

客观归责方法论的中国实践

周光权

摘要 对大量案例的分析表明，中国司法裁判上有时会对危险制造、危险的相当实现、危险升高作相对明确的表态，在经验判断之外进行规范判断，其方法论和客观归责论基本一致，使得中国司法实务对疑难案件的处理和德、日等国没有太大差异。如果考虑到相当因果关系说缺乏下位规则，体系化、规范性欠缺等不足，在未来中国重视客观归责的方法论意义是理所当然的；承认实行行为论并不一定要否定客观归责论中的危险制造；是否采用客观归责论，与犯罪论体系的阶层化关联性很小。即便司法上未来不使用客观归责的术语，但在判断逻辑上也要将事实判断（经验判断）和规范判断（价值判断）区分开来。

关键词 因果关系 客观归责论 方法论 司法实务

作者周光权，法学博士，清华大学法学院教授。

与客观归责论自上世纪70年代以来即在德国刑法学中成为具有影响力的学说不同，该理论在中国刑法学和审判实践中都还处于相对边缘的地位，而且中国对于客观归责论的系统研究也仅有十多年的历史，因此，相关的理论和实务都还处在探索阶段。

本文将客观归责论在中国刑法理论上的研究及司法上的运作，都作为客观归责的中国实践加以讨论。分析进路是：（1）在中国因果关系理论中，早期承认必然因果关系说，后来接受偶然因果关系的概念。此外，也有承认因果关系中断说、相当因果关系说的主张。偶然因果关系说更多地与条件说接近。近年来，在传统因果关系理论之外，对于客观归责理论的肯定论、否定论以及部分修正理论都有不同的学者赞同，相关研究成为理论热点之一。学者们逐渐认识到，客观可归责性的判断和因果关系的检验，在客观的构成要件判断中应该分开进行。因果关系，是以自然科学意义上的经验观点来判断结果原因；而客观可归责性，是以规范的观点来判断结果归责。结果原因的判断是结果归责的前提条件，在确定了某一行为是造成某一结果的原因后，再进一步以规范的观点来检验结果是否要归责于此一行为。中国刑法学通说没有进行这两个层面的区分，而把客观上的归咎问题统摄于因果关系论之下，存在不足。（2）在中国刑事司法实务中，受通说因果关系理论的影响，大量案件按照必然因果关系加以处理。但是，对少数案件，立足于归责原理的规范判断也开始在案件处

理中使用，客观归责的方法论并没有被司法完全忽略。当然，也有少数案件由于缺乏客观归责的意识而出现定罪错误的情形。(3) 在未来中国，无论在理论上还是实务上，对结果归属的规范判断都必不可少，因此应该承认客观归责论。至于在何种程度上、以何种表述方式肯定这一理论，则是见仁见智的问题。

一、客观归责论在中国的理论展开

(一) 我国因果关系理论的通说

学者认为，客观归责论在判断危险的实现上，考虑规范之保护目的等，是带有浓厚的规范性、价值论色彩的理论，而与其他因果关系理论（如相当因果关系论）有基本上的差异。^① 与侧重于规范判断、价值判断的客观归责理论不同，我国处于通说地位的因果关系理论的显著特点是：深受哲学上因果关系理论的影响，且主要侧重于相对客观的事实判断。

1. 必然因果关系说。如果危害行为中包含着危害结果发生的根据，并且规律性地导致危害结果发生的，行为和结果之间就具有因果关系。^② 该说的特点是：(1) 从行为出发进行推理。(2) 强调没有特定行为就不会有某种结果，特定行为中蕴含着发生特定结果的根据。(3) 其结论与条件说较为接近。例如，对于通常作为条件说来讨论的假定因果关系问题，我国学者根据必然因果关系理论进行的分析及其结论大致相同：A 濒临死亡，痛苦万分，恳请医生 B 注射有毒针药，B 无奈只得同意。即便对 A 不打针其也很快会死，但死亡客观上不是因为疾病而是 B 对其注射针药。因此，医生 B 的行为和 A 死亡之间有必然因果关系。^③ 此外，似乎可以认为，只要能够合理解释行为中蕴含结果发生的“必然的”、规律性的机制这一问题，适用必然因果关系说会得出和合法则的条件说相同的结论。^④ (4) 必然因果关系说可用于处理大量常规案件。所以，学者认为，必然的联系是刑法因果关系的基本的、主要的表现形式，偶然的联系是非主要的表现形式，通常对量刑具有一定的意义，但有时也对定罪有影响。^⑤

必然因果关系理论存在的问题是：(1) 行为中是否必然包含结果发生的根据，行为与结果之间是否存在规律性联系，并非不言自明。(2) 大量案件中都存在介入因素，在碰巧因为其他因素的参与而发生结果时，必然因果关系的说服力大打折扣。

2. 偶然因果关系说。在最初的实行行为因为介入其他因素而导致结果发生的场合，该介入因素和结果之间存在必然因果关系；而最初的实行行为和结果之间，则存在偶然因果关系。但无论是必然因果关系，还是偶然因果关系，在刑法上都认为存在因果关系，都要对结果负责。

对此，王作富教授认为：“偶然因果关系是指在一种现象在当时的具体条件之下不存在产生某

^① 参见陈子平：《刑法总论》，元照出版公司 2008 年版，第 172 页。

^② 参见赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（上卷），河南人民出版社 1996 年版，第 374 页。

^③ 参见王作富：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社 1988 年版，第 130 页。

^④ 当然，这是需要进一步讨论的问题。

^⑤ 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 170 页。

种结果的必然性，它本身没有包括产生某种结果的内在的根据，最后的结果之所以发生，是偶然地同其他因素交错在一起了。而结果之所以发生的必然原因，是后一种原因，也就是偶然介入的原因。因而第一个原因与最后的结果之间是一种偶然的因果关系。”^⑥ 王作富教授还分别讨论了最初的实行行为实施之后，介入第三者的故意或者过失行为、介入自然力、介入被害人的行为之后，最终引起死伤后果的情形，其问题意识和相当性说、客观的归责论都有相同之处。只不过，学者认为所有的偶然因果关系都是刑法意义上因果关系的最终解决方法，从实践理性的角度看存在根本性问题，^⑦ 无助于疑难案件的处理。

对于我国的偶然因果关系说，有学者认为其就是条件说。^⑧ 这一评价是准确的。例如，在 A 交通肇事导致 B 重伤，A 逃逸后，B 很快被 C 驾驶的车辆撞死的场合，对于 A 的行为与被害人死亡之间的因果关系，我国学者通常作为偶然因果关系来处理，认为死亡结果出现在前后发生的必然过程的汇合点上。A 的行为与他人死亡结果之间，存在偶然因果关系。^⑨ 这实际上就是条件说的另一种说法。偶然因果关系说强调对介入因素的重视，同时对其影响力加以评价，有比必然因果关系说合理的一面。但是，偶然因果关系说也存在问题：（1）与相当因果关系说相比，偶然因果关系说显得粗略，缺乏下位判断规则。（2）偶然因果关系和必然因果关系的适用难以区分。必然因果关系中，规律性地导致结果发生的“规律”，既指科学法则，也指生活经验和常识。例如，甲为防止木材被盗，而用铁丝将其捆绑起来，然后通电。乙偶然淌水过河，到岸边时想拉住铁丝用力蹬上岸，结果被电死。学者认为，“通电本身就已经造成一种危险状态”，触电造成死亡在经验上是通常的。其实，这是介入被害人行为的案件，按理说属于偶然因果关系说讨论的范畴，但通说作为必然因果关系来讨论。必然/偶然因果关系的说法，成为一个理论上便利但内容空泛的表述工具。（3）最终解决方法单一，容易扩大归责范围。在存在介入因素的场合，最初的实行行为以及介入因素都要对结果负责，这明显是和规范判断上的不法分摊相抵触的结论，等于放弃了对介入因素影响力的规范判断，没有关注到问题的复杂性，其理论穿透力有限。例如，在存在被害人参与的场合，如果足以确定被害人对结果负责时，就不能对行为人归责。针对偶然因果关系可能扩大归责范围的指责，我国学者认为，通过故意、过失要素，可以限定处罚范围；还应该通过行为的危害性概念限定处罚范围。^⑩ 我国刑事司法也明显受此影响。但这一观点在方法论上存在问题。

