



中南刑事法学术文库

过失犯中的 规范保护目的 理论研究

Research on the Theory of Protective Purpose of
Rules in Negligent Crime

李波 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

本书为教育部人文社会科学研究
青年基金项目（17YJC820020）的阶段性成果



中南刑事法学术文库

过失犯中的 规范保护目的 理论研究

Research on the Theory of Protective Purpose of
Rules in Negligent Crime

图书在版编目(CIP)数据

过失犯中的规范保护目的理论研究 / 李波著. -- 北京: 法律出版社, 2018
(中南刑事法学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2541 - 9

I. ①过… II. ①李… III. ①过失(法律) - 犯罪 - 研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 172987 号

过失犯中的规范保护目的理论研究
GUOSHIFAN ZHONGDE GUIFAN BAOHU
MUDI LILUN YANJIU

李 波 著

策划编辑 黄倩倩
责任编辑 黄倩倩
装帧设计 马 帅

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 19.25
字数 286 千
版本 2018 年 7 月第 1 版
印次 2018 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆分公司/023 - 67453036

深圳分公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85330678

上海分公司/021 - 62071639/1636

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2541 - 9

定价: 62.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

陈兴良*

李波在博士论文基础上修订而成的《过失犯中的规范保护目的理论研究》一书被纳入中南刑事法学文库,即将在法律出版社出版。这对于李波来说,是一件值得纪念的盛事,因为它是李波在漫长的刑法学术道路上迈出的第一步,也是最为重要的一步。李波约我为他的博士论文写序,基于对李波今天来之不易的学术成果的了解,我乐于做这篇序。

规范保护目的,是德国学者罗克辛教授所倡导的客观归责理论中的一个下位规则,相对于创设风险、实现风险和构成要件的效力范围等概念,规范保护目的是一个更为陌生,也是更为复杂的概念。尤其是李波将规范保护目的理论运用于对过失犯的研究,使本书内容更为专深,这是值得肯定的。

客观归责理论可以说是三阶层犯罪论体系的精华所在,也是刑法教义学的理论前沿。对于初次接触阶层犯罪论体系的人而言,理解客观归责理论确实还是存在一定难度的。因为传统的四要件的犯罪构成理论是以

* 北京大学法学院兴发岩梅讲席教授、博士生导师。

入罪为导向的,所谓犯罪构成要件就是犯罪的成立条件,致力于从犯罪成立的角度处理问题;而客观归责则是以出罪为导向的,它所要解决的是在什么情况下构成要件可以被否定的问题,致力于从犯罪不成立的角度处理犯罪。德国学者金德霍伊泽尔教授把客观归责定义为从构成要件上进行责任限定的审查步骤,其功能在于:结果是否由某个由行为人所支配的、不容许的、具有风险性的因果流程所促成?这样,客观归责就有了一种消极的任务:将无关的因果流程从刑法上的结果答责的范围中剔除出去。由于这种归责对主观方面仍是全然不予考虑的,因而被称为客观归责。^[1]在此,金德霍伊泽尔教授提出了客观归责理论所具有的所谓消极任务,这就是从客观上将那些虽然造成法益侵害结果但与因果流程无关的行为从结果归责中予以排除。如果是,因果关系是从事实上对构成要件要素进行筛选;那么,客观归责就是从规范上对构成要件要素进行筛选。在这种筛选过程中,也许有两个概念是最为重要的,这就是风险和规范保护目的。风险理论为对构成要件要素进行实质性的价值判断提供了根据,由此形成实行行为是否创设风险、构成要件结果是否实现风险等筛选步骤和规则。而规范保护目的则为对构成要件要素进行规范判断提供了根据,一般认为,规范保护目的理论可以分为两种情形:第一种情形是注意规范保护目的理论,第二种情形是构成要件保护目的理论,二者分别从行为不法和结果不法两方面对归责进行限制。

这里涉及规范保护目的的判断与风险的判断之间的关系问题,我认为这两者之间存在阶层关系。在对行为不法进行认定的时候,形式上的构成要件符合性是第一次判断,以此排除不符合构成要件的行为;风险创设是第二次判断,以此排除虽然符合构成要件但没有创设法所不允许的风险或者风险降低等行为;注意规范保护目的则是第三次判断,将以此排除不符合注意规范保护目的的行为。与此相同,在对结果不法进行认定的时候,也需要按照上述步骤依次推进:具备形式上的构成要件结果是第一次判断;该结果是法所不允许的风险的实现,这是第二次判断;该结果

