

客观归责的理论实质论析

——以因果关系为切入点

姜 敏

(西南政法大学 法学院, 重庆 401120)

摘要:客观归责理论是德国刑法理论界一个非常重要的热点问题,其为弥补因果关系的缺陷发展而来。中国刑法学理论界也对该理论进行了研讨,并取得了很多成果。但在聚讼众多的学说中,鲜有人对客观归责理论的实质进行剖析。客观归责及其衍生原则,都是为说明行为和结果之间是否具有刑法上的因果关系。而因果关系本身就在于为刑事责任的有无提供客观依据。所以作为因果关系的一种判断因素,客观归责的实质也是为判断刑事责任的有无提供客观依据,属于中国犯罪构成客观要件方面的因素。

关键词:客观归责;因果关系;危险原则;客观依据

中图分类号:DF6-0

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2010)04-0101-08

一、客观归责历史回放

客观归责理论是20世纪70年代以来在德国刑法学界乃至欧洲刑法学界讨论最频繁和最热烈的学理问题。这一理论经过不断的演化和发展,到洛克辛时终于体系化。

(一)客观归责的产生——从黑格尔的“自由意志”到拉伦兹“客观归责”概念的提出

客观归责概念最先是在1927年,由拉伦兹在其著作《黑格尔的归责论与客观归责的概念》中提出的。拉伦兹从黑格尔的归责思想中演绎出了自己的归责思想,故此,有学者认为其不是客观归责。比如学者包雯认为:“拉伦兹主张的客观归责理论所谓的目的是根据‘相当理论’的规则进行的,也就是强调一种客观化的行为人的主观目的,实际上是我们现在的相当性理论,或者说表现了一般归责概念的主观倾向,因此拉伦兹并不是真正的客观归责论者。”^[1]还有其他学者认为:“拉伦兹在黑格尔的理论基础上演绎出了‘一般的预见可能性’,将个别主体客观化,为每个个别主体找出共同的客观标准,也区分了客观归责与主观归责,但这些改进并没有改变主观归责是归责的重心的局面,因此,拉伦兹并不是真正的客观归责论者,但不可否认的是拉伦兹的客观归责思想,已经在向着客观归责理论的方向发展。”^[2]

因拉伦兹的客观归责概念是源于黑格尔的法哲学思想,因此也有学者认为黑格尔是客观归责理论的鼻祖。但对此学界存有质疑。许玉秀教授认为,深入检验黑格尔的归责思想,并且追溯整个19世纪归责理论的发展之后,发现黑格尔的归责思想和客观归责理论其实没有直接联系。但黑格尔的观点却涉及

收稿日期:2010-02-02

作者简介:姜敏,女,四川人,西南政法大学毒品犯罪与对策研究中心研究员,法学博士,重庆市荣昌检察

院检察长助理,主要从事中国刑法学和比较刑法学研究。

欢迎访问重庆大学期刊社 <http://qks.cqu.edu.cn>

如何归责的问题。“黑格尔的思想中体现了什么才可以归责于行为人的观念,即首先涉及了归责的问题”^[3]。黑格尔的观点重视行为,倾向于归责的客观方面,当有其重要意义,所以有学者也认为:“这些都为展开客观归责理论创造了观念上的先机。”^[4]学者童德华还认为:“黑格尔的理论重视刑法中的行为,并反将结果作为行为的要素,从而使得行为成为刑法判断的要点。”^[5]黑格尔思想核心和出发点是“自由意志论”,且是唯心主义论者,中心在于行为的主观方面:“我的行为仅以其内部为我所规定而是我的故意或我的意图者为限,才算是我的行为。”^[6]可见,黑格尔的思想中也有重视客观行为的地方,但他的思想并不是客观归责。故有学者认为:“在黑格尔法哲学中确实蕴含着一些客观归责思想,虽然将客观归责理论的思想渊源追溯至黑格尔法哲学并不恰当,但是后来的客观归责理论者还是从黑格尔那里找到了思想灵感。”^{[2]10}

(二) 霍尼格对客观归责理论的发展——由主观向客观的转变

1930年,德国学者霍尼格在庆祝弗兰克论文《因果关系和客观的归责》中,将拉伦兹的观点应用到刑法理论中,从而导致该理论在实定法研究中的分野。霍尼格的理论被称为“客观兼不法理论”,为了排除意外的因果流程,霍尼格延用了拉伦兹的“客观目的性”这个概念,并赋予其新的内涵,也就是行为符合法秩序的目的性。在这篇文章中,霍尼格强调行为的目的性,同时也强调行为在客观世界中的可能性。

