

21 世纪高等院校
法学系列精品教材

刑事疑案演习 (二)

● 张明楷 编

 中国人民大学出版社

21

世纪高等院校

法学系列精品教材

书 目

- | | |
|--------------|-------|
| 刑事疑案演习 (一) | 张明楷 编 |
| ● 刑事疑案演习 (二) | 张明楷 编 |



ISBN 978-7-300-12454-4

ISBN 978-7-300-12454-4



9 787300 124544 >

定价：39.00元

21世纪高等院校
法学系列精品教材

刑事疑案演习 (二)

张明楷 编

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事疑案演习 (二) / 张明楷编.
北京: 中国人民大学出版社, 2010. 7
(21 世纪高等院校法学系列精品教材)
ISBN 978-7-300-12454-4

- I. ①刑…
- II. ①张…
- III. ①刑事犯罪-案例-分析-中国-高等学校-教材
- IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 134399 号

21 世纪高等院校法学系列精品教材

刑事疑案演习 (二)

张明楷 编

Xingshi Yi'an Yanxi

出版发行	中国人民大学出版社	
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码 100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)	
经 销	新华书店	
印 刷	北京鑫丰华彩印有限公司	
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次 2010 年 7 月第 1 版
印 张	22.75 插页 2	印 次 2010 年 7 月第 1 次印刷
字 数	397 000	定 价 39.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

| 前 言 |

和《刑事疑案演习（一）》一样，本书所收录的 25 篇案例分析论文，都由清华大学法学院本科生所写。这些案例分析论文，是 2007 级本科生选修我于 2009 年下半年开设的《刑法研讨与案例分析》课程的最终成果。

在指导写作和编写本书时，让我感到最为难的，不是“实质”问题，而是“形式”问题，或者说，不是写作内容问题，而是写作规范问题。分析案例的学生们容易明确焦点问题，可以得出基本结论，能够提出主要理由，顺利调整文章结构。但是，有的学生不能作通顺表述（平时看书太少的缘故），有的学生只能作口语记载（平时说话太多的原因）。更为麻烦的是，他们对论文注释缺乏基本常识。尽管我在第一节课时就反复强调，对任何引用和参考的观点都必须按照出版社的要求作注释（记得我讲过这样一句话：“不要怕注释多，如果谁的论文完全由引文组成，算他有本领”），可是，依然有少数学生在写作时对引用的观点不作注释。虽然被我发现的地方已经补充了注释，但由于我的阅读范围有限，不能保证本书的注释达到了规范要求，恳请刑法学界的同仁和读者谅解。

和《刑事疑案演习（一）》一样，在出版前，我只是对每篇论文作了一些技术性处理，删除了少数论文的部分内容，但论文的基本观点与主要理由没作修改。尽管每篇论文都经过了学生们的反复修改，但结论不可取、论证不充分、逻辑不严谨、表述不顺畅、注释不规范等问题依然存在于部分论文中，所以，我和我的学生们特别期待读者的不吝指教。

张明楷

2010 年 4 月 23 日于清华明理楼

| 目 录 |

1. 客观归责与不作为浅析	1
2. 第三者责任范围与客观归责	15
3. 客观归责理论的运用	32
4. 不作为犯罪之探讨	47
5. 结果回避可能性与作为可能性	60
6. 间接故意的理论分析	77
7. 故意与过失的区别	91
8. 抢劫过程中的偶然防卫	108
9. 承诺、立功和帮助伪造证据罪的相关问题	123
10. 共同正犯与对象不能犯	135
11. 正犯与共犯的区别以及认识错误	146
12. 帮助犯的认定	160
13. 爆炸罪与破坏易燃易爆设备罪、盗窃罪与故意毁坏财物罪的区别	175
14. 绑架罪与相关犯罪的区别	187

15. 为索取担保金而非法拘禁他人的行为性质	200
16. 尾随他人拾其弃包后殴打他人的行为性质	209
17. 连续犯罪与事后抢劫罪问题的研究	224
18. 不法原因给付与侵占罪、诈骗罪的认定	239
19. 三角诈骗与相关财产罪的辨析	256
20. 盗用电信资费的行为定性	269
21. 诈骗罪和盗窃罪的区别	281
22. 利用时间差套取银行现金的行为性质	294
23. 冒领他人存款的行为性质	311
24. 窝藏共犯人案件的法律适用	325
25. 徇私枉法罪及其量刑情节的法律适用	338

| 细 目 |

1. 客观归责与不作为浅析	1
一、案例	1
二、争议问题	1
三、客观归责理论初探	2
四、乙行为的定性	9
五、甲成立不作为的间接故意杀人罪	10
六、结论	13
2. 第三者责任范围与客观归责	15
一、基本案例	15
二、争议问题	15
三、理论分析	16
四、结论	29
3. 客观归责理论的运用	32
一、案例	32
二、争议问题	33
三、理论分析	34
四、结论	46
4. 不作为犯罪之探讨	47
一、案例	47
二、争议问题	47

三、观点透析	48
四、结论	59
5. 结果回避可能性与作为可能性	60
一、案例	60
二、争议问题	60
三、理论分析	61
四、结论	76
6. 间接故意的理论分析	77
一、案例	77
二、争议问题	77
三、理论分析	78
四、结论	90
7. 故意与过失的区别	91
一、案例	91
二、争议问题	91
三、理论分析	92
四、结论	107
8. 抢劫过程中的偶然防卫	108
一、案例	108
二、争议问题	108
三、陈某的行为不属于抢劫致人死亡	109
四、陈某的行为属于偶然防卫	113
五、结论	121
9. 承诺、立功和帮助伪造证据罪的相关问题	123
一、案例	123
二、争议问题	124

三、被害人承诺相关理论与分析	124
四、立功相关制度与分析	129
五、帮助伪造证据罪相关理论与分析	130
六、结论	134
10. 共同正犯与对象不能犯	135
一、案例	135
二、争议问题	135
三、本罪的法益侵害性	136
四、从共同正犯处罚的依据讨论本案所涉违法性问题	138
五、盗窃未遂与对象不能犯的研究	142
六、结语	145
11. 正犯与共犯的区别以及认识错误	146
一、案例	146
二、争议问题	146
三、乙具有杀害丁的犯罪故意	147
四、甲在本案中的地位	150
五、结论	158
12. 帮助犯的认定	160
一、案例	160
二、争议问题	160
三、帮助犯的认定	161
四、协助组织卖淫罪的认定	171
五、结论	174
13. 爆炸罪与破坏易燃易爆设备罪、盗窃罪与故意毁坏财物罪的区别	175
一、案例	175
二、争议问题	176
三、泄漏天然气行为的认定	176

刑事疑案演习 (二)

四、取走财物行为的认定	179
五、结论	186
14. 绑架罪与相关犯罪的区别	187
一、案例	187
二、争议问题	187
三、刘三、刘四的行为成立绑架罪	188
四、刘某的行为成立故意伤害罪	197
五、结论	199
15. 为索取担保金而非法拘禁他人的行为性质	200
一、案例	200
二、争议问题	201
三、学理分析	201
四、结论	208
16. 尾随他人拾其弃包后殴打他人的行为性质	209
一、案例	209
二、争议问题	209
三、徐某的行为是否成立抢劫罪的既遂?	210
四、徐某的行为是否构成抢夺罪的既遂?	216
五、本文观点	217
六、结论	223
17. 连续犯罪与事后抢劫罪问题的研究	224
一、案例	224
二、争议问题	224
三、连续犯理论	226
四、事后抢劫罪	231
五、展开讨论	237
六、结论	238

18. 不法原因给付与侵占罪、诈骗罪的认定	239
一、案例	239
二、争议问题	239
三、乙的行为认定	240
四、丙的行为认定	255
五、结论	255
19. 三角诈骗与相关财产罪的辨析	256
一、案例	256
二、争议问题	256
三、本文观点及初步论证	257
四、对其他观点的反驳	265
五、结论	268
20. 盗用电信资费的行为定性	269
一、案例	269
二、争议问题	269
三、案件分析	270
四、结论	280
21. 诈骗罪和盗窃罪的区别	281
一、案例	281
二、争议问题	281
三、理论分析	282
四、本案结论	293
22. 利用时间差套取银行现金的行为性质	294
一、案例	294
二、争议问题	295
三、第一阶段的行为评价	295
四、第二阶段的行为评价	297

刑事疑案演习 (二)

五、综合评价：一罪还是数罪	306
六、结论	310
23. 冒领他人存款的行为性质	311
一、案例	311
二、争议问题	311
三、争议问题理论分析	312
四、结论	324
24. 窝藏共犯人案件的法律适用	325
一、案件	325
二、争议问题	326
三、张某和周某入室行凶的行为性质	326
四、张某窝藏周某的行为性质	329
五、结论	337
25. 徇私枉法罪及其量刑情节的法律适用	338
一、案例	338
二、争议问题	339
三、理论分析	339
四、结论	350

1. 客观归责与不作为浅析

杜 沙

内容提要：本文主要根据客观归责理论分析案例。客观归责属于客观构成要件的范畴，是判断结果能否归责于行为的问题。行为人的特别认知属于主观要素，与能否将结果客观归责于行为并无关涉。在通过客观归责的阻却事由否定了对行为人的客观归责，进而不能认定为作为犯之后，仍需从侵害法益的实质层面判断行为人是否成立不作为犯。本文根据客观归责的阻却事由否定了甲、乙进行客观归责，然后根据不作为的理论认定甲的行为符合不纯正不作为犯的成立条件，其负有制止对被害人丙的法益的危险的义务，却没有制止，而其特别认知亦可评价为间接故意，因此，最终甲构成不作为的间接故意杀人罪。