（二）我国因果关系理论的有力说

除上述通说之外，因果关系中断说、相当因果关系说在我国也有一定影响。这些理论比前述通说更侧重于规范判断，其方法论和客观归责的结果归属判断在很多方面有异曲同工之处。

1. 因果关系中断说。该说认为在存在条件关系但有介入因素时，可能中断因果关系。例如，A 伤害 B，运送 B 就医的救护车翻车致 B 死亡的，伤害行为和死亡结果之间的因果关系中断。当然，

⑥ 同注③，第 137 页。

⑦ 参见陈兴良主编：《刑法学》（第 2 版），复旦大学出版社 2009 年版，第 82 页。

⑧ 参见张明楷：《刑法原理》，商务印书馆 2011 年版，第 170 页。

⑨ 参见王作富主编：《刑法》（第 5 版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 57 页。

⑩ 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，第 124 页；注③，第 135 页以下。

在介入行为人的行为、被害人的特殊体质、恶劣的外部环境等因素进而导致死伤后果的场合，通常因果关系并不中断。^⑪

对因果关系是否中断的判断，内含规范判断因素，是限制条件说适用范围的理论，其效果和溯及禁止论相同。但其缺陷是：（1）难以在司法上证明先前存在的因果关系是由于后来介入的因果关系而中断的。例如，被 A 故意伤害的 B，因为医生 C 的治疗失误而死亡的，如果说 C 的行为使得原先的因果关系中断，司法上就需要证明 A 的行为有导致 B 死亡的可能性，否则就谈不上中断与否的问题。但这样的司法证明往往是不可能完成的任务。反过来，如果能够作出类似证明，那么，最初足以致死的危险制造行为是否就能够切断和结果之间的规范联系，也还是一个疑问。（2）介入后的因果关系在和之前已然存在的关系之间，原本就没有任何关联性时，因果关系“中断”一说就无从谈起。例如，A 打击 B，导致后者轻伤，但面部留下疤痕。对自己的容貌十分在意的 B 觉得无脸见人而跳楼自杀的，由于 A 对 B 造成的轻伤“结局”早已出现，谈不上基于 B 个人意愿的自杀还能够“中断”因果关系的问题。（3）退一步讲，即便肯定存在因果关系中断的情形，介入因素如果是第三人的故意行为时，其对结果是否有支配力，是否使得离结果发生很远的条件在事后被排除，而只需由直接导致结果发生的条件负责，都是需要进行规范判断的问题，仍然回到了归责的问题上，而不再停留在因果关系的事实判断层面。^⑫

2. 相当因果关系说。条件说或偶然因果关系说作为判断的基础，得到我国很多学者认同。为进一步限定处罚范围，部分学者提出相当因果关系说。例如，曲新久教授认为，在许多刑事案件中，是否存在因果关系，需要通过科学鉴定的方式解决。但是，科学也不可能解决全部法律问题，所以，认定因果关系，还离不开经验法则，离不开法官的经验判断，也离不开司法经验的不断积累。用拳头打击他人，被害人体质异常，或者受伤地点离医院太远导致被害人不能及时得到救治而死亡的，均因为存在相当性而不影响因果关系的成立。^⑬ 此外，黎宏教授、刘艳红教授也都在借鉴日本刑法理论的基础上，明确支持相当因果关系说。^⑭

（三）中国刑法学关于客观归责论的研究

近十多年来，中国学者主要遵循德国刑法学的思考进路，对客观归责理论的研究对象、基本概念、判断原则、体系定位、具体适用等进行研究。有的学者明确肯定客观归责的四层次判断体系：（1）条件关联，即查明因果关系；（2）相当性关联：确定具有刑法意义的事实联系；（3）风险性关联：评价事件的义务违反性关联；（4）保护目的性关联：评价事件的法益协调性关联。^⑮ 在客观归责的判断原则上，学者们多基本采用 Claus Roxin 教授提出的制造法益危险、实现法益危险与构成要件的效力范围这三大规则，肯定在德国具有最大公约数的理论，^⑯ 类似研究，虽然在独创性上有

^⑪ 参见阮齐林：《刑法学》（第3版），中国政法大学出版社2011年版，第85页。

^⑫ 参见周光权：《客观归责论的方法论意义》，《中外法学》2012年第2期，第235页。

^⑬ 参见曲新久：《刑法学》（第3版），中国政法大学出版社2012年版，第101页。

^⑭ 参见黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第101页以下；刘艳红：《客观归责理论：质疑与反思》，《中外法学》2011年第6期，第1219页。

^⑮ 参见吴玉梅：《德国刑法中的客观归责研究》，中国人民公安大学出版社2007年版，第135页。

^⑯ 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，第247页以下。

所欠缺,但毕竟打开了观察德国相关理论的窗口,为研究客观归责理论架设了一座有益的桥梁。^{①⑦}学者们也大多主张借鉴客观归责理论的分析框架,从而为我国刑法因果关系理论乃至归责理论的发展提供了一个新的切入点。^{①⑧}

最近一、两年来,在主张对传统犯罪构成理论进行阶层化改造成为有力说的大背景下,客观归责论成为中国刑法学的新的理论“增长点”。^{①⑨}其中,对客观归责方法论意义的研究,^{②⑩}对是否需要借用被害人自我答责原理来解释被害人危险接受的法理反思,^{②⑪}对客观归责理论为过失犯构建的全新不法理论的研究,^{②⑫}以及根据客观归责理论限定不作为犯的作为义务范围的研究,^{②⑬}都非常引人注目。可以预料,未来对客观归责论的主体构架、优劣得失,及其与司法实务关系的全面探究和争论,必定会迈向新的高度。

二、客观归责论在中国的司法实务

因为中国通说未采客观归责论,在当前的司法判决中,明确采用客观归责论的判决几乎没有,因此,对于实务上是否采用了结果归属的规范判断方法,学者们有不同的看法。

熊琦博士认为,由于我国刑法学通说不承认客观归责论的独立地位,因此在实务中,对客观归责论采取的都是“隐性化处理”方式,包括:(1)将归责因素分散于主客观要件的“挪移路径”;(2)将其转换为因果关系中断问题的“价值论路径”。而这两种解决方式,最终都是“此路不通”,只有承认建立在规范维度上的现代客观归责理论,对相关问题的解决才能圆满。^{②⑭}他所指出现象确是存在的。

但是,认为我国司法实务对涉及客观归责的问题都采取了“隐性化处理”方式也是片面的。就是说,我国司法上在某些时候虽然没有使用客观归责的术语,但实际上采用了“显性客观归责路径”。同时,也需要看到,由于因果关系中断说和溯及禁止、相当性说甚至客观归责论之间的关系颇微妙,^{②⑮}熊琦博士认为因果关系中断说的解决方式没有进行规范判断的观点,或许值得商榷。我认为,在客观归责论没有得到充分讨论的中国,司法上如果在具体的案件中肯定因果关系中断,就

①⑦ 类似的主要观点参见:冯军:《刑法中的客观归属理论》,北京大学法学院刑事法学科群编:《犯罪、刑罚与人格:张文教授七十华诞贺岁集》,北京大学出版社2009年版,第168页;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,第85页;王扬、丁芝华:《客观归责理论研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第17页以下;徐永安:《客观归责理论研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第33页以下;张亚军:《刑法中的客观归属论》,中国人民公安大学出版社2008年版,第78页以下;周光权:《刑法各论》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第102页。

①⑧ 反对的观点,参见注①⑨,刘艳红文,第1220页。

①⑨ 附带指出,即便中国的犯罪成立理论不采用阶层体系,对客观可归责性也可以放在“犯罪的客观要件”部分进行检验。因此,如同在犯罪四要件说之下可以讨论相当因果关系说一样,肯定客观归责论并不以采用阶层的犯罪论体系为前提。

②⑩ 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,第146页;注①⑨,第228页。

②⑪ 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,第175页。

②⑫ 参见吕英杰:《论客观归责与过失不法》,《中国法学》2012年第5期,第120页。

②⑬ 参见王莹:《先行行为作为义务之理论谱系归整及其界定》,《中外法学》2013年第2期,第124页。

②⑭ 参见熊琦:《从“戏言逼死人命”案看客观归责的“规范之维”》,陈兴良主编《刑事法判解》(第11卷),人民法院出版社2012年版,第3页以下。

②⑮ 例如,部分中国学者作为因果关系中断论讨论的问题(参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第225页),在日本是相当因果关系说、溯及禁止论研究的对象,在德国则可能用客观归责论来解决。