霍尼格的客观归责论的确跳出了拉伦兹的“主观路线”,因为他强调行为的客观实现可能性,强调行为必须具备法秩序所要求的重要性。山中敬一教授认为:“霍尼格的客观归责论,以‘人的意志’为中心,把‘客观的目的可能性’当作基于人的意思对结果的支配,或许逾越了以主观的标准为核心的归责论的领域,但更近一步靠近了寻求客观联系的标准。”^{[5]158}王扬教授也认为:“霍尼格与拉伦兹不同,舍弃了拉伦兹反复引证的黑格尔的哲学基本原理和康德的哲学基本原理,而在法学研究中直接引用了拉伦兹的客观归责思想,拉伦兹确定了客观归责理论的性质和发展方向,而霍尼格沿着这个方向,进一步明确客观归责理论的性质,把客观归责理论完全架构在行为的客观面上,把客观归责理论向前推进了一大步,为洛克辛创立现代客观归责理论打下了坚实基础。”^[7]

(三) 客观归责理论现代公式的勾勒——Engisch、Welzel、Bruns、H. mayer 和 Hardwing 对客观归责理论的贡献

Engisch 于 1931 年出版的重要专论《因果关系作为刑法上的构成要件要素》首先以相当理论为出发点,将条件理论下的因果关系、结果和一般预见可能性下的相当性以及危险的实现三个要件全部并列为独立的构成要件要素。Engisch 的这一体系,基本勾勒了客观归责理论的现代公式。

Welzel 在 1939 年出版的《刑法体系研究》中提出了“社会相当”的观点。Welzel 指出:“所有的社会生活都由‘法益’的投入与消费构成……社会共同生活,例如行动的自由,只是在不断地被限制在一定的范围内的条件下才成立……如果法律将所有的法益侵害作为客观的违法予以禁止,那么,所有的社会就不得立即停止,剩下的是如同只被单纯观察的博物馆那样的世界。”因此,“不应禁止所有的法益侵害……而是应将历史地形成的国民共同体的秩序内起机能作用的行为,从不法概念中排除出去。”^[8]在此,Welzel 强调行为对法益的危害,但也更强调并不是所有对法益的危害行为都禁止,而是应该根据公民共同体秩序的需要,把那些可以容忍的危害排斥在法益侵害之外。但在此,Welzel 并没有具体论证用什么标准把那些危害法益的行为排斥出去,这个任务留给了洛克辛通过“危险原则”来排除。

Bruns 在《对构成要件理论的批判》中也论及到了客观归责问题。有学者认为 Bruns 以“客观的犯罪支配性”决定正犯的客观归责的标准,且认为行为人的行为只有足以导致结果的发生,才能对结果负责。除了这些学者外,学者 H. mayer 和 Hardwing 也对客观归责论进行了有益地探索,但都没有系统化,只是从侧面对客观归责进行了论证。

(四) 客观归责理论的系统化——洛克辛现代客观归责理论的形成

应该说现代客观归责理论的真正系统化始于洛克辛。洛克辛所持的客观归责理论是纯粹的“客观”归责理论,他批评了霍尼格的客观兼个人不法理论,对“客观目的性”进行了彻底的客观化诠释。他认为,客观归责理论中的客观归责要素——客观目的性只是表面上看起来和行为人的预见可能性有关,实际上,由于行为人认识能力的有限性和外界因素的参与,行为具有独立、客观的危害社会的性质,因而客观目的性不是决定人类意志的支配的可能性,而是决定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。而洛克辛所构建的风险原则为结果犯创造了一个共通的归责原理,而不受因果律的影响^[9]。

洛克辛客观归责理论的形成,大致有这样一个过程:1962年,他发表的《过失犯的义务违反性与结果》形成了现代客观归责理论的雏形,提出了现代客观归责理论的两个基本概念:风险增加与被容许的风险。这篇论文形成了现代客观归责理论;1970年,洛克辛在《关于刑法中归责问题思考》中,比较全面地展开了其客观归责理论的主要思想,提出了客观归责理论的四种重要类型:(1)危险的减少;(2)对法的重要风险的制造或不制造;(3)被容许的风险的增加或不增加;(4)作为归责标准的规范保护范围(规范保护目的的雏形);1973年,《论过失犯中的规范的保护目的》作为限定归责标准的规范的保护目的论正式登场,全面论述了规范的保护目的;1989年,《溯及禁止备忘录》彻底从拉伦兹和霍尼格的客观目的可能性论中独立出来,并提出以促进可能认识的犯罪倾向性作为对行为人归责的下位标准,着重论述了溯及禁止理论和客观归责理论的区别;1989年,《目的性和客观归责》回应了批评者的异议,极鲜明地展示了洛克辛的现代客观归责理论。