关键词：客观归责 阻却事由 特别认知 不作为

一、案例

一种蘑菇长期被人们食用，餐厅也普遍使用这种蘑菇做菜，但这种蘑菇的亿分之一有毒。某大学生物系研究生甲在乙餐厅打工端盘子时，发现自己端给客人丙的蘑菇可能有毒，但他并没有告诉客人丙，也没有告诉餐厅有关人员，仍然将蘑菇送给了丙。丙吃后死亡。

二、争议问题

本案中，客人丙的死亡结果究竟应该客观归责于谁的行为，取决于客观归责的三个判断标准：制造不被容许的风险、实现不被容许的风险以及该风险没有超出构成要件的保护范围。而行为人能否被客观归责的前提又是其是否负有防止危险结果

发生的义务，从这个角度讲，甲并不能被客观归责。而餐厅乙表面上似乎负有这样的义务，然而，其并没有真正制造风险，因此，也排除了对乙的客观归责。甲的“特别认知”又该如何处理？特别认知对客观归责是否有影响？这需要考虑到犯罪构成体系中主客观构成要件的相对独立性。甲虽然不能被客观归责，但其是否成立不作为犯？这又要判断甲是否符合不作为犯的成立条件及甲对丙的法益侵害性等问题。

三、客观归责理论初探

（一）客观归责理论概述

一般认为，客观归责理论产生于20世纪70年代的德国刑法学界^①，以Roxin为代表。^②其实在此之前，关于客观归责理论的研究早已有之，从黑格尔经Larenz到Honig，都对这一问题有所论述，但“黑格尔的归责思想是意志责任，即主观归责思想，亦即归责是行为主观面的问题”；“Larenz的客观归责结论，也并未能偏离这个主观归责主流理论”^③；而“Honig的客观归责理论兼具主观归责思想”^④。所以，在Roxin之前，众多学者的客观归责理论都不免打上主观归责的烙印，直到Roxin才将客观归责理论纯粹化、体系化。

Roxin认为客观归责原则包含三个判断标准：制造不被容许的风险、实现不被容许的风险以及该风险没有超出构成要件的保护范围。^⑤笔者认为，客观归责其实是对犯罪的判断增加了一定的条件，通过这三个标准来限制犯罪构成。亦即，客观归责是犯罪构成要件（客观构成要件）中增加的一个要素，它的存在，使犯罪构成更加严格。易言之，客观归责就是指当一定的行为与结果出现，并且在一般的判断下二者存在因果关系时，进一步讨论能否把这一结果归责于行为的问题。即“从各式各样的因果流程中，将经由行为主体所造成的外界变动，视为他的杰作，并归责给这个行为主体”，也就是说，“归责就是将某些客观事物算在行为主体的账上”^⑥。

① 参见许永安：《客观归责理论研究》，1页，北京，中国人民公安大学出版社，2008。

② 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，191页，北京，法律出版社，2008。

③ 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，186页，北京，法律出版社，2008。

④ 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，191页，北京，法律出版社，2008。

⑤ 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，192页，北京，法律出版社，2008。

⑥ 转引自许永安：《客观归责理论研究》，5页，北京，中国人民公安大学出版社，2008。

那么，为何要有客观归责这一要素的存在，其存在的意义何在？易言之，它是为了解决怎样的问题而产生的？我国有学者认为，“客观归责理论将因果关系与归责问题相区别，因果关系以条件说为前提，在与结果有条件关系的行为中，只有当行为制造了不被允许的危险，而且该危险是在符合构成要件的结果中实现（或在构成要件的保护范围内实现）时，才能将该结果归责于行为。”^① 笔者认同这样的观点，客观归责是在完成了因果关系的判断之后，再通过三个标准来认定能否将结果归责于行为。因此，客观归责是对客观构成要件符合性的限定，同行为、结果、因果关系等都属于客观构成要件要素。

（二）客观归责理论下的本案分析

上文所提到的 Roxin 关于客观归责的三个标准，在具体案例中应该如何判断和适用呢？“客观归责判断，是在构成要件行为已完成因果流程之后，再做反面的排除归责判断。”^② 由此，也可看出，客观归责与因果关系是两个要素的判断，不能混为一谈，客观归责实质上是对客观构成要件的限制，是从反面来限定客观构成要件符合性。同时，这种排除归责的判断，或者说归责阻却事由的判断，与犯罪构成要件中的违法性阻却事由、有责性阻却事由相类似，都是在完成了常规的判断后，进一步从整体上审查案件事实时，对发现的异常情况的处理。

综上所述，对客观归责的判断通常是从反面来考察，看是否存在客观归责的阻却事由，如果存在，则否定客观归责的成立，进而否定客观构成要件符合性。显然，客观归责的阻却事由，就是每一个判断标准的否定，但是实际情况却复杂得多，在这三大阻却事由之下又包含许多具体的判断规则，因为对于具体案例的操作，需要更细化的规则，而不是泛泛、笼统的概括。现将 Roxin 客观归责的阻却事由理论，构图说明（见下图）^③。

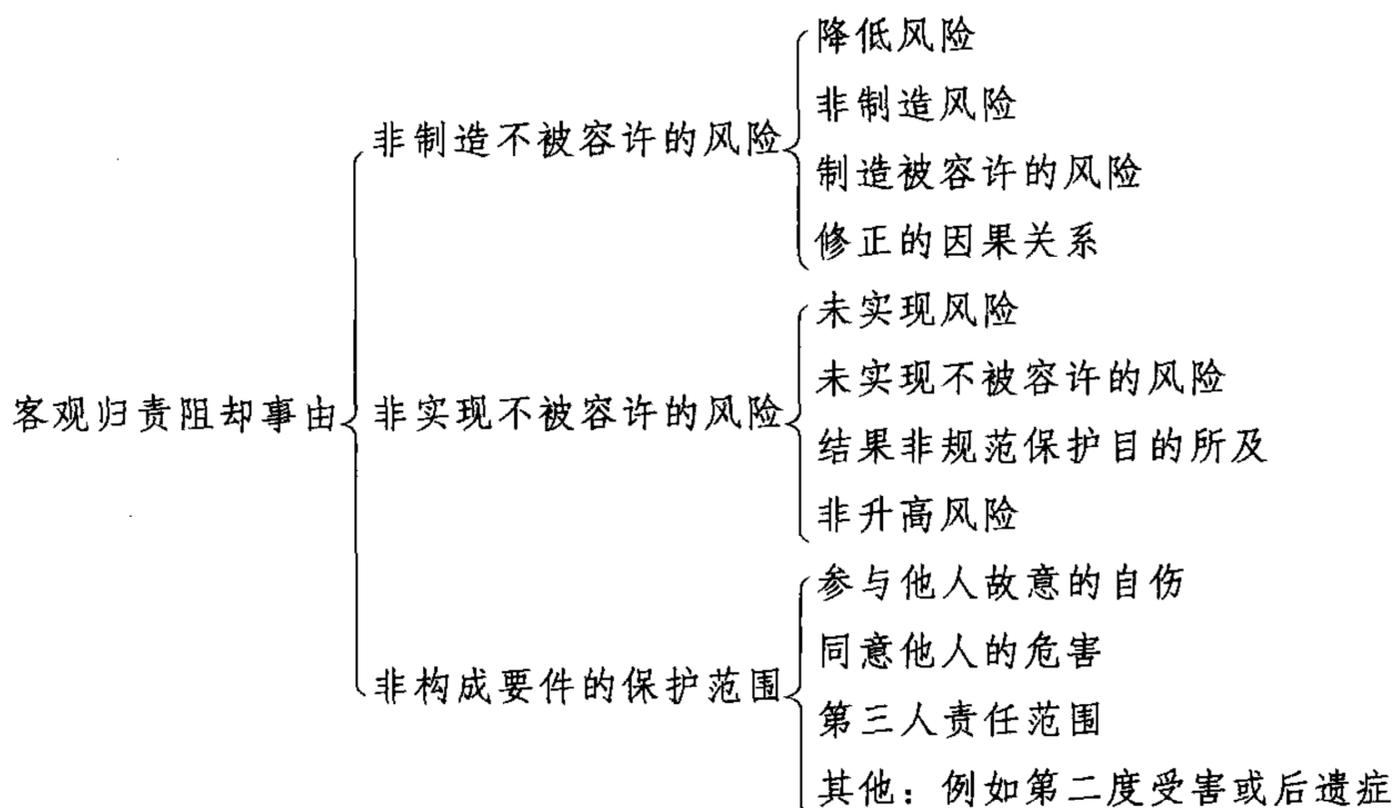
在以下每条具体的客观归责阻却事由之下，又有很详尽的论述以及一些经典案例与之对应^④，考虑到内容庞杂，而开篇所述案例只可能涉及其中的某条规则，所以在此不再一一介绍。那么，本案例属于以上某个阻却事由的情况吗？笔者认为，可以将本案例的情况归为“非构成要件的保护范围”中的“第三人责任范围”这一

