

# 功能主义视野下的客观归责:以特殊认知为中心

孙运梁

(北京航空航天大学法学院,北京 100191)

【摘要】制造法所不容许的危险是客观归责论的第一个判断规则,对其进行规范分析的目的在于排除没有制造危险的行为方式的可罚性,所以应当坚持事前观察的视角,而且,立足于一个审慎的一般人的视角,也要考虑行为人的特殊认知。如果行为人具备了特殊认知,他就预见到了因果流程的发展,客观上支配着因果流程,他的行为制造了法所不能够容忍的危险。从功能主义的视角来看,主观要素与客观要素的划分不是绝对的,它们在犯罪论体系中的位置要服务于刑法的目的性。客观归责理论坚持功能主义的视角,试图打破已经僵硬的体系布局,重新调整主观和客观的标线。虽然行为人的特殊认知,在传统意义上被定位为主观的要素,但是在确定客观归责的判断资料时,特殊认知能够发挥作用。特殊认知本身并非判断基础,它是一种选择性标准,其决定客观事实的哪些部分能够成为判断基础。在重视价值判断的背景下,如果价值衡量要求在客观归责中考虑主观要素,那就不能局限于主客观的界分而回避问题的解决。

【关键词】功能主义;客观归责;特殊认知;刑法修正;刑法改革

【中图分类号】DF6 【文献标识码】A 【文章编号】1671-511X(2020)06-0085-13

DOI:10.13916/j.cnki.issn1671-511x.2020.06.010

## 一、引言

客观归责论主张,不法判断的重心在于客观构成要件,而且客观构成要件的判断优先于主观构成要件的判断。在常提到的案例中,如为了继承叔叔遗产怂恿其在雷雨天外出散步,即使发生死亡结果,行为人也不成立犯罪,这不是因为行为人欠缺犯罪故意,而是由于行为人没有制造法所不容许的风险,也就是说没有该当构成要件的行为。一般来说,判断一个风险是不是被容许,其依据是该风险能否足以造成法益受到侵害,而风险能否造成法益受损,通常存在一般生活经验上的客观标准。虽然,如果行为人所认识的风险仅是一般生活风险,则不能得出结论说行为人创设了不被容许的风险,但是,如果行为人所认识的风险属于一般人不能认识到的高度风险,该风险正足以侵害法益,则能得出结论说行为人创设了不被容许的风险。这样说来,考察客观的风险是否属于不被容许的风险,也和行为人的主观要素有关。

客观上是否存在不法性,有时候要依据主观要素进行判断,最典型的情形便是特殊认知问题。所谓特殊认知(Sonderwissen),是指行为人认识到与构成要件有关的危险,而这是一般人所未认识到的。例如,甲劝说乙乘坐飞机旅行,而恐怖分子已在这架飞机上放置了炸弹。在判断甲的行为是否存在不法性的时候,他是否知道飞机上已被放置炸弹具有重要意义。一般来说,劝说别人搭乘飞机并无危险,即使有危险也是法秩序允许的,因此,如果他人在坠机事故中死亡,该结果也不能归责于行为人。然而,倘若行为人已经知道该飞机上被人安装了炸弹,那么主流观点就会认为行为人制造了法所不容许的风险,死亡结果应当归责于他<sup>①</sup>。从表面上来看,上述两种情形中的客观行为是一

【基金项目】国家社会科学基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”(16ZDA061)子课题四“刑法修正视野下的刑法改革与制度实践研究”;北京航空航天大学人文社科拔尖人才支持计划项目“网络服务提供者刑事责任类型化研究”(YWF-19-BJ-W-41)阶段性成果。

【作者简介】孙运梁,法学博士,北京航空航天大学法学院教授,博士生导师,研究方向:刑法。

① Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 11, Rn. 40.

样的,似乎对结果归责与否起决定作用的是行为人主观上的特殊认知。

只要一个行为的不法评价取决于它对刑法所保护利益的危险性,便会存在这样的分歧:一是应当站在事前(ex ante)角度还是事后(ex post)角度来判断这种危险性,二是应当从行为人还是第三人(一般人)的主观面来判断该种危险性。制造法所不容许的危险是客观归责论的第一个判断规则,它进行规范分析的目的是排除没有制造危险以及没有制造不被允许的危险而被社会接纳的行为方式的可罚性,所以应当坚持事前观察的视角,而且也要立足于一个审慎的第三人(一般人)的视角,同时还要顾及行为人的特殊认知<sup>①</sup>。也就是说,通常情况下,在考察是否制造了法所不容许的危险时,一个谨慎的、理性的判断者在行为前所进行的观察是具有决定性的,但是,在有些情况下,该判断者也要考虑到个别行为人的特殊认知。例如,一个小孩正在人行道上安静地与小猫玩耍,从审慎的第三人的视角来看,汽车司机以合理速度驶过是被允许的;如果这个小孩突然奔跑至机动车道,这个危险是事前无法预见到的,不能说汽车司机制造了法所不允许的危险。不同的,若汽车司机认识这个小孩,而且以前发现他经常由于猫的举动而突然奔跑,那么结论就不同了,如果该司机仍然驾车行驶,结果撞伤了突然奔跑的小孩,那么他就制造了法所不容许的风险,伤害结果要归责于他。

这样一来,在某些情况下,行为人的特殊认识会对行为的因果流程产生作用,决定着行为危险性的有无及其程度,从而影响到客观归责的判断,但能否说这会与客观不法理论发生冲突,从而使客观归责丧失客观性?客观归责理论的支持者强调不法的重心在客观构成要件,即故意的认定要依赖于客观构成要件,但也没有排除主观因素的影响。罗克辛(Roxin)也承认在客观归责中,对不容许风险的认识是一个重要因素<sup>②</sup>。形象地说,对于客观归责理论来说,特殊认知是一个“在背的芒刺”,自从在故意的作为犯中开始适用客观归责论以来,这个芒刺就存在着。尽管客观归责理论的赞成者尝试拔掉这根芒刺,一直竭力弥补这个软肋<sup>③</sup>,但已有的解释仍然没有很强的说服力。

笔者认为,特殊认知在客观归责中发挥作用,但是特殊认知并没有改变客观归责的客观性;从功能主义的视角来看,主观要素与客观要素的划分不是绝对的,它们在犯罪论体系中的位置要服务于刑法的目的性,因此在重视价值判断的背景下,特殊认知作为主观要素,也能在客观构成要件的实质判断即客观归责判断中发挥作用。

## 二、特殊认知在客观归责中发挥作用

我们从一个案例开始。甲是生物专业的大学生,假期在饭馆打工,其工作是为客户端菜,一天他给一客人端的蘑菇有剧毒。倘若甲并未注意到菜肴里的毒蘑菇,那么他的行为也没有违反义务,即使借由其特别的生物专业知识他能很容易地辨认出该蘑菇的毒性。服务生的角色并不要求甲辨认蘑菇是否具有毒性,专业知识赋予他的特别能力并不能加重其负担,这种特别能力对于履行服务员角色来说并非必要。在这种场合,一个人不能超出其所能而承担义务这一原则也是适用的。然而,如果他在端菜时注意到盘里有不可食用的、有毒性的蘑菇,那么结论就会不同。饭馆服务生平均的植物学知识水平并不能成为他的行为正当化的根据,因为这时他所具有的特殊知识要求他遵守保护法益的行为规范<sup>④</sup>。在这个案件中,甲对端给客人的菜肴有毒存在着特殊认知,所以他制造了客人死亡的危险,客人的死亡结果要归责于他。

从上例可以看出,在考察法所不容许的危险时,我们所使用的判断模式是一般人认识+行为人特别认识的事实认定模式。由此可以明显看出主观要素渗透和冲击着客观要素,以及伴随而来的主观与客观范畴相互纠缠的现象。

① 梁根林, [德]希尔根多夫主编《刑法体系与客观归责》,北京:北京大学出版社,2015年,第102页。

② Vgl. Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 237, 250f.; [德]骆克信《客观归责理论》,许玉秀译,《政法法学评论》1994年第50期。

③ 参见何庆仁《特别认知者的刑法归责》,《中外法学》2015年第4期; 劳东燕《刑法中的客观不法与主观不法——由故意的体系地位说起》,《比较法研究》2014年第4期。

