

# 故意犯的客观和主观归责<sup>〔1〕</sup>

[德] 沃斯·金德霍伊泽尔<sup>〔2〕</sup> 著

樊文<sup>〔3〕</sup> 译

**内容提要：**客观归责理论试图在检验犯罪构成要件的主观要素之前，在犯罪构成要件的客观要素层面上把并不重要的因果链排除出去。为此，要考虑两个标准：（1）如果缺少行为客观目的的被支配性，就不应对结果的发生进行客观归责，因为结果的出现似乎仅仅是行为人行为意外所致；（2）结果的客观可归责性的先决条件是：行为人造成的不容许的风险在发生的结果中得以实现。本文以个人刑事罪过理论为基础，而该理论使得刑法上的行为责任取决于行为人自觉行为的具体能力。由此，试图说明：一个结果总是可以被客观归责的，除非行为人的行为造成的这个结果确实没有造成对刑法规范保护目的之否定。除此之外，客观归责理论—至少对于故意犯—要么得出不正确的结论要么就混淆主观和客观构成要件的要素。风险联系的标准仍然是在故意犯犯罪构成要件的主观层面将结果归责于行为人故意的适当工具，假如行为的客观和主观要素得到了准确的区分。

**关键词：**故意犯 客观归责 风险联系

## 一、导 论

（1）从罪责原则可知，任何人只可能于以下情况对其行为后果负刑事责任：这种后果对于作为信奉法律公民的他而言是本能够和应该避免的。这样刑法上的责任（*strafrechtliche Verantwortlichkeit*）就受到人的个体能力（*Das individuelle*

〔1〕 本文《Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt》选自《Jahrbuch für Recht und Ethik FS-Hruschka》，2005年，第13卷，第527-542页。本文的翻译发表取得了作者的授权。

〔2〕 Prof. Dr. Urs Kindhäuser, 德国波恩大学刑法学教授。

〔3〕 Wen Fan, 中国社会科学院法学研究所刑法研究室研究人员，德国弗莱堡大学法学院博士研究生。

Können)的限定。<sup>[4]</sup> 根据个人能力标准划定责任的界限,人们可以称之为主观归责(subjektive Zurechnung)。一个人的能力又可以区分为行为能力(Handlungsfähigkeit)和动机能力(Motivationsfähigkeit)。凡是体力和智力上能够实现特定目标而行为的,就是有行为能力;凡是心理上根据优先性能够决定在对其具可能性的(多种行为)范围内实施何种行为的,就是有动机能力。

刑法上重要的动机能力是指能够把他的行为与法律规范进行对照并在罪责的范围内受到犯罪构造检验的能力。<sup>[5]</sup> 下面应进一步详细论述的刑法上重要的行为能力,是指不去实现犯罪构成要件的行为能力。除过对自己身体的必要的控制,通过自己的行为能够准确地估计因果变化的可能性也属于这种能力。尽管行为人在智力和体能上当时能够有针对性地避免实现刑法的不法,但还是实现了构成要件。这种涉及行为人个人行为能力的实现构成要件的可归责性,在如今的刑法学理中称作人的不法(personales Unrecht)。<sup>[6]</sup>

(2) 确定人的不法的时候,就要评价行为人事实上的行为能力。根据客观标准进行的这种评价,丝毫不改变:行为人的个人能力是人的行为不法构成的根据和界限。对于故意犯,这种不法在于,尽管行为人认为通过他的行为造成结果是如此之有可能,作为信奉法律并理性决断的公民,为了避免结果的发生,他肯定不去做这样的行为,但是行为人还是以特定的方式做出了这样的行为。<sup>[7]</sup> 对于过失,行为人虽然不认为结果极有可能发生,但是,还是有足够的根据,在履行其可以尽到的谨慎注意义务的情况下,认识并避免其行为造成结果的发生。<sup>[8]</sup>

故意归责和过失归责的出发点是同样的问题:行为人对于其行为和构成要件结果之间特定的因果关系事实上知道什么。在这种事实上存在的认知方面,要检验的是,结果据以归责于故意或者过失的规则前提是否得到了满足。或者

[4] 关于能够(Können)和应该(Sollen)关系的规范理论分析,参见 Hruschka,《法律思考的两个公理(Zwei Axiome des Rechtsdenkens)》,in: Ackermann/Albers (Hrsg.),《Reimers 祝贺文集(FS Reimers)》,Berlin, Duncker & Humblot, 1979 年版,第 459 页及以下几页。

[5] 参阅 Hruschka 对犯罪构成的论述,《逻辑分析刑法/刑法的逻辑分析(Strafrecht nach logisch-analytischer Methode)》,Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1988 年第 2 版,第 260 页及下几页; Kindhäuser,《论犯罪结构的逻辑(Zur Logik des Verbrechensaufbaus)》,in: Harald Koch (Hrsg.),《法律面临的挑战:对新问题的古老回答(Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen)》,Berlin, Berlin Verlag Arno Spitz, 1997 年版,第 77 页及下几页各处。

[6] 基础性论述参阅 Welzel,《德国刑法(Das deutsche Strafrecht)》,Berlin, Walter de Gruyter, 1969 年第 11 版,第 62 页有进一步详细的论述。

