

刑事归责的概念与构造*

李晓龙

摘要：风险社会刑法的核心问题是归责问题，解决刑事归责问题的关键是厘清刑事归责的概念与构造。刑事归责的概念最早可以追溯至伦理学对犯罪人自由意志的讨论，其后经由一般归责到行为归责、行为归责到责任归责、责任归责到不法归责的理论变迁，逐渐演变成犯罪评价的实质核心和基本框架。刑事归责意味着在客观上能否把某种结果归属于行为人之行为，在主观上能否把某种行为归属于行为人之能力，因此刑事归责的构造可以表达为由谁因何种基准对什么负有责任，其具体包括责任主体、归责对象、归属基准三种参数。

关键词：刑事归责；概念；构造；要素

中图分类号：D914.1 **文献标识码：**A **文章编号：**1003-854X(2014)04-0061-03

由于风险社会所带来的风险远程效应和结果的不可预知性，人类行为从近距离行为模式转向远距离行为模式，归责问题成为现代社会的特别主题。在刑法领域中，由于环境污染行为、产品损害行为、中立帮助行为等社会脱逸行为的不法构造日渐微弱，传统刑法以因果关连为基础、以单一正犯为中心的归责模式逐渐遭遇困境，需要重新界定刑事归责的概念、构造和要素。

一、刑事归责的概念源流

归责是在刑法和民法领域中被广泛使用的概念。在民事领域中归责是指行为人就其行为结果而填补被害人所受的损害。在刑法中归责则是指将某种客观事情归咎于主体，其最早可以追溯至有关犯罪人自由意志的讨论。

1. 伦理学上的归责概念

在人类思想史上，经由一种“归责”性的因果思维方式展开责任的诉求，至少可以追溯到亚里士多德的伦理学。亚里士多德把自愿行为学说作为责任归属的核心，认为唯有自愿行为才能作为道德判断存否之对象并进而施诸刑罚。^①这种将归责的基础建立在行为人的自由意志决定而非客观事件发生之上的归责理论为古罗马刑法学所接受，并由此开启了主观归责理论的思潮。康德以人的善良意志和意志自由为前提，将道德法则与道德自律统摄于实践理性的“绝对命令”之下，构建了以意志自由与道德责任为核心的著名归责概念：在道德意义上的归责就是判断“那个当事人（作为行为者或道德行为的行动者）通过这种行为，被看作是该行为效果的制造者”。^②康德将作为一个真正行为人的意志自由纳入归责之中，归责对于康德而言意味着行为的“绝对自主性”。黑格尔一方面承袭历来的主观归责传统，主张自由意志是归责的前提，主体的行为只有作为意志的过错才能归责于行为主体，“行为只

有在行为人自我的意志下才能属于‘我的东西’而可以归责于我”^③。另一方面黑格尔经由对因果关联问题复杂性的觉察，试图用“归责”概念在客观层面上对之进行把握，“形式的理智遇到一种复杂事变，就要在无数情况中选择其一，而主张其应负责任”^④。黑格尔的归责概念被认为是现代客观归责论的精神故乡，这是因为他关注到因果问题的复杂性及其中包含的规范性和目的性因素，从而为客观归责论的展开创造了观念上的先机。^⑤

2. 刑法学上的归责概念

早在17世纪，普芬道夫以自然法学为基础详细讨论了归责理论。他把归责概念作为刑法的中心概念，认为成立犯罪就是归责，归责可分为客观与主观两个方面。前者为客观归责，也即事实的归责，后者为主观归责，也即法律的归责。^⑥根据普芬道夫的归责理论，只有当一个人的行为是建立在自由意志基础之上，并可以按照道义世界的标准加以评价时，该人才应当对其行为承担责任。费尔巴哈区分了广义的归责和狭义的归责，认为前者也即物理归责，是指主体被说明为某种事实原因的判断。后者也即道德归责，是指说明某种主体是事实之自由原因的判断。因此，归责可以由两种判断构成。其一是纯粹的归责判断，称为事实的归责判断；其二是决定该责任被归属的判断，称为法的归责判断。霍尼格在1930年发表的《因果关系和客观归责》一文中认为只有客观上可归责的行为才是构成要件中的行为，成为法律评价的客体。而客观归责是构成要件的要素，在构成要件确定后才能进行主观归责。由此进一步发展了由黑格尔所开创的客观归责思想，为后续客观归责理论的兴盛提供了直接而重要的思想渊源。罗克

