



“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中

北大刑法博士文丛(9) 陈兴良 总主编



XINGFA BOSHI WENCONG

客观归责理论研究

◎许永安 著

KEGUAN GUIZE LILUN YANJIU



中国人民公安大学出版社

北大刑法博士文丛 (9)

陈兴良 总主编

客观归责理论研究

许永安 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

客观归责理论研究/许永安著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 1

(北大刑法博士文丛; 9)

ISBN 978-7-81109-963-8

I. 客… II. 许… III. 刑事责任—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 000327 号

客观归责理论研究

KEGUAN GUIZE LILUN YANJIU

许永安 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

经 销: 新华书店

邮政编码: 100038

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2008 年 1 月第 1 版

印 次: 2008 年 1 月第 1 次

印 张: 8.5

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 210 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978-7-81109-963-8/D · 910

定 价: 21.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

总 序

“北大刑法博士文丛”即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学术界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点质量高低的重要指数。在这种情况下，在已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1990年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的“北大刑法博士文丛”是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优入选博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止，博士论文已有数百篇，已经出现一些重复选题的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指它能开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新留下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博

士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是新标立异，而是要在承接前人研究成果基础之上的推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我认为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面之感觉。表述是一种文字功夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述能使你的观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版三至五本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中的佼佼者。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他/她的第一本个人专著。对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他/她的最后一本甚至是唯一的一本个人专著。因此，饱含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事，对此，我是深有体会的。想到十多年前，我出版个人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生们的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出

版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004 年 6 月 20 日

序

客观归责理论是我国近年来在刑法理论研究中的一个重大课题。随着客观归责理论创始人骆克信的著作通过翻译直接介绍到我国，客观归责理论逐渐受到重视。许永安是我国较早对客观归责理论进行研究者之一，在2000年，许永安就在《刑事法评论》第8卷上发表了《客观归责理论及其对我国犯罪构成的意义》一文，对客观归责理论进行了初步的评述。此后，许永安又完成了以《客观归责理论研究》为题的博士论文，并通过答辩获得了博士学位。由于种种原因，许永安的博士论文经过修订以后，延至今日才正式出版。俗话说：来得早不如来得巧。在客观归责理论正引发我国刑法学界的学术兴趣的当下，许永安的博士论文的出版问世，可谓正逢其时。

因果关系理论，也许是我国刑法中最为混乱的理论之一，不仅有大陆法系刑法理论中的条件说、原因说和相当因果关系说的争论，还有来自苏俄刑法学的必然因果关系与偶然因果关系的争论，使得我国学者眼花缭乱，不知所从。我在较早的时候（1983年），也曾经对因果关系问题产成了浓厚的兴趣，经过对当时因果关系理论上各种文献的整理，我完成了刑法学中的因果关系问题的综述，这也是我第一次进行这种综述。当时，这一综述是作为高铭喧教授担任主讲老师的刑法总论的硕士课程的作业而完成的，受到高铭喧教授的表扬。由此，进一步引发了我对因果关系问题的兴趣。这一综述后来被收入了高铭喧教授主编的《新中国刑法学研究综述（1944—1985）》（河南人民出版社

