

危险现实化与结果归属

马春晓

【摘要】危险现实化理论虽借鉴了客观归责论中危险实现的部分观点与方法,但其理论构造、方法论、体系定位与判断思路,都不同于客观归责论关于结果归属的判断范式。相对于相当因果关系理论而言,危险现实化致力于通过类型化解决相当性标准不确定性的问题,通过引入“危险”概念补强规范判断不足的问题,通过一体判断解决因果关系认定分成事实联系与规范限定两个阶段的问题,但它在引起结果的相当性与因果流程通常性这两个理论支点上并未有全新的突破,原本相当因果关系判断标准不清的问题亦转化为危险实现标准模糊、介入因素异常性的判断标准不明等问题。危险现实化理论需要体系性思考其客观事实判断的立场、因果关系的应然体系定位与个案妥当处理中规范判断的实然需求之间存在内在张力的问题,这同样也是中国因果关系理论进一步转型需要考虑的基础命题。

【关键词】危险现实化;相当因果关系;客观归责;规范判断;结果归属

【作者简介】马春晓,南京大学法学院副研究员。

【原文出处】《国家检察官学院学报》(京),2020.6.86~100

一、问题的提出

因果关系问题是刑法理论最为基础的部分。由于条件说所划定的事实因果关系范围过广,理论有进一步限制的必要性。各种因果关系学说的提出,都旨在从广泛的事实因果关系中筛选出对于刑法而言具有重要意义的、值得刑法评价的因果流程。理论上早期的原因理论、因果关系中断论等观点均因其筛选标准的不确定性而被抛弃。在日本与我国,相当因果关系理论长期居于通说地位,其主张,判断行为与结果之间是否具有犯罪成立的因果关系,要先后经过实行行为、实行行为与结果之间的条件关系(事实因果关系)以及相当因果关系(法律因果关系)三个层次的判断。^①

受德国客观归责论的影响,特别是实践中以大阪南港案为代表的一系列案件的推动,日本的实践与学理整体转向危险现实化理论,而我国学界虽然对客观归责论的学说观点存在一定分歧,但学界总

体逐渐接受了客观归责论的话语体系。^②客观归责论尽管在下位具体归责原则的内容与标准判断上存在诸多争议,但大体上可以分为创设风险与实现风险两个阶段的判断。形式上看,危险现实化理论在概念表述上大致相当于结果归属中实现风险的判断。但日本理论并没有完全引入实现风险的理论构造,而是在借鉴结果归属的基础上,归纳吸收法院判例的核心观点,立足本国既有理论立场,形成了与判例高度默契的本土教义。这对于在很大程度上受日本刑法理论影响的我国刑法学而言,值得关注与思考的问题在于:第一,日本理论实务从相当因果关系转向危险现实化的根本动因是什么;第二,日本为什么没有全盘接受客观归责的理论构造,是其刑法理论存在独具匠心的考虑与定位,还是其体系存在障碍与盲区导致对客观归责论的整体意义判断不足;第三,对于处于知识转型过程中的我国刑法学而言,应获得何种启示。

上述问题的回答,需要采取体系性的思考方法。问题性思考固然重要,它推动着理论与实务的接洽,重视实践问题的解决。但是,“没有体系就不可能有学问”^③。一旦完全脱离体系而只重视具体案件与个别问题,在不同个案中所得出的结论就会在体系上面临自相矛盾的危险,难以实现同案同判,从而背离刑法平等原则的基本要求。^④因此在个案中所得出的解决方案无论多么简洁明了,都有必要将其置于体系整体之中进行审查,并与此前所形成的一般性规则保持一致,从而确保结论是奠定在理性而非直觉的基础之上。“体系性秩序的贡献,是法律得到平等和理性适用的重要手段”。^⑤本文旨在通过体系性思考的研究方法,剖析危险现实化的理论发展,并分别基于日本与德国的理论立场对危险现实化与客观归责论进行审视,系统地回答上述问题。

