

|天  
Borderless  
|下

法学新青年

# 刑法归责原理的 规范化展开

陈璇——著

卷外借

法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

中国人民大学科学研究基金项目，批准号：13XNF004

# 刑法归责原理的 规范化展开

陈璇——著

法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法归责原理的规范化展开 / 陈璇著. -- 北京 :  
法律出版社, 2019  
(法学新青年)  
ISBN 978-7-5197-3931-7

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法-研究-中国  
IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第216887号

**刑法归责原理的规范化展开**  
XINGFA GUIZE YUANLI DE GUIFAN HUA  
ZHANKAI  
陈璇著

策划编辑 高山 易明群  
责任编辑 高山 李军  
装帧设计 鲁娟

**开本** 710毫米×1000毫米 1/16  
**版本** 2019年11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** 天津嘉恒印务有限公司

**印张** 19.5 **字数** 275千  
**印次** 2019年11月第1次印刷  
**编辑统筹** 学术·对外出版分社  
**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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

**书号:** ISBN 978-7-5197-3931-7

**定价:** 69.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

导 言	1
一、本书的问题意识	1
二、本书的基本内容	6
三、未竟课题的展望	9
第一章 客观归责中危险的判断方法	12
第一节 问题的提出	12
第二节 “一般人认识+行为人特别认识”之事实认定模式的 困境剖析	14
一、主客观要素之间的相互混淆	16
二、实际适用中存在的种种疑问	21
三、事实上未能真正地贯彻始终	25
第三节 “一般人认识+行为人特别认识”之事实认定模式的 根基反思	27
一、以目的理性的犯罪论体系为视角展开的思考	27
二、以普遍化的决定规范理论为对象进行的检视	32
第四节 “以全体客观事实为基础的一般人预测”之判断标 准的确立	35
第五节 基本的结论	41

<b>第二章 注意义务的规范本质与“标准人”</b>	42
第一节 当前研究存在的问题	42
第二节 探寻注意义务的规范本质	49
第三节 注意义务标准人的设定方法	53
一、前提厘定：量力设规并非直接从“能为”推导出“当为”	55
二、问题聚焦：标准人之争只涉及“力素”而无关“心素”	57
三、目的理性：注意义务标准个人化乃刑法目的之内在要求	59
四、理论思维：二元注意义务标准说既叠床架屋又前后矛盾	68
五、政策效果：注意义务标准的个人化无碍于社会进步	71
第四节 基本的结论	73
<b>第三章 注意义务与填充规范的关系</b>	75
第一节 填充规范的机能之一：简化注意义务的司法判断	76
一、空白罪状的基本解释原则	77
二、填充规范的能力关联性审查	78
三、填充规范推断注意义务的例外	82
第二节 填充规范的机能之二：划定被容许风险的边界	84
一、客观归责论中的被容许的风险	85
二、社会角色的期待并不等于刑法的期待	87
三、纯客观视角难以胜任归责判断的使命	89
四、被容许风险的本质：针对能力缺失状态的归责排除事由	96
第三节 基本的结论	101
<b>第四章 注意义务的结果避免能力</b>	104
第一节 问题的由来	104
第二节 前提：作为犯还是不作为犯？	108

第三节 核心:危险升高还是确定能够避免?	111
一、基本思路:对假定因果流程的限制性运用	111
二、判断标准:对法益侵害危险的优势性升高	123
第四节 余论:危险创设还是危险实现?	132
第五节 基本的结论	136
第五章 注意义务的规范保护目的	138
第一节 问题的缘起	139
第二节 结果预见可能性标准的困境及其突围	144
一、预见可能性标准之批判	144
二、规范保护目的论的提出	153
第三节 注意义务规范保护目的的功能边界	154
第四节 注意义务规范保护目的的认定方法	158
一、对“注意义务规范”的确定	158
二、对“保护目的”的探求	162
第五节 客观归责理论的实践论优势	174
第六节 基本的结论	179
第六章 违法性认识的归责意义	181
第一节 问题、素材与思考路径	181
第二节 研究前提的确定:违法性认识具有影响归责的功能	186
一、反思责任与预防的关系	186
二、告别“不知法不免责”的观念	187
第三节 责任原则的坚守:违法性认识具有参与规制故意的 机能	194
一、违法性认识的体系定位问题	194