1992年,刑法总则教科书第一册《犯罪理论构造》,对客观归责理论的方法论、基本原理乃至具体的检验规则,做了比较完整的而充实的交待,一个体系比较完整清晰的客观归责理论出现了^{[5][6]}。至此,客观归责理论成熟。

二、洛克辛客观归责理论的核心原则——危险原则

在洛克辛客观归责中,危险原则是客观归责原则的判断原则。其包括三个内容:制造不被容许的危险、实现不被允许的危险和构成要件效力。

(一)制造不被允许的危险

在客观归责理论中,最为关键的是要判断什么是制造了不被允许的危险。该理论的集大成者洛克辛对此进行了比较具体的探讨,设置了一系列原则,来判断什么是制造不被允许的危险。他认为制造被允许的危险、非制造危险、降低危险的行为都不应该归责,而以假设因果流程排除归责是不允许的。

洛克辛认为制造被允许的危险是应该免责的。所谓制造被允许的危险,也即容许的危险,是指行为人在实践上虽然制造了危险,但是这种危险却被社会所允许,因此也不应该归责。比如驾驶车辆,对于公共交通安全有危险,但这种危险是被生活允许的,

不应归责。所以立法者也允许了道路交通危险,因为这也是公共福利的主要利益所要求的。这种风险存在于航空、铁路等各个交通领域。在生活中的其他地方也会牵涉到容许风险的状况,如果把这种风险进行归责,会让许多人正当的自由受到限制或者剥夺。如台湾学者黄荣坚教授在论述允许的风险概念时所言:“实务上经常发生的,配偶或情侣的一方也会因为他方的离去而自杀,在这种现实下,如果行为人为人必须完全为他的行为所导致的结果负责,那么任何人都可以以自我危害的手段来要挟对方,剥夺对方的自由,甚至行为人本身也必须因为担心所谓被害人的自我危害行为而在日常生活行动当中全面地自我设限,此一结果反而是对一般行为人的基本权利的过度侵害而有违于衡平原则。”^[10]

非制造危险行为是指行为人即使有伤害或者制造危险的罪过,但是行为人的行为并不能在实践中制造危险行为,所以也不应该归责。比如A想杀死B,但不想自己的行为暴露,但他知道飞机经常失事,造成人员伤亡。于是在B准备乘火车去出差时,怂恿B乘飞机,并为其购买了飞机票。果然B乘坐的飞机失事,B也没有幸免于死。在这个案件中,A的行为是B死亡的条件,但其行为并非制造危险的行为,也就是说,从行为的辐射能力来看,A的行为不能导致B的死亡,也即A行为不具有故意杀人罪行为的法律意义。因此,A的行为应该排除归责。

降低危险的行为是指行为人的行为实质是降低了危害程度,比如两辆相向而行的车眼看就要相撞,但两车间有一玩耍的三岁孩童。甲见状,想把孩子抱走已来不及,只得顺势把孩子推向公路一边,由此造成孩子骨折。甲的行为虽然造成了孩子的骨折,但其行为降低了风险,并不是制造风险,所以不应该归责。

不能以假设因果流程排除归责是指:如果没有行为人的行为,遭受危险的一方也会遇到同样的危险,但在这种情况下,不能免除行为人制造的危险的归责性。比如甲正举枪射击丙,乙也正举枪射击丙,但甲开枪在先并导致丙死亡。甲不能辩解说如果自己不开枪杀死丙,乙同样也会开枪杀死丙,因此甲应该承担丙死亡的刑事责任,而乙不对丙的死亡负责。洛克辛对此也详细地阐述到:“在战争中,士兵就不能以如果自己去不去杀,那么平民也会被其他人杀,从而推脱自己的责任。从目的论所绝对必要的思想中,可以得出这个结论:法律制度不能由于另一个人已经准备好违反法律就应该收回自己的禁令。

否则,无罪本来就会由于有许多人正决心代替这个人来实施一个构成要件行为而出现——一个明显荒唐的结论。”^[11]洛克辛还举例说:在那个有名的死刑执行中,一个人以私人身份撞开死刑执行官,自己充当死刑执行官并在他的位置开动了电椅,这个人同样是有罪的。但如果行为人仅仅改变了因果流程,而并未在整体上恶化法意状况的情形下,就要排除对其进行归责的可能。再比如,把濒临死亡的人杀死,虽然被害人要死已经成为必然,但如果行为人把其杀死,还是要承担故意杀人的刑事责任。

