

主观与客观之间

——
主观理论与客观归责

许玉秀
著




法律出版社
LAW PRESS CHINA

主观与客观之间

——主观理论与客观归责

许玉秀 著

图书在版编目(CIP)数据

主观与客观之间:故意理论与客观归责/许玉秀著. —北京:法律出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8023 - 6

I. 主… II. 许… III. 刑法—法的理论—文集

IV. D914. 01 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 198393 号

© 法律出版社·中国

著作权合同登记号

图字:01 - 2007 - 6095

主观与客观之间:
故意理论与客观归责

许玉秀 著

责任编辑 刘文科 张春喜
装帧设计 贾丹丹

开本 A5

版本 2008 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京民族印刷厂

印张 13 字数 348 千

印次 2008 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

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

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

苏州公司/0512 - 65193110

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8023 - 6

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主观与客观之间

——主观理论与客观归责

目 录

1. 走出主观与客观的迷思
——一个(不(太)不)谦虚的尝试 /1
2. 客观的故意概念?
——评德国的间接故意理论 /34
3. 区分故意与过失
——论认识说 /122
4. 探索过失犯的构造
——行为人能力的定位 /135
5. 检验客观归责的理论基础
——客观归责理论是什么? /164
6. “最高法院”1989年台上字第3693号
判决的再检讨
——前行为的保证人地位与客观归责
理论初探 /212
7. 论西德刑法上保证人地位之实质化运动 /247

8. 前行为保证人类型的生存权?
——与结果加重犯的比较 /288
9. 台湾地区“环境刑法”规范的过去、现在与未来 /336
10. “水污染防治法”的制裁构造
——环境犯罪构成要件的评析 /360
11. 两德统一条约中若干刑事法问题的检讨 /389

走出主观与客观的迷思

——一个(不(太)不)谦虚的尝试

目 次

壹、泛滥的主观说与客观说

贰、厘清各种主客观争议所在

一、三类争议

二、第一个破解——都是客观说

(一)一般的经验认知

(二)所谓的平均标准

三、第二个破解——真正的主客观之争

(一)迷思所在

(二)两个理解面向

(三)形式与实质的“刑法规范的客观目的”

叁、客观归责理论

一、客观目的性的意义

二、客观归责的要义

(一)构成要件行为 = 具有法所不容许的风险

(二)过失 = 违反注意义务 = 制造不被容许的风险

(三)注意义务规定在哪里？

三、归责判断的构造

(一)阻却客观归责事由——基本结构

(二)三大阻却归责事由的位阶

(三)像罗生门的判断构造

1. 最低的共识

2. 信赖原则

3. 回溯禁止

4. 风险竞合和规范保护目的

5. 相当理论

四、特别的认知

(一)问题所在

(二)特别认知和保证人地位

肆、走出客观的迷惑

一、亟待沉淀的客观归责结构

(一)不法和罪责要素杂处

(二)客观归责判断限缩构成要件的适用范围

二、行为主观面对客观面的作用

(一)客观归责与故意

(二)错误与对应判断

(三)对应理论无法破解迷思

(四)过失也有主观不法

(本文原载于蔡墩铭教授祝寿论文集——现代刑事法与刑事责任，
1997年2月)

尝试着向一个刑法理论史上近两百年的难题挑战、向一个原始的哲学难题扣关,或者是狂妄,或者就是痴傻,或者只是单纯的好奇。而这个尝试或者很“谦虚”,或者不谦虚,或者不太谦虚,或者不太不谦虚,或者太不谦虚!

壹、泛滥的主观说与客观说

各种刑法理论最终要解决的问题,都是归责的问题。对学习刑法的人而言,所有解决方案,似乎总在主观说与客观说之间纠缠不清。翻开大部分的新旧刑法教科书,迎面而来的是关于主观主义与客观主义的介绍^①,所涉及的是归责对象何在的争执,是行为、结果或行为人?和犯罪理论上的主观主义及客观主义之争同样年代久远的理论,是主观违法理论和客观违法理论,它们属于犯罪阶层理论其中的一个发展阶段,所牵动的是构成要件理论,构成要件因而进一步被认为包含主观和客观要件,从而产生主观不法与客观不法的争论:不法始终是取决于行为人的“个人行为不法”^②,抑或是行为的客观可归责性决定行为人的认识范围,进而决定行为人是否有主观不法^③?这个争论从70年代即已开始,但一直到80年代末期、90年代初期,才变得特别尖锐,而成为90年代刑法理论上最重要的争点之一。与这个争点相关的,即是故意理论上的主观论和客观论,这个争点从19世纪延续到这个世纪末,从80年代中期至今,再度成为理论争议上的明星。

① 蔡墩铭,《中国刑法精义》(1994),页40—43;高仰止,《刑法总则之理论与实用》(1994),页39—40;韩忠谟,《刑法原理》(1992),页38—42;甘添贵,《刑法总论讲义》(1988),页8以下,尤其是9、10及19页;郑健才,《刑法总则》(1982),页8;胡长清,《中国刑法总论》(1953),页4。

② Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 62.

