

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

武汉大学刑法博士文丛 (10)

刑法中的客观归属论

XINGFAZHONG DE KEGUANGUISHULUN

◎张亚军·著



中国人民公安大学出版社

D924.01/50

2008

武汉大学刑法博士文丛(10)

刑法中的客观归属论

张亚军 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法中的客观归属论/张亚军著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 2

(武汉大学刑法博士文丛; 10)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 038 - 4

I. 刑… II. 张… III. 刑法—法的理论—中国
IV. D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 031858 号

刑法中的客观归属论

The Objective Imputation Theory in Criminal Law

张亚军 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

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2008 年 2 月第 1 版

印 次: 2008 年 2 月第 1 次

印 张: 9. 625

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 250 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 038 - 4/D · 037

定 价: 25. 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

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以后，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般说来选题合理，资料翔实，思路开阔，论证充分，精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从1987年开始招收博士生。在将近20年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。进入新的世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。而如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立《武大刑法博士文丛》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法学博士论

刑法中的客观归属论

文，形成规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武大刑法博士文丛》，由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。《武大刑法博士文丛》的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武大刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生，能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武大刑法学科大力的支持，《武大刑法博士文丛》的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006年夏于珞珈山

目 录

第一章 客观归属论的形成与发展	(1)
第一节 20 世纪 30 年代以前客观归属思想之演变	(1)
一、Hegel 的归属思想	(1)
二、因果论的支配时期	(4)
三、Larenz 的客观归属论	(6)
第二节 Honig 及相关学者的客观归属论	(11)
一、Honig 的客观归属论	(11)
二、H. Mayer 的客观归属论	(15)
三、Hardwig 的客观归属论	(16)
第三节 现代客观归属理论	(19)
一、Engisch 关于“行为的危险性”与“危险实现” 的构想	(19)
二、Welzel 的社会相当性理论	(22)
三、现代的客观归属理论	(25)
第二章 客观归属论的基本内涵	(38)
第一节 合法则条件说	(39)
一、条件说及其问题点	(39)
二、合法则的条件说	(44)
第二节 制造不被容许的风险	(48)
一、被容许的风险理论	(48)
二、制造不被容许的风险的内涵	(60)

刑法中的客观归属论

三、制造不被容许风险的类型及排除	(73)
第三节 实现不被容许的风险	(83)
一、实现不被容许风险的判断基础	(83)
二、实现不被容许风险的排除	(88)
第四节 构成要件的效力范围	(106)
一、概述	(106)
二、不符合构成要件效力范围的情形	(107)
第三章 客观归属论的体系定位	(115)
第一节 客观归属论的定位争议	(115)
第二节 大陆法系之犯罪论体系	(119)
一、概述	(119)
二、Roxin 的目的理性阶层体系	(126)
第三节 客观归属论的定位分析	(131)
一、狭义的客观归属论——结果归属	(132)
二、广义的客观归属论——实质的客观构成要件理论	(139)
第四章 客观归属与因果关系	(143)
第一节 客观归属与因果关系之争	(143)
一、客观归属论与因果理论的纷争	(143)
二、对纷争的评价	(145)
第二节 客观归属论与因果关系论不要说	(146)
一、因果关系论不要说概述	(146)
二、客观归属论不是因果关系论不要说	(147)
第三节 客观归属论与条件理论	(149)
一、概述	(149)
二、两者关系之界定	(150)
第四节 客观归属论与相当说及重要性说	(155)
一、概述	(155)
二、关系界定	(157)

第五章 对客观归属论的评价	(160)
第一节 客观归属论的意义	(160)
一、对传统因果关系论的超越和突破	(160)
二、重心转移到客观构成要件	(165)
三、对主观方面的影响	(167)
四、引发目的理性思维方式的思考	(170)
第二节 对客观归属论的批判与辩驳	(179)
一、关于制造风险的问题	(179)
二、关于因果流程错误的问题	(181)
三、关于危险减少以及被害人自陷危险的问题	(183)
四、关于客观归属主题一致性的问题	(185)
五、关于客观归属论的主观认知问题	(186)
六、关于过失犯中适用的案例问题	(189)
七、关于规范违反行为的相关问题	(190)
第六章 客观归属论的运用	(195)
第一节 介入型因果关系与客观归属论	(195)
一、介入型因果关系概述	(195)
二、第三人行为介入类型	(197)
三、被害人行为介入类型	(213)
四、行为人行为介入类型	(217)
五、自然现象介入类型	(220)
第二节 被害人具有特异体质类型与客观归属论	(222)
一、概述	(222)
二、传统因果关系解决方法	(222)
三、客观归属论的思维	(224)
第三节 假定的因果经过与客观归属论	(229)
一、假定的因果经过概述	(229)
二、传统因果关系说的困惑	(230)
三、客观归属论的解决	(232)