① 张明楷：《刑法学》，3版，164页，北京，法律出版社，2007。

② 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，16页，北京，法律出版社，2008。

③ 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，15页，北京，法律出版社，2008。

④ 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，192~203页，北京，法律出版社，2008。



项。所谓第三人责任范围就是指，“在防止结果的发生属于他人的责任领域时，该结果不属于行为人的行为所符合的构成要件的保护目的之内的结果，不能将结果归责于行为人。”^① Roxin 举过这样一个案例来说明此种情况：甲夜间驾驶卡车，但车后灯不亮，被警察拦下开罚单，为保护其他车辆安全，警察放置手电筒在车道上照明。随后警察要求甲开到下个加油站，并拟驾警车跟随其后，在甲车尚未发动前，警察拿走手电筒，这时，另一辆卡车撞上未开车灯的甲车，另一辆卡车上的乘客当场死亡。Roxin 认为，“连警察都会犯错，一般人民更无注意义务，当时警察已经继受了交通安全的维护义务，因此接下来发生的危险，都是警察的责任。”^② 也就是说，在警察拦下甲后，风险的防范义务就转嫁到了警察，其有防止危险结果发生的义务，如果警察未尽这样的义务，而制造并实现了不被容许的风险，就要对警察进行客观归责，而不是对甲。相类似地，在本案例中，对蘑菇是否有毒负有检查义务的显然是餐厅，而不是甲。餐厅有保证自己食品安全的义务，也就是说餐厅有义务防止蘑菇中毒这一危险结果。然而，餐厅却疏于这一防范义务，制造并实现了不被容许的风险，所以应将丙的死亡结果客观归责于餐厅乙，而非学生甲。

综上所述，客观归责的适用，很重要的一点是区分责任应当归于谁的问题，而要解决这一问题，就要审查是否存在“背后的第三人”在主导着危险结果的发生，比较行为人与第三人哪一方负有防止危险结果发生的义务，即由谁保障危险不被现

① 张明楷：《刑法学》，3版，165页，北京，法律出版社，2007。

② 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，203页，北京，法律出版社，2008。

实化。如果行为人根本就不存在防范风险的义务，自然就更谈不上违反义务，制造并实现风险，进而被客观归责的问题。也就是说，是否存在防止危险结果发生的义务决定了是否制造并实现了不被容许的风险进而被客观归责。如果所谓的行为人并没有防范风险的义务，只是表面上而非本质上制造并实现了危险，那么不被容许的危险结果就不能归责于行为人；而另外的第三人却有这一义务，且实际上制造并实现了不被容许的危险，主导了犯罪的进程时，这一危险结果就应归责于第三人，从这个意义上说，第三人才是案件真正的、实质的行为人。

（三）特别认知与客观归责关系探讨

以上通过“第三人责任范围”的分析，否定了甲的客观归责。但本案例还有一个特殊之处，即只有甲是明知“蘑菇有毒，客人吃后会死亡”这一风险的，而在“警察拿走手电筒”的案例中，并不能确定甲对风险有明确的认识，那么甲的这一特别认知对客观归责有影响吗？该如何处理特别认知与客观归责的关系呢？

行为人的特别认知在客观归责理论领域是一个无法回避的问题。“客观归责理论强调不法的重心在客观构成要件，而风险是否被容许，以风险是否足以导致法益受害为判断依据，风险能否导致法益受害，有一般生活经验上的客观标准可循，与行为人如何认识，或有无认识，并无关涉。”^①但问题是，当行为人对一个足以导致法益受害的高风险有认识，而对这一不被容许的风险一般人并不具备认识的能力时（行为人的特别认知），该如何处理？

1. Jakobs 关于二者关系的理论

德国的另外一位客观归责理论领域的学者 Jakobs 认为，“具有特别认知的行为人，如果利用这个认知而行为，则所制造的风险，是不被容许的风险。”^②他举了这样一个案例来说明：有继承权的侄子，在为叔父宴客开罐头食品时，根据其生物学上的专精知识，发现罐头的一种菇菜有毒，而特地端着菜给某一位他不喜欢的客人吃，客人吃后中毒死亡。在这种情况下，就认为行为人制造并实现了不被容许的风险，可以进行客观归责。^③

Jakobs 还举了很多与本案例相类似的案例，如对叔叔有继承权而专精生物学的侄子，在准备罐头食品给叔叔吃时，发现当中有个菇菜有毒，闷不吭声而将菜端给

① 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，24页，北京，法律出版社，2008。

② 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，25页，北京，法律出版社，2008。

③ 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，25页，北京，法律出版社，2008。

叔叔吃；某个机械工程专业人员，在买中古车试车时，因具有特别的机械知识而发现刹车有问题，未指出瑕疵而将车交回；一个技术学院的学生，在建筑工地打工依指示搅拌混凝土时，凭其专业知识，发觉混凝土载重量的计算程式错误，仍径行工作；某个生物系的学生，在餐厅打工时，根据他的专业知识，在一个外国式的沙拉中，发现一个有毒的蔬果，却不发声，仍然端菜上桌。在 Jakobs 看来，这些例子都涉及特别认知与保证人地位关系的问题。^① 保证人地位，简单说，就是指不纯正不作为犯行为主体的身份，也就是以不作为实现作为犯的构成要件，导致构成要件结果发生的不作为犯。^② 所以，具有保证人地位的行为人具有保证人义务，即作为义务，并且以不作为的方式违反了这一作为义务。Jakobs 认为，具有特别认知的行为人并不构成保证人地位，因而否认上述案例中的行为人有作为义务，即排除风险、防止危险结果发生的义务，进而无法进行客观归责。Jakobs 是这样诠释这一问题的：对一般人而言，原本不是制造风险的行为，是否因为行为人的特别认知，而变成制造不被容许的风险，从违反义务等于制造不被容许的风险来看，所谓制造不被容许的风险，基本上皆违反一个注意义务。行为人是否因特别的认知，而制造不被容许的风险，因此等于行为人是否因特别认知而有一定的注意义务。^③ Jakobs 显然主张，“不能因为知悉有损及他人的风险存在，即因而有保证人义务，而且甚至连一般的救助义务也没有。因为没有人有检查食品罐头内是否含有毒食物的义务，工读生没有检查混凝土载重程式的义务，餐厅跑堂没有检查厨师用菜是否安全的义务。”^④ 根据 Jakobs 的观点，本案例中的甲尽管有特别认知但并没有告诉客人或餐厅蘑菇有毒的义务，也无从谈起违反义务、制造并实现了不被容许的风险，因此不能对其客观归责。

2. 本文的观点

上文通过探究 Jakobs 关于特别认知与客观归责的关系理论，似乎可以得出这样的结论：Jakobs 认为在行为人具有特别认知而利用这个认知的情况下，就是制造并实现了不被容许的风险，就可对其客观归责，如上文所举的侄子将有毒菇菜端给不喜欢的客人吃的案例；而在后几个案例中，却引进所谓“特别认知与保证人地位的关系”之问题，得出具有特别认知的行为人无保证人地位，进而不可对其客观归责

① 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，25 页，北京，法律出版社，2008。

② 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，218 页，北京，法律出版社，2008。

③ 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，25~26 页，北京，法律出版社，2008。

④ 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，26 页，北京，法律出版社，2008。

的结论。这样的阐释，不禁会让人疑问丛生。

首先，后几个案例与第一个案例的区别何在？为何得出不同的结论？难道后几个案例中不存在“具有特别认知而利用这个认知”的情况吗？有学者认为，“在所设计的这些例子当中，都是属于认识风险而利用风险的例子。”^① 笔者同样持此种观点，如果仅仅认为将有毒菇菜特地端给不喜欢的客人吃，才是“利用了特别认知”，而端给本来要吃这种菇菜的人，就不算是“利用了特别认知”，似乎不妥。其次，引入“特别认知与保证人地位”这一新的问题有何必要？我们知道，保证人地位几乎是不纯正不作为犯的代名词，保证人具有作为的义务；而特别认知的争议在于是否因这一认知而产生风险防范的注意义务，进而进行客观归责，而这一注意义务既可能是作为义务也可能是不作为义务。所以，保证人中的作为义务与客观归责中的风险防范义务并不是同一概念，那么极力论证特别认知与保证人地位的关系又有何必要呢？即使论证清楚二者的关系对能否客观归责这个有待解决的问题又有何作用呢？因此，似乎没有必要将特别认知与保证人地位联系起来，因为特别认知本来是客观归责的一个争议问题，我们要解决的也是特别认知与客观归责的关系问题，而非与保证人地位的关系问题。所以，Jakobs 其实只是论述了特别认知与保证人地位的关系，并没有解决特别认知与客观归责的关系。但是，进一步分析发现，Jakobs 在否认了特别认知构成保证人地位之后，便不再进一步论证能否客观归责的问题，按照其逻辑，显然是认为不能进行客观归责，这样似乎就默认了保证人地位与客观归责在特别认知的问题上是同一概念，也就是将客观归责中风险防范的注意义务等同于保证人地位中的作为义务，这是否忽略了注意义务中的不作为义务？所以，Jakobs 关于特别认知与保证人地位的论述其实只涵盖了当客观归责中的风险防范义务属于作为义务（不纯正的不作为犯）时的情况，并没有对不作为的风险防范义务（作为犯）作出客观归责的解释，也就是说保证人地位只是客观归责的一部分，而非全部内容。有鉴于此，笔者认为，不如直接论述特别认知与客观归责的关系，这样将会使问题明了化。二者的关系，后文将继续讨论。

有学者也同样对 Jakobs 的结论提出质疑，“至于在其他例子，则 Jakobs 的问题，并没有获得解答，因为如果只靠着否定保证人义务和一般救助义务，而否定行为人的客观归责，则‘特别认知’的问题被回避掉了。另外，如果利用特别认知，则所制造的风险即不被容许，而利用行为可以是积极的，也可以是消极的，在不作为犯