(二) 实现不被允许的危险

实现不被允许的危险是指客观发生的社会危害是否真正实现了。行为虽然制造了不被允许的危险,但是由于行为方式和手段的功能限制以及外界因素的参与,这种危险是否能在现实中实现也需要进一步探讨。也就是说行为人对行为产生的危险负责,这种危险还必须具有客观现实性。换句话说,行为人要对自己的行为负责,这种行为产生的危险还必须在现实中得以实现,那么行为人的行为才有归责的可能性和合理性。在客观归责理论中,洛克辛采用了排除性原则,把那些非实现不被允许的危险排除在归责范围之外。所以在此内容中需要探讨的是:结果不在注意规范保护目的范围内、未实现危险、合法的替代行为与危险升高理论、未实现不被允许的危险、危险升高理论与保护目的的综合判断等。

第一,结果不在注意规范保护目的范围内的不应该归责。其含义是指:“结果不在注意规范保护目的范围内是指不符合谨慎规范保护目的后果不应该归责,即超越被允许的危险界限的危险在具体的结果中实现了,但结果并不在注意规范保护目的范围内,也不能归责给行为人。”^[12]实现不被允许性风险不同于一般的实现风险,后面这种风险的实现仅仅依赖于因果过程的适当性和可预见性。正如洛克辛认为:“违反谨慎的举止行为是否具有原因作用,或者是否提高是否达到了一个有重要意义的程度,对于不允许性风险的实现问题也都是很重要的。但是在因果过程完全处于不允许性风险的适当关系中,只要阻碍这种后果的发生不是谨慎义务的保护目的,而仅仅是谨慎义务的一种保护性反应,那么结果的归责还是要被排除的。”^{[11]256}也可以说这种危险不符合犯罪构成或者说不在于犯罪构成要件内,所以应该免责。

第二,未实现的危险,也即行为人虽然制造了一种危险,但是,如果结果不是受这种危险发生的影

响,而是在偶然的情况下联系在一起出现时,不能把这个结果归责给行为人。笔者以为这种危险,是介入的第三者因素造成的,所以前面的条件不应对最终的结果承担责任。也即第三者的介入导致了前者和结果因果关系的阻断。如,甲把乙打伤,在送往医院的途中,发生交通事故,乙在交通事故中死亡,而甲自己却没有受到伤害。在此案件中,甲不对乙的死亡结果承担责任。

第三,当一个结果通过一个合法的替代行为不是肯定地,而仅仅是很可能或者可能被阻止的时候,这个结果是否应当被归责?这种理论就是合法的替代行为与危险升高理论。也即当一个行为增加了被害人被侵害的风险,且这种风险不被认可且被实现了,那么就应该归责。而如果某种行为虽然增加了被害人的风险,但这种风险却被法律所认可,那么就不应归责。洛克辛举了一个例子: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,距离最近时与骑车人仅仅只有75厘米。在超车的过程中,这个喝醉了的骑车人,由于一种在酒精的作用下的反应迟钝而把自行车向左边打过去,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发生。当一种合法的替代行为肯定会导致这个结果的时候,就应当排斥归责的可能性。在上面的案件中,洛克辛认为开车人行为虽然不是肯定致害行为,但是也的确可能拯救骑车人的生命。由于卡车司机不遵守保持距离的规定而超越了许可风险,换句话说,行为人超速驾驶的行为增加了被害人受害的风险,提高了法律上具有重大意义的致命性机会,所以应归责。而相反,如果驾车人保持了所要求的距离,骑车人也会死亡,在这个过程中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许可为开车人接受了这种风险,因此,这个结果不应归责。

第四,未实现不被允许的危险。在涉及到被允许的危险原则中,客观归责还需要不被允许的危险在具体的结果中实现,否则也不能归责。这一原则的意思是:虽然行为人的行为在现实中引起了危险,但是这一危险在现实中是不可避免的,因此也是被容许的。比如医生给病人做手术,做手术本身是有风险的,并不是每个病人都会被救治。且有的病因手术中才会发现,病人的病在当今的医学条件下无法医治,那么如果病人是由于无法医治而死亡,即使

医生有轻微的违法操作,也不能追究医生重大医疗

事故罪。

第五,危险升高理论与保护目的综合判断。因为危险升高理论并没有取得通说的地位,存在很多的分歧。这种分歧除了肯定或否定说外,形成了“第三派”理论,即与保护目的相联系的综合判断理论:“这种理论认为,行为人的行为是否应该归责,不是由于合法的替代行为来安排的,而是根据‘行为是否对在具体的结果中实现了的危险负责’来安排的。这个理论是由克林佩尔曼(Krumpelmann)提出,得到了兰夫特(Ranft)、雅各布斯(Jakobs)等的支持。”^[13]例如在上面的卡车司法撞人案件中,超车距离是服务于“对自行车行使中典型的反应失误的补救的”。但是,不是为了满足无法认识的醉酒骑车人的保护需要的。所以这里不会导致对卡车司机的归责,因为如果骑车人没有醉酒,那么骑车人就会在卡车超车时,向一边闪而不会被撞到。洛克辛认为这种理论实际上不同程度地受到了“谨慎要求的保护目的理论”的影响。洛克辛本人也承认这种理论,认为这个观点补充了风险提高理论。