* 本文系国家社会科学基金项目“风险社会中的产品刑事责任研究”（项目编号：10CFX027）的阶段成果。

辛继承并发展了德国刑法学说史上的客观目的性、社会相当性和危险实现等理论，提出了客观归责理论。^⑦罗克辛的客观归责理论企图从法秩序的目的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。罗克辛所提出的规范保护目的、被容许的风险、构成要件的效力范围等客观归责的下位原则都是尝试将法秩序的要求具体化，所以客观归属理论并不仅限于结果归责问题，而是与实质违法性理论一道同属于 20 世纪法学实质化运动的一环。^⑧

二、刑事归责的多维构造

归责是一个多维的概念，在理论上可以在三个方面加以运用：一是行为归责是指“为人所可能的”一种抽象人评价，要问的是某人作为区别于动物的存在具有哪些作为能力；二是不法归责是指“为某人所可能的”一种社会人评价，要问的是某人作为行为人的社会角色具有哪些作为能力；三是责任归责是指“为个人所可能的”一种具体人评价，要问的是某人作为智力与体力有限的具体个人具有哪些作为能力。

1. 从一般归责到行为归责

虽然归责思想可以追溯到亚里士多德时期，但从此时开始一直到 19 世纪以前大约两千年的时间里，归责概念都仅仅是从伦理学上自由意志的角度来探讨一般归责概念，其目的是将不是出于意志的偶然事件排除行为人归责，这一时期的归责概念只是一个关于刑事责任的综合概念。到了 19 世纪中叶，黑格尔学派的刑法学者将归责概念和行为概念相关联，认为行为概念有多广归责概念就有多广，行为概念的终点也是归责概念的终点，由此使归责观念从一般归责发展为行为归责，因果律在归责判断上取得了主导性地位。行为之所以被归属于行为人是因其所具有的有意性特征，结果之所以被归属于行为人是因结果是行为之后于外在世界所发生的变动。

2. 从行为归责到责任归责

到了 20 世纪初期，由于受自然科学实证主义观念的影响，贝林和李斯特创立了古典犯罪构成理论，将犯罪的认定明确区分为构成要件符合性、违法性、有责性三个阶段，其中构成要件符合性与违法性判断被作为对行为是否构成犯罪的客观判断，而有责性阶段则属于主观的归责评价。这是因为古典犯罪论体系以追求自然科学式的精确性为目标，意图使刑法体系成为可测量和能为经验所证实的现实组成部分，因此犯罪行为的判断就被泾渭分明地划分为客观外在要素与主观内心过程这两大领域，客观外在事实属于不法，主观内心事实属于责任，“原因问题与责任问题应当作出严格的区分”^⑨。由此，归责概念从上位的行为归责概念演变成为下位的责任能力概念。