^① 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，25页，北京，法律出版社，2008。

皆以保证人地位是否存在为准的结论下，则‘特别认知’对客观归责的影响，岂不是只存在于作为犯，而不及于不作为犯？如果是，理由何在？仍然是一个没有被解答的问题。”^①

基于以上种种疑问，笔者认为，要解决特别认知与客观归责的关系问题，已不能单纯局限于客观归责之内。易言之，特别认知本不是客观归责内部的问题，它是客观归责外部的一个主观因素。客观归责可以认为是犯罪客观构成要件之一，而其核心——不被容许的风险——也是一个客观的判断标准，以风险是否足以导致法益受害为判断依据，风险能否足以导致法益受害，又有一般生活上的客观标准可循。^② 总之，从客观归责的判断逻辑上来看，似乎都是遵循客观的标准，并没有受主观因素，如特别认知的影响。那么，行为人的特别认知到底与客观归责是什么关系呢？有学者指出，“客观的风险是不被容许的风险，并不全然和主观构成要件无关、和行为人的故意或过失无关。”^③ Roxin 也因此而承认对不被容许的风险的认识，是客观归责的一个重要因素。^④ 由此可知，一些学者似乎已经承认了客观归责中的主观影响因素，承认了行为人的故意、过失等主观构成要件要素会影响不被容许的风险的判断，进而影响客观归责的判断。但笔者认为，客观构成要件，如客观归责的判断，只能根据客观的标准进行，特别认知等主观方面的因素应置于主观构成要件之中考虑。尽管特别认知是对客观风险的认知，但也并不能由特别认知影响客观风险的判断，从而影响客观归责的判断。易言之，对风险的认知与风险本身的客观性并无关系。从这个意义上说，特别认知与客观归责是不同构成要件体系中相互独立的因素，本没有必然的联系。所以，笔者认为，承认特别认知与客观归责之间的关系，本身就是不科学的，因为二者各有其所属的独立理论体系。

“客观构成要件的内容是说明行为对法益的侵犯性的客观要素。客观是指不依赖于人的意志而存在的物质对象，主观是对客观的反映。”^⑤ 笔者认为，从本质上讲，客观归责与因果关系都属于客观构成要件的范畴。而“因果关系是事物之间的一种引起与被引起的关系，这种关系本身是客观的，不以任何人的意志为转移。所以，因果关系的有无，只能根据事物之间的客观联系进行判断。有人认为，哲学

① 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，26页，北京，法律出版社，2008。

② 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，24页，北京，法律出版社，2008。

③ 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，24页，北京，法律出版社，2008。

④ 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，25页，北京，法律出版社，2008。

⑤ 张明楷：《刑法学》，3版，115页，北京，法律出版社，2007。

上的因果关系具有客观性，而刑法上的因果关系则是客观性与主观性的统一。因为只有故意、过失支配下的行为与结果之间的因果关系，才是刑法上的因果关系。实际上，这种观点混淆了因果关系本身的客观性与犯罪构成的关系。”^①由此可见，因果关系的判断，并不因主观的认识而改变；相应地，同为客观构成要件要素的客观归责的判断也不应受特别认知的影响，我们不能想当然地说，行为人有特别认知就是制造并实现了不被容许的危险，就可以进行客观归责。也就是说，行为人有无特别认知，都在所不问，只要符合了客观的判断标准，就能进行客观归责。举一个简单的例子，犯罪行为 and 结果一旦发生，就是客观存在的，难道能因为行为人是否故意、过失而改变吗？再如，“行为是否侵犯法益，不以行为人是否具有非难可能性为前提。13 周岁的人杀人，也是没有合法根据地剥夺了他人的生命，他人的生命不会因为行为人只有 13 周岁而不受刑法保护，所以，应当肯定 13 周岁的人没有合法根据的杀人行为，具有违法性（法益侵犯性）。之所以不以犯罪论处，是因为其缺乏有责性。”^②综上所述，无论是某个客观要件的判断还是客观构成要件符合性（违法性）的判断，都只可能是从其自身客观的标准出发，不能以某个主观要件或有责性的有无而改变。特别认知对客观归责不构成影响，但它作为行为人主观方面的一个认识，对犯罪构成是有影响的，因为它往往会转化成主观构成要件要素。

四、乙行为的定性

甲因“第三人责任范围”而排除客观归责，且其“特别认知”对客观归责亦无影响，那么，应该由谁对丙的死亡承担责任呢？易言之，结果应客观归责于谁呢？从表面来看，餐厅乙相对于研究生甲来说，有检查蘑菇是否有毒的义务，即有防止危险结果发生的义务，然而餐厅并没有履行这一义务，造成客人丙中毒死亡，因而制造并实现了不被容许的风险，可以进行客观归责。再考虑餐厅乙的主观责任，似乎属于过失，因为其应当预见自己不检查蘑菇是否有毒的行为可能发生客人中毒死亡的危险结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果。从以上的分析，或许可以认定餐厅乙对丙的死亡结果应承担刑事责任，成立过失致人死亡罪。

^① 张明楷：《刑法学》，3 版，160 页，北京，法律出版社，2007。

^② 张明楷：《刑法学》，3 版，98 页，北京，法律出版社，2007。

但是，这样的结论也并非完全没有疑问，进一步分析，将责任归于餐厅乙似乎也不太公平，因为“这种蘑菇长期被人们食用，餐厅也普遍使用这种蘑菇做菜，但这种蘑菇的亿分之一有毒”。由此可知，这种蘑菇有毒的概率极其小以至于可以忽略不计，被当做一般的食物长期食用，或者可以认为人们根本就不知晓这种蘑菇还可能有毒，都认为其可以安全食用。从这个意义上说，餐厅也没有检查蘑菇是否有毒的义务，因为在这种微乎其微的有毒可能性下，餐厅也只是把这种蘑菇当做一般可安全食用的蔬菜，没有任何特殊性，因此没有必要履行检查义务。笔者认为，这种情况在客观归责的理论里，属于客观归责阻却事由中的“非制造风险”，即“如果行为没有减少法益损害的危险，但也没有以法律上的重要方式提高法益损害的危险时，也不能将结果归责于行为人”^①。也就是说，“如非对法定保护的法益以相当的方式予以危害，只能视为意外，而非可受归责的行为”^②。所以，可以认为餐厅将亿分之一有毒的蘑菇端给客人，并没有以法律上重要的方式制造风险，客人中毒死亡的结果只能视为意外事件，不能归责于餐厅。类似的例子也有很多，如在雷雨交加的夜晚怂恿他人到森林中散步，致他人遭雷击死亡；劝他人跑步，他人因跑步被车撞死等，都只能认为是意外事件，而不能将结果归责于行为人，否则就过度扩张了客观归责的范围。同样，从过失论的角度，也可得出相同的结论。过失犯罪的本质在于行为人违反了注意义务，显然是以行为人有注意义务为前提的，一般认为注意义务可分为结果预见义务和结果回避义务。结果预见义务是对于危害社会的结果具有的认识、判断、预见义务；结果回避义务是在预见可能发生危害结果以后，行为人所具有的回避、防止这种危害结果发生的义务。^③ 通过以上的分析，客人的死亡结果属于意外事件，餐厅无法预见，也无法回避，因此没有相应的注意义务，不构成过失致人死亡罪。

五、甲成立不作为的间接故意杀人罪

（一）甲“不作为”的认定

“以客观归责标准为基础，可以作如下区分：如果行为人制造或增加了结果发

① 张明楷：《刑法学》，3版，164页，北京，法律出版社，2007。

② 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，193页，北京，法律出版社，2008。

③ 参见周光权：《刑法总论》，171页，北京，中国人民大学出版社，2007。

生的危险，是具有刑法重要意义的作为；反之，如果行为人不制止危险，则是不作为。”^① 上文通过“第三人责任范围”否定对甲的客观归责，进而不能认定甲为作为犯，那么甲是否成立不制止危险的不作为犯呢？“不作为是相对于作为而言的，指行为人负有实施某种积极行为的特定义务，并且能够履行，但拒不履行的行为。”^② 不作为犯有纯正不作为犯与不纯正不作为犯两种情形。纯正不作为犯，是指刑法明文规定只能由不作为构成的犯罪，其判断根据刑法的具体规定即可，所以其认定不存在太多难题^③；而不纯正不作为犯是指由不作为方式实现了通常情况下以作为方式实现的犯罪，其是不作为犯罪主要研究的对象，而且涉及的问题较为复杂。本案例中，如果甲构成不作为犯，显然也是不纯正不作为犯。不纯正不作为犯的成立条件是：行为人负有作为义务、具有作为可能性、具有结果回避可能性。^④ 这其中，确定作为义务的来源成为判断不纯正不作为犯的关键。

作为义务有如下几种情形：第一，法律明文规定的义务。例如，“父母对子女有抚养教育的义务，子女对父母有赡养扶助的义务”，这是由我国婚姻法规定的。第二，职务、业务要求的义务，以及对危险源负有监管、控制义务而产生的作为义务。例如，国家机关工作人员有履行相应职责的义务；饲养动物的人有防止动物致人伤亡的义务。第三，法律行为（合同行为、自愿接受行为）引起的义务。例如若干人组成登山队，并约定在登山过程中相互救助的情形，那么当任何人在登山过程中发生危险时，其他人均有救助义务。第四，先前行为（危险前行为）引起的义务。这种义务是指由于行为人的某种行为使刑法所保护的法益处于危险状态时，行为人负有的防止危险结果发生的特定积极义务。^⑤

不纯正不作为犯的成立除了需要满足“行为人负有作为义务”这一条件之外，还需要行为人具有作为可能性，即行为人具有履行义务的可能性，这应从行为人履行义务的主观能力与客观条件两方面进行判断。最后还需要行为人具有结果回避可能性，也就是说只有当行为人履行作为义务可以避免结果发生时，其才可能成立不作为犯。^⑥

