

# 客观归责的体系性地位

陈兴良\*

---

**内容提要：**客观归责是在条件说所确立的因果关系范围内，对构成要件的实质判断。客观归责引入构成要件，使构成要件分为事实与价值两个层面：在事实层面以归因为中心进行构成要件的形式判断，即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。在此基础上，再进行价值层面的判断，即是否制造不被容许的风险，以检验构成要件的行为→是否实现不被容许的风险，以检验构成要件的结果→是否属于构成要件的效力范围，以检验整体的构成要件。只有废弃四要件的犯罪构成体系，引入三阶层的犯罪论体系，客观归责在我国刑法学中才有立足之地。

**关键词：**客观归责 因果关系 构成要件

---

客观归责是刑法学中的一个重要理论问题，如何确定客观归责在犯罪论体系中的地位，始终存在争议。本文试图从因果关系论切入，以构成要件的实质化为中心线索，对客观归责的体系性地位进行考察。

## 一

在客观归责与因果关系之间，存在一种纠缠不清的关系。讨论客观归责的体系性地位，从它与因果关系之间的关系切入，不失为一种可行的思路。

我国学者在论及客观归责与因果关系的纷争时，存在以下三种观点：（1）客观归责与因果关系并列。（2）因果关系是客观归责的下位概念。（3）客观归责取代因果关系。<sup>〔1〕</sup>以上见解的概括是否妥当，值得推敲。在笔者看来，因果关系是以解决归因问题为使命的，而客观归责则是以实现归责功能为职责的，两者在性质上完全不同。目前之所以在客观归责与因果关系的关系问题上存在纷争，主要是因为客观归责论正式确立以前，人们试图通过因果关系论同时完成归因与归责这双重的使命，从而使因果关系论极度扩张。在客观归责论问世以后，客观归责与因果关系在功能上存在某些重合，由此产出了两者是并存还是互相取代的问题。

严格地说，因果关系并不是构成要件的实体性要素，而是行为与结果这两个构成要件要素之间的关系。用哲学上的语言来说，它不是实体范畴而是关系范畴。构成要件的行为与构成要件的

---

\* 北京大学法学院教授。

〔1〕 参见张亚军：《刑法中的客观归属论》，中国人民公安大学出版社2008年版，第143页以下。

结果,通常是由刑法明文规定的,根据刑法规定对行为与结果进行构成要件该当性的判断。应当指出,对行为与结果的构成要件该当性是分别进行判断的。例如甲对乙进行射击,子弹未击中乙,乙却因为枪声引起心脏病发作而死亡。在这一案例中,甲具有杀人行为,也发生了乙死亡的结果,这就具备了构成要件该当的杀人行为与构成要件该当的死亡结果。问题在于:这一杀人行为与死亡结果之间是否存在因果关系?只有存在因果关系,我们才能将这一死亡结果归因于甲的杀人行为,从而使自然意义上的死亡结果转化为法律意义上的杀人结果。如果不存在因果关系,则乙的死亡结果不能归因于甲的杀人行为,因而这一死亡结果不是杀人结果。

日本学者小野清一郎提出了构成要件是一体性行为过程的命题,以此出发肯定因果关系在构成要件中的重要地位。他指出:“构成要件的、定型的因果关系,是联结行为与结果的红线。由于有了它,构成要件的全部事实才成为一个因果过程。我们可以把这些全部事实称为‘所为’或广义的‘行为’。把‘行为’这个词放在狭义——身体的动静——中使用,还是放在广义——包含着结果的意义——中使用,虽说是个使用方便的问题,但是都要以它作为主体意志的实现(客观化)属于一种因果过程为前提。”〔2〕

显然,小野清一郎把因果关系称为联结行为与结果的一条“红线”这一说法,表明其十分强调因果关系在构成要件中的作用,赋予了因果关系以一种特殊的功能。我们还必须注意,小野清一郎在因果关系这一概念前面加上了“构成要件的、定型的”这样一些限定词,尤其是推崇所谓定型性的因果关系。小野清一郎把自己的观点概括为构成要件的、定型的因果关系论。在论及因果关系的定型化时,小野清一郎指出:“单讲定型化时,因果关系的类型化、一般化就是必要的,在这方面有点接近相当因果关系说。可是作为构成要件的定型论,则可以说是与条件说接近。”〔3〕

值得我们思考的是:为什么小野清一郎说相当因果关系说接近于一般化,但又认为条件说接近于定型说?关于这个问题,应当追溯到关于因果关系的一般化理论与个别化理论。英国学者指出:“大陆学者承认在以下两类理论之间存在根本区别:一类理论承认每一个特定的因果关系陈述都隐含着一般性,这是指它的真实性取决于对规律性的某种一般性陈述;另一类理论则不承认这一点。第一类理论以‘一般化理论’而闻名;而第二类理论则被称为‘个别化理论’。”〔4〕

英国学者认为,个别化理论有两种类型:一是必然性理论,强调行为与结果之间的必然关系。二是有效性理论,强调行为对于结果发生的有效性。相当因果关系说属于一般化理论,它是以前述条件说为前提的,条件说本身同样具有一般化理论的特征。从历史演变过程来看,存在一个从个别化理论到一般化理论转变的过程。个别化理论,无论是必然性理论还是有效性理论,都是要从各种事件中寻找一个作为结果发生的原因,因此也称为原因说。作为判断根据的“必然性”或者“有效性”,原因说具有个案性的实质判断的性质,缺乏一般性与定型性。因此,个别化理论在因果关系理论的历史上并不具有重要性。相反,条件理论则被法院广泛采纳。

例如德意志帝国法院的刑庭从一开始就采用了条件理论。在1880年判决的一个案件中,被告在窗台上放置一个装了砒霜溶液的瓶子,然后离开房间。她本应预见到她那个有酒瘾的丈夫可能会品尝它从而造成致命的结果,而事实上她的丈夫确实这样做了。虽然介入了丈夫的粗心行为,她仍然被判以过失杀人罪。因为“如果没有她放入毒药并留下这只毒药瓶子的行为,她的丈夫就不会被毒死。因而整个结果的发生都是以她的这一行为为条件的,所以她的行为就具有充分

〔2〕 参见〔日〕小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第115页。

〔3〕 同上书,第109页。

〔4〕 参见〔英〕H. L. A. 哈特、托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》,张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版,第393页。

的原因性。”〔5〕

条件说将一定结果发生的所有条件都认为是原因，即按照“若无前者即无后者”的公式认定因果关系。因此，条件说又称为等值理论，即各种条件都是原因，具有等价值性。正是在这个意义上，条件理论具有构成要件的定型性的特征，属于一般化理论。对此，德国学者罗克辛教授指出：“一般认为，因果概念是在自身先法学性的哲学和自然科学的意义中，为等值理论奠定基础的。这一点的正确性在于，这个理论在历史上顶住了大量所谓的个别化因果理论而得到了承认。”〔6〕