二、从相当因果关系到危险现实化

(一)相当因果关系的理论分歧与危机

相当因果关系理论以相当性作为筛选刑法上具有重要意义的因果关系的根本标准。在A将B打伤后,B在去医院途中死于车祸或住院期间死于火灾等案件中,A的行为虽与结果具有条件关系,但由于介入因素异常,排除因果关系的相当性。相当因果关系包含着一个二阶判断的理论构造,首先需要确定相当性的判断基底(判断素材),其次是在此基础上的相当性判断。理论的分歧主要集中于如何设定相当性的判断基础,主要存在客观说与折中说两种观点。客观说以行为时客观存在的所有情况以及行为后所产生的客观上可预见的情况为判断基础,折中说则以行为时一般人所能认识、预见以及行为人存在特别认识的情况为判断基础。两者分歧在于,行为时的具体情况在多大范围内能够作为相当性的判断基础。客观说认为应当以行为时客观上已经存在的所有情况作为判断基础,折中说则以具体情况的认识可能性为限定范围的标准。

行为时所存在的因素主要是指被害人存在特殊体质的情形。如“老妇人捂被案”(最判1950年3月31日刑集25卷4号567页),抢劫犯用被子捂住一个

老妇人,因她患有心脏病,引起急性心脏病而死亡,法院判决构成抢劫致死罪。再如“脑梅毒案”(最判1950年3月31日刑集4卷3号469页),A踢B的面部,B实际患有脑梅毒,因脑组织被严重破坏而最终死亡,法院判决构成伤害致死罪。根据客观说,无论是老妇人患有心脏病还是B患有脑梅毒,都是行为时客观存在的,故不影响相当因果关系的成立。而根据折中说,老妇人患有心脏病与B患有脑梅毒是一般人与行为人难以预见的情况,两案件中相当因果关系均不能成立。

相反,对于实行行为后的介入因素,两者以客观的可预见性为标准,因而在结论上基本不存在分歧。^⑥如果可以预见介入因素,则可以肯定相当因果关系,反之,在介入了无法预见的异常因果关系时,则否定相当因果关系。

然而“大阪南港案”判决(最决1990年11月20日刑集44卷8号837页)对因果关系的认定,成为相当因果关系理论危机的导火索。该案中被告人A殴打被害人C的头部(第1次暴行),在C失去意识后将其抛弃于大阪南港,C在弥留之际又遭遇第三人B用木棍殴打其头部的行为(第2次暴行)。A的打击造成C脑出血,B的打击导致出血进一步扩大,死亡时间有可能被提前。根据相当因果关系中的客观说与折中说,第2次暴行属于实行行为后介入的不可预见的意外因素,应排除第1次暴行与结果之间的因果关系。但日本最高裁判所认为,即使存在异常介入,由于行为人的第1次暴行对被害人死亡造成决定性影响,仍应肯定因果关系。

这动摇了此前学界就相当因果关系理论在事后介入行为问题上形成的一致标准。“危险现实化”的表述在判决中日渐普遍。2010年日本最高裁判所在“日航客机异常接近致死伤案”(最决2010年10月26日刑集64卷7号1019页)中明确使用了“危险现实化”的表述。2012年在“三菱公司轮胎脱落案”(最裁2012年2月8日刑集66卷4号200页)的判例中指出,“实行行为的危险性是否向结果现实地转化了”是因果关系的判断标准。这些实务判决也加速了理论整

体转向危险现实化的趋势。

(二)危险现实化理论的提出

以大阪南港案的问题意识为出发点,山口厚教授认为,实行行为中引起构成要件结果的现实危险性实际转化为结果的过程,才是因果进程的实质内容。因果进程在经验上的通常性并没有独立意义,即便缺乏经验通常性,也可能肯定行为的危险性现实化为结果。因此,危险性的现实化才是因果关系判断的基准。^⑦关于危险现实化背后的原理,桥爪隆教授认为是基于刑法谦抑性的政策性判断,即参照社会一般观念进行合理的价值判断:将何种范围内的结果作为行为人的“所为”予以归责是妥当的。^⑧