[7] 参阅 Puppe 透彻的论述,《故意和归责(Vorsatz und Zurechnung)》,Heidelberg, Decker & Müller, 1992,第 35 页及下几页各处。

[8] 详细的论述参阅 Hruschka(注 2),第 182 页及下几页;进一步的论述参阅同一作者,《论作为和不作为以及过失(Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit)》,in: Kaufmann/Bemmann/Kraus/Volk (Hrsg.),《Bockelmann 祝贺文集(FS-Bockelmann)》,München, C. H. Beck, 1979 年版,第 421 页及下几页; Kindhäuser,《作为犯罪行为的危害(Gefährdung als Straftat)》,Frankfurt am Main, Klostermann, 1989 年版,第 62 页及下几页。

换句话说：行为人事实上存在的认知是人的不法的所有其他结构要素赖以建立的基础。只有在行为人所实际具备的认知给获得有缺陷的认知或没有事先弥补认知漏洞而放弃实施行为提供了充分的契机，而行为人——在履行其被期待的谨慎注意义务的情况下——能够和必须认识到特定的情况，才能非难行为人。<sup>〔9〕</sup>

人的不法论在客观的和主观的构成要件之间进行了区分。责难行为人的事件，即主观归责的对象属于客观构成要件。归责根据和界限的行为人的认知，即故意——根据中肯的观点<sup>〔10〕</sup>——还有过失，属于主观构成要件。

(3) 在德国刑法学中一个广为人知的学理观点认为，如上简述的刑法之不法的主观根据和界限是不充分的，还要求一个结果的客观归责。<sup>〔11〕</sup> 下面的思考，就要批判性地讨论这种理论，只要该理论还承认故意结果犯。

## 二、客观归责的目标和追求

(1) 客观归责理论想把不重要的因果历程从刑法的后果责任(Folgenverantwortung)领域排除出去。这种归责之所以被理解为是客观的，是因为它完全隐去了行为的主观侧面。而更为决定性的一点应该是，是否是任意一个人在行为人的处境下出于避免结果的缘故应该放弃相关的行为，并因此能够对发生的结果负责。<sup>〔12〕</sup> 如果情况不是这样，那么就不再追问结果主观归责于具体行为人的问题。借助于两个标准可以给出这种责任的限制(Haftungsbeschränkung)以根据：

其一，如果结果的出现只是行为人行行为的偶然效果，那么造成的结果在客观上就应该是不可归责的。在这种情况下，结果的产生一方面是不可控制的；另一方面这种情况也缺少客观目的性(objektive Finalität)。人类行为造成的偶然(意外)后果是不可能禁止的并因而在构成要件层面看来已不具有刑法上的重要性。

其二，只有当结果的出现正好实现了行为人造成的不容许的风险(unerlaubte

〔9〕 清楚的表达参阅 Struensee,《客观归责和过失(Objective Zurechnung und Fahrlässigkeit)》, GA 1987, 第 97 页(第 99 页以下几页)。

〔10〕 Hruschka(注 2), 第 228, 229 页, 第 325 页及下几页; Kindhäuser,《容许的危险和注意的违反(Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit)》, GA 1994, 第 197 页(第 200 页及以下几页)。主观的过失受到罪责的通说观点的抨击, 丝毫没有改变, 构成要件实现的个人可避免性是行为能力的对象。

〔11〕 仅请参阅 Jakobs,《刑法总论(Strafrecht Allgemeiner Teil)》, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1991 年第 2 版, 第 200 页及下几页; Jescheck/Weigend,《刑法教科书总论(Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil)》, Berlin, Duncker & Humblot, 1996 年第 5 版, 第 286 页及下几页; Roxin,《刑法总论(Strafrecht Allgemeiner Teil)》, 第 1 卷,《基础—犯罪论的结构(Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre)》, München, C. H. Beck, 1997 年第 3 版, 第 310 页及下几页; Wessels/Beulke,《刑法总论—犯罪行为及其结构(Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau)》, Heidelberg, C. F. Müller, 2004 年第 34 版, 第 64 页及下几页各处。

〔12〕 参阅 Nachw. 注 8。

Risiko verwirkliche),那么,造成的结果在客观上才应该是可以归责的。因为对于容许行为的后果,在刑法上不可能关涉任何人的责任。

(2) 根据 *Hruschka* 的观点,由于客观目的性的标准,责任限制的要求来自于:<sup>[13]</sup>事前(ex ante)——即原则上就时间而言在行为实施之前或者行为实施当时——客观上必须存在确定行为的实施是否是被禁止的这样一种可能性。因为:如果结果作为行为之效果客观上出乎预料并不可预料地出现了,那么,“所涉及的行为原本就是受禁止的”,如此的事后解释,就是不合理的。把对于行为禁止性的决定性判断置于行为实施之后的时点,意味着把受禁止者(Verbotsadressat)无助(不利)地置于这种禁止之前。这里出现了一个自相矛盾:一方面说作为行为效果的结果过去是不可预见的,同时又断言符合禁止构成要件(Verbotstatbestand)的客观犯罪构成要件已经得到满足。<sup>[14]</sup>

