

从归因到归责：客观归责理论研究

陈兴良

内容提要：客观归责理论是德国刑法学在因果关系理论上发展起来的学说，旨在解决客观上的可归责性问题。归因与归责的区别在于：归因是一个事实问题，通过因果关系理论解决；归责是一个评价问题，通过客观归责理论解决。客观归责理论所确立的有关规则，对犯罪构成的客观要素进行实质审查，从而使犯罪构成论更加合理化。我国有必要对客观归责理论加以借鉴。

关键词：因果关系 客观归责 犯罪构成

客观归责，是相对于主观归责而言的，指在客观上结果对于主体的一定行为的可归属性。客观归责，德语为“Lehre vorder objektive zurechnung”，目前在汉语中译法较为混乱，主要有以下三种译法：一是译为客观归责；^{〔1〕}二是译为客观归属；^{〔2〕}三是译为客观归咎。^{〔3〕}在上述三种译法中，客观归责是常见甚至通用的译法，不仅中国大陆，而且台湾学者也采用这一译法。不过，也有学者倾向于客观归属的译法。^{〔4〕}基于“责任是主观的”这一命题，客观归责对应于主观归责，似乎有所不妥。因此，笔者曾经主张采用客观归咎的译法。^{〔5〕}但在破除“责任是主观的”命题的基础上，提出责任既是主观的又是客观的，主观归责以客观归责为前提，因此，采用客观归责一语并无不妥。在本文中，笔者采用客观归责的译法，试图将客观上的归责与归因加以区别，并论及客观归责的体系性地位问题。

一、客观归责理论的学说史

客观归责理论是从因果关系理论发展而来的。因此，客观归责理论的探讨必然始于因果关系理

· 北京大学法学院教授

〔1〕 我国学者徐久生译李斯特《德国刑法教科书》、王世洲译罗克辛《德国刑法学总论》，均译为客观归责。台湾学者一般亦译为客观归责。参见许玉秀：《主观与客观之间》，台北1997年版，第219页。

〔2〕 我国学者马克昌译为客观归属，参见《比较刑法原理——外国刑法学总论》，武汉大学出版社2002年版，第211页。

〔3〕 我国学者李海东译为客观归咎，参见《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第49页。

〔4〕 我国学者冯军在先前翻译日本学者大塚仁《犯罪论的基本问题》（中国政法大学出版社1993年版）时译为客观归责，后在翻译大塚仁《刑法概说》（总论）（第三版）（中国人民大学出版社2003年版）时，将客观归属与客观归责并列。现在，他明确认为译为客观归属更为妥当。参见冯军等：《关于刘涌再审查的师生对话》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第15卷，中国政法大学出版社2004年版，第69页。

〔5〕 参见陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第294页。

论

因果观念是人类对客观世界认识而形成的最古老的观念之一。在哲学上,原因和结果是揭示现象之间相互联系的一个方面或一种形式的一对哲学范畴。所谓原因,是指引起某种现象的现象。所谓结果,是指被某种现象所引起的现象。现象之间这种引起和被引起的关系就是因果关系。可以说,关于原因和结果的思想是欧洲哲学史上最早出现的哲学思想之一。古希腊、古罗马的哲学家把哲学的主要任务确定为探求世界万物的本原,而本原就是产生或构成万物的初始原因。这就是欧洲哲学史上最早形成的因果观念。^{〔6〕}通过对客观世界的因果性认识,初步形成客观世界的主观秩序。当然,因果观念只是客观上的因果关系在人的主观上的反映而已,这就是所谓因果关系的客观性问题。在相当长的时间内,由于受到科学技术水平的限制,因果观念只是人类对客观世界长期认识的经验积累,并没有得到某种科学上的证明,这也往往造成因果关系只是一种主观联系的错觉。

尽管因果观念的形成具有悠久的历史,但其被引入刑法作为归责的客观根据,则是19世纪后半叶以后才开始的。在近代以前,归责当中并没有涉及因果关系问题。例如在古希腊亚里士多德的伦理学中,虽然论及伦理上的归责问题,但并没有以因果关系为客观根据。亚里士多德的归责命题是:“我们力所能及的恶,都要受到责备。”^{〔7〕}这里所谓力所能及,并非就客观而言,而是指行为人主观上对行为是否出于自愿。在亚里士多德看来,只要是自愿的,就是选择的结果。因此,力所能及就是“可以做,也可以不做。”在这种情况下,只要做,就具有可归责性。即使是在黑格尔那里,归责同样是一个主观的问题,只不过作为归责根据的自愿被意志所替代。黑格尔的归责命题是“行动只有作为意志的过错才能归责于我。”^{〔8〕}这种归责原则,对于行为犯当然是没有问题。因为在行为犯的情况下,行为本身就具有可归责性,只要确定行为是由某人实施的,某人就应当对这一行为承担责任。因此,就客观而言,惟一的任務就是认定行为归属于某一主体。但在结果犯的情况下,认定行为归属于某一主体还不够,还须证明结果是由该行为造成的,由此就出现了客观上将结果归属于某一行为的问题。由于行为与结果之间存在着时间与空间上的分离,因而这种客观上归属的判断是极为困难的。在科学技术欠发达的古代社会,法律是通过一种外在的时间尺度来确定这种归属存在与否的。中国古代刑法中的保辜制度与英美普通法中的一二零一天规则即是如此。《唐律》规定:“诸保辜者,手足殴伤人限十日,以他物殴伤人者二十日,以刃及汤火伤人者三十日,折跌支体及破骨者五十日。限内死者,各依杀人论;其在限外及虽在限内,以他故死者,各依本殴伤法。”由此可见,辜内死与辜外死,除以他故死外,成为从客观上区分杀人罪与殴伤罪的界限。杀人与殴伤本来不仅在客观上存在区分,而且在主观上也是存在区分的,但根据《唐律》关于保辜的规定,不再考虑主观区分,仅取决于死亡发生在辜内还是辜外。从某种意义上说,保辜制度主要解决的是因果关系问题,死亡结果是否可归因于一定的行为,如果在辜内死亡则可归因,应以杀人论;若在辜外死亡则不可归因,只能定殴伤。杀人与殴伤的区别在于:前者是对死亡负责,后者只对伤害负责。在医学不甚发达、难以从医学上确定死亡结果与伤害行为之间是否存在因果关系的情况下,保辜的规定具有合理性。尤其是保辜时限之长短与殴斗的工具相关联,以作为确定刑事责任的根据。韩国学者指出:“保辜限期乃定刑事责任限界之重要制度。此期间内,让犯人以医药治疗被害人之处。若辜限内由于伤害死亡时,皆以斗殴杀人罪处罚。”^{〔9〕}从界定刑事责任的角度阐述保辜制度的合理性,对于理解保辜制度的意义是一个可取的视角。类似于我国古代刑法中的保辜制度的,是英美普通法中的一二零一天规则。根据英国普通法规定,被指控杀人的被告造成的死亡必须表明是从被认为是引起犯罪的作为或不作为的时间起不超过一二零一天

〔6〕 参见李武林等主编:《欧洲哲学范畴史》,山东人民出版社1985年版,第316页。

〔7〕 [古希腊]亚里士多德:《尼各马科伦理学》,苗力田译,中国社会科学出版社1990年版,第51页。

〔8〕 [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第119页。

〔9〕 [韩]韩相敦:《传统社会杀伤罪研究》,辽宁民族出版社1996年版,第100页。

之内发生的。这一规则是根据普通法推定的,因为要证明一年零一天这段时间以前的作为或不作为引起上述的死亡是困难的。现在,即使在这段时间以后又过了很长时间,也完全可能推断死亡的原因。而不幸的是,这一规则可能容许行为人逃脱经科学手段证明由他引起的杀人的责任。^[10] 在这种情况下,一年零一天规则已被英国《1996年法律修改法(一年零一天规则)》所废除。如果一个行为被证明是死亡的原因,那么这可能是谋杀,或者是非预谋杀入抑或是自杀,而无论死亡行为与死亡结果之间经过了多少时间。^[11] 就一年零一天规则是以死亡结果发生距离殴伤行为发生的时间作为区分杀人罪与伤害罪的根据而言,一年零一天规则与保辜制度的确有同工异曲之妙,都是古人法律智慧的表现。当然,随着科学技术的发达,尤其是医学的进步,这种推断式的因果关系规则与制度显然已经过时,英国直到1996年才废除这一规则,令人诧异于其普通法传统的强大生命力。