③ Roxin, *Finalität und objektive Zurechnung*, *Arm. Kaufmann-FS* 1989, S. 237, 240f.

不法理论和故意理论上的主观说与客观说之争,国内文献尚少议论^④,一般文献中所出现的主观说与客观说包括:

- (一)判断过失的标准,采一般人的标准或行为人的标准^⑤。
- (二)因果关系理论中相当因果关系有客观说、主观说之分^⑥。
- (三)着手的判断标准有主观说与客观说^⑦。
- (四)未遂处罚理论有主观说与客观说^⑧。
- (五)中止犯任意中止的判断标准有主观说与客观说^⑨。
- (六)不能未遂的判断标准有主观说与客观说^⑩。
- (七)期待可能性的判断标准有平均人标准和行为人标准^⑪。
- (八)区分正犯与共犯的理论有主观理论和客观理论^⑫。
- (九)牵连犯中方法目的或原因结果牵连关系的判断标准,有主观说和客观说^⑬。

以上是涉及主观说和客观说的荦荦大者。虽然都称为主观说和客观说,而且往往有折衷说或综合说出现,或者在主观说和客观说当中,再区分出形式或实质的主客观说,但各种观点的内涵并不相同。因此,不

④ 仅见许玉秀,客观的故意概念?——评德国的间接故意理论一,政大法学评论四十八期(1993),页45—118;检验客观归责的理论基础——客观归责理论是什么?刑事法杂志三十八卷一期(1994),页30—62;刑事法杂志三十八卷二期(1994),页61—86。

⑤ 韩忠谟,刑法原理,页228—230。

⑥ 韩忠谟,刑法原理,页124—125;高仰止,刑法总则之理论与实用,页187—190;甘添贵,刑法总论讲义,页85。

⑦ 林山田,刑法通论,5版(1995),页229—232;蔡墩铭,中国刑法精义,页196—197。

⑧ 林山田,刑法通论,页226—227。

⑨ 甘添贵,刑法总论讲义,页338—350。

⑩ 高仰止,刑法总则之理论与实用,页321。

⑪ 高仰止,刑法总则之理论与实用,页290—292。

⑫ 蔡墩铭,中国刑法精义,页222—226;林山田,刑法通论,页271—277;韩忠谟,刑法原理,页288—293;303—316。

⑬ 韩忠谟,刑法原理,页378—379;高仰止,刑法总则之理论与实用,页350—351。

管是初习刑法的人,或是已浸淫刑法学相当时日的研究者,往往因为这种种主客观理论纠葛,感到十分受折磨而认为:

刑法理论不过是一连串的“主观与客观的迷思”。

贰、厘清各种主客观争议所在

一、三类争议

上面所列出来的主观说与客观说可分成三类:第一类是解决问题的判断标准,采平均人的能力标准或行为人的能力标准,例如有无过失,以及期待可能性的判断。客观说,即根据平均人的能力,决定结果能否避免,能否期待行为人不为不法行为;主观说,则根据行为人个人的能力,判断行为人能否避免结果,能否选择不为不法行为。第二类则是根据一般经验或根据行为人个人的认知判断。前者是客观说,后者是主观说。例如对因果关系的判断、对中止犯的判断、对不能未遂和对牵连犯中牵连关系的判断,客观说,即直接以一般人的经验法则,判断行为是否足以导致结果发生,或中止行为是否足以防止结果发生,或数罪之间,在一般经验法则上是否有方法、目的或原因、结果的关系;相对地,即是行为人自己主观上的看法。第三类是根据行为的客观面或行为人的主观意思而为判断,例如着手理论和正犯与共犯区分理论中的客观说,以行为人是否表现出开始实施接近构成要件行为(或开始实施构成要件行为),或是否实际上已参与构成要件行为之实施为判断依据;主观说则是以行为人的主观意思,是否已开始实施构成要件或接近构成要件的行为,或者是否以正犯的意思参与犯罪的实施,作为判断依据。这一种主观说与客观说之间的区别,固然主要在于判断对象的区别,但针对行为的客观面进行判断时,仍然需要所谓“一般的认知逻辑”作为判断的方法,例如何谓开始实施接近构成要件的行为,即必须根据一般的认知逻辑,针对构成要件的行为的特质,决定是否行为人所表现出来的行动,已接近构成