④ [德]金德霍伊泽尔《犯罪构造中的主观构成要件——及对客观归责学说的批判》,蔡桂生译,《刑事法评论》2012年第30卷。

### (一) 特殊认知在客观上支配着危险流程

罗克辛认为,刑法的目的在于保护其他手段所不能保护的法益。如果用一个简洁的口号来表述便是,刑法是为辅助性法益保护服务的<sup>①</sup>。人们会提出这样一个问题,怎样才能通过刑法来实现对法益的保护呢?根据无法反驳的逻辑能够做出这样的回答:通过禁止不能容忍的风险来保护法益,同时,如果一个行为人超越法定的可容许风险导致了被禁止的损害结果,那么他就实施了犯罪的既遂行为,应对其进行处罚。上面的问题和回答,体现了主要由罗克辛所发展起来的现代客观归责理论的基本思想,也就是,如果一个人针对刑法保护的法益制造了不被容许的风险,而且,在被禁止的结果中这个风险得以实现时,除非存在正当化根据,否则他的行为就具有刑法上的不法性<sup>②</sup>。客观归责理论的贡献正是在于将制造法不容许的风险作为归责判断的核心要素。特殊认知在不法归责中的着力点正存在于其与制造禁止风险的关系之中。在行为人具备特殊认知的案件中,只有将特殊认知也纳入进来,才能检验行为人是否制造了不被容许的风险。例如,甲知道某列火车的某座位下被人安装了炸弹,甲力劝仇人乙换到该座位坐下,后来炸弹爆炸,乙被炸死。在这个案件中,只有考虑到甲的主观认知,才能得出结论说甲实施了杀害行为。对于本案来说,只有结合行为人的主观要素,结果无价值论支持者所主张的客观透明的实行行为概念才能成立。有学者认为,劝说他人乘坐火车希望他人死亡,即使他人果真死亡的,这种行为也不可能是实行行为<sup>③</sup>。确实如此,如果不考虑甲的主观认识,就只能说甲只是在一般性地劝说,绝对不能认为甲实施了杀害行为。反过来说,只有结合甲知道该座位下装有炸弹的主观认识,才能说甲的行为超越了一般生活风险。由此看来,在某些情形中,在判断行为的客观危险性的时候,根本离不开行为人的特殊认知<sup>④</sup>。

如果以两个案例来比较分析,可以清楚看到特殊认知在客观归责中的作用。甲向乙开枪,意图杀死乙,然而子弹只是打中乙的肩膀,使乙受伤。在乙住院治疗的时候,恐怖分子投放了一颗炸弹,引起医院发生火灾,结果乙在火灾中丧生。我们对上述案情做一点变动,丙得知恐怖分子将要袭击医院,便计划先对丁造成轻微伤害,然后丁在医院接受治疗的时候,正好在恐怖分子的袭击中身亡。在前一个案件中,甲将乙打伤之后发生的因果流程,不再受到甲的支配,甲并没有制造乙死亡的危险,死亡结果不能归责于甲。因为甲事前并不知道恐怖分子将要袭击医院,所以能归责于甲的危险就只能是枪击而致命的可能性。这里若将非致命的伤害引起的住院解释成死亡危险就是不妥当的,因为枪击者甲并不知道后续将要发生的恐怖袭击。这样一来,死亡结果并非故意杀人危险的实现,能够归责于行为人的只有意图杀人的行为不法以及伤害的结果。同时,行为人基于其行为时的认识、根据必要的谨慎义务并不能预测到临近的恐怖袭击,在死亡结果中并没有实现行为人能预见的风险,所以也排除过失犯罪的成立。与之不同,在后一个案件中,丙从伤害丁,直到丁死亡,整个因果流程都在丙的客观支配之下,丙安排了危险的现实化,丁在受伤后进入医院,然后被恐怖分子烧死,也就是说丙制造了丁死亡的危险,这个危险也现实化了,所以死亡结果应当归责于丙。倘若丙事先得知恐怖分子袭击医院的计划,那么他就被禁止以任何方式造成任何人在袭击发生时处于被袭击医院之中。比如,他不能建议他人在袭击发生的时点到该医院做检查,他也不能开枪击伤他人使其到该医院就诊。但是丙提前设置了圈套,他知道恐怖袭击将要发生,却引诱他人进入这个危及生命的圈套。行为人得知了恐怖袭击,他也知道枪击并非致命的,只是促成对方在相应时点进入医院。枪击造成的住院正是行为人所知道的死亡风险的一个环节,在死亡结果中这个风险也得以实现。据此,离开行为人的特殊认知,判断结果归责问题是困难的也是不准确的。

我国有学者认为,在判断危险制造时,应分为两个层次,一是判断资料或曰判断基础,二是判断本身。判断资料与一般人以及行为人的认识能力并无关系,它指的是在事后查明的行为当时存在的

① Vgl. Roxin, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Hefendehl (Hrsg.), Dogmatische Fundamente, 2005, S. 135ff.

② [德]罗克辛《德国犯罪原理的发展与现代趋势》,王世洲译,《法学家》2007年第1期。

③ 张明楷《刑法学》,北京:法律出版社,2016年,第145页。

④ 周光权《行为无价值论与主观违法要素》,《国家检察官学院学报》2015年第1期。

全部客观事实;危险的判断则应当基于行为当时的视角,依据一般人所掌握的经验法则,在具有正常智力和知识水平的理性人基础上进行判断。该学者还举例对其主张做了说明,如洪某殴打陈某致其死亡一案,陈某本患有冠心病,洪某的殴打诱发其疾病发作而死亡<sup>①</sup>,作为危险判断的资料,应当包括陈某患有冠心病这一行为当时存在的客观事实,在此基础上,在具有正常知识水平的一般人看来,向冠心病患者的胸部、头部进行殴打是很有可能导致其疾病发作而死亡的,所以洪某创设了法所不容许的危险,死亡结果应当归责于他的行为<sup>②</sup>。

但是这种观点值得商榷,理由如下<sup>③</sup>:(1)上述观点存在内在矛盾,实际上无法贯彻。主张站在事前的立场、依据事后查明的事实来进行判断,实际上是做不到的,因为如果基于事前的视角就不一定能知道事后查明的事实,而若根据事后查明的事实来做判断,那就不是基于事前的视角,而是站在事后的立场上。(2)上述观点混淆了危险制造的判断与危险实现的判断。其本来是要对危险制造的判断标准进行阐述,但实际上更多的是在进行危险实现的判断。在判断危险实现时要一并考察行为时与行为后存在的全部事实,但是在判断危险制造时则不用考虑行为后所发生的事实。(3)上述观点不能推导出正确的结论。如果将判断资料确定为事后查明的行为时的事实,那么只要有损害结果发生,就会得出结论说,在任何情况下,行为人均制造了危险。虽然上述观点主张用理性的一般人的经验法则对归责的范围做出限制,但这种努力是无效的。比如在上述洪某殴打陈某案中,根据上述观点,事后查明的行为时存在的所有事实都属于判断资料,那就应将陈某身患冠心病的事实纳入进来,这样一来,在理性的一般人看来,对冠心病患者头部和胸部连续击打的行为当然是在制造死亡的危险。按照这种逻辑,在下面的案件中也应承认制造了死亡的危险并在结果中实现。甲因被人殴打而就诊,医生乙针对甲的情况使用了一种消炎药(英文名称为 Steroid),然而由于甲患有某种未知的结核病,与药物发生作用造成甲心脏功能衰竭而死亡。一般的专家医生都不能预见这种未知的结核病与药物的共同作用,所以并不能认为这种通常的使用消炎药的行为制造了不被容许的危险,更没有危险在结果中实现。(4)上述观点会使得客观归责论成为无用的理论。按照这种观点,在判断归责时要以行为当时存在的全部事实为基础,也包含一般人都不能预见到的特殊事实,这就使得制造危险的判断阶段失去意义,从而使客观归责论排除非制造危险行为的目的难以达成。即使正常对病患使用药物的行为也会被判断为违背了注意义务,制造了不被容许的危险,这样一来,客观归责论就与条件说等同起来,认定过失犯的核心又重返于预见可能性这个老问题。由上可知,判断一个行为是否制造了不被容许的危险,还是应当站在事前的角度,以一般人认识+行为人特殊认知为标准。