二、违法性认识是故意的组成部分	198
三、小结	213
第四节 预防政策的实现:违法性认识之具体判断方法的展开	214
一、违法性认识中的“违法性”	214
二、违法性认识中的“认识”	229
三、小结	232
第五节 基本的结论	232
第七章 因果流程偏离的归责判断	234
第一节 因果流程的偏离:摇摆于主客观之间的难题	234
第二节 故意的认识对象:不包含具体的因果流程	243
第三节 危险实现的认定:结合规范目的的事后判断	252
第四节 另立的主观归责:一个不应当存在的概念	263
第五节 回归实践:对典型案件的具体分析	269
第六节 基本的结论	273
参考文献	274
后记	302

# 导 言

## 一、本书的问题意识

如果要列数晚近 20 年来在中国刑法理论界出现的最为引人注目的学术增长点,“客观归责”将当之无愧地位列其中。本来,“归责”一词无论作为日常用语,还是作为刑法学术词汇,于中国学者而言并不陌生。但是,“归责”作为一个具体的刑法学构想开始为中国大陆的刑法学界所熟知,还是在 21 世纪开启之初。<sup>①</sup>一时间,“风险创设”“风险实现”成为学界的时髦用语,被争相传诵、广为引述,诸如结果无价值与行为无价值、<sup>②</sup>风险刑法<sup>③</sup>等刑法学界的热门话题也纷纷与客观归责理论挂钩,甚至在素来对理论前沿成果持较为谨慎态度的判例当中,也出现了客观归责理论关键词的援用。<sup>④</sup>

大约以 21 世纪第一个十年的结束为界,我国

---

① 在德日刑法学研究起步较早的我国台湾地区,客观归责理论大约从 20 世纪 90 年代中期开始风行。

② 参见周光权:《行为无价值论与客观归责理论》,载《清华法学》2015 年第 1 期。

③ 参见劳东燕:《风险社会中的刑法》,北京大学出版社 2015 年版,第 114 页以下。

④ 参见李某某过失致人重伤案,上海市闵行区人民法院刑事判决书,(2016)沪 0112 刑初 2502 号;陈某甲、严某故意伤害罪案,四川省资阳市雁江区人民法院刑事判决书,(2016)川 2002 刑初 51 号;北京市海淀区人民法院刑事判决书,(2018)京 0108 刑初 1789 号。

刑法学界关于客观归责的研究迈入了新的阶段。具体表现是：(1)从译介移植转向内生发展。此前关于客观归责的研究基本处在吸收和“临摹”阶段,主要以介绍和解读德国现有的理论成果和司法判例为主。<sup>①</sup> 近来,人们已经开始有意识地发掘本土的司法判例作为分析素材,<sup>②</sup>运用从客观归责论中提炼出的有益方法和思维来指导中国实践问题的解决。(2)从宏大叙事转向深耕细作。早期的研究致力于展示客观归责理论的全貌和体系,往往一部著作甚至一篇论文就囊括了客观归责论的全部内容。<sup>③</sup> 2010年以后,关于危险判断标准、合义务替代行为、注意规范保护目的、被害人自我答责等具体归责原理的专题研究开始如雨后春笋般迅速兴盛,对客观归责论的探讨明显呈现往纵深方向发展的趋势。<sup>④</sup> (3)从“一枝独

---

① 代表性的文献包括吴玉梅:《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。

② 较为典型的有:田某富过失致人死亡案,参见江潮:《日本刑法上的被害人危险接受理论及其借鉴》,载《甘肃政法学院学报》2012年第6期;赵某文交通肇事案,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;穆某祥过失致人死亡案,参见陈璇:《论过失犯中注意义务的规范保护目的》,载《清华法学》2014年第1期。