[1] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第92页。

在构成要件保护范围之内,这是第三次判断。当然,在具体论述中,也存在规范保护目的判断被归入风险判断的现象,但这是两种不同性质的判断,应当加以区隔。

如何将规范保护目的理论适用于过失犯,这是李波在本书中需要处理的一个问题。相对来说,过失犯理论的研究是较为薄弱的,在客观归责理论上也是如此。在德国刑法教科书中,关于故意犯的客观归责往往充分展开,但对于过失犯的客观归责则一般都只有寥寥数语。可以说,在本书中,李波对过失犯如何通过规范目的保护理论进行归责限制这个问题,还是进行了充分的展开,由此不仅推进了客观归责的理论研究,而且在过失犯的理论研究领域取得了前沿性的成果,这是本书的贡献之所在。

李波原先是在地方法律院校从事犯罪学教学研究的年轻教师,获得机会来到北大进行访学。在访学期间师从在犯罪学上具有深厚功底的白建军教授,本来沿着这条路往前走,也会有一个不错的结局。访学期间,李波旁听过我的课程,期间也有交谈。结束访学以后,李波产生了考博的想法。这对于李波是一个很大的考验,因为就考试内容而言,主要涉及刑法教义学。而对于从事犯罪学教学的李波来说,这恰恰是弱项。然而,李波克服了困难,顺利地考上了北大刑法专业的博士生,并且在为期四年的博士生学习过程中,完成了刑法教义学的圆满转型。现在摆在读者面前的《过失犯中的规范保护目的理论研究》一书,就是明证。当然,我并不是说只有刑法教义学才是重要的,其实在刑法理论研究中,需要各种不同方法与不同视角的研究,由此形成不同的理论形态,这就是德国学者李斯特所倡导的整体刑法学的观念。然而,在整体刑法学中,刑法教义学是基础。只有在这一基础之上,才能进一步打通刑事法的各个分支学科之间的隔阂。因此,任何从事刑事法理论研究的人,都应该具备刑法教义学的知识基础。李波通过自己的努力,达到了刑法教义学的尖端,这是值得嘉许的。

李波在本书后记中引用了我曾经对他说过的话,提及我曾经并不看好他,觉得他的基础较为薄弱。这确实是我当时的真实想法,现在李波取得了出人意料的成就,也并不表明我当时的想法错了,而是李波以刻苦勤劳的学习与钻研弥补了自己的不足。其间甘苦,唯有李波自知。作为一

个旁观者,我也是深怀感慨。老师在招收学生,特别是在招收博士生的时候,是否具有培养前途,这是需要作出的一个判断。而这个判断本身是一种预测,需要建立在对现有水平的了解之上。但这种以现有水平为根据的判断又不是百分之百准确的,确实也存在例外。有些人现有水平虽然不是最为理想,但经过自身的努力,最后取得了圆满的结果。也有些人虽然现有水平达标,但由于各种原因未能取得所期待的成果。这也说明,事物是在变动的,对任何人都要采取变化的观点看待,而不能把人看死了。这是一种看人的哲学,也是一种招生的哲学。以此观之,不能不说具有一定的偶然性和运气的成分。事实上,我们每个人都生活在偶然性之中,这不是我们所能把握的。只是无论在什么境遇中,我们都应当坚持向自己的理想与目标奋进,这才能在变动不居的世界,保持我们的定力。

李波从北大刑法专业毕业以后,来到中南财经政法大学刑事司法学院从事教学研究工作,面临工作与生活双重考验。以现在较高的学术起点,我相信李波会坚持不懈的努力并将在刑法学术研究上取得更大的成就,这是可期待的。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017年5月23日