刑法中的客观归属论

第四节 择一的竞合与客观归属论	(238)
一、概述	(238)
二、传统因果关系的解决方案	(239)
三、客观归属论的途径	(242)
第五节 重叠的因果关系与客观归属论	(246)
一、概述	(246)
二、传统因果关系说的解决方案	(247)
三、危险升高理论的尝试	(249)
第七章 客观归属论的借鉴	(251)
第一节 我国刑法因果关系理论	(251)
一、我国刑法因果关系性质的理论争鸣	(252)
二、对学说的综合评价	(254)
第二节 客观归属论对我国刑法因果关系的借鉴	(257)
一、我国刑法因果关系的反思	(257)
二、客观归属论借鉴的基础	(263)
三、客观归属在我国刑法中的定位	(267)
四、客观归属论的借鉴意义	(275)
主要参考文献	(282)
一、著作	(282)
二、论文	(289)
后 记	(294)

第一章

客观归属论的形成与发展

客观归属论的历史渊源，依据目前德国刑法学界的多数见解认为，可以追溯到 Hegel 的法哲学。其后，Larenz 在 1927 年由 Hegel 的法哲学导出客观归属的概念，并很快就由 Honig 特别应用到刑法学理上。19 世纪 70 年代，Roxin 根据 Honig 的观点，发展出一整套较完整的归属判断体系。此后，德国刑法学界掀起了研究客观归属论的热潮，同时也很快流行到日本、韩国以及南欧等“进口”德国刑法学速度较快的国家。因此，了解客观归属论的发展脉络以及现代的研究状况，有助于我们对该理论进行系统的研究。

第一节 20 世纪 30 年代以前 客观归属思想之演变

一、Hegel 的归属思想

追溯到 Hegel 和 19 世纪 Hegel 学说提出的行为概念，其目的在于从各式各样的因果流程中，将经由行为主体所造成的外界变动视为他的杰作，并归属给这个行为主体。所谓“归属”，诚如 Hegel 学派刑法学者 Berner 所说：“归属就是将某些客观事物算在行为主

刑法中的客观归属论

体的账上。”^①

按照 Hegel 之法哲学思想，与责任判断相区别的归属概念应该与主观的自由要素结合成一体，也就是在主观方面判断，对于产生的结果能否对行为主体进行归属问题。^②所谓归属，是由客观的法对主体的自由和人格的承认，这是“主观意思的法”。Hegel 认为，“意志的法，在意志的行动中仅仅以意志在它的目的中所知道的这些假定以及包含在故意中的东西为限，承认是它的行为，而应对这一行为负责。行动只有作为意志的过错才能归责于我。……而且仅仅以摆在我面前的为我所认知者为限，我才负真实的责任。……在我的面前有一个他物，它仅仅是偶然的東西，单纯外在的必然的东西，它可能与我相一致也可能与我不同。毕竟我只是与我的自由有关，而我的意志仅以我知道自己所做的事为限，才对所为负责。”^③

根据 Hegel 的观点，行为是由主观的意思和由主观意思惹起的外部存在构成的统一体。意思是指向外部存在的，并且由意思的内容决定外部的界限。他强调人有意志自由，在意志自由中才能将个人确定为主体，即行为人只对自己自由意志的行为负责；自由意志是归责的要素，能成为归责的对象的行为，必定是出于行为人的自由意志的行为；行为是主观意志的外在表现，意志将自身实施行动的内容从主观转化为一般客观性，所以受归属的是人的意志部分。^④

