。在过失情况下,因违反注意义务的行为所造成的结果,即使不违反注意义务而为,同样不可能完全避免出现这种结果的可能性的,不能进行客观归责。③行为可以降低法益风险。由于减少损害不是对受保护的行为客体制造被法律禁止的损害,所以不能进

[39] 井田良,见前注[30],页61。

[40] 山口厚,见前注[31],页58。

[41] 山中敬一,见前注[28],页238;以及西田典之,见前注[29],页81。

[42] 更为详尽的分析,请参见(德)海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,页350以下。

行客观归责,等等。而对这些情形,相当性说都不能提供合理的解决方案。所以,建立客观归责理论,进而讨论与相当性说有关的问题,以及该理论无法解决的问题,在我国刑法学上,是一个有待解决的问题。

(三)展示一般预防的刑罚效果

客观归责理论和一般预防的关系是:一方面,客观归责理论有助于实现一般预防。将某种结果归属于构成要件行为,说明行为规范、禁止规范的效力是存在的,是不可动摇的,该规范是用来防止结果发生的合适措施。通过这种客观归责可以防止其他人以类似的行为举止造成结果,从而实现一般预防。

另一方面,一般预防说明客观归责的合理性、正当性。换言之,一般预防能够证明因结果发生而加重行为人刑罚,使之对既遂结果负责的合理性。如果不能实现一般预防,建立行为和结果之间的类型化关系,刑法上的归责就可能因人而异,对结果的客观归责成了责任主义意义上的“主观归责”,其意义就大为下降。对此,许内曼指出:“在刑法中所涉及的是透过禁止规范的一般预防效力来防止侵害。所以只有当结果归责本身能够放入一般预防的效力装置(Wirkungsmechanismus)时,刑法上的结果归责在刑事政策上才有其意义……如果禁止规范对于结果的发生不是有用的工具,那么基于侵害禁止规范而启动刑法对结果加以处罚(也就是说,归责给违反禁止规范的行为人视为他的杰作)也就没有意义。”^[43]

如果考虑一般预防和客观归责的关系,那么,A造成B伤害后,被害人B在医院感染细菌死亡的,将结果归属于A可能就明显不合适。禁止伤害的规范,不能达到防止他人在医院感染细菌死亡的一般预防目的。因为医院存在细菌是高概率的情形,病人在医院感染细菌是生活上存在的风险。再比如,近亲获知车祸受害人重伤后因激动而死亡的,以及在感染艾滋病几年之后死亡的,都不能进行客观归责,因为在进行刑法制裁时如果考虑这些结果,都难以达到一般预防的效果。

在这里,自然会涉及行为规范和制裁规范之间的关系。客观归责中所涉及的规范是行为规范。符合构成要件的行为是违反规范的行为,这样的规范必须是立法上确定,并事前描述、建构好的规范。如果某种规范本身的建构和确立就是为了防止某种结果发生的,那么在行为人恰好违反这样的规范时,才能进行归责。这是(二元的)行为无价值论的立场。结果无价值论者会主张,在这里存在的只是裁判规范。但是,我认为,在这里,作为行为规范而存在的规范形式虽然和制裁规范有差别,但也存在相互关联:禁止造成某种侵害结果的行为规范,从事后处于裁判者地位的人看来,也是一个适合防止结果发生的有效措施。所以,客观归责针对违反禁止性的行为规范,因而没有避免结果发生的行为进行归责就是正当的。通过这样的归责,可以提示社会一般人重视规范效力,防止侵害结果发生,从而发挥刑罚的一般预防功能。针对相当性说的种种缺陷,同时考虑到在刑法学中研究因果关系并不仅仅是出于经验判断的需要,而是出于规范判断(价值判断)的需要,即指导社会成员如何行动的需要,客观归责论才得以产

[43] schünemann,见前注[36],页551。

生。在这个意义上,客观归责理论和(二元的)行为无价值论之间存在紧密关联。^[44]