即使这个论据准确地地点明了罪责刑法核心命题的要害,但是尚未解决的问题是,客观目的性标准在什么程度上能够帮助受规范者(Adressanten einer Norm)对于行为的合法性作出判断。因为对于行为当时的客观目的形成判断的人,是事后对于行为不法作出判断的法官。因此如果在行为当时,应该已经有一个对于潜在的行为后果有最终约束力的预见,那么就需要拟制(虚构)一个客观的观察者。但是对于受规范者来说,客观观察者的这种虚构性预见就像拉普拉斯式世界精神的认知(Das Wissen des Laplace'schen Weltgeistes)<sup>[15]</sup>一样,实际上是不可能达到的。此外:如果人们确实认真地设立了一个客观观察者,那么就必须承认其观察错误的可能性,因为他作出假设的最大范围(ex hypothesi)局限于其有限的认知。以此推出一个并非如设想般完美的结论,即建立在虚构的观察者的判断之上的法律本身不能没有错误地说明:为避免特定的结果而放弃行为,事实上是否是必要的。伴随着客观观察者的虚构出现的是第三个认识上的大问题:不同于事前的行为人的实际认识和事后法官事实上所能达到的认知,这种认识在现实世界不能达到理想的境地并因此也不可能影响到现实性。

只有当仅就两个视角观察构成要件的事件时,才能兑现 *Hruschka* 对于无矛盾性的要求:法官的事后视角和行为人自己的事前视角。事后观察是要重构客观上该当构成要件的事件历程,这种事件历程是归责的对象。如果行为人具备能够针对性地避免实现构成要件的必要认识和身体能力,这种事件历程(在主观上)就是可归责于行为人的。换句话说:对于确定行为之时避免发生禁止构成要件事件的义务来说,关键的仅仅是受规范者本人的主观目的性。

无论如何,在故意犯那里确实看不出,客观目的性的要求能够在什么程度

[13] 参阅 *Hruschka*(注2)第403页。

[14] 同上注,第404页。

[15] Laplace 的著名遗言是:我们知道的,我们未知的无限。——译者。

上有助于对责任进行有意义的限制。不依赖于这个事件对于客观的观察者是是不是可预见的或者是不是意外的,只要行为人没有准确地预见到导致结果的因果历程,这种结果也就不能归责于行为人的故意。但是,只要行为人准确地预见到了导致结果的因果历程,很明显,就没有理由不把该结果归责于他。因为行为人准确地预见到了因果历程,那么就不能说这个因果历程客观上当当时是不可预见的。这可能仅仅说明:由于行为人当时已具备特别的知识(Sonderkenntnisse),客观上预见到了因果历程;而对于(具有普通知识或者一般常识的)虚构的观察者来说,这种因果历程当时是不可预见的。那么,接下来就必须解释,如果行为人具备特别的知识,为什么应该减轻故意犯行为人的罪责?一个偶然得知其妻子患有极少见的过敏症并把这种知识用于杀人的医生,不应该因故意杀人而受到刑罚处罚,是因为普通的医生或者丈夫不具备其专门的知识吗?肯定不是这样的,因为:对于故意犯,义务只能是,知道特定行为导致特定结果的人不应该去实施这种行为。除此之外的其他结论完全不符合刑法法益保护的意义和目的。

另外,对于过失犯,结果的客观可预见性也不是归责对象的结构成分。过失行为人未曾谨慎注意地达致(虚构的)客观观察者的预见,就不能非难于他。而大多数过失行为的人都熟悉这样的情况:这些情况曾给信奉法律的受规范者因其特殊的处境和社会角色而不去(用这种方式方法)实施所提到的行为提供了充分的理由。某种程度上结果的可预见性也属于行为人所期待的情景估计(Situationseinschätzung)。<sup>[16]</sup>但是这种可预见性并没有置于主观归责之前,而是这种主观归责本身的一个决定性标准。借助于可预见性标准要确定的是,任何一个具备行为人这样的实际知识的人(在所假设的信奉法律的动机下)<sup>[17]</sup>是否能够和必定得出这样的结论:出于避免结果发生的缘故而必须放弃特定行为。这种结论的分析由于与区分客观和主观行为而相联系的术语而变得很困难。因为对于过失判断来说关键的可预见性要以客观化的尺度为标准,就像《刑法典》第17条的禁止错误的可避免性或者《刑法典》第35条第2款的免责的情状的可避免性要借助于客观化的判断标准予以确定一样。只是这种标准的客观性丝毫没有改变:因为这种标准服务于调查行为人缺少的认知的适当的

[16] 无论如何这是符合通说观点的,参阅 Kindhäuser,《刑法总论(Strafrecht Allgemeiner Teil)》,Baden-Baden, Nomos, 2005年版,第260页及以下几页,265页及以下几页各处,以及关于相反观点的论述。

[17] 没有相应的动机也就没有得出相应结论的实际必要性;参阅 Toepel,《过失结果犯的因果关系和违反义务联系(Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt)》,Berlin, Duncker & Humblot, 1992年版,第23页及下几页,第31页及下几页;Vogel,《不纯正不作为犯的规范和义务(Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten)》,Berlin, Duncker & Humblot, 1993年版,第70页及下几页。要承担责任的相应动机的缺失,是罪责归责的对象并要置于犯罪构成的层面之上;仅请参阅 Jakobs(注8),第140页及下一页;Kindhäuser,《论行为和法律错误的区别(Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum)》,GA 1990,第407(416)页。