刑法因果关系的解决是以近代自然科学的发展为知识背景的。日本学者曾经指出:19世纪的刑法对行为——其他方面也是如此——的认识是自然科学的、实证主义的、自然主义的。^[12] 这里的其他方面,就包括了因果关系问题。尤其是自然主义的行为概念与因果关系的理解之间存在内在联系。当时盛行的因果行为论,就是用因果联系阐述行为内容的产物。因果行为论,也是一种自然行为论,是主张行为系基于意思的身体动静的学说。其认为只要具有和某种意思之间有因果关系的身体活动或外界变动的话,就可以说具有行为。^[13] 因果行为论中的因是指意思活动,果是指身体动静。借助于因果概念,因果行为论将主观意思与客观活动加以联系,以此界定刑法中的行为,并将非出于意思的身体活动从刑法的评价对象中予以排除。进一步地说,在客观上行为与结果之间又呈现出第二层的因果关系。从这个意义上说,行为一方面是意思活动的结果,另一方面又是客观结果的原因。在这种情况下,因果关系就成为客观上将结果归属于行为的一种证明方式。日本学者在论及大陆法系的因果关系理论产生的过程时指出:即使是在德国,因果关系作为理论问题提出,也还是19世纪后半叶的事。从费尔巴哈到克斯特林,尚未建立起因果关系论,后来提出和发展这一理论的是布利和毕克麦耶。此后的学者,多多少少不过是试图调和他们的截然对立的因果关系论而已。这种情况,是德国的刑法学者在当时的实证主义、自然主义思想的背景下进行理论分析的结果。^[14] 其实,刑法因果关系理论最早是由奥地利学者格拉塞(Julius Glaser)在1858年提出的,他认为导致结果发生的原因不一定要出于人的物理力量,而人也不一定是单独造成结果发生的第一个动力,只要在因果流程进行当中,人的活动成为基本力量,而给予其他中间因素以动力,而最后,亦发生犯罪的结果,即足以认定因果关系存在。^[15] 格拉塞确立了因果关系的反证公式,即“非A仍B,则A非B之原因。”在德国刑法学中提出因果关系的条件说并将之引入司法判决的是布利。条件说,又称为全条件同价值说,简称为等值理论。条件说可以用“若无前者,即无后者”的公式表达。罗克辛则称为“想象中不存在”公式,即导致一个结果的各种条件,在具体结果没有被取消就不能想象其不存在时,都应当看成是原因。因此,作为原因就是各种不能不考虑的条件,就是各种没有它们本来就不会出现这种结果的条件。^[16] 意大利学者将条件说确定因果关系的这种方法称为“排除思维法”,即设想如果该事实不存在,其结果是否同样会发生。如果答案是否定的,那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。^[17] 通过这种排除思维法,就可以确定那些对于结果发生具有条件作用的就是

[10] 参见[英]鲁珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯:《英国刑法导论》,赵秉志等译,中国人民大学出版社1991年版,第137页。

[11] 参见[英]J·C·史密斯、B·霍根:《英国刑法》,马清升等译,法律出版社2000年版,第372页。

[12] 参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第75页。

[13] 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第75页。

[14] 参见前引[12],小野清一郎书,第102页。

[15] 前引[1],许玉秀书,第229页。

[16] 参见[德]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,第232页。

[17] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第117页。

原因。条件说为刑事责任确定了一个客观范围,当然,这一范围过大是其难以克服的弊端。因为条件说将产生于结果之前的一切必要条件都看作是刑法上的原因,这样就可能不当地扩大刑法因果关系的范围,从而不当地扩大刑事责任的追究范围。例如,就像人们经常举例说明的那样:甲到商店买了一把刀将乙杀死,在这一杀人案件中,甲的杀人行为与乙的死亡之间当然存在因果关系。不仅如此,根据条件说,生养甲的父母、将刀卖给甲的供货员、制造这把刀的铁匠,都与乙的死亡之间存在“若无前者,即无后者”的关系,由此批评条件说开启了异常广阔的责任范围——按照罗克辛的说法,这种批评只有在只要存在因果关系,就可认定行为人在法律上应负责的这种“因果关系万能说”中才能成立。否则,将因果关系作为构成要件行为与构成要件结果之后的两者之间关系的一种判断,则在一定程度上可以消除这种误解。例如在上述甲杀死乙的案件中,只有甲实施了构成要件的杀人行为,甲的父母、售货员、铁匠并未实施构成要件的行为,因而不可能进入因果关系讨论的视野。当然,即便如此,根据条件说确定的因果关系范围还是较大的,因为行为人虽然实施了一定的构成要件行为,能否一定将结果归属于该行为,仍然是一个值得考虑的问题。例如甲殴击乙胸部,乙因心脏病发作而死亡。在这种情况下,殴击行为当然是一种构成要件的行为,但是否与死亡结果之间存在因果关系,仍然不能简单地根据条件关系加以确定。在这种情况下,出于对条件范围的限制,出现了以下两种因果关系理论的发展趋势:

一是条件说的主张者自身对条件范围的限制,其中以李斯特的因果关系中断说最为著名。这种观点认为,在因果进行的过程中,如果介入了一个新的独立的原因时,就由此中断了正在进行的因果关系。这种新的、独立的原因既可能是他人的故意或者过失行为,也可能是自然力。此外,还有溯及禁止说和因果突变说。溯及禁止说认为,在故意造成危害结果的行为之前的行为,只是结果发生的条件,而不是原因。因果突变说认为,有两个前后相继的独立行为,前行为虽然已经结束,但在其行为尚未充分发挥作用时,后行为介入进来接续前行为发挥作用,引起严重后果。这时候,前行为只与后行为实施前形成的结果有因果关系,后行为则与最后的结果有因果关系。^[18] 上述对条件说加以限制的学说,大体上都是要解决在存在前后相续的多个行为的情况下,如何确定前一行为与结果之间是否存在因果关系的问题。尽管观点不尽相同,但基本宗旨均在于设置某种条件以限制条件范围。当然,由于这些观点是将因果关系作为一个事实问题加以把握的,在引入归责的视角以后,这些学说就丧失了其存在的价值。

二是原因说。原因说也同样是纠正条件说将原因的范围扩得太宽而提出的一种学说,曾经盛行一时,大有取代条件说之势,后终因其与条件说相同的自然的、物理的因果观念,并且难以把握条件与原因相区分的条件,因而在归责理论兴起以后也同时不复通行。原因说,称为条件与原因区别说,它以条件说为基础,主张从引起结果的各个条件中,确定一个对于结果发生具有特别关系的条件作为原因,只承认其与结果之间存在因果关系,其余的条件则是单纯的条件,与结果之间没有因果关系。由于原因说是想就具体的事态判断因果关系的有无,所以,原因说也被称为个别化说。作为其内容,又可以根据如何把握原因将其区分为认为对结果而言在时间上处于最后的条件是原因的最终条件说(Theorie der letzten Bedingung)(奥尔特曼)、认为违反生活上的常规而进行的行为是原因的异常行为原因说(巴尔)、认为给结果的发生提供了决定性方向的条件是原因的优势条件说(Ubergewichtstheorie)(宾丁)、认为对结果而言最有力的条件是原因的最有力条件说(Theorie der wirksamsten Bedingung)(比克迈尔)、认为给结果的发生提供了动力的条件是原因的动力条件说(Triebkraftstheorie)(科勒)等。^[19] 从以上各种关于条件与原因区别的学说来看,根据原因说认定因果关系具有标准上的歧异性,因而难以操作。

[18] 参见侯国云:《刑法因果新论》,广西人民出版社2000年版,第303页以下。

[19] 参见[日]大塚仁:《刑法概说》(总论)(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第162页。

其实,无论是条件说还是原因说,都是一种存在论的因果关系理论,也就是将因果关系作为一个事实问题来把握的理论。因此,主张上述学说者,都坚持原因与责任的二元区分观点。例如李斯特指出:我们应当绝对坚持这样的观点,“因果律”(kausalsatz)只涉及事件前的时空,不涉及概念的逻辑的关系或对行为的社会伦理评价;此外,我们还应当特别引起注意的是,因果关系涉及到一个思维方式问题,借助这个思维方式,我们将实际存在的情况联系在一起,而不对导致事件过程的力量作出任何评价。李斯特强调指出:从因果关系的这一观点首先可以得出如下结论:原因问题与责任问题应当作出严格的区分。因此,不应当过分强调刑法中的因果问题的重要性。因果关系无异于这样一种思维方式,借助这种思维方式,从外部世界的某种改变为出发点,我们发现人的意志活动,而对这种意志活动可作刑法上的评价,借助于因果关系范畴,我们只是为刑法研究寻找材料或对象。人的意志活动对一个结果具有因果关系的论断,并没有对该意志活动作出刑法上的评价。只有对意志活动是否具有犯罪的概念特征,也即它是否是符合构成要件的、违法的,且行为人是否应当负刑事责任进行研究之后,才能对意志活动作出刑法上的评价。^[20]李斯特的这段话是耐人寻味、值得琢磨的。就因果判断与是否应负刑事责任加以区隔,这显然是正确的。因为因果关系只是犯罪成立的必要条件而非充分条件,是否构成犯罪是对犯罪构成全部要件的判断结果。但是,因果判断是否只是一种事实上的归因性判断而不涉及客观上的归责问题,这就是一个值得推敲的问题。这里涉及事实上的归因与客观上的归责的关系,随着相当因果关系说的出现,两者的关系进一步得以凸现。