为确保危险现实化理论具有稳定的判断结构,势必要求将相关事实予以类型化,将相关标准予以明确化。一般认为,危险现实化包括两种类型:一是直接实现型,即实行行为的危险性直接现实化为构成要件结果;二是间接实现型,即实行行为的危险性通过介入行为而间接地转化为构成要件结果。

在直接实现型中,要求实行行为存在直接引起结果的关系即可,即便产生异常的介入因素,也不影响因果进程的判断。大阪南港案已充分诠释了这一点,在进行刑法因果关系判断时,只要充分证明第1次暴行具有直接引起被害人的死亡的危险性即可,无须考虑第2次暴行对因果进程的影响。

在间接实现型中,则要求实行行为与介入行为之间存在引起与被引起的关系。为了认定实行行为诱发了介入行为,要求介入行为不能被评价为异常的因素,如此才能妥善解释实行行为具有引起介入因素的危险性。如在“闯入高速公路案”(最裁2003年7月16日刑集57卷7号950页)中,被害人A遭受了诸被告人长时间严重暴行后,为躲避追赶闯入高速公路,被汽车撞倒后碾压致死。判例与学理均认为,考虑到A在长期遭受拘禁、暴力带来的极度恐惧下,在试图逃离过程中刹那间选择闯入高速公路的危险行为,不能说是显著不自然、不相当的,应肯定暴行与死亡结果之间的因果关系。

只有在既不符合直接实现型,也不符合间接实

现型的情形下,才能否定因果关系的成立,即由介入行为直接引起结果,且这一介入行为自身具有显著的异常性,前一阶段的实行行为也缺乏诱发介入行为的危险性。例如“美军肇事逃逸案”(最决1967年10月24日刑集21卷8号1116页),美兵A不当操作汽车与被害人C的车辆相撞,C在冲撞中被弹射到A的车顶,坐在副驾驶位置的B发现C后将其从车顶向下拖拽,C摔倒后死亡,但C究竟死于汽车冲撞还是坠地无法得知。判决认为,B的行为属于异常情况,否定因果关系。依危险现实化的判断方法,由于C的死因是由A驾车撞击还是由B拖拽坠地形成难以确定,对于A无法适用直接实现型的危险现实化判断,由于B的行为属于故意且有责的犯罪行为,且可能足以造成被害人的死亡,难以认定B的行为属于被A的行为所诱发的行为,故A行为的危险性也没有间接地现实化。A既不符合直接实现型也不符合间接实现型,应否定因果关系的成立。

三、危险现实化理论的内在逻辑与关键问题

相当因果关系理论在日本学界逐渐式微,其直接动因在于因果进程的通常性标准不能满足实务在部分因果进程异常的案件中的处罚必要性与民众法感情的诉求,这在以大阪南港案为代表的系列案件中表现得淋漓尽致。危险现实化理论由判例逐步积累、经学者梳理和建构后,在特定案件的处理中,更能保证案件处罚的妥当性与必要性,更加接近民众的判断认知。就理论而言,危险现实化与相当因果关系、客观归责论均有着密切的关系,有学者认为,“对经验法则上的通常性的判断,与对危险实现的判断,并无实质不同”;^⑨也有学者认为,“危险现实化理论与德国的客观归属论存在共通的理解。”^⑩析言之,有必要从更深层次理论维度,在比较危险现实化与相当因果关系、客观归责论的基础上,阐释危险现实化的理论逻辑,为体系性分析奠定基础。