可获得性,因而它不能适用于主观归责。如果在要形成归责对象的客观构成要件范围和在进行对象归责于人的不法的主观构成要件范围之间,按照行为人的行为能力进行区分,术语的困难就可以克服。那么,清楚的就是:对于过失,结果的客观可预见性并不限制客观构成要件,而是——用 *Hruschka* 的术语<sup>[18]</sup>——在实现客观构成要件特殊的归责于行为人的守则中有其逻辑位置。<sup>[19]</sup>

(3) 根据客观归责的第二个标准,如果行为人所造成的不容许的风险在结果中得以实现,那么该结果客观上就应该是可以归责的。这种责任的限制对于故意犯有着重大的意义。因为根据客观归责理论,如果行为人由于容许的风险造成了这种结果,那么行为人就没有实现客观的犯罪构成要件,即便他在引起结果方面以故意而行为,行为人同样没有实现客观的犯罪构成要件。为了能够评价这个命题,需要回答两个问题:什么是不容许的风险?以及:在什么样的前提条件下才可以说在结果中实现了不容许的风险?

### 三、关于所谓的不容许的风险

(1) 任何因果关系上可以解释的结果出现之前,就已经存在造成结果是可能的这样一种状态。人们可以把这种状态称作风险(*Risiko*)或者危险(*Gefahr*)。在结果出现之前,这种状态客观上始终是存在的,也就是说对于事前没人能估计到的自然事件,这种状态同样存在。比如,如果说一个人站在自家花园,突然被一个落下来的陨石砸死,那么,无论如何他在死亡之前客观上都处在一种生命的危险之中。<sup>[20]</sup> 因此,使得被害人进入花园的其他人,在客观上也就使得被害人陷于危险。这个人就像被害人本人或者其他任何观察者一样不能估计到落下来的陨石,也就对于这种危险的客观存在不能作任何改变。只不过结果向故意或者过失的主观可归责性就不存在了。

因为任何结果之前都有一个结果发生的风险阶段,造成这个结果的任何一个原因也造成了这个结果的一个风险。在这一点上,结果必须以行为人所造成的风险为条件的客观归责论的要求,并没有导致对客观构成要件的任何限制。

(2) 然而限制的可能性来自进一步的要求:所涉及的风险必须是不容许的(*unerlaubt*)。因为这种不容许的风险涉及的是客观构成要件的一个特征,不容许意味着:一般情况下是不容许的,但是在特别的合法化情状下可能完全是容

[18] *Hruschka*(注2),第274页及下几页和其他几处;关于历史的视角仅请参阅 *Hruschka*,《Pufendorf的普通和特殊归责(Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf)》,ZStW 96(1984),第661页及下几页。

[19] 在 *Hruschka* 对于行为规则和归责规则符合实际的区分中——参见《法律理论(Rechtstheorie)》22(1991),第449页及下几页——,客观目的性属于归因(*askriptive*)规则而不属于(由客观构成要件所形成的)禁止内容(*Verbotsmaterie*)。

[20] 在客观目的性方面对这个案例的讨论,参阅 *Hruschka*(注2)第402页及下几页。

许的。<sup>[21]</sup> 极端的情况是：一个人向另一人开枪，造成了一个一般情况下不容许的风险，因为他通过自己行为显著地升高了结果出现的可能性。如果比如存在正当防卫的前提条件，这种风险在具体情况下可能还是容许的。

现在出现的问题是：不管可能的合法化情状，造成结果出现的这种风险可能是容许的吗？并且这种容许的风险可能排除该当构成要件吗？

(3) 这种可能性在很大程度上已经超出了争论范围。在此涉及所谓的风险降低(Risikoverringung)的情势。根据 *Roxin* 的观点，“如果行为人以降低了对于被害人已经存在的危险的方式改变了因果历程，即行为客体的情况得以改善”，那么就存在风险降低的情势。<sup>[22]</sup> 示范性的例子是：A 把 O 撞到了一边，以至于落下来的砖瓦砸到的不是他的头而是他的肩膀。这里 A 的撞击虽然可以看作具体伤害结果的原因，因为为了在因果关系上能够解释结果的出现，必须考虑这种行为。可是应该否定客观的结果归责，因为 A 如此介入了这个事件以至于 O 没有死而只是造成了伤害。也就是说 A 把死亡危险降低为伤害的危险。

可是，解决这个案件的可信性容易掩盖其根据上的困难。因为决定性的不是风险的降低，而是——在 *Roxin* 的定义中只是以后置句出现——行为客体状况的改善。如此的风险降低决不导致责任的排除。保证人的义务不只是要降低对于被保护人的风险；他必须消除这种风险。而且行为客体状况的改善也没有肯定的、本身就能阻却实现客观构成要件——即：归责对象的构成——的重要意义。对于个人利益，更多的是权利人应该有最后决定权。这个在案例中可能受到了忽视，在此与明显存在的推测同意的前提相联系。但是，可以假设的是，父亲想挽救落水而生命处于极端危险的孩子，由于受到身体暴力而受阻没能跳进湍急的水中去救孩子。现在，仅仅借助于这样的根据很难否定伤害罪和强制罪：由于遭遇的身体暴力干预了因果历程，孩子父亲的生命危险就被降低了。