③ 参见陈兴良:《从归因到归责:客观归责理论研究》,载《法学研究》2006年第2期;王扬、丁芝华:《客观归责理论研究》,中国人民公安大学出版社2006年版;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;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。

④ 关于合义务替代行为的代表性文献参见周光权:《结果假定发生与过失犯——履行注意义务损害仍可能发生时的归责》,载《法学研究》2005年第2期;车浩:《假定因果关系、结果避免可能性与客观归责》,载《法学研究》2009年第5期;陈璇:《论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联》,载《中外法学》2012年第4期;庄劲:《客观归责理论的危机与突围——风险变形、合法替代行为与假设的因果关系》,载《清华法学》2015年第3期;孙运梁:《过失犯的客观归责:以结果的避免可能性为中心》,载《比较法研究》2017年第5期。关于注意规范保护目的的代表性文献参见刘艳红:《注意规范保护目的与交通过失犯的成立》,载《法学研究》2010年第4期;陈璇:《论过失犯中注意义务的规范保护目的》,载《清华法学》2014年第1期;李波:《规范保护目的理论与过失犯的归责限制》,载《中外法学》2017年第6期;吴尚赞:《注意规范保护目的理论的本土化展开》,载《政法论坛》2018年第1期。被害人自我答责方面的代表性文献参见冯军:《刑法中的自我答责》,载《中国法学》2006年第3期;王刚:《营救者的损害与自我答责原则》,载《法学研究》2010年第3期;张明楷:《刑法学中危险接受的法理》,载《法学研究》2012年第5期;江潮:《过失犯中被害人自陷风险的体系性位置》,载《北大法律评论》(第14卷)第1辑,北京大学出版社2013年版;马卫军:《被害人自我答责与过失犯》,载《法学家》2013年第4期;车浩:《过失犯中的被害人同意与被害人自陷风险》,载《政治与法律》2014年第5期;庄劲:《被害人危险接受理论之反思》,载《法商研究》2017年第2期。

秀”转向“百花齐放”。本来,“客观归责”并不等于“现代客观归责理论”。“客观归责”(objektive Zurechnung)大体和“客观构成要件”一样,是一个并没有显著学派色彩的通用概念,它并不专属于以克劳斯·罗克辛(Claus Roxin,1931-)为代表的客观归责学说。事实上,“在很早的时候,人们就已经零星和中立性地说起过‘客观归责’”。<sup>①</sup> 赫尔穆特·迈尔(Hellmuth Mayer,1895-1980)在其于20世纪50年代撰写的教科书中就已经将结果犯的客观构成要件命名为“客观归责或因果关系理论”,<sup>②</sup>但此处的客观归责只是因果关系的另一种说法而已,它并没有多少自己的特别内涵。直至1970年,才由罗克辛在20世纪30年代里夏德·霍尼希(Richard Martin Honig,1890-1981)研究成果的基础上,发展出了完全独立于因果关系之外,以危险创设、危险实现和构成要件的效力范围等原理为特定内容的蔚为大观的客观归责理论。为了突出该理论不同于以往关于客观构成要件学说的特点,也为了将之与一般的客观归责概念相区分,许多德国学者便称为“现代客观归责理论”(die moderne objektive Zurechnungslehre)或“新客观归责理论”(die neuere Lehre von der objektiven Zurechnung)。<sup>③</sup> 尽管目前也有学者不赞同这种客观归责理论,但他们却并不反对使用客观归责的概念。<sup>④</sup> 可见,虽然客观归责的概念不分门派皆可使用,但客观归责的具体判断标准和方法却可以大相径庭;这正如人们都在运用因果关系的概念,但如何判断因果关系却有着五花八门的各色理论。起先,中国学者的目光主要集中在现代客观归责理论之上。随着域外文献译介的增

<sup>①</sup> Vgl. Armin Kaufmann, „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?, FS - Jescheck, Bd. 1, 1985, S. 252.

