

论结果加重犯的直接性关联

● 李晓龙*

【内容摘要】 结果加重犯的加重处罚想要抑止的是具有高度类型危险性的基本行为,因此其处罚根据在于典型类型危险在加重结果中实现这一“直接性关联”而增大其不法。直接性关联不同于结果归责的相当性关联与保护目的关联,而应当作为各个结果加重犯的独立客观构成要素来限制结果加重犯的成立。直接性关联不是形式上基本犯行为对加重结果的直接引起,而是立法预定的基本犯行为的典型类型危险在加重结果中的贯彻始终,对其判断应当从基本犯行为的典型类型危险出发,着眼于行为类型危险的实质分析,通过典型危险的类型还原方法来进行。

【关键词】 结果加重犯 独立不法 直接性关联 典型危险实现

一、问题的提出

关于结果加重犯的成立要件,我国通说以基本犯行为与加重结果之间具有因果关系和至少过失(预见可能性)为必要。^① 但针对此说至少存在两点质疑:其一,“因果关系和至少过失”同时也是过失结果犯的要求,仅仅考虑“因果关系和至少过失”的要件,无法使结果加重犯与故意基本犯同(过失)结果犯的想象竞合相区隔,而难以限制结果加重犯的具体处罚范围。例如在“他人为脱离危险拘禁状态而逃跑致失足摔死”与“即使是平和拘禁状态他人也难以忍受而跳楼自杀”的场合,根据通说都被同等对待而均成立结果加重犯。^② 但如此做法显然忽略了“危险的拘禁”与“平和的拘禁”在行为不法上的差异,这种行为不法的差异要求在“因果关系和至少过失”要件之外必须具备更严格的归责限制。其二,结果加重犯是超出基本犯和过失结果犯之结合的特别加重,仅仅以“因果关系和至少过失”的结果归责,未能说明结果加重犯的加重处罚根据。例如我国刑法中“故意伤害致死”的法定最低刑为 10 年有期徒刑,而“故意伤害 + 过失致死”法定最高刑为 10 年有期徒刑,两者在犯罪结构上相似但法定刑却相差甚多,显然说明立法预定的“故意伤害致死”的不法远远大于“故意 + 过失致死”的不法。这种“超过的不法”要求故意伤害致死不是故意伤害和过失致死的单纯结合,而应是基本犯和加重结果之间的“更紧密关系”。

针对通说的缺陷,最近有学者参考德日刑法理论,提出了“直接性关联”理论。其认为:“只有当具

* 作者单位:武汉大学法学院、厦门大学法学院。本文系厦门大学哲学社会科学繁荣发展计划(2011~2021 年)资助课题“我国刑事立法执行现状的实证分析”的子课题。

① 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社 2007 年版,第 205~206 页。

② 参见王作富主编:《刑法分则实务研究》(中),中国方正出版社 2007 年版,第 917 页。

有造成加重结果高度危险的基本行为直接造成了加重结果时,或者说只有当基本犯与加重结果之间具有‘直接性关联’时,才能认定为结果加重犯。”^③这一理论被提出以后,逐渐引起我国刑法学者的关注兴趣,不少学者在自己的论著中表达了对该理论的支持,^④而且在司法实务中也有判例开始尝试运用直接性关联理论。应当说我国的刑法理论和实务目前对直接性关联理论的理解和运用都还显得粗糙甚至存在误解。迄今为止的见解并非从“结果加重犯的特有不法”这一出发点来展开直接性关联的论证,而往往或者将直接性关联局限于“字面意义的理解”,或者将直接性关联混同于因果关系(客观归责)理论,或者将直接性关联简化为介入与否的判断。这种对直接性关联的曲解和误用,直接影响了对该理论的接纳及运用。因此,本文想讨论三个问题:第一,直接性关联理论与通说究竟具有何种不同,哪种理论更具有对司法实务的解释力;第二,直接性关联理论是否是因果关系或客观归责理论,其在我国刑法犯罪构成体系中应当如何定位;第三,直接性关联理论如何应用于具体案例,判断直接关联与否的基础、基准与方法应当如何确定。

二、直接性关联的理论解明

由于直接性关联这一概念本身的“难以捉摸、意义空虚”^⑤之特性,我国刑法理论对于直接性关联的基本内涵一直尚未厘清,多数见解仍然停留于一般字义上的理解,直接导致直接性关联理论的刑法解释力无法凸显。因此,有必要深入直接性关联的理论发展史,探寻直接性关联理论与我国刑法传统通说的本质差异,以提示直接性关联的刑法理论意义。

(一)直接性关联的理论缘起

结果加重犯的直接性关联要求源自于德国帝国法院在适用伤害致死罪时的审判实务。在早期的枪支走火案(Pistolen - Fall)^⑥中,法院认为伤害致死罪的成立必须是直接惹起死亡的伤害本身,仅仅是着手实施的数个行为之一惹起与所意图的伤害结果无关之死亡之场合,不足以成立伤害致死罪。但此时直接性关联还未有独立内涵,仅仅表示对条件因果关系说过于宽泛的限制立场。直到1970年德国联邦最高法院在阳台坠落案(Rötzel - Fall)^⑦中才初步阐明了直接性关联的基本内涵,法院认为伤害致死罪的规定趣旨是在伤害行为和致死结果之间寻求比条件说的原因关联假定更密切的关系,主张伤害致死罪的立法目的在于抑制伤害行为同时具有的导致死亡结果发生之“特有危险”。因此,对由第三者介入或者被害人自身行动才能惹起的死亡结果,不能说是立法者预定的基本犯之特有危险被现实化。法院经由此判决大致确立两点:其一,结果加重犯的不法建立基础并正当化刑罚的加重必须来自于基本犯构成要件之“固有内在危险”的实现这一“直接性关联”;其二,“直接性关联”是指加重结果必须由基本犯行为直接造成,其间不能介入被害人或第三人行为,如有被害人或第三人行为介入则不具有直接关系。