序 二

王 新*

在李波博士的书稿《过失犯中的规范保护目的理论研究》即将付梓出版之际,他请我为之作序。作为其攻读博士学位的指导老师,我为此心里十分愉悦,欣然答应。

这本书是李波在他的同名博士论文基础上修改而成。李波是我所指导的第二任博士生。在他于2012年进入北大攻读刑法博士学位之前,他已经于2006年7月起,在曲阜师范大学法学院从事教学工作,主讲犯罪学、刑事政策学。为了进一步提升自己的学术造诣,从2011年8月开始,他在北京大学法学院开始为时一年的访学项目,师从白建军教授。在即将结束北大访学之前,李波产生了攻读博士的想法,也与我有过交流。录取之后,导师组将李波分配给王世洲教授指导,后来又调整到我的名下。这次调换导师的事件,对于我们博士生导师来说或许只是个小事,学生也依然是在北大同一刑法学科的“大家庭”下研习,但对于李波这个“当事

* 北京大学法学院教授、博士生导师、刑法学科召集人,兼任北京市昌平区人民检察院副检察长、中国刑法学研究会常务理事。

人”来讲,则是一个全新开始的转折点。入学后,李波为了不辜负老师们的期望,也为了尽快提升自己刑法教义学的研究水平,进入一种完全忘我的学习境况之中,不仅旁听他以前没有上过的多门刑法课程,而且整天泡在图书馆里阅读文献资料,以至于我每次见到他时,都在提醒他减压,不要把自己绷得太紧,这并不是生活的全部,但他依然乐此不疲。

2013年确定博士论文选题时,我与李波进行了多次交流。我建议他在选择题目时,不能只考虑眼前的利益,为了论文而论文,而要将选题作为其将来从事教学研究工作的“富矿”,最起码可以供自己挖掘三至四年,以此结出比较丰硕的学术成果。经过再三的讨论,李波提出他一直关注规范保护目的理论,认为这是刑法研究中非常前沿的问题,能够弥补传统归责理论的缺陷,具有限制可罚性范围、促进处罚精确性的功能,但是目前我国大多数学者尚未认识到这一理论的潜在价值,既有的研究成果也忽视规范保护目的理论基础的探索,仅停留在传统过失犯对单一性注意义务的探讨层面上,故有强烈的意愿将此作为选题。在尊重他个人研究兴趣的基础上,我指出规范保护目的理论在国内的研究尚不深入,将其作为研究选题可以填补国内研究的空白,也有助于深化对客观归责理论的研究,但这对研究者的基础理论功底和收集消化文献资料的要求非常高,故在鼓励他的前提下,心里还有一丝的顾虑,决定看其进展的情形再做最后的定夺。

自从李波确定好自己论文的选题之后,他就完全投入到文献收集、消化资料、提炼和整理观点的艰辛过程中,并且陆续地在《政治与法律》《政法论丛》《中国刑事法杂志》《刑事法评论》《刑法论丛》等法学核心刊物上,独立发表了《交通肇事“逃逸”的含义——以作为义务的位阶性为视角》《行为人刑法转型与当代中国的选择》《规范保护目的理论》《瑕疵产品生产及销售过程中不法集体决策的归因和归责》《刑法中注意规范保护目的理论研究》《社科法学与法教义学共生论——兼论刑事政策与刑法教义学之关系》《论制造法不容许的风险》等近十篇论文,其中有三篇论文被人大复印资料《刑事法学》全文转载。看到他所取得的优异成果,我感到十分欣慰,彻底打消了过去对他的顾虑。他完全凭借自己的不懈努力和韧劲,交出了一份令人满意的答卷。

在李波的后期刊文写作中,我经常与他在论文框架、逻辑进程、观点提炼和表述、文献综述、学术规范、文字用语等方面进行交流。最终在他的博士论文指导老师的评语书中,我写下以下肯定的意见:

“自从规范保护目的理论诞生和发展以来,它在限制归责方面发挥了重要作用。同时,作为一种分析工具,规范保护目的已经成为刑法解释论的方法之一,对于过失不法的精确化和归责体系的科学化具有重要的意义。随着客观归责理论在我国的深入研究,规范保护目的理论也引起我国刑法学界的广泛关注。但是,目前我国刑法学界没有澄清该理论的一些基本概念,对于诸如规范保护目的的内容、分类、功能、界限以及体系性地位等深层次的问题,在研究上也尚未进行充分的比较研究和深入挖掘。从这个意义上说,该文的选题具有前沿性的理论研究意义。”