基本上能够认为其采用了结果归责的方法论。

因此,原本涉及客观归责论的案件,在中国大致通过三种方式加以处理:(1)仅仅将预见可能性、过失作为切入点的“转换处理”;(2)运用偶然因果关系说或者条件说的“简化处理”;(3)对部分案件,运用了结果归属的方法论或检验逻辑。

(一) 将客观归责判断转换为对犯罪过失的认定

这种处理方式,是将原本应该优先判断的结果归属问题置于一边,优先判断预见可能性是否存在,从而将作为焦点的客观归责问题转换为犯罪过失要件。

[田玉富被判过失致人死亡案]被告人田玉富为使其妻逃避某种手术,而对工作人员谎称其妻要到住院部三楼厕所洗澡。骗取工作人员信任后,在厕所里,被告人田玉富用事先准备好的尼龙绳系在其妻胸前,企图用绳子将其妻从厕所窗户吊下去逃跑,但其间绳子断裂,致使其妻康滕青从三楼摔下后当场死亡。

湖南省麻阳苗族自治县人民法院经审理认为,被告人田玉富用绳子将妻子捆住从高楼吊下致死,其应当预见自己的行为会造成严重后果而没有预见,致其妻死亡,其行为构成过失致人死亡罪。据此,判处其有期徒刑3年,缓刑3年。宣判后,被告人未提出上诉,公诉机关也未抗诉。^{②6}

但是,本案与我国司法实务中不少被定罪的“因打赌引发被害人自杀”的案件一样,都可能首先涉及被害人自我答责问题,^{②7}而不是一开始就进行过失成立与否的判断。^{②8}对此,有学者认为,被害人康滕青的行为符合被害人自我答责的条件。从客观条件上看,被害人康滕青当然具有处分自己身体健康或者生命法益的权利;从主观条件上看,作为一个成年且理智的人,被害人康滕青对于结绳从三楼滑下的危险是能够认识的,而且不存在被告人田玉富欺骗、强制被害人康滕青的情形。在这种情况下,被害人康滕青仍然决定冒险,结果发生了自己死亡的后果。虽然这一结果是被告人和被害人都不希望发生的,但不能因此将该结果归责于被告人,而是应当由被害人自我答责。因此,本案被告人田玉富应当是无罪的。^{②9}当然,如果认为被害人仅仅接受冒险的行为,对死亡后果并不接受,也可能得出被害人自我答责的法理被排斥的结论。但无论如何,在这样的案件中,首要的难题不是过失的确定,而是必须优先判断客观上谁应该对结果负责。

[王凤被判过失致人重伤案]被告人王凤在为其同学石某结婚当伴娘时,因害怕被闹新房的人折腾,就躲到了新郎薛某家的卫生间内,并手持一把锥子从门缝伸出,口中大喊:“不要过来,谁过来我就捅谁”。闹新房的崔某等人发现卫生间有人后,欲推开卫生间的房门。崔某在后面的多人往前推的过程中,被告人王凤用锥子刺中崔某前胸,造成其外伤性心脏损坏,经法医鉴定为重伤。

对于本案,在法院审理过程中,存在争议的是其定性:被告人究竟构成故意伤害罪、还是过失致人重伤罪?能否认定其成立正当防卫?或者认为是意外事件?最终法院以过失致人重伤罪判处被

^{②6} 参见湖南省麻阳苗族自治县人民法院(2005)麻刑初字第111号判决书。

^{②7} 参见冯军:《刑法中的被害人自我答责》,《中国法学》2006年第3期,第97页。

^{②8} 在我看来,张明楷教授否认被害人自我答责原理,而对危险接受的判断采用正犯意义上的支配关系之存否,这更像是运用综合判断的方法,从规范的角度将结果归属于制造法益风险的正犯,背后仍然是客观归责的方法论(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,第188页)。限于篇幅,对此问题只能另行讨论。

^{②9} 参见江溯:《日本刑法上的被害人危险接受理论及其借鉴》,《甘肃政法学院学报》2012年第6期,第87页。

告人有期徒刑1年,缓刑1年。^⑩

和前面的[田玉富被判过失致人死亡案]一样,法院首先以过失切入并不妥当。因为在这两个案件中,被告人对结果都不可能没有预见,所以,预见义务的判断原本不是问题。值得讨论的是被害人的行为:如果被害人是典型的自赴风险,被告人因为对结果不用负责,就谈不上成立过失犯罪的问题;如果被害人的行为明显有瑕疵(例如,受欺骗或者对风险无认知),则行为人可能成立过失犯罪。所以,需要优先讨论的是谁对结果负责这一结果归属要件,而非预见可能性问题。就[王凤被判过失致人重伤案]而言,行为人对他人用锥子刺击,制造和实现了法益风险,而不是被害人自赴风险或其他人推被害人的行为与结果有关联。不过,在本案判决中,被害人及第三人的行为对于结果归属的判断究竟有何影响,未得到充分讨论。这并不是说法院的判决结论不可接受,而是其司法逻辑存在问题。因为按照法院的观点,如果最终想定罪就说被告人有预见可能性;不想定罪就说其没有预见可能性。这与结果归属要进行事后判断、预见可能性要进行事前判断且不能任意修改结论的法理不符。

(二) 运用条件说(偶然因果关系说)简化处理客观归责问题

应该承认,在中国司法实务中,对许多疑难案件仅进行了事实上的条件因果关系判断,从而绕开结果归责的焦点、难点,对案件进行简化处理。虽然司法结论有可能正确,但其说理不透彻。

[陈美娟被判投放危险物质案]被告人陈美娟因琐事与邻居陆某有仇,遂将农药打入被害人门前丝瓜棚的多条丝瓜中。次日晚,被害人吃了有毒的丝瓜后,出现上吐下泻的中毒症状。被害人送医后,因农药中毒引发糖尿病高渗性昏迷低钾血症,医院对此诊断不当,仅以糖尿病和高血压症进行救治。被害人因抢救无效于次日早晨死亡。针对被告方就死亡与投毒无关的辩解,一、二审法院均认为,被害人系因“中毒诱发糖尿病高渗性昏迷低钾血症,在两种因素共同作用下死亡,没有被告人的投毒行为在前,就不会有被害人死亡结果的发生”。^⑪据此,以投放危险物质罪对被告人判处死刑,缓期两年执行。^⑫

法院在这里明显采用了偶然因果关系说(条件说)。但是,本案其实涉及比较复杂的归责问题,即医生的诊断失误对于陈美娟犯罪的客观构成要件是否有影响力。不过,司法上回避或者简化处理了这一问题,基本放弃了规范维度的归责判断,对多种因素都和结果有因果关系时,为何只需要行为人承担刑事责任,而认为医生并不符合医疗事故罪的构成要件语焉不详。类似判决,在法院处理的疑案中并非少数。

[胡光文涉嫌交通肇事案]2013年2月21日14时许,胡光文驾驶车辆在经过某高速路隧道时,没有遵守限速标志及进入隧道需开大灯的警示。在进入隧道后,胡光文发现有一位老人迎面走在路中间,避让不及将老人撞飞。他停下车后,只是查看了一下车辆,没有对被撞老人实施救助,也没有报警,而是驾车逃离现场。被撞老人倒在路上,被随后过往的多辆车辆碾轧死亡。

检察机关认为,行人进入高速公路自身有一定责任,但胡光文没有救助被撞老人而是驾车逃离

^⑩ 参见山东省淄博市临淄区(2001)刑初字第168号判决书。

^⑪ 参见江苏省南通市中级人民法院(2002)通刑一初字第41号判决书,二审全面认可一审理由。

^⑫ 对本案被告人定故意杀人罪似乎比定投放危险物质罪更为妥当。对此还值得进一步研究。

现场，也要承担刑事责任，据此，安徽省岳西县检察院以交通肇事罪将胡光文批准逮捕。^③

但是，本案的核心问题是：高速路隧道原本就不应该有人出现，行人进入高速路时应对相应的危险自行负责。即便驾驶者未遵守限速标志及进入隧道需开大灯的警示，也不能在规范上认为驾驶者胡光文违反了“应该对高速路上可能有人行走保持谨慎”的客观注意义务，不能认为行为人制造了法所反对的危险。此时，对进入高速路的行人的保护已经超越了规范保护目的，而在构成要件的射程之外。虽然胡光文的行为事实上引起了行人的死亡，行为与结果之间存在条件关系，但其也不是该当构成要件的交通肇事行为，难以进行客观归责。根据规范的评价基准，这种情况仅仅是一个“不幸”的事故，而不涉及“不法”。而司法上不能仅仅因为存在“不幸”的结果，就推导出司机行为不法的结论。