相当因果关系说的出现,是刑法因果关系理论的一个重大突破。一般认为,相当因果关系说是德国弗莱堡的逻辑学家和医学家约翰内斯·克里斯提出来的,又称为相当说或者相当理论。根据相当说,在刑法意义上,原因仅仅是一种具有导致符合行为构成结果的一般倾向的举止行为;同时,仅仅是偶然地引起这个结果的条件在法律上并不重要。由此可见,相当说也是循着限制条件范围这一思路提出来的,与原因说具有相通之处,以致在广义上,相当说被列为原因说的一种。当然,正如日本学者指出:在想基于人类的全部经验知识判断结果的发生是否一般这一点上,相当因果关系说明显与原因说不同。因此,它也被称为一般化说。^[21]当然,这里的相当性存在一个从事实上的相当性到评价上的相当性的转变过程。克里斯的相当理论建立在可能性理论上,而可能性理论是从数学上的概率原理推导出来的。克里斯以掷骰子为例,认为每一面被掷出的概率通常而言皆为六分之一,因此在事实的发生比率上,的确有一个客观上有效的比率,这个客观上有效的比率关系和个人的期待无关,亦即客观的盖然性不受主观认知影响。^[22]在这个意义上的相当性,还是一种客观上的相当性,它指的是一种概率关系。但是,在这种相当性的判断上,克里斯引入了“根据生活通则”这一判断标准,指出:如果一定的行为有增加特定结果发生的可能性,则可以认为该行为和特定结果之间具有一般的因果关系。这种一般的因果关系和具体引起结果发生是两回事。仅仅是具体引起结果(konkrete verursachung),尚不足以构成归责的理由,如果归责还包括有责性(schuld)在内,则仅仅是具体引起结果,更不足以构成归责的理由。只有那种根据人类社会一般关系而言,足以导致特定的侵害事实发生的违法行为,才是相当的,否则即是不相当的。^[23]在此,相当性是根据人类社会一般生活经验法则加以判断的,因而它不再是一种纯事实关系,而成为一种评价,这一评价的主体是司法者。评价当然是主观的,但相当性本身是否存在,仍然是客观的。在这种情况下,相当说使因果关系理论发生了重大变化,一种归责理论呼之欲出。

在很长一个时期内,相当说仍然是作为一种因果关系理论而存在的,并且根据相当性判断标准的

[20] 参见[德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第185页。

[21] 参见前引[19],大塚仁书,第162页。

[22] 参见前引[1],许玉秀书,第231页以下。

[23] 同上书,第232页。

不同,发展出主观的相当因果关系说、客观的相当因果关系说和折衷的相当因果关系说。主观说以行为人为行为当时认识的事实及可能认识的事实为基础。客观说主张所谓客观的事后预测(objektive nachträgliche prognose),该说站在裁判官的立场上,认为对行为当时存在的一切事实以及行为后产生的事实,只要它们对一般人来说曾是可能预见的,都必须考虑。折衷说认为要以行为时若是一般人就曾经能够认识的事实以及行为人特别认识了的事实作为判断的基础。^[24]在上述三说中,日本通行的是折衷说。根据是否存在相当性以确定因果关系的存在,成为日本的通说。在这种情况下,因果关系被分为两个层次考虑:第一个层次是根据条件说确定事实因果关系;第二个层次是根据相当说确定法律因果关系。

关于相当说到底是一种因果关系理论还是一种归责理论,在刑法理论上是存在争议的。在德国刑法学界,更多的学者认为相当理论是一种归责理论。尤其是德国学者罗克辛,在主观归责理论的基础上,发展出客观归责理论。罗克辛的客观归责理论的基本主张如下:(1)刑法法理的任务在于对侵害法益的结果予以归责,而这种结果归责,视行为人是否违反规范的要求而定,基于此,则行为人的行为如果符合构成要件上的义务要求,客观上必然不可能是要造成构成要件结果的行为。(2)客观归责理论中的客观归责要素——客观目的性(die objektive Zweckhaftigkeit),只是表面上看起来和行为人的能力有关,亦即所谓行为人的预见可能性在客观归因的决定作用,只是一个假象,它不是决定于人类意志的支配可能性(die Beherrschbarkeit durch den menschlichen Willen),而是决定于行为人的行为是否制造了足以引起构成要件上法益侵害结果的法律上重要的风险(das rechtlich relevante Risiko)。(3)以风险原则判断客观的目的性,则可以为结果犯创造一个共通的归责原理,而不受因果律的影响。^[25]根据罗克辛的这一思想,归责理论已经不是一种因果关系理论。换言之,相当理论不是因果理论而是归责理论。当然,日本学者对于这一观点似乎并不以为然。例如日本学者指出: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,可以说也与相当因果说没有大的差别。但是,所谓客观归责的观念本身和其他刑法理论体系上的地位等,尚缺乏明确性,存在不少问题。在日本,也看到一部分见解赞成该理论,但是,应该说没有放弃相当因果关系说而采用这种理论的必要。^[26]笔者认为,在此罗克辛虽然提出了客观归责的原理,但并没有妥当地解决客观归责的体系性地位问题。如果客观归责仍然放在构成要件该当性里研究,即使是像耶赛克那样将因果关系和客观归责并列,^[27]也并不能使客观归责理论真正脱离因果关系理论的囿困。若将归责理论贯彻到底,就应当将客观归责纳入有责性中加以研究。当然,这就涉及对大陆法系递进式犯罪构成体系的改造

二、客观归责理论的基本内容

客观归责是从因果关系问题转化而来,归因与归责是有所不同的:归因是一个事实问题,通过因果关系理论解决;归责是一个评价问题,通过客观归责理论解决。对此,我国台湾学者指出:就刑法评价需要性而言,确定行为与结果间是否存在因果关系,固然重要;惟更重要的是应该进一步判断,行为人造成具体结果之行为在客观上是否系可归责,而应负刑法之责任。易言之,在因果关系之判断上,对于结果之原因与结果之归责,应加以区分。首先以经验之观点,采用条件理论之见解,判断结果之

[24] 参见前引[19],大塚仁书,第163页。

[25] 参见前引[1],许玉秀书,第253页以下。

[26] 参见前引[19],大塚仁书,第165页。

[27] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、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2000年版,第336页。

原因;而后以规范之观点,采用客观归责理论之见解,判断结果之归责。^[28]以往的刑法理论中,把归因与归责相混同,开始是以归因代替归责,以为满足了因果性就具有了可归责性。此后,相当说作为一种实质上的归责理论却栖息于因果理论之中不能自拔。罗克辛的客观归责理论才彻底将归因与归责分开,具有重要理论意义。应当指出,罗克辛的客观归责是以条件说确定的因果范围为前提的,正如主观归责是以心理事实为基础一样。客观归责作为一种规范评价,它所要解决的是在具备事实因果关系的情况下,进一步从规范上考察,其结果是否可以归责于行为主体。客观归责具有以下三个基本规则:

(一)制造法所不容许的风险

刑法是保护一定法益的,侵害法益的行为必然被刑法所禁止。因此,行为是否具有对法益的侵害性就成为犯罪认定的第一个环节。行为的侵害性一般可以从法规范上获得确证。因为从规范形式上来说,构成要件行为是一种违法行为的类型,因而可以直接推断其行为是具有实质侵害性的。这里存在一个行为的定型化问题。一般来说,故意行为的定型化程度是较高的,而过失行为的定型化程度则是较低的,往往只要是由于主观上的过失引起某种法所禁止的结果的行为,就被认为是过失行为。在这个意义上说,过失行为是归因的结果。因此,有时难以完全遵循行为→结果→因果关系这样一种判断顺序,而是由果溯因。在这种情况下,仅仅依靠因果性是难以解决归责问题的,因而提出了制造法所不容许的风险这一客观归责的规则,它是对行为,尤其是类型化程度较低的过失行为的一种实质审查。