因此，在由于降低风险而排除不法背后，是——根据事实状况——借助于同意、推测的同意或者紧急避险状态的一般规则来回答的评价问题。风险降低的常用简短表述(简短公式)对于学院课堂来说是很有助益的，但是对于解决学理疑难问题来说是不够的。

(4) 另外一种得到广泛承认的客观上产生的结果没有实现构成要件的情况是被害人自我负责的风险承担(Risikoübernahme)。被害人的风险承担阻却了其他行为人的责任，其理由在于，在这种情况下他人(指行为人)不是未被允许地侵犯了别人(指被害人)的权利范围。纯粹的自伤在刑法上是不重要的并且责任仅由自我负责的人来承担。在这一点上，即便是促使、使其成为可能或者

[21] 参阅 *Jakobs*(注 8)第 203 页。

[22] 参阅 *Roxin*(注 8)第 314 页。

促进自我负责的自伤的行为,从刑法的观点看来,也都是不重要的。<sup>[23]</sup>

另外,能够排除客观构成要件的,不仅有如果被害人恰好就愿意这样的结果的情况,而且如果他有责任承担的就是这种风险并相信能够避免这种结果,同样也可以排除客观的构成要件。有这么一个案例,某人借给笨手笨脚的邻居一把斧子,该邻居用它劈柴时不慎受了伤。虽然该邻居不愿自伤并因此不愿意这样的结果。但是,他有意识地承担了对这种自伤风险的支配,并由此免除了借给他斧子的人保护他免受斧子伤害的责任。

就像风险降低的情况一样,自我负责的风险承担情况下,(客观的)不法排除也不是以适用于所有刑法规范的归责原则为依据。不如说,这涉及个人法益特有的保护范围,而该范围主要是由权利人的利益以及他自主处置自有利益的专有权所决定的。因此,这涉及根据规范的保护目的和保护范围来确定的禁止内容(Verbotsmaterie)。<sup>[24]</sup>

#### 四、回溯禁止(Regressverbot)

(1) 迄今——但只是作为探索性的浮士德规则(Faustformel)——所坚持的观点是,如果出现的结果符合受害人的利益,那么就不能满足结果犯的客观构成要件。客观归责理论的一些代表人物远远超越了这种责任限定并且反对即便是在这样的情况下结果的可归责性:所要评价的行为违背了受保护的法益所有人的意志。这种情况在关键词“回溯禁止”下得到了讨论。<sup>[25]</sup> (新近的)回溯禁止理论认为,如果一个人由于与其社会角色相应的行为造成了一个结果,那么对于该结果这个人就不必负责。符合角色的行为不产生不容许的风险。解释这个命题的例子有两个:

(a) 一个学生物学的大学生,写过关于菌类的考试作业,假期以临时服务员身份在餐馆打工。有一天,他看到,在他应该端给客人的盘子中有一种极少见但有剧毒的菌类。根据回溯禁止论,该大学生就没有满足伤害罪的客观构成要件,因为他的行为符合其作为服务员的社会角色,并且任何人不能期待一个临时服务员具备有关罕见毒菌的知识。

(b) 出租车司机 T 把两个人室盗窃者通过正常给付送到了作案地点。从回溯禁止论可以断定,出租车司机 T 并不是作为帮助者参与入室盗窃,因为他

[23] 事实上 BGHSt 24,342 也是同样的观点;更为详尽的论述参阅 *Kindhäuser*(注 12),第 92 页及以下几页各处。

[24] 就此而言,提到客观“归责”,在术语上绝不是偶然的。需要回答的,不是归因性(askriptive)问题而是规范性(präskriptive)问题。

[25] 权威性的是 *Jakobs* 的观点,参阅《结果犯的回溯禁止(Regressverbot beim Erfolgsdelikt)》,ZStW 89(1977),第 1 页及下几页;同一作者(注 8),第 697 页及下几页;也可参阅 *Frisch*,《符合构成要件的行为和结果归责(Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs)》,Heidelberg, C. F. Müller, 1988 年版,第 280 页及下几页,第 295 页及下页。



按照自己开出租车的社会角色而行为,而且这种行为并没有因为与两个人室盗窃者的联系而获得共同犯罪的意义。

在案例(a)中,明显的是,结果归责可能性的排除不可能因为规范的保护目的而得以成立。伤害罪作为纯粹结果犯,其禁止性规定要求对人的身体的完整和健康进行全面而广泛的保护。因而禁止的不只是超越社会角色所进行的损害。

另外,就像任何一个被纳入犯罪联系的行为,就被赋予了这种行为以犯罪的意义一样,在案例(b)中很难否认,“T把两个人室盗窃者送到作案地点”所描述的情况下的这个事件所具有的犯罪意义。这种描述并不因为给定的补充信息,即T是以出租车司机的身份而行为,而变成是错误的。在此,对两个人室盗窃者提供帮助方面,恰好所涉及的T是出租车司机这种情况,或许能给予回溯禁止以根据。但是,确实没有发现一个支持这个观点的理由,因为在法益保护的观点下,某人是否私人或者作为出租车司机把人室盗窃者送到了作案地点,在刑法上没有作出重要的区别。