<sup>②</sup> Vgl. Hellmuth Mayer, Strafrecht AT, 1953.

<sup>③</sup> Vgl. Armin Kaufmann, „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?, FS - Jescheck, Bd. 1, 1985, S. 252; Frisch, Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnung, GA 2003, S. 722; Kindhäuser, Risikoerhöhung und Risikoverringung, ZStW 120 (2008), S. 482; Roxin, Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, FS-Mailwald, 2010, SS. 716, 722, 726.

<sup>④</sup> Vgl. Maiwald, Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung, FS - Koichi Miyazawa, 1995, S. 465ff; Kindhäuser, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 11 Rn. 1ff.

多,人们的视野已然逐渐扩展至京特·雅各布斯(Günther Jakobs, 1937-)<sup>①</sup>、英格伯格·普珀(Ingeborg Puppe, 1941-)<sup>②</sup>、乌尔斯·金德霍伊泽尔(Urs Kindhäuser, 1949-)<sup>③</sup>等学者所倡导的不同的客观归责流派,也开始出现针对现代客观归责理论的批判和质疑。<sup>④</sup>

在国外归责理论的诸面相和各流派愈加详尽和全面地展现在国人面前之后,我们大体已不再有“盲人摸象”“一叶障目”的问题,却又可能面临着“剪不断,理还乱”的新困扰。一方面,客观归责理论内部本来就歧见纷呈,对于同一归责原理的范围界定、概念使用和体系定位各有不同的理解;另一方面,现代客观归责论者往往声称自己的理论全面重构了过失犯论,并试图完全替代原有过失犯论的预见义务、避免义务等概念,这便加大了实现客观归责学说与我国传统刑法学的理论范畴相对接的困难,也使原本已经引入了日本新旧过失论之争的过失犯领域在概念运用上显得更加错综复杂。在这种情况下,笔者认为:正如雅各布斯所言:“对社会形象——归责理论也属于社会的一部分——的理解不是一蹴而就,而是徐徐前进的……今天发挥指导作用的概念也终将过时。”<sup>⑤</sup>和历史上出现的一切理论一样,现代客观归责学说只是刑法学列车向前行驶过程中经过的一个(无疑是具有里程碑意义的)驿站,而不是终点,只是用于剖析和解答刑事责任问题的一种,而不是唯一路径。因此,中国刑法学界对于归责理论的研究,除了应当继续深化对具

① 参见周维明:《雅各布斯的客观归责理论研究》,载《环球法律评论》2015年第1期;何庆仁:《特别认知者的刑法归责》,载《中外法学》2015年第4期。

② 参见[德]普珀:《客观归责的体系》,徐凌波、曹斐译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第39卷),北京大学出版社2017年版。

③ 参见[德]金德霍伊泽尔:《客观归责:功能与局限》,陈璇译,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第7卷),中国人民公安大学出版社2013年版。

④ 参见陈璇:《论客观归责中危险的判断方法——“以行为时全体客观事实为基础的一般人预测”之提倡》,载《中国法学》2011年第3期;刘艳红:《客观归责理论:质疑与反思》,载《中外法学》2011年第6期;庄劲:《客观归责还是主观归责——一条“过时”的结果归责思路的重拾》,载《法学家》2015年第3期;蔡桂生:《非典型的因果流程和客观归责的质疑》,载《法学家》2018年第4期。

⑤ [德]雅各布斯:《韦尔策尔对于当今刑法学的意义》,载[德]韦尔策尔:《目的行为论导论——刑法理论的新图景》,陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第25~26页。

体归责理论的探讨之外,还应当注意避免拘泥、固守在该学说的具体论断和个别范畴之中无法自拔,需要有意识地跳出现代客观归责理论所设定的框架与概念,拨开令人眼花缭乱的概念之争的迷雾,紧紧扭住现代客观归责论所指向的实质问题,透过分析该理论的前世今生和成败得失,洞悉刑法上归责判断的本质、把握归责理论发展的内在规律。<sup>①</sup> 规范论是刑法归责原理的基石。以禁止和命令为其内容的行为规范,其目的在于保护法益;作为制裁规范的罪刑条文,旨在通过定罪处刑维护行为规范的效力;作为能力维持规范的注意义务,其功能则在于将公民遵守行为规范的能力维持在合理的