风险,亦称为危险,在任何一个社会都是广泛存在的,法律并不禁止任何风险,因为风险与利益同在,没有风险也就没有利益。否则,就没有社会发展,甚至社会生活也无法进行。例如行车有翻车的风险、飞行有坠机的风险、航行有覆船的风险。如果仅仅为避免这种风险而禁止行车、飞行与航行,这显然是愚蠢的做法。法所禁止的仅仅是不被允许的风险,因此要对一定的风险到底是法所允许还是法所不允许进行认定。在这个意义上说,法所不允许的风险,也就是禁止的风险是客观归责理论的基础。为正确地理解法所不允许的风险,我们可以首先界定哪些是法所允许的风险。对此,我国学者指出:在今天的现实社会生活中,随着科学技术的发展与现实应用以及人类社会生活结构的发展,我们每天都可能遇到一些在人们心目中可能已经习以为常的危险。譬如驾驶汽车,使用机器,制造易燃、易爆、易污染产品,进行科学实验,进行身体竞争性的体育活动等。人们对于这些活动的危险性有着充分的认识,这种认识体现在规范上,是一系列专业规则、操作规程与特殊注意义务的制定与要求。当行为人在遵守这些规则、规程与注意义务的前提下,发生了法益侵害的结果,这一结果就不能在客观上归咎于行为人的行为。因而这一行为也不具备构成要件该当性。这类危险,在刑法理论上被称为允许的危险。^[29]由此可见,一种风险是否被法所允许,关键还是在于行为人是否尽到了一定的注意义务,也就是是否具有过失行为本身。如果尽到了一定的注意义务,即使风险发生也不能归责于行为人;反之,如果未尽到一定的注意义务,则应将风险归责于行为人。当然,这种基于风险是否允许而确定能否对行为人归责,到底是一种客观归责还是一种主观归责,仍是一个值得研究的问题。以往允许的危险通常是作为一种正当化事由的原理而加以确定的,例如德国学者指出:“被允许的危险(erlaubtes Risiko),并非独立的合法化事由。因为,该概念所表示的是,在一定条件下的危险行为,甚至对法益侵害持未必故意的行为,并未包括在被允许的范围之内,该要件并不能够描述一般性的要件轮廓。被允许的危险概念的重点在于,与其说是针对各种具体的实体性要件,不如说是针对各种合法化事由的共同结构原理。被允许的危险不仅适用于故意犯,在过失犯情况下,同样存在被允许的危险这

[28] 参见林山田:《刑法通论(上册)》(增订七版),台北2000年版,第200页。

[29] 参见前引[3],李海东书,第53页以下。

一特殊的合法化事由。”^[30]作为正当化事由,被允许的风险既非客观归责亦非主观归责。但由于在过失犯的情况下,被允许的风险具有限定过失犯的注意事项之功能,因而被允许的风险似乎是在过失的归责中论及,是一种主观的归责要素,过去笔者亦是如此认识的。^[31]但在允许的风险的情况下,注意义务不存在,不仅过失心理没有,过失行为也没有。就此而言,允许的风险又似乎是一种客观的归责要素。对此,我国学者指出:允许的危险的理论是过失理论的一场悄悄的革命,倡导过失的核心已不在于危害结果,而在于过失行为本身,只要行为人客观上尽注意能力遵守了具体的注意义务,即便发生危害结果,也不负过失责任。^[32]因此,被允许的风险之引入过失的审查,被认为是从结果无价值向行为无价值的转变。由于我国现行刑法理论,将行为(作为与不作为)与罪过(故意与过失)分而论之,行为中论及的基本上是故意行为,而对过失行为未予以充分的关注,如此才在更大程度上将过失行为作为一个主观归责问题讨论。就此而言,目前德国刑法理论中通行的故意的作为犯、过失的作为犯、故意与过失的不作为犯的犯罪构成体系,将主观要素与客观要素结合起来考虑,似乎更有其合理性。

在对法所允许的风险作出如上界定的基础上,我们可以正确理解法所不允许的风险。对于法所不允许的风险的认定,故意犯与过失犯是有所不同的。故意犯中的法所不允许的风险更多地表现在行为是否为法所禁止之上。一种故意行为只要是法所禁止的,其所造成的风险必然是法所不允许的,因而应予归责;而过失犯中的法所不允许的风险则应当根据注意义务是否得以遵守加以判断,在没有遵守注意义务的情况下造成的风险,就是法所不允许的风险,应予归责。关于制造法所不允许的风险之客观归责的规则,存在以下问题值得研究:

1. 降低风险

法所不容许的风险如果是行为人所制造的,当然是具有客观上的可归责性的。即便这种法所不容许的风险不是行为人所制造,但行为人通过其加功增加或者提高风险,同样是具有客观上的可归责性的。但是,如果行为人实施了降低风险的行为,即使这种风险仍然发生,也不具有客观上的可归责性。例如甲看到一块石头砸向乙的头部,出手挡石头,以致砸伤乙的脚。在这种情况下,虽然风险没有避免,但甲的行为不是提高而是降低了风险,因而不具有客观归责。与降低风险相类似的是替代性的风险行为,即以较小的风险替代本来可能发生的较大风险。例如甲为救陷于火海的孩子乙,将乙抛出窗外,致乙重伤。这种替代性的风险行为,也没有增加风险,同样不能作为犯罪处理。但罗克辛认为,上述两种情形在性质上是存在区分的:前者虽然存在因果性,但其行为并非构成要件该当的行为。而根据传统的理论,在违法性的观点下取消风险减小的情况,并在其中认可一种正当化的紧急避险(德国刑法第34条)。但是,这样做的条件就会是,人们至少会把风险减小看成是一种符合犯罪类型的法益侵害,而这一点正是这里所缺乏的。后者行为人完成了一个符合犯罪类型的行为,是应当作为行为构成的完成对他进行归责的。但是,行为人能够通过推定的同意或者通过德国刑法第34条加以正当化。^[33]因此,罗克辛将降低风险的行为与替代性风险的行为加以区分,降低风险的行为不具有客观归责,而替代性风险的行为则虽具有客观归责但违法阻却。

2. 没有制造风险

行为人的行为虽然没有降低风险,但也没有以在法律上值得关注的方式提高风险,因而同样不具有客观归责。这种行为就是没有制造风险,罗克辛称为“缺乏危险创设”。在没有制造风险的情况下,并非不存在任何风险,而是存在一种法律上不值得关注的风险,这是一种生活风险。对此,罗克辛指

[30] 前引[27],耶赛克等书,第485、711页。

[31] 参见前引[5],陈兴良书,第370页。

[32] 参见姜伟:《犯罪故意与犯罪过失》,群众出版社1992年版,第377页。

[33] 参见前引[16],罗克辛书,第247页以下。

出:即使某种行为方式,在罕见的例外情况中能够导致一场不幸,然而,与这种行为方式相联系的在社会适当性方面的那种最小风险,将为法律所忽略。因此,通过这种行为方式来查明的造成结果的原因,从一开始就是不可归责的。因为促进一种正常的并且一般没有危险的社会性举止行为的产生,是不能加以禁止的,因此,当这样一种做法例外地成为一种法益损害的原因时,也就缺乏了一种符合犯罪类型的杀人行为。^[34]罗克辛曾经举了威尔哲尔经常使用的例子,即甲在暴风雨就要来的时候,把乙派到森林里去,希望他会被雷劈死。结果,乙真的被雷所劈死。对此,传统的条件说是肯定因果关系存在的,威尔哲尔通过否定故意来规避刑事惩罚,即甲并无对事件发生真正产生影响的强大的意志。而罗克辛则明确指出,这是一个客观归责的问题,而不是一个故意的问题。这样,通过客观归责对行为进行是否制造了法所不容许的风险的实质审查,使阻却犯罪的事由提早到客观上不具有可归责性而非主观上不具有可归责性。

3. 假定的因果过程

能否以假定的因果过程而否定客观归责,这也是在制造法所不容许的风险中值得研究的一个问题。这里的假定的因果过程,也称为假设的因果流程,是指存在一个代替性行为人,假如行为人不实施某一法律所禁止的行为,他人也会合法或者非法地实施该行为。存在这种假定的因果过程,是否排斥对行为人的客观归责呢?罗克辛认为:一种对违法行为构成完成的归责,是不能就这样被排除的,因为一个代替性行为人已经准备好了,他在实施行为人停止行为的时候,就要接管这个构成行为(接管原则)。因此,罗克辛得出以下结论:法律制度不能由于另外一个人已经准备好违反法律就应当收回自己的禁令。^[35]在假定的因果过程中,代替性行为人的行为既可以是合法的,也可以是非法的,但都不能排除原行为人的客观归责。前者通常举的例子是:在死刑执行时,甲以私人身份撞开了死刑执行官,自己充当死刑执行官并且在他的位置上开动了电椅,将死刑犯乙杀死。在这种情况下,不能以如果甲不杀乙,反正乙也要被执行死刑而排除甲的客观归责。因为虽然乙被判处死刑,但法律只授权死刑执行官对乙执行死刑,甲剥夺乙的生命仍然是非法的,属于杀人行为。后者通常举的例子是:某人的财物疏于看管,被窃贼甲与乙同时盯上,甲捷足先登窃得某人的财物。在这种情况下,尽管如果甲不盗窃,财物也会被乙偷走。但不能以财物反正是要被偷走的为由,否认甲的行为客观上的可归责性。