(三) 构成要件的效力

符合构成要件效力是指这种危险在构成要件的范围内,就应该归责,如果不在构成要件的范围内,则不应归责。洛克辛认为,构成要件的判断,实质上是判断结果是否属于他人也就是第三人的问题。有学人认为:“洛克辛之所以设置此项规则要件,其功能是把与行为人的行为具有条件关系的结果进行第三次排除,即排除因行为人自身过错而致损害结果、受害人自负风险、非专业人员负责范围等非构成要件效力范围外的因素。”^[14]在“构成要件效率范围”原则中,包括故意自危时的共同作用、同意他人造成的危险、对他人责任范围的分配等。

对于参与他人的故意自伤案件,比如甲给了乙一些自己使用的海洛因,两个人都清楚这个东西的危险性。乙给自己注射了这种东西后死亡。德国法律规定,这种情况下,甲不对乙的死亡承担刑事责任,因为乙的死亡不是甲行为导致的。

同意他人造成的危害指的是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,让别人给自己造成了危险。洛克辛举了《帝国法院刑事判例集》的一个例子:在暴风雨中,一名乘客想让这名摆渡工把自己渡过梅尔河去。这名摆渡工劝阻他,指出了在这种天气过河的危险性。这名乘客坚持自己的愿望,这名摆渡工也只好冒险,但是船翻了,这名乘客淹死了。在这个案件中,被害人相信会出现

有利的局面。洛克辛认为对这种情况,并不能完全排除行为人的责任,而是要在具备两个条件的情况下,才可以排除归责:其一,被害人所接受的结果必须是容忍危险产生的;其二,被害人行为与行为人对于共同的行为必须承担相同的责任。在这个摆渡案件中,摆渡工和乘客都同等地知道风险的存在,且乘客完全认识到且是有意识地制造了这个风险,就不应该归责。如果摆渡工对乘客隐瞒了或者淡化了存在的风险,那么就存在归责的可能。

他人责任范围的分配是指行为构成的保护目的,不再包括那种处于他人责任范围之内加以防止的结果。《帝国法院刑事判例集》有这样一个案件:某甲在黑暗中驾驶自己的卡车,尾灯不亮。一辆巡逻的警车拦住他,要对他处以罚款。为了保证后面来车的安全,警察就在公路上放置了一个发光的手电筒。警察命令某甲把车开到一个加油站,警车将跟在后面,保护这辆尾灯不亮的卡车。在某甲开车前,警察把手电筒又从路上检回来,但就在这时,这辆尾灯不亮的卡车就被其他卡车撞上了,车上的乘客受到致命的伤害。对于这个案件,判决甲是过失杀人。但洛克辛认为,对这种案件的处理是不合理的,因为警察一旦接手了这个任务,那么这个事件就进入了他们的责任范围,因此,某甲就不应该再承担责任了。同样的道理,行为人导致了火灾,消防人员在救灾中死亡,行为人也不应该对消防人员的死亡负责;疏忽导致小孩落水,救生员救小孩而丧命,那么行为人也不应该对救生员的死承担责任。

三、刑法因果关系基本性质分析

如前面论及,客观归责的产生和因果关系有很大联系。实际上,客观归责的产生,也是因判断行为和结果之间的因果关系并不完善,所以便慢慢演化出了客观归责。但由此而产生的客观归责的归属问题,引起了很大的争议,也即客观归责和因果关系的关系学界并不统一。笔者以为,关于因果关系和客观归责关系的纷争,实际上是客观归责的实质问题的变种。

(一) 因果关系学说简议

在因果关系学说中,最有影响的是条件说、相当说、偶然因果关系说、必然因果关系说等学说。

条件说认为,在实行行为和结果之间只要存在“如果没有前者的话,也就没有后者”这种条件关系,就存在刑法上的因果关系^[15]。该说由奥地利诉讼法学家格拉泽(Julius Glaser)创立,德国法学家冯·布雷(Maximilian Van Buri)对其加以充实。支持该说

的有李斯特、冈田朝太郎等。该说从纯自然的角度出发,认为每一个对结果的产生具有决定作用的条件,都具有同等的价值,因此任何在时间上先于结果存在,在逻辑上是结果发生必不可少的条件都是原因。条件说遇到的问题可能是可能扩大因果关系的探询,即条件说产生的后果就会无限地扩大因果关系,所以这种理论遭到了很多人的批判。