① [德] Bernd Schünemann 著，陈志辉译：《关于客观归责》，载《刑事法杂志》第 42 卷第 6 期。

② [日] 饭岛畅：《关于 Roxin 的客观归属论的生成过程（一）》，载日本《法学研究》70 卷 7 号，1997 年版。

③ [德] 黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，商务印书馆 1982 年版，第 119 页。

④ [德] 黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，商务印书馆 1982 年版，第 113～114 页。

至于所发生的结果是意外的或是必然的，Hegel 认为往往夹杂不清，这是因为内在形诸于外在的过程中，往往夹杂着一些不经意的细节，因而外在的行为是一个多样的组合，但是和组合中各种细节无法分离，而能确定行为本质，属于行为共同特质的，是包含在故意之中的意图。因此，能够对偶然的結果与行为人的行为所产生的結果进行区别的，是在必然的因果联系中行为人基于自由意思的目的支配。^① 行为中偶然的事情，是从意思远离的东西，是不能意识到的东西，这种行为，根据 Hegel 的观点早已不能进行归属，是属于偶然，而非主体自身。結果作为行为独自の、内在的形成物表明自身的性质，在自身以外，则什么也不是。这种矛盾在目的的思想中被消除。“与行为一起，只有由目的支配而形成的結果，才能进行归属，結果是作为以行为目的为中心的形物，而对行为归属。只有这种結果是所意欲的結果，对该結果才能进行归属，才是意思的权利。”^② 例如，出于故意的行为，行为是行为人目的所能夠认识的，并且其希望造成一定的結果发生，因此能被认为是行为人自己的行为，能够对其归属。

由上可以看出，Hegel 的归属论所关心的是將結果是否归属于主体的问题。他强调人的意志自由的重要性，认为自由意志作为归属的要素，受归属的是人的意志部分，在主观方面判断結果归属问题，并且他认为偶然的結果与行为人所产生結果的区别是，在必然因果联系中，基于自由意志的行为是归属的起点，“目的”的“支配”是將結果归属于行为的基准。因此，可以说，Hegel 仍然將結果归属侧重于人的主观意志，以及行为人的目的支配，只有出于个人意志表现的行为，才是个人自己的行为，是个人目的所及的

① 许玉秀：《检验客观归责的理论基础——客观归责理论是什么？》，载《刑事法杂志》第38卷第1、2期；〔日〕饭岛畅：《关于 Roxin 的客观归属论的生成过程（一）》，载日本《法学研究》70卷7号，1997年版。

② 〔日〕山中敬一著：《刑法中的客观归属理论》，成文堂1997年版，第288页。

刑法中的客观归属论

结果，才不是意外的事件，才是归属的对象。由此可知，Hegel 的归属思想与其说是客观归属，毋宁说是一种主观归属，也就是认为归属是行为主观面的问题。

这可以举例进行说明：某人误以为手枪没有上膛而扣动扳机，结果造成他人死亡。按照 Hegel 的观点，行为的意志必须在行为人的目的中对行为的要件有所认识，才能被当成行为人的行为，也才能归属于行为人，如果具体表现的现象与意志的认知不同时，对行为人而言就是意外。因此，在这个例子中，由于行为人并未认识到这些事实，由此行为所造成的结果则非他所意欲的，只能算是一种意外，而不可归属于行为人。可以看出，Hegel 的论断中只是涉及故意行为的归属问题，而不及于过失行为的归属。在这个例子中，虽然行为人并非有意地发射已经上膛的手枪，但是如果行为人有正确认识的可能性，则仍然认为是行为人自己的行为而非意外，并且 Hegel 是将行为人的主观意志对于实施是否有认识，以决定是否可归属于行为人，这种做法是将归属的重点放在行为的主观面，而非客观归属思想的本质。

但不可否认的是，Hegel 的思想中也认为仅仅存在条件关系并不能对行为人进行责任归属，应该区分偶然结果与行为人造成的结果，只有目的支配的行为所造成的结果才能进行归属，这体现了 Hegel 用“归属”概念对条件说进行修正的思想，也许正因为如此，即使在他的理论中有前述的主观意味，但大多数学者仍然把 Hegel 的法哲学认为是客观归属论的精神故乡。