① [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，358 页，北京，法律出版社，2006。

② 周光权：《刑法总论》，125 页，北京，中国人民大学出版社，2007。

③ 参见张明楷：《刑法学》，3 版，140 页，北京，法律出版社，2007。

④ 参见张明楷：《刑法学》，3 版，144 页，北京，法律出版社，2007。

⑤ 参见张明楷：《刑法学》，3 版，144 页，北京，法律出版社，2007。

⑥ 参见张明楷：《刑法学》，3 版，146 页，北京，法律出版社，2007。

通过对以上三个条件的判断，基本已可以认定行为人是否成立不纯正不作为犯，但为了更准确、更客观地认定，还需要做“等价性”的判断，即只有当不作为与因作为而实现法定的构成要件相当时，该不作为才成立犯罪，亦即不作为与作为具有等价性。等价性并不是不纯正不作为犯成立的具体条件，而是不纯正不作为犯的客观构成要件的解释原理^①，是从实质意义上限定不纯正不作为犯的成立范围，是一种价值判断。易言之，等价性是从法益侵害角度来判断“不作为”。犯罪的本质是侵犯法益，因此，在不作为犯罪中，就要求“不作为”也必须如同“作为”一样具有侵害法益的紧迫危险，这样具有了不作为与作为的等价性，才能认定为不纯正不作为犯罪，否则不能轻易认定成立此类犯罪。申言之，只有行为人的不作为对被害人的法益侵害造成了实质的排他性的支配和控制，使法益面临紧迫的危险时，行为人才产生作为义务，才可能成立不作为犯罪，所以，判断是否成立不作为犯罪，“应考虑法益基于何种原因处于危险状态、危险的程度、法益对行为人的依赖程度、行为人履行义务的难易程度”^②等各种因素。

本案例中，甲是否构成不作为犯需要根据以上的理论来判断。

首先，甲负有作为义务吗？如果有作为义务，其来源又是什么？笔者认为，甲负有作为义务，且是由于先前行为引起的这一义务。甲作为生物系研究生，以其专业知识可以辨认亿分之一的有毒蘑菇，在其发现自己端给丙的蘑菇有毒时，却不告知丙或餐厅工作人员，而是径直将有毒蘑菇端给丙食用，可以说甲的行为使丙的生命健康这一刑法保护的重要法益处于危险状态之中，其具有防止这种危险结果发生的义务，这属于先前行为引起的作为义务。

其次，考虑甲的作为可能性以及结果回避可能性。很显然，甲从主观能力与客观条件两方面来说，都具备履行义务的可能性，其只需告知丙或餐厅工作人员蘑菇有毒的事实即是履行了作为义务，可以说甲履行这一作为义务是相当容易之事。然而，其却没有积极履行这一作为义务，造成了危害结果的发生，也就是说，如果甲履行了告知的作为义务，丙的死亡结果就不会发生，所以客观上也具有结果回避可能性。综上所述，甲满足不纯正不作为犯的三个成立条件。

最后，考虑甲的不作为与作为的等价性问题。甲的不作为没有阻止对丙的法益存在的危险，使丙的生命法益处于紧迫的危险状态之中，并且甲对丙的生命法益有绝对而排他的支配作用，因为在当时特定的环境中，只有甲知道丙将要食用的蘑菇

^① 参见张明楷：《刑法学》，3版，147页，北京，法律出版社，2007。

^② 张明楷：《刑法学》，3版，147页，北京，法律出版社，2007。

是有毒的，其他餐厅工作人员都不具备这一辨认能力，所以甲对危害结果的发生具有排他的支配、控制作用，其主导了风险是否成为现实的进程，可以认为甲的这一不作为与以积极的作为方式杀害丙的行为具有等价性。由此，甲具有实质意义的作为义务，成立不作为犯。

（二）甲“间接故意”的认定

如前所述，甲的“特别认知”与其能否被客观归责并无关联，但甲的这一“特别认知”应该如何定性呢？笔者认为，“特别认知”本是行为人的主观因素，与客观归责这一客观构成要件无关，可在主观构成要件之中考虑，就像主观构成要件中的故意、过失、目的、动机等。

生物系研究生甲凭借其生物学上的专业知识，可以识别亿分之一有毒的蘑菇，一般人并没有这样的识别能力，因此甲对这一不被容许的风险（有毒蘑菇致人死亡）具有特别认知。但是，甲却没有将自己认识到的风险告知客人丙或餐厅乙，仍然将蘑菇端给了客人，客人吃后死亡。笔者认为，甲具有这一特别认知却仍然如同一般人而行为的心理态度可评价为间接故意。因为甲在明知自己如果将有有毒的蘑菇端给丙，而不告知其有毒，丙吃后就会死亡的情况下，却仍然这样做，可以说是对丙死亡的结果具有放任，即甲虽然不是积极地希望发生其所预见的危险事实，但是具有对危害后果的消极容忍、包容、同意和接受。^① 从这里，我们可以看出，行为人的“特别认知”其实能够在具体的案例中转化成相应的主观要素，比如本案例中就转化成为“间接故意”，而在 Jakobs 所举的其他关于“特别认知”的例子中，也能根据具体的情况得到转化，比如，将有毒蔬菜特地端给不喜欢的客人，其实就是直接故意。

综上所述，甲对自己不作为杀人的行为及丙的死亡结果具有间接故意，成立不作为的间接故意杀人罪。

六、结论

在分析甲能否被客观归责时，通过“第三人责任范围”判断甲没有防止危险结果发生的义务，进而不能对其客观归责。这是从甲作为一般的“服务员”来观察而得出的结论。的确，服务员的职业并不使甲产生检查餐厅用菜是否安全无毒的义务。

^① 参见周光权：《刑法总论》，163页，北京，中国人民大学出版社，2007。

刑事疑案演习（二）

尽管甲明知蘑菇有毒，但是这一“特别认知”也并不能使其产生相应义务，特别认知与客观归责也并无必然联系。但是当考虑甲是否成立不作为犯罪，进而考虑其是否负有一定的作为义务时，则不仅要从形式上确定作为义务的来源，更要从实质意义上全面、具体地考虑甲对丙的法益侵害性。

义务的产生是由客观条件决定的，甲的“特别认知”作为一种主观因素自然不会独立地使其产生特定义务。但犯罪的本质是对法益的侵害，所以在认定甲是否负有特定的义务时，更要从法益侵害的角度来考察，判断其是否对法益状态的变化具有支配作用。当甲明知蘑菇有毒，却仍然端给丙食用时，这一先前行为对丙的法益已经创设了决定性的危险，所以产生作为义务，然而其没有积极履行这一作为义务，导致丙的死亡结果，因此构成不作为的故意杀人罪。

（作者为清华大学法学院 2007 级本科生）

2. 第三者责任范围与客观归责

卢含怡

内容提要：本文围绕个案展开讨论，着重分析了在有介入因素の場合，行为与结果间因果关系的判定。通过修正的条件说肯定三个行为人的行为与结果皆存在因果关系，并在此基础上，应用客观归责理论，筛选出具有刑法意义的可归责的行为。在归责过程中，通过案例比较建立了有特殊职业者介入时第三人责任范围的划分标准，并以过失犯的注意义务为核心，判断行为人是否创设了不被允许的风险。

关键词：因果关系 介入因素 客观归责 注意义务

一、基本案例

甲为了自杀，将家中的煤气管道上的开关打开，同时打开炉灶上的开关，让煤气泄漏于室内，然后躺在床上。邻居闻到煤气味后便报警，并告知甲的女儿乙。乙先回到家中，并进入厨房，随后消防队负责人丙带领几名消防员来到甲家的门前，门外也有许多群众围观。此时，丙并未疏散人群，仅仅是站在门外让乙关掉管道上的开关，而乙误解为关掉炉灶上的开关。乙在关炉灶上的开关时产生火花，引起燃烧和爆炸。甲脱险，乙被烧成重伤，另有多名围观群众与消防队员被烧成轻伤，楼房损失严重，造成 80 余万元财产损失。

二、争议问题

本案涉及三个行为主体的行为，若单纯从事实因果关系的角度进行逻辑判断，三人行为均是引起结果发生的原因，但结果可否同时归责于三人，责任范围如何划分殊值探讨。具体而言，能否确定甲意图自杀的行为与结果之间的因果关系进而归

责于甲？乙基于误解实施错误行为直接引起结果发生，是否应当承担刑事责任？丙具有消防员的特殊身份却因某些过失没有合理履行义务，应当在多大范围内对其归责？

三、理论分析

刑法犯罪论的最终目的是将结果归责于行为，对行为给予刑法上的评价，从而实现法益保护之目的，换言之“刑法用危害法益之人必须负刑事责任的方式来维护法益”^①，而因果关系搭建了行为与结果之间的桥梁。在解决行为归责的问题之前，对行为与结果间的因果关系加以判定无疑是必要的。刑法的评价遵循客观到主观的路径，因果关系的认定往往是客观构成要件中颇具争议的环节，尤其是在有其他因素介入因果进程的场合。

（一）介入其他因素的因果关系判定

1. 因果关系理论

奥地利刑事法学者格拉塞（Julius Glaser）提出的条件理论应是因果关系理论的开端，循着“设置某种条件以限制条件范围”的宗旨，之后产生昙花一现的原因说，盛极一时的相当因果关系论，并衍生出一些补充性判断规则，如禁止溯及理论、假定的因果关系、累积的因果关系理论等。笔者赞成台湾学者的观点，将条件理论和相当因果关系理论作为较上位的概念^②，基本采条件说的立场，在某些判断场合借鉴相当因果关系说。