但是在后来的审判实务中,德国联邦最高法院逐渐放宽了对直接性关联的限制,而相当宽泛地把握结果加重犯的成立范围,直接性关联逐渐由形式的因果关联转变为实质的危险关联。^⑧直接性关联不再是根据有无介入其他行为这一机械标准来判断,而是根据基本犯行为所蕴含之典型危险的实质贡献来进行判断,即使是存在某种介入行为的场合也可能成立直接性关联。自此直接性关联的第二意义逐

^③ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第169页。

^④ 参见陈兴良主编:《刑法总论精释(第二版)》,人民法院出版社2011年版,第229页;冯军:《非法拘禁罪的司法认定——兼论检察官办案中的总体感觉与刑法教义》,《国家检察官学院学报》2012年第4期。

^⑤ See Bernhard - Tobias Kostuch, Versuch und Rücktritt beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1. Aufl., Berlin: Logos Verlag, 2004, S. 27 f.

^⑥ “枪支走火案(Pistolen - Fall)”(RGSt 44, 137)是指行为人因口角而用装填子弹的手枪敲击被害人头部时,误触扳机导致被害人中弹死亡的事例。

^⑦ “阳台坠落案(Rötzel - Fall)”(BGH, NJW 1971, 152)是指行为人以暴力攻击被害人,造成上臂有深入性伤口与鼻梁断裂之伤害后,处在恐惧状态下之被害人为了避免行为入继续攻击,而试图越过二楼窗户逃到阳台时坠落而死的事例。

^⑧ 参见德国联邦最高法院2002年10月9日判决(德国联邦最高法院判决汇编BGHSt 48, 34)、2008年1月10日判决(德国《新刑法杂志》所载德国联邦最高法院判例BGH NStZ 2008, 686)等。

渐被抽去,甚至有学者认为直接性关联这一概念名不副实,主张直接性关联应该改为“基础犯罪之危险关联性(der grunddeliktische Gefährdungszusammenhang)”^⑨。但因为直接性关联的目的在于,以结果加重犯的刑罚加重为立足点而承认结果加重犯的特殊不法,并在与该不法内容相适应的范围内限定结果加重犯的成立,所以在直接性关联的第一意义上仍然能够维持直接性关联的概念。

这一强调基本犯罪与加重结果之间的直接性关联并在基本犯罪的典型危险上判断直接性关联的作法,为后来法院所采用并为多数学说所接受。到目前一般仍认为,结果加重犯不是基本犯罪和加重结果的单纯表面连结,而是由于其固有的不法内容而使基本犯罪与加重结果具有密切关联和特定构造的犯罪类型。^⑩ 直接性关联是作为结果加重犯加重处罚根据的固有不法在构成要件上的具体体现,是指加重结果发生必须是立法预定的基本犯罪构成要件之典型类型危险的直接实现。^⑪

(二) 直接性关联的理论优势

从以上关于直接性关联的缘起来看,能够看出直接性关联理论是在有关结果加重犯之处罚根据的讨论中而逐渐丰满的,因此这种理论相较于注重结果加重犯之因果结构的我国刑法通说,更具有论理的合理性。

第一,在理论上更为合理。“因果关系和至少过失”这一通说,是从主张结果加重犯的本质^⑫是故意基本犯和结果过失犯之结合的所谓“复合形态说”出发,就结果加重犯的成立条件而得出的解释结论。但是,由于“复合形态说”无法回答结果加重犯为何与“基本犯和加重结果犯之结合”在犯罪结构上相同但却在法定刑上严重超出的提问,通说在理论根基上存在致命缺陷。而直接性关联理论是从主张结果加重犯具有独立不法内容的“危险性说”出发,通过对“危险性说”的具体完善而就结果加重犯所作的限定解释结论。这是因为,“危险性说”虽然藉凭“基本犯招致加重结果的特别危险”这一独立不法能够合理说明以想象竞合处理无法覆盖的结果加重犯之加重处罚根据,但是由于“危险性说”的含义并不明确,只要是行为射程范围内的波及效果就能被视为具有危险性而归责于行为人,或者仅仅满足于重复“内在于基本犯的特殊类型危险”这一定型化的短语而缺乏具体的可操作性标准,容易导致“不是在限定反倒在扩张归责方向上被援用”这一所谓的“危险性说的危险性”^⑬,所以直接性关联理论重新定义了危险性说的危险概念,认为“结果加重犯之所以取得超越想象竞合之处罚正是由于,内含于基本犯罪的发生加重结果之典型潜在危险性在加重结果中实现这种‘直接性关联’而增大其不法”。^⑭

第二,在刑罚根据上更为适当。“因果关系和至少过失”学说是从制裁规范论出发,就基本犯行为发生加重结果而提示作为国家报应的刑罚条件,^⑮但是由于“结果加重犯”同“基本犯与结果犯之想象竞合”在犯罪结果上并无不同,仅仅从制裁规范论的角度难以导出其合理性。相反,如果从行为规范论出发,就能够把结果加重犯规定的存在理由认为是“通过强烈抑止具有不限于发生基本犯结果之危险性

^⑨ 详细论述参见 Hardtung 教授的评注, Vgl Joecks W./Miebach K. (Hrsg.). (2003). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Bd. 1). München: C. H. Beck. 2003, § 18, Rn. 22.