结合刑罚的一般预防功能,确立客观归责理论的体系性地位,一方面能够弥补相当因果关系说的不足;另一方面,也和我所提倡的(二元的)行为无价值论的刑法基本立场相一致。我认为,犯罪的实质是违反行为规范进而造成法益侵害。客观归责理论讨论行为是否制造法益风险、是否能够实现法益风险,其思考问题的出发点是行为,落脚点是结果是否实际发生或者是否可能发生,以及结果究竟归属于谁,从而能够将行为无价值和结果无价值两者联接起来。因此,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,行为的无价值,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。在我看来,离开行为无价值论,难以承认客观归责理论。有的学者认为,客观归责论将理论基础建立在规范违反说之上,因而存在不足。^[45]但是,由客观归责理论具有强烈的规范主义特色就认为其一定存在缺陷的逻辑并不能成立。因为刑法学就是以规范论为前提而展开的规范的解释学。客观归责论的规范论侧重于行为规范论,但也兼顾了裁判规范的侧面,比结果无价值论的规范论、相当因果关系理论更精密。^[46]结果无价值论一方面要缩小打击面,实现保障人权的目标,另一方面在因果关系判断上求诸一般人的经验、感觉,坚持相当性说,明显是相互矛盾的观点。

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。^[47]对此,罗克辛教授指出,如果甲经过慎重考虑后,朝乙的头部打了一枪,那么,我们就必须把这个死亡结果甚至看成是死亡行为的组成部分,并且进一步看成是禁止杀人规定的对象。如果甲打偏了,那么,这个行为就不是杀人既遂的行为,而仅仅成立未遂。“一个杀人的行为是由行为无价值和结果无价值共同组成的,在这里,两者必须在一种通过由归责理论更详细表示的关系中相互支持而存在。”^[48]在这个意义上,揭示相当性说的不足,以客观归责理论为基石性范畴,进而建立符合转型中国社会犯罪治理需求的(二元的)行为无价值论体系,就是需要认真对待的问题。

(四) 凸显评价的层次性、充分性

刘艳红教授认为:客观归责理论“对结果是否可以归责于行为人的判断过程,运用了太多违法性、有责性的内容:其对不法构成要件成立的判断广泛地使用了违法性理论;其对客观目的性理论作为归责基点甚至于等同客观归责本身的事实是对有责性的侵入……最终的结局是,客观归责论将构成要件符合性、违法性与有责性一网打尽,成为横跨甚至超越三阶层体系的理论!”^[49]张明楷教授也认为:客观归责理论将结果回避可能性、认识错误、被害人承诺、推

[44] 周光权:《刑法总论》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,页106。

[45] 参见林阳一:《刑法における因果关说论》,成文堂2000年版,页206。

[46] 参见山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,页278。

[47] 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的深层原因。

[48] 克劳斯·罗克辛,见前注[23],页213。

[49] 刘艳红,见前注[1]。

定的承诺、过失论等问题,作为客观归责的内容展开讨论,已经超过了客观构成要件符合性的判断。由客观归责理论所解决的问题,都可以通过实行行为、条件关系(相当因果关系)、预见可能性、结果回避可能性、违法性判断、量刑规则等解决。^[50] 我认为,前述这些观点,虽然在一定意义上看到了客观归责论汲取能力、包容性极强的事实,但是,忽略了犯罪判断上的位阶性、层次性问题,因而对客观归责在方法论上的意义认识不充分。

对于一个犯罪要素的判断,如果其既是第一次的、高层级的判断对象,同时也能够成为第二次的、低层级的判断对象时,在第一次的、高层级的判断中,就应该对其进行判断并得出结论。对客观归责的判断,就是这样的“第一次的、高层级的判断”,因为“客观归责是关于行为人——行为——结果之间在刑法意义上的客观联系,在内容上所涉及的是犯罪成立的客观事实,因此在犯罪论的体系上毫无疑问是属于犯罪成立第一阶段的内容”。^[51] 故意、过失等判断是“第二次的、低层级的判断”。如果能够在客观归责的判断上得出否定结论,下一环节的判断显得多余。因此,客观归责理论将传统上放在过失犯、共犯中讨论的问题,在认为其原本也是一个归责问题时,将其从过失犯论、共犯论中抽取出来,在方法论上毫无问题。