该文在大量收集已有研究成果和相关中外文献资料的基础上,首先,细致地分析和界定规范保护目的的概念,并且辨析规范保护目的与法益之间的关系;其次,细致地梳理规范保护目的理论在两大法系的发展脉络;再次,从思想基础、学科基础和方法基础三个方面,细致地阐述规范保护目的的理论基础,并且在探讨解决路径的失败和原因的基础上,对规范保护目的理论的功能予以分析;最后,在以上综述与分析的基础上,论述注意规范保护目的与风险制造、构成要件保护目的与风险实现等若干问题,旗帜鲜明地提出自己的主张,认为该理论的兴起源于结果归责的规范化,它对于过失犯归责体系的重构发挥了重要作用。该文的某些观点,诸如从思想、学科、方法三个方面对规范保护目的的理论基础的探讨等,具有一定的启发意义,尤其是论文对规范保护目的理论在大陆法系和英美法系的起源、发展和述评,梳理得非常细致,填补了国内在此问题研究上的空白地带。

综观全文,所引用的中外文献资料翔实和可靠,研究视野开阔,观点明确,论证充分,结构合理,写作规范,文字通顺,逻辑性强,在许多观点上具有自己独到的见解。

李波同学在攻读博士学位期间,学习努力,在所选修的研究生课程的考核上,取得了优异的成绩。英语通过了国家六级考试,能够流利地利用英语进行学术方面的阅读和翻译。同时,他具有很强的独立研究能力,能

够圆满地协助导师完成科研和教学工作。

综观李波同学四年来在校的表现和本论文的水平,我认为他专业理论基础扎实,具有很强的科研能力,《规范保护目的理论与过失犯的归责限制》完全符合法学博士学位论文的写作要求,所以同意予以答辩。

在2016年5月举行的博士论文答辩会上,由陈泽宪教授(担任主席)、刘仁文教授、王世洲教授、郭自力教授、赵国玲教授和我共同组成的答辩委员会,一致认为李波的论文具有重要的理论价值,不仅推进了客观归责理论在我国的研究,而且在过失犯的理论研究中取得前沿性的成果,他也圆满地回答了答辩委员会成员提出的问题,故全票通过了其论文的答辩。

李波博士在自己取得的既有研究成果基础上,经过多方面的努力,最终得以在中南财经政法大学刑事司法学院任教。2016年10月在武汉举办的中国刑法学研究会的年会上,他来看望我,汇报了自己在武汉的工作和生活情况。虽然他现在与妻子分居两地,自己独自带一个女儿在武汉生活,并面临着新入职后的沉重教学任务和论文考评压力,但依然保持着积极向上和乐观的精神状态,还将他的博士论文修订整理成书,并且具有新的超越。现在推出的《过失犯中的规范保护目的理论研究》一书,正是李波博士对他这些年来研究重心的积累和学术汇报。可能李波并不具有极高的治学禀性,但是他非常勤勉认真,具有一股深入学习与钻研的韧劲,乃至狠劲。这恰如绿茵场上的德国球星克洛泽,虽然他不具备罗纳尔多的“外星人”天赋,但依然凭借自己的努力,大器晚成,最终取得世界杯决赛阶段最多总进球的骄人成绩。有鉴于此,我完全排除合理怀疑地确信,这本书的出版只是李波博士学术生涯的一个开始和印记,并且期待他在今后的学术征程中取得更大的成绩。