为了避免条件说的弊端,德国学者 Bar 主张原因说。该说“意图防止条件说对因果关系范围的不当扩大,这一立场从对结果的诸条件中,根据某种标准找出应该成为原因的东西,只在这种原因和结果之间,承认刑法上的因果关系”。^[15]^[62]原因说是根据条件说的缺陷而提出的,因此,针对如何从各种条件中选出原因,形成了不同的学说,比如最终条件说、必要条件说、直接条件说、最有力条件说、最优条件说、离规条件说、动静条件说等。毫无疑问,原因说的意图是正当的。然而要从指向犯罪结果的众多条件中只挑选出一个条件作为原因,即使根据上面的这些标准,也是困难而不符合实际的。因此,原因说也是缺乏操作性的。甚至有学者认为:“这样就使得刑法意义上的因果关系重新归结于物理上的因果关系,使原因说如水中泡沫,稍纵即逝。”^[16]

因为原因说的缺陷,又发展了相当因果关系说。该说为德国学者冯·克里斯首倡,其在《论可能性责任之原因》和《论可能性与尽然性之概念及其刑法上之意义》中,为了突破条件说的困境,提出了相当因果关系说。该说认为:“为了确认刑法上的因果关系,单是行为和结果之间的因果关系还不够,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,认为该行为足以发生结果时就具有因果关系的见解。”^[17]相当因果关系理论不是简单地把原因和结果放在抽象的事情发展链条上进行考虑,而是放在具体的环境中进行探讨,也即相当因果关系探讨的是在一定的条件下的因果关系。当然,以什么标准作为相当性的判断标准,又存在着不同的学说,包括一般人的经验标准和行为人标准,以及以行为人标准为主而以一般人标准为辅的折中标准。相当因果关系也存在问题,比如日本的学者平野龙一指出:“因果关系判断上最有争议的是两个问题:一是被害人体质异常时,行为人实施的危险性极低的行为与死伤结果之间是否有因果关系?二是在行为实施后介入被害人的行为、行为人的行为、第三者的行为、自然力时,该结果究竟应该归属于谁?”^[18]若根据相当因果关系说是比较难解决这些问题的。

因为根据相当因果关系的行为人标准和一般人标准会得出不同的结论,这一理论本身的缺陷也就显露出来。

(二)刑法因果关系实质分析

刑法因果关系之所以会形成那么多学说,是因为刑法中的因果关系非常复杂,不好确定。美国当代著名的刑法学家弗莱彻甚至怀疑:“因果关系的概念的流动性和不确定性的程度使人们心存疑惑:因果关系这个常识性概念是否适合作为刑事责任理论大厦的基础?”^[19]而且,众多学说理论在揭露彼此缺陷不足的同时,也造成了许多新的混淆和错误。以至于有的学者干脆就认定因果关系问题在法律上乃是一个不可解的难题。

刑法中的因果关系是讨论行为和结果之间的关系,也即探讨是不是构成要件的行为引起了构成要件的结果,所以其研究对象是确认符合构成要件的行为与事实结果之间的关系,而构成要件行为和事实之间关系的确认,并不意味着对刑事责任的认定。在刑法中考虑行为与结果之间有无因果关系,其实质正如野朔教授所说:“因果关系的概念,与刑法上的其他主要概念一样,是限制刑事责任的概念。”^[20]即通过对客观事件性质的认定来判断是否应该负刑事责任。所以更有学者认为:“研究刑法因果关系的任务,在于确认危害结果是由某人的危害行为引起的,从而提供刑事责任的客观根据……考察刑法上的因果关系,应当注意因果关系的内容和性质,并在此前提下进一步考察因果关系在刑法中的表现形式,使其紧紧地围绕着解决刑事责任的任务,不可偏离这一既定的宗旨。”^[21]这是研究刑法因果关系的根本所在。所以,对刑法因果关系的研究必须立足和围绕刑事责任这一关键性问题来考虑。

既然因果关系是围绕刑事责任进行的,显然,因果关系并不是刑事责任本身。但因果关系和刑事责任联系的这种定性,并没有统一,有两种观点。第一种观点认为,因果关系和刑事责任是同一的,即具备了因果关系也就必然导致刑事责任,也就是当行为人的行为与危害结果之间只要具有刑法上的因果关系时,行为人就构成犯罪并直接受到刑事责任的处罚,并不再考虑行为人主观方面的罪过。第二种观点认为因果关系和刑事责任是相异的,具备了因果关系只是为刑事责任提供了客观条件。比如有学者认为:“研究刑法因果关系的最终目的,是为犯罪构成确立客观方面的要件,也就是为行为人负担刑事责任提供客观依据。”^[22]张绍谦教授也持相同观点:

“因果关系是作为刑事责任客观基础而存在于刑法之中的,它与行为人的主观罪过共同决定刑事责任。”^[23]