由此可见，条件说的价值就在于其能够为因果关系的司法认定提供一个可行的一般性标准。因此，条件说被学者与司法所承认。当然，条件说也存在一个明显的缺陷，就是使原因的范围过于宽泛。例如，日本学者小野清一郎指出：“所说的事实，哪怕要求的各条件缺少一个，也不能成立。在这个意义上，条件说是正确的。但是若将这种抽象的理论贯彻到伦理行为中去，就会陷入‘恶无限’的境地，亦即生育杀人犯的父母亲也是杀人的原因；制造和贩卖切菜刀，也成了伤害致死的原因；或者打人并使其受点非常轻微的伤害，被害人去医院途中，恰逢交通事故死亡，打人者也要负伤害致死的责任了。所以，在对具体行为做伦理的或法律的考察时，无论如何有必要加以某种限制。”〔7〕

笔者认为，上述对条件说的指责是似是而非的。因果关系的考察，从司法流程上来说，是在构成要件该当的行为与构成要件该当的结果获得肯定性的判断以后。某一行为，只有符合杀人罪的构成要件，才能认定为杀人行为；同时，只有在存在死亡结果的情况下，才进入该杀人行为与死亡结果之间是否存在因果关系的判断过程。因此，杀人犯母亲的生育行为、杀人菜刀的制造、贩卖行为等，在构成要件该当行为的判断中就予以排除，根本不会进入因果性的判断过程。至于造成他人轻微伤，在被害人去医院途中被撞死，行为人是否对伤害致死负责，完全可以采用因果关系中断说来予以解决。〔8〕因此，条件说的“恶无限”问题是完全可以解决的，由此否认条件说的价值确实存在一定的轻率。

正是因为条件说具有其所确定的原因范围过于宽泛这一缺陷，具有个别化特征的原因说才与之对立而存在。原因说试图从物理上对原因和条件加以区分。虽然在原因说中，无论是优势条件说还是最终条件说，都是基于个别性判断而区分原因与条件的。事实已经证明，刑法因果关系需要的一般性判断而不是个别性判断。因此，建立在个别性判断基础之上的原因说是没有生命力的，最终被司法所抛弃。而相当因果关系说不像原因说那样，从物理上去区分原因与条件，而是将社会生活经验法则作为因果性的判断标准。在这种情况下，相当因果关系说风靡一时，在相当长的一个时期成为刑法因果关系的通说。日本学者小野清一郎指出：“因为区别原因和条件的困难首当其冲，因而相当因果关系的观点就应运而生。所谓相当因果关系，是一般化的看问题方法，即按照一般的看法判断是否产生这样的结果。这样评价所依据的多是经验法则或实验法则，因而，在其背后有社会的伦理的评价。在某种意义上，它仍然是在区别原因和条件——不是在质上，而是在量上。”〔9〕

根据相当因果关系说，只有合乎社会生活经验法则的条件才是原因，这就把那些偶尔的、例外的情形从原因中予以排除，使因果关系具有一般性特征。这里的一般性，是指因果关系在性质上的一般性。至于在判断上，相当性的判断属于个案性判断。例如，相当因果关系的首倡者克里斯

〔5〕 参见前引〔4〕，哈特等书，第403页。

〔6〕 参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第232页。

〔7〕 参见前引〔2〕，小野清一郎书，第105页。

〔8〕 关于因果关系中断说，参见〔德〕李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2006年版，第187页。

〔9〕 参见前引〔2〕，小野清一郎书，第107页。

(Kries, 1852—1928年)指出:“相当性原因则属于不相当或偶然性问题,应求诸特殊个案,而非依据一般性法则论定之。根据人类经验与事件发生的通常过程,若某条件具有引发某项结果发生的倾向,该条件即为发生结果的相当性原因。因此,只要某条件增加结果发生的客观可能性,除非有异常事件介入,该结果即属事件通常发生过程中产生的结果,因而具有相当因果关系。”〔10〕

相当性判断虽然是个案性判断,但它之所以是一般化理论而不是个别化理论,就在于相当因果关系说是以条件说为前提的。更为重要的是,相当因果关系说力图寻找行为与结果之间的一般性联系,这一联系是为人类生活经验法则所认同的,由此而区别于个别化理论。英国学者在论及一般化理论与个别化理论之间的区别时指出:“一般化理论与个别化理论的不同在于,尽管前者也致力于从一个事件的诸多条件中选择一个作为它的原因,但是它们之间所以选择一个特定条件作为一个事件的原因,是因为它属于某种类型的条件。这种条件按照一个表现规律性顺序的通则或者陈述,与这样的事件相联系。另一方面,许多主张个别化理论的学者对于选择一个条件作为事件的原因感到满意,与其他条件相比较,这个条件在特定场合对于结果的‘产生’‘贡献’了更多的‘能量’。然而,一般化理论的学者对于这样的证明并不满意:即如果此时在另一场合集中了一组相同的条件(至少是在涉及自然发生的情况下),那么也会跟随发生一个同种事件;从这个意义上说,一个事件的每一个条件都与它存在着一般性联系。他们寻找的实质上是一个条件和后继事件之间的一般性联系。这种联系的含义是指,尽管这个条件是与一组变化多样的其他条件总体相结合的,但是这种联系依然还会存在。因而‘一般的’在这里主要是指‘并不局限于一个确定的条件总体’。”〔11〕

相当因果关系说是在条件说的基础上进行因果关系的认定,因而在因果关系理论范围内被提出的,并且是一种一般化理论。但问题在于:相当性判断是因果关系的判断吗?相当因果关系说是因果关系理论吗?

## 二

相当因果关系说是否属于因果关系理论的问题,从一开始就已经被提出来。力主条件说的李斯特,对相当理论的批评是:将原因问题与责任问题混淆了。坚持原因与责任的区分,是李斯特的一贯立场,也是其条件说的逻辑支撑点。李斯特指出:“我们应当绝对坚持这样的观点,‘因果律’(Kausalsatz)只涉及事实前的时空,不涉及概念的逻辑关系或对行为的社会伦理评价。此外,我们还应当特别引起注意的是,因果关系涉及到一个思维方式问题,借助这个思维方式我们将实际存在的情况联系在一起,而不对导致事件过程的力量作出任何评价。从因果关系的这一观点首先可以得出如下结论,原因问题与责任问题应当作出严格的区分。”〔12〕

在李斯特的以上论述中,主张原因问题与责任问题严格区分,这是完全正确的。因为原因问题是一个归因问题,这是一个事实问题,属于存在论范畴。而责任问题是一个归责问题,这是一个评价问题,属于价值论范畴。在李斯特的古典时代,仍然恪守“违法是客观的,责任是主观的”这个命题,只有主观归责,根本不认同客观归责。李斯特认为,因果关系只是为归责提供材料或对象,因而贬低因果关系在刑法中的重要性。李斯特还对赫尼希(Honing)的客观归责理论进行了批评。因为赫尼希将行为与结果之间的相互关系细分为因果关系和客观归责。在他看来,因果关系是纯粹本体论上事物之间的因果链条,也就是从自然的、物理的角度所进行的因果