是为序。

谨识于北京大学法学院陈明楼

2017年7月

目 录

第一章 绪论 /001

一、规范保护目的理论的重要性 / 001

(一)传统归责理论的缺陷与弥补 / 001

(二)客观归责的核心:规范保护目的理论 / 004

二、国内外研究现状述评 / 010

(一)国外之相关研究 / 010

(二)我国台湾地区之研究 / 014

(三)我国大陆之研究 / 019

三、问题、内容与文章架构 / 028

(一)问题与内容 / 028

(二)文章架构 / 030

第二章 规范保护目的理论之发展脉络 /031

一、大陆法系规范保护目的理论之前史 / 031

(一)起源及其背景 / 031

(二)早期发展情况 / 036

(三)民法规范保护目的理论之影响 / 041

(四)规范保护目的理论之民刑差异 / 045

二、大陆法系规范保护目的理论之现状 / 047

(一)积极支持的观点 / 047

(二) 怀疑与反对的观点 / 061

(三) 教科书和司法判例的立场 / 065

三、英美法系规范保护目的理论之概况 / 067

(一) 早期发展情况及背景 / 068

(二) 英美规范保护目的理论发展现状 / 072

四、本章小结 / 078

第三章 规范保护目的概念之考察 / 080

一、规范保护目的与法益的混淆 / 082

(一) 混淆的原因 / 082

(二) 二者的区分 / 087

二、规范保护目的概念之解构 / 091

(一) 规范保护目的之“规范” / 091

(二) 规范保护目的之“目的” / 094

三、规范保护目的在过失犯归责中的应用 / 099

(一) 过失犯归责的规范限制 / 099

(二) 规范保护目的理论的运作 / 103

(三) 规范保护目的理论的应用限制 / 108

四、本章小结 / 110

第四章 规范保护目的理论之基础 / 112

一、规范保护目的理论之思想基础 / 113

(一) 规范保护目的理论与反抗“自陷禁区” / 113

(二) 规范保护目的理论与立法目的原则 / 119

(三) 规范保护目的理论与规则功利主义 / 122

二、规范保护目的理论之学科基础 / 130

(一) 规范保护目的理论与跨越“李斯特鸿沟” / 130

(二) 跨越“李斯特鸿沟”：一场误会？ / 134

三、规范保护目的理论之方法基础 / 138

(一) 从“条件说”到“客观归责” / 138

(二) 从“自然·物理”思维到“规范·政策”思维 / 143

(三)从“立法原意”到“立法者的价值立场” / 147

四、本章小结 / 152

第五章 规范保护目的理论之功能 / 153

一、规范保护目的理论与过失犯归责的规范化 / 154

(一)传统过失犯归责的非规范性 / 154

(二)不法构成要件的规范限制 / 158

二、规范保护目的理论与过失犯的构造 / 161

(一)旧过失论的归责限制路径及其缺陷 / 161

(二)新过失论的归责限制路径及其缺陷 / 162

(三)客观归责理论的归责限制路径 / 164

(四)对国内批评意见的回应 / 166

三、规范保护目的理论与过失不法的阐明 / 168

(一)注意规范保护目的与行为不法 / 168

(二)构成要件保护目的与结果不法 / 171

四、本章小结 / 173

第六章 注意规范保护目的理论与风险制造 / 175

一、注意规范保护目的理论的体系性地位 / 176

(一)第一层次的讨论 / 176

(二)第二层次的讨论 / 179

(三)第三层次的讨论 / 184

(四)第四层次的讨论 / 186

二、风险降低、假定因果关系与注意规范保护目的 / 192

(一)风险降低与注意规范保护目的 / 192

(二)对假定因果关系的初步批评 / 195

三、注意规范保护目的理论与其他周边范畴的关系 / 205

(一)缺乏危险创设、信赖原则与注意规范保护目的 / 205

(二)自我危险化的参与与注意规范保护目的 / 210

四、本章小结 / 214

第七章 构成要件保护目的理论与风险实现 /216

一、结果归责的限制:从经验到规范 / 218

(一) 结果归责的传统限制路径 / 218

(二) 结果归责的现代限制路径 / 222

二、构成要件保护目的与合法替代行为的地位 / 225

(一) 构成要件保护目的的地位 / 225

(二) 合法替代行为理论的地位 / 229

三、构成要件保护目的与合法替代行为的关系 / 247

(一) 两种理论的混淆 / 247

(二) 两种理论的区分 / 248