〔丁琳被判故意杀人案〕被告人丁琳驾驶出租车，行驶至一座小桥下坡处时，将醉倒在此处的被害人李某碾压于车下。肇事后，被告人丁琳下车查看，并将被害人从车底下拉出，丢弃在路边，后驾车逃离现场。后被害人李某被他人送至医院，经抢救无效死亡。

法医鉴定：被害人系内脏损伤，创伤性失血性休克死亡。医院病历证明：被害人被撞昏迷有45分钟，在送到医院后约一分钟左右死亡。被告人供述，李某被拖出车后还哼了两声。

经有关机关现场勘查，认定死者李某趴在桥下坡约5米处（桥全长14米）偏右位置。经开车实验，该位置在汽车上桥时是不能发现的。而在汽车从桥顶下坡时，如果是在夜间就难以发现；即便能够发现，也肯定是近距离的，来不及采取措施。

对于本案，法院认定被告人丁琳有救助义务，主观上对他人死亡具有间接故意，因此，以故意杀人罪对其判处有期徒刑3年。一审判决后，被告人未上诉。^④

法院关于被告人有救助义务的说法是否可以接受，还值得讨论。法院在这里明显适用条件说，未触及死亡的归责问题。但是，按照客观归责理论，可以认为丁琳的行为没有实现法益危险，死亡结果归属于被害人李某自己的行为。^⑤

法院之所以得出这样的结论，主要是我国在不作为义务上采用形式说，在因果关系上采用偶然因果关系说。对此，有学者指出，如果从客观归责的逻辑出发，先行行为只有对损害结果有可归责性，才能引发阻止该损害结果发生的义务。因此，应该以客观归责标准衡量先行行为，并对其进行合理限定。在这个意义上，先行行为必须是一种风险创设行为，且与损害结果之间存在风险关联。^⑥那么，就〔丁琳被判故意杀人案〕而言，法院简单地认为丁琳有作为义务，就是不妥当的。在丁琳履行义务而注意到桥下有人时也来不及采取结果避免措施的场合，应该认为行为和结果发生之间没有规范上的联系，不能认为先行行为与损害结果之间存在风险关联，因此，不能认为其有作为义务（构成要件结果的客观支配不可能原则）。当然，对于丁琳而言，可能值得处罚的是其把被害人丢弃在路边而逃跑的作为行为，因为即便是一个没有救助义务的人，发现体弱多病但尚未死亡者时，将其从明显能够得到他人救助的场所移置到人迹罕至的场所，创设他人死亡危险的，该行为也能够被

^③ 参见王庆峰：《高速路撞人不救 逃逸司机被批捕》，载《检察日报》，2013年3月28日。

^④ 参见江苏省常州市天宁区人民法院（2002）天刑初字第279号判决书。

^⑤ 其实，原因自由行为的法理要求醉酒者能够对一定结果负责，说明将本案的死亡结果归属于被害人存在可能性。

^⑥ 参见注②，第122页。

评价为作为的“杀害”行为，能够将结果归属于这种作为。因此，对丁琳定故意杀人罪，实质不是因为其“消极地”不履行作为义务，而是因为其“积极的”杀害行为。

〔黄金波被判交通肇事罪〕被告人黄金波驾驶无牌照的大货车行驶到某路段时，将车调头逆向停放在公路的路侧且未设置警示标志。该车与酒后无证驾乘无牌两轮摩托车行驶至该路段的被害人潘某、黄某发生碰撞，造成两被害人死亡。被告人黄金波在事故发生后驾车逃逸。法院认定被告人违章停车，且肇事后逃逸，最终以交通肇事罪判处其有期徒刑2年。^⑦

应该说，违章逆向停车、未设置警示标志是制造法益危险的行为，但该危险是否达到了交通肇事罪的规范所反对的程度，交通肇事罪的规范效力范围究竟是什么，并不是没有疑问。另外，即便认为条件关系存在，但本案中的风险从规范评价的角度看，应该认为是由被害人的行为所实现。除非被告人违章逆行导致被害人被撞死，风险由被告人实现才没有问题。因此，对本案被告人作无罪处理似乎更为妥当。

（三）运用客观归责论的法理处理案件

对客观归责论，至少可以在两个层次上加以理解：（1）作为刑法规范判断方法的客观归责论。这个意义上的客观归责论，和相当因果关系说之间没有对立关系，相当性存否的判断是客观归责的方法之一。^⑧ 因此，承认相当因果关系说，得不出排斥客观归责论的结论。相当性判断方法存在于客观归责论内部。（2）作为故意犯既遂、过失犯成立条件中的结果归属、危险实现的“技术性”判断的客观归属论。危险实现能够对行为人创设危险的具体经过加以妥当说明，在这个意义上，因果经过的通常性、刑法规范究竟要保护什么，都是在客观的归责判断时必不可少的。司法上对客观归责论的运用，就是要考察只有行为人对自己创设的危险有实际上的作用，并导致结果发生的，才能得出危险由行为实现的结论。

如果承认客观归责就是在客观上过滤对结果不重要的因果联系，并对危险实现进行相当性、规范性判断，那么，就可以认为，在中国的司法实务中，并不排斥客观归责的观念和方法论。只不过在很多情况下，实务的特色是将归责的规范判断和条件关系的事实判断融合在一起考虑，而不是像德国法院那样相对明确地在对结果原因的经验判断之后，再进行结果归属的规范判断。但是，只要对中国法院的部分判决进行细致分析，就会依稀发现司法上在运用因果关系的条件说之后，再进行客观可归责性检验的实务轨迹。

一方面，在个别司法解释上，最高人民法院事实上认可客观归责的理念。例如，在关于交通肇事罪的司法解释中，最高人民法院明确规定根据行为人负全部责任、主要责任、同等责任的不同情形确定犯罪成立的可能性。例如，重伤3人以上，但负事故次要责任的，不构成交通肇事罪。^⑨ 这种在行为人与被害人之间分摊不法或风险的作法，明显属于规范评价层面的归责问题，与客观归责论具有相同的逻辑。

另一方面，实务上针对某些疑难案件的处理，也不仅仅只有事实判断而没有价值规范判断，司

^⑦ 参见福建省泉州市中级人民法院（2000）泉刑终字第208号裁定书。

^⑧ 参见〔日〕曾根威彦：《刑法总论》（第4版），弘文堂2008年版，第77页。

^⑨ 参见最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2000年11月15日）第2条。

法上经常在审查行为是否属于导致结果发生的“有力”原因，其司法逻辑和客观归责论中制造法益风险的判断方法相一致。与其说中国法官在按照通说处理案件，不如说法官在按照条件说加上生活经验、规范常识确定客观的归属问题。

换言之，就具体的案件处理而言，如果承认相当性判断是客观归属的一个基准，肯定相当性判断“能够根据相当性的观点排除非类型的因果过程的结果归属”，从而与客观归责理论有关联，具有内在一致性，^{④①}那么就可以说，在中国司法实务中，并不是没有使用客观归责方法。此外，对涉及被害人参与的案件，司法上必然会在被害人的不法和行为人的不法之间进行斟酌、衡量，这也是对客观归责论的运用。因此，即便司法判决没有使用通常所说的制造法所反对的危险、实现法所禁止的危险、构成要件的效力范围等表述方式，但在事实的因果关系之外，进行结果归属判断的方法论或者潜意识在我国司法实务中是存在的。对此，结合司法机关审理的相关案件进行分析。^{④②}

1. 涉及制造法益危险的案件

〔宋某被控交通肇事案〕被告人宋某驾驶大货车发现误上高速路后掉头逆行，与刘某驾驶的车辆相撞。事故发生后，宋某未按规定设置警告标志及开启警示灯等措施，而是弃车逃离现场。刘某报警后，在车后的超车道内放置了反光警示标志，警告后来车辆注意避让。随后，警察赶到现场处理事故。在事故处理过程中，何某酒后驾驶奥迪汽车超速、超载从超车道向事故现场驶来，未采取任何避让、刹车措施即冲入事故现场，先后撞击了之前发生事故的刘某、宋某的车辆，奥迪汽车起火后烧毁，何某及车内5人死亡，站在大货车旁的2人重伤。交通管理部门鉴定：宋某未按规定设置警告标志及开启警示灯并弃车逃逸的行为，是导致何某等人死伤的主要原因，应负事故主要责任。