〔10〕 参见韩强:《法律因果关系理论研究——以学说史为素材》,北京大学出版社2008年版,第101页。

〔11〕 参见前引〔4〕,哈特等书,第421页。

〔12〕 参见前引〔8〕,李斯特书,第185页。

判断,这种本体论上的因果关系不能满足法律程序对于行为与结果相互关系进行说明的要求。因果的判断仅仅是构成行为与结果之间联系的必需性前提,下一步必须要考察的是,是否这种因果联系对于法律秩序也有意义,是否这种联系满足了法律秩序的要求。在这第二步评价中所涉及的客观归责,是就因果判断对法律程序的意义进行价值判断,而法律秩序本身赋予了这种价值判断的标准。<sup>[13]</sup>因此,赫尼希对归因与归责是明确加以区分的,并且确认了归因与归责之间的位阶关系:归责以归因为其逻辑前提。当然,赫尼希的客观归责,是以所谓客观合目的性为核心的,因此有学者认为,赫尼希的归责理论是一种主观归责理论,并非真正的客观归责理论。<sup>[14]</sup>正是这种归责的主观性,使其难以与相当因果关系说划清界限。对此,李斯特指出:“赫尼希试图利用‘客观归责’(Objektive Zurechnung)思想,他只想对结果的产生作出刑法上的评价,‘这种结果被视为是符合目的的’。赫尼希在反对适当性思想(指相当因果关系说——引者注)方面,则又是很不自信的。赫尼希的‘客观归责’概念因本教科书向来十分强调的‘意志行为’这样一个前提条件而显得是完全多余的了。”<sup>[15]</sup>

李斯特把赫尼希的客观归责当作一种主观归责理论,符合李斯特所坚持的“责任是主观的”这一主张。就主观归责而言,李斯特认为意志行为这一概念足以胜任,以此否认了客观归责的理论。

只有在规范归责的概念提出以后,客观归责才彻底脱离相当因果关系说,成为真正意义上的归责。在规范归责中,风险概念成为一种连接事实与规范之间的关键要素,因为风险本身就是由对事实状态的评价而得来的,可以说规范归责中的各种学说都围绕着对风险的认识和界定而展开。归责中的规范立场使得事实间的联系具有法律评价的意义,在规范立场上的客观归责实际上所论证的是客观不法的成立。<sup>[16]</sup>在这种情况下,客观归责就成为构成要件的核心要素。

基于以上分析,我们回到因果关系与客观归责的关系上来,两者并列的观点是能够成立的。当然,这里因果关系是指以条件说为根据确认的“若无前者,即无后者”的条件关系。客观归责是在条件说确立的因果关系的基础上,进一步对构成要件进行实质判断。

客观归责是一种实质的价值判断,它与相当性判断是不同的。在此,我们还需要进一步讨论相当理论与客观归责论之间的关系。相当理论是在条件说的基础上发展起来的,一般被认为是一种因果关系理论,即相当因果关系说。但正如前面所说,相当理论在很大程度上已经超出因果关系的归因范畴,实际上已经进入归责的领域,可以说是一种归责理论。罗克辛曾经论及麦茨格重要理论(Kelevanztheorie)。该理论认为,从所有结果的原因等价上并不能得出对归责问题同等的法律重要性的结论。与相当理论不同,重要理论不想根据或然性判断,而是想根据涉及的构成要件的意义来确定:在具体情况下刑事责任应被限制在何种结果条件上。因此,该理论并不具有限制因果关系的一般标准。<sup>[17]</sup>

重要理论已经偏离行为与结果之间的关系,而将关注重心转移到对构成要件意义的考察:确认何种构成要件该当行为对于结果发生具有重要意义,以此限制责任。李斯特在评价麦茨格的重要理论与相当理论时指出:“适当理论(即相当理论——引者注)不是因果理论而是归责理论这一点,在过去,首先在麦茨格就已经正确地认识了,他还把这一点作为自己提出的所谓的意义重

[13] 参见吴玉梅:《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,第26页以下。

[14] 参见前引[1],张亚军书,第13页。

[15] 参见前引[8],李斯特书,第186页。

[16] 参见前引[13],吴玉梅书,第52页。

[17] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第350页。

大理论（即重要理论，Relevanztheorie，——引者注）的基础。‘由此说来，在刑法中，条件理论也保留了自己作为唯一可能的因果理论的地位。与此相对，适当理论是一个责任理论（Haftungstheorie）。一般说来，是一个在法律上意义重大的理论。’哪一些因果关系是意义重大的，麦茨格不是仅仅根据适当的基本原理，而是也通过一种对法定行为构成（指构成要件——引者注）具有符合意义的（Sirngemaße）解释来查明的。这包含了根据一种与因果性审查相联系的独立的归责理论的要求，并且这一点上是完全正确的。麦茨格仅仅耽搁了，没有把自己的意义重大理论发展成一个一般的归责理论。”〔18〕

从因果关系论中独立出来，形成一个一般的归责理论，这是客观归责论所承担的使命。在客观归责论形成以后，相当理论处于一种十分尴尬的地位：或者被客观归责论所取代或者成为排斥客观归责论的理由。当然，在德国和日本，相当理论，实际上也是客观归责论的命运是各不相同的。

在德国刑法理论上，因果关系和客观归责是并列的两个问题：因果关系采用条件说，解决归因问题，而客观归责则解决归责问题。德国学者将因果关系与客观归责相提并论，作为刑事责任的基础。〔19〕在这种情况下，相当理论就丧失了其存在的实际意义，只是作为一种学术材料而被刑法教科书提及。相当理论之所以被客观归责理论所取代，在德国学者罗克辛看来，是因为相当理论作为归责理论是不充分的，因为它的影响范围主要限制在排除不寻常的因果过程中的归责。〔20〕也就是说，还有大量的归责问题是相当理论所难以解决的，只有客观归责论才能胜任。

在日本刑法理论上，相当因果关系说仍然占据着主导地位，客观归责论则只被少数学者论及。在这个问题上，日本学者大塚仁教授的观点具有代表性。大塚仁教授指出：“关于客观性归责的认定，在与客观性相当因果关系说中的客观的事后预测同样的思考下，认为应当考虑是否存在对犯罪性结果的客观的预见可能性及避免可能性、以相当于构成要件的因果性经过为基础由行为人的行为造出的危险是否显在化。因此，这种立场实质上与相当因果关系说没有大差别。我不禁产生了用这种见解（指客观归责——引者注）取代相当因果关系说有什么意义的疑问。‘客观性归责’作为‘主观性归责’的前提，如果其目的在于将行为与行为人联系起来的话，在体系论上也许有所创新，但很难看出它超越过去的理论的实质意义。我认为，论及因果关系的问题时，应当把它看成画定构成要件符合性的一要素，其内容在以实行行为与犯罪性结果之间的条件关系为前提，根据折衷性相当因果关系说认为存在相当因果关系时就可以肯定，这种今日通说的立场是妥当的。”〔21〕

因此，大塚仁教授认为以客观归责论取代相当因果关系说是没有必要的，以此为相当因果关系说辩护。大塚仁教授认为客观归责的观念本身和其刑法理论体系上的地位等，尚缺乏明确性，存在不少问题，因而得出了没有放弃相当因果关系说而采用这种理论的必要。〔22〕如何回应大塚仁教授这一对客观归责论的质疑，就成为一个关系到客观归责论存在正当性与必要性的问题。