---

<sup>①</sup> 例如,现代客观归责理论的萌芽和成长,本质上就是刑法上的归责标准从一元走向二元的过程。在古典犯罪论占据统治地位的时期,由于不法与责任是严格按照“客观外在事实—主观内心状态”的标准来加以划分的,故以评价规范为基础的不法阶层只能确定纯客观的法益侵害事实,而法益侵害事实能否归责于行为人的问题则全部归属于以决定规范为基础的责任阶层。换言之,不法所能够确立的不过是归责的对象(或曰归责判断的素材与质料)(Zurechnungsgegenstand),它与归责标准(Zurechnungskriterium)的确立完全绝缘。故而在彼时,不法当中并不存在真正的归责判断,刑法中只存在位于责任阶层的、以行为人能力为基础的一元化的归责标准。霍尼希于1930年提出,在保持古典犯罪论基本框架不动摇的前提下,需要在传统的不法阶层与责任阶层之间增设一道过滤层,即客观归责。具体来说,在众多与结果具有条件关系的事实因素中,只有那些能够为人的意志活动所支配与操控者,只有那些可以被视为行为人所创造的“作品”者,才能成为刑法构成要件所关注的对象。所以,在先于责任阶层的不法判断之中,就需要在条件因果关系的基础上进一步考察结果是否具有“客观上的追求可能性”(Objektive Bezweckbarkeit des Erfolgs),从而将那些无法为一般人所预见和控制的偶然事件剔除于客观构成要件的范围之外。(Vgl. Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, FG-Frank, Bd. I, 1930, S. 174ff)这样一来,客观构成要件在因果关系之外又多了另一个独立的判断步骤,即以客观的追求可能性为标准的客观归责判断。霍尼希为了保持构成要件与违法性的清晰界分,强调必须使客观归责与规范评价相绝缘,除了在条件关系的基础上进一步否定偶然事件的构成要件符合性之外,它并无其他的实质功能。(Vgl. Maiwald, Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung, FS-Koichi Miyazawa, 1995, S. 465ff)大约与霍尼希同期,卡尔·恩吉施(Karl Engisch, 1899-1990)对古典的过失犯论进行了反思。他提出,注意义务违反性并不是专属于责任阶层的问题;早在构成要件符合性阶段,就应当考虑行为是否违反了客观的注意义务。Vgl. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, SS. 278, 344ff. 自汉斯·韦尔策尔(Hans Welzel, 1904-1977)倡导的人的不法理论成为主流学说之后,为不法阶层奠定基础的早已不仅仅是评价规范,原本专属于责任阶层的决定规范(行为规范)已经随着故意、过失要素前移至构成要件领域而由不法与责任所共享。于是,不法的使命不再是单纯确定归责对象,它已经在一定程度上直接承担起了确立归责标准的任务。这就为客观归责理论的功能升级和内容拓展开辟了广阔的天地,也为刑法

水平之上。本书试图以这种多层次的规范理论为基础,对刑法上重要的归责原理展开探及本质的系统和深入的研究。

## 二、本书的基本内容

第一章探讨的是客观归责中危险的判断方法。危险判断方法是客观归责理论的核心问题之一。关于危险判断的基础,以现代客观归责理论为代表的德国通说主张的是“一般人认识+行为人特别认识”的事实认定模式。该模式既存在种种难以克服的弊端和缺陷,又无法得到现代目的理性犯罪论体系和不法领域内普遍化的决