检方对宋某以交通肇事罪提起公诉，法院以宋某对事故负次要责任为由作出无罪判决。法院认为，宋某虽未按规定采取设置警告标志及开启警示灯等措施，弃车逃逸，但其行为尚不构成交通肇事罪，死伤事故是由何某违章驾驶所造成，切断了宋某的违章行为和死伤后果之间的因果关系，不应承担交通肇事罪的刑事责任。^{④③}

对于本案，法院在因果关联性的判断上，明显采用了客观归责的方法论。法院认为，宋某未按规定设置警告标志、开启警示灯，弃车逃逸，其行为固然危险，但不是制造后续死伤结果的行为，即宋某第一次的违章行为与第二次发生的交通肇事行为及其产生的危害结果之间不具有因果关系。法益风险由何某制造，即何某酒后驾驶，认识、控制能力减弱，高速超载驾车，看到警示标志后未采取任何措施，撞击前方事故车辆，是造成车毁人亡的“有力”原因，法益风险也由此得到实现，何某应该对此次事故负责。^{④④}从本案的归责反过去看前述〔黄金波被判交通肇事罪〕，就会发现法院对该案因果关系的判断依据不如本案充分。

^{④①} 参见〔韩〕金日秀、徐辅鹤：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社2008年版，第162页。

^{④②} 需要说明的是，由于中国刑事判决书普遍存在说理不透彻的现象，对因果关系的判断过程在判决书中缺乏描述，可能使用存在必然因果关系或者直接因果关系等表述，但不使用类似于相当性、客观归责的术语，使本文的研究变得困难。相关分析结论在其他学者看来，也就可能会有不同的说法。

^{④③} 参见朱平：《交通肇事罪中的违章行为与危害后果的因果关系如何认定——宋某交通肇事案》，谢望原、赫兴旺主编：《中国刑法案例评论》（第1辑），中国法制出版社2007年版，第347页。

^{④④} 此外，被害人自我负责、第三人专属领域等法理，也能够用来排除对宋某的客观归责。

[王安新被判故意伤害案] 1999年6月16日晚8时许,被告人王安新因邻里纠纷,冲入被害人杨某家,用一把带靠背的椅子对准杨某头部砸了一下,致其昏倒在地。被害人被他人送往县医院治疗。1999年9月10日,被害人杨某因左侧硬脑膜下慢性颅内血肿出现昏迷等症状,再次到县医院住院进行血肿清除手术。同年10月经法医检验,杨某的头部损伤为重伤。

对于本案,被告人王安新辩解:行为人的行为导致被害人当时昏迷住院,与事隔近3个月被害人出现颅内血肿之间没有因果关系,本案事实不清,不能认定被告人故意伤害致人重伤。

对此,法院基于以下三点认为伤害行为和重伤结果之间存在因果关系:(1)被害人就诊时,医院的诊断症状与法医检验结果、两次CT报告相符,均为慢性硬膜下血肿。(2)被害人两次住院的伤情均为头部伤,与被害人受伤的部位相一致。(3)重伤结果的出现是被害人的伤情逐步加重的结果,与慢性硬膜下血肿呈现“进行性加重”的表现症状相一致。由此,法院以故意伤害罪对被告人王安新判处有期徒刑5年。^④一审判决后,被告人未上诉。

本案判决值得肯定之处在于:由于中国刑法中的故意伤害罪不是暴行罪,司法上必须对是否存在足以导致伤害的行为,以及行为是否可能制造重伤、死亡危险进行分析,在本判决中,法院基本做到了这一点,并在此基础上论述了危险实现的路径,在结果归属的判断上说理相对透彻。

2. 涉及危险相当实现的案件

[刘志永被判非法行医案] 被告人刘志永没有取得医生执业资格,非法行医,延误治疗,导致被害人心源性心脏病发作死亡。被告人辩解,死亡是因为被害人的疾病,与行医行为无关。对此,法院判决认为,该结果“与被告人刘志永没能准确及时诊断病情,具有直接的因果关系”。^⑤

在本案中,法院判决虽表述为具有“直接的因果关系”,但在被害人疾病和行为人制造法益风险共同导致结果发生的场合,隐含对结果归属于哪一种行为的规范判断,即法益风险相当性、通常性地得到实现的场合,应该将结果归属于行为。法院的判决虽未使用客观归责的名称,但内含规范判断:非法行医延误治疗的行为会创设危险,并使死亡结果发生,危险的实现是相当的、通常的,是由实行行为在后续的因果过程中使得危险增加到规范上重要的程度,进而引发死亡结果。

[张兴等被判绑架案] 被告人张兴等人绑架他人,在转移被绑架人过程中,遭遇车祸,导致被绑架人受撞击后因颅脑损伤而死亡。法院在判决中认为异常因素的介入导致被害人死亡,与绑架行为之间没有因果关系,不是绑架行为“致使被绑架人死亡”。^⑥这是对危险实现的异常性而非相当实现作出规范判断的判决。

但是,应该承认,在实务上也存在对危险实现的判断明显不当的案件。后面的两个案件都是如此。

[王燕明被控交通肇事后逃逸致人死亡案] 被告人王燕明驾驶出租车在上海市某路口,和同向行驶的一辆人力三轮车相撞并逃离现场,致使人力三轮车骑车人罗某受伤倒地后未及时得到抢救,随后被高某驾驶的大货车再次撞击并当场死亡。

^④ 参见河南省息县人民法院(2000)息刑初字第64号判决书。

^⑤ 参见江苏省徐州市中级人民法院(2000)徐刑终字第296号裁定书。

^⑥ 参见陈进龙:《张兴等绑架案》,最高人民法院第一至五庭编:《刑事审判参考》(总第87集),法律出版社2013年版,第39页。

对于本案，一审判决认为，被告人王燕明系交通肇事后，因逃逸致人死亡，故对其判处有期徒刑7年。二审法院认为：交通肇事后，因逃逸致人死亡，只能限定为逃逸行为造成被害人因得不到救助而自然死亡。在本案中，“被告人王燕明撞击被害人的人力三轮车致被害人倒地后，被害人已经在慢慢爬起，这说明被告人的逃逸行为并未造成被害人因得不到救助而自然死亡的结果，而是在负有过错责任的高某的介入下，才产生了被害人被撞死的结果。所以，被告人的逃逸仅是被害人死亡的条件，其行为与被害人死亡之间只是一种间接的因果关系。”由此认定被告人属于交通肇事后逃逸的情形，但死亡后果不能归属于被告人王燕明，其无须承担因逃逸致人死亡的刑事责任，从而判处其有期徒刑4年。^{④7}但是，将逃逸致人死亡限制解释为逃逸行为造成被害人因得不到救助而“自然死亡”，明显和注意规范保护目的不符，也没有考虑结果归属的可能性，是司法上缺乏规范评价的观念、逻辑上比较混乱的体现。

〔穆志祥被控过失致人死亡案〕被告人穆志祥驾驶农用三轮车载客，在经过某村路段时，见前方有县交通局工作人员正在检查过往车辆，因自己的农用车欠缴有关费用，穆志祥担心被查到受罚，遂驾车左拐，驶离306公路，并在李学华家附近让乘客下车。因车顶碰触村民李学明从李学华家所接电线接头的裸露处，车身带电。先下车的几名乘客，因分别跳下车，未发生意外，也未发现车身导电。后下车的乘客张某由于在下车时手挂在车尾的自行车车梁而触电身亡。

现场勘验表明，被告人穆志祥的农用三轮车出厂时高度为147cm，但穆志祥在车顶焊接行李架，致使该车实际高度235cm（按有关交通管理法规的规定，该种车型最大高度应为200cm）。李学明套接李学华家电表，套接火线距地面垂直高度为228cm，且该线接头处裸露（按有关电力法规的规定，电线对地距离最小高度应为250cm以上，故李学明所接的火线对地距离不符合安全标准）。

对于本案，检察机关对穆志祥以过失致人死亡罪起诉，法院作出无罪判决。相关的判决理由是：死亡发生是由多种偶发原因综合造成的，包括李学明所接的照明线路高度不符合安全用电的要求、电线裸露、接头处无绝缘措施等。因此，被告人的行为与死亡结果之间没有必然的、直接的因果关系。^{④8}