要件行为,至于行为人之所为是否即构成要件行为,也必须根据一般的认知逻辑,检验行为人所采取的行动,是否有对法益造成不被容许的风险,才能确定。

从决定结论的关键点在于行为或行为人而言,未遂犯处罚理论中的主、客观理论,故意理论中的主、客观理论,主观不法与客观不法理论之争,以及19世纪末期即开始的争论——主观主义与客观主义之争,都属于第三类的主客观迷思。

二、第一个破解——都是客观说

(一)一般的经验认知

在三类主、客观之争当中,第二类的一般认知逻辑和行为人个人认知之争,是关涉经验认知逻辑的主客观说,是每一个判断过程所必须使用的推论方法,在三种主客观之争皆有适用,因此严格言之,并不能成为一种独立的主、客观争议类型,而且这种争执其实并不存在。

所谓一般的经验法则,也是法规范用以确定合法与不法界线所根据的法则,站在评价行为是否不法,规范是否应该予以责难的立场,不可能不根据确定规范界限时所依据的一般认知经验作判断。以因果关系是否存在为例,不管根据哪一种理论,都有一般经验法则作为判断依据,而所谓行为人主观的认知,也不可能脱离一般认知经验,因为行为人作为一个正常人,或平均人,也就是规范所假设的规范对象,他在特定时空的认知,也是根据他的一般认知经验而形成的认知,而行为人如果是一个能接受规范的平常人,则他的认知经验和一般人的认知经验应该是相同的,换言之,在行为人是一般规范所设定的正常人的情况下,其实只有一种判断方法,即一般的经验认知,所谓主观说和客观说的对立是不存在的。因此,第二类主观说和客观说之争,以及几乎成为一种定则而伴随出现的综合说(混和说)或折衷说,完全是一种文字骗局,这种骗局是主、客观字面意义所表现出来的形式逻辑造成的,它们都只是同一种判断方法的幻象而已。

(二)所谓的平均标准

如果行为人不同于规范所设定的一般人,或者是有特殊认知经验的

人,或者是没有一般人的认知能力的人,那么可能产生第一类的主、客观之争,第一类的主客观之争,是在必须比较行为人与一般人的评价条件时,才会发生。上述第一类主客观之争所举的例子,都是确定是否对行为人予以具体归责的例子,如过失或期待可能性的判断,属于传统刑法理论上有责性(即罪责)的判断领域。更具体地说,在确定行为人的识别能力和控制能力时,会有比较行为人和平均人受规范能力的必要,从而有行为人标准和平均人标准这种主、客观之争。

但这种争执也不能称为主观说和客观说之争。因为在比较行为人和平均人能力时,必然区分出高于、等于和低于平均人能力三种情形,这三种情形表示三种程度的认知经验,如果行为人的能力高于平均人,则必然以属于行为人层级的平均能力作为判断依据,例如将过失区分为普通过失和业务过失,从事一定业务之人,即必须具备属于专业层级的能力;反之,对有智能或体能障碍之人,则是依据较低层级的能力标准作为判断依据,而且是以较低层级的普遍标准为依据。换言之,在各种程度的认知经验当中,各取其平均标准作为判断依据,只是在不同层级作平均值的判断,并没有所谓的主观说存在。

因此,即便在确定罪责时,需要比较平均人与行为人的能力条件,也只是因为罪责的认定,是具体而个别的认定,因而客观化的判断也必须进一步具体化,但并不表示行为人的个别认知和个别能力是决定的依据。有个判断因果关系的例子,更可以说明这种分别层级作平均判断的结论:在被害人是血友病患者的伤害案例中,如果被害人因被伤及腿部,却因血液无法凝固,失血致死。检讨因果关系时,经常出现两段过程,一个是询问伤及腿部,一般而言是否足以致死,紧接着是询问行为人是否知道被害人有血友病。这种检验方式不但不能得到答案,而且使得行为人的主观认知进入一般因果流程的判断中,显得十分奇怪,而产生因果关系判断是客观判断,或是否亦应考虑行为人的主观认知这样的质疑。其实,只要区分出一般的客观判断标准和具体(个别)的客观判断,答案即很明显。当行为人不知道被害人为血友病患者时,所谓的一般经验法