例如,杂技演员之间作高难度抛接动作失误摔成重伤的,或者川剧演员吐火失误窒息死亡的,即便相当性可以肯定,但上述演出团体的负责人也不可能被归责,过失论的问题就不需要再讨论。在思维过程上,我们就不能说这是间接故意的伤害或杀人,只是由于其属于业务上的正当行为而不违法,也不能说行为具有违法性,只是剧团负责人没有故意、过失,而只能说演出过程中的死伤都是必须接受的结果。所以,在类似于允许的风险的情况下,注意义务不存在,不仅过失心理没有,过失行为首先就没有。就此而言,允许的风险是一种客观的归责要素。^[52] 又如,日常生活上的帮助行为(例如,A知道B要用菜刀杀人而将刀卖给B,B果然用其杀人的),客观归责理论认为行为没有制造法益风险,但西田典之教授认为,“对此,只要否定相当性,或者否定存在帮助的故意即可”。^[53] 但是,卖菜刀的行为是社会生活上允许的行为,不是实行行为,而非相当性判断问题,即便存在相当性,也无须进行故意、过失的判断。再如,甲重伤乙,乙在送往医院过程中救护车出车祸导致乙死亡的,以及丙向吸毒者贩卖毒品,导致丁注射过量死亡的,都是因为不能进行客观归责,导致客观构成要件不符合,而无须再判断甲、丙对于死亡是否存在故意、过失。道理很简单:如果这种客观上的归责难以进行,讨论过失还有何意义?但如果对客观归责是否存在需要判断而没有判断,将判断时机人为推迟,则是明显不当的。这是因为对行为是否构成犯罪的检验,犹如在生产线上对产品质量的检验。前一环节要完成的任务,不能人为推迟到后一阶段,否则就是不负责任。当然,在对客观归责的检验得出肯定结论后,并不妨碍再检验正当化事由以及犯罪的故意、过失。但在方法论上,检验的先后

[50] 张明楷,见前注[19],页179;类似的观点,请参见(日)曾根威彦:《刑法总论》(第4版),弘文堂2008年版,页79。

[51] 吴玉梅:《德国刑法中的客观归责研究》,中国公安大学出版社2008年版,页122。

[52] 陈兴良,见前注[24]。

[53] 西田典之,见前注[29],页85。

次序仍然是必须强调的。

对此,山口厚教授也赞成。他认为,结果回避可能性这样的问题,既可以放在因果关系中判断,也可以将其作为不作为犯、过失犯的成立条件。但是,在不存在结果回避可能性的场合,可以认为已然否定了实行行为所创设出的危险性对引起结果的作用(现实化),由此否定因果关系。此时,在判断上“要做的就是通过假定在实施了‘法所期待的行为’、‘应该实施的行为’时,判断是否会发生相应的具体的结果。在能够肯定大概仍会发生同样的结果的场合,就没有结果回避可能性,就不能肯定因果关系,从而也就否定了构成要件相当性。”^[54]

我国有的学者也认识到相当性说有时可能使司法陷入困境,但即便如此,也认为没有必要借鉴客观归责理论,甚至认为可以放弃归责问题,只判断条件关系即可。其基本观点是:在中国现行刑法的明文规定和犯罪构成四要件的解说体系下,对因果关系及刑事责任的确定应遵循从客观归因到主观归责的分析进路。所谓客观归因,即对因果关系的判断只是确定行为人承担刑事责任的客观基础,故采用“条件说”即能以最简捷方法予以解决,不需要引入见仁见智的各式规范判断学说。至于由此而导致的责任范围过于宽泛的问题,则可以通过对主观罪过的精确界定予以解决,在主客观相统一的更高层次面最终解决对行为人是否归责的问题。如果从较为纯粹的刑法解释学——一种有助于司法断案的应用性知识的角度而言,在中国通说的犯罪构成四要件体系下,运用“条件说”的解说模式并转以主观罪过的分析以解决因果关系问题,无疑比内容庞杂的客观归责理论或其它学说更能便捷高效地切中要害。^[55] 我认为,这一观点是不合适的:①客观归责和主观归责原本就不是同一层次的问题,不能将客观归责时评价不足的矛盾后移到责任判断上。②如果要坚持刑法客观主义立场,就应该承认在客观归责时准确进行规范评价,确保客观优先,以缩小归责范围的意义。③不能认为用主观归责代替客观归责是在坚持主客观相统一,因为客观归责和确定责任完全是性质不同的司法作业。客观归责说的是一件法律上所禁止的“坏事”究竟要算成是谁干的?主观归责要讨论的是如果某一件坏事已经确定是某人的“杰作”,那么他在行为当时是否有故意、过失,能否对其进行非难。如果在进行客观归责判断时,根据一定的检验标准,根本就不需要将某个“杰作”算到行为人头上去,那件“坏事”就不能算作是他干的,还哪里有追问其有无故意、过失(罪责)的必要性和可能性?这岂不和要一个完全和犯罪无关的人交代其是否有犯罪故意、过失一样荒谬!不建立评价事情(行为)好坏的标准,反而求诸于原本就难以探测的某人有什么内心想法来确定处罚的前提,在方法论上是南辕北辙,相去甚远。