相当因果关系说本身具有归责的性质，在这一点上它与客观归责具有功能上的重合性，这是没有异议的。然而必须指出，相当因果关系说虽然具有归责的性质，它又不可避免地具有因果性思维方式特点。那么，什么是因果性思维方式呢？笔者认为，因果性思维方式是指在一个事物与另一个事物之间寻找某种关联，例如行为与结果之间的关联就是其中之一。对于判断者来说，行

〔18〕 参见前引〔6〕，罗克辛书，第244页。

〔19〕 参见前引〔17〕，耶赛克等，第336页。

〔20〕 参见前引〔6〕，罗克辛书，第244页。

〔21〕 参见〔日〕大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第106页。

〔22〕 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第164页。

为与结果是先在于因果关系认定的。换言之，人们是在确认了行为与结果以后，再来考察两者之间是否存在因果关系。正是在这个意义上，因果关系论是一种关系范畴。而客观归责论则具有超越因果性思维方式的性质。它并不限于对行为与结果之间关系的考虑，更为重要的是它进而对行为进行实质判断，对结果是否属于行为造成的结果进行实质判断，因而它涉及对整个构成要件的实质判断。以下分别以大塚仁教授和罗克辛教授论及的两个教学案例为材料进行讨论。

#### 大塚仁教授的血友病患者案〔23〕

甲使乙负了伤，乙因为是血友病患者，出血不止而死亡。根据主观说，如果不是甲曾经知道或者能够知道乙的血友病这种情况，就不能承认因果关系；从客观说来看，既然行为时乙是血友病患者，那么，就不管是否知道或者是否能够知道该事实，都存在因果关系；根据折中说，行为时一般人能够知道或者甲知道乙的血友病这一事实时，就可以肯定因果关系，但是，一般人不可能知道、甲也没有知道时，就不存在因果关系。

在上述案例的讨论中，采用相当因果关系说，无论是主观说、客观说还是折中说，都围绕着是否存在因果关系而展开。如果没有相当性则不具有因果关系，并不否认甲的行为是杀人行为，至于主观上是故意还是过失，则在责任中解决。例如，根据客观说，无论甲是否知道或者能够知道乙是血友病患者，都存在因果关系，如果在有责性的判断中，对死亡结果缺乏预见可能性的，那么就没有故意或者没有过失而不能追究其责任。

#### 罗克辛教授的杀人案〔24〕

案例1：有人“在暴风雨就要来的时候，把别人派到森林里去，希望他会被雷劈死”。如果这个结果违背了所有的概率法则而真的发生了，那么，根据等值理论（指条件说——引者注）就不应当怀疑派遣人的原因性。如果人们在这里认为客观行为构成已经得到满足，那么，人们就只能通过否定故意来规避刑事处罚。威尔泽尔（Welzel）也是这样做的。他认为，在这里，对后一个人会存在着一种希望或者愿望，但不是故意所要求的那种对事件的发生真正产生影响的强大的意志。然而，这不是一种令人信服的理由，因为行为人在主观上准确希望的自己要在客观上产生的影响，是无可争辩的——计划和事情发生的真正经过相互之间完全符合。当我们仍然认为一种刑事处罚是不正确的时候，那么，这首先是因为事件的客观偶然性。仅仅因为我们没有把一个纯粹偶然造成的死亡在客观上评价为法律意义上的杀人，所以一个以此为目的的故意就不是杀人故意，而是以某种不受刑事处罚的事情为指向的。

在上述案例中，派遣人与被派遣人之间，按照条件说，是存在因果关系的，只不过没有杀人故意而不构成杀人罪。在此，对故意的解释是实质的故意论，即要求对行为与结果的因果过程具有认识。当然，如果按照相当因果关系说，在上述案例中，由于缺乏相当性而不构成杀人罪。无论如何，条件说和相当因果关系说都没有否认杀人行为的存在。罗克辛则根据客观归责论得出结论，上述派遣人之所以不构成杀人罪，是因为没有创设一种在法律上意义重大的杀人危险。在这种情况下，不是没有因果关系，也不是没有故意，而根本就是没有构成要件该当的行为，被派遣人的死亡也就不能归责于派遣人。

案例2：甲以杀人的故意对着乙开枪，乙仅仅受了轻伤，但却在医院治疗期间由于火灾丧了命。这些案例的一致性在于，在这种状况下应当仅仅认定为杀人未遂。如果司法判决和（还有的）主流理论为这种做法提供的根据是缺乏杀人故意，因为这种故意必然包括具体的因果过程，那么，在这里，问题就又重新转到主观方面的不法上来了。通过医院火灾的死亡，不能在客观上

〔23〕 参见前引〔22〕，大塚仁书，第169页。

〔24〕 参见前引〔6〕，罗克辛书，第245页。

评价为是甲的成果，在此，构成行为的完成就不能由于缺乏故意而落空。因为这种在任何情况下都能得到肯定的未遂，也是以杀人故意为条件的。所以，只有在人们不再把这种死亡的造成，就像其所发生的那样，看成是一种行为构成意义上的“杀人”时，人们才能在具体的杀人结果方面拒绝这个故意。这是一个客观归责的问题，而不是一个故意的问题。

在上述案例中，甲具有杀人故意，其杀人行为造成乙轻伤，乙在医院治疗期间由于火灾而死亡。从甲的杀人行为与乙的死亡结果来看，显然存在“若无前者即无后者”的条件关系。在通常情况下，我们会把甲的行为认定为杀人未遂，使之不对乙的死亡承担刑事责任，其给出的理由是：甲对乙的死亡没有故意。但罗克辛认为，这不是一个没有故意的问题，而是一个客观归责的问题。在这种情况下，行为人的射击虽然引起了被害人死亡这个不被允许的危险，但是在医院的火灾中并没有实现这个由于射击伤害而产生的危险。由于这个原因，就不能把这个结果作为已经完成的杀害而归责于这个行为人。<sup>[25]</sup> 细致地分析，轻伤结果虽然是杀人行为造成的，死亡结果却不存在使之发生的构成要件意义上的杀人行为，因而不是构成要件该当的杀人结果。

从上面案例比较可以看出，因果关系的思维方式与客观归责的思维方式是完全不同的：因果性思考只限于对行为与结果之间关系的考察，至于对行为与结果的考察那是应当在因果性判断之前完成的。问题在于：在某些情况下，这种分别的考察难以承担构成要件的实质判断的功能，正是客观归责论提供了一种一体化的考察思路。基于条件性因果关系，客观归责论进而对行为与结果进行实质性的价值判断，因而超越了因果关系的范畴，进入到了归责的范畴。因此，那种试图以相当因果关系说排斥客观归责论的观点是难以接受的。它没有看到相当因果关系说的局限性，也没有看到客观归责论的完整功能。

那么，能不能反过来以客观归责取代因果关系的判断呢？客观归责是以条件说确立的因果关系为前提的，然而客观归责不能包含、更不能取代因果关系的判断。至于在刑法理论上，个别学者，例如德国学者戈塞（Gossel）认为客观归责理论无须从条件说的必要条件命题导出，而只需依据“规范保护目的原则”的观点，实际上即是以“规范保护原则”排除条件的判断，进而排除因果关系的判断过程。<sup>[26]</sup> 这种否定因果关系判断的独立性，甚至取消因果关系判断的观点显然是不足取的。