但是，这一结论可能并不合理。如果被告人穆志祥不违规使用农用三轮车载人，不随意偏离公路，不对车辆改装，同时对路边可能有电线等履行客观的注意义务，死亡结果可以避免。特别是改装车辆并驾驶超高车辆上路，明显制造了不被允许的危险，构成要件结果并不是不能支配的。被告人对自己曾做过改装的车辆的高度有特别认知，对车辆超高可能触及其他物体进而产生危险、对农村可能私搭电线、只要是电线就可能裸露因而就应该避免触及，等等，都有客观的预见可能性。即便其不能认识到电线裸露，但对超高车辆不避开悬挂在空中的物体会带来危险，或者被包裹的电线被碰撞也可能产生危险，仍有回避义务。行为人违背规范所要求的客观义务，进而发生死伤后果的，不能认为法益危险是以异常方式实现的。因此，按照客观归责论，可以认为穆志祥的行为明显增高法律风险，且应对车辆增高所带来的危险负责。这一结论也符合注意规范保护目的——禁止改装车辆的目的，既为了防止触及路上的电线或其他可能给车上人员安全带来危险的空中物体，也为

^{④7} 参见上海市第二中级人民法院（2001）沪二中刑终字第165号判决书。

^{④8} 参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》（总第28辑），法律出版社2003年版，第35页。

了防止车辆因为改装超载。行为人制造风险,并在本案中因为与其他因素相结合使得危险具体地实现,就不是“不幸”,而是“不法”。

本案的处理说明,中国司法人员的事实归纳能力和规范判断能力都有待提高。其实,在运用经验知识、经过理性判断发现能够回避某种结果时,行为人就需要对危险的实现负责,客观归责的检验就能够实现,而不是轻易得出被告人无罪的结论。

3. 被害人体质特殊与危险实现的判断

对被害人体质特殊的案件,即便侵害行为轻微,中国司法实务上也通常会认为存在偶然因果关系或者条件关系,从而得出被告人有罪的结论。

【龚建清被判过失致人死亡案】被告人龚建清与被害人张某因经济纠纷发生争吵,并用手朝被害人胸部推了一下,随后双方发生短时互殴。经旁人劝说,被害人张某退回货车驾驶室内,随即口吐白沫,扑在方向盘上。当晚,张某经医院抢救无效死亡。经法医鉴定,张某右前臂擦伤,左大腿根部挫伤,其损伤轻微,死亡原因系蛛网膜下腔出血。

一审法院认为,“被告人的行为是引发被害人病理病变最为客观、直接的原因”,因此被告人的行为与被害人的死亡有因果关系,同时,被告人具有伤害他人身体的故意,据此,以故意伤害罪判处其有期徒刑7年。二审法院认为,被害人张某“自身潜在疾病发作在致死过程中起着主要作用,而外伤及争吵引起的情绪激动等诱发因素也是客观存在的”,但被告人是基于疏忽大意过失造成被害人因自身潜在疾病发作而死亡,故以过失致人死亡罪判处被告人有期徒刑3年,缓刑4年。^④由此可见,一、二审对因果关系的认定并不完全相同:一审认为,被告人的行为虽是结果发生的诱因,但与死亡存在直接的因果关系;二审认为病变诱发因素只是间接因果关系。

上述判决采用了偶然因果关系说,也可以认为其采用了客观的相当因果关系说。在被害人体质特殊的场合,虽然没有认识到该事实,但被害人体质特殊,这是客观事实。因此,殴打体质特殊者是否会导致死亡,就成为判断相当性的资料,从而得出因果关系存在的结论。

但是,上述判决结论是可质疑的。因为中国刑法中的故意伤害罪不是暴行罪,伤害行为是对生理机能有害的行为,轻微殴打、推搡不是类型化的伤害行为。因此,如果按照客观归责论,会否认为制造法益风险,也会认为结果是异常而非相当的实现,不能将结果归属于行为。^⑤此外,客观归责论对于行为人创设的危险是否在结果中以相当的程度得到实现的判断,考虑了对具体发生结果的客观预见可能性问题。被害人体质特殊的案件,因为没有这种客观的预见可能性,所以,结果归责被否定。

【刘旭被控故意伤害案】被告人刘旭驾驶机动车经过某路段时,和骑车人张某(69岁)因为通行问题发生争吵,后被告人推了张某的肩部并踢了张某腿部。2小时后,张某胸部不适送医,经抢救无效死亡。法医鉴定:张某因患冠心病,致急性心力衰竭死亡。法院认为,被告人打击被害人的部位并非要害部位,其行为只是死亡结果发生的诱因,但与结果之间不存在直接的、必然的、合乎

^④ 参见福建省南平市中级人民法院(2002)南刑终字第222号判决书。

^⑤ 当然,在德国、日本、韩国等国的判断中,对于被害人体质特殊的情形,法院依据相当性说作出的判决也可能前后不一。例如,在对患有脑水肿的被害人实施暴行导致死亡场合,法院可能否认因果关系。但在被害人的高血压、心脏病等成为问题的情况下,却承认因果关系。

规律的内在关系，因此没有刑法上的因果关系，从而宣告被告人无罪。本案发生的直接原因是心脏病，殴打是诱因，而从一般社会常识分析，该诱因并不必然引发死亡结果。^⑤

但是，本案和前述的「龚建清被判过失致人死亡案」的差异在于，被害人是69岁的老人，即便是一般青壮年人能够承受的相对轻微的殴打，对被害人而言也会造成损害，因此在归责上似乎可以认为，被告人刘旭的打击行为加重被害人的心脏负担，即使其最终因为冠心病死亡，但考虑被害人年龄、打击部位、暴力方法等，也可以得出能够进行结果归责的肯定结论。

4. 合法替代行为与危险升高理论

〔赵达文被判交通肇事案〕被告人赵达文驾驶汽车行至某路口时，因超速（该路段限速60公里/小时，被告人的车速高于77公里/小时）采取措施不及，其所驾车辆轧在散落于路面上的雨水井盖后失控，致其冲过隔离带进入辅路，与正常行驶的杨某所驾驶的汽车和骑自行车正常行驶刘某等人相撞，造成3人死亡、2人受伤。经交通管理部门认定，被告人赵达文负此事故全部责任。^⑥

一审法院认为，被告人赵达文违章超速驾驶车辆，且未尽到注意义务，在其发现散落在路中的雨水井盖时，采取措施不及，是导致事故发生的原因，据此，以交通肇事罪判处其有期徒刑3年，缓刑3年。

二审法院认为，五名被害人在此次交通事故中，均无违章行为。在无其他行为人违章的前提下，认定赵达文负此次事故的全部责任并无不当。“赵达文所驾驶的车辆确实轧在散放在道路上的雨水井盖，但轧上井盖是否必然导致该案的发生，缺乏证据证明。而现有证据却能证明赵达文在肇事时车速已超过该路段的限速标志，因赵达文违章超速，故遇井盖后已无法控制车速，导致采取措施不及，是造成此次肇事的一个原因，赵达文上诉提出事故的原因是由井盖引起的，理由不充分；驾驶员驾车行驶是一项危险作业，其有义务随时‘注意’道路上的各种状况，以便及时采取有效措施……赵达文由于超速驾驶，致使其遇到紧急情况后，尽管已采取措施，但已不可避免，造成三人死亡、二人受伤的重大交通事故，对此赵达文应承担相应的刑事责任。”由此，驳回上诉，维持原判。

本案二审判断对定罪理由的说明较为详尽，但在能否要求赵达文对结果负责这一问题上，仍然有进一步讨论的余地。

客观归责论一般认为，虽然行为人违反规范的行为造成了损害，但是，如果在其实实施合法行为结果也会发生时，就不能认为行为实现了法益危险。不过，实施合法替代行为，可能使结果发生的可能性或者盖然性降低的，因为行为人没有实施合法替代行为，致使结果发生的盖然性升高的，能否进行归责，一直是有争议的问题。在本案判决中，法院明显借用了危险升高理论，认为超速是提高事故发生率的盖然性情况，从而升高了法益风险。二审法院关于“赵达文在肇事时车速已超过该路段的限速标志，因赵达文违章超速，故遇井盖后已无法控制车速，导致采取措施不及，是造成此次肇事的一个原因”的说法，明显是将其与井盖偶然出现在不该出现的地方这一因素进行比较以后，对行为的现实危险性的评价，是对超速会导致法益风险升高的另一种说法。

