



吉林大学理论法学研究中心学术文库

刑法中客观归属论的 合理性研究

童德华/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



吉林大学理论法学研究中心学术文库

刑法中客观归属论的 合理性研究

童德华/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法中客观归属论的合理性研究 / 童德华著. —北京: 法律出版社, 2012. 11
(吉林大学理论法学研究中心学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4145 - 2

I. ①刑… II. ①童… III. ①刑法—研究 IV.
①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 247173 号

吉林大学理论法学
研究中心学术文库

刑法中客观归属论的合理性研究

童德华 著

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.5 字数 262千

版本 2012 年 11 月第 1 版

印次 2012 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4145 - 2

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

张文显

时代的伟大实践需要与之相适应的理论,而真正适合时代需求的理论又的确确将会引导时代的社会实践。可以说,自 1978 年党的十一届三中全会以来,拥有较为悠久历史的吉林大学法学理论学科,始终是在跟随着中国改革开放和社会主义现代化建设的伟大实践而不断发展成熟的;可以说,在改革开放的三十年间,吉林大学的法学理论学科积极地发起、推动和参与了一系列对于我国整个法学的基础理论发展和社会主义法治建设实践都具有非常重大指导意义和实践价值的法学的观念变革、方法更新和理论进步的重大活动;可以说,吉林大学法学理论学科的发展本身就是我国改革开放和社会主义现代化建设理论需求和理论发展的一个缩影,也是理论关注实践、参与实践、推动实践、指导实践的一个例证。

在历史进入 21 世纪初的 2000 年,以吉林大学法学理论学科为核心所组建的吉林大学理论法学研究中心经过严格的评审被教育部批准为教育部人文社会科学重点研究基地。随后,吉林大学法学理论学科于 2001 年经教育部批准成为国家重点学科,被纳入“211 工程”重点学科建设计划。在 2004 年,以法学理论学科为依托,吉林大学理论法学研究中心在整合了政治学、国际政治学、国际经济学等学科的基础上组成的吉林大学法律与经济全球化研究所被批准为国家 985 哲学社会科学创新基地。2007 年,在这样的三大平台基础上以吉林大学法学理论学科的教师为主体的教学团队被教育部确定为首批国家级教学团队。所有这一切都是我们的党和国家以及我国法学理论界和法学教育界对于吉林大学法学理论学科在我国新时期的理论创新和对于我国社会主义法治建设所做出的重大贡献的高度认可的体现。

经过进入新世纪以来的近 10 年建设,吉林大学法学理论学科在科学研究、学科队伍建设、人才培养、国际和国内学术交流、信息与咨询服务、学科发展等方面,均取得了长足进展。在这期间和在这之前,吉林大学法学理论学科专著型学术研究成果展示的基本渠道都是各个老师和研究人员自行联系出版。此种方式当然也可以反映吉林大学法学理论学科科学研究的状况,但无疑只是片段性或片面性的,无法全面而整体性地展示吉林大学法学理论学科科学研究的全貌。随着吉林大学法学理论学科作为国家重点学科、教育部重点研究基地、国家创新基地、国家级教学团队的研究成果的积累,吉林大学法学理论学科的学科建设及其学术研究,都需要一个具有持续能力的成果展示平台,以不断总结和展示本学科在博士研究生培养方面的成就,激励理论法学研究中心年轻教师积极从事科学研究并使其成果得到有学术影响力地集中展示。为此,吉林大学理论法学研究中心决定把多年来一直在设想之中的出版中心学术文库的工作付诸实施。

吉林大学理论法学研究中心学术文库为连续性的系列出版物。首先以吉林大学法学理论专业通过答辩的优秀博士学位论文为主要选题来源,其次是吉林大学理论法学研究中心各位教师和研究人员的专著及学术文集,此外就是在条件成熟的时候逐步吸收全国法学理论领域年轻学者的学术专著或者各个高校法学理论专业的博士研究生的优秀博士学位论文。

法律出版社给予了我们吉林大学理论法学研究中心法学文库的出版以极大的支持。吉林大学理论法学研究中心将与法律出版社建立长期的合作关系共同推进中心学术文库的出版工作。这套学术文库的出版会以每年5~10本学术著作的规模推进。

借此,我们衷心地感谢我国各个高校和科研机构的法学理论学科对于吉林大学法学理论学科工作的大力支持!我们也希望吉林大学理论法学研究中心学术文库的出版,将为推进我国法学理论学科的学科建设、科学研究、人才培养、学术交流等做出重大贡献!