### 三

在厘清了因果关系理论与客观归责论的关系，并进而同时肯定两者在定罪司法过程中所具有的不可替代的作用以后，我们终于可以正面讨论客观归责在犯罪论体系中的地位。论及客观归责的体系性地位，我国学者指出：“由于客观归责是关于行为人—行为—结果之间在刑法意义上的客观联系，在内容上所涉及的是犯罪成立的客观事实，因此在犯罪论的体系上毫无疑问是属于犯罪成立第一阶段的内容。”<sup>[27]</sup>

这里所说的犯罪成立第一阶段，是指大陆法系三阶层的犯罪论体系中的构成要件该当性。迄今为止，似乎还没有学者将客观归责排斥在构成要件之外。而从构成要件该当性的角度确立客观归责的体系性地位，必然涉及构成要件的实质化变动。

构成要件存在一个从形式的构成要件到实质的构成要件转变过程。一般认为，古典派的犯罪论体系中的构成要件具有明显的形式化倾向，这种形式化以客观性、事实性和描述性为特征：客观性

[25] 参见前引[6]，罗克辛书，第246页。

[26] 参见方泉：《犯罪论体系的演变》，中国人民公安大学出版社2008年版，第155页。

[27] 前引[13]，吴玉梅书，第122页。

相对于主观性，构成要件是客观的构成要件，主观要素属于责任问题。事实性相对于规范性，构成要件不包含规范要素。描述性相对于评价性，构成要件不包含价值评判。规范的、价值的评判是由于违法性承担的，而构成要件是中性无色的。例如，古典派犯罪论体系的缔造者贝林指出：“法定构成要件是这样一个概念，即不仅其显然不同于纯粹的客观刑罚可罚性条件和责任概念（与相关的主观方面不同的，与上述客观要素一样，该构成要件存在于客观方面），而且与违法性也不同。如果说，违法性表达了法律对行为的不允许，是规范的（价值的）概念，那么法定构成要件的功能，就是那些描述性地勾勒出刑法中相关的客观事实（Tatbestaende）。对行为的法律评价，不可能在法律上规定出来。构成要件符合性与违法性之间彼此关联，正如相互分割的两个领域。”〔28〕

在贝林看来，构成要件是形式判断，以此体现罪刑法定原则；违法性是实质判断，以此体现法益保护原则。构成要件该当的行为还不一定是违法的，只有排除了违法阻却事由，构成要件该当行为才具有违法性。因此，对行为的客观判断，是通过构成要件与违法性这两个阶段完成的：第一阶段的构成要件是形式的，只有作为违法类型的构成要件才是实质的。通过构成要件该当性与违法性这两个阶层，完成了从构成要件的形式化到实质化的转变。

随着新古典派犯罪论体系发现了主观的违法要素与规范的违法要素，构成要件不再是纯客观的和纯事实的，由此开始了一个构成要件的主观化与实质化的演变过程。其中，构成要件的主观化，是随着威尔泽尔的目的行为论的犯罪论体系出现，并完成从心理责任论到规范责任论的转变，将故意与过失等心理要素纳入构成要件为标志的，最终形成了主观归责理论。而构成要件的实质化，则以威尔泽尔的社会相当性理论的提出为肇始。德国学者对社会相当性理论的含义作了以下揭示：“社会相当性理论（Lehre Von der Sozialen Adaequanz）表明，该行为属于历史形成的社会共同生活秩序范围内的行为，不属于犯罪构成要件范畴，即使它与侵害刑法所保护的法益的危险有联系。”〔29〕

由上可见，社会相当性是构成要件判断的实质标准，缺乏社会相当性的行为就不属于构成要件的行为。在这种情况下，社会相当性就成为构成要件的实质性的判断标准，从而解除了构成要件的形式化的桎梏。值得注意的是，威尔泽尔的社会相当性理论最初是作为正当化的一般原理而提出的，因而是一种实质的违法性理论。只是后来，社会相当性才被提前纳入构成要件该当性的考察当中，成为构成要件该当性的阻却根据。

我国学者论及将社会相当性视为构成要件该当性阻却事由的见解时指出：“社会的相当性具有阻却构成要件该当性作用的见解既把构成要件当罚行为系统化，构成要件又必须与生动的现实的社会生活中有关社会伦理性秩序联系起来加以理解。据此，主张在社会伦理性秩序范围内的行为，构成要件该当性本身要受到阻却。如果根据这个见解，外科医生在手术中切断患者的一个手臂的行为，从一开始就不应该符合伤害罪的构成要件，在拳击、摔跤等运动中，向对方的身体施加攻击的行为也不符合伤害罪的构成要件。而这个见解正因为这个结论才与社会生活相吻合而恰如其分，并且由于承认它对社会的相当性有阻却构成要件该当性的作用。从构成要件所使用的措辞来看，虽包括在构成要件之内，但明显不应受罚的行为要排除在构成要件之外，实质上是限定了构成要件的范围，并主张维持违法类型的构成要件的机能。”〔30〕

尽管社会相当性能够起到限定构成要件范围的机能，但是社会相当性的标准本身具有暧昧性，而且威尔泽尔本人对于社会相当性到底是作为构成要件的阻却根据还是违法性的阻却根据一

〔28〕 [德] 贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第67页以下。

〔29〕 前引〔17〕，耶赛克等书，第310页以下。

〔30〕 前引〔1〕，张亚军书，第25页。

直是摇摆不定的。例如,罗克辛就曾经说威尔泽尔经常改变社会相当性的法律形象。<sup>[31]</sup>在这种情况下,客观归责论作为构成要件的实质化的一种方法应运而生。我国台湾地区学者许玉秀提出了客观归责理论是刑法学思潮乃至法学思潮实质化运动的一环的命题。她指出:“客观归责理论企图从法秩序的目的定出确定构成要件行为的范围,是想替构成要件行为找出实质的判断依据,罗克辛所提出来的规范保护目的、被容许的风险、构成要件的效力范围等原则,都是尝试将法秩序的要求具体化,而它们本身都是实质的标准,所以客观归责理论和实质的违法性理论,同属于20世纪以来刑法学思潮,乃至法学思潮实质化的一环。”<sup>[32]</sup>

客观归责作为构成要件的实质判断标准,在构成要件中的体系性地位仍然是不明确的。在德国刑法学中,一般是把因果关系和客观归责相并列,共同作为刑法责任基础。<sup>[33]</sup>然而客观归责不同于因果关系,这种把客观归责与因果关系并列的做法,实际上并没有找到客观归责的合适位置。我国台湾地区学者黄荣坚教授则别出心裁地将客观归责定位为不成文的阻却不法事由,以相对于正当防卫等成文的阻却不法事由。在不成文的不法阻却事由中,黄荣坚教授又将因果关系作为正面要件,阻却客观归责事由则作为负面要件。<sup>[34]</sup>这一定位当然与黄荣坚教授所坚持的不法构成要件与主观不法的二阶层犯罪论体系有关。把客观归责作为不成文的违法阻却事由,与成文的违法阻却事由在性质上相等同,笔者认为并不妥切。因为正当防卫等违法阻却事由属于违法性的判断,是以构成要件该当性为前提的。它只否认违法性却并不否认构成要件该当性,阻却客观归责事由则否认构成要件该当性。就此而言,将阻却客观归责事由作为消极的构成要件更为合理。