(三) 两种理论的位阶关系 / 250

(四) 两种理论的指导关系 / 252

四、构成要件保护目的与周边范畴之关系 / 252

(一) 异常的因果流程与构成要件保护目的 / 253

(二) 合意的他人危险化与构成要件保护目的 / 256

(三) 第三人责任范围与构成要件保护目的 / 258

五、本章小结 / 261

第八章 结语 /263

参考文献 /269

后 记 /282

第一章 绪 论

一、规范保护目的理论的重要性

(一) 传统归责理论的缺陷与弥补

归责过程不是无价值的形式逻辑的推理过程,而是规范的、目的论的评价过程。这是现代刑法教义学的成果之一,也是本文的起点。

众所周知,我国传统结果归责理论是必然与偶然因果关系说。该说认为,必然因果关系是因果关系的主要形式,偶然因果关系是因果关系的次要形式。必然因果关系是指行为与结果之间内在的、必然的、合乎规律的引起与被引起的联系;偶然因果关系是指行为与结果之间的偶然联系。^[1]但是,因果关系的必然性或偶然性考量是比较混乱的,其中既有经验判断也有规范判断,既有一般判断也有具体判断,结论也是因人而异的。而且,必然与偶然因果关系说有一定的哲学色彩,在司法实践中不容易把握。实际上,必然与偶然因果关系判断是以条件说、合法则的条件说和可预见标准为主要内容的。其中条件说和可预见性标准主要表现在偶然因果关系中,合法则的条件说则主要表现在必然因果关系部

[1] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第5版),北京大学出版社2011年版,第79页。

分。这也是后来该说倒向相当因果关系说的原因之所在。不过,德国经验已经证明这种做法是行不通的。“受到自然主义影响的德国刑法学说认为,结果归责这个规范的一般性问题可以用等价理论解决,在过失犯中的特殊问题可以用预见可能性解决,这数十年来所走的是错误的歧路。”〔1〕可见,自然主义的条件说无法妥当解决结果归责的界限问题,现代客观归责理论则以制造和实现法不容许的风险为标准,为结果归责安排了令人信服的规范界限。〔2〕

在德国,为弥补条件说与相当性理论的缺陷,20世纪30年代恩吉斯(Engisch)区分了行为的危险与危险的实现,前者采规范标准,后者采经验标准。20世纪60年代末至70年代初,鲁道菲(Rudolphi)、罗克辛(Roxin)等学者又开始在刑法学中提倡规范保护目的理论,这一理论与恩吉斯的双层相当性理论相融合,形成了现在的客观归责理论。〔3〕客观归责理论具有以下特征:第一,规范性。客观归责判断包括两个阶层:制造法不容许的风险,该风险又在具体结果中实现。其中,“风险区域的范围则是依据刑法保护规范的范围所确定的”。〔4〕第二,类型性。以往的归责理论大都是单个的理论,很少有具体的下位规则,这样无形中就限制了理论的解释力。客观归责具有结果避免可能性理论、规范保护目的理论、容许风险理论等下位规则,能够有针对性地分析不同类型的案例群。第

〔1〕 [德]许迺曼:《在莱比锡和维也纳刑法注释书中所呈现出刑法修正后的德语区刑法学》,陈志辉等译,载许玉秀、陈志辉主编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,新学林出版股份有限公司2006年版,第317页。

〔2〕 显然,客观归责理论不只是结果归责,它还包括行为归责即对实行行为的探讨。弗里希批评了这一点,从而将客观归责理论区分为包括行为归责的“广义的客观归责理论”和不包括行为归责的“狭义的客观归责理论”。参见[德]沃尔夫冈·弗里希:《客观之结果归责》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第30卷),北京大学出版社2012年版,第253页。笔者在这里采广义说,因为“客观归责论和实行行为论并不是互斥的,因为行为的危险性的大小,在‘危险的实现’判断中也发挥了重要的作用。”参见周光权:《客观归责方法论的中国实践》,载《法学家》2013年第6期。许玉秀教授也认为,“‘结果归责’的关键在于是否制造了造成结果的危险,所谓对结果的发生是否相当,是否具有重要性,都是在描述‘危险’的性质,而实现构成要件结果的‘危险’,就是实行行为”。参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国法制出版社2005年版,第428页。可见,结果归责判断与实行行为判断紧密纠缠在一起。

〔3〕 参见张明楷:《也谈客观归责理论》,载《中外法学》2013年第2期。

〔4〕 熊琦:《论客观归责理论的规范维度》,载赵秉志主编:《刑法论丛》2012年第2期,法律出版社2012年版,第66页。