假定的因果过程并不否定客观归责,但如果自然因果性被修改,则是否具有可归责性就应当区别为两种情况对待:一是行为人仅仅修正了一种自然因果性,而没有在整体上恶化被害人的状况时,就要排除归责。例如在一段因山崩而遭岩石堵塞的轨道上,甲开电动火车,因刹车不及撞上岩石而死亡。甲撞上岩石的地点是在右车道,甲之所以驶在右车道上,是因乙调整铁道岔,从左边调整到右边,但左右边的铁道皆遭阻塞。因此,即使乙不将道岔从左边调整到右边,甲也会在左车道撞上岩石而死亡。在这种情况下,乙的行为使甲的死亡地点有所改变,但并没有因此使甲撞上岩石的机会增加,因此乙的行为不具有客观上的可归责性。二是行为人不是单纯地修改了自然的因果性,而是通过一种独立的行为加以补充时,则具有可归责性。例如,在前例中,如果甲在撞上岩石的那一刹那被乙开枪射杀,则虽然不被射杀也必然撞上山岩而死,但这种射杀行为仍然具有可归责性。对此,罗克辛给出的理由是:“法益的损害是应受刑事处罚的,只要这种损害没有得到一种明确的正当化根据的帮助。当把濒死的人在他临死前的一刻杀死而有可能不被惩罚时,禁止杀人的戒律就在不是万不得已的情况下被违反了。法律制度不应当容忍这一点。”^[36]

(二)实现法所不容许的风险

[34] 参见前引[16],罗克辛书,第248页

[35] 同上书,第249页

[36] 同上书,第251页

在客观归责的认定中,不仅要关注是否制造了法所不容许的风险,还应当进一步考察法所不容许的风险是否实现。关于实现法所不容许的风险之客观归责的规则,存在以下问题值得研究:

1. 未实现风险

虽然制造了法所不容许的风险,但这种风险并未实现,对此如果是故意犯的话应当以未遂犯论处。但在某些情况下,制造了风险并且发生了某种法益侵害结果,但这一法益侵害结果是由于其他介入因素,包括自然力或者第三者的故意与过失行为所造成,则仍应认为风险未实现,不具有客观上的可归责性。通常举的例子是受枪伤的被害人被送医院救治,在医院救治期间被火烧死。这个例子以往都是用因果关系中断或者没有故意来解决的,但罗克辛认为这是一个客观归责的问题。

此外,在传统刑法理论中还存在所谓因果关系错误的例子,例如甲出于杀乙的意图勒其脖颈,使乙陷于假死状态,甲误认为乙已经死去,而将乙投入水中,实际上乙是溺水而死。这个问题通常是在故意中讨论的,被称为是威伯的概括的故意。^[37]但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。^[38]因此,因果关系错误情况下是否具有客观上的可归责性,也应当考虑前行为是否提高并实现了因果过程的危险。

2. 未实现不被容许的风险

未实现风险当然不具有客观上的可归责性,即使实现了风险,但这种风险并非不被容许,仍然不可归责。换言之,只有实现不被容许的风险才是可归责的。罗克辛曾经以羊毛笔案加以说明:一家画笔厂的厂长没有遵照规定事先消毒,就给了他的女工们一些中国的山羊毛进行加工。四名女工因此被感染上炭疽坏疽杆菌而死亡。后来的调查表明,规定的消毒措施对当时欧洲尚不知道的这种杆菌本来是没有作用的。对此,罗克辛指出:如果人们把这个结果归责于厂长,那么,他就要为违反了一项即使履行了也没有用的义务而受到刑事处罚。^[39]因此,一个人不能因违反了一项即使履行了也无法避免危险发生的义务而受到刑事处罚,就成为一个客观归责原则。这一原则,在考虑客观归责时是十分重要的,但以往我们常常忽视。例如甲驾驶的微型轿车按照交通法规只能在城市主干道的第二条道上行使,其在第一条道(快速道)上行驶是违规的。此时,乙横穿主干道,甲躲避不及而将乙撞死。在此,不能仅因甲违规行驶而予以归责,而是要看这一违规是否提高并实现了风险。如果即使在第二条道上行使,也同样会将乙撞死,那么其违规行为就属于未实现不被容许的风险。

3. 结果不在注意规范保护范围之内

结果虽然发生,也就是风险已经实现,但这一结果并不在注意规范保护范围之内,仍然不具有客观上的可归责性。罗克辛举了一个例子:两个骑自行车的人,在路上骑着没有灯的车前后相随。前面那个人由于缺乏照明而撞上了迎面而来的一个骑车人。但是,只要后面那个骑车人在自己的车上装了照明设备,那么,这个事故本来是可以避免的。在这个案例中,前面这个骑车人应对于过失负责,后面这个骑车人呢?其不安装照明设备的过失行为按照“如果装了照明设备这个事故就可避免”的逻辑,是可以归因的。但罗克辛认为,在这种情况下,是不可归责的。因为照明要求的目的在于避免自己的车直接造成事故,而不在于让另一辆自行车点灯来避免其与第三辆车相撞。为此,罗克辛区分谨慎规范的保护目的与行为构成的保护目的。罗克辛指出:不允许性风险的实现永远是限制许可风险的谨慎规范的保护目的有关的,而不是与刑法的行为构成的保护目的有关。^[40]那么,这里的谨慎

[37] 参见陈兴良:《刑法哲学》(修订三版),中国政法大学出版社2004年版,第180页以下。

[38] 参见前引[16],罗克辛书,第253页。

[39] 同上书,第254页。

[40] 同上书,第256页。

规范的保护目的与行为构成的保护目的如何区分呢?谨慎规定,也就是注意规范所保护的目的是法律所关注的,并且与违反者具有密切关联的,因为注意规范的目的就是要界定归责范围。只有违反注意规范所造成的风险才具有客观上的可归责性。因此,结果不在注意规范保护范围之内,表明这种结果不具有可归责性。而行为构成所保护的目则只是与因果过程有关,它不能直接确定客观归责。

4. 合法的替代行为和风险提高理论

合法的替代行为要讨论的是指如果行为人未违反注意义务,也就是实施合法行为,结果仍然会发生。在这种情况下,对行为人是否具有可归责性?在前面所举的山羊毛案例中,罗克辛认为是不可归责的,因为一个人不能因为违反一项即使履行了也没有用的义务而受到刑事惩罚。但合法替代行为的排除归责又不是绝对的,也就是说只有当合法的替代行为肯定或者必然会导致这个结果时,才应当排除一种归责。但如果合法的替代行为并非肯定导致结果,换言之,违反注意义务的行为提高了风险,那就是可归责的。例如,一辆载重卡车的司机想要超越一辆自行车,但是没有遵守应当保持一定距离的要求,最近时与骑车人仅仅只有75厘米。在超车的过程中,这个喝醉了酒的骑车人,由于一种在酒精作用下的反应迟钝而把自行车向左打过去,被挂斗车的后轮压上了。最后证明,如果卡车司机根据道路交通安全法,与骑车人保持了足够的距离,那么,这个事故也仍然极有可能(或者有可能)发生。对此,罗克辛认为卡车司机是可归责的。理由在于:在即使保持了所要求的距离骑车人也会死亡时,在这个过程中就实现了一个在超车中一般存在的风险,但是,立法者通过自己的许可为开车人接受了这种风险,因此,这个结果本来是不可以归责的。相反,如果行为人超越了允许性风险,并且现在出现了作为在超车中存在的危险所作用的结果,那么,这个结果作为一种禁止性危险的实现就是可以归责的。^[41]在此,罗克辛提出了风险提高理论,行为人超越了允许性风险,提高了风险,因而是可归责的。