则,即是一般而言,伤及腿部是否足以致死这个经验法则,但当行为人知道被害人为血友病患者时,据以判断因果关系的法则,即为一般而言,伤及血友病患者腿部,是否足以导致死亡结果。所谓行为人的主观认知,是界定判断对象的要件之一,而不是判断的标准。

三、第二个破解——真正的主客观之争

(一)迷思所在

从以上对第一类和第二类主、客观理论的剖析,可以得到几个关键结论:第一,如果把一般人的经验认知称为客观的观点,则第一和第二类主、客观理论,其实只是不同层级的客观理论,而这种只有客观理论的结论,在规范性的评价上,是必然的,因为规范总是建立在一般普遍认同的基础之上,从规范的角度确立不法和罪责的界限,都不能不依据法规范的目的决定界限,换言之,不可能不是采一般的客观标准。第二,在不法的领域和罪责的领域,都有一般客观判断和具体客观判断的区别,而顾及行为人主观面的检验,会改变判断范围,即判断层级,可能影响判断结论的,是判断对象在行为的主观面或客观面。例如血友病与因果关系的例子,虽然因果关系属于不法领域的问题,但当行为人的特殊认知要素被考虑到时,判断的范围即发生改变,结论也因而可能发生改变,因此所谓主、客观理论真正发生差异的主、客观之争,是第三类的主、客观理论之争,这也才是自19世纪以来,真正而有待破解的迷思所在。

(二)两个理解面向

第三类的主客观之争可以就两个方面理解:第一,古典主观主义与客观主义之争,在于刑罚的对象,是行为对法益的侵害,即结果不法,或行为人的危险性,即行为人对法秩序的敌对态度。未遂犯处罚理论中的主观说和客观说具有这种意义。第二,根据行为客观上所显现的事实状态,或行为人主观认知,决定行为不法是否存在,例如着手阶段的判定,行为人究为共犯或正犯,以及故意与过失的区分。这又可朝两个方向理解:其一,客观理论所持的理由是,只有在客观上表现出来的,才是能被理解的,对法益才能有具体可掌握的侵害或威胁,行为人主观上的认知,

只是行为人内在的心理事实,不能成为评价的对象;反之,主观理论则认为,客观不法皆为行为人主观认知的表现,对于客观事实的检验,目的在于确认行为人的不法,确认行为人的可归责^⑭。其二,客观理论认为当客观事实依一般认知逻辑是有意义的,行为人的主观认知也才有意义,换言之,行为的不法是由行为的客观面所决定的,如果只是行为人主观认知不法而行为,也不能认为有行为不法存在,例如在雷雨夜怂恿被害人夜游,即因被害人的行为并非有构成要件的危险意义,因此行为人的认知即不具有刑法归责上的意义,亦即对一般人而言,行为不是开始于行为人的认知,而是始于它的客观性^⑮;反之,主观理论则认为,行为不法完全来自行为人依其主观认知而行为之中,行为是否足以导致结果发生,与不法无关,所发生的结果,也与不法无关^⑯。

(三)形式与实质的“刑法规范的客观目的”

整个第三类的主、客观之争,代表犯罪行为体系理论(即犯罪论)最根本的演变和争论。第一种理解面向中的主观主义和客观主义之争,乃是对“刑罚制裁的理性”之争,而所谓“刑罚制裁的理性”,其实就是“刑法规范的客观目的”。换言之,古典的主、客观理论,就是对“刑法规范的客观目的性”做不同角度的主张。客观主义强调行为的客观面,强调结果非价,正是以避免法益受害解释刑法规范的客观目的;主观主义不原谅“行为人的法敌对态度”,即是以保护法规范的尊严解释刑法规范的客观目的。如此看来,这里的主、客观理论之争,其实也不是真正的主、客观之争,因为“保护法规范”或“保护法益”都是客观的观点,两种观点真正的区别是形式与实质观点的区别。“保护法规范”是形式的观点,因为不问规范的内容是什么;“保护法益”是实质的观点,因为确认规范的内

^⑭ Puppe, NK² (1995), 15/104ff.; Puppe 和许玉秀, 错误理论与故意理论, 政大法学评论五十五期(1995), 页 195 以下, 269—296, 297—328。

^⑮ Jakobs, AT² (1991), 6/73.

^⑯ 许玉秀, 刑事法杂志三十八卷一期, 页 35—37; Armin Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-FS, 1974, S. 393, 403, 411; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S135ff.