3. 从责任归责到不法归责

20 世纪中叶，由于受黑格尔意志自由论的影响以及理论上对主观不法要素的发现，一方面人的不法理论、行

为规范论等观念被提出，但另一方面实质不法理论仍然继续被坚持。前者产生出不法的主观归责理论，后者产生出不法的客观归责理论。威尔兹尔从“行为是人的目的操纵”这一目的行为论出发而首倡“人的不法理论”，认为“不法并不是完全表现在和行为人在本质上彼此分离的结果即法益侵害上面，而是只有可以看作是特定行为人之杰作的行为才是违法的”^⑩，从而使故意、过失等原本属于责任领域的主观要素进入到不法领域。继而金德霍伊泽尔把人的不法视为“行为人以个人行为能力实现构成要件的可归责性”^⑪，将归责判断区别为归责对象和归责标准，其中归责标准又可以区分为作为行为能力的不法判断与作为动机能力的罪责判断，也即“不法针对的是行为人为达致法定目标的智力和体力上的行为能力，罪责讨论的是行为人依其偏好选择其目标和以该目标作为主导意志的动机能力”^⑫。由此金德霍伊泽尔将自己的归责理论定义为“能否将行为人的结果不法视为可罚且有责的义务违反而加以责难”^⑬，从而将传统位于责任领域的主观归责扩张到不法领域而滋生出不法的主观归责。在不法的客观归责中，罗克辛将“人的意志支配可能性”以“客观上是否可能侵害法益”加以解释，认为客观上对法益受害有法律上重要性的才能是人的意志所支配的，从而扭转了主观不法和客观不法的地位。也即客观归责理论中的客观归责要素——客观目的性只是表面上看来和行为人有关，行为人的预见可能性在客观归责的决定作用只是一个假象，它不是决定于人类意志的支配可能，而是决定于两个彼此互相决定的要素：规范目的和行为的客观风险制造能力^⑭。根据这两个要素，客观归责包涵三个判断标准：制造不被容许的风险、实现不被容许的风险以及构成要件的效力范围，也即只有当行为人的行为对于行为客体制造了法所不容许的风险，而这种风险被具体实现在构成要件结果之中才能归责于行为人。

三、刑事归责的理论界定

1. 刑事归责的构造

刑事归责是指客观上能否把某种结果归属于行为人之行为、主观上能否把某种行为归属于行为人之能力的规范判断，也即由于行为人以其个人的行为能力和动机能力制造了一个法不容许的法益侵害而能把该侵害所造成的结果归属于他。由此可以将归责的内涵归纳为四点：

第一，刑事归责的目的是犯罪评价问题。刑事归责是通过与不法与罪责中的各类事实进行分析，判断是否能够把该事实作为行为人的“作品”而归属于他。因此刑事归责不能仅仅限于罪责阶层的归责判断，也应包括对不法阶层的归责判断。“由于人们在犯罪概念之后将不法与责任加以区分，所以客观归责是关于不法的归责，而作为主观归责则是对责任归责的描述。”^⑮第二，刑事归责的基础是意志自由行为。其强调的核心问题是行为人之所以要承担刑法上的非难和刑罚效果，是因为其在意志自由的支配

下实施了特定行为而受到法规范的评价，正是他的意志自由才导致他的责任承担。第三，刑事归责的效果是责任负担分配。刑事归责的效果是通过刑事归责来实现责任分配，负担分配是“归责”面对的终极问题。第四，刑事归责的实质是规范目的评价。法律责任的追究“不是纯粹从行动力量的物理因果性而是从规范解释的观点来建构我们对行为归属的理解”^⑥，因此刑事归责不仅应当把法秩序的社会变化纳入考虑，而且还必须把宪法保护的基本价值作为根据。

2. 刑事归责的要素

界定了刑事归责的内涵之后，接下来的问题就是应该把那些要素筛选出来作为归责的介质。在法律意义的责任归属中，一个被认定需要负责任的人必须符合三个条件：“第一，他必须在身体运动的物理能力上，被确定是某个后果的肇因者；第二，他必须在行为决定的心理能力上，被确定是自由意志的行使者；第三，他的行动必须在规范的解释上，被主张是对某一种价值的损害”^⑦。因此，刑事归责作为法律归责的归责类型之一，可以具体表达为：由谁因何种基准对什么负有责任，其构成要素包括责任主体也即对谁进行归责、归责对象也即对什么进行归责、归属基准也即依据什么进行归责这三种参数。

第一个问题是“对谁进行归责”。在传统社会中刑事不法背后通常能够确定诱发不法的行为人或者集团，但是在现代社会中由于社会分工和机能分化的日趋复杂，个别行为者的角色日益分散在为数众多的下位体系的共同作业之中，而导致“责任的组织化”变成“组织化的无责任”^⑧。无法找到归属可能的个别行为者意味着不仅在主观归责而且在客观归责的阶段会带来刑法归属的不安定，由此现代刑法理论一方面使用不真正不作为犯和监督管理过失等犯罪类型来集团化责任主体，以强化纵向分工关系上的归责机制，另一方面采用过失共同正犯和过失竞合理论来扩大化责任主体，以强化横向分工关系上的归责机制。^⑨