消极的构成要件是相对于积极的构成要件而言的,最终被用来指称合法化事由。通过把合法化事由视为消极的构成要件,实际上是把违法性纳入构成要件该当性,从而取消了违法阻却事由。对此,德国学者提出了我们必须拒绝消极的构成要件理论的命题,指出:“只要构成要件被理解为犯罪类型的典型不法内容的承担者,空缺的构成要件理论给构成要件太少,而消极的构成要件特征理论则给构成要件太多。根据消极的构成要件特征理论,构成要件不能仅包括对犯罪来说典型的情况,而是要包括所有涉及违法性的情况。这里,合法化事由的先决条件被理解为消极的构成要件特征,它之所以被纳入构成要件,是因为只要当缺少它时,关于行为违法性的最终的判断才有可能。构成要件特征和合法化事由的先决条件以该方式被统一到总构成要件(Gesamtatbestand)之中,并被体系化地置于同一层面。”<sup>[35]</sup>

对于这种将合法化事由视为消极的构成要件的理论,笔者认为也是不妥的。这里涉及构成要件该当性与违法性这两个要件之间的关系,也涉及在犯罪论体系上的三阶层理论与二阶层理论之争,在此不予展开。仅从逻辑上来说,把正当防卫当作合法化事由,视为消极的构成要件,这时并不能否定构成要件该当性。因此,将正当防卫作为违法阻却事由,在肯定其构成要件该当性的基础上,否认其违法性才是合乎逻辑的。把客观归责阻却事由当作消极的构成要件,并不存在逻辑上的障碍。因为在具备客观归责阻却事由的情况下,实际上是构成要件该当性不存在。

在罗克辛的客观归责理论中,主要存在三个规则,即制造风险、实现风险和构成要件的效力范围。相应地,可以把没有制造风险、没有实现风险和超出构成要件的效力范围视为客观归责的三种阻却事由。其中,制造风险是对构成要件该当行为的实质审查,没有制造风险可以否定构成

[31] 参见前引〔6〕,罗克辛书,第192页。

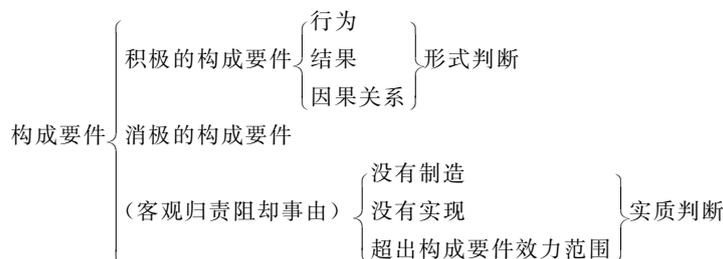
[32] 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第408页。

[33] 参见前引〔17〕,耶赛克等书,第336页以下。

[34] 参见黄荣坚:《基础刑法学(上)》,中国人民大学出版社2009年版,第142页、第193页以下。

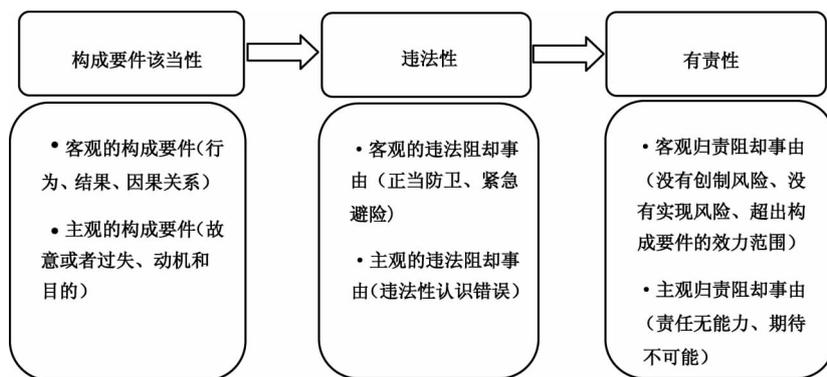
[35] 参见前引〔17〕,耶赛克等书,第307页。

要件该当行为的成立。实现风险是对构成要件结果的实质审查，没有实现风险可以否定构成要件该当结果的成立。超出构成要件的效力范围是对构成要件的否定，是对前述两个事由的补充。<sup>〔36〕</sup>因此，制造风险、实现风险和构成要件效力范围就成为消极的构成要件。在具备构成要件该当的行为、结果及其因果关系的基础上，再进行是否存在消极的构成要件的实质判断。如果存在客观归责阻却事由，则构成要件该当性被否认。



关于客观归责在三阶层的犯罪论体系中的地位，笔者曾经十分大胆地提出，若将归责理论贯彻到底，就应当将客观归责纳入有责性中加以研究。<sup>〔37〕</sup>当然，这必将涉及三阶层的犯罪论体系在内容上的重大调整。

首先，构成要件作为一个事实要件，应当包括客观的构成要件要素与主观的构成要件要素，并且按照客观判断先于主观判断的原则，确立客观的构成要件与主观的构成要件之间的位阶关系。其次，在具备构成要件该当性的基础上，进行违法性的实质判断。在违法性中，分别讨论客观的违法阻却事由与主观的违法阻却事由。其中，客观的违法阻却事由就是正当防卫、紧急避险等传统的正当化事由。而主观的违法阻却事由是指主观上违法性认识的缺乏，即所谓违法性认识错误。应当指出，我们现在都把违法性认识错误视为责任阻却事由，在有责性中加以讨论。其实，违法性认识是一个主观的违法性的问题，因而违法性认识错误是一个主观的违法阻却事由。<sup>〔38〕</sup>最后，在有责性中，分别考察客观归责与主观归责。客观归责是对客观的构成要件所进行的实质判断，主要讨论客观归责阻却事由。主观归责是对主观的构成要件所进行的实质判断，主要讨论主观归责阻却事由，例如责任无能力和期待不可能等情形。



〔36〕 参见许永安：《客观归责理论研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第80页。

〔37〕 参见陈兴良：《从归因到归责：客观归责理论研究》，《法学研究》2006年第2期。

〔38〕 关于主观的阻却违法要素，参见〔德〕冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论I——犯罪论》，杨萌译，法律出版社2006年版，第193页以下。

## 四

我国目前采用的四要件的犯罪构成体系，在四个要件之间不具有阶层性。虽然在这四个要件之间，客观要件与主观要件是区分的，但两者之间并不存在逻辑上的位阶关系。在这种情况下，主客观要件之间的关系是混乱的，没有体现客观判断先于主观判断的原则。从四要件的要素上来说，虽然其中贯穿了社会危害性这一实质的价值评判标准，然而社会危害性并没有纳入犯罪构成体系作为构成要件加以确立，而是游离于犯罪构成之外，凌驾于犯罪构成之上，成为实质上的归责根据，即刑事责任的实体性根据。但是，主观上没有归责，存在“无归责的罪过。”〔39〕客观上也同样没有归责，只有因果关系，并且因果关系理论还停留在个别化理论的阶段。