制造危险是客观归责论的第一个判断规则,其主要的理论根据是相当理论和由拉伦茨(Larenz)、霍尼希(Honig)发展起来的客观目的性原则。如果一个行为通常不会损害法律所保护的利益,只是在偶然的情况下引起损害结果,那么这种结果就不是在行为人客观支配下有目的地发生的。在判断法所不容许的危险时,必须坚持的立场是,一个理智的观察者在行为前是否认为这个行为是存在风险的,同时,具体行为人可能具有的特殊专门知识也是这个观察者应当考虑的。例如,甲知道谋杀者丙在路旁埋伏着,仍然建议乙到这条路上散步,当然这就属于一种危险的设立,如果乙被丙杀死了,甲的行为就具有刑事可罚性,乙的死亡结果应当归责于甲<sup>④</sup>。特殊认知是要事前判断还是事后判断呢,在罗克辛看来,对于行为人来说当然是在事前就应具有特殊认知<sup>⑤</sup>。在犯罪论中引入价值评价之后,与行为人有关的要素受到重视。虽然作为评价对象的是客观现实,但它并非价值中立的,作为犯罪基石的行为就不能是因果行为论意义上的裸的行为,而是具有一定目的的意志行动,它是与人的目的性有关的身体举止。特殊认知是在心理上认识到行为的可能结果,而且通过对外界的干涉可以做出有意义的规制。认知的力量表现为对盲目的因果流程具有规制能力,它并非建立在因

① 最高人民法院编《刑事审判参考》(总第49集),北京:法律出版社,2006年,第26-31页。

② 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》,《中国法学》2011年第3期。

③ 吕英杰《论客观归责与过失不法》,《中国法学》2012年第5期。

④ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 11, Rn. 56.

⑤ [德]骆克信等《问题研讨》,许玉秀、郑铭仁译,《政法法学评论》1994年第50期。

果作用力之上,而是有目的地支配着因果流程。如果行为人不能准确地预见到造成结果的因果流程,那么这个结果就不能归责于行为人。相对地,如果行为人准确地预见到了造成结果的因果流程,就应当将该结果归责于该行为人。既然行为人预见到了因果流程,那么就能认定在当时这个因果流程客观上是可以预见的。虽然对于具有普通认识、一般常识的虚构观察者来说,这种因果流程在行为当时是不可预见的,但对于具有特殊认识的行为人来说,这种因果流程是可预见的。这样一来,就应当回答下面的问题:倘若故意犯的行为人具有特别的认识,就可以减轻他的罪责吗?答案是否定的。例如,一个医生偶然得知他的妻子患有极其罕见的过敏症,然后他利用这种知识将妻子杀死,因为普通的医生或者丈夫不具有这种专门的知识,所以这个医生就不成立故意杀人吗?他当然要成立故意杀人罪。根据刑法法益保护的意义和目的,对于故意犯来说,认识到特定行为会导致特定结果的人就不应该再去实施这种行为<sup>①</sup>。如果行为人具备了特殊认知,他就预见到了因果流程的发展,客观上支配着因果流程,他的行为制造了法所不能够容忍的风险,最终发生的结果要归责于他。

## (二) 特殊认知体现了客观归责论的二元行为无价值论立场

在客观归责论中,为什么主观因素能够发挥作用,其理论根据是什么,这值得思考。同样作为归责论,在相当因果关系说中,折中说占有主流位置,根据该说,在判断相当性时,应当以一般人所认识的事实以及行为人所能认识的事实为基础。这样说来,在判断因果关系存在与否的时候,行为人主观上所认识的事实发挥着决定性的作用。因果关系的判断原本属于客观性判断,为什么要考虑到行为人主观上的认识呢?这个问题在一般的文献资料中只是简单地一笔带过,但在理论上却有进一步探讨的必要性。这一问题最近几年在学界受到越来越多的关注<sup>②</sup>,这也和刑法立场上结果无价值论和行为无价值论的分歧有关。因果关系是在构成要件该当性阶层中讨论的问题,对此学界并无争议,一般认为,构成要件是违法行为的类型,因此构成要件和违法性之间存在着密切的关系。在构成要件论上,也能体现出行为无价值论与结果无价值论的对立,如果不从这种刑法的基本立场出发来思考问题,恐怕很难揭示问题的实质所在<sup>③</sup>。在违法性理论中,主张考察行为人主观认识的观点,被称之为人的不法论;相反地,主张完全不考虑行为人主观认识的观点,被称之为物的不法论。行为无价值论强调行为人主观面向的意义,就此而言,将其称之为人的不法论,属于较为妥当的见解。相对而言,结果无价值论强调行为的客观面向的意义,主张就客观事实来思考违法性,不主张在违法性阶段思考行为的主观面向,所以将其称之为物的不法论,也属于妥当的见解。二元的行为无价值论,既强调行为主观面向的不法性,也重视客观面向的行为对法益的侵害危险性,所以承认特殊认知对客观归责的影响,体现了二元的行为无价值论的立场。

倘若赞成二元的行为无价值论,就应认可修正的客观违法性论,从而强调违法是对行为规范的违反。在违法性阶段与有责性阶段,行为规范都有其作用,当然其在两个阶段中的机能是不同的。作为违法性判断基准的行为规范,其同等地指向所有人,是面向抽象的、一般人的行为指引和命令,它并不考虑规范接受者在年龄、精神状况、知识水平上的差别<sup>④</sup>。有责性阶段的行为规范表现为决定规范,要考察是否存在对与具体行为人有关的个别的、主观的意思决定规范的违反。例如,没有责任能力的人将他人杀死的,他也违反了指向抽象的、一般人的行为规范,这种行为也存在违法性;但是不能认可他违反了个别的、主观的意思决定规范,由此否定了有责性。违法和责任二元区分框架的建立是刑法理论上的重大进步,二者都是评价体系,行为的客观面和主观面是二者共同的评价对象,在有关行为规范的两个相互关联的评价程序中,只有二者各自发挥其应有的功能,才不会使行为规范发生内在矛盾<sup>⑤</sup>。随着理论的发展,在不法阶段故意也被纳入进来,责任阶段也出现了各种客观要

① [德]金德霍伊泽尔《故意犯的客观和主观归责》,樊文译,《刑事法评论》2008年第23卷。

② 何庆仁《特别认知者的刑法归责》,《中外法学》2015年第4期;欧阳本祺《论特别认知的刑法意义》,《法律科学》2016年第6期;喻浩东《反思不法归责中的“特别认知”——以德国相关学理为参照》,《苏州大学学报(法学版)》2018年第3期。

③ [日]川端博《刑法总论》,余振华译,台北:元照出版有限公司,2006年,第5页。

④ 陈璇《刑法中社会相当性理论研究》,北京:法律出版社,2010年,第82页。

⑤ 周光权《行为无价值与主观违法要素》,《国家检察官学院学报》2015年第1期。

素,但不法和责任的阶层区分仍然是存在的,原因在于,二者判断的重心并不相同,其分别评价不同的客观要素与主观要素,二者各有其功能,并不能相互替代。

基于二元的行为无价值论的立场,在客观归责的判断过程中,主观认知也属于判断对象的范围;应当建立意志与客观行动之间的关系,重视意志行为与法益侵害之间的关联性。行为人的认知表现为一种客观化的行为意思和意志,即使承认主观的违法要素,仍然可以相对地维持违法性判断的客观性。以下观点是非常中肯的:法律秩序并不是单纯重视人的物理的外在身体动静,必须看到行为人主观上主导着该外在的身体动静,这样才能更好地理解行为对法益的侵害性。所以说,二元的行为无价值论能最好地揭示违法性的本质,是最符合实体的观点<sup>①</sup>。

### 三、特殊认知没有改变客观归责的客观性

#### (一) 目的行为理论的批评

目的行为理论的支持者质疑客观归责理论的必要性和意义<sup>②</sup>。目的行为论者认为,客观归责理论的三大判断规则——制造危险、实现危险和构成要件的效力范围,都取决于行为人的认知,所以客观归责并不“客观”。针对特殊认知在客观归责中发挥作用,目的行为论的批评主要集中在以下方面:

1. 阿明·考夫曼(Armin Kaufmann)认为,在故意犯领域,并无必要在客观构成要件中设置危险判断的环节,这样做的正当性缺乏根据。他认为,客观归责理论宣称受非难的危险制造是在客观的基础上判断,这并不属实。一个行为中何时存在不受容许的危险呢?如果不考虑行为人的主观设想和认识,那么是不能做出准确回答的<sup>③</sup>。在判断特定行为是否属于受非难的危险制造时,在许多场合行为人的认知产生决定性影响,行为人是否认识到特定的事实具有关键性意义。例如,行为人把有刹车故障的汽车交付给他人使用,他对该刹车问题是否知情;交付毒品给他人吸食,对该毒品的特殊危险他是否知晓。希尔施(Hirsch)也指出:倘若与观察他的举止的人相比,行为人认识到了更多的情状,那么他的认知就必须受到重视;在确定一个行为是否有危险的时候,要一并考虑行为人的认识,这也清楚地说明,危险性的认定也依赖于行为人的知识水平,并不能离开行为人的主观方面<sup>④</sup>。行为是行为人为了实现某种结果而有意选择的方法,所以才说该行为是危险的。如果行为人并无将某一行为作为造成结果的手段之设想,那么就没有必要进一步考察客观归责的问题。如果在主观构成要件就能解决问题,那就没有必要回溯到受非难危险这个问题上<sup>⑤</sup>。

故意是在心理上产生一个客观上相当的判断,它并非对随意的可能性的认知,它的存在有一个前提,即行为人对促成一个实际结果发生具有预见或者支配可能。例如,甲建议妻子乙开车旅游,这个汽车刹车系统已经失灵,如果甲事先知道这个故障,那就有犯罪故意;如果甲只是期待发生一般的交通事故,那就不存在犯罪故意<sup>⑥</sup>。如果行为人只认识到日常生活中的一般风险,那他并不产生有支配作用的意志,并不成立犯罪故意,而仅仅是一种愿望而已。故意必须包含有支配作用的意志,这就要求认识到具体的实害危险。如果行为人事先知道被害人乘坐的交通工具具有刹车失灵这种重大故障,那么他的建议、怂恿行为便制造了法所不容许的危险。总而言之,客观归责理论也要考察行为人的特殊认知,它并未体现为彻底的客观化;客观归责实际上是在进行主观归责,赞同客观归责论并不能理顺客观归责和主观归责的关系,它所声称的不法取决于客观构成要件的命题并不成立。

2. 将行为人的特殊认知纳入客观归责判断中,会使得传统行为故意的要素进行切割,分别放于客观构成要件与主观构成要件中检验,这样犯罪要素在犯罪论体系中的定位就需要重新调整。众所

① [日]川端博《刑法总论二十五讲》,余振华译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第160页。

② Vgl. Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 399, 403ff.

③ Vgl. Armin Kaufmann, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt? in: Festschrift für Jescheck, 1985, S. 251, 260ff.

④ Vgl. Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 405.

⑤ [德]弗里希《客观之结果归责——结果归责理论的发展、基本路线与未决之问题》,蔡圣伟译,《刑事法评论》2012年第30卷。

⑥ Vgl. Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, in: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 59, 73f.

周知,故意内含知与欲两个要素,知指的是故意的认知(认识)要素,欲指的是故意的决意(意志)要素。考夫曼认为,制造危险的判断以及该危险是否实现为结果的判断,不但要考虑从事相关活动的谨慎的、一般人的知识,也要考虑行为人的特殊认知。本来是在主观构成要件(故意)中检验行为人的认知,但是按照上述观点,行为人的认知要素便由故意的范围前移到客观构成要件中。如此一来,在故意领域中便只剩下决意要素了。犯罪要素的变动,对解释学的架构产生了影响,整个行为故意要重新定位<sup>①</sup>,也有可能行为故意失去了继续存在的必要。只要先在客观构成要件中确认认知要素,然后在主观归责时确认决意要素就可以了,并无必要特别强调故意的确认。这样一来,为了迁就客观归责理论,就要大幅变动传统的行为故意内含,故意的传统意义便退出了历史舞台。

3. 客观归责理论所主张的客观目的性,要求存在一个虚拟的客观观察者,在行为当时该客观的观察者的便对可能的行为后果具有最终约束力的预见。故意作为犯中,从逻辑上说,行为人作为规范接受者,他的认知和客观观察者的预见之间的关系存在着三种可能性:一是行为人的认知和客观观察者的预见恰恰相同;二是行为人的认知低于客观观察者的预见,行为当时对造成结果的因果流程行为人没有相应的认知;三是行为人的认知高于客观观察者的预见,行为当时对造成结果的因果流程行为人存在特殊认知。可以看出,上述第二种情形指的是不能犯未遂,第三种情形便是特殊认知。在上述两种情形中,行为人的认知与虚拟的客观观察者的预见不一致,但最后均按照行为人的认知做出判断,也即,在不能犯未遂的情形下,按照行为人设想的构成要件来进行归责判断;在第三种情形下,虽然客观观察者对因果流程没有预见,但对因果流程有特殊认知的行为人并不会因此而不受归责。由此可见,在故意的作为犯中,行为人标准是归责判断的唯一标准,故意的成立与否取决于行为人的具体认知,考察客观观察者的预见是多余的。正如金德霍伊泽尔(Kindhäuser)所认为的,在故意犯中客观目的性的作用被夸大了,很难说它有助于对刑事责任做出有意义的限制。原因在于,只要行为人对造成结果的因果流程未能准确预见,那么这个结果就被禁止归责于行为人的故意;相反地,倘若行为人对因果流程有了准确预见,那就可以说在当时这个因果流程客观上是可预见的<sup>②</sup>。

4. 客观归责论者对目的行为论者批评的反驳存在问题。如果说并非特殊认知本身、而是特殊认知的内容决定了客观归责的判断基础,那么这有将主观要素与客观要素混淆的嫌疑。罗克辛强调犯罪的重心在于构成要件的客观面,这意味着不法首先取决于行为的客观面,但是在实际解释这个观点时,他却似乎对“客观”的概念做了偷换。罗克辛解释道:特殊认知是客观性事件的组成部分,它的存在属于客观层面的范畴。但是这种解释很牵强,模糊了主客观方面的概念界限<sup>③</sup>。如果这样来理解“客观”的概念,那么全部的主观要素也均为客观的,因为在具体的案件事实中,它们都是实然性的客观存在,这样一来,所有的主观要素都无单独存在的必要。这种意义上的“客观”,与客观归责论者所主张的犯罪的重心在于构成要件的客观面中的“客观”,是明显有差别的,后一种“客观”是在与行为人内在心理相对立的意义上使用的,指的是外在显现状态意义上的客观,并不是存在与否意义上的客观<sup>④</sup>。在“客观”的概念被偷换之后,罗克辛所主张的客观归责又回到拉伦茨所界定的含义上,也就是说客观归责指的是将何物作为其行为而被归责于某一主体,虽然它被冠之以客观的属性,但它既包括外在的身体动静,也包括主观性的实体存在,如故意、意志、目的、主体目标等<sup>⑤</sup>。然而,拉伦茨的学术立场是主观不法论的。如此一来,客观归责论者也承认,将构成要件尽量客观化的学术努力是有其界限的,客观归责中也存在主观要素,会受到主观面的影响<sup>⑥</sup>。

## (二) 对批评的回应

众所周知,为了对过于宽泛的不法范围进行限制,目的行为论者在构成要件该当性阶层将故意、

① Vgl. Armin Kaufmann, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt? in: Festschrift für Jescheck, 1985 S. 265.

② [德]金德霍伊泽尔《故意犯的客观和主观归责》樊文译,《刑事法评论》2008年第23卷。

③ Vgl. Luis Greco, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum "Problem" des Sonderwissens, ZStW 117(2005), S. 523.

④ 劳东燕《刑法中的客观不法与主观不法——由故意的体系地位说起》,《比较法研究》2014年第4期。

⑤ Vgl. Heinz Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 117, 118.