所以,肯定犯罪评价方法论上的“位阶性”,就应该肯定,在上一层次的判断能够充分、完整,且得出肯定结论的情况下,对刑法中的某些问题,可以在下一阶段再从不同侧面进行反复评价、反复检验。例如,信赖原则和注意规范保护目的问题,是客观归责论的下位规则,但也可以在判断犯罪过失是否存在时加以检验。在处理交通事故犯罪中得以系统发展的信赖原则,实际上是对结果回避义务的否定,存在预见可能性和避免义务,就产生了注意义务。但是,客

[54] 山口厚,见前注[31],页55。

[55] 参见冯亚东、李侠:“从客观归因到主观归责”,《法学研究》2010年第4期。

观注意义务的存在,受到信赖原则的限制。信赖原则是一个注意义务之有无的问题。因此,应该结合具体的个案,考虑社会发展状况来斟酌考察对注意义务的限定问题。但绝不能因为反正有后一阶段的检验,就放弃前一阶段必须进行的检验,否则就是评价不足。对行为客观要素的检验在前,对实行行为的检验早于对故意、过失的检验。所以,不能在方法论上认为,反正要检验故意、过失,行为是否可以归责,是否符合构成要件不重要。放弃前一阶段的检验,或者检验不充分,或者弱化检验标准,寄希望于后一阶段的检验,这是不妥当的。如果前面的检验不能发挥拦截功能,那后一阶段的检验再出错就完全没有办法弥补。

(五) 确保刑法判断的客观化

学者指出,客观归责理论的出现,将构成要件的判断重心与判断起点,从主观部分转移到客观部分,对于我国当下的犯罪论体系变革具有重要的启发意义和推进功能,这同样也是条件说或相当因果关系理论无法实现的。因为先否认了客观构成要件,因此,客观归责理论限缩了故意的范围,使得故意犯的重心由主观判断转移到客观判断。这实际上意味着,在主观不法与客观不法的角力中,借助客观归责理论,客观构成要件的判断被推到了前台,占据了上风。^[56]

1. 故意的判断与客观归责

如果坚持客观归责理论,就会认为传统上以故意处理的问题,很多都是客观问题,和行为的认知无关,在客观构成要件阶段就可以排除归责性,不需要待到责任判断时再否定其故意性。例如,甲打伤乙,因救护车出事乙死亡的,如果持相当因果关系说,会认为结果的出现异常,偏离了甲的实行行为,也可以从主观要件限定,即行为人甲无法认识救护车出事这种重大偏离,从而没有故意。但如果认为结果客观上不能归属于甲时,构成要件“不该当”之后的其他任何讨论都没有依附,正所谓皮之不存,毛将焉附。

此外,受枪伤的被害人被送医院救治,在医院救治期间被火烧死的例子,以往都是用因果关系中断或者没有故意来解决的,但这首先是一个客观归责的问题。故意是以存在因果关系为前提的,只有具备了客观上的可归责性才有必要去考虑主观要素。对此,罗克辛指出:当未遂行为以在法律上有重要意义的方式提高了紧接着的因果过程的危险时,也就是这个结果是适当地实现了由未遂创设的那个危险时,因果关系的偏离就是不为人所注意的,也就是说,这个结果是应当归责的。因此,因果关系错误情况下是否具有客观上的可归责性,也应当考虑前行行为是否提高并实现了因果过程的危险。^[57] 所以,对因果关系认识错误的情形可以提早到客观归责论中加以分析。再如,打伤被害人试图将其扔入河中溺死,但被害人撞上桥墩死亡的,被害人是溺死还是撞死,在客观上并无重大偏离,法所禁止的风险已经实现,因而可以确认其归责可能性。客观归责理论因为从一开始就排除了某些客观构成要件的符合性,因而间接地限定了故意犯的成立范围。

2. 过失犯的认定可以提早到客观归责来思考

客观归责理论对于考察过失犯而言,是一种非常重要的理论,以客观归责理论对过失犯认

[56] 车浩,见前注[8]。

[57] 陈兴良,见前注[24]。

定的影响为核心,能够对过失的体系性地位、客观归责理论和交通肇事罪的关系、信赖原则的运用进行深入探讨。〔58〕

对过失犯的判断步骤,客观归责理论提供的思路是:将行为人所制造的、法所反对的结果放在客观构成要件中,借助于价值要素和禁止的危险范畴进行分析,再结合检验过失内涵的具体标准,如果认为该结果可以归咎于行为人的行为时,就可以认为行为是导致结果发生的实行行为。在客观归责之外,无需再考察注意义务是否被行为人所违背。