在本案中，甲企图自杀，同时打开煤气管道与炉灶开关，使得炉灶旁出现扩散开的易燃气体，打开开关的行为一旦完成，就制造了煤气中毒、火灾或爆炸的危险，这一危险也是爆炸发生的必备条件；丙率领消防队员进入，他具备专业的知识、经验与技能，却由于某种过失没有及时疏散人群，为结果发生提供不利条件，且在有更优选择的情况下仅仅指令乙关闭开关；乙因误解指示内容，错关炉灶开关，直接造成燃气爆炸。依据条件说“若无前者，则无后者”的“排除思维法”，三个行为都是结果发生的有利条件，并且“不能想象其不存在”，所以都与结果具有因果关系。但这样的结论并非没有疑问。从本案的因果流程来看，是“甲—丙—乙—结果”，也

^① [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，337页，北京，中国法制出版社，2001。

^② 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，230页，北京，法律出版社，2008。

即，在甲的行为与结果之间介入了丙、乙的行为，在丙的行为与结果间尚有乙的行为，且介入行为对结果流出起到重要作用，若简单套用无 A 则无 B 的逻辑，在以下极端情形会产生荒谬结论，如犯罪人的母亲因生了犯罪人而有罪，汽车制造商、销售商需对车祸负责等。由此便引申出如何对有其他因素介入的因果关系进行判定的问题。

条件论扩大处罚范围的实质在于所有条件的等价性无益于对结果的有效归责，进一步而言，在无法科学获知条件对于结果具备何等原因力的场合，公式对于查清因果性没有什么贡献。例如，当人们想知道在怀孕期间吃安眠药“反应停”是否会导致以后出生的孩子畸形时，人们没法以想象没有服用安眠药这一点来判断结果是否还会存在，换言之，公式的条件就是问题所应当查清的本身。而在一些假定的和可选择因果关系的场合，条件论甚至有可能产生错误。^① 诚然，如条件论者称，可以通过主观有责性等限定处罚范围，但如本案一般，甲、丙的行为与结果间分别介入其他行为构成一条因果链，并使因果关系的方向发生一定程度的改变时，究竟链条中哪些部分应当评定为刑法意义上的因果关系呢？条件等值理论始终无法给出答案。

在大陆法系，学者提出各种各样的中断论，认为中断因果关系的情形包括：没能预料到的异常情况（德国柏尔）、第三人自由意识的行为（德国奥尔特曼、李斯特）、第三者利用故意干涉或作为原因系列的支配者亲自行动、给予决定性方向以及自然现象介入（德国巴海费尔）、个人自由、故意明知的行为或异常性因素；法院则根植于普通观念上的因果关系，强调自愿介入和非正常或偶合事件作为否定责任的因素。^② 在英美法理论中，常有三个角度：介入因素是否可预见、是否出于偶然，是否独立于前一行为，介入后是否能公正地令行为人对结果产生责任。应当说，上述中断论大多从介入因素自身的独立性、异常性、决定性、故意性等特质出发，结合前行为对结果产生何种影响进行考量的并不多见。从这一角度，笔者拟采前田雅英教授提出的三个标准：最早出现的实行行为导致最后结果的发生可能性高低，介入因素异常性的大小，介入因素对结果产生的影响力。^③ 每一衡量标准之下又有若

^① 参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，第 1 卷，王世洲译，234 页，北京，法律出版社，2005。

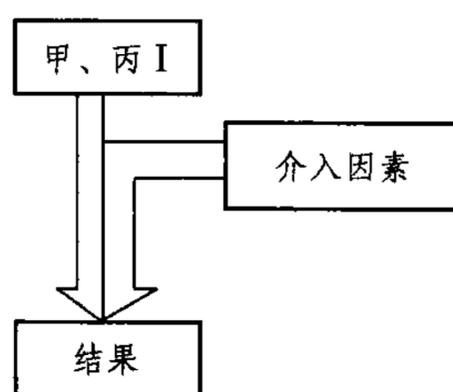
^② 参见张绍谦：《事实因果关系研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，第 2 卷，465 页以下，北京，中国政法大学出版社，1998。

^③ 参见 [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，3 版，184 页，东京，东京大学出版会，1999。

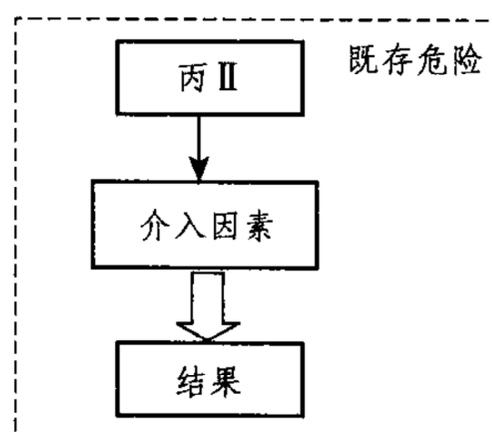
干参考因素，下面将具体结合本案情形进行分析。

2. 关于本案因果关系的分析结论

在本案中，需要确定的间接因果关系涉及甲、丙二人三个行为：甲行为（为自杀打开管道煤气与炉灶开关），丙的Ⅰ行为（未疏散围观群众）和丙的Ⅱ行为（指示乙关闭管道上的开关）。这里甲、丙的行为具有同质性，即对结果发生具有直接决定力。甲在打开管道与炉灶开关实施自杀后，管道内燃气经炉灶释放，扩散到家中进而向室外泄漏，爆炸的发生是介入因素^①与炉灶周围存在易燃气体两个条件共同导致的，也即，甲行为作用力持续至结果发生时。类似地，丙没有疏散围观群众，才使伤害范围能及于众多被害人，其行为也是结果发生的必备性条件（见图A）。有所差别的是，丙指示乙关掉开关并不能直接决定结果发生与否，在既存的危险下，丙的Ⅱ行为可以独立承担结果（见图B）。不妨直观地用图形表示如下：



图A



图B

笔者认为，前田雅英教授提出的三个标准适用意义更大的是B类场合，也就是前行为与结果的关系处于这样的境地：外观上看无前行为则无结果，但前行为对结果并无直接的实质原因力，此时才须借助更细化的标准。对于A类场合，从因果中断的基本原理即可判断。德国帝国法院曾在一个判例（《帝国法院刑事判例集》第69卷，44、47页）中，对于“打断因果链条”具有重大意义的基本原理做了清晰说明，一个错误陈述，对由于其他原因造成不正确判决的这个结果，并没有产生效果：“认定一种因果关系的条件当然是，这个以确定的结果为指向的原先的行为，一直到这个结果的出现时，都在真实地继续发挥作用，也就是真实地成为原因，例如，这种以同一结果为指向的后来发生的事件，不是已经排除了不断发挥的作用，并且，这个不依赖于有待判决的行为，是在开启一个新的因果链条

^① 为方便讨论，这里暂把丙、乙后来的行为概括地视为一个整体介入。

的情况下造成这个结果的。”^① 这是一种中断情形下的说理，反推之，可得如果原先行行为持续发挥作用至结果发生时，后行为也并未排除原行为的作用，则应认定因果关系存在。国内学者也持有类似观点，如果后面介入的因素虽然对结果的产生也起了一定的原因作用，但是并没有否定原行为的决定性关系，可以认为是前行为与后因素共同作用而造成此一结果的，则不能否定两者之间的因果关系。^② 这样的认定也是符合因果关系本意的，因果关系是原因与结果之间“引起与被引起”的关系，在甲的行为、丙的Ⅰ行为对结果发生发挥了实质性作用的场合，断然无法否定因果关系的存在。德国实务中有类似案例也支持了这一观点：未经建筑警察准许，私自建造有火灾危险的顶楼住房的人，当后来有第三人故意放火时，对于在火灾中丧生的住户的死亡也是原因，因为这个死亡或者至少这个死亡的具体方式和方法，是以顶楼住房的状况为共同条件的。

参照前田雅英教授的三个标准具体到丙的Ⅱ行为的判断，应当形成如下推论：（1）如果丙没有让乙关开关，就不会发生爆炸；（2）丙让乙关开关，因错关引发爆炸的可能性很大；（3）乙介入是因为丙的指令，并不异常也非偶然；（4）乙的行为属正常的社会行为^③，不能排除丙的Ⅱ行为的作用力。事实上，上述认定都须建立在介入因素引起结果发生的“相当性”判断上。“相当”是指该行为产生该结果在日常生活中是一般的、正常的，而不是特殊的、异常的。^④ 对于相当性的认定，学界有主观说、客观说、折中说的不同标准^⑤，其中客观说有逐步取代折中说而占支配地位之势。^⑥ 台湾学者认为 v. Kries 提出相当理论是建立在可能性理论上的，而可能

^① [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，第1卷，王世洲译，241页，北京，法律出版社，2005。

^② 参见张绍谦：《法律因果关系研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，第2卷，465页以下，北京，中国政法大学出版社，1998。

^③ 张绍谦教授在《法律因果关系研究》一文中提到，在研究介入或有中介因素情况下的法律关系时，除了主要考察前行为对后结果的产生是否起了作用，以及这种作用的程度如何之外，在一定情况下，还要考虑前一行为和介入因素的社会意义的相互比较问题。根据法律精神和公正观念的要求，如果介入行为是完全正常的社会行为，甚至是有意义的行为，一般就不否定前行为与后结果之间的因果关系。如，受伤的人被医生抢救，根据伤情要实施有一定风险的手术，如果手术失败导致死亡结果，也应认为死亡结果是伤害行为引起的。