⑥ 林钰雄《新刑法总则》,台北:元照出版有限公司,2011年,第179页。

过失纳入进来,虽然今日的德国犯罪论体系不再采纳目的行为论,但仍然承认了主观构成要件的存在。为了不被归类到主观主义,当代德国学界的多数学者接纳了客观归责理论,即使没有在整个上赞同客观归责论,也或多或少地采纳了其理论主张,更常见的是,分割客观归责论的复杂内容,然后以不同形式、在不同的体系位置上加以认可和探讨。著名刑法学者希尔施是目的主义论的忠实继承者,他指出,如果我们考察现今客观归责论的起源,我们便可以发现,它是客观主义的产物。因果不法论的客观主义构成要件概念的范围过于扩大,霍尼希(Honig)试图用客观归责论在客观方面加以控制。后来罗克辛运用客观归责论来批判威尔泽尔(Welzel)。罗克辛认为,理论的任务是建立规范性地确定的一般的客观归责标准,而不是先于法律的行为构造上的发现以及由此推导出各种结论。以前,威尔泽尔是利用在构成要件中纳入故意的方式来限制构成要件(过失犯时则利用违反谨慎义务),但罗克辛要在客观归责的标准上发挥限制功能<sup>①</sup>。人们对目的主义作了批评,因为它片面地关注主观构成要件,所以目的主义所理解的旧因果主义过于狭隘。对构成要件的限制本来应当在客观构成要件上进行,在对目的主义批判的基础上,形成了今天的客观归责理论。客观归责论主张,在客观不法构成要件上,一方面要造成结果,另一方面还要在因果关系上附加一个客观标准<sup>②</sup>。由上可见,在主观构成要件受到接纳之后,为了限制它而发展出了客观归责论。原本依靠主观构成要件进行检验的内容,部分前移到客观构成要件中,这样一来,在构成要件该当性阶层中,不但客观判断优先,而且主观判断要受到客观判断的限制。

清楚区分外部客观事实与人的内在主观心态,并在认定犯罪时坚持先客观判断后主观判断的次序,是刑法学在长期发展过程中形成的宝贵经验,同时也是现代法治国刑法的基本原则要求<sup>③</sup>。从调查取证的角度来说,相对于人的内在心理状态,外在客观事实更容易得到查明。基于保护国民自由和保障人权的立场,首先要认定客观上存在着法益侵害事实,在此前提下,才有必要继续考察行为人的主观心态。虽然在德国当代刑法学中人的不法论逐渐获得主导地位,故意等主观要素已经由责任阶段前移到不法阶段,但是客观与主观的分立却仍然存在。构成要件该当性阶层中客观要素判断优先于主观要素判断的原则仍然得到遵守。客观归责论具有很多理论贡献,其中之一就在于,它对于客观构成要件通过法益侵害危险、规范保护目的等做了实质化考察,由此客观构成要件成了不法判断的重心,在古典犯罪论看来应在责任阶段、在目的行为论看来应在主观构成要件中才承担的任务,在客观归责论看来应由客观构成要件去完成。

认为考虑特殊认知即意味着客观归责论的失败,这是目的主义者基于自己的立场对客观归责论的看法,实际上这种指责难言妥当。不能因为客观归责论在有些情形下难以离开行为人的特殊认知,就认为其“不客观”,甚至是在进行主观归责。理由在于:

1. 行为人的特殊认知(以及一般人的认知)虽然在理论定位上属于主观范畴,但它们只是作为危险判断的基准,而并非不法要素本身。以特殊认知为标准所选定的能够成为判断资料的客观事实才属于真正的不法要素,也就是说能够成为不法要素的仍然是客观事实<sup>④</sup>。弗里施(Frisch)指出,特殊认知是行为人内心活动的一种外化,它总是与一种客观事实相对应,危险判断时考虑特别认知并不意味着归责的主观化。应当承认,行为人的特殊认知属于主观要素,但是通说并没有将该主观要素直接引进到危险判断的基础资料之中,而是将其作为确定判断资料范围的标准,因此最终作为危险判断资料的仍然是客观事实,而非主观认知本身。总而言之,在客观归责的危险判断中,主观因素本身并非判断基础,它是一种选择性标准,其决定客观事实的哪些部分能够成为判断基础<sup>⑤</sup>。

2. 客观构成要件中预先设定了法所不容许的危险本身,而特殊认知是法所不容许的危险概念的

① Vgl. Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 407.

② Vgl. Hirsch, Finalismus: Grundlagen-Entwicklung-Missdeutungen, in: Festschrift für Androulakis, 2003, S. 241.

③ 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》,《中国法学》2011年第3期。

④ Vgl. Frisch, Straftat und Straftatsystem, in: Wolter/Freund( Hrsg. ), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 183ff.

⑤ Vgl. Frisch, Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre, GA 2003, S. 732.

构成性要素。行为人具有特殊认知而实行某种行为时,客观上对法益来说更加危险,对其进行归责也属情理之中的事<sup>①</sup>。对于客观归责来说,主观要素也有其意义。包括构成要件行为在内,人的行为从来都是由客观要素与主观要素交织而成的。由于只有借助对危险行为的禁止才能实现法益保护,而且这种禁止只能基于事前判断的立场,因此在判断一个行为的客观危险性时,必须考虑行为人的认知。不是因为客观构成要件仅以客观因素为基础去归责于行为人,或者说不是因为对构成要件的归责排他地建立在客观事实基础之上,所以才称客观构成要件是客观的,而是因为归责的结果,确立了杀人、伤害、毁损等客观的形象,而且对故意的杀人、伤害、毁损等行为作了区分<sup>②</sup>,即杀人行为、伤害行为等的存在,是一个客观性的事件<sup>③</sup>。与耶赛克(Jescheck)、雅科布斯(Jakobs)所主张的纯客观归责不同,罗克辛所主张的客观归责还涉及主观要素,正是因为对“客观”不同的定义,出现了一些疑义,也引起了目的行为论者等的批评。

3. 虽然目的行为论者的批评存在合理的成分,但是完全否定客观上的构成要件限制是不正确的。批评观点的合理之处在于,它指出了行为人的认知对于受非难的危险制造的判断具有决定性意义。其错误之处在于,它将行为人的认知与故意等同起来。在判断行为是否制造了法所不容许的危险时,虽然客观归责论者将特殊认知作为判断标准,但是并未将故意、主观意向等作为判断资料和判断标准。在客观归责中吸纳行为人的特殊认知作为判断标准,虽然可能与故意的检验有所关联,但它们毕竟是不同的问题<sup>④</sup>。这是因为,首先,特殊认知是在事前才存在的问题,而在客观归责之后才进行故意的检验。即便在客观归责判断时考虑特殊认知,也不能说就是在主观归责。在检验故意时,只针对行为时点的实际认知,而特殊认知并不是行为时点的实际认知。特殊认知所涉及的认知,指的是行为人先前即已获知的某些情状。其次,当我们回答下列问题:即事先对特定事实有所认知的人当下能否实施某个特定行为,或者说鉴于行为人所拥有的经验能否将这个行为评价为受非难的危险制造,所涉及的当然是一种客观的判断<sup>⑤</sup>。

在阶层式犯罪论体系中,在方法论上要坚持客观判断的优先性,在前一阶段客观判断中要解决的问题不能推到后一阶段相对更难以把握的主观判断中解决。这种分层次判断的方法具有过滤功能,应认真、有效地利用这一功能,在前一阶段的判断中能够排除行为入罪的,就不要等到后一阶段再过滤掉。用客观归责理论能排除没有特殊认知情形的归责可能性,在构成要件该当性阶段就应当排除这种行为入罪的可能性,而不能推迟到违法性或者有责性阶段再去判断。贯彻这种做法具有重要意义:(1)有利于保障人权和国民自由,在针对结果责任的司法追诉程序中,让行为人受到公平、公正地对待,使无罪的行为人尽早恢复自由身。(2)在阶层式犯罪论体系中,构成要件该当性、违法性和有责性的判断侧重点不同,承担的功能不同,它们在判断顺序上呈现出递进式的位阶关系,如果构成要件该当性被否定,则不必进行违法性、有责性的判断。构成要件该当性阶段总体上是在进行形式判断,即先对行为进行事实判断,再对行为作价值判断(即客观归责的判断),这之后在违法阶段、责任阶段主要进行实质判断。如果在客观归责判断后确定具备构成要件该当性,就有必要进一步考察违法性、有责性,相反的思考方法是错误的<sup>⑥</sup>。(3)可以省去不必要的重复检验。

4. 主观与客观一般有两种含义:(1)事实意义上的,对世界的划分标准,主观世界与客观世界,人的内心活动属于主观世界;人类认识的外在事物属于客观世界。(2)价值意义上的,人们看待事物的态度,任意的、个性化的,意味着主观的;谨慎的、一般化的,意味着客观的。相应地,刑法学在两种含义上使用主观一词和客观一词:(1)主观是指主体的内心活动,例如主观的违法要素,涉及的是行为入内心的对于行为的违法性有影响的一些因素,像意图、目的、动机等;客观指的是行为、结果、因

① 周光权《行为无价值论与客观归责理论》,《清华法学》2015年第1期。

② Vgl. Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 250.

③ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 11, Rn. 57.

④ 张明楷《也谈客观归责理论》,《中外法学》2013年第2期。

⑤ Vgl. Frisch, Straftat und Straftatsystem, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 135, 182ff., 186ff., 191f.

⑥ 周光权《刑法方法论与司法逻辑》,《现代法学》2012年第5期。

果关系等外在事实。(2) 主观的意味着具体人的、个别化的、有其特殊性的; 客观的意味着一般人的、普遍的、抽象性的。具体来说, 客观归责也有两种含义, 一是根据客观素材的归责, 根据行为、结果、因果流程进行的归责; 二是根据一般化标准的归责, 如判断危险是否被容许、因果流程是否发生重大偏差、规范的保护目的、自我答责等, 需要根据社会一般人标准进行。

概念的内涵和外延都是相对的, 主观和客观亦是如此, 刑法学中存在许多含义并非明确无疑的主观和客观。在有些场合中, 并不严格按照上述解释来使用主观和客观的概念。例如, 刑法学中有一个著名的表述, “违法是客观的、责任是主观的”, 这里客观和主观的概念就不是在传统的、本来的意义上使用。“违法是客观的”指的是认定有无违法性时要根据有无外部的法益侵害事实, 然而, 在判断违法性时也需要考虑行为人主观上的故意、目的、动机等, 可以结合犯罪行为、损害结果观察它们的客观存在样态, 这样一来, 与人的认识有关的主观要素也成为判断行为违法性的素材。“责任是主观的”指的是能否进行责任非难取决于与行为人有关的心理的、个别的事实, 即责任主要取决于主观的因素, 然而, 行为人之外的客观因素, 有时也决定责任的有无, 例如, 期待可能性、违法性认识的可能性都是需要一般化、客观化判断的因素, 能否实现主观的归责, 也要受制于这些因素<sup>①</sup>。

罗克辛指出, 具体的犯罪要素不像基石那样不可移动地被定位在犯罪框架体系的某个位置上, 也即, 并非任何心理的要素一定要被归类到主观的构成要件。在实际处理案件时, 经常会面对主观的、内在心理的因素, 只要在行为归责、不法归责以及责任归责中是重要的, 没有必要僵硬地定位这些要素的体系位置, 所以, 在客观归责中某些主观因素也能发挥重大作用<sup>②</sup>。这解释了为何在客观构成要件中考虑行为人的特殊认知。根据罗克辛的观点, 从犯罪论体系看, 客观归责理论是目的理性体系的重要部分, 目的理性体系正是新康德学派思想的贯彻体现<sup>③</sup>, 也就是说在客观事物的评价上要充分运用价值判断的方法。这样, 在一定程度上所表现出来的客观事物的主观化也就不足为怪了。

#### 四、功能主义的解决方案

当今刑法学理论研究中, 客观主义占上风, 当然, 这里的客观并不是纯粹事实意义上的客观。刑法上的分析判断, 除了进行事实发现、认定之外, 还要进行大量的价值判断。倘若只是基于日常生活观察的角度, 那么对许多犯罪现象是不能解释的, 或者普通民众不能理解这种解释, 因此, 必须从价值判断和规范评价的角度出发来理解各种犯罪现象、刑法现象。在刑法学上, 倘若不使用价值判断方法, 那就不可能对行为进行不法评价。根据新康德主义的立场, 虽然人类的知识不能够超越经验, 然而, 也有一部分知识并不是从经验中按照归纳方式直接推导出来的, 所以说, 在现实世界和价值世界之间可能是不能直接沟通的<sup>④</sup>。将分割后的行为要素或者犯罪事实本身直接等同于认定犯罪的价值体系是错误的做法, 只有从规范体系中才能形成评价犯罪的价值体系。我国传统的犯罪构成体系只是在经验上把握切割后的主观和客观事实要素, 其价值判断并不充分, 抑或说这种经验评价并不能取代价值判断本身。从犯罪论体系演变过程来看, 在经验上、事实上对具体犯罪构成要件作数量上的清点、分割并非重要, 重要的是建立有利于价值判断的阶层式犯罪论体系。科学、合理的犯罪论体系应当明确区分事实命题和价值命题, 并为充分进行价值判断提供理论平台<sup>⑤</sup>。现代社会价值日益多元化, 为了弥补形式逻辑的不足, 形成妥当的裁判结论, 必须十分重视价值判断。

近几十年来, 阶层式犯罪论体系的发展表现出一个趋势, 即从以存在论为根基朝向功能主义或者说目的理性嬗变。在这个蜕变过程中, 体系化的优点继续得到保持, 同时, 其弊端也逐步被解决。以往的刑法学研究走过一些弯路, 比如过于推崇、强调教义学本身的逻辑和体系, 认为刑法体系是表现物本逻辑或者事物本质的自在自足的理论, 还用镜像意义上的认识与被认识、描述与被描述的关系

① 周光权《法治视野中的刑法客观主义》, 北京: 法律出版社, 2013年, 第5页。

② Vgl. Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 251.

③ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 7, Rn. 27ff.

④ [英]罗素《西方哲学史(下卷)》, 马远德译, 北京: 商务印书馆, 2009年, 第249页。

⑤ 周光权《价值判断与中国刑法学知识转型》, 《中国社会科学》2013年第4期。

系来看待刑法理论和刑法现象本质之间的关系。但现在情况已有所不同,在刑法教义学发达的德国,虽然深受科学主义的影响而特别重视体系的作用,但其现在的理论发展很明显体现出功能主义的特征。功能主义特征意味着刑法学不仅探讨本体论事物的本质,如人的行为、因果关系、物本逻辑结构等,而且它的理论架构还可能对刑法的观念、目标有所反映。如今,在德国学界占据主导地位的犯罪论体系,是以刑事政策的目标设定(刑法的任务和具体的刑罚科处)作为指导的体系,而不再是以存在事实(如因果关系、目的性)为导向的体系<sup>①</sup>。从刑事政策角度出发,考察是否存在符合构成要件的行为,不再取决于因果关系或目的性,而是取决于制造并实现了法所不容许的风险。这种功能主义将不法理解为通过实现一种不被法所允许的风险而导致法益侵害,这种理解体现出理论研究风格的转变,即从本体到规范的转变,从实体事实关系到评价性目的设定的转变。因果关系和目的性属于实体性范畴,它们以这些实体范畴为基础建立起理论体系,并且由此出发来解决一个什么是死亡、伤害、损害这样的问题。相反地,倘若从目的理性的观点出发,则可以在经验性的基础上,为各种死亡(仅以此为例)设定条件。应当从规范性的、评价性的视角来确定,针对一个死亡事件的发生能否成立杀人行为。在利益法学、价值法学的影响、推动下,学界逐渐认识到,构成刑法规定的各种概念应是功能性的,而不能视为本体性的存在,它们的意义和所承担的角色也不是固定不变的<sup>②</sup>。