^⑩ See Vgl Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München: Verlag Vahlen 2008, § 17a Rn. 14f.; Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Baden – Baden: Verlag Nomos 2011, § 34 Rn. 7f.

^⑪ See Vgl Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin: Verlag Duncker & Humblot 1996, S. 261; Johannes Wessels / Michael Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil/1, 28. Aufl., Heidelberg: C. H. Müller. 2004, § 5, Rn. 297.

^⑫ 关于结果加重犯的本质,历来存在着“单一形态说”、“复合形态说”与“危险性说”的争论。由于把结果加重犯仅认为是因发生重结果而加重其刑的“单一形态说”无法回应来自责任主义的诘责,也由于把结果加重犯只看作基本故意犯和加重过失犯之结合的“复合形态说”难以解消为何超出故意犯和过失犯刑期总和的质疑,所以主张结果加重犯具有独立不法内容的“危险性说”被提倡。此说自 Dietrich Oehler 创立以来,基本上被视为德国、日本乃至韩国学说和判例上讨论结果加重犯的前提。

^⑬ [日]内田浩:《结果加重犯的构造》,信山社 2005 年版,第 2~3 页。

^⑭ [韩]李用植:《结果加重犯研究——有关典型危险实现和未遂认否的若干问题提起》,《首尔大学法学》第 46 卷第 1 号(2005 年)。

^⑮ 关于制裁规范和行为规范的理论,参见[日]高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 10 页。

的行为而回避加重结果的发生”^⑩。也即结果加重犯是立法者将类型化发生加重结果频率极高的基本犯,事前挑选出来作为特别形态之犯罪类型而加以规定的。当引起加重结果发生的基本行为的高度危险性被具体确认时,通过对该犯罪施加加重刑法评价能够更强烈抑制危险的基本行为。“立于这种‘内在于基本犯的特别危险性在加重结果中实现’的直接性关联,能够要求结果加重犯的成立范围也根据这种特殊构造进行限定。”^⑪例如,抢劫致人死亡的处罚规定想要抑止的不只是抢劫行为,而是以具有类型致命危险之手段来实施的抢劫行为,只有在实际发生的死亡结果确实能够评价为是抢劫致人死亡的处罚规定所防遏之结果的场合,才能成立抢劫致人死亡。

第三,在处罚基准上更为妥当。因为“责任主义要求无责任就无重刑罚,进而由于不法通常与责任相对应而最终归结为无重不法就无重刑罚”^⑫,也因为“不法的概念应当以地位均等、同等重要的行为不法和结果不法为基础来构成”^⑬,所以结果加重犯刑罚加重的正当性,不仅基于结果不法,而且基于实施具有加重结果发生之典型危险性的基本犯行为这一行为不法。传统学说把结果加重犯看作是基本犯罪和加重结果犯罪的结合形态,将结果加重犯的加重根据限制在“因果关系和至少过失”上,仅能说明结果加重犯刑罚加重的结果不法,难以提示限定结果加重犯处罚的妥当基准。而直接性关联理论把结果加重犯看作是基本犯行为中蕴含的典型危险或特有危险的直接实现,不仅能够充分说明结果加重犯刑罚加重的结果不法和行为不法,而且能够通过基本犯行为的行为样态解释提供客观外在的限定处罚基准。例如,在致被害人死亡的场合,并不是只要实施了伤害行为并出现了加重结果就成立结果加重犯,如果行为人的伤害行为样态并不具有致命的典型性,即使出现致死结果也不应成立伤害致死。^⑭以下以案例1进行说明:

案例1:2004年7月18日,洪某的女友刘某与曾某的女友方某发生争执。正在曾某茶摊上喝茶的陈某上前劝阻,刘某认为陈某有意偏袒方某而辱骂陈某,并与之扭打起来。洪某闻讯赶到现场,挥拳连击陈某的胸部和头部,陈某被打后追撵洪某,结果追出两三步后倒地死亡。经鉴定陈某系多种因素诱发冠心病而猝死。法院认为洪某“主观上能够认识到拳击行为可能会伤害被害人的身体健康”,客观上“被告人拳击行为与被害人死亡结果之间具有刑法上的(偶然)因果关系”,因此成立故意伤害(致死)罪。但鉴于洪某伤害行为只是死亡诱因之一,应适用《刑法》第63条第2款特别减轻规定,在故意伤害致死法定刑以下判处有期徒刑5年。^⑮