对于过失犯,在不法层次的审查重点是客观注意义务,以及该违反义务行为与构成要件结果之间的因果与归责问题。事实上,客观归责理论的主要贡献,正是在于过失犯领域及其要件体系化的重构。根据这种思路,应用客观归责理论,先要证明条件关系的存在;再考虑行为是否制造了法所不容许的风险,唯有两者同时具备,才能实现归责。因此,在提倡客观归责理论的学者看来,该理论提供了解释过失犯的全新思路。对过失的判断,只要可以将行为制造的风险解释为是可以被允许的,就可以作出否定判断;风险不被允许的判断,属于对过失犯客观不法要素的讨论。在这样的思考前提下,处理过失行为的归责评价,首先要探究行为人是否制造了法所不容许的风险;其次则是验证风险制造行为是否与结果发生有一般的因果关联;最后再考虑因果流程是否在构成要件的效力范围内。也正是在这个意义上,罗克辛认为,客观归责理论的实际意义,主要存在于过失犯罪之中。〔59〕

刘艳红教授认为:“对于过失犯,客观归责理论其实一直进行着主观归责。”〔60〕在我看来,这是对客观归责理论的方法论的误解。客观归责理论只是强调对过失犯的认定,可以将原本就应该放在构成要件符合性阶段考虑,但过去一直被错误地置于责任中分析的要素提早到客观归责来思考,使之实现犯罪判断要素的正确“归位”。如果对客观的注意义务违反行为与构成要件结果之间的因果与归责不能进行的,过失犯的客观构成要件符合性不具备,刑法上进一步的推理、判断就不能再进行,违法性判断不需要,责任过失的判断就更不需要。客观归责理论并不否认对过失犯要进行过失责任的判断,只是强调当过失犯的客观归责判断得出肯定结论时,后续的过失责任判断才能进行。而对过失犯的客观归责判断,必须要建立不同于故意犯的规则,如果能够尽早从客观构成要件的判断中就得出否定结论的,不需要推迟到通过否认过失责任来排除过失犯的成立。在这个意义上,客观归责理论是将犯罪认定的主客观要件及其判断顺序理得更顺,而不是像刘艳红教授所理解的那样混淆或者模糊了犯罪阶层论体系。

我曾经主张:在德国,基本上处于通说地位的理论认为客观归责是过失犯论的核心范畴,并以客观归责理论来指导对过失的体系性地位、客观归责理论和交通肇事罪的关系、信赖原则运用的研讨,大有离开客观归责理论就不能发展过失犯论之势。但是,只要合理运用预见可能性、结果回避义务等范畴,对过失的实行行为进行实质解释,并重视(经验的)相当因果关系概

〔58〕 克劳斯·罗克辛,见前注〔23〕,页715。

〔59〕 克劳斯·罗克辛,见前注〔23〕,页246。

〔60〕 刘艳红,见前注〔1〕。

念,对过失犯罪的各种疑难问题,基本都可以予以妥善解决。^[61] 如果仅仅从案件实体处理的思路上看,从尊重刑法学传统理论的角度看,这一结论现在看来也是没有问题的。但是,从刑法学方法论上看,如果考虑思维顺序的递进性、评价上的“位阶性”,离开客观归责理论可以发展过失犯论的这一主张或许又存在问题。

客观归责理论对注意义务的违反、可预见性、认识可能性及避免可能性等进行了批判,认为这些都可以抛弃不用。因为应该藉由这些概念表达的,都可以由客观归责理论所确立的判断标准作更精确的说明。例如,吕英杰博士就运用客观归责理论中的危险制造与危险实现的原理来解释作为一种犯罪类型的监督过失的客观可归责性问题,这对于判断监督者、管理者的行为是否制造了法所不允许的危险,理解监督过失与信赖原则的关系,以及解决管理过失中他人行为介入时对管理者的归责等问题都具有重要的意义。^[62]