^④ 参见张明楷：《刑法学》，3版，163页，北京，法律出版社，2007。

^⑤ 客观说主张以行为时的一切客观事实作为基础进行判断；主观说主张以行为人认识到或可能认识到的事实为基础进行判断；折中说主张以一般人能认识到的以及行为人特别认识到的事实为基础进行判断（参见张明楷：《刑法学》，3版，162页，北京，法律出版社，2007）。

^⑥ 参见[日]前田雅英：《刑法总论讲义》，3版，176页以下，东京大学出版会，2006。

性理论是从数学上的概率原理导出来的。事实发生的客观上有效的比率（如掷骰子），即客观盖然性，不受主观认知的影响。如果一定行为有增加特定结果发生的可能性，则可以认为该行为和特定结果之间具有一般的因果关系。^① 概率原理的应用使得相当因果关系具有更强的可操作性，也体现了刑法一般社会预防之功能。回归到四点推论，不妨判断如下：首先，丙具有职业经验与技能，在当时的环境下，一名理性消防员的首要选择是关闭煤气开关，防止燃气进一步泄漏增加中毒危险或火灾隐患。所以若丙不是让乙关闭开关，则必然是自己或让其他消防员去关，依据社会一般认识，以消防员的经验与常识关错的概率是极小的，基本可认为不存在。其次，一个正常人倘若面对母亲自杀、邻居围观、消防队员进屋抢救，其内心应当是惊慌失措、一片空白，人在大脑无意识状态下对于行动的支配力远低于日常状态，鉴于此种情形，不自觉地混淆管道开关与炉灶开关的概率大大提高。再次，乙行为完全因丙指示而介入，属于由前行为引起，并非异常或偶然的场合。最后，乙的行为实属帮助消防员救援，具有积极的社会意义，履行错误的风险应当能评价在此类正常的社会行为中，类似于有风险的手术失败仍认为是伤害行为引起。以上推论即表明乙的行为并不能“中断”丙行为与结果间的因果关系。

乙行为与结果存在直接的因果关系，经过进一步认定，甲、丙的行为与结果之间的因果关系也是成立的。尽管上述因果关系的认定不仅局限于纯事实判断——在相当性的概率判断中，业已融入了价值评价的内容，但因果关系的内容在本质上还是一种事实性的判断。

（二）客观归责

客观归责理论将“因果”与“归责”区分开。我国学界传统上认为，因果关系研究是为确定“应负刑事责任之人”，也就是以“归责”为目的探索因果关系。^② 而客观归责理论的倡导者更希望对客观行为构成的归责遵循两个彼此衔接的步骤，先以条件论说明因果关系，在此基础上讨论其他的归责条件。^③ 因为他们认为，因果关系只能为归责问题提供外部的框架，而不能提供结论性答案。^④ 也即，因果关系

① 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，175页，北京，法律出版社，2008。

② 参见吴玉梅：《德国刑法中的客观归责研究》，257页，北京，中国人民公安大学出版社，2007。

③ 参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，第1卷，王世洲译，231页，北京，法律出版社，2005。

④ 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》，徐久生译，338页，北京，中国法制出版社，2001。

虽包含主观价值判断，但就其内容而言，还是一种客观的事实联系，而责任归属是刑法的价值选择。

1. 客观归责理论

客观归责体系在结果归责的成立上所采纳的是一种逐步收缩式的判断方式，通过对事实的层层过滤而筛选出一个能载入最正当之刑法评价的事实联系。^① 在筛选过程中，客观归责理论又试图以风险概念为核心建立一套独立的规则，为行为与结果之间“相当性”提供更加客观化、具体化的标准，以便进行实质审查，而不是依据抽象的社会经验法则去判断行为是否会引起结果发生。

本案中甲、乙、丙的行为都不是十分典型的实行行为，引入客观归责理论加以判断具有其合理性。笔者拟采 Roxin 教授的体系用于案件分析。

Roxin 坚持的“客观”归责理论有三个基本主张：其一，刑法法理的任务在于对侵害法益的结果予以归责，而这种结果归责，视行为人是否违反规范的要求而定，基于此，则行为人的行为如果符合构成要件上的义务要求，客观上必然不可能是要造成构成要件结果的行为。其二，客观归责理论中的客观归责要素——客观目的性，决定于行为人是否制造了足以引起构成要件上法益侵害结果的法律上重要的风险。其三，以风险原则判断客观的目的性，则可以为结果犯创造一个共通的归责原理，而且不受因果律的影响。^② 由此看来，客观归责论的两大特点是：“由果溯因”的逆向筛选、阻却归责的反面判断。通过一系列阻却客观归责的事由，来判断行为是否制造并实现了不被容许的风险，以及这一风险是否在构成要件保护范围内。根据 Roxin 的理论，没有制造风险，没有制造不被允许的风险，降低风险等被认为排除了“制造不被容许风险”；未实现风险、未实现不被容许的风险、非规范保护目的所及排除了“实现不被容许的风险”；参与他人故意的自伤、同意他人的危害、第三人责任范围则是“非构成要件的效力范围”^③。符合以上任一情形的行为均可排除归责。如果是故意犯，其制造并实现的风险通常是法所不容之风险，但本案中甲乙丙都因某种过失造成风险，这种风险是否为法律所允许，便要与行为人负有的注意义务相联系。

2. 甲不能被归责

本案涉及三人的责任划分，同时讨论则不便说理。类似于在因果关系中的分析，

① 参见吴玉梅：《德国刑法中的客观归责研究》，259页，北京，中国人民公安大学出版社，2007。

② 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，191～192页，北京，法律出版社，2008。

③ 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，192～203页，北京，法律出版社，2008。

笔者在讨论甲是否可被归责时，首先视乙、丙的行为为一个整体，以简化法律关系。

解决甲的归责主要回答两个问题：第一，甲为了自杀所制造并实现的危险是否属于法所不容许的？第二，该危险实现的结果是否属于第三人责任范围？

（1）甲制造了不被允许的风险

“被允许的风险”是一个没有明确法律界定的概念，笔者认为应当与规范所保护的法益相联系，对受规范保护的法益造成重要危险的即“不被允许的风险”。自杀本身并不构成犯罪，因为行为人具有处分自身权利的自由，这些权利当然也包括生命法益，实施自杀即意味着对生命法益的放弃。如果不存在要保护的法益，也就意味着该风险是被允许的。但甲的行为仅仅危及自身安全吗？显然不是。试想，若在一个绝对封闭排他的环境内，门窗紧锁，他人无法进入，且不存在火灾或爆炸的隐患，煤气泄漏仅可能导致行为人自身中毒身亡，那么风险可认为是被允许的。但从案例实情来看，邻居能闻到煤气体味说明煤气已经外泄并达到一定浓度，甲的女儿又能随意进入房屋说明危险并未被行为人控制在一定范围内，换言之，风险已侵入了他人的法益范围。让易燃易爆气体泄漏于相对“公共”的场合，这是刑法所不容许的。并且这一危险持续作用于结果发生^①，那么认定甲制造了不被允许的风险当无疑义。

（2）结果属于“第三人责任范围”

第二个问题相对复杂，首先看一个德国法院的判例：

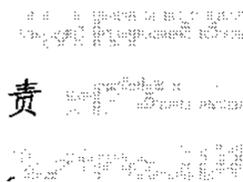
某甲在黑暗中驾驶自己的卡车，尾灯不亮。一辆巡逻的警车拦住他，要对他处以罚款。为了保证后面来车的安全，一名警察就在公路上放置了一个发红光的手电筒。警察命令某甲把车子开到下一个加油站；警车将跟在后面，保护这辆尾灯不亮的卡车。在某甲开车之前，警察把手电筒又从路上捡回来，但就在这时，这辆尾灯不亮的卡车就被其他卡车撞上了，并使那辆卡车上的乘客受到了致命的伤害。^②

德国法院认定甲的行为成立过失致伤罪，但德国刑法理论认为，在本案中，防止结果发生属于警察的责任领域，而不能将被害人的重伤结果归责于甲。^③赞成后者的理由可归结如下：A. 基于信赖原则，司机没有监督警察的注意义务。B. 警察

^① Roxin 认为归责于客观行为构成的条件是，在结果中正好实现了行为人创设的不允许性风险。因此，当行为人虽然为受保护的法益创设了一种危险，但是，结果不是作为这种危险所发生的影响，而仅仅是偶然的与结果同时出现，归责就被排除。对甲而言，易燃气体充斥屋内对结果发生有决定性作用，而绝不是偶然地和结果并存的情况，所以实现风险当无疑义。

^② 参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，第 1 卷，王世洲译，271 页，北京，法律出版社，2005。

^③ 参见张明楷：《刑法学》，3 版，165 页，北京，法律出版社，2007。



接管交通安全后，是“以一种局外人不应当干涉的方式，对消除和监督危险的渊源负责”，事态发展进入他们的责任范围，行为构成的作用范围不再包括进一步的事件。C. 富有刑事政策上的意义，即解除了第一个原因造成人对这个由职业承担者的损害性举止行为所造成的结果的责任。^① D. 在这种情况下所发生的结果在类型上已脱离了最初风险行为所可能导致的结果类型。^② 对于第四点理由，核心在于是否实现了前行为造成的“典型危险”，对此可以通过一系列医疗事故案件加以理解。一个前提性的情节是，第一个行为人伤害了被害人，由于救治过程中的不同情况导致死亡，试比较下列几种情形：