在案例1中,法院以洪某主观上具有过失、客观上实施了与死亡结果存在因果关系的伤害行为而认定成立伤害致死,但是“伤害行为+过失与因果关系”同时也符合“伤害罪+过失致死”的想象竞合。事实上,故意伤害作为损害他人生理机能的行为,经验上其实施不一定具有类型的致死作用,仅仅在行为人以持凶器伤害、反复性伤害、多人的伤害等高度危险的行为样态来实施时才具有类型化的致死可能。因此,如果要判处“伤害致死”,应当比判处“伤害罪+过失致死”之想象竞合附加更严格的不法要求,也即不是具有“伤害之危险”的行为致人死亡,而是具有“伤害致死之危险”的行为致人死亡。本例中洪某实施的拳击行为不属于具有类型化致死可能的危险伤害行为,其行为不属于伤害致死,而属于与过失致死的想象竞合。

^⑩ [日]榎本桃也:《结果加重犯论的再检讨》,成文堂2011年版,第37、131页。

^⑪ 同上注,第93页。

^⑫ Diethart Zeilinski, Handlung- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff; Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, Berlin; Duncker & Humblot 1973, S. 192.

^⑬ 关于行为不法与结果不法的理论,参见陈璇:《德国刑法学中结果无价值与行为无价值的流变、现状与趋势》,《中外法学》2011年第2期。

^⑭ 有观点虽然同样主张应当限制故意伤害罪(可引中至伤害致死)的处罚范围,但主要从结果无价值的立场出发,强调从伤害故意的具体认识内容上进行限定(参见张明楷:《故意伤害罪司法现状的刑法学分析》,《清华法学》2013年第1期)。

^⑮ 参见最高人民法院编:《刑事审判参考》(总第49集),法律出版社2006年版,第26页。

三、直接性关联的体系定位

(一) 体系争议与实务误用

因为直接性关联所要求的“内在于基本犯的类型危险在加重结果上现实化”与相当因果关系中的广义相当性(行为是否具有使结果发生的现实危险性)和狭义相当性(具体发生的结果是否是实行行为现实危险性的实现)的判断框架具有类似性,与客观归责理论中的制造危险(行为是否制造了不被允许的危险)和实现危险(行为人制造的不被允许的危险是否在结果中实现)的判断框架呈现出相类似的判断构造,所以理论上对直接性关联的体系理解存在分歧:其一,主张将直接性关联作为因果关系基准来看待的“因果判断基准说”;^②其二,主张将直接性关联归属于客观归责理论并与规范保护目的同一视之的“客观归责基准说”;^③其三,主张直接性关联是根据构成要件合目的解释所确立的结果加重犯之成立要件的“独立构成要件说”。^④

理论上对直接性关联的定位不清,导致实务中或者将本应采取直接性关联分析的案例误用因果关系判断,或者将本应进行因果关系分析的案例误用直接性关联判断,以下结合案例予以分析。

案例2:2010年5月17日晚8时许,因张某强奸闰某一事,被告人王甲及闰某、王乙、果某找到张某,强行让其坐上王甲驾驶的轿车并夹持在后座。约20分钟后汽车行至郊外某湖北岸后停车,张某乘人不备翻过湖边护栏跳入了湖中。果某随之跳入湖中试图拉张某上岸,但张某不仅拒绝而且将果某的头多次按入水中,果某挣脱后游回岸上,发现张某在水面上失踪。次日,王甲等入主动到公安机关自首。张某溺水死亡。法院审理认为,被害人张某为逃避被告人王甲等入的非法拘禁而跳入湖中后溺水死亡,其死亡后果的发生与王甲等入的非法拘禁行为存在因果关系,应以非法拘禁致人死亡予以处罚,但考虑被告人自首等悔罪表现,以“犯非法拘禁罪判处被告人有期徒刑3年并缓刑3年”。^⑤

在案例2中法院以张某的跳湖行为与王某等入的非法拘禁行为之间存在因果关系为由而肯定非法拘禁致人死亡,显然存在把直接性关联判断误作因果关系判断的问题。“非法拘禁致人死亡”之所以取得远比“非法拘禁+过失致人之想象竞合”更重的加重处罚,原因就在于立法预定在非法拘禁致人死亡中的规范目的不只是拘禁致死,更是以类型化的危险方式拘禁致死。也即,非法拘禁作为非法剥夺人身自由的行为,经验上其实施一般不具有类型的致死作用,仅仅在行为人通过高度危险行为样态来实施才具有结果加重犯立法想要遏制之行为不法。因果关系判断只是说明“非法拘禁+过失致人死亡之想象竞合”的理由,只有直接性关联才是说明“非法拘禁致人死亡”的根据。本案中王甲等入的非法拘禁行为与张某的逃避行为(跳湖)之间虽然存在相当因果关系(或客观归责关系),但由于其非法拘禁行为不具有结果加重犯立法通过刑罚加重所要遏制的“典型类型危险”这一行为不法,所以不成立结果加重犯。

案例3:被告人王某于2005年5月13日凌晨3时许,钻窗潜入某市西城区某号楼301室,从客厅的皮包中窃得人民币100元及手机1部。进入卧室后看到熟睡中的李某(女,时年39岁),遂对李进行威胁并撕破李的吊带背心捆住李的双手,强行将李某奸淫后钻窗逃离。李某到阳台呼救时因双手被捆行