这里需要指出,行为人的特别认知影响归责,是否与违反客观不法理论存在内在矛盾,使得客观归责“不客观”? 许玉秀教授就提出这样的疑问:因为客观归责理论强调不法的重心在客观构成要件,而风险是否被容许,应以风险是否足以导致法益受害为判断依据,风险能否导致法益受害,有一般生活经验上的客观标准可循,与行为人如何认定或有无认识并无关涉。但是,当行为人知道有人计划袭击飞机而说服他人搭乘该机旅行时,行为人即已制造了不被容许的风险,换言之,客观的风险是不被容许的风险,并不全然和主观构成要件无关、和行为人的故意或过失无关。如此一来,客观归责理论强调故意犯的重心在客观构成要件、不法的重心完全在客观构成要件的观点,即无法完全贯彻,因而必须承认对不容许风险的认识,是客观归责的一个重要因素。^[63] 刘艳红教授也认为:“主观不法要素正是凭借着对客观不法风险的判断进入了归责领域,风险归责从而开辟了人格与个别归责的自由之路。”^[64]

对此,我认为,不能因为客观归责难以离开行为人的特别认知,就认为其“不客观”甚至在进行主观归责,理由在于:①依照罗克辛的说法,在犯罪理论体系上,客观归责理论属于目的理性体系的一部分。目的理性体系本来就是新康德学派思想的充分表现,要把价值判断充分运用在客观事物的评价上。所以,客观事物的主观化,无足为奇。^[65] ②行为人拥有特殊认知而实施一定行为时,客观上对法益更危险,对其归责也在情理之中。③按照(二元的)行为无价值论,行为在一定情况下原本就和主观要素存在联系。行为人“因其主观之特殊认知,而成为认定其有制造并实现危险及因而予以客观归责之依据。由此可见,人之行为始终是由主观与客观交织而成,而客观归责亦具主观要素。”^[66]

[61] 周光权:“结果回避义务研究”,《中外法学》2010年第6期。

[62] 参见吕英杰:“监督过失的客观归责”,《清华法学》2008年第4期。

[63] 许玉秀,见前注[20],页458。

[64] 刘艳红,见前注[1]。

[65] 林东茂,见前注[6]。

[66] 林钰雄,见前注[35],页136。

四、结 语

在犯罪客观要件中,因果关系理论、客观归责理论各自的立足点、判断重点、评价标准均不同,必须分开讨论。因果关系的问题,是用较为直观的认知方法,把行为和结果视作自然现象加以考察,以确定行为和结果之间的“前因后果”。但是,行为人在客观上是否要对其所引起的结果负责,则要采取价值判断、规范评价的方法,以确认能否实现客观归责。相当因果关系说试图在价值判断和规范评价方面对这种归责提供标准,但是,其确实存在力不从心之处,且只是客观归责的标准之一,只能发挥客观归责理论的部分判断功能,无法取代客观归责的其他下位规则,^[67]由客观归责理论全面取代相当因果关系说就是情理之中的事情。因此,在犯罪客观要件的判断上,因果关系理论和客观归责理论并行不悖,但有先后次序,即先判断事实上的因果关系以确定“归因”,再判断客观归责以实现“归责”。^[68]客观归责理论是构成要件符合性的问题,不是违法性论,因为行为的危险性的大小,与制造法益风险有关,也与危险的实现有关,将结果这种不法与危险的行为联系起来,正是构成要件论所要探讨的问题。^[69]刘艳红教授一方面认为客观归责理论只是存在论意义上的因果关系理论,而不是规范论,另一方面又认为其横跨违法论和责任论,有能力足以“混淆”犯罪论体系的阶层关系,这本身就是自相矛盾的观点。因为对一种犯罪要素,是否足以影响违法性和责任的判断,一定是规范的、实质的判断,而不是基于事实的判断。

确实,“客观归责理论想抑制条件说对因果关系范围的扩大,在这一点上,具有与相当因果关系说同样的志向,其适用的实际,可以说与相当因果说没有大的差别”。^[70]如果仅仅考虑处理结局是否合理,没有客观归责理论原则上也是没有问题的,^[71]刘艳红教授的观点也仅仅在这个意义上,不难说毫无合理性。但是,如果考虑其方法论上所具有的特殊意义,客观归责理论是需要的。在这里,需要特别重视以下四点:

1. 理论的发展不仅仅是为了实用,还要考虑自身是否圆满的问题,这也是理论研究和司法实务应有的差别。在这个意义上,刑法学方法论的正确运用,可能对司法实践者而言并不特别要紧,但却是刑法学研究者无法绕开的问题。