(三) 构成要件的效力范围

这里涉及到类型化的构成要件的归责功能问题。在故意犯罪中,构成要件承担了主要的归责功能,不具备构成要件才是不可归责的。故意是依附于行为而存在的,具有对于行为的从属性。因此,行为与故意之间在判断上存在严格的位阶关系。但在过失犯罪的情况下,传统上是从结果追溯过失,是以过失心理作为归责的要件,过失行为则缺乏定型化。因此,过失犯罪的认定成了一个过失心理的判断问题,而过失又主要是根据注意义务的违反、可预见性、认识可能性及避免可能性加以判断的,行为归责功能在过失犯罪中根本没有发挥出来。因此,客观归责主要适用于过失犯罪。甚至传统用于判断过失的那些概念都可废弃不用。当然,故意犯罪也并非与客观归责无关,在某些情况下,客观归责同样也可适用于故意犯罪。

1. 参与他人故意的自危

德国刑法没有将帮助自杀(伤)行为规定为犯罪,在这种情况下,对帮助自杀(伤)行为能否以故意杀人(伤害)罪论处?这个问题对于我国刑法也同样是具有意义的。在我国刑法教科书中,一般都认为这种帮助他人自杀行为是构成故意杀人罪的。与此相同,教唆他人自杀行为也构成故意杀人罪。^[42]在这种情况下,死亡或者伤害是由他人自身引起的,教唆或者帮助行为能否承担故意杀人(伤害)罪的刑事责任?这个问题的实质是:当这个(故意或者过失地)积极参加由一名自我负责的行为人所造成的自我损害的人,对这名自我损害人的身体或者生命负有保护义务时,能否适用刑法关于杀人罪或者伤害罪之法律?也就是说,这种引起行为是否属于杀人行为或者伤害行为?在司法实践中,此类案件还是十分常见的,例如追赶行为造成他人被汽车撞死,或者追赶行为使他人慌不择路地跳下河而被水淹死等,这一追赶行为是否杀人行为?对此,德国的司法判决曾经将之视为杀人行为,但后来又改变了这一判决,拒绝了把这类案件归责为杀人犯罪的客观行为构成:“当那种有意识地借助这种

[41] 参见前引[16],罗克辛书,第257页。

[42] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第470页。

危险而进入的风险得以实现时,行为人自我负责的和已经实现的自我危险并不属于一种身体伤害或者杀人犯罪的行为构成。一个仅仅造成、使其能够或者要求这种自我危险的人,并不会使自己由于伤害犯罪或者杀人犯罪而成为应受刑事惩罚的人。”因此,根据客观归责理论,这种参与他人故意自危的行为应当排除归责。

2. 同意他人造成危险

这里的同意他人造成危险,是指一个人不是故意地给自己造成危险,而是在意识到这种风险的情况下,让别人给自己造成危险。例如,一名乘客强迫掌握方向盘的人违反禁止性规定超速行驶,因为他想及时赶赴一个约会。由于车速太快,导致车祸,造成这名乘客死亡。在这个案例中,超速行驶是违法的,由此造成了他人的死亡后果,能以过失致人死亡定罪吗?对此仍然不应负刑事责任,但其根据以往德国的通说是被害人承诺的法理,但罗克辛认为不能以被害人承诺的法理解决这个问题,因为被害人认为虽然存在风险但这种风险并不会实际发生,具有某种侥幸心理,因而并不存在对危害结果的承诺。罗克辛指出:尽管被侵害人本身就是他所遭遇的事故的肇事人,但是仍然还应当产生一种刑事惩罚,这是令人难以满意的。因此,人们在这里就会提出一个正确的问题:在什么范围内,这个行为构成包含了同意他人给自己造成危险的保护目的?^[43]换言之,在这种情况下的风险实现行为是否属于杀人的行为构成?对此,罗克辛的回答是否定的。当然,其前提是这名乘客完全认识了这个风险并且是有意识地造成了这个风险,只有这样才能排除对结果的归责。相反,如果是这名驾驶员说服了这名出于良好理由而犹豫不决的乘客,如果他对乘客隐瞒或者淡化了这些风险,或者如果这场事故是由于那种与被接受的风险无关的驾驶错误造成的,那就可以归责。

3. 第三人责任范围

第三人责任范围是指在他人责任范围之内加以防止的结果,对此行为人不可归责。例如引发火灾的人是否应当对因救火而丧生的消防员负责?疏于注意致使小孩落水的母亲是否应对因救人而丧命的救生员负责?如此等等。在这些情况下,消防员和救生员均有救火与救人的职责,因此行为人对他们的死亡不应负责。罗克辛指出:在这类案件中排除归责的道理在于,确定的职业承担者在自己的职权范围之内,以一种局外人不应干涉的方式,对消防和监督危险的渊源负责。但是,这样一种职权分配在刑事政策上富有意义的结果,应当是解除了第一个原因造成人对这个由职业承担者的损害性举止行为所造成的结果的责任。^[44]因此,通过第三人责任范围的确立而免除行为人的责任,使客观归责更为合理。

三、客观归责理论的借鉴意义

我国刑法理论如何借鉴客观归责学说,这是一个值得研究的问题。笔者认为,我国刑法中的因果关系学说是一个最为混乱的问题。从理论发展的进程来看,大陆法系经历了从条件说、原因说到相当因果关系,再到客观归责这样一个学说的演进过程。其基本进程是将归因与归责加以区隔,在归因的基础上再考虑归责。但我国刑法中的因果关系理论基本上还停留在原因说的水平上,由于在原因与条件的区分上引入了必然性与偶然性的概念,从而形成必然因果关系说与偶然因果关系说之争,使问题更加复杂化。在借鉴客观归责理论的时候,应当讨论以下三个问题:

(一)因果关系的必然性与偶然性问题

因果关系的必然性与偶然性,是我国刑法因果关系讨论中提出的特有的命题。大陆法系和英美法系刑法理论关于刑法因果关系的讨论都没有论及因果关系的必然性与偶然性问题。实际上,从哲

[43] 参见前引[16],罗克辛书,第269页

[44] 同上书,第271页

学的意义上说,因果关系和必然性与偶然性属于不同的范畴。因果关系是指引起与被引起的关系。原因是引起某种现象的现象,而结果是被某种现象所引起的现象。两个现象之间存在这种引起与被引起的关系,我们就可以得出结论,这两个现象之间存在因果关系。而必然性与偶然性是表示由本质的和非本质的因素所确定的相互关联的联系类型的哲学范畴。必然性反映事物内部的、稳定的、重复的、普遍的现实联系,表示事物发展中不可避免的、一定要出现的趋向。这两种联系和倾向是由事物内部的、本质的因素所规定的;它在事物的联系和发展中起支配作用,决定着事物的其他联系和事物发展的前途和方向。偶然性则与必然性相反,反映事物外部的、非本质的、不稳定的、个别的现实联系,表示事物发展可以出现,也可以不出现;可以这样出现,也可以那样出现的倾向。这种联系和倾向是由事物外部的、非本质的因素所决定的,一般说来,对事物的其他联系和发展不起决定作用。从以上因果关系和必然性与偶然性这两对范畴的对比来看,因果关系更倾向于从形式上界定两个事物之间的联系,而必然性与偶然性则更注重从实质上界定两个事物之间的联系。在这个意义上说,因果关系既可以是必然的,也可以是偶然的:原因与结果之间存在必然联系的是必然因果关系,原因与结果之间存在偶然联系的是偶然因果关系。这是偶然因果关系说的观点。应当指出,偶然因果关系就是以承认必然因果关系为前提的。当然,那些认为因果关系是原因与结果之间的内在的必然联系的学者,是不会赞同上述区分的,因果关系只能是必然的不可能是偶然的,由此而否认偶然因果关系的存在,这就是必然因果关系说。^[45]笔者认为,因果关系是指两个现象之间引起与被引起的关系,它所解决的是现象的可归因性问题。通过因果关系的概念,我们可能将引起的现象归结为被引起现象的原因,从而达到对这个现象产生机制的认识。因此,将现象之间必然引起关系称为因果关系,而将偶然引起关系排斥在因果关系之外,是过于限缩了因果关系的范畴。在这个意义上,笔者并不赞同必然因果关系说。那么,这是否意味着笔者对偶然因果关系说的认同呢?回答同样是否定的。在笔者看来,必然因果关系与偶然因果关系这种区分本身就是没有意义的。偶然因果关系说在论证区分必然因果关系和偶然因果关系的理论根据时,主要还是基于原因的等级性与层次性的观念,认为条件本身也是原因。尽管是非根本性、非决定性的次要原因。就此而言,偶然因果关系说类似于条件说,但偶然因果关系说又否认其等同于条件说,因为条件说主张全条件同价值,而偶然因果关系说则承认条件与原因之间对于结果作用上的差别性。^[46]笔者认为,偶然因果关系将条件归入原因范畴当然是可取的,否认全条件同价值也是正确的,但它试图通过必然性与偶然性的认定为刑法提供因果关系,则是将归因与归责等同起来,因而并没有突破条件说与原因说的局限。根据偶然因果关系说确立了某种因果关系的存在,同样也不能解决其是否具有客观上的可归责性问题。我们仅以偶然因果关系说列举的偶然因果关系的以下四个案例加以说明:^[47]