^② 此说是德国有直接性关联之体系定位的早期见解,后来随着客观归责理论在德国、韩国占据支配地位,该说现时在德国、韩国已无人主张。在日本,由于相当因果关系理论根深蒂固,多数学者往往在相当因果关系内考虑直接性关联或者完全不采直接性关联这一术语而代之以相当性关联(如西田典之、山口厚的论述)。在我国也有学者采此早期见解,其中采“有限制条件说理论”的学者认为直接关联性是因果关系中断论(参见张明楷:《结果加重犯的认定——评北京市高级人民法院2006京高刑终字第451号判决》,载《中国法律评论》(第1卷)),法律出版社2007年版),而采“相当因果关系理论”的学者认为直接关联性要件是相当性判断的基准(参见前注④,陈兴良主编书,第229页)。

^③ 主张此说的德国学者有Roxin、Schünemann、Rengier、Otto、Hardtung,日本学者有山中敬一、丸山雅夫,韩国学者有安庆玉、崔正一。我国学者劳东燕也采相似见解(参见劳东燕:《规范的保护目的与结果加重犯的界定》,《刑事法前沿》第4卷,中国人民公安大学出版社2008年版,第130页)。

^④ 主张此说的德国学者有Hirsch、Küpper,日本学者有榎本桃也等,韩国学者有金日秀、李在祥等。

^⑤ 参见北京市密云县人民法院(2011)密刑初字第63号刑事判决书。

动不便而坠楼身亡。法院认为,正是王某为实施强奸而捆绑被害人双手的这一“对加重结果发生具有高度内在危险性的行为”的持续作用,而“直接导致”被害人在阳台呼救时难以控制身体平衡而坠楼身亡,被害人死亡与犯罪人的犯罪暴力之间存在事实上的因果关系,故以强奸(致死)罪和盗窃罪而合并判处有期徒刑。^②

在案例3中,法院虽然在判决书中使用了“高度内在危险性”、“直接导致”等用语,企图运用“危险性说”或者直接性关联理论来阐述裁判理由,但是这种运用不仅存在着对直接性关联理论的误解,而且存在着直接性关联判断对因果关系判断的误用。首先,此处“直接性”的运用,不是用来说明结果加重犯的特有不法而限定其归责,而是把其作为因果进程的实质基准在归责方向上运用,由此“直接性关联”理论限定归责的意义完全丧失。其次,混淆了直接性关联判断和因果关系判断两个不同层面。本案中王某是否对李某的死亡结果负责,实际上通过因果关系判断就可以排除,而不需要用到直接性关联理论。也即虽然王某“捆绑李某双手导致其行动不便”的行为制造了一个不容许的风险,但该风险并未导致“死亡结果是捆绑双手之创设危险的实现”(客观归责理论);或者王某“捆绑李某双手导致其行动不便”的行为虽然和死亡结果之间存在条件关系,但这种条件关系不具有经验上的相当性(相当因果关系理论)。既然王某的强奸手段行为和李某死亡结果之间不具有因果关系,就不可能用到通过行为不法来限制结果归责的直接性关联理论。

这种直接性关联判断与因果关系判断的交错,产生以下问题:第一,将因果关系混同于直接性关联,不当否定了作为中间结论的“基本犯罪+过失致死罪之想象竞合”的可能性。例如前述案例1、案例2就是因为取消了这种中间结论,而导致了即使轻微伤害或轻微拘禁引起死亡结果发生的也成立结果加重犯的错误结论。第二,将直接性关联理论混同于因果关系,容易仅因行为的危险性而肯定结果归责,导致不当扩大因果关系的成立范围。例如前述案例3就是因为误把直接性关联理论用于因果关系判断,导致强奸行为之典型危险在归责上使用而不当肯定了因果关系。第三,直接性关联与因果关系的相互混同,容易导致处罚上的不均衡,其结果要么导致对《刑法》第63条第2款特别减轻规定的滥用(如对案例1的判决),要么导致缺乏根据的不当量刑(如对案例2的判决)。即便有时通过灵活量刑似乎也能避免因定罪错误而出现的处罚失当问题,但是这样做不仅存在着用刑罚裁量来定义不法的问题,而且也滋生出刑法的结果导向思维,“不当降低了对司法官适用法律的论证要求,隐藏了与刑法教义理论相冲突的危险”^③。

(二)体系定位与相关区别

笔者认为,直接性关联既非因果关系理论也非客观归责理论。因为因果关系或者客观归责理论仅仅是结果犯的归责要件,而无法说明结果加重犯的特有不法,无法论证结果加重犯为何被“加重处罚”,所以即使是依据相当因果关系理论或者客观归属理论而肯定结果归属的案例,也应当从直接性关联的角度出发进行进一步限定。换言之,条件关系、相当因果关系或者客观归属关系的存在是所有结果犯都必须具备的要件,而直接性关联是在一般过失犯要求之外被施加的特别基准,因此加重结果所要求之归责关系相比结果犯所要求之归责关系,应当具备更多不法内涵。如果在检验加重结果犯时仍然采用一般结果归属基准,则无法区分结果加重犯和一般结果犯,也无法合理说明想象竞合与结果加重犯之界限。具体而言:

第一,直接性关联不同于相当因果关系的相当性关联。虽然有学者在相当因果关系说的立场上,主张将结果加重犯的直接性要求纳入相当性中进行判断。^④但是,直接性关联是因结果加重犯具有独立

^② 参见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(2007年刑事审判案例卷),人民法院出版社、中国人民大学出版社2008年版,第29~34页。

^③ Heinz Müller-Dietz, *Strafzumessung und Folgenorientierung*, in: *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York: Walter de Gruyter 1992, S. 413ff.