(2) 仔细一看,就会发现,回溯禁止论混淆了两个问题领域。社会角色不能免去任何人避免造成他已认识到的风险的义务。因为一个人所扮演的社会角色并没有赋予其有意给被害人造成不利的权利。但是如果行为人没有认识到其行为可能会造成危险的情状,情况可能就会是另一番景象。现在问题是,在什么程度上要求行为人获得能够避免结果的知识。要回答这个问题,行为人的社会角色可能具有绝对重要的意义。如果说某个人在特定的生活领域造成了一种风险,那么可以期待的是,他也注意到了在该生活领域现行的安全规则。因为服务员只是服务于给顾客点菜和上菜,但是他并不做菜,那么也就不能期待一个临时的服务员:对于他所不知道的菌类在是否有损健康方面有所研究。

而且社会角色也界定了对一个人所期待的谨慎注意的程度并在这一点上也减轻了过失责任情况下的压力。<sup>[26]</sup>但是它并没有把由于现有的认知所造成的结果正当化。

## 五、风险联系(Risikozusammenhang)

(1) 行为人造成的容许的风险不能给予后果责任以根据的案件,根据迄今的思考只是局限于这样的情况:在该情况中,由于缺少对于权利人利益的侵害,行为并不违背规范的保护目的。比这种禁止内容的限制明显更为重要的看来可能是客观归责论的进一步要求:必须在出现的构成要件的结果中实现由行为人造成的不容许的风险。这种行为人所造成的不容许的风险和发生结果之间

[26] 也可参阅 Kindhäuser 的观点,(注7)第215页及以下几页。

的联系应该——并且在这里的语境中重要的就是这种联系——是客观的犯罪构成要件的一个特征。

(2) 要解释的可能是如下案例中的疑难问题：A 为了杀死 B 向 B 开了枪。但是子弹只是打中了 B 的肩膀。在 B 接受治疗的医院，恐怖分子晚上引燃了一枚炸弹，引发了一场大火，在该场火灾中 B 遭遇了致命的烟中毒。这里 A 不是由于既遂的杀人而只是由于未遂的杀人而获得可罚性。根据流传下来的观点，这是一个排除故意的构成要件错误的案件。故意的对象不仅有结果，而且也有在其具体的形式上制约结果的因果历程。故意犯的行为人在其重要的关联性上必须已经预见到了这种因果历程。<sup>[27]</sup> 可是，在这个案例中出现了与原来想象的因果历程的重大偏离：A 认为，他会通过枪击而杀了 B；但他不曾想到，B 会由于恐怖分子的炸弹袭击引起的烟中毒而亡这种可能性。

客观归责论把这个问题的解决从主观的构成要件转移到了客观的构成要件，其方式是，它认为，在结果中并没有实现由行为人所造成的风险。<sup>[28]</sup> 行为人是已经造成了枪击致命的风险；但是，事实上 B 的死亡是由于烟中毒的死亡风险引起的。就这一点而言缺少必要的风险联系。根据这个观点，只有当“为了解释这种损害，需要产生了不容许风险的所有的事件信息”，才存在风险联系。<sup>[29]</sup> 为了在因果关系上解释事实上出现的结果，使得由行为人造成的风险成为不容许的风险的所有情况肯定都是必要的。案例中 A 的行为由此形成了不容许的风险：他已显著升高了 B 由于枪弹受伤而死亡的可能性。但是在事件的进一步发展中，紧跟这种风险出现的是住院这种容许状态；在医院接受医生的治疗，不是不容许的风险。为了在因果关系上解释出现的死亡，无论怎么说，突发大火之时 B 尚在医院之中还是必要的。另外，在由于枪击最初形成的风险和由于烟中毒而事实上导致死亡之间并不存在一个贯穿的因果变化链，而这种贯穿性的因果变化当时由于行为人所造成的条件又是不容许的。根据这个理论，住院中断了客观归责的可能性。住院的风险是每一个患者不论出于什么原因住进医院同样都要自我担当的普通生活风险。<sup>[30]</sup>

(3) 客观的风险联系的这种构想对于故意犯只能被看作是违反事实的。缺少根据的是：对于 A 实现客观构成要件来说，恰是这种枪击风险应该是决定性的。事实上，对于造成死亡的因果关系上的解释，一连串的情节都是必要的。

[27] 仅请参阅 RGSSt 70, 257 (259); BGHS t 7, 325 (329); 38, 32; Baumann/Weber/Mitsch, 《刑法总论 (Strafrecht Allgemeiner Teil)》, Bielefeld, Giesecking, 2003 年第 11 版, 第 477 页及下几页; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 《刑法典评注 (Strafgesetzbuch. Kommentar)》, München, C. H. Beck, 2001 年第 26 版, 第 15 条 边码 55; Kühl, 《刑法总论 (Strafrecht Allgemeiner Teil)》, München, Vahlen, 2002 年第 4 版, 第 478 页; Fischer, in: 《刑法典与附属法 (Strafgesetzbuch und Nebengesetze)》, München, C. H. Beck, 2004 年第 52 版, 第 16 条 边码 7; Wessels/Beulke (注 8), 第 95 页。