涵是保护法益,这两种观点,在今日德国刑法学客观归责理论当中,恰好各有代表。骆克信(Roxin)用以建立客观归责理论的客观要素——客观目的性(die objektive Zweckhaftigkeit),即是以“行为人的行为是否制造了足以侵害法益的风险”为其内涵^{①⑦}。而Jakobs从刑法“稳定规范”的目的^{①⑧},得出“意欲错误”(Wollensfehler)及“欠缺遵守规范的意愿”,即是实质的罪责依据^{①⑨},正好与古典的主观理论完全契合。

从“规范的客观目的”看古典的主、客观理论,其实是形式与实质观点之别,而形式与实质的观点不是互相对立的观点,而是互相补充的观点,因此,并不互相冲突。从Jakobs将罪责的实质基础置于行为人的“意欲错误”来看,则古典的主、客观理论,其实只是主观归责与客观归责的说明^{②⑩}。如果将客观归责理解为“不法判断”,主观归责理解为“罪责判断”,则主、客观之间,似乎也没有冲突和对立。然而不法的判断,并非全然是客观的判断,因为故意属于主观不法要素,而罪责的判断,也不是全然主观的判断,他行为的期待可能性与预防必要性,即属于客观的罪责要素,主观与客观因而再起纠葛,这也就是第三类主、客观之争当中,第二种理解面向中的主、客观迷思。要进一步澄清这一段主、客观的纠葛,即必须对70年代以来迅速发展成形的客观归责理论,作较深入的了解,因为客观归责理论的初衷,是以客观归责为主轴,重新架构犯罪行为的阶层体系,亦即重新建立统一的归责理论^{②⑪},并且是以行为的客观面作为归责的基础和重心。

^{①⑦} Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-FS, 1970, S. 126; 亦见许玉秀, 刑事法杂志三十八卷二期(1994), 页62。

^{①⑧} Jakobs, AT², 1/9ff., 2/2ff.; 同作者(许玉秀译), 罪责原则, 刑事法杂志四十卷二期(1996), 页66。

^{①⑨} Jakobs(许玉秀译), 刑事法杂志四十卷二期(1996), 页65以下; 同作者, AT², 1/7a。

^{②⑩} 现代刑法理论中的客观归责与主观归责, 和欧洲前古典时期的事实归责及法律归责概念内涵不同, 见 Arm. Kaufmann, Jescheck-FS, S. 251, 252; 蔡圣伟, 刑事法杂志三十九卷三期, 页65似有误解。

^{②⑪} Roxin, Honig-FS, S. 126, 145。

叁、客观归责理论

一、客观目的性的意义

客观归责理论在 70 年代以前,还仅仅停留在限制条件理论的适用范围,亦即停留在区分因果关系和归责。但从 70 年代开始,Roxin 所创立的客观归责理论,有一个更远大的目标,即确立并限制故意的成立条件和范围,用行为对法益受害结果具有法律上重要的风险,解释人的意志的支配可能性^②。因为自目的行为论改变了构成要件的阶层构造之后,所流行的看法是,人的意志支配可能性决定行为的取向,同时决定行为不法的取向,换言之,人的意志所能支配的,才可能是不法。Roxin 则反面而行,将“人的意志支配可能性”(Beherrschbarkeit durch den menschlichen Willen)^③,以“客观上是否可能侵害法益”加以解释,客观上对法益受害有法律上重要性的,才可能是人的意志能支配的,从此扭转了主观不法和客观不法的地位^④。

^② Roxin, Honig-FS, S. 126. 1994 年在政治大学法学院所主办的中德西刑法学发表会上,Roxin 却谦称只有间接限制故意范围的作用。Roxin, 政大法学评论五十期,页 20 和 231。

^③ 附注外文表示谦逊和负责。因为任何译文都不是标准本,仅供参考,而且必须让专家可以求证,同时方便法学外文的入门者学习。懂外文的人不见得一定都懂未附原文的译语,不懂外文者理解译文有困难时,也可以求助他人,绝对有助于正面的理解,并非无意义,对有心学习的人,外文不是令人头晕的符咒。任何附注的外文,理应是作者或译者认为必要的,作者或译者对必要性的判断或者不完全妥当,但附注外文不见得都是卖弄,混淆视听或骗稿费。圣经和佛典是附有神迹的记载,原本无法求证,信则有,疑则无。学术论著则必须是能供客观检验的材料,对圣经和佛典进行学术研究时,照样得翻察原文才有可能贯通。不同见解见林东茂,从客观归责理论判断交通事故的刑事责任,刑事法杂志三十九卷三期(1995),页 47,注 7。

^④ 从看热闹的角度来看,这可说是 Roxin 和 Welzel 或其门徒之间的角力,而 Roxin 占了上风。