案例一:甲乙二人在一个冬天的傍晚于收工途中在旷野打着玩耍。甲向乙小腿处踢了一脚,乙倒在地上哎哟不止。甲以为乙装样子吓唬他,便不加理睬,径直回到家里,也没有跟任何人说就睡觉了。乙因小腿骨折,不能行走,又由于当夜大风降温,天气异常寒冷,第二天人们发现乙时,乙已冻僵身亡。偶然因果关系说认为,在本案中,乙被冻死对于甲踢乙一脚的行为来说具有偶然性,它们之间是偶然因果关系。但这种论证对于解决甲的客观归责并无任何意义:根据条件说,甲踢一脚与乙的冻死之间是存在因果关系的;根据原因说则甲踢一脚与乙的冻死之间并无因果关系。就解决这个案件而言,原因说比条件说更为可取。但偶然因果关系说的结论与条件说相同,即使论证了甲踢一脚与乙的冻死之间存在偶然因果关系,也还是未能解决乙的死亡在客观上是否可归责于甲的问题。根据客观归责

[45] 关于必然因果关系与偶然因果关系的讨论,参见侯国云:《刑法因果关系新论》,广西人民出版社2000年版,第178页以下

[46] 参见李光灿等:《刑法因果关系论》,北京大学出版社1986年版,第105页以下

[47] 这四个案例均出自前引[46],李光灿等书,第123页以下

理论,在承认甲的行为与乙的冻死之间存在因果关系的基础上,否认甲的行为具有可归责性。因为乙死亡的危险并不包括在甲的踢一脚的行为中,乙的死亡是由于偶然的寒冷天气所引起的。对此,正如罗克辛所说:我们不能把一个纯粹偶然造成的死亡在客观上评价为法律意义上的杀人。^[48]就客观归责而言,需要解决的不是因果关系问题,而是行为是否制造了法所不允许的风险问题。换言之,需要解决的是甲的行为是否具有杀人性质的问题。

案例二:李某骑自行车带着朋友王某进城,因前面有一辆减速慢行的汽车挡路,李某打算从左侧超过汽车,当自行车刚往左一拐,正好与迎面开来的汽车相撞,李某被撞伤,王某被轧死。偶然因果关系说认为,在本案中,李某违反交通规则的超车行为与王某的死亡之间存在偶然因果关系。根据条件说,李某的违章行为与王某的死亡之间存在因果关系;根据原因说也同样承认其因果关系的存在。偶然因果关系说之所以称李的违章行为对于王某的死亡来说是偶然因果关系,是与汽车司机将王某轧死的行为相比较而言的,因为在偶然因果关系说看来,汽车的撞轧是王某死亡的决定性原因,决定了王某死亡的必然性,两者之间是必然的因果关系。只不过,汽车司机的行为是正当行为,因而与王某的死亡之间不存在刑法上的因果关系,因为刑法中的因果关系是危害社会的行为与危害社会的结果之间的因果关系。而根据客观归责理论,李某的违章行为制造了法所不容许的风险并且实现了这一风险,具有客观上的可归责性。这一解决本案李某的刑事责任的思路较之偶然因果关系说,更为简单明了。

案例三:专业户张某在市场卖瓜,把卖得的钱装在一个布袋里。当他给一买主称瓜时,布袋被王某抢夺去。张某立即追赶。在将要抓住王某时,后面有赵某的汽车快速开来,王某为了逃脱,随即穿越马路,想用汽车阻挡张某的追赶。张某索回钱物心切,只注意盯住王某,没有发现后面有汽车开来,他刚一拐弯,被赵某的汽车撞轧而死。偶然因果关系说认为,在本案中,王某的行为与张某的死亡之间存在偶然因果关系。王某穿越马路的逃跑与张某的被汽车撞轧死亡之间是存在因果关系的,但王某的行为是否具有客观上的可归责性,则并非偶然因果关系所能界定。根据客观归责理论,王某的行为并未制造法所不允许的风险,因而不可归责。

案例四:甲在车辆繁多的马路上殴伤乙后,扬长而去,乙爬起来向前走了几步,踉跄倒地,丙的车速过快,刹车不住,将乙轧死。偶然因果关系说认为,在本案中,甲的伤害行为与乙的死亡之间存在偶然因果关系。根据客观归责理论,乙的死亡并非甲的行为所创设的法所不允许的风险,因而不可归责于甲。

从以上对偶然因果关系说的四个案例分析可以发现,偶然因果关系说实际上只是在完成条件说的使命,虽然在不承认各种条件的原因力等同,而力图区分必然因果关系与偶然因果关系这一点上不同于条件说,但在归责问题上并没有超越条件说。因此,笔者赞同我国学者的观点:我国刑法因果关系的研究要真正取得进展,就应当绕开哲学上必然偶然之争这条路子,寻找新的研究视角。^[49]这一新的研究视角,包括客观归责理论之引入。

(二)因果关系的客观性与主观性问题

因果关系的客观性,是我国因果关系研究中反复强调的一个命题,其理论根据是唯物主义,并且将否定因果关系的客观性的观点斥之为唯心主义。

从哲学上来看,因果关系的客观性与主观性确实存在唯物主义因果论与唯心主义因果论之争。其中,唯心主义因果观以英国哲学家休谟为代表,休谟把因果律视为联想形成的第三个法则,指由一种事物观念想到与它有因果关系的另一种事物观念。由于休谟是在主观联想的视域内理解因果律的,因而休谟把因果律完全看成是以时间先后和空间接近为必要条件、以“习惯性联想”或“经验推论”

[48] 参见前引[16],罗克辛书,第245页。

[49] 参见张绍谦:《刑法因果关系研究》,中国检察出版社1998年版,第97页。

为主导的作用,由此否认了因果关系的客观性。^[50]这种唯心主义因果观当然是难以成立的。在这个意义上说,因果关系的客观性意味着因果关系是否存在不以人的主观认识为转移。这里的人,是指作为认识主体的人,它是因果关系的判断者。在法律中,这里的人就是指法官。但因果关系的客观性并不否认在因果关系中包括主观认识的内容,只是这种主观认识是因果关系的组成部分。这里存在自然的因果关系与社会的因果关系之分:自然的因果关系是没有人介入的,因而完全是客观的。而社会的因果关系是以人为中介的,人的认识本身就是这种因果关系的应有之义。确切地说,是原因的内容之一。在这种情况下,将人的主观认识引入因果关系并非是对因果关系的客观性的否定。因为人的认识对于行为主体来说是主观的东西,但对于判断主体来说则是客观的东西。刑法因果关系,属于社会的因果关系,应当承认主观认识在因果关系认定中的作用。

这里涉及相当因果关系的理论。相当因果关系的相当性,是对因果关系的一种规范评价,通过这种评价将不具有相当性的因果关系从刑法因果关系中排除出去。相当因果关系说认为,就刑法上的因果关系而言,只有行为和结果之间的事实因果关系是不够的,必须以条件关系为前提,在对结果的各种条件之中,根据社会生活的一般经验,认为该行为是以发生结果时就具有因果关系。相当因果关系要求行为人对根据社会生活一般经验可能发生的结果归责,对于偶然发生的结果则不负责。在这个意义上说,相当性的判断具有归责的蕴意。那么,这里的相当性又是如何判断的呢?回答是:根据人在行为时所认识以及所能认识加以判断。也就是说,在因果关系的相当性的判断中,引入了人的主观认识。这一观点,即使在日本也是受到批评的,认为在应当客观看待的因果关系的有无上,将判断的基础放在行为人的主观上并不妥当。^[51]显然,这种反对说也是拿因果关系的客观性与主观性说事。在我国刑法学界更是将相当因果关系理论视为主观唯心主义的表现,指出:既然刑事案件中的因果关系是客观存在,不依人们的主观意志为转移,那么,在判断是否存在刑法因果关系时,就决不能从一般人或者行为人的主观认识能力出发。因为不论人们对客观存在的因果关系有无认识,只要行为人实施的危害社会的行为引起了某种危害社会结果,就客观地存在着刑法因果关系。因此,不能把因果关系同一般人或者行为人的主观认识混为一谈,否则就背离了因果关系的客观真理性,就不可能正确地解决刑法因果关系问题。^[52]笔者认为,这一对相当因果关系说的批评是不能成立的,这里涉及相当因果关系的两个前提:一是相当因果关系的成立以条件说确立的条件关系为前提,已经解决了因果关系的客观性问题;二是因果关系的相当性的判断标准——人的主观认识本身对于判断者来说同样是客观的。因此,笔者赞同相当因果关系说,认为这一学说能够较为妥当地解决刑法因果关系问题。在《本体刑法学》一书中,笔者将因果关系区分为事实上的因果关系与法律上的因果关系,以条件说解决事实因果关系问题。在此基础上,以相当因果关系说解决法律因果关系问题。^[53]当然,相当因果关系到底是归因还是归责,这仍然是一个值得推敲的问题。