目 录

导论 转向何以实现	1
一、问题切入	1
二、理论范式的转向	6
三、研究结构	11
四、如何展望客观归属论	15
第一章 中国传统刑法因果关系理论的 发展与检讨	18
第一节 概述	18
第二节 传统刑法因果关系论的 源与流	21
一、传统因果关系论的形成与发展	21
二、传统因果关系论的归结	37
第三节 “必然性因果关系论”的 范式及危机	44

一、序说	44
二、“必然性”因果关系论中的三个基本哲学观念	45
三、“必然性”因果关系论的哲学范式	47
四、前现代性范式的危机	52
第四节 “必然性因果关系论”的叙事性问题检讨	57
一、叙事方式与问题所在	57
二、必然性因果关系论的研究目的	58
三、必然性因果关系论的研究对象	61
四、必然性因果关系论的判断层次	66
五、“必然性”的论理方法	68
第五节 新必然性因果关系论述评	71
一、新必然性因果关系论概述	71
二、规律说	71
三、内因说	74
四、准必然性说	76
五、结语：如何超越必然性因果关系论	79
第二章 域外因果关系论之检讨	80
第一节 条件关联的判断与分析	80
一、条件关联概述	80
二、纯正条件关联判断方式的局限性	83
三、修正的条件关联判断方式	89
第二节 “相当性”归因判断的分析与评价	95
一、广义的相当性判断	96
二、狭义的相当性判断	102
第三节 法律原因的分析与评价	107
一、概述	107
二、近因理论的衍变	108

第三章 从归责到客观归属的历史分析	113
第一节 历史分析的必要与立足点	113
一、客观归属论历史考证的意义	113
二、客观归属论历史考证的结构	115
第二节 自然主义的归责理论	117
一、费尔巴哈对“归责”的两种区分	117
二、黑格尔的“意志”归责论	119
三、黑格尼阿那的归责论	122
第三节 目的论的归责理论	123
一、拉伦茨的目的的归责论	124
二、霍尼希的法的归责论	128
第四节 规范论的客观归责理论	131
一、麦耶的“中断论”	131
二、汉德维希的“归属论”	133
三、恩格休的危险构造论	135
第五节 机能的客观归属论	138
一、罗克辛的客观归属论	138
二、山中敬一的客观归属论	144
第四章 客观归属论的理论基础	148
第一节 风险社会理论	148
一、风险社会：当今刑法所面临的新图景	148
二、风险社会理论：当今刑法的新范式	152
三、风险社会理论与客观归属	156
第二节 寻求共识的刑法方法论	161
一、寻求共识的刑法方法论之背景	161
二、法律诠释学	162
三、法律论辩理论	168
四、一般法律原则理论	173

五、小结	176
第三节 从解释到论证:刑法中共识的实现方式	180
一、刑法判准的转向:从真实性到合理性	180
二、合理性理念的要素	184
三、合理性论证	191
四、小结	196
第五章 客观归属论的体系地位	197
第一节 客观归属论的体系之争与犯罪构成体系的 构成基础	197
一、客观归属论的体系之争	197
二、犯罪论体系的构成基础	203
第二节 递进式理论构造的向度	209
一、典型递进式构造的结构特征	209
二、递进式构造的共时性向度	212
三、递进式构造的历时性向度	214
第三节 耦合式理论构造的向度	220
一、耦合式构造的结构特征	220
二、耦合式构造的共时性向度	222
三、耦合式构造的历时性向度	225
第四节 耦合式结构的程式化转向	229
一、耦合式结构转向的可能	229
二、耦合式构造转向的基本方式	233
三、罪责并立的模式	235
第六章 客观归属论的判断及其展望	254
第一节 客观归属论的判断原理与模式	254
一、概述	254
二、危险制造	254
三、危险在规范保护目的范围内的实现	266