自1970年开始,在罗克辛、许迺曼(Schünemann)、雅科布斯等著名学者的努力下,功能主义犯罪论体系逐步建立,并开始对理论和实务发生影响。功能主义犯罪论体系的基本观点是:在评价一个行为是否成立犯罪时,刑法的刑事政策基础应纳入进来;在促成刑法和刑事政策一体化的过程中,价值判断必不可少而且十分重要;应当从刑法的目的中推导出不法的构造,而不应该从存在论的原理中推导出来。有学者明确指出,构成要件并不是对犯罪仅仅进行价值无涉的描述,而必须进行规范性的价值判断,只有这样,才能正确揭示犯罪行为的不法内涵<sup>③</sup>。功能性犯罪论体系不断推动价值判断向刑法领域全面渗透,客观归责理论就是一个重大理论突破,它使得构成要件该当性具有浓厚的价值判断色彩。施奈德(Schneider)认为,罗克辛在1970年发表的论文中首次提出了当代意义的客观归责理论<sup>④</sup>,这在刑法文献中直接启动了理论研究范式的转换<sup>⑤</sup>。在刑法不法理论的历史沿革中,客观归责论为其提供了一个新的规范性维度,相对于因果性和目的性那种价值中立的存在论范畴,客观归责为构建刑法不法提供了更有力的指导力<sup>⑥</sup>。与因果关系论明显不同,客观归责论是实质的价值判断理论。因果关系是判断事实有无的问题,在因果关系存在前提下的归责判断正是客观归责论的核心任务,它是一种典型的价值判断。在客观归责论中,被容许的风险等下位判断规则试图将法秩序的要求具体化、明确化,可以说这些规则本身均为实质的标准<sup>⑦</sup>。

通过功能主义的主张来解决存在论无力处理的实践难题,可以说客观归责理论中的特殊认知是一个例证。

#### (一) 特殊认知在客观归责中发挥作用是考虑到刑法的一般预防目的

从规范理论的角度来看,客观归责理论中存在两种规范,即事前建构的行为规范和事后建构的制裁规范,二者虽然不一样,但是在形式上又相互存在关联。也就是说,从事后的观点来看,事前描述的行为规范能够用来防止结果的发生(一般预防)。在以罗克辛为代表的通说和以弗里施及其学生为代表的目的主义者之间存在理论上的分歧,即客观归责理论的重心在于结果归责还是在于符合构成要件的行为<sup>⑧</sup>,如果我们清楚了上述两种规范的存在,那么这个争论就是一个假的争论。在结果

① [德]罗克辛《构建刑法体系的思考》,蔡桂生译,《中外法学》2010年第1期。

② 劳东燕《功能主义刑法解释论的方法与立场》,《政法论坛》2018年第2期。

③ 林山田《刑法通论(上册)》,北京:北京大学出版社,2012年,第113页。

④ Vgl. Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Honig, 1970, 133ff.

⑤ Vgl. Schneider, Kann die Einübung in Normenerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, 2004, S. 271.

⑥ Vgl. Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116 (2004), S. 931f.

⑦ 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。

⑧ Vgl. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, S. 33ff. 67.

犯中,只有同时存在符合构成要件的行为以及结果归责,才能说实现了构成要件,因此重点到底在于符合构成要件的行为还是结果归责,就是没有必要进行的争论。学理上存在一个复杂而又纠缠不清的“双重结”,一是判断应在事前进行还是在事后进行,二是应以行为人的认识还是以理性观察者的认识为准。在客观归责论中,上述二者都是存在的,所以这个双重结也就被解开了。符合构成要件的行为一定是违反行为规范的,这里的行为规范需要事前加以描述,而且要考虑行为人的状况和认知,可以确定的是,在一些场合,行为的不法性取决于行为人的特殊认知。行为规范要评价的是具体行为人在一个实际的历史事件中的行为,而不应该处理假设的案例。任何人所能运用的只能是自己掌握的知识和自身的认识能力,如果行为规范是从被假定的理性观察者的知识基础中得出,则是没有实践意义的。根据一般预防的观点,这种假定的情形并无实际意义<sup>①</sup>。所以说,在把握行为规范时考虑行为人的特殊认知是理所当然的。

特殊认知主要在制造风险阶段发挥作用,一个行为是否制造风险要坚持事前判断的视角,所以要考虑行为人的特殊认知。如今在学界流行的说法是,行为人以符合构成要件的行为制造一个不被容许的风险,这和过去的观点存在相似之处。过去的理论认为,违反注意义务的行为才能成为结果的原因,而是否违反注意义务要考量行为人的个人知识和能力,而且在行为时进行事前判断。在确定行为人违反行为规范,也就是在确认违反客观注意义务之后,得出行为人制造风险的结论,下一步的检验是,实现不被容许的风险。判断实现风险时,需要考虑事后得知的事实,基于法官的立场,考察被侵犯的注意规范是否应被看作为在刑事政策上预防结果发生的理性规范,换言之,根据事后得知的事实,基于理性观察者的立场,建立客观的、不考虑行为人状况和认知的制裁规范<sup>②</sup>。由上述分析可以看出,客观归责中既有事前判断也有事后判断,既有行为人的视角也有理性观察者的视角。可以说,制造风险与行为规范相关联,实现风险与制裁规范相关联。制造风险坚持事前判断的视角,实现风险需要事后判断的视角,同时,行为规范与制裁规范相互关联,行为人制造风险所违反的行为规范,能够用来防止风险的实现。如果行为人没有制造风险,也就没有违反行为规范,也就不存在风险的实现,法官按照制裁规范就不能将结果归责于行为人。

## (二) 特殊认知在客观归责中发挥作用是基于价值衡量的视角

刑法体系不仅仅是一个逻辑体系,更为重要的,它还是一个价值体系。功能主义(目的理性)的观点主张在刑法体系之中吸纳进刑事政策,将其作为体系内部的参数来对待,这是意图解决李斯特鸿沟的问题,缓解刑事政策的价值选择与刑法教义学的体系推导之间的紧张关系<sup>③</sup>。按照这种功能主义的理解,刑事政策被看作是方法论上的合目的性思考,从而为犯罪论的建构和刑法解释论的发展提供指导。不管是在内涵还是在功能上,上述刑事政策概念均不同于我国传统意义上的刑事政策概念,它是一种方法论上的工具,而并非具有实体内容的具体措施,也不是作为法律的替代品发挥作用<sup>④</sup>。有学者认为,功能主义的刑事政策概念等同于价值、实质、目的等概念<sup>⑤</sup>,可以说这种观点是非常恰当的。在某种意义上,刑法是中性的,可以作为追求、实现各种价值的根据,但不论采取何种定义,刑事政策都不可能是价值无涉的,它的价值目标在于,追求、实现惩治犯罪和预防犯罪的有效性。这样一来,在罪刑法定所要求的刑法的公正性与刑事政策的功利性之间便产生一种紧张关系。

为有效发挥客观构成要件限制入罪、保障人权的功能,也为缓和刑法的功利性与罪刑法定原则的紧张关系,在客观归责判断时对行为人的特殊认知加以考虑,这是合理的。弗里施指出,对主观与客观的划分只存在教学的意义,而在解决具体问题时,则有赖于对不法概念结构的价值衡量;倘若这种价值衡量要求在客观归责中考虑主观要素,那就不能局限于主客观的界分而回避问题的解决。主流观点的

① 许玉秀、陈志辉《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,台北:新学林出版股份有限公司,2006年版,第553、554页。

② [德]许迺曼《关于客观归责》,陈志辉译,《刑事法杂志》1998年第6期。

③ 劳东燕《刑事政策与刑法体系的关系之考察》,《比较法研究》2012年第2期。

④ 劳东燕《能动司法与功能主义的刑法解释论》,《法学家》2016年第6期。

⑤ 陈兴良《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通》,《中外法学》2013年第5期。

主张是值得赞同的,也就是说在一般人认识和行为人特别认识的事实基础上进行事前判断,从而实现合理的不法归责<sup>①</sup>。如果将这种判断批评为客观归责的主观化,可能是无中生有,并不准确。