---

归责标准从一元走向二元奠定了基础。现代客观归责理论正式将客观归责的判断与行为规范联系在了一起,由此呈现出以下两个特征:(1)赋予了客观构成要件以初步划定行为规范禁止范围的机能。[Vgl. Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem heute, in: Schünemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002, S. 21ff; ders., Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn. 49, § 7 Rn. 28]构成要件所涉及的并非只是法律评价的对象,它同时还是除了违法阻却事由以外的全部违法性评价本身;在条件因果关系基础上进行的客观归责判断不应满足于只将偶然事件排除出构成要件的范围,其使命还在于确定行为是否具备经构成要件类型化的不法属性;客观归责的内容也不仅限于结果的客观追求可能性(或曰结果的一般预见可能性),它还应当包括所有为确定构成要件不法所必须的规范要素。某一结果之所以能够在客观上归责于行为人,关键并不是因为该结果在事实上处在行为人可支配的范围之内,而是因为行为人通过制造并实现一个为行为规范所禁止的危险而引起了该结果。于是,这种客观归责论“追求实现的目标在于,在经过上述(霍尼希提出的“客观可追求性”。——引者注)标准限缩后的因果流程之中,再进一步确定,其中哪些在原则上(先抛开正当化事由不谈)已经具备了不法的属性,哪些则还没有。简而言之:客观归责论已经演变成了这样一种学说,它需要在原则上,也就是在不考虑正当化事由的情况下,终局性地确定某个已经出现之结果的不法属性。”[Frisch, Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnung, GA 2003, S. 722]这样一来,客观归责就从原先仅对进入正式归责判断前的归责对象进行“可支配性”筛查的小型过滤层,一跃升级成了直接分担归责判断使命、确定结果是否具有不法属性的庞然大物。(2)强调不法阶层中归责判断标准的“客观性”与一般性。包括现代客观归责理论在内的通说认为,某一行为是否受到行为规范的禁止,在很大程度上可以脱离具体行为人的主观避免能力而得到确定。首先,行为是否创造出了法所不容许的风险,取决于以行为当时一般人能够认识的事实为资料进行的事前判断。其次,被容许风险的概念说明,只要行为在客观上符合社会规范的要求与期待,则即便个案中的行为人具有避免法益侵害的能力,也应认定行为不受禁止。以上两点其实是德国当代犯罪论在20世纪30年代之后总体上呈现出的特点,它们并非为现代客观归责理论所独有,而是反映了刑法归责理论在过去80年间超脱具体学说的、具有普遍性的发展趋势。因此,中国刑法学关于归责理论的研究要真正获得内生发展的驱动力和主体性,似乎需要着力思考以下更具根本性的问题:第一,在个人归责标准之前增设一般人归责标准的构想是否合理,是否真正有助于实现行为规范的一般预防功能?第二,归责判断究竟能否以及在多大范围内能够脱离行为人个人能力的因素?

定规范理论的支持。在此基础之上,笔者提出:客观归责的危险判断应当遵循“以全体客观事实为基础的一般人预测”的判断模式。(1)就危险的判断基础而言,客观归责中法所不容许之危险的判断应当以行为时存在的所有客观事实为其资料。在此,不应掺入任何关于认识能力的因素。(2)就危险的判断标准而言,危险的判断应站在处于行为当时的社会理性人的立场,运用一般人所掌握的经验法则来进行。既然客观归责是在事实因果关系的认定结束后独立展开的规范价值判断,而非自然科学领域内的概念,那么由其规范属性所决定,尽管判断的资料是事后查明的全部事实,但关于行为能否创造法益侵害危险的预测却必须站在行为当时的社会一般人,而非纯粹自然科学的立场上来进行。总而言之,法官应当站在社会上具有正常智力和知识水平的一般理性人的角度,以案件发生时存在的所有客观事实为根据,运用一般人掌握的经验法则从行为当时出发来预测该行为是否制造了法所不容许的危险。