一般认为，法律因果关系理论经历了从个别化理论到一般化理论的发展过程。如上文所述，条件理论和相当理论属于一般化理论；而个别化理论是指必然原因论和有效及其近似原因论。其中，必然原因论认为，法律上的原因就是“必然的”原因，其含义就是，假定存在这个所称的原因，由于这个原因的内在性质所决定，就会必然跟随发生所称的这个结果。〔40〕必然原因论将原因区分为必然的原因与偶然的原因。由于它不以条件说为前提，因而必然与偶然都是一种个别性的判断，缺乏定型性与一般性，因而称为个别化理论。

在大陆法系国家，个别化理论是19世纪初期流行的，此后个别化理论经由条件说发展到相当因果关系说，20世纪70年代以后又确立了客观归责论，实现了从归因到归责的转变。但苏联及我国至今仍然流行必然原因论。正如我国学者指出：“必然原因论在传统大陆法系学说史上并无特别重要的地位。但是，该理论后来经过苏联法学家重新发掘，并赋予其马克思主义法学的新内涵，从而一度在前苏东及中国等社会主义国家的学说史上占据重要地位。”〔41〕

在苏联学者的著作中可以看到从意识形态出发，对条件说与相当因果关系说的猛烈批判，将其戴上形而上学和唯心主义两顶帽子。但苏联学者特拉伊宁又隐隐约约地感觉到归责的重要性，因而把因果关系与罪过作为犯罪构成的基础。他指出：“无论是罪过或是因果关系，都是每个犯罪构成的必要因素。没有罪过，就会导致对犯罪结果的客观归罪，这是同社会主义的审判背道而驰的。没有因果关系，也同样会得出一个同社会主义的审判格格不入的原则：对那些根本没有犯罪结果，或者虽有犯罪结果但非由被检举负责者所造成的作为（不作为），确定责任。”〔42〕

在此，特拉伊宁也想通过因果关系和罪过解决归责问题。然而由于因果关系和罪过作为实体性的构成要件，难以胜任归责的使命。在这种情况下，苏联刑法学提出了刑事责任的概念，特拉伊宁把犯罪构成的两个要件——罪过与因果关系划分出来作为刑事责任的独立根据，这种做法在当时是有争议的。〔43〕刑事责任理论成为犯罪构成体系以外的一种责任理论。离开了犯罪构成，刑事责任就不再是一种归责理论。〔44〕我国学者提出了狭义的归责与广义的归责的二元区分，认为客观归责与主观归责是狭义的归责，而苏联刑法学中以社会危害性为基础的归责是广义的归责，并对广义的归责进行了深刻的分析，指出：“从本质上讲，社会危害性提示的是结果不法的

〔39〕 [美] 乔治·弗莱彻：《反思刑法》，邓子滨译，华夏出版社2008年版，第364页以下。

〔40〕 参见前引〔4〕，哈特等书，第396页。

〔41〕 前引〔10〕，韩强书，第96页。

〔42〕 [苏联] 特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，王作富等译，中国人民大学出版社1958年版，第147页。

〔43〕 参见 [苏联] 皮昂特科夫斯基等：《苏联刑法科学史》，法律出版社1984年版，第44页。

〔44〕 关于我国刑法中的刑事责任理论的学术史考察，参见陈兴良：《从刑事责任理论到责任主义》，《清华法学》2009年第2期。

内容。因而，这种体系架构的基础存在缺失。正是由于这种缺失，采用广义的归责概念，即认为整个犯罪认定的过程都是追究行为人刑事责任的过程，行为人的行为只要符合了犯罪构成，就成立犯罪，就应承担刑事责任。整个刑法体系仍然属于松散的犯罪—刑罚结构，刑事责任在整个刑法体系中如同鸡肋，食之无味，弃之可惜。客观方面的一统天下导致了整个犯罪构成体系的形式化判断格局，违背了进行实质化犯罪判断的初衷和目的。”〔45〕

我国四要件的犯罪构成体系，基本上承袭了苏俄刑法学的犯罪构成理论，在四要件的框架结构上如出一辙。从犯罪构成的客观结构上来说，存在着形式与实质不分、归因与归责混同等根本性的缺陷。

近年来，我国逐渐了解了客观归责论，并结合我国的犯罪构成体系进行了较为深入的研究。当然，对于客观归责论是否有必要引入我国刑法理论，也是存在不同见解的。周光权教授指出：“客观归责理论将实行行为概念形式化，会带来不合理的方面。在客观归责理论中，危险性极低的身体举动，也是实行行为，只是对这种行为所导致的结果不归责而已。……在这个意义上，客观归责理论有将刑法问题复杂化的嫌疑。客观归责理论试图尽量弱化甚至消灭因果关系论的影响力，将因果关系降为纯粹自然的联系，而非实质的、社会意义上、规范上的联系，所以会得出不作为犯可能无因果关系，但客观上可以归责的结论。由此，可以进一步得出结论：如果对实行行为作实质评价；对因果关系不是仅仅从存在论的意义上，还要从规范的、论理的意义上去理解；对相当性是否存在作审慎判断，就基本上可以得出客观归责理论不需要的结论。因为没有必要在事实判断（条件说）、法律判断（相当因果关系说）之外，另外建一套实质地评价行为与后果关系的理论。”〔46〕

周光权教授主要是从客观归责的功能上提出质疑的。因而，回答这个问题就应当从客观归责的功能入手：离开了客观归责，实质地理解类型化的实行行为概念，采用相当因果关系说，是否已经能够解决归责问题，而没有必要采用客观归责论？在此，笔者想重点对实行行为的实质解释与客观归责的关系加以讨论。

如前所述，古典派犯罪论体系学者所主张的构成要件是形式的，此后逐渐出现了一个构成要件实质化的过程，这是一种归责的实质化，不同于违法性中所涉及的不法的实质化。在苏联及我国刑法学中，引入社会危害性理论，对行为进行实质化解释。因此，在我国行为是危害社会的行为。例如我国学者指出：“危害行为实际上是个综合性的概念，将实施行为的主体（人）、行为主体的主观意识、行为的自然和社会性质都概括进来，在一定意义上揭示了犯罪构成的前提性因素。而这些因素也只有与危害行为相结合，才能与犯罪发生联系，具备刑法上的意义。”〔47〕

在上述危害行为的定义中，凸显了行为的社会危害性，体现了对行为的实质评价。反之，行为的规范特征反而被遮蔽了。这是一种典型的形式判断与实质判断不加区分，甚至以实质判断取代形式判断的方法。在此，我们可以比较一下德、日刑法学中的行为概念。德、日刑法学中的行为概念分为两个层次讨论，一是行为理论中的行为概念，主要通过因果行为论、目的行为论、社会行为论与人格行为论等理论的分析，探讨行为的本体内容。〔48〕这个意义上的行为概念是先在构成要件的，因而与刑法规范无关。二是在构成要件该当性中的行为概念，即构成要件行为，也称为实行行为，这是规范的行为概念。例如日本学者在区分上述两种行为概念时指出：“行为论中所讲述的行为，是指能够受意思支配的具有社会意义的人的外部态度，是作为刑法上的构成