(三)因果关系的归因性与归责性问题

因果关系具有归因性,这是毫无疑问的。那么,因果关系是否具有归责性?换言之,归责是否已经超越了因果关系之功能的范畴?这里涉及对相当因果关系与客观归责关系的理解。客观归责理论的出现取代了相当因果关系说,但这一理论在日本受到抵制。例如日本学者大塚仁对用客观归责的见解取代相当因果关系说的意义深表怀疑,指出:客观性归责作为主观性归责的前提,如果其目的在于将行为与行为人联系起来的话,在体系论上也许有所创新,但很难看出它超越过去的理论的实质意义。大塚仁认为,论及因果关系的问题时,应当把它看成划定构成要件符合性的一要素,其内容在以

[50] 参见[英]休谟:《人类理解研究》,关文运译,商务印书馆1981年版,第44页。

[51] 参见前引[13],大谷实书,第163页。

[52] 参见前引[46],李光灿等书,第64页以下。

[53] 参见前引[5],陈兴良书,第283页以下。

实行行为与犯罪性结果之间的条件关系为前提、根据折衷性相当因果关系说认为存在相当因果关系时就可以认定,这种今日通说的立场是妥当的。^[54]这一见解在日本具有一定的市场。与之相反,以客观归责理论取代相当因果关系说在德国则几乎成为通说。在德国刑法教科书中,一般都把因果关系与客观归责并列。德国学者指出:一般而言,行为人造成的结果应当归责于行为人;谁因自己的行为造成某种结果,就应负刑事责任。尽管如此,客观责任和因果关系范畴还是截然不同的。为了解决归责问题,因果关系的自然科学的范畴,只能提供外部的框架,而不能提供结论性答案。^[55]笔者认为,归因与归责是不同的,归责当然是以归因为前提的,但归因决不等于归责。在这个意义上说,客观归责理论是对相当因果关系说的超越

更为重要的是,因果关系是一个事实问题,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。因果关系判断是在根据构成要件确定作为原因的行为及其构成要件的结果以后,对两者之间关系的一种判断。因此,因果关系的判断是必须遵守位阶关系的。但客观归责的判断,是在因果关系获得确证的基础上的归责判断,这是一种实质判断。正如台湾学者指出:客观归责理论企图从法秩序的目的定出确定构成要件行为的范围,是想替构成要件行为找出实质的判断依据。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,所以客观归责理论和实质违法性理论,同属于20世纪以来刑法学思潮,乃至法学思潮实质化运动的一环。而犯罪阶层体系(即犯罪构成体系——引者注)与违法性阶层目前的混乱情形,亦即两阶层要素互相跨越、学说见解空前分歧的情形,和违法性及构成要件实质化的发展有绝对的关系。^[56]笔者认为,这一观点是极有见地的。由此可见,归责的判断不同于归因的判断。由于归责的判断是一种实质的判断,规范性的判断,因而它在一定程度上取代了实质违法性的判断,由此引发对犯罪构成体系的反思:到底是二阶层还是三阶层?

在笔者看来,客观归责理论的提出确实意义重大,它以归因与归责相区分为切入,导致犯罪构成体系的变动。在很多情况下,客观归责理论中的规则都涉及对行为的实质审查,因而并非是简单的归因理论。笔者以为,引入客观归责理论以后,罪体要件可以区分为行为事实与客观归责两个层面。事实层面由主体、行为、客体、结果、时间、地点等实体要素构成。在此基础上,再进行归责判断,主要是根据客观归责的规则对事实要素进行实质审查。罪责要件则可以区分为责任能力与责任形式两个要素。在责任形式中分为故意责任与过失责任。故意责任与过失责任又可以分为心理事实与主观归责两个层面。心理事实包括认识因素与意志因素,而主观归责要素则包括违法性认识与期待可能性。通过客观归责与主观归责,最终完成从事实向责任的过渡。

四、结 语

我国犯罪构成理论的陈旧性,包括知识的陈旧与体系的陈旧,是有目共睹的。在这种情况下,我国刑法学者如何积极追踪各国刑法理论发展的前沿成果,并加以借鉴与吸收,以充实我国的刑法理论,这是一个亟待解决的问题。客观归责理论是发轫于德国刑法理论的最新成果之一。在汉语世界中,我国台湾刑法学界早有介绍,^[57]并且纳入到刑法教科书之中。^[58]我国大陆刑法学界除引入

[54] 参见前引[19],大塚仁书,第106页。

[55] 参见前引[27],耶赛克等书,第338页。

[56] 参见前引[1],许玉秀书,第275页。

[57] 同上书。

[58] 参见前引[28],林山田书。

德、日刑法教科书和专著中有所介绍以外,对客观归责理论的研究也逐渐开始。^[59]笔者认为,客观归责理论引入我国,将有助于在以下三个方面引起我国刑法学界的反思:一是因果关系理论。目前我国的因果关系理论是最为混乱的领域之一,从前苏联刑法理论中引入的以区分必然因果关系与偶然因果关系为特征的庸俗哲学观念盛行,根本无法适应司法实践的需要。症结所在,就是归因与归责没有严格区分。客观归责理论肇始于因果关系理论,但它又彻底地从因果关系理论中摆脱出来,从而使因果关系的归因性功能更加明显,对于解决我国因果关系理论的混乱状态具有重要意义。二是责任理论。“违法性是客观的,责任是主观的”,这是大陆法系的传统。违法的客观性与责任的主观性确立了归因与归责的对峙性。然而,客观归责理论破除了“责任是主观的”戒律,客观上同样存在一个归责问题,这就使我们重新审视犯罪的客观要素与主观要素之间的关系。我国刑法中的责任理论并未完全建立起来,以往大量的刑事责任理论是基于前苏联刑法理论中的“犯罪构成是刑事责任的惟一根据”这一命题展开的,完全不同于德、日刑法理论中的责任理论。我国刑法理论面临重构责任理论的任务,客观归责理论应当纳入我国的视野。三是犯罪构成理论。犯罪构成理论是刑法理论的核心,尽管我国有些学者对我国目前的犯罪构成体系持维护的态度,^[60]但笔者认为我国目前的犯罪构成体系的重构迫在眉睫。一个犯罪构成体系的科学性判断,不仅要看其是否具有便利性与逻辑性,而且要看它能否容纳刑法理论中涌现的最新知识成果。显然,我国目前的犯罪构成体系本身具有的封闭性是不能适应刑法理论发展的。客观归责理论在我国目前的犯罪构成体系中是无处容身的,因而反映了我国目前的犯罪构成体系重构的迫切性。应当指出的是,我国刑法理论相对于德、日等大陆法系国家的刑法理论来说,处于一种落后状态。我国应当学习、借鉴并引入一切最新的刑法理论成果,结合我国刑事立法和刑事司法加以吸收,从而改进与完善我国的刑法理论。

Abstract: The theory of Objektive Zurechnung is a theory developed based the theory of causation by German criminal theories, aimed at solving the problem of objective culpability. Attribution and Zurechnung present the following difference: attribution is an issue of facts, solved by the causation theory; whereas zurechnung is an issue of evaluation, solved by the theory of Objektive Zurechnung. The theory of Objektive Zurechnung has established certain rules, making substantial examination of objective elements of the Verbrechen, as a result of which it will rationalize the Verbrechenlehre. It is necessary for Chinese criminal theory learn from the theory of Objektive Zurechnung.

Key words: causation Objektive Zurechnung verbrechen

[59] 在笔者主编的《刑事法评论》中,就发表过一篇关于客观归责理论的论文,分别是:(1)许永安:《客观归责理论及其对我国犯罪构成的意义》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第8卷,中国政法大学出版社2001年版;(2)陈耀:《论客观归责理论的体系地位——兼论在中国语境下的解决》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第16卷,中国政法大学出版社2005年版;(3)刘磊:《主观主义的反思与客观归责理论的抬头——评德国刑法学中的客观归责理论》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第16卷,中国政法大学出版社2005年版。

[60] 参见黎宏:《我国犯罪构成体系不必重构》,《法学研究》2006年第1期