1986年版)。在此基础上,我进一步对刑法中的因果关系进行了研究,在《刑法哲学》一书中,我从行为事实与评价判断两个层面对因果关系进行了讨论。在作为行为事实的因果关系中论及因果关系的必然性与偶然性及其统一,并力图将必然因果关系与偶然因果关系的争论纳入到大陆法系刑法理论的条件说与原因说的理论框架当中来。在作为评价判断的因果关系中引入了相当因果关系说,并对此进行了正面的肯定性论述。及至在《本体刑法学》一书中,我正式将刑法中的因果关系区分为事实因果关系与法律因果关系,其中事实因果关系以条件说为范围,而将刑法因果关系的讨论重点转向法律因果关系。在这一论述中,我已经基本上摒弃了从苏俄刑法学界传入我国的必然因果关系与偶然因果关系的分析框架。在许永安的本书中,也对从苏俄到我国的因果关系的必然性与偶然性这段学说争论进行了历史回顾。在此基础上,许永安提出了在刑法因果关系研究中的“非哲学化、去哲学化”的命题。我深以为然。许永安认为刑法因果关系的讨论应当回归到刑法,也就是所谓刑法的回归。这里的刑法的回归,是指从刑法本身而不是哲学等学科来寻求理论依据的一种研究趋向,在此基础上也可以称之为非哲学化、去哲学化,是一种对刑法学本身的回归。这一趋向的显著特征是绕开传统刑法因果关系的研究思路,理论表现则或是借鉴英美法系的双层次因果关系理论,或用大陆法系刑法因果关系的研究,试图透过研究方法的突破来实现对我国刑法因果关系研究的理论创新。应该说,许永安的上述论述是真实的,概括是深刻的。在此以及在许永安的本书中,之所以不胜其烦地反复论及刑法的因果关系问题,主要是因为客观归责理论就是在刑法因果关系理论的基础上发展起来的。

洛克信在讨论“归责于客观行为构成”时也首先讨论了因果关系理论。那么,为什么会从因果关系理论发展到客观归责理

论？这是一个值得思考的问题。至今，日本学者对客观归责理论还是持一种抗拒的态度，认为相当因果关系理论已经解决了归责问题。实际上，相当因果关系理论只是一种因果关系理论，仍然将原因、结果及其两者之间的关系分别加以考虑。其逻辑思路是：是否属于构成要件的行为→是否属于构成要件的结果→行为与结果之间是否存在因果关系。因此，在这一逻辑思路中，因果关系的思考是在原因与结果之外进行的。但客观归责理论则认为，应当从归因进入到归责的层面。归责不仅是对原因与结果之间的关系的考察，而且包含着对行为是否具有危险性以及结果是否能够为原因所包含的一种实质审查。因此，客观归责理论是一种更有价值的刑法学说，应当充分予以肯定。许永安在本书中根据客观归责理论对我国的刑法理论进行了深刻的反思，尤其值得关注的是我国刑法关于意外事件的规定。根据我国传统刑法理论，这是一个没有故意或者过失的问题。但许永安经过分析以后指出，如果从客观归责的角度来看，上述意外事件的共同点就在于都不是构成要件行为，都没有创造并实现不被容许的风险，绝不仅仅是欠缺罪过。用主客观相统一来解释意外实践是脆弱的——主客观并没有统一，仅仅只有主观的归责，并没有客观归责的基础，体现的是一种自然的行为论。由此可见，许永安对客观归责理论并不是满足于介绍，而是运用客观归责理论对我国刑法进行理论分析，提出了极具新意的见解，这也正是本书的闪光之处。

许永安的这本书写于几年前。最近几年客观归责理论在我国已经开始流行，作为一种分析工具也逐渐为我国学者所掌握。这些内容，在许永安的本书中没有得到反映，这不能不说是一种遗憾。当然，任何一本著作都存在时间上的局限性，它只是反映某一特定时间作者的思想，而这一时间上的思想也正是这个社会当时的思想状态。从这个意义上说，许永安的这本书所反映的是在

客观归责理论研究

我国大规模引入客观归责理论之前的一种状态，这一特定时刻许永安对客观归责理论的理解。尽管这种理解也许是有局限性的，但它绝对是真实的。不作修改，也许是一种尊重历史的态度。
是为序。

陈兴良

谨识于依水庄园渡上寓所

2007年7月26日

导 言

客观归责理论在德国刑法学界自 20 世纪 70 年代产生后，是“德国刑法学，同时也是欧洲刑法学界被讨论得最频繁和最热烈的学理问题。在德国刑法学界，研究客观归责理论可以说是一种时尚，其流行的程度，在德国刑法史上应该可以称得上是空前”^①。虽然，“在一些个别问题上，它的支持者各有着不同的意见，但是在方法论及内容的基本原则上，客观归责理论在德国的文献中，已被完全接受了”^②。