二、因果论的支配时期

大约在 1870 年，刑法自然主义盛行之后，Hegel 及其学派的归责倾向暂时退居次要地位，因为在此之后，因果律即取得支配地

位。^①在当时,只需要询问:行为人是否在条件理论公式(condicio - sine - qua - non Formel)下透过一个恣意的身体举动造成法益侵害。众所周知,条件说认为,行为与结果之间只要存在“如果没有前行事实,就没有后行事实”的逻辑上的条件关系,即能认定刑法上的因果关系。该说直接认为论理的因果关系就是刑法的因果关系,从而无限制地扩大了刑法上因果关系的范围,造成对刑事责任的漫无边际的追溯。

为了消除这种缺陷,德国学者 Bar 主张原因说,认为在先行的诸事实中,存在原因与条件的区别,而力主从条件中选出最恰当的原因。在原因说的内部由于区分标准不同又有最有力条件说、优势条件说、最终条件说等相关理论。然而,原因说是“特别强烈受着 19 世纪后半叶支配欧洲思想界的自然科学的考察方法影响的学说。对结果如何是优势、有力、最终的条件,从而判定是不是结果的原因之际,自然科学之力的强弱成为标准……然而,刑法上的因果关系不是物理的意义的因果关系,因为是根据社会的观点导致的,所以不应根据自然科学之力的强弱判定,也不能判定。”^②这样,原因说随着相当因果关系说的抬头,如水中泡沫,稍纵即逝。

由 v. Kries 首创, M. Rümelin 和 Traeger 继续完成的相当理论似乎是解决这个问题的关键。v. Kries 是德国弗莱堡市的一位生理学及逻辑学家。他以掷骰子为例,认为每一面被掷出的几率通常而言是 1/6,因此在事实的发生比率上的确有一个客观上的比率,即客观可能性,这个客观上有效的比率关系和个人的期待无关,亦即客观的盖然性不受主观认识的影响。他使用“规律性”和“相当性”两个概念进行说明,认为在社会上同样或类似的事件不断的

① [德] Bernd Schünemann 著,陈志辉译:《关于客观归责》,载《刑事法杂志》第 42 卷第 6 期。

② [日] 西原春夫著:《刑法总论》(改订版)(上卷),成文堂 1995 年版,第 111 页。转引自马克昌著:《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉大学出版社 2002 年版,第 208 页。

刑法中的客观归属论

重复发生即表明存在“规律性”，而根据生活通则，如果一个行为具有增加特定结果发生的可能性，则可以认为该行为与该特定结果之间具有一般的因果关系。这种一般的因果关系和具体引起结果发生是两回事。因此，仅仅是具体引起结果，尚不足以构成归属的理由。^①

相当理论是将所有非常不可能的（冒险的）因果流程，也就是偶然事件，从原因概念中剔除，即使高度盖然性表面上看起来是经验上的、存在论上的标准。按照该理论，只有那种根据人类社会一般关系而言，足以导致特定的侵害事实发生的违法行为才是相当的，否则是不相当的。该理论以条件关系的存在为前提，认为由其行为发生该结果在经验上是通常的，即限于上述所说的“相当”的场合，肯定刑法上的因果关系。

“能够透过纯粹的经验分析，来确定客观构成要件的实现这种自然主义因果概念的目的，看起来似乎借助相当理论的确还是可以达到，因为一个因果流程的高度盖然性看起来正好不需要其他的评价，单纯以统计经验上的研究就能加以确定。”^②

三、Larenz 的客观归属论

Karl Larenz 在 1927 年的著作《Hegel 的归属论与客观归属的概念》中，在检讨 Hegel 的归属论的同时展开了成为今日客观归属论基础的归属论。Larenz 的研究具有划时代的一点是，他明确论述归属论是“对行为的结果归属”，并且他在 1927 年最先提出“客观归属”（die objective Zurechnung）这一概念。