情形一：被害人受腿伤，在送往医院救治的过程中，救护车意外撞车，行为人无法动弹，因撞击过猛致死。死亡结果显然不能归责于加害人，因为车祸致死的结果完全脱离了受伤导致的危险结果，救援行为创设并实现了新的风险。

情形二：被害人腿伤后，医生做了错误的切开导致流血过多死亡，或者医生给病人吃错了药导致死亡，或者医生实施麻醉错误导致不可逆转的心脏停止跳动致死。医生的错误行为无论轻微或严重，都创设了一种只存在于自己责任范围内的风险，不应归责于第一行为人。

情形三：被害人重伤体质虚弱，手术失败的可能性本就很大，医生在手术过程中没有及时输血导致死亡。这里加害行为和医生过失对于结果都是有价值的，两者结合导致结果发生，两人都应归责。

情形四：被害人重伤，奄奄一息，医生进行适当的抢救但仍回天乏术，则应当完全归责于加害人。

可见，并非所有有职业承担者介入的情形都能完全归责于第三人，笔者认为可为“职业承担者责任范围”的判断设定如下标准：

第一，第三人从事特殊的职业，在履行职务的过程中负有特定义务。丙作为消防员具有防止火灾发生、排除隐患等义务，在救援过程中，法律课以他们高于常人的注意义务，这与他们的专业知识和技能是相匹配的。但特定义务仅限于实行相应职务行为的场合，正如我们不能要求消防员在抗洪救灾的场合有特殊表现。

第二，第三人须介入并接管危险。第三者大多是在履行职务行为的过程中，而非以旁观者的身份参与进程。本案中丙在邻居报警后赶到事发现场，就是为了接管

^① 参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，第1卷，王世洲译，271页，北京，法律出版社，2005；许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，191~192页，北京，法律出版社，2008。

^② 参见吴玉梅：《德国刑法中的客观归责研究》，206页，北京，中国人民公安大学出版社，2007。

现场危险。

第三，以排他的方式对危险负责。丙率领消防队员进入甲屋后，对于现场事态是具有支配力的，是以排除局外人干涉的方式负责救援。

第四，存在防止前行为结果发生的可能性。在情形四的场合下，重伤致死结果的发生已是必然，不论医生作何种行为都无法改变，责任自然不能归于医生。而在本案，甲打开煤气管道，虽然危险性很高，但完全可以通过正常救援程序排除易燃气体中毒或爆炸的危险。

第五，第三人行为创设了新的法所不容之风险。不论是在警察过失，还是医生错误行为致死的情况下，第三人都由于某种过失，在前行为人创设的既存危险之外制造了新的风险，并实现了该新风险包含的结果。同样地，丙的 I、II 行为都在原来基础上创造了新的风险：丙没有疏散人群使得伤害结果及于围观群众，丙的指令与乙的错误履行结合使最后发生爆炸，而不是原风险可能导致的煤气中毒后果。

通过上述判断就可得到无须归责于甲的结论，但这一结论并非没有疑问。甲实施自杀行为后，仅仅因为介入的第三人是否具有特殊身份就决定了甲是否要被归责，凭借内心朴素的法律情感，似乎觉得不妥，其合理性何在？对这一问题的回答或可借鉴美国刑法中的近因原则。英美法中实行双层次的因果关系，以事实因果关系挑选为事件负责的候选人，以法律因果关系筛选出实际责任人。而对于后者的认定或是通过道德直觉和正义观念，或是出于公共政策的考虑，更接近于我们所说的可归责性层面。^① 放到本案中，甲与乙、丙的介入行为，哪一个才是结果的“近因”呢？是否因丙的身份特殊，刑法意义上所认定的近因就会发生变化，变化的理论基础何在？

美国刑法对于介入因素的评价，有一些与德日刑法相通的判断标准，比如 A 受伤后，在送去救治的途中被雷击毙，加害人就是“导致社会危害微不足道的原因”而不被归责；“相应（依赖）的”、“偶然的”介入因素则是看介入因素是否异常来决定归责。较为特殊的还有基于主观状态的判断，比如预谋结果发生的被告人通常是结果的近因（即便介入了偶然因素），自由、故意和明知的人介入则须根据报应主义原则自负后果。^② 对本案的归责具有启示意义的是“明显安全原则”，意指当行为入

^① 参见 [美] 约书亚·德雷斯勒：《美国刑法精解》，王秀梅译，171~172 页，北京，北京大学出版社，2009。

^② 预谋结果理论的案例有：D 预谋杀死他的孩子 V，就向家庭护士 X 提供毒药并称是 V 要用的药，护士认为 V 无须用药；但之后小孩 C 把药拿给 V 服用致死，D 仍需对后果负责。报应主义是指特定意义要与人类的自由意志相一致。参见 [美] 约书亚·德雷斯勒：《美国刑法精解》，王秀梅译，173~177 页，北京，北京大学出版社，2009。

制造的危险已经停止，被害人处于一个相对安全的状态中，就不能再对行为人归责，至于后面发生的行为应当是另一个新的风险，由介入的行为对其负责。美国法院有如下实例：

P 威胁到配偶 V 的生命，V 为自保被迫在结冰的晚上离家出走。V 走到离父亲家 200 英里的地方时，她因为怕打扰父亲休息而没有去那个本应该会受到欢迎的父亲家，而选择在冰天雪地的野外过夜。结果 V 被冻死。^①

依据明显安全原则解释，P 在 V 离家后并没有对其进行跟踪，当 V 进入她父亲家附近时，她知道自己即将进入一个非常安全的地方，P 将不再对其生命造成任何直接威胁，所以 V 决定在野外过夜的行为构成一个替代的介入因素。^② 若将这一理论应用到特殊职业者行为介入的场合，需要说明一个问题：当特殊职业身份的人介入并接管危险事故时，我们就认为前行为人加之于被害人的危险趋于停止，被害人到了一个明显安全的领域，所以能够中断对前行为人的归责。这里“认为明显安全”是一个具有社会意义的判断。

试想，当人们在火灾中求助消防员，在暴力犯罪中求助防暴人员，在生病时求助主治医师时，人们总是自然而合理地相信上述职业人员将排除他们所面临的危险，这是全体公民对于职业人员合理的信赖，也是现代社会分工的要求。所以职业者在履行职务过程中被课以更高的注意义务，相应地也要承担更高的责任。刑法具有社会保障机能，无疑应当保护公民的信赖利益，作出政策上的倾斜，也以此促进各尽其责的社会秩序的维护。基于上述理由，在丙开始负责危险排除之时，甲制造的风险就已停止，潜在被害人的法益处于安全领域，而最后引发结果的风险是由丙、乙的行为共同创设的，这也呼应了前述“职业承担者责任范围”的第五条判断标准。

另外，本案得出甲无须负责的结论，并不会导致无人对结果负责，也不会造成实质不公。

3. 乙不能被归责

当我们确定甲行为不能被归责后，责任划分就在乙、丙二人之间进行，以是否违反注意义务为评价标准，乙的行为不能被归责。

为什么注意义务可用来作归责的判断？因为制造不被允许的风险实质上就是违

^① 参见 [美] 约书亚·德雷斯勒：《美国刑法精解》，王秀梅译，177 页，北京，北京大学出版社，2009。

^② 参见 [美] 约书亚·德雷斯勒：《美国刑法精解》，王秀梅译，177 页，北京，北京大学出版社，2009。

反注意义务，包括违反结果预见义务和结果回避义务。预见可能性就意味着根据一般人标准，行为与结果的关联性可以想象，换言之，行为有足以引起结果的风险；回避可能性表明该风险不属于生活中正常的风险，是可以着意回避的，风险如果实现则是不被允许的。不被允许的风险若与注意义务相联系，就可以更加具体地来判断。

至于乙的行为是否应当被归责，笔者认为可以推理如下：首先，乙没有关闭开关的义务，这一义务在于丙；其次，即便乙遵照丙的指示关闭开关，只要不是出于故意，就应认为履行了这一行为过程中的注意义务；最后，我们得出责任归于丙的结论，也符合刑事政策的意义。

（1）乙没有注意义务，并未制造不被允许的风险。

在排除险情的场合，消防员的身份决定了安全救援义务应全部分配给丙，这符合信赖原则的要求。而丙负有的注意义务的范围，应参照行政规章确定。《消防法》第44条第4款规定：“消防队接到火警，必须立即赶赴火灾现场，救助遇险人员，排除险情，扑灭火灾。”新消防法在总则中进一步规定了消防员还有“应急救援义务”。可以看到，根据社会需要，消防员的职责范围在进一步扩大，除却救火等专业领域，他们对公共安全负有更多责任，更毋庸说在一般场合下，排除险情、防止隐患、扑灭火灾、组织调动现场救援工作、保证人员安全等职责。毫无疑问，本案中的丙应及时、安全地关闭管道开关防止危险扩大，但乙并不负有这样的注意义务，就不存在制造不被允许的风险一说。而且这些职责由法律加以规定，不能因行为人的自由意志加以转移，自然也不会因为丙的指令，乙的自愿履行而转移。

（2）乙的行为加担了丙的意思，在履行指令时注意义务较低。

虽然法律没有要求乙关闭开关，但在乙遵照指示为一定行为的场合，是否因自己“同意履行”的行为负有适当履行的义务呢？答案是肯定的，但是这里的注意义务较低。丙的Ⅱ行为实际是把风险转嫁给乙——乙出于好心帮助的目的，却承担了本应由丙承担的后果。此时丙是监督者，而乙是被监督者，乙是丙意思实现的“工具”，也可视为丙行为的延伸；相应的注意义务分配，丙远远高于乙，且前后的义务不同质。构图说明如下：