对于我国刑法学界而言，客观归责理论虽然还是一个比较陌生的理论，但其所涉及的问题我们并不陌生，作为一个源于刑法因果关系研究的理论，其所处理的问题和我国的刑法因果关系研究是重合的。在大陆法系刑法理论上，危害结果是构成要件的重要要素，在发生了结果的情况下，如果要将该结果归责于行为人，就要求行为人实行行为与结果之间在客观上存在因果关系。由于对因果关系理解的差异，对于是否需要条件理论的等价公式上还有争议，但对于客观归责的必要性，在德国刑法学界已经获得了绝大多数学者的认同，也就是说，只有当由行为人所创造的法律上不被容许的风险在结果中实现时，这样的结果才是客观可

① 许玉秀：《检验客观归责的理论基础——客观归责理论是什么？》（下），载《刑事法杂志》第 38 卷第 2 期，第 82 页。

② 骆克信、许玉秀译：《客观归责理论》，载《政大法学评论》第 50 期，第 23 页。

归责的,^①才可以当做是行为人行为的杰作(Werk der Handlung)。对于我国刑法而言,基于罪责自负之要求,如果要想为人对于客观上发生的危害结果承担责任,也必须确定其危害行为与危害结果存在刑法因果关系,因此,刑法因果关系是一个理论与实践意义兼具的问题,对其进行研究具有重要意义。

各国刑法学者以不同的思路和方法提出了众多的刑法因果关系理论。在我国,对于刑法因果关系问题,也有无数专家、学者为之作出了长期不懈的努力,虽历时数十年,却仍然没有取得一致的看法,“问题不但没有解决,反而变得更加复杂难解了”,理论的不统一也造成了实践上的无所适从,极大地影响了这一理论在司法实践中的运用,也影响了这一理论在我国刑法理论中的地位。因此,这一理论还有继续研究的必要。

近年来,基于对传统刑法因果关系理论困境的反思以及对英美法系双层次因果关系独特视角的借鉴,我国有学者提出了类似于英美法系的事实因果关系与法律因果关系两分的刑法因果关系说;也有学者通过对英美法系与大陆法系刑法因果关系研究的比较,认为“二元区分的观点是引导我们摆脱因果关系必然性的聚讼的唯一途径”^②,这也表明客观归责理论在我国刑法学界逐渐引起了注意。可以说,事实因果关系和法律因果关系两分说是我国刑法因果关系研究中颇具影响力的一种新生理论。

本书从论证客观归责理论的思想渊源出发,以对因果行为论、条件理论的分析为前提,以归责思想为线索,全面分析了客

① 许迺曼、陈志辉译:《关于客观归责》,载《刑事法杂志》第42卷第6期,第87页;〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著,徐久生译:《德国刑法教科书》,中国法制出版社2001年版,第350页。

② 陈兴良:《刑法因果关系研究》,载《现代法学》1999年第5期,第9页。

客观归责理论从主观到客观的形成过程；论述了客观归责理论以风险原则、客观目的性为核心的判断规则，在体系以及构造上存在的争议，并从归责的视角全面分析了我国乃至苏俄从传统到当前的各种刑法因果关系学说，指出了我国刑法因果关系研究的特点，揭示出其在我国刑法理论以及实践中的具体效能，提出借鉴客观归责理论的分析框架，希望能为我国刑法因果关系理论乃至归责理论的发展提供一个新思路，为我国刑法理论的发展略尽绵薄之力。

目 录

导 言	1
第一章 客观归责理论的思想渊源	1
第一节 客观归责理论之前提	1
一、古典的归责理论	1
二、因果行为论与条件理论	5
第二节 客观归责理论之中介	16
一、相当理论之理论背景	16
二、相当理论的判断规则	20
三、相当理论与疫学因果关系	28
第三节 客观归责理论之形成	30
一、客观归责理论之沿革	30
二、客观归责理论正反之辩	39
三、方法一元论与方法二元论	48
第二章 客观归责理论的现实展开	52
第一节 客观归责理论的判断规则	52
一、制造不被容许的风险	52
二、实现不被容许的风险	60
三、构成要件的效力范围	66
第二节 客观归责理论之意义	72