第二个问题是“对什么进行归责”。传统社会的刑事归责只针对已经发生的行为，因而在时间向度上始终是回溯的，在价值判断上只限于危害责任。但是风险社会的刑事归责还针对未来发生的行为，因而在时间向度上是前瞻的，在价值判断上是一种预防责任。也即传统社会中作为刑事归责根据的不法能被知觉性感知，而现代社会中作为刑事归责根据的不法往往是无法直接感知的侵害类型，由此导致刑事归责在侵害结果和因果关系的特定阶段上面临障碍。为了解消在因果关系确定上发生的刑法归属的不安定，现代归责理论往往通过抽象危险犯的扩张和普遍法益保护的前置化，运用危险拟制技术和保护对象的抽象化技术而谋求证明难度的降低或者转换。^⑩

第三个问题是“依据什么进行归责”。传统刑法以法益侵害和责任主义为基准，通过对行为人故意或者过失不法行为的确定，使发生的构成要件结果归属于该当行为，并对行为人科处与该当不法行为相适应之非难。但是在现

代社会中由于法益侵害的潜在化和刑法机能的预防化，无论是客观归责还是主观归责都面临传统归责基准的非效率性，因此在维护刑法传统所锻造的基本原则之前提下，如何应对风险社会中的新型风险现象是现代刑法所亟待解决的问题。

注释：

① [古希腊] 亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖中白译注，商务印书馆 2003 年版，第 58 页。

② [德] 康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆 1991 年版，第 26 页。

③④ [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1996 年版，第 119、118 页。

⑤ 参见 [日] 山中敬一：《刑法における客観的帰属の理論》，成文堂 1997 年版，第 288—289 页。

⑥ Vgl. Werner Hardwig, Die Zurechnung—Ein Zentralproblem, Hamburg: Hamburg Cram., 1957, S.35f.

⑦ 参见 Roxin, Strafrechtliche Gmndlagenprobleme, 1973, S. 12ff. 转引自许迺曼：《关于客观归责》，台湾《刑事法杂志》1998 年第 6 期。

⑧ 许玉秀：《检验客观归责的理论基础——客观归责理论是什么》，台湾《刑事法杂志》1994 年第 1 期。

⑨ [德] 李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2006 年版，第 185 页。

⑩ Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58(1939).

⑪ [德] 沃斯·金德霍伊泽尔：《故意犯的客观和主观归责》，樊文译，陈兴良主编：《刑事法评论》第 23 卷，北京大学出版社 2008 年版，第 219—220 页。

⑫ [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔：《犯罪构造中的主观构成要件——及对客观归属学说的批判》，蔡桂生译，陈兴良主编：《刑事法评论》第 30 卷，北京大学出版社 2012 年版，第 181 页以下。

⑬ [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔：《论犯罪构造的逻辑》，徐凌波、蔡桂生译，《中外法学》2014 年第 1 期。

⑭ [德] 罗克辛：《客观归责理论》，许玉秀译，台湾《政大法律评论》1994 年第 50 期。

⑮ [德] 阿恩特·辛恩：《德国犯罪理论的发展及现状》，徐久生译，《国家检察官学院学报》2009 年第 1 期。

⑯⑰ Bayertz Kurt, Eine Kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung, in: Ders. (Hg.), Verantwortung: Prinzip oder Problem? Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995, S.8; S.13—15.

⑱ 泽尔曼教授把这种现象命名为“法归属的分散化 (Zurechnungsverstreuung)”。

⑲⑳ [韩] 金裕根：《危险社会における客観的帰属上の問題点》，日本关西大学法学研究所《ノモス》2012 年总第 30 号。

作者简介：李晓龙，男，1973 年生，湖北荆门人，武汉大学法学院博士研究生，湖北武汉，430072；厦门大学法学院助理教授，福建厦门，361005。

(责任编辑 李 涛)