### (三) 特殊认知在客观归责中发挥作用是规范性风险的要求

倘若在理论上区分事实性风险和规范性风险,那么有关特殊认知的争论可能会迎刃而解。在客观归责论看来,刑法要评价和处罚的行为是制造并实现法所不容许风险的行为,由此形成的不法构造内含行为不法与结果不法两个侧面。事实性风险指涉的是结果发生的可能性,它与结果不法相对应;规范性风险指涉的是行为自身内含的危险性,它与行为不法相对应。如果行为不法欠缺,即使有结果不法,也不能处罚行为;如果结果不法欠缺,但行为不法具备,则可能行为仍有可罚性。由此可见,刑法处罚的更重要的依据是行为不法,也就是行为人制造了不被容许的风险,它要求的是规范性风险的认定。在判断事实性风险时,需要在事后查明的所有事实的基础上考量一个行为是否增高了结果发生的可能性,正如学者所言,如果事后证明一个行为造成了结果的发生,则其也一定是一个在事前就存在的风险因素<sup>②</sup>。当然,并非一旦成为风险因素,这个行为就会受到刑法的制裁,能否成为刑法制裁的对象还需要规范性风险的判断,也就是说立足于行为时以事前的视角来考察行为是否制造了不被容许的风险。事实性风险的判断属于事实因果的范畴,是事实层面的客观判断,不需要纳入人的认知能力,自然也不涉及行为人的特殊认知。只有在进行规范性风险判断时,才会涉及行为人的特别认知,具体来说,在一般人认识不到而行为人认识到某种特定风险时,就可以断定行为人创设了不被容许的风险<sup>③</sup>。

## 五、结语

根据条件说认定因果关系之后,要对犯罪行为进一步作刑法评价时,理论上多主张区分客观的要素与主观的要素。虽然在形式上可以将犯罪构成要素区分成客观构成要件要素与主观构成要件要素,但是在对行为进行实质评价时作区别是困难的。人的行为总是内含并交织着客观的与主观的要素,刑法要评价的犯罪事实也是客观与主观的统一体。以威尔泽尔为代表的目的主义犯罪论认为,只要出现了构成要件结果,就能当该客观构成要件,这之后再考察主观的构成要件,在此过程中客观与主观的区分是容易的,也少有争议。客观归责理论坚持功能主义(目的理性)的视角,试图打破已经僵硬的体系布局,重新调整主观和客观的标线。这一方面导致与其他理论学说发生冲突和争论,另一方面也解决了传统理论所无法正确处理的问题。

从本体论与规范论、事实论与价值论的关系出发,主观与客观的概念并非铁板一块,二者的内涵和外延是相对的,也在随着时代而变迁,重要的是人们从什么角度评价它们,以及它们在什么位置被评价。虽然行为人的特殊认知在传统意义上被定位为主观的要素,但是在确定客观归责的判断资料(基础)时,特殊认知能够发挥作用,它对判断是否制造了法不容许的风险具有重要意义。

在现代法治社会中,不管是构建理论体系还是解决实务问题,都应当认同和贯彻刑法客观主义。在犯罪论体系中,客观要素居于核心地位,而且客观判断优先于主观判断。随着犯罪论体系的功能主义走向,价值判断的重要性不断得到强调。阶层式的犯罪论体系能够保证价值判断的顺畅进行,它分层次、分阶段来判断行为,确保事实判断与价值判断、不法判断与责任判断的适当分离。拉伦茨曾经指出,不论是在实践的领域,还是在理论的领域,法学涉及的主要是价值导向的思考方式<sup>④</sup>。作为一种方法论的重要内容,价值判断日趋理论化、体系化,并成为主流的主张。可以说,价值判断已成为思考刑法问题的核心。

(责任编辑 卢 虎)

① Vgl. Frisch, Straftat und Straftatsystem, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg: C.F. Müller, 1996, S. 183ff.

② Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 11, Rn. 9ff.

③ 喻浩东《反思不法归责中的“特别认知”——以德国相关学理为参照》,《苏州大学学报(法学版)》2018年第3期。

④ [德]拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2003年,第101页。

roles in entrepreneurial activities. This paper conducts a study by analyzing the 44 sample countries (regions) in OECD database. On the basis of Hofstede's four cultural dimensions, it incorporates economic growth variables into the research framework and analyzes the complexity between different cultural dimensions and the influence effect of economic growth by using configuration thinking and fsQCA. It explores the multiple concurrent factors and causal complex mechanisms that influence the differences in entrepreneurship levels among countries, and analyzes the different configuration types of countries with and without high entrepreneurship. The study shows that there is a configuration path supporting high degree of entrepreneurship in high entrepreneurial countries: low power distance, high individualism and low uncertainty avoidance, among which the latter two are the core conditions. In non-high-entrepreneurial countries, there are three configuration paths that affect the leap in entrepreneurship level, among which high power distance and low individualism tendency are obstacles to the improvement of entrepreneurship level. These findings show that fostering the confidence culture and entrepreneurial spirit can be the key breakthrough in innovation and entrepreneurship.

**(8) Can government public goods supply promote the upgrading of consumption structure?**

SUN Guo-feng ZHANG Si-yi • 65 •

Based on the panel data of 30 provinces in China from 2008 to 2017, the paper empirically studies the effect of public goods supply on the upgrading of consumption structure under government competition by using spatial durbin model and investigate "point-to-point spillover" by means of spatial lag explanatory variable model. We have the following results: (1) The increase in the proportion of direct productive public expenditure has an inhibitory effect on the consumption structure of local and neighboring areas; (2) Public expenditure has negative local and spillover effects on capital preference and competition; (3) The wealth distribution effect of public goods also hinders the upgrading of the consumption structure of residents in local and adjacent areas. (4) The spillover effect between east, middle and west region has a very clear spillover heterogeneity due to geographical location and economic similarity.

**(9) Can marketization promote the upgrading of China's manufacturing industry?**

XIE Cheng-yang, LIU Meng • 75 •

The deepening of marketization is not only an epitome of China's economic reform but also an important institutional basis for promoting the upgrading of China's manufacturing industry. Using a panel data of 106 listed manufacturing companies in China from 2004 to 2014, the paper explores the influence of the marketization on the upgrading of China's manufacturing industry from two aspects: factor market and product market. We have the following results: (1) The lack of top enterprises and the technological gap of the low-end enterprises have bottlenecked the upgrading China's manufacturing industry; (2) The deepening marketization of products and factors is conducive to the upgrading of China's manufacturing industry, and the current influence of the product marketization is greater than that of the factor marketization; (3) The deepening marketization weakens the promotion effect of enterprise's resource raising ability on industrial upgrading but amplifies the promotion effect of enterprise's innovation fund. Based on the results, this paper offers suggestions on how to boost the marketization and promote the upgrading of China's manufacturing industry.

**(10) A study on objective imputation from the perspective of functionalism: a focus on special cognition**

SUN Yun-liang • 85 •

According to objective imputation theory, the purpose of its normative analysis is to eliminate the penalties of behaviors that do not create danger. Therefore, we should adhere to the perspective of pre-observation, and consider the special cognition of the actor in the light of a prudent ordinary person. If the actor has special cognition, he can foresee the development of the causal process and objectively dominate it, and his behavior creates a danger beyond legal limits. From the perspective of functionalism, there is no clear-cut boundary between subjective and objective elements. Adhering to the functionalist perspective, the objective imputation theory attempts to adjust the subjective and objective marking. Although the special cognition of the actor has long been positioned as a subjective element, it can play a role in determining the judgment data of objective imputation. Special cognition itself is not the basis of judgment; rather it is a selective criterion that determines which parts of objective facts can be the basis of judgment. In the context of emphasizing value judgment, if value measurement requires consideration of subjective elements in the objective imputation, then we should not keep within the subjective and objective boundaries.

**(11) The evolution of the concept of intellectual property from the AI perspective**

YANG Yan-chao • 98 •

Intellectual property (IP) and Artificial Intelligence (AI) are closely related. As an unprecedented scientific and technological innovation, AI is redefining the concept of intellectual property. The subjects of IP change. With the aid of AI, anyone can be an "artist" but not necessarily the owner of intellectual property right. "Imagination" will become the necessary condition for the subject of intellectual property. The object of intellectual property right changes too, including the definition of "novelty" and "creativity" of the object. So does the concept of intellectual property right itself; the importance of "copy right" will be replaced by individualized creation. On top of that, the legal principles behind intellectual property law will change accordingly. It will be a long and dynamic process before we are able to define intellectual property right from the perspective of AI. This study is expected to improve the legal system of intellectual property right in this regard.