客观归责理论研究

一、将重心转移到客观构成要件	72
二、重新架构过失不法	74
第三节 客观归责理论之分歧	78
一、犯罪论体系问题	79
二、三大阻却归责事由的位序	80
三、相当理论	81
四、信赖原则	83
五、特别认知	87
六、客观面的故意	92
第四节 客观归责理论之检讨	106
一、规范判断的负担	108
二、客观归责理论之真义	124
第三章 客观归责理论与我国犯罪构成	134
第一节 客观归责理论与我国刑法因果关系研究	134
一、苏俄的刑法因果关系研究	134
二、我国的刑法因果关系研究	158
第二节 客观归责理论与我国行为理论	220
一、意外事件问题	220
二、客观归责理论对我国行为理论的启示	225
结束语	238
主要参考文献	245
后 记	252

第一章 客观归责理论的思想渊源

客观归责理论是对黑格尔学派“将结果当做行为人的作品而归责给行为人”思想的回归，这种回归是以因果行为论和条件理论为前提的——直接目的即在于限制条件理论所造成的“无限制的回溯”，并通过对相当理论的重新认知而完成的，其中涉及客观归责理论与条件理论之争，也涉及客观归责理论由主观到客观的转化。

第一节 客观归责理论之前提

一、古典的归责理论

19 世纪中叶以前，归责理论在德国乃至欧洲刑法理论中占有非常重要的地位，普通法时期的归责理论即已区分了“事实归责”（Imputatio facti）和“法律归责”（Imputatio iuris）。^①而“归责”这个概念则可以追溯到自然法哲学家 Samuel Pufendorf（1632 ~ 1694 年）的归责理论（Imputationslehre），因为德文的“Zurech-

^① [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 248 页。

客观归责理论研究

nung”原本只是拉丁文“Imputatio”的翻译。^①有观点即认为“法律归责”与“事实归责”即是现今学界所说的“客观归责”(objektive Zurechnung)与“主观归责”(subjektive Zurechnung)。^②不过依Pufendorf的观点,“Imputatio”系指犯罪行为本身的(主观与客观)归责,不仅仅是犯罪结果的归责。深究19世纪中叶以前的理论内涵以后,可以发现在19世纪中叶以前的归责概念,其实只是一个关于刑事责任的综合概念(Sammelbegriff),这种归责概念,其实是犯罪和处罚的总称。^③

由于拉伦茨(Larenz)在1927年由黑格尔的法哲学导出客观归责的概念,因此,一般认为客观归责理论的历史渊源可以追溯到黑格尔的法哲学。^④

依照黑格尔的看法,行为“只有作为意志的过错才能归责于我”,因为如果是出于故意的行为,行为的要件是行为人的目的所认识的,应被认为是行为人自己的行为,只有当行为是行为人自己的行为时,行为人才能被归责。^⑤“本身能行动的意志,在它所指向的目前定在的目的中,具有对这个定在的各种情况的

① 许迺曼、陈志辉译:《关于客观归责》,载《刑事法杂志》第42卷第6期,第83页。参见Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Ausgabe 1694, Bd. I Kap. V § 3。

② 蔡圣伟:《客观可归责性与故意》,载《刑事法杂志》第39卷第3期,第65页。

③ 许玉秀:《检验客观归责的理论基础》,载《刑事法杂志》第38卷第1期,第50页。

④ 将此一概念溯源到古老的文献是否正确,近年来已逐渐受到质疑,骆克信、许玉秀译:《客观归责理论》,载《政法法学评论》第50期,第23页。

⑤ [德]黑格尔著,范扬、张企泰译:《法哲学原理》,商务印书馆1996年版,第118~121页。