^④ 同前注^④,陈兴良主编书,第229页。

于“故意犯和一般结果犯之结合”的特有不法而提出的结果加重犯之限制原理,是从立法的规范保护目的出发在一般结果归责基础之上格外施加的规范判断。而相当因果关系理论的相当性关联往往根据“行为发生该种结果在日常生活经验上是否通常”来判断,因此这种意义的相当性关联并非从“规范违反应当以该当结果防止为目的”这样的规范观点出发来进行归责限定,^②所以相当性关联无法成为能够收容直接性关联的概念。

第二,直接性的危险判断不同于客观归责理论的危险判断。客观归责理论的危险判断无论是基于折中说还是基于客观说,^③其都是基于行为的具体状况而考虑具体行为和周边事态后进行的具体判断。而直接性关联的危险是立法者基于客观经验法则的累积对某种行为发生某种结果的类型化预测,其判断不依赖于被假定的后续事态(即法益侵害和其危殆化),也与客观周边环境和具体状况并不关连。由此日本学者榎本桃也指出:“如果把讨论该当死亡结果是否是行为人的作品(das Werk des Täter)作为客观归责论,那么就能够认为把行为人作品是否是伤害的作品(das Werk der Körperverletzung)视为问题的就是直接性要件。”^④

第三,直接性关联不同于客观归责的规范保护目的关联。虽然直接性关联本质上也是立法者预定在各结果加重犯中的规范保护目的,但是直接性关联的保护目的和客观归责的保护目的不能相互混同:(1)具体内容不同。直接性关联的规范保护目的所对应的是在一般结果犯基础之上的结果加重犯的规范保护目的,而客观归责的规范保护目的所对应的是一般结果犯的规范保护目的,前者的空间应该狭窄。例如,过失致死罪的规范是基于一般的安全保护目的,而故意伤害致死的规范保护目的是抑止具有不限于发生基本犯结果之危险性的行为而回避加重结果的发生。(2)判断基准不同。客观归责的规范保护目的关联,是以行为规范和制裁规范之间的目的性关联来限缩结果归责的理论,其判断往往根据“义务违反是否在注意规范所预定的法益损害路径之内”或者“结果是否以注意规范想要回避的方式来实现”^⑤的基准进行,因此是从以事后判断为特征的制裁规范论所导出的理论。^⑥而直接性原则是以基本犯罪构成要件的“发生加重结果之危险”来限缩行为归责的理论,其判断往往根据“是否存在立法预定的典型类型危险行为”来进行,因此是从以事前判断为特征的行为规范论所导出的理论。^⑦

结果加重犯的直接性关联作为“危险性说”在客观要件的具体投影,是说明结果加重犯之固有不法的理论,其既不是因果关系或客观归责理论,也不能包容于相当因果关系的相当性关联或客观归责的保护目的关联之中,其是从结果加重犯的规范保护目的解释中得出的,作为限制结果加重犯成立的客观构成要件,其应当作为在一般归责(客观归责或者相当因果关系)以后进行判断的独立要件。

四、直接性关联的具体判断

提出直接性关联理论不只是作为一种处罚根据理论,而且是作为一种处罚基准理论。为了达成这一目标,理论上必须发展出能够适用于具体案件的直接性关联的判断基准、判断基础与判断方法,这是直接性关联能否作为独立的归责限定要件的关键。

(一)判断基准:形式判断与实质判断

直接性关联应当根据何种基准来判断,理论上大致存在着形式说和实质说两种观点:(1)形式判断说认为,直接性是指加重结果之发生没有经由他人之手而完全来自于行为人自己的行为,如果死亡结果

^② 参见[韩]李用植:《相当因果关系说的理论意味和界限——相当性的本质》,《首尔大学法学》第44期第3号(2003年)。

^③ 折中说与客观说的具体论述,参见陈璇:《论客观归责中危险的判断方法》,《中国法学》2011年第3期。

^④ 同前注^③,榎本桃也书,第88~92页。

^⑤ 参见[德]Ingeborg Puppe,《规范保护目的理论》,李圣杰译,载《民主·人权·正义——苏俊雄教授七秩华诞祝寿论文集》,台北元照出版公司2005年版,第99页。

^⑥ 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247、255页。

^⑦ 同前注^④,榎本桃也书,第307页。

不是来自于伤害行为所致的危险,而是由被害人本身或第三人行为的介入所造成,则不符合直接性要件。^⑤ (2)实质判断说主张,直接性应当根据立法预定的基本犯典型危险在加重结果发展进程中是否贯彻始终来判断,即使存在被害人的特殊体质、被害人或第三人的行为等介入因素,也仍然应着重于基本构成要件典型危险的程度及影响来判断。^⑥ 两种标准究竟如何取舍,以下结合案例进行分析。

案例4:被告人赵某听说马某要用刀砍自己,于是决定先行下手。某日,赵某邀约多人手持砍刀逼近马某,马某见势不妙朝向河堤奔跑,赵某带人持刀追赶,马某不得已跳下小河溺水逃避,结果体力不支导致溺死。^⑦