[28] 对于这个案例参阅 Roxin 的准确解释 (注 8), 第 311 页及下几页。

[29] 参阅 Jakobs 的观点 (注 8), 第 226 页。

[30] 同上注, 第 226 页及下页各处。

另外人们不能否认,如果在炸弹袭击之时被害人没有住院,他就不会死亡。在这一点上,住院对于被害人来说当时绝对是行为人造成的枪伤的进一步的不容许的风险。造成了结果的任何一个情节,纯粹客观上造成了一个对于这种结果的出现来说不容许的风险。在此不存在这样的可能性:在因果历程中选出一个条件组合并宣称为结果归责的决定性风险。

就这一点而言,某人以何种方式方法造成 B 由于烟中毒可能死亡的风险之原因,在案例中可能并不重要。这种原因是否是由孤立观察时表现为进一步的不容许的风险的一个行为所造成的,尤为无关紧要。B 住院是否是因为他被 A 击中或者因为他得到了 A 善意的劝告让医生做一次彻底的体检,没有区别。在两种情况下,A 对于 B 死于火灾的烟中毒,当时制造了一个原因。只是在犯罪(层级)检验的其他阶段,完全或部分排除可罚性的情节才可能有意义。那么,(层级检验中)可能缺少的就是故意或者违法性。如果 A 基于正当防卫的前提而向 B 开枪的情况,就可能是后者的情况(——缺少违法性)。

(4) 要解释这种对于客观的风险联系的要求所进行的批判,对于这个案例只作微小的变化即可。假设, A 意识到了(恐怖分子)所计划的袭击并从一开始只是想对 B 造成轻微伤害,由此 B 在所提到的时间在医院接受治疗,然后在袭击中死亡。纯粹客观上看来,该案例和最初的案例之间并没有什么区别。因此,如果适用客观归责论的话,那么这里杀人罪客观的构成要件也可能都没有实现;而区别仅仅在于主观的构成要件。

可是,在第二个案例(假设案例)中仅以未遂来处罚行为人并没有根据,因为客观的事件历程完全符合行为人自己的预想。如果 A 知道恐怖分子想对医院实施袭击,那么他就不能以任何方式促使任何人在袭击之时轻信(安然)地在医院呆着。他既不能建议任何人去找医生检查,也不能枪击致伤任何人。而 A 一直在做的是,在所描述的他知道威胁迫近的袭击的情况下,表现为诱使他人落入危及生命圈套的诱饵。另外,在第一个案例中这种既遂犯的可罚性可能并不是因为缺少的客观构成要件,而只是由于排除故意的错误而落空。

由此可以得出结论:什么样的风险对于结果归责是决定性的风险,不考虑行为人的预想就不可能予以回答。那么,行为人之行为和结果的产生之间是否存在风险联系,可能就不属于客观构成要件的检验,而只属于主观的归责。<sup>[31]</sup>

[31] 也可参阅 Hirsch《论客观归责理论(Zur Lehre von der objektiven Zurechnung)》一文观点, in: Eser/Schittenhelm/Schumann(Hrsg.),《Lenckner 祝贺文集(FS Lenckner)》, München, C. H. Beck, 1998 年版, 第 119 页; Armin Kaufmann,《故意犯的“客观归责”(Objektive Zurechnung“beim Vorsatzdelikt)》, in: Vogler(Hrsg.),《Jescheck 祝贺文集(FS Jescheck)》, Berlin, Duncker & Humblot, 1985 年版, 第 251 页; Lampe,《因果关系及其刑法功能(Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion)》, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski(Hrsg.),《Armin Kaufmann 纪念文集(GS Armin Kaufmann)》, Köln/Berlin/Bonn/München, Heymanns, 1989 年, 第 189 页。

## 六、风险联系和主观归责

(1) 如果在进行故意的主观归责时把风险联系的构想予以考虑,那么就可以解决一系列问题。这里,举例提出一个问题并借助于一个案例予以说明:<sup>[32]</sup> 行为人以杀人的意图把被害人从一个架设在宽阔的河流之上的高桥上撞下。因为行为人认为被害人是一个不会游泳的人,他认为被害人会在河中被淹死。但是,事实上被害人的死是因为在跌落之时,后脑撞到了桥柱的桥墩而致死。

无论如何,行为人于此已实施了一个杀人未遂,是明显的。但是,有争议的是,是否也可以把这样的结果归责于他的故意。有时结果向故意归责遭到否定并由此否定了既遂的杀人罪,因为客观上在结果中实现的风险——致命的撞击风险——和行为人预想的风险——淹死的风险——之间并不一致。<sup>[33]</sup> 与此相反,实务见解和通说观点却都肯定了结果向故意的归责,就像在案例中所反映的,如果预想的因果历程事实上的偏离还在生活经验的范围内并且不需要行为的其他评价。<sup>[34]</sup>