笔者以为,因果关系从实质上讲,是为刑事责任的承担与否提供客观依据,并不就是有了因果关系,就产生了刑事责任。行为人的行为是否应该承担刑事责任,即判断的是行为和行为导致的结果之间的关系,是明确客观方面内部的关系,甚至可以说是探讨行为本身的性质,即行为和它的结果是否具有因果关系,还不能确定刑事责任的有无,如要确定刑事责任,还需要考察行为人的主观方面和行为人主体是否符合刑法规范的规定。

四、客观归责之实质分析

(一)客观归责和因果关系之关系分析

客观归责理论的产生和因果关系理论有着很大的关系,从产生来看,客观理论是从相当因果关系理论发展而来的,出发点就在于解决因果关系中的条件说可能导致的对因果关系的无限扩张。所以客观归责和因果关系有很大的联系。对此联系,学界有几种不同的观点。

第一种观点认为,客观归责理论是对因果关系理论的补充,即包含说。持包含说观点的学者有日本学者大谷实、台湾学者苏俊雄。大谷实认为客观归责理论是因果关系理论的一个分支,它在以条件说为因果关系基础的德国被大力提倡的原因在于客观归责理论试图将条件关系在一定的范围内进行限定,是一种修正的条件说^[17]¹⁶¹。苏俊雄认为“客观可归责性”是行为与结果之间,具有构成要件相当因果关系,可借以非难行为人的情形,其在刑法上的主要任务即在于判断因果关系的相当性问题^[24]。这种观点主张客观归责是因果关系的下位概念,即因果关系判断中包含客观归责判断。

第二种观点主张客观归责判断包含因果关系判断,认为因果关系判断是客观归责的第一个要件,要确定归责,首先要以因果关系的存在为前提,即客观归责包含因果关系。洛克辛创立客观归责理论的初衷就是希望打破既有的犯罪构成体系,将因果关系的探讨置于客观归责要件中,重构一个客观归责——主观归责相对应的犯罪构成体系。持该观点的有雅克布斯(Jakobs),他将因果关系当作客观归责事由之一。中国学者童德华也持这种观点:“因果关系理论是各种归责于客观行为构成的基础。对客观行为构成的归责必须遵循两个彼此衔接的步骤。在第一步中,应当说明因果关系的理论。在第二步中,才能

讨论其他的归责条件。”^[25]

第三种观点认为,因果关系和客观归责是独立的。即客观归责不需要因果关系,这一学说的学者有町野朔教授,他认为客观归属论是因果关系不要论^[26]。而otto、山中敬一、许玉秀新近也主张此观点。比如许玉秀教授认为:“在客观归责理论的形成过程中,的确有各种因果关系理论,包括重要性理论出现,种种的努力都希望更妥当地解释因果关系而决定结果归责,但无论如何,这些理论上的努力,都是出自因果关系等于结果归责的基本立场,而不是以因果关系与客观归责相互独立为出发点。”^[27]周光权教授也认为:“我的初步结论是:没有客观归责理论,并不妨害我们对于刑法因果关系是否存在的实质判断。当然,对此还需要进一步研究。”^[28]也即客观归责和因果关系并不存在必然联系,在客观归责缺席的时候,也能判断行为和结果是否存在因果关系。陈兴良教授更是认为,行为可罚性的判断并非是一次思维过程就可以完成的,而是区分为事实判断与价值判断两个层序的思维过程,刑法上的因果关系只是一种事实上的归因判断……因而是一种形式判断,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;而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行为是否可以归责于行为主体,这是一种实质的判断……即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^[29]。因果关系判断作为一种事实判断为客观归责的判断确定了判断的事实基础,在此基础上,客观归责判断再展开价值的判断,二者并不等同,不是同一个范畴。

笔者以为客观归责就是因果关系的一个判断标准,也即当一个行为产生了一个后果后,它们之间可能存在一定的联系,那么是否存在刑法上的因果关系,这除了前面的条件或者原因说,以及相当因果关系说外,还需要用洛克辛提出的危险原则进行实质性判断。即判断行为和结果之间是否存在刑法中的因果关系,从而把刑法中的因果关系和哲学中的甚至生活中的因果关系加以区别。

而因果关系和刑事责任同一说却忽视了一个行为不仅要有因果关系的判断,同时还需要行为人的主观、刑事责任年龄、精神状态等因素的判断,才能得出行为人是否该承担刑法刑事责任,而不是仅仅通过归因和客观归责就可以完成的。虽然有学者认为,客观归责是对刑事责任的归结,但这扩大了客观归责的作用,也忽视了客观归责的发端原由,同时,