2. 虽然运用相当因果关系说对介入因素影响力的判断标准,司法实务中有关因果关系的疑难问题基本都能够得到解决。但是,有一些难题(如行为具有相当性、通常性但应该允许其存在的场合不能归责;降低法益风险的行为具有相当性但不能归责),是相当因果关系说无法准确解决的;有的要推迟到进行责任故意、过失的判断时才能解决。前田雅英曾经主张相当因果关系说,并对客观归责持批评态度。后来,前田雅英教授认识到相当性说的标准并不明确,

[67] 即便存在相当因果关系,但也不能进行客观归责的情形实际上不在少数。

[68] 对此更为详尽的分析,请参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,页287。

[69] 山中敬一:《刑法における客観的帰属の理論》,成文堂1997年版,页781。

[70] (日)大塚仁:《刑法概説(总論)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,页165。

[71] 这就不难理解为什么在客观归责理论处于通说地位的德国,其对审判实践的影响有限这一现象。

做了一些类型化的努力。但是,在最新的一版教科书中,前田雅英教授接受一直在日本竭力提倡客观归责论的山中敬一教授的批评,认为客观归责比相当因果关系理论更恰当,从而强调对“结果的客观归责”,^[72]这充分说明客观归责理论存在合理性。

3. 相当因果关系说的致命缺陷是:只有“相当”或者“不相当”的问题,其判断标准模糊、不确定的缺陷始终无法弥补。由于其没有下位判断规则,自然也没有判断顺序问题。虽然从形式上看,客观归责论的部分内容(例如,判断是否存在重大的“因果偏离”)和相当因果关系说的内容之间有重叠,但是,二者在方法论上完全不同。就客观归责论而言,其前两段规则(制造法益风险、实现法益风险)之间,有先后顺序,没有制造法益风险就不可能实现法益风险。因此,对大部分案件,要先检验未制造风险、降低风险、允许的风险与信赖原则、规范保护目的、风险升高。但是,第三个规则的下位规则之间(故意参与自危的行为、经同意的伤害、他人负责的领域),没有必然的逻辑顺序。第三人专属领域和被害人自我答责,可能与风险实现的下位规则之间有“竞合”关系,此时,要优先适用较为明确的自我答责、第三人负责,以避免“重大偏离”标准的模糊。例如,父亲疏忽导致儿童落水,救生员救人时撞石头死亡时,父亲对救生员的死亡是否归责,不需要判断这种死法是不是风险实现之下的重大偏离,用被害人专属领域就可以解决。在第三人、被害人负责的领域,也可以说是原来的行为人制造的风险并没有在具体的结果中被实现。^[73]换言之,对根据先行较为明确的判断标准、判断规则可以得出比较明确结论的案件,就不需要运用因果重大偏离的标准,将因果重大偏离这样标准弃而不用,或者在其他先行判断标准都不“中用”时(这样的情形实际上很少),才把最模糊的因果重大偏离(反常的因果关系)放到最后处理,这样可以大幅度缩减模糊的范围,以使大部分案件都能够依照比较清晰的标准得出清楚的结论。这样的判断顺序,只有利用客观归责理论才能实现,相当因果关系理论无法确保刑事思维的先后次序,从而无法减少出错的几率。

4. 为了刑法方法论上没有缺陷,也为了确保司法处理上不出错,需要建构更为合理的归责理论来填补相当因果关系说的缺陷。在多数学者对改造我国犯罪论体系有认同,刑法理论构建日益精巧的今天,认真思考客观归责论的方法论意义,对我国刑法学的未来发展可能是非常重要的。

最后,附带提及,虽然我强调客观归责理论的方法论意义,认为其不可能也不应该被相当因果关系理论所取代,但是,是否一定要完全按照罗克辛教授所倡导的客观归责理论中制造法所反对的风险、实现法所反对的风险、构成要件的效力范围这三个下位规则来建构中国的客观归责理论,却是可以再行探讨的问题。在我看来,如何建构因果关系理论、客观归责的内部构造如何,都不是问题的关键。揭示客观归责理论在方法论上的独特意义,进而提示研究者重视刑法学方法论对于完善、重构中国刑法理论的重要价值,可能才是本文的核心意图。

(责任编辑:蒋 莺)

[72] 前田雅英,见前注[18],页179。

[73] 林钰雄:《刑法与刑诉法之交错适用》,中国人民大学出版社2009年版,页41。