第二节 客观归属论的价值展望	280
一、客观归属论的理论价值展望	280
二、客观归属论的实践价值展望：以日本判例为 内容	285
第三节 基于客观归属论对我国刑法中的若干理论 与实践的检讨	295
一、体育竞技中的伤害	295
二、同时伤害	298
三、嫖宿幼女致被嫖宿者死亡的处理	301
参考文献	309
出版后记	319

导论 转向何以实现

一、问题切入

根据对德国以及部分欧洲大陆国家刑法理论和实践最新发展现状的考察,同时,结合中国近邻的日本、韩国刑法研究的基本趋势以及我国台湾地区刑法理论新近的发展态势,我们可以坚信,刑法中的传统因果关系论具有显著的理论缺陷,其为客观归属论所替代不过是时间和形式上的问题。

可是,对于这种刑法理论和实践的“革命性”转向的基本前提及其现实意义,中国刑法界的实务工作者和理论研究者尚未予以足够的关照,以至于该理论在中国的实践道路上还面临着诸多亟待澄清的问题。

在笔者看来,其中的主要原因是,国内还有相当一部分学者对于我国传统的刑法因果关系论情有独钟,心怀某种难以割舍的情感,因而,根据传统理论研究和解释因果关系问题还颇有市

场。其现实写照是,一方面,因果关系论几十年以来一直是我国刑法学重点研究的基本内容之一;另一方面,因果关系论的基本结构和内容在中国刑法教材中几十年基本保持着原有风貌。从这种格局中,我们可以并且应当感受到上述值得深刻反思的问题。

此外,我们还应当特别注意到,中国刑法因果关系论是基于特定的历史背景,在学习苏联法学以及刑法理论的基础上创立的。针对这种理论模式本身的固有缺陷,晚近也出现了诸多不同看法、不同主张。可惜的是,各种理论主张有自说自话之嫌,对其他相关理论缺乏应有的关照、考证和分析,结果使刑法中的所谓因果关系研究成为一种缺乏真实问题意识的活动。这妨碍了我们对于因果关系理论发生转向的真切体认和意识,而且也妨害了我们对于客观归属理论的价值和意义的体认与意识。

本研究正是以中国刑法因果关系理论的局限性分析作为思考问题的切入点。考察自1949年以来中国刑法学对因果关系的研究成果,^①我们将不无遗憾地发现,虽然我们对因果关系研究历时数十年,虽然我们在因果关系问题上发表了大量文字作品,可是,相对于刑法学在其他论域所取得的辉煌成绩而言,学术界关于刑法因果关系的整体性理论认识,依旧在沿袭着20世纪50年代早期成型的研究路数和内容,有代表性的教科书关于因果关系论的内容极其一致,通常以一种我们可谓之为“五性论”的刻板模式,即(1)客观性(2)相对性(3)时间顺序性(4)复杂性(5)不排除偶然性等特性,^②来阐释刑法因果关系的内涵,这也构成了刑法因果关系论的主要叙事

① 高铭暄主编:《新中国刑法科学简史》,中国人民公安大学出版社1993年版,第16~19页、第28~30页、第96~105页。

② 马克昌主编:《刑法学》,高等教育出版社2003年版,第72~74页;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82~85页;赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第165~170页;齐文远主编:《刑法学》,北京大学出版社2005年版,第96~99页。

框架。这是否意味着这一理论是完美无缺,并足以回答刑法实践中所提出的相关问题呢?