案例5:被告人刘某曾与某甲发生争执被打伤。某日,刘某带领他人拦住某甲将其摁在地上殴打,某甲挣脱后逃走,刘某率人在后面追赶,某甲为逃脱追打遂跳进村东水坑内准备游到对岸,但由于天寒体力不支溺水身亡。^⑧

如果采取形式判断说,那么对案例4、案例5的分析结论一致,由于两名被告人实施的伤害行为中都介入了被害人自己的行为,因此死亡结果不是来自于伤害行为所致的危险,而是由被害人自身行为的介入所造成,所以不符合直接性关联。如果采取实质判断说,那么对案例4、案例5的分析结论并不一致,由于两名被告人实施的伤害行为在行为样态上存在差异,赵某实施的追砍行为在经验上具有“致死的典型危险”,被害人马某的逃避行为正是在该“典型类型危险”支配下的“被迫型逃避”;而刘某实施的殴打行为在经验上不具有致死的典型危险,被害人某甲的逃避行为仅仅是在该“一般行为危险”影响下的“预防型逃避”,所以案例4符合直接性关联要求,案例5不符合直接性关联要求。

笔者认为,形式判断说的分析方法不够妥当:第一,形式判断说混淆了作为结果不法的“导致加重结果的危险”和作为行为不法的“典型类型危险”。有没有发生介入行为是判断能否把该加重结果看作是行为危险(导致加重结果的危险)之作品的因素,并不是判断能否把该加重结果看作是类型危险(立法预定的典型类型危险)之作品的因素。在上述两个案例中跳河行为只是在判断伤害行为与死亡结果之间有无因果关系时起作用,并不影响对行为人伤害行为之类型危险性的判断。即使没有跳河行为,也不能说伤害行为就具有典型类型危险的实现(案例5);即使发生跳河行为,也不能说伤害就没有典型类型危险的实现(案例4)。第二,形式判断说无法进行典型类型危险的判断。存在介入行为与没有介入行为的差异仅仅在于行为人行为在因果进程中是否独立惹起结果,并不能说明行为是否具有立法预定的典型类型危险。从前述理论沿革来看,因果性把握直接性关联之“直接意义”的见解主要在直接性关联理论早期所采用,而在该理论后期对直接性关联之“直接意义”主要在规范性上进行把握。藉此可以得出结论,直接性关联的判断基准不应简化为有无介入行为的形式判断,而应采取行为类型危险分析的实质判断。

(二)判断基础:行为判断与结果判断

如果把直接性关联理解为基本犯罪的典型危险在加重结果中实现,那么应当以何种基础来认定“基本犯罪的典型危险”?理论上一直具有以下三种争论:

1. 行为基准说。此说主张以基本犯行为本身的危险性为基础来判断直接性关联,认为由于基本犯行为的典型危险已经使基本犯和加重结果之间视为必要的密接关系成立,所以“不是由行为人自身的

^⑤ See Vgl Hirsch, Der “unmittelbare” Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, in: Festschrift für Dietrich Oehler, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, S. 116; 蔡蕙芳:《德国法上结果加重犯归责理论之研究——以伤害致死罪为例》,载《刑事法学新趋势——Lothar Philipps教授七秩祝寿论文集》,神州图书出版有限公司2004年版,第296~297页。

^⑥ See Vgl Wolter, Der “unmittelbare” Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1984, S. 443ff.

^⑦ 参见最高人民法院刑事审判庭编:《刑事审判参考》总第55集,法律出版社2007年版,第21页。

^⑧ 参见河南省濮阳县人民法院(2011)濮刑初字第39号刑事判决书。

行为惹起伤害结果才足够,而是存在能够推断致死结果产生之可能性就已足够”。³⁹

2. 结果基准说。此说主张以基本犯罪结果的危险性为基础来判断直接关联性,其中“致命性说(Letalitätstheorie)”认为伤害致死罪的死亡应当是身体伤害结果的结果,也即“死亡结果应当由故意伤害行为所产生的致命性伤害结果产生”⁴⁰;“通道因果关系说(Durchgangs - kausalität)”认为基本犯罪结果的危险性在于基本犯行为通过基本犯结果来实现加重结果,因此即使基本犯的结果只不过是加重结果没有致命性的共同原因也行,正是这种通道因果关系超过想象竞合的原理而保障质的紧密关联。⁴¹

3. 折中基准说。此说主张以基本犯罪和加重结果是否具有相同不法内容而区分为两者情况:(1)在加重结果使基本犯罪的不法增大(也即基本犯罪的法益侵害被严重化的)场合,基本犯罪结果被理解为达至加重结果的必经阶段,直接性关联点的内容被置于基本犯罪行为和基本犯罪结果之上。(2)在基本犯罪不法与其他不法内容共同实现(也即基本犯罪和加重结果是相互不同法益)的场合,基本犯罪结果并不是加重结果发生的必经阶段,直接关联性的内容被置于基本犯罪行为之上。⁴²

由于结果基准说、折中基准说都把中间结果视为或部分视为评价直接性关联的关键,所以出于论述方便可以一并作以下批评:首先,“故意伤害不仅从伤害结果的种类,而且根据具体的实行样态也能获得特有危险”,“仅通过基本犯结果的针孔来开启结果加重的入口在刑事政策上过于狭窄”。⁴³其次,直接性关联是从一般预防的行为规范论所导出的法理,目的是通过加重刑罚遏制特别危险的行为方式以防止加重结果出现,因此作为直接性关联基础的典型危险也应从基本犯行为而非基本犯结果上寻找。第三,结果基准说在基本犯罪未遂的场合无法说明结果加重犯的成立,由于即使是未遂阶段也仍然因实行着手而至少存在着基本犯行为的实施,所以应当承认即使基本犯罪本身的结果不发生但立法预定的典型危险也能被实现。