注意义务始终是过失犯论的中枢与元概念。第二章试图以规范理论为基础,探寻注意义务的规范本质,并对用于确立注意义务违反性的“标准人”进行全面重构。本章提出,从规范论的角度来看,注意义务与行为规范分属两种不同类型的规范。注意义务本质上是能力维护规范,其机能在于将行为人遵守行为规范的能力维持在一定的水平之上;注意义务违反性之所以属于过失犯的不法构成要件要素,关键在于它的存在使行为人欠缺结果避免能力的事实状态具备了规范上的可谴责,从而在法益侵害与行为规范的违反之间建立起了内在的关联。因此,注意义务的概念以行为人有遵守行为规范之心、无遵守行为规范之力为其适用前提。进而,笔者从刑法目的、理论思维以及政策效果等方面展开综合分析,认为双层次的注意义务判断方法并不可取,标准人的设定只能以行为人本人的能力为基础。

第三章旨在厘清注意义务与填充规范的关系。刑法以外的法律、法规和规章,与注意义务之间究竟是何种关系,这历来是过失犯理论和实践中的一个争议问题。本章提出,在业务过失犯中,填充规范可以类型性地推断注意义务,也可以划定被容许风险的边界,但行为人能力依然是业务过失犯中注意义务违反性判断不可放

弃的基础性标准。首先,司法者需要借助个人能力关联性标准对填充规范加以甄别;只有与维持预见和避免能力相关的填充规范,才有资格成为注意义务的来源。其次,被容许风险的成立,除了要求行为符合填充规范之外,还要求行为人在实施行为时现实地处于缺乏结果避免能力的状态之中;被容许风险的出罪根据不在于危险行为获得了概括性的容许,而在于行为人能力缺失状态的可谴责性被取消。

第四章的研究主题是注意义务的结果避免能力。注意义务违反与结果之间的规范关联(结果的避免可能性)是过失犯的一个独立的归责要件。首先,对于同时包含了作为和不作为要素的过失行为,只要作为与结果有因果关系,就应当首先考虑作为犯的问题。其次,在判断注意义务的结果避免可能性时必然需要运用假定因果关系的思维方法,但必须根据规范目的对假定因果关系进行限制。根据这一方法,只要合义务替代行为的结果避免可能性达到了占据优势的程度,就足以肯定义务违反和结果之间的关联。最后,在客观归责理论中,义务违反与结果之间的关联属于危险创设,而非危险实现的问题。

第五章围绕注意义务的规范保护目的展开。本章的核心观点在于:注意义务的规范保护目的是过失犯结果归责的一个基础原理,它具有结果预见可能性概念无法替代的独特价值,也与合义务替代行为有着严格的界限。注意规范的“保护目的”是指法治国背景下注意义务的合理功能的范围,对此应结合规范的内容及规范的正当化根据来加以确定。首先,需要找出在防止结果出现的过程中起决定性作用的因素;其次,需要进一步探讨积极促成该防止结果因素的出现是否属于注意义务规范应有的功能。客观归责理论在实践方面较之于相当因果关系说的优势在于,它使危险实现过程的判断走出了行为时一般人预见可能性的歧途,转向了事后的规范目的标准。

第六章对违法性认识的归责意义进行了系统研讨。违法性认识问题集中体现了责任原则与预防性刑事政策之间的冲突与平衡。在摒弃“不知法不免责”观念的前提下,应将违法性认识确定为犯罪故意的组成部分。理由在于:其一,以我国《刑法》第14条的规定

为基点,从规范的故意概念出发,故意的认识对象不可能脱离行为的违法性;其二,违法性认识错误的可谴责性并非自始高于事实认识错误;其三,责任说对责任原则所作的软化处理,难以经受合宪性解释的考验。在建构违法性认识的判断方法时,为了实现有效的一般预防,需要对规范对象者感知法律的心理过程和特点予以关注。首先,根据双层次理论,违法性认识的对象是法律规范,但只要行为人对作为立法依据的行为的实质反价值性具有平行认知即可;其次,对违法性的认识方式不限于语言性思考,还可以是事物性思考。