但是，法院在没有查明合法行为（不超速）是否会引起后果，并未确定如果履行义务则结果不

^⑤ 参见北京市宣武区人民法院（2005）刑字第244号刑事附带民事判决书。

^⑥ 参见北京市第一中级人民法院（2005）一中刑终字第3679号刑事附带民事裁定书。

会发生时,就认定结果归属于超速行为,可能违反了存疑时有利于被告的原则。只要在司法上认为,行为没有达到接近于导致结果发生的“确实”程度,难以肯定结果由过失所引发,结果发生成为概率极低的事件,就难以进行客观归责。此外,危险在多大程度上升高到足以归责的程度,难以确定化、数值化,也不能不说是法院判决的硬伤。所以,本案的处理,虽然运用了客观归责的法理,但在很多方面还值得推敲,这也说明风险升高理论可能存在缺陷。

〔吴峥、潘天明等人被判重大责任事故案〕被告人吴峥、潘天明等人负责组织工人对柳州市某大桥伸缩缝内的橡胶进行更换。案发当晚21时50分许,因雷雨大风,桥上及施工现场照明灯熄灭,无法施工,被告人潘天明等人明知应当将所有障碍物清理完毕后才能离开现场,但只将在桥上被风刮倒的部分隔离栅栏拆除后即离开工地,留下5个水泥墩在桥面上。40分钟后,公交司机周某驾驶大客车经过该桥面时,与倒在一侧的水泥墩相撞,致使该车失控左转冲上北侧人行道,撞开护栏后坠入河中,造成司乘人员79人死亡的特大事故。有关鉴定意见是:施工方和驾驶方的行为,是事故发生的直接原因。

对于本案,检察机关以重大责任事故罪指控被告人吴峥、潘天明等9名施工负责人及现场施工工人。被告人及其辩护人提出:周某不具备驾驶公交车的驾驶员资格;肇事车系非法改装车,迅速制动性能不好;驾驶员遇雷雨天气仍超速行驶,没有采取制动及有效回避措施,临时处置不当,是事故发生的必然原因,应当负事故全部责任,9名被告人无罪。

对于本案的因果关系,一、二审法院均认为,大客车坠江系与留置在桥上的水泥墩相撞所致,“驾驶员的资格及肇事车的改制与本案被告人的行为、定性无关”,9名被告人违反规章制度和施工惯例的行为发生在生产中的各个环节,“直接地、主要地导致79人死亡、公交大客车报废的特大事故,其行为均构成重大责任事故罪”。^③

在本案中,法院对施工方和驾驶者的危险性进行了规范衡量,对各自行为和法益危险实现之间的关系进行了规范判断。法院的逻辑是:水泥墩被非正常留置在行车道上,在天黑停电的情况下,对于结果发生具有通常性,可以认为危险是通过相当的方式得以实现。同时,司机的行为对结果也具有原因力,违章超速、临时采取措施不当等,与死伤结果的发生之间并不是没有条件关系。此时,需要进行规范判断:谁对结果的支配力大?最终,法院将危险实现归属于施工人员,司机不需要对死亡结果负责的结论是妥当的,因为在雷雨交加的夜晚,将水泥墩置于桥上,即便司机不违章、不超速,在发现桥墩后采取措施,结果发生的概率也极高。因此,对本案的处理,司法实务上明显借用了客观归责的方法论。

上述分析表明,在中国刑法学中,虽然没有成为通说的、系统的客观归责论,但并不意味着中国的刑事司法和德国、日本有特别大的差异。一方面,是因为各国大量的刑事案件都是盗窃、故意伤害等罪,运用条件说即可解决问题,行为是否制造法益风险的判断相对容易。另一方面,对于疑难案件,中国刑事司法通常也会按照从行为到结果的顺序,设想结果的发生是否由行为所引起,考虑事实上的条件关系,这是对自然科学知识有所了解的司法人员的通常选择;接着,从结果出发,反向探究结果的出现是否可以归咎于行为,这是规范上结果归属的考虑。经过规范评价上的归责判

^③ 参见广西壮族自治区高级人民法院(2001)桂刑终字第137号裁定书。

断，在司法上限制了过度扩大条件因果关系的缺陷。因此，在案件处理方法和结论的妥当性上，中国和日本、德国基本上没有差异。当然，尚不能根据类型化的、规范化的客观归责论明确排除结果归属范围并将相关意见表述在判决书中，更多是出于规范感觉、归责的潜意识来处理疑难案件，这是中国和日本、德国司法在方法论上的差异。

三、客观归责论的中国前景

只有行为人在违反法规范，对法益制造风险，而这个风险在具体的结果中实现，且结果存在于构成要件的效力范围内时，由这个行为引起的结果，才可以算是行为人的“作品”，归责给行为人，这样，经验上及归责上的检验才没有问题。因此，中国刑法学应该借鉴德国的客观构成要件判断方法：在结果原因的判断上采用条件说，再按照客观归责论解决具体的结果归属问题。这也应该是未来中国刑法学思考客观归责论时的切入点。

（一）应当承认客观归责论的方法论意义

必须承认，在很多时候，客观归责论在案件处理结论上与相当因果关系说相同：都要以日常生活经验、已知的自然科学知识为基础，且都离不开法官的内心确信、规范判断，也都要考虑结论是否偏离国民的法感情，使司法上的专业判断和国民的规范感觉尽可能保持一致。但是，客观归责论在方法论上，仍然有超越相当因果关系说的地方。

1. 相当性的判断，检验基准单一，不能从不同的侧面进行反复检验，导致限制条件说范围的目的难以实现。同时，因为缺乏下位规则，在方法论上比较粗疏、随意，“相当”或者“不相当”在疑难案件中端赖于个人直观感受，使得指控犯罪变得比较容易。要避免这样的问题，就必须采用“问题的思考”方法，以及类型化、规范化的判断方法，这恰是客观归责论的长处。

2. 根据相当因果关系说的逻辑，有相当性就应该归责。但在实务上，大量存在“有相当性”但难以归责的情形。这里略举几例：（1）高尔夫球手在比赛中将观众击伤的，行为和结果之间有相当性，但难以归责。相当性说可能用体育比赛行为来阻却违法，但是，该阻却违法的理由能否适用于伤害参赛者以外的情形，并非不能质疑。而客观归责论能够用被允许的危险的法理^⑤来解释行为没有实现法益风险问题。（2）在前述〔赵达文被控交通肇事案〕中，超速行驶和死伤结果之间存在相当性，但能否归责，按照客观归责论却需要审慎讨论。（3）对于降低法益风险的行为，按照相当因果关系说，行为和结果之间的相当性存在，只能得出行为符合构成要件的结论，再在违法性阶段用紧急避险理论阻却违法。此时，相当性说的解释力有限，且在判断上叠床架屋，与法理不符。（4）对于被害人体质特殊的案件，司法上大多采用客观的相当因果关系说肯定相当性存在，但是，对血友病人、心脏病造成轻微的伤害，最终被害人因为体质特殊死亡的，在经验上并不是“通常”的，按理应该一律否认相当性。但是，相当因果关系说会得出肯定因果关系的结论，这与其理

^⑤ 对被允许的危險概念及法理进行质疑的观点，参见张明楷：《论被允许的危險的法理》，《中国社会科学》2012年第11期，第112页。

论出发点并不一致。^⑤

3. 应该说, 相当性说从实质上看, 并不属于因果关系理论, 而属于归责论。但是, 相当性说的规范判断程度有尽量趋向于事实判断的侧面。例如, 对于 A 为避免小孩 B 被火车撞上而奋力将其推倒, 致 B 轻伤的降低法益风险行为, 相当因果关系主要从事事实的角度出发, 判断客观存在的推开行为与伤害结果之间存在因果性、经验上的通常性, 再用紧急避险理论来阻却其犯罪性, 这是在归责上规范性判断程度不高的表现。而客观归责论中的降低风险观念, 考虑小孩的死亡是否被避免, 死亡和伤害比较哪一种法益对被害人更为重要, 从而在构成要件判断上进行规范的、价值的衡量, 这是价值评价程度较高的规范判断, 所得出的结论相对而言是更为合理的。其实, 客观归责论所要讨论的是作为结果犯的既遂要件, 毕竟和事实上、科学意义上的原因探讨不同, 结果能否看作行为人的作品, 归属是否妥当, 是结果犯的成立要件之一, 在很多时候, 必须进行事实之外的规范程度较高的判断, 即客观归责是根据法的、规范的观点, 判断法律上客观的责任之有无或范围。这样的要求, 仅将相当性判断作为唯一规则的相当因果关系理论难以做到。