这种观点还可能导致对其他犯罪构成要件本身内容的侵犯,是不科学的。

(二)客观归责的实质归结

客观归责是因果关系的判断因素之一,而因果关系的实质只是为刑事责任提供一种客观基础,即判断行为和结果之间是否具有刑法因果关系。所以客观归责本身应该只是因果关系的一个判断标准,是为因果关系服务的,并不是刑事责任本身的范畴。所以说,客观归责理论的任务致力于确定哪些行为是客观构成要件的行为,其核心是在论证对社会造成危害的行为本身的辐射力量的大小,并通过刑法规范本身的规定,来判断行为是否应该否定,这是前提。所以,客观归责主要是研究行为在客观方面的违法性,并为评价行为的不法找到依据。正如有学者所言:“客观归责理论的任务是确定什么是客观构成要件中的行为,也就是进行行为客观面上的不法检验。”^{[7]31}然后,再判断符合刑法规范的行为是否承载了行为人的主观恶性,也即行为人对此行为是否有罪过。

参考文献:

- [1]包雯.犯罪构成若干问题研究[M].北京:知识产权出版社,2006:78.
- [2]曾滨.客观归责理论探究[D].中国政法大学硕士学位论文,2005:12.
- [3]黄晓亮.论大陆法系客观归责理论与因果关系理论之关系[C]//于志刚.刑法问题与争鸣.北京:中国方正出版社,2004:345.
- [4]王涛.客观归责理论之探析[D].厦门大学硕士学位论文,2006:4.
- [5]童德华.规范刑法原理[M].北京:中国人民公安大学出版社,2005:156.
- [6]格尔.法哲学原理[M].范扬,张企泰,译.北京:商务印书馆,1982:114.
- [7]王扬,丁芝华.客观归责理论研究[M].北京:中国人民

- 公安大学出版社,2006:207.
- [8]张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2004:256.
- [9]许永安.客观归责理论及其对我国犯罪构成的意义[J].刑事法评论,2003(8):76-77.
- [10]黄荣坚.刑罚的极限[M].元照出版公司,1998:141.
- [11]克劳斯·洛克辛.德国刑法学总论(第1卷)[M].王世洲,译.北京:法律出版社,2005:249.
- [12]姜敏.客观归责的“危险原则”分析[J].长江师范学院学报,2010(1):86-88.
- [13]姜敏.“客观归责”理论在大陆法系犯罪构成中的地位研究[J].西南民族大学学报(人文社科版),2010(3):42.
- [14]刘磊.主观主义反思与客观归咎理论的抬头[M]//刑事法评论(第16卷).北京:中国政法大学出版社,2005.
- [15]大冢仁.刑法概说(总论)[M].冯军,译.北京:中国人民大学出版社,2003:160.
- [16]包雯,张亚军.论刑法中的客观归属论[J].国家检察官学院学报,2006(3):94-100,140.
- [17]大谷实.刑法总论[M].黎宏,译.北京:法律出版社,2003:162.
- [18]平野龙一.刑法总论(I)[M].有斐阁,1972:143.
- [19]乔治·P·弗莱彻.刑法的基本概念[M].王世洲,译.北京:中国政法大学出版社,2004:89.
- [20]中山研一.现代刑法讲座(1)[M].东京:成文堂,1977:323.
- [21]赵廷光.中国刑法原理(总论卷)[M].武汉:武汉大学出版社,1992:311.
- [22]高铭暄.新中国刑法学研究综述[M].河南:河南人民出版社,1986:163.
- [23]张绍谦.刑法因果关系研究[M].北京:中国检察出版社,2004:165.
- [24]苏俊雄.从刑法因果关系学说到新客观归责理论之巡历[J].法学家,1997(3):69.
- [25]童德华.刑法理论中的客观归属论[J].现代法学,2002(6):104-108.
- [26]中山研一.现代刑法讲座(2)[M].东京:成文堂,1977:324.
- [27]许玉秀.走出主观与客观的迷失[C]//当代刑法思潮.北京:中国民主法制出版社,2005:482.
- [28]周光权.刑法中的因果关系和客观归责论[J].江海学刊,2005(3):119-124.
- [29]陈兴良.从归因到归责[J].法学研究,2006(2):70-86.

Substantive Analysis of Lehre Vonder Objektive Zurechnung: From the Piont of View of Causation

JIANG Min

(School of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

Abstract: Lehre vonder objektive Zurechnung is a keypiont of German criminal theory, which is developed to make up the disadvantages of causation. However, the study of the theory is still worth going further, especially its substantive which is studied less. Lehre vonder objektive Zurechnung and its derivative rules are narration of causation of result and action. As causation is to narrate the criminal responsibility, the Lehre vonder objektive Zurechnung puts forward an objective criterion for criminal responsibility, which is substantive and one objective element of China's criminal constitution.

Key words: Lehre vonder objektive Zurechnung; causation; harm principle; objective base

(责任编辑 胡志平)