第七章涉及的是因果流程偏离的归责判断。彻底厘清客观归责与主观归责之间的界限,这既是犯罪阶层判断得以清晰化的必然要求,也是解决因果流程的偏离这一重要实际问题的关键所在。从主观归责来看,故意的认识对象仅包含行为的法益侵害危险,而不包括行为结束后的具体因果发展进程;故意的成立要件已涵盖了故意犯主观归责的全部内容。就客观归责而言,因果流程涉及的是危险实现问题;对此应当从事后的客观立场出发、结合评价规范的目的来加以判断。因此,在故意犯中,客观归责的内容包含危险创设和危险实现;主观归责所涉及的只是以危险创设为对象的故意成立问题。因此,因果流程的偏离纯粹属于客观归责的范畴,而与主观归责无关。

### 三、未竟课题的展望

在本书已有成果的基础上,笔者计划在未来着重从三个方面继续推进对归责理论的研究:

1. 微观层面:归责理论的实践拓展。目前,理论界对归责理论的研究仍主要集中在刑法总论部分。未来应当进一步加强归责研究与刑法分则具体各罪的契合度。<sup>①</sup>

2. 中观层面:归责理论的体系重塑。学界之所以对于客观归责理论的范围以及客观归责究竟是否“客观”存在争论,归根结底是在究竟应当如何理解刑法中的“归责”概念这个问题上有不同看

---

<sup>①</sup> 最近,已有学者朝着这一方向进行了有益的尝试。(参见王骏:《论被害人的自陷风险——以诈骗罪为中心》,载《中国法学》2014年第5期;周光权:《客观归责论在财产犯罪案件中的运用》,载《比较法研究》2018年第3期)

法。从方法论上来说,归责理论的建构和归责标准的确立,均必须紧扣刑法所特有的目的理性,必须与作为犯罪后果的刑罚的本质密切联系起来。笔者的初步设想是:既然刑法是通过维护行为规范的效力(一般预防)来实现法益保护的手段,那么判断某人的行为是否构成犯罪的逻辑推理应当分为两步:一是确定社会中的利益分配状态究竟如何,即是否存在值得法秩序保护的法益;二是确定能否就某人打破了这一利益分配状态的行为对其加以谴责,即能否通过一般预防的方式实现对法益的保护。换言之,“我们应当把以下两者区分开来:作为制裁规范基础的公法命令,以及该命令所依托的权利分配秩序”。<sup>①</sup>只有在根据权利分配秩序确定了某种法益值得由法加以保护之后,才能进一步以侵害了该法益的行为为对象,根据行为规范判断行为人是否具有避免该法益损害结果的能力,进而确定损害结果是否可归责于行为人。<sup>②</sup>据此,现代客观归责理论中所包含的内容,除去如风险降低这种本应属于违法阻却事由解决的问题之外,大致可以划分为两个部分:其一,先于行为规范的归责问题。例如,被害人自我答责,本质上涉及的是某种风险应当如何在行为人与被害人之间进行分配,也即被害人的法益是否值得保护的问题。它所牵涉的是公民法益受到保护的范同,应当在行为规范介入之前就得到回答。<sup>③</sup>其二,与行为规范相关的归责问题。所谓行为人是否制造并实现了法所禁止的风险,实质上就是在探讨行为人能否依循行为规范的要求避免引起法益侵害的问题。它与行为规范的目的、内容和边界须臾不可分离。

3. 宏观层面:阶层犯罪构造的再思考。犯罪论构造的布局与搭建,始终是围绕归责判断这个中心展开的。<sup>④</sup>因此,归责理论研究的深入,将不可避免地波及犯罪论体系。以人的不法理论为基础所建构的现代综合型犯罪论体系,正是按照“一般人—行为人”的二元

---

<sup>①</sup> Renzikowski, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, Juristische Grundforschung 2005, S. 123.

<sup>②</sup> Vgl. Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 81.

<sup>③</sup> Vgl. Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 18.

<sup>④</sup> Vgl. Frisch, Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa, GA 2007, S. 255ff.