〔45〕 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，第183页。

〔46〕 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第155页以下。

〔47〕 赵秉志主编：《刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第232页。

〔48〕 参见〔德〕约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第42页以下。

要件符合性的对象的社会事实的行为。但是，本处所讲的行为（指构成要件的行为），是作为构成要件中所规定的构成要件要素的行为。”〔49〕

构成要件意义上的行为具有形式化特征，是类型化的行为。至于对构成要件行为的实质评价，是通过违法性这一要件实现的。现在，对构成要件行为，在构成要件内予以实质化的呼声越来越高。在德国刑法学中，这一实质化功能是由客观归责承担的。我国学者也提出了对构成要件加以实质解释的观点。例如张明楷教授指出：“对构成要件进行实质的解释，意味着使符合犯罪构成的行为具有应当追究刑事责任程度的社会危害性。而要做到这一点，就必须以犯罪的本质为指导解释构成要件，不仅使各个构成要件说明和反映犯罪的本质，而且使犯罪构成的整体所反映的社会危害性达到应当追究刑事责任的程度。”〔50〕

在构成要件的实质解释中，首当其冲的是对行为的实质解释。这种实质解释如果是以社会危害性为标准的，那么，在苏联及我国的四要件的犯罪构成体系中，实际上每时每刻都在进行实质解释。问题在于：社会危害性这种抽象的、含糊的、非规范的标准能够完成实质解释这一使命吗？例如，甲欲使乙死亡，遂指使乙在打雷天外出劳动，乙恰好被雷电击死。在这一案例中，如果按照社会危害性标准来衡量，甲的行为有没有社会危害性呢？当然会得出肯定的结论。因此，对于构成要件行为，乃至整个构成要件，不是要不要进行实质判断，而是如何进行实质判断的问题。简单地按照社会危害性对行为进行实质判断的做法，缺乏科学性，再也不能继续下去了。因此，笔者认为客观归责是必要的，它是构成要件实质化的必由之路。客观归责引入构成要件，使构成要件分为事实与价值两个层面：在事实层面进行构成要件的形式判断。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？

事实层面的判断具有形式性、规范性的特征，是以归因为中心的。在此基础上，再进行价值层面的判断。其逻辑思路是：是否制造不被容许的风险，以检验构成要件的行为→是否实现不被容许的风险，以检验构成要件的结果→是否属于构成要件的效力范围，以检验整体的构成要件。

通过以上对客观归责的研究，笔者认为应当将客观归责论引入我国刑法学。现在的问题是：我国目前的四要件的犯罪构成体系能否容纳客观归责的内容？对此，我国学者认为客观归责与我国的犯罪成立体系是兼容的。〔51〕具体地说，应当将客观归责纳入犯罪构成的客观要件。例如，我国学者指出：“应当认为，将这一理论潮流（指客观归责论——引者注）引进我国刑法之中，与我国目前的刑法理论体系不会发生本质的冲突。客观归责论是实质的客观构成要件理论，在客观构成要件判断中，适当引入客观归责论的判断模式，可以适当地实现判断犯罪的功能。如果将客观归属性考虑为客观方面的要件，运用制造风险和实现风险的原则及其下位的各种衍生规则进行系统的分析，更有利于刑法上规范机制的处理。”〔52〕

这一愿望当然是好的，但如果在我国目前四要件的犯罪构成体系不作任何改动的情况下，引入客观归责论存在以下三个障碍：

一是客观归责论与社会危害性论的矛盾难以克服。在我国四要件的犯罪构成体系中，社会危害性已经承担了实质判断的功能。在犯罪构成客观方面的要件中，行为经过社会危害性的判断以后，已经成为危害行为，这是一种实质的行为概念。而客观归责是以形式的行为概念，即构成要件行为为前提的。如果把社会危害性判断替代为客观归责中制造风险的判断，以此作为对行为的实质审查，则势必去社会危害性，这就必然导致四要件的犯罪构成体系的根基性动摇。因此，客

〔49〕〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第113页。

〔50〕张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第128页。

〔51〕前引〔13〕，吴玉梅书，第256页。

〔52〕前引〔1〕，张亚军书，第275页。

观归责论在我国四要件的犯罪构成体系中缺乏逻辑根据。

二是客观归责论与因果关系论的矛盾难以克服。我国刑法学关于因果关系的主流观点还停留在必然原因论阶段，即将因果关系分为必然因果关系与偶然因果关系。至于条件说与相当因果关系说，只是个别学者的著作主张而被通说排斥。必然原因论作为一种个别化理论，缺乏定型性与一般性，更缺乏归责的内容。而客观归责论是以条件说所确立的因果关系为前提的，明确地将归因与归责加以区分。在我国的因果关系论不作根本改变的情况下，客观归责论在我国四要件的犯罪构成体系中缺乏逻辑基础。

三是客观归责论与四要件犯罪构成体系结构之间的矛盾难以克服。客观归责是以三阶层的犯罪论体系为其理论生存空间的，它为主观归责提供客观基础。而我国四要件的犯罪构成体系不是阶层理论而是耦合结构。在四要件的犯罪构成体系中，四个要件之间不存在逻辑上的位阶关系。在这种情况下，客观归责并非必然先于主观归责。因此，客观归责在我国四要件的犯罪构成体系中缺乏逻辑语境。

基于以上分析，笔者认为，只有废弃四要件的犯罪构成体系，引入三阶层的犯罪论体系，客观归责在我国刑法学中才有立足之地。

---

**Abstract:** The position of objective imputation is concerned with the nature of constitutive requirements. This article discusses this problem in the context of the substantialization of constitutive requirements. Objective imputation and causation are two totally different concepts. Causation is committed to the issue of attribution, while objective imputation is concerned with blamefulness. Thus objective imputation is parallel to causation and should be coped with by substantially examining the constitutive requirements after solving the issue of causation.

Moreover, the thinking methods of causation and objective imputation are different. The issue of causation only focuses on the relationship between act and consequence, so before determining whether causation exists or not, we should first examine whether the act and the consequence exist or not. This kind of separation can not examine the constitutive requirements substantially in some instances. In this aspect, objective imputation carries out a substantializing examination of act and consequence, thus goes beyond the bounds of causation and comes into the scope of blamefulness.

There is no hierarchy in the “Four Elements” theory in Chinese criminal law. Although the “Four Elements” theory contains a substantial examination criterion, i. e., the theory of harmfulness to society, this criterion has not been included into the analytic scheme of crime as a constitutive element, and is kept away from even overtops the analytic scheme of crime. There exist three theoretical obstacles to introduce objective imputation into Chinese criminal law under contemporary circumstances, that is, the insurmountable contradiction between objective imputation and harmfulness to society, the insuperable conflict between objective imputation and causation, and the unavoidable inconsistency between objective imputation and the “Four Elements” theory. Only by abandoning the “Four Elements” theory and introducing the “Tripartite Scheme” theory as the analytic scheme of crime can objective imputation theory survive in Chinese criminal law.

**Key Words:** criminal law, objective imputation, causation, constitutive requirements

---