笔者认为,刑法通说关于刑法因果关系特征的表述,虽无明显理论破绽,但却不知不觉地应和了这一道理:当任何理论以完美无缺的形式表现出来时,就正是这一理论寿终正寝之际。^①

事实也是如此。现在的通说对于刑事司法所面临的种种实务难题,实际上很难提供一种具有实践机能的理论指导。我们不妨假设这样一种情景:当 D 酗酒之后驾驶车在湖边公路上行驶,不小心将 V 大腿擦伤,由于 V 没有在意这个创口,也没有采取任何消毒措施,结果导致伤口感染病菌,7 天后 V 因为病菌感染而死亡。在这一场景中,D 的行为不仅触犯了有关交通法规中的禁止规范,而且也具备了成立交通肇事罪的主观要素和主体要素,如果在客观方面能证立 V 的死亡和 D 的行为之间存在所谓的刑法因果关系,那么,D 的行为就构成交通肇事罪。当我们运用上述“五性论”来分析 D 的行为和 V 的死亡关联时,很容易就可以肯定它们之间的因果关系:因为 D 的行为是客观存在的,而且它发生在死亡结果之前,且是死亡发生的一个重要的前提条件,它和死亡之间存在医学上的联系。

可是,假定我们真的根据这种前提合逻辑地确定 D 的责任,在现实生活中将不可避免地会挑起诸多争议:首先,即便 D 的行为导致伤口感染,但是,并不是所有类似伤口感染都会导致死亡;其次,根据一般生活经验或者常识看,擦伤大腿往往不会产生严重的后果,更不要说是死亡,那么,我们在此是凭借什么来肯定 D 的行为和 V 的死亡之间存在因果联系呢?最后,V 自身对于死亡这一后果也

① 或如加达默尔所说:“一种完美无缺的法学理论的观念——这种观念将使每一个判断成为单纯的归属行动——是站不住脚的。”[德]汉斯·格奥尔格·加达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》(上),洪汉鼎译,上海译文出版社 1999 年版,第 424 页。

存在一定的疏忽,对此他是否也要承担相应的责任呢?

与肯定性结论相反,假如我们为了排除D的行为和死亡结果之间在刑法上的因果关系,根据通说的理论构造,我们不得不从诸多与结果有条件关联的事因中寻求一些偶然性因素作为“替代品”,借此将D从因果关联的复杂“法网”中解救出来。这就必将使我们的判断范围漫无目的地开放开来,因为这将迫使我们考虑:这一事件中是否存在偶然性因素,什么是这一事件的偶然性因素,在偶然性因素中哪一个或者哪一些能承担责任,等等。

对于上述诸多问题,笔者认为,传统的因果关系理论非但不能为我们提供满意的答案,而且可能使我们在这些问题面前更加惆怅,因为借助现有理论构造所提供的思维定式,我们一方面失去了解决问题的道德直觉,另一方面还将对诸多非核心因素采取小心翼翼的态度进行模糊性处理。正是在这种理论背景下,在我国刑法学界出现了几种与通说理论有显著差别的研究路径和手段:

一是侯国云教授继续秉承通说的思路,创新性地提出了绝然性、准必然性、准偶然性等新概念,开创了经院式理论的新篇章。^①

二是张绍谦教授主张借鉴英美刑法中的因果关系论,之后,陈兴良教授、储槐植教授以及其他少数学者也对英美刑法中的因果关系论表示赞同,并作了进一步的研究和尝试性拓展。^②

三是张明楷教授主张大陆法系中作为司法机关判决根据的条件说。^③此后,个别学者从条件说在整个因果关系判断中的地位对其

① 侯国云:《刑法因果关系新论》,广西人民出版社2000年版,第83~169页。

② 张绍谦:《刑法因果关系研究》,中国检察出版社1998年版,第120~131页、第214~229页;陈兴良:“刑法因果关系研究”,载《现代法学》1999年第5期;储槐植、汪永乐:“刑法因果关系研究”,载《中国法学》2001年第2期;张俊霞等:“刑法因果关系理论巡历与新思考”,载《铁道警官高等专科学校学报》2002年第2期。

③ 这种主张可见张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,第179页。

合理性进行了论证。^①

四是以黎宏、周光权教授为代表主张大陆法系(主要是日本)刑法理论中作为通说的相当因果关系理论。^② 需要注意的是,在这一主张内部,有几位学者提出以客观归属论来弥补相当性判断的不足。^③