笔者赞同行为基准说的见解,认为在结果加重犯上作为加重原因的直接性关联仅仅意味着行为本身的典型类型危险。但是采取这一立场还必须回应对于行为基准说的批判。反对行为基准说的见解认为:“仅以基本犯行为的危险性为直接性关联赋予根据,未能充分考虑偶然因特殊事情而死亡的场合,导致宽泛把握危险实现过程而与限制结果加重犯的取向相悖离。”⁴⁴但是,如果立于本文所主张的区别对待直接性法理和客观归责理论(或相当因果关系)之立场,就能得出行为后偶然存在的特殊事情,是通过之前的客观归责理论而非之后的直接性法理进行评价之结论。例如:

案例6:骚乱事件的被告人A、B一边大叫打死外国人,一边追赶被害人C、F。被害人C、F误信追赶者还在背后,在欲图进入住宅躲避时被害人F因无法打开住宅大门而感到死亡恐惧,于是踢破门窗玻璃准备翻窗进入时,不慎致右腿动脉划伤并流血不止而死。⁴⁵

在此案例中,首先由于“被害人的反应是源于人之本能的对激烈攻击的类型反应”,所以A、B的追赶行为与死亡结果之间存在因果关系。其次由于骚乱事件中的人身攻击行为具有伤害致死预定的典型类型危险,所以A、B的追赶行为与死亡结果之间存在直接性关联。对于偶然因特殊事情介入的问题,行为基准说能够通过因果归责与直接性关联的双重过滤,确保结果加重犯处罚的正当性。

(三)判断方法:实体还原与类型还原

直接性关联的判断显然不能满足于“一般来看行为导致死亡发生的可能性较高”这一粗略方法,还

³⁹ 同前注①, Johannes Wessels, Michael Hettinger 书, § 5, Rn. 277.

⁴⁰ 同前注⑤, Hirsch 书, S. 130.

⁴¹ Vgl. Karsten Altenhain, Der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge bei den erfolgsqualifizierten Delikten, GA. 1996, S. 19ff.

⁴² 同前注⑭, 李用植文。

⁴³ 同前注①, Johannes Wessels, Michael Hettinger 书, § 5, Rn. 279, 281.

⁴⁴ 同前注⑭, 李用植文。

⁴⁵ 同前注⑧。

必须寻找更实质的判断方法,具体而言大致存在实体还原考察和类型还原考察两种不同的进路。

实体还原说认为,直接性关联应当根据作为典型类型危险之实体的要素之间是否具有以病理法则为说明项的同质性关系来判断:(1)将直接性关联的各种“类型高度危险”还原为基本犯所招致的各种实体要素,尽可能把类型高度危险予以具体化;(2)把考虑病理作用之推移传播的“病理法则”作为说明项,判断各实体要素的因果连锁能否包摄入该法则之下。^④

实体还原说虽然在还原和具体化这一思考上具有价值,但存在以下缺陷。其一,仅仅从因果作用角度对类型高度危险进行实体还原难以说明结果加重犯的独立不法,例如无论是伤害致死还是过失致死,在行为所招致的物理或病理作用上大致是相同的,差异仅仅在于行为样态(行为不法)的不同;其二,从基本犯所导致的物理作用(状态)来具体化典型类型危险,不仅实际上是立足于前述所批判的结果基准说,而且以医学病理法则作为危险直接实现的说明项过于狭窄。

笔者认为,由于结果加重犯是立法者将经验上导致加重结果频率极高的行为样态在“导致加重结果发生之典型类型危险”这一规范评价下归类于结果加重犯类型,因此在司法上适用该结果加重犯规范时就要采用反向还原的解释技术,但是并非还原为行为作用的物理实体,而是还原出立法者预定该典型危险的前提事实,也即在经验上具有导致加重结果发生可能的类型化的行为样态。具体而言可以分为以下步骤:(1)从规范条文中读出立法者所预定的典型危险。也即通过法条文言的澄清、体系观点的查明等解释方法,发现立法者隐藏在结果加重犯条文中的规范判断指示,确定立法者预定的基本犯行为的典型类型危险。(2)以一般经验来确定征表典型危险的行为样态。也即从条文中确定了立法者预定的典型危险以后,还必须进一步深入到立法者判断的前提事实,“以经验类型的视点来把握被实施之行为的样态”。^⑤(3)看加重结果是否由该典型危险行为样态所引起。也即在已经确定存在具有典型类型危险的行为样态后,再进一步判断该行为样态的典型危险是否实际贯彻到加重结果中。如果在基本犯行为的特别危险消失后,出现诸如强奸后逃避抓捕致人死亡、非法拘禁后警察解救行为致人死亡等与基本犯行为相区别但与加重结果存在因果关系的所谓“伴随行为”的场合,则否定直接性实现。

(责任编辑:孙万怀)

^④ 同前注^⑬,内田浩书,第171、327~328、327页。

^⑤ 同前注^⑭,榎本桃也书,第212页。