(二) 回应晚近中国刑法学对客观归责的若干讨论

近年来, 在研究客观归责问题时, 有些学者对其提出了质疑, 有必要加以回应。

1. 制造法益风险是否只是实行行为论的问题。张明楷教授认为, 客观归责论提出的归责基准, 基本上是对其他领域的部分结论的归纳, 由客观归责理论解决的问题, 大多可以通过实行行为、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。在这个意义上, 客观归责论有过度使自身体系化之嫌。^⑥ 由此出发, 他认为, 制造法益危险, 属于实行行为论的问题。“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。”^⑦ 按照他的思路, 如果在实行行为的判断上借鉴制造法益危险的全部内容, 在因果关系问题上采用合法则的条件说, 并重视狭义的结果归属问题, 客观归责理论就是不需要的。曲新久教授与张明楷教授一样, 强调重视实行行为, 而认为无须突出客观归责的意义。“一个人只能对自己的实行行为及其造成的危害结果承担刑事责任。因此, 当危害结果发生时, 要使某人对该结果承担刑事责任, 就必须查明他的实行行为和危害结果之间客观上存在因果关系。”^⑧ 类似观点, 在日本也有学者赞同。例如, 井田良教授就曾指出: 客观归责论实际上是将实行行为论与因果关系论的判断结合在一起。因此, 如果肯定实行行为论和因果关系论, 就没有采用客观归责的必要。^⑨

但是, 上述观点存在以下五方面的问题: (1) 的确, 在行为人制造危险并达到具体的程度、状态时, 不能说和实行行为性没有关联。但是, 客观归责论和实行行为论并不是互斥的, 因为行为危险性的大小, 在“危险的实现”判断中也发挥重要的作用。将结果不法与危险的行为联系起来, 正

^⑤ 相同的观点, 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 118 页。

^⑥ 参见注⑧, 第 169 页。

^⑦ 张明楷:《也谈客观归责理论》,《中外法学》2013 年第 2 期, 第 306 页。

^⑧ 同注⑬, 第 100 页。

^⑨ 参见 [日] 井田良:《刑法总论的理论构造》, 成文堂 2005 年版, 第 63 页。

是构成要件论要探讨的问题。^④ (2) 如果说客观归责论主要用来处理过失犯、结果犯,那么,理论的核心显然就不是法益风险的制造,而是法益风险的实现。张明楷教授肯定结果归属、规范判断的重要意义,却否认客观归责理论,有自相矛盾之嫌。更何况,他主张将我国现行的因果关系拆分为事实的因果关系和结果归属两部分,分别进行事实判断和规范判断,这种观点可以说和客观归责论并无差别。(3) 说实行行为是符合构成要件、具有法益侵害之紧迫危险的行为,实行行为必须是类型性的法益侵害行为,这样的思考方法本身就是对客观归责论方法论的借用。(4) 张明楷教授采用合法则的条件说,却否定制造法益风险判断的独立价值,将其作为判断实行行为的下位规则,未必是正确的结论。正如有韩国学者指出:“在因果关系判断上采取合法则的条件说的学者必然要采取客观的归属理论。”^⑤ (5) 承认危险制造,同时也可以承认实行行为概念,这并不会影响刑罚的一般预防效果。因为要归属于客观构成要件,行为仅仅是结果发生的原因是不够的。刑法规范向社会一般人发出禁止、命令,其与一般社会生活上个人应当履行的客观注意义务、谨慎义务具有内在一致性。存在违反这种规范要求而创设危险的行为,是客观构成要件判断的前提。将制造规范所反对的危险作为归责对象,等于是对一般人在社会中被要求的客观注意义务的强调、宣示,是对规范效力的稳定,在这个意义上,刑罚的一般预防功能得到了充分发挥。担心承认制造法益危险规则、不突出实行行为概念会影响刑罚的一般预防效果,是多余的。

2. 犯罪论体系是否必须阶层化才能容纳客观归责论。陈兴良教授认为,在我国目前的犯罪构成四要件说中,没有客观归责论的容身之地,只有阶层的犯罪论体系才能为客观归责论提供理论空间,^⑥ 从而对客观归责论能否在当下中国“开花结果”存在担忧。

但是,客观归责论是对行为是否有刑法意义、行为的危险是否现实化为结果的判断,其实仅涉及对客观构成要件的规范化判断问题,即在事实的因果关系之外肯定法律的因果关系问题。换言之,客观归责论是刑法“规范判断方法”的运用,只涉及客观要件判断的“技术问题”。同时,考虑到结果归属应该成为评价结果犯的客观构成要件的必要要素,客观归责就是判断特定结果犯的既遂要件、归属基准的判断方法,与采取何种犯罪论体系的关系不大。英美法系强调法律的因果关系,其理论意蕴和客观归责论大致相同这一点,也说明无论采用何种犯罪论体系,都应该能够容纳结果归属的理论——当然,这样讲并不意味着中国的犯罪论体系没有阶层化改造的必要性。

(三) 客观归责论的未来

1. 无论是我国的偶然因果关系说还是相当因果关系说,都缺乏下位规则,体系化、规范性思考欠缺。因此,在事实判断(经验判断)之外,按照结果归属的逻辑进行规范判断(价值判断),保持不同判断方法的位阶性,是未来中国刑法学必须面对的课题。

2. 中国许多坚持相当性说的学者,明显因为存在“路径依赖”,而仅在“名称上”排斥客观归责论。如果坚持相当因果关系说,并对其与法益风险实现的关联性、危险增加、合法则的因果关系、被害人自我负责、规范保护目的等进行特别的讨论,使得相当因果关系说被修正,变得更加精

^④ 参见[日]山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,第279页。

^⑤ 同注④,第165页。

^⑥ 参见陈兴良:《客观归责的体系性地位》,《法学研究》2009年第6期,第40页。

致，其方法论就是客观归责论的。所以，问题的关键在于，并非一定要使用“客观归责论”这样的术语，而是要根据案件的具体情况采用不同的归属规则，从而使每一个归属规则都变得相对精密、可靠、不出错。

3. 应该看到，客观归责论的独特价值是对规范判断、价值判断的特别提示。这对中国的司法实务意义尤其重大。其实，在中国司法实务中，最成为问题的，不是自然科学意义上的因果关系的确立问题，而是归属范围的规范判断或评价问题。中国司法上通常不进行归责的判断，由此导致不少案件处理错误。因此，引入客观归责理论来改造司法行为，将规范判断贯彻到所有案件中，是一个很紧迫的任务。一方面，须知即便像开枪杀人这样的案件，也是“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”。^⑥ 另一方面，要进一步改变在某些案件中进行规范判断时，对因果关联性是否存在的事实判断和规范性的归属判断同时进行（一元的判断方法）的做法，从而形成司法判断上结果归属的“方法二元论”：在因果关系的判断环节，考虑法益危险是否由行为人引起，是否属于与行为人无关的“偶发事件”；在归责环节，考虑结果是否无法规范地评价为行为人的“作品”，仅属于“不幸”的事件。

4. 虽然在司法上必须类型性地、规范地解决归责问题，但也要注意审慎处理归责判断和事实判断之间的关系，不能追求过于脱离事实判断的结果归属判断，这是中国未来有必要防范的危险。因为，归责判断使得刑法的规范评价变得相对容易，客观归责寻找处罚的“规范根据”的进路可能使得对处罚的实质根据的论证成为不必要，这与限制条件说范围的初衷相悖。

【主要参考文献】

1. 王作富：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年版。
2. [韩]金日秀、徐辅鹤：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社2008年版。
3. 张明楷：《刑法原理》，商务印书馆2011年版。
4. 刘艳红：《客观归责理论：质疑与反思》，《中外法学》2011年第6期。
5. 曲新久：《刑法学》（第3版），中国政法大学出版社2012年版。
6. 张明楷：《刑法学中危险接受的法理》，《法学研究》2012年第5期。

（责任编辑：付立庆）

^⑥ 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第429页。