五是提出要借鉴现代德、日刑法学中的客观归属论来解决刑法中所谓的因果关系问题。^④ 这种主张后来也得到了为数极少学人的侧面呼应。^⑤

在这些少数的客观归属论的呼应者中,尤其要提到的是吴玉梅、张亚军和许永安三位博士,他们的博士学位研究论文的主题均是客观归属论,其中吴玉梅博士详细、系统地介绍了客观归属论的“母国”德国的研究历史和现状;^⑥张亚军博士主要借鉴日本的研究系统阐述了客观归属论的理论发展与现实运用;^⑦许永安博士的论文则使我们对于我国台湾地区的一些研究有较全面的认识。^⑧ 笔者认

① 朱德才:“刑法因果关系理论源流考”,载《政治与法律》2005年第5期。

② 黎宏:“刑法因果关系论反思”,载《中国刑事法杂志》2004年第5期;周光权:“刑法中的因果关系和客观归责论”,载《江海学刊》2005年第3期。

③ 吴情树、黄晓亮:“简论刑法中的因果关系学说——基于客观归责理论”,载《中南大学学报》(社会科学版)2004年第4期;周国良:“刑法因果关系的定型性——从条件说到客观归责理论的考察”,载《检察实践》2005年第3期;张军、冯宇悦:“相当因果关系理论及其对我国刑法理论的意义”,载《黑龙江政法管理干部学院学报》2005年第1期。

④ 童德华:“刑法理论中的客观归属论”,载《现代法学》2002年第6期;“刑法中因果关系的层次及其标准”,载《政治与法律》2001年第5期。

⑤ 倪培兴:“论作为归责理论的犯罪构成理论”,载《刑事法评论》总第15卷,中国政法大学出版社2004年版,第126~164页;杨彩霞:“刑法因果关系论之危机、反思与出路”,载《国家检察官学院学报》2004年第4期;马国强:“刑法因果关系的客观归责解说”,载《大庆师范学院学报》2005年第1期。

⑥ 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。

⑦ 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。

⑧ 许永安:《客观归责理论研究》,中国人民公安大学出版社2008年版。

为,上述三位学者相关研究成果的集中出版,不仅极大地推动了我国刑法理论界对于客观归属问题的研究,而且合力为该理论开辟出了一条实践化的道路,虽然这条道路尚不平坦。

显然,当前客观归属理论无论在我国刑法研究中还是在其他国家的刑法研究和实践中,都存在诸多问题,如客观归属论的意义、客观归属的体系、客观归属如何展开等。这些问题无疑不构成阻止我们研究客观归属的理由。也正是因为这些问题的存在,使我们更迫切地需要对这些问题进行整理和作深入的研究。

二、理论范式的转向

由于每一种理论都是根据某种范式建立起来的,所以对于不同理论的分析 and 取舍,可能有必要触及它们之间最根本的构成因子,即它们的理论范式。对于以上问题而言,我们正有这种必要做极为基本性的法哲学思考:现代刑法的基本倾向是什么?不同流派的因果关系论各自的理论根据是什么?这些理论根据是否莫基于相同的范式?为了更好地说明研究的旨趣,笔者认为我们有必要建立“前现代性范式”和“现代之后的范式”两个概念,为下面的分析提供路径指引。

所谓范式,是一种应用极其宽泛但内容并不一致的概念。它首先由美国哲学家 T. S. 库恩提出来。在库恩看来,一个范式或者一组范式具有“这个团体的成员所共有的能使他们在释疑当中、能使他们在问题选择中、在解决问题的进化过程中观点趋于一致的那种力量”。^①虽然“范式”这一概念是库恩整个科学观的中心,并且在其代表作《科学革命的结构》中得到了系统阐述,但是,根据其他学者统

^① [美]托马斯·库恩:“对批评的答复”,载《批判与知识的增长》,周寄中译,华夏出版社1987年版,第364页。