Larenz 的客观归属理论是从黑格尔的归责思想中演绎而来的，

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

② [德] Bernd Schünemann 著，陈志辉译：《关于客观归责》，载《刑事法杂志》第 42 卷第 6 期。

并以此为基础发展了 Hegel 的基本观点。他认为：归责的问题和行为人个人的特性无关，而仅仅决定于一个对于客观关系的判断，这个判断即称之为“客观归属”。“我们认为客观归属是关于追究某种现象是否为主体的行为结果的判断。”^① 客观归属所要问的是，某个已发生的事实是不是由于某个主体的行为所造成。至于这个主体是否因为某个行为而予以法律上或道德上的责难，是否应该予以主观归责，则不问。

在 Hegel 归属论与 Larenz 的归属论之间，由于受 19 世纪自然科学思想的影响，刑法中采用条件说意义的因果关系论以及为了对此限定而展开的相当因果关系说介入进来。因此，在 Larenz 的观点中，意图对这种自然科学的因果关系论在原来的哲学归属论中进行了新的说明。他着眼于 Hegel 的构想，对当时通过自然科学把握的因果关系概念，以哲学中的归属论为基础，并结合合法的、伦理的、目的论的特性，以期寻求处罚的根据。

首先，关于起因者与原因的分析，Larenz 认为 19 世纪的法学者将行为归属与因果关系的判断画上等号的做法是不正确的。他论述道：所谓客观归属是判断是否将某种现象作为某个主体的行为，即归属是尝试将自己的行为与偶然的事件进行区分。任何人如果被称为现象的起因者，是因为该现象是由于他自身的行为所造成，而不是偶然的作品，并且能被认为是行为人固有的意思。在起因者的概念中，已经包含意志的概念，这用语能十分精确地区别行为的起因者及单纯的发生作用的原因。原因只是发生作用的因素，仅仅是无限连锁中的一个构成分子，一切事物具有平等的价值，与其他的事物一样，而不受其他事物的支配。落下的叶片是由风吹飞的，或大气升温造成的，还是由人的行为造成的？这些全是相同的原因。

^① Karl Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927. S. 60. 转引自 [日] 山中敬一著：《刑法中的客观归属理论》，成文堂 1997 年版，第 293 页。

刑法中的客观归属论

因此，借着因果关系以区分自己的行为与意外事件是不可能的。^①

由此可以看出，Larenz 的客观归属论的基本点在于与无限连锁中存在的原因相区别，对具有“意思”的“起因者”进行归属。起因者作为归属的起点。在“雷击案”^②的例子中，从自然科学的因果关系观点来看，A 造成 B 的死亡是毋庸置疑的，但问题的重点并不在于是否是 A 造成 B 的死亡，而在于这个事实客观上能否当成 A 自己的行为而归属给 A。也就是说，这并非纯粹的因果关系问题，而是归属的问题。

其次，关于归属可能性与预见可能性之间的关系问题，Larenz 认为，在客观事实中，意外事件往往与行为人自己的行为纠缠在一起，这种意外结果和必然结果并存的矛盾可以通过“目的”加以化解。但是他认为，这里的“目的”概念不是如 Hegel 所说的主观的目的，而是客观的目的概念，因为不仅仅的确出于认识和意欲的行为是应该被归属的，而且可能被认识和意欲的事实，也应该被归属。^③ 在这里 Larenz 特别重视意思概念下的认识和预见可能性的概念。意思是指向因果经过的目标的，简言之，即目的意义上的意思而支配因果经过。同时，可能成为“意思的因果性”的是两个条件。第一个是预见因果经过，认识一定的原因作用的主体的能力。第二个是基于这样的认识，支配自身因果经过的能力。简言之，是为了恰当的因果经过而成为自身原因的能力，两个条件相结合，如果具有预见可能性，则结果的原因能产生起因者的概念，人只限于

① [日] 饭岛畅：《关于 Roxin 的客观归属论的生成过程（一）》，载日本《法学研究》70 卷 7 号，1997 年版；[日] 山中敬一著：《刑法中的客观归属理论》，成文堂 1997 年版，第 293 页。

② 即 A 以想杀死 B 的意思，在暴风雨之夜，让 B 到森林中去，希望他会被雷劈死，结果 B 真的遭雷击而死。

③ 许玉秀：《检验客观归责的理论基础——客观归责理论是什么？》，载《刑事法杂志》第 38 卷第 1、2 期。