(2) 但是两种解决都根本不能令人信服: 否定结果归责很难理解,因为行为人充其量只是在例外情况中能够事前详细地细节性地预见到因果历程,因此,行为人正好具体地预见到了哪些细节,或多或少全凭偶然。另外,那些把自己的行为尽量精确计划并没有考虑到特定的但事实上出现的情况的行为人就可能享有(否定结果归责)这样的特权,而那些满足于制造一个全球性危险的行为人可能会总是由于这样的结果而承担责任。因此,如果行为人在没有作具体设想的情况下把被害人撞下了桥,这“不管怎样”将导致死亡,那么在案例中就必须把结果归责于行为人。

这种不同的观点看来就不会遭到通说观点的批判,只要通说观点使得结果归责于故意依赖于按照生活经验的评价性观察。被撞下桥的人是淹死还是跌落在桥柱的桥墩撞死,看来并没有涉及行为的特征,而且对于结果归责,看来并没有意义。但是得出这样的结论确实有点仓促和轻率: 如果故意的对象是行为人对于因果历程的预想,就不能毫不犹豫地让他以已经认识到的方式承担他完全没有想到的或者他甚至想避免的情况的责任。因为对于案例中的行为人来说,重要的恰恰是,其被害人被淹死了,使得行为看来好像是游泳事故,这也确实是有可能的。另外,采取评价性的观察方式有高度的不准确性,因为对于预想的因果历程和事实上的因果历程之间的可比性,并不存在准确的标准。

[32] 根据 Puppe 的观点,参阅《实务见解中的刑法总论(Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung)》,Baden-Baden, Nomos, 2002 年,第 346 页。

[33] 参阅 Jakobs(注 8),第 295 页及下页。

[34] 参阅 BGHSt 23,133(135); BGH NStZ 2000,29(30)。

(3) 由此得出如下结论：在案例中，虽然被害人的死亡归责于行为人的故意是符合事实的。但是这种归责必须有准确的并符合故意责任(Vorsatzhaftung)目的的根据。对此，风险联系的标准适合于作为一个这样的根据。在此，我想重申的是，如果行为人造成了一个不容许的风险，并且使该风险成为不容许的风险的所有因素，对于在因果关系上解释结果是必要的，那么，根据客观归责论，就存在一种风险联系。如果把把这个公式套用到主观的犯罪行为构成上，那就是说：如果行为人认为自己的行为是如此之危险，以至于他作为信守法律并理性决断的公民出于避免结果的缘故就必须放弃他的这种行为，那么行为人就是以故意而行为。如果现在发生了这种结果，为了在因果关系上解释这种结果，行为人所认识到的风险因素是必要的，那么根据风险联系公式，这种结果就正好可以归责于行为人的故意。<sup>[35]</sup>

联系案例，这意味着：如果行为人把某人撞下高桥，那么他由此造成了一种以多种方式能够导致被害人死亡的情势。被害人可能淹死，可能坠落水面而失去意识，可能发生休克，可能撞上柱子或者桥墩——还有许多。所有这些都是能够从跌落桥下导出的因果历程。行为人所想到的这些可能的因果历程以及在他看来这些历程具有怎样程度的可能性，并不重要，因为他对于这种最初的风险(即跌落桥下)已有足够的认识，以致作为理性决断的公民会放弃撞击行为。那么，为了因果关系上解释具体化的死亡——撞到桥墩而亡——必须考虑到被害人被撞落桥下并在结果中也实现了行为人已经认识到的风险这种情况。因此，被害人的死亡可以归责于行为人的故意。

## 七、总 结

前面进行的思考可以简要地归结如下：如果行为人的行为事实上造成的这个结果并不违背规范的保护目的，那么只有如此，结果才是不可进行客观归责的。在风险降低和被害人自我负责的承担风险的情况下，结果同样不能进行客观归责。在所有其他的情况下，客观归责论要么导致违反事理的结论，要么混淆主观和客观犯罪行为构成要素。但是，在准确区分客观和主观行为要素的情况下，可以发现，为了在故意犯的主观构成要件中给予结果归责于故意以根据，风险联系的标准是一个适当的工具。

[35] Puppe 有类似的观点，参阅(注 28)，第 549 页及以下几页。

## The Objectivity of Crimes of Intent and Subjective Imputation

Urs Kindhaeuser

**Abstract:** The theory of objective imputation attempts to exclude criminally irrelevant causal chains on the level of the objective elements of the offense definition (actus reus) and thus before examination of the subjective elements of the offense definition (mens rea). To do so, it takes two criteria into account: 1) causing a result should not be objectively imputed if the objective goal directedness of the act is lacking, because the result appears to be only an accidental effect of the actor's conduct; 2) objective imputability of a result presupposes that the risk the actor has impermissibly created materializes in causing the result. This article is based on a personal theory of criminal wrong that makes criminal law conduct duties dependent on the concrete actor's ability to act voluntarily. It attempts to show that a result can always be objectively imputed unless the actor's conduct which actually causes the result does not contradict the protective purpose of the criminal law norm. Otherwise the theory of objective imputation - at least for intentional crimes - either comes to incorrect conclusions or mixes elements of the subjective and objective offense definitions. Still the criterion of risk context is a suitable instrument to impute a result to the actor's intent on the subjective level of the offense definition for crimes of intent, assuming objective and subjective elements of the act are precisely separated.

**Key words:** crimes of intent objective imputation risk context