(一)危险现实化与相当因果关系的逻辑关系

关于危险现实化与相当因果关系之间的关系,日本刑法理论对此尚无定论,虽然二者在判断构造的表述上有所区别,但也存在较多重合之处。

第一,危险现实化理论源自相当因果关系,危险的实现是狭义相当性判断的具体规则。有日本学者考证认为,“危险现实化”概念源自恩吉施1931年发表的《作为刑法构成要件特征的因果关系》(Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände)一书,经学者介绍引入后,最高裁在判决中引用危险现实化的观点。^①恩吉施在书中基于抽象的构成要件结果与具体的经由特定因果流程所引起的结果之间的区分,进一步发展了相当性理论,首次将相当性区分为广义的与狭义相当性,前者指行为针对该当构成要件之抽象结果是否具有相当性,后者指针对以特定方式引起之具体结果是否具有相当性。^②主张相当因果关系理论的日本学者也采取了这一区分。^③由于广义相当性是指行为本身具有引起法益侵害结果的危险,属于行为的实行行为性的基础,因此在因果关系论层面讨论的主要是狭义相当性。而在狭义相当性中,对于具体结果的描述包含了对于引起结果的具体因果流程,^④因此狭义相当性是就具体因果进程的相当性判断。对此,恩吉施提出了违法性关联(Rechtswidrigkeitszusammenhang)的要求,只有在结果实现了行为所具有的特殊危险时,才能肯定违法性关联。例如A在B身边燃放烟花不小心将B烧成重伤,B经过救治后痊愈,但在皮肤移植手术中死于麻醉剂过敏。恩吉施认为这种情况下将他人烧成重伤的行为具有引起构成要件结果(即死亡结果)的广义相当性,但却欠缺危险实现意义上的狭义相当性,否定A的责任。^⑤因此,追溯至恩吉施的危险现实化理论,能够看出在其本人的体系中是狭义相当性的具体判断规则而非对立面。日本的相当因果关系理论虽然也采取了广义与狭义相当性的区分,但与恩吉施观点不同的是,在狭义相当性的解释上则继续沿用传统的经验法则上的通常性或可预见性标准。在这一整体框架内,危险现实化理论并未完全超越相当因果关系理论的基本范式。

值得注意的是,恩吉施只将这一理论称为相当性理论(Adäquanztheorie),而非相当因果关系理论(adäquate Kausalität),他主张相当性在体系位置上应

属于因果关系之外的独立构成要件要素。所以在德国的教义学脉络中,恩吉施一向被视为相当性理论向客观归责理论过渡的重要人物,罗克辛就认为恩吉施的理论中已经包含了归责的思想。^⑥如果危险现实化理论真如日本学者所考证的那样来源于恩吉施的相当性,那么也已经为转向规范的结果归责埋下了伏笔。

第二,危险现实化理论并非全然放弃因果进程的通常性要求,而只是在直接实现型中基于实行行为所具有的高度危险,例外地放弃通常性的要求,在间接实现型中仍然需要遵循因果进程的通常性要求。如前所述,相当因果关系理论在事后介入行为对相当性判断的影响存在共识,应否定相当因果关系的成立;但大阪南港案的判决则认为,介入行为的异常性不能否定相当性。要解决这一体系上的矛盾,主要存在以下三种修正方案:

一则,修正此前相当性在事后介入行为上的一贯标准。如前田雅英教授认为,除了介入行为的异常性之外,将实行行为的危险性以及对结果的贡献力也作为相当性的考量因素。^⑦但这一观点没有充分说明这些因素在相当性判断中各自的权重以及明确的标准,只是将上述体系矛盾转化为相当性标准的内部张力。

二则,仍然坚持因果流程的可预见性作为相当性判断的根本标准,但对其判断对象作抽象化处理。例如松原芳博教授主张基于死因同一性标准,将具体结果中所包含的因果流程与结果由“经由第三人暴行而提前死亡时间”抽象为“经由颅内出血而死亡”,再来考察这种因果流程的预见可能性。^⑧井田良教授则认为,这样做的话,因果流程不相当、因果关系却相当,这个判断是自相矛盾的;另外,进行何种程度的抽象化也是模糊不清的问题。^⑨其实,之所以要对因果进程进行可预见性的判断,本就是为了确定事后介入的第三人行为在何种条件下能够影响相当性的判断。将因果流程进行抽象后,直接将介入行为从因果流程的描述中排除出去,使其不再成为相当性判断的对象,则已经提前将其视为对相

当性判断而言不重要的因素。这种处理是将预设为正确的结论纳入对于问题的描述之中,是典型的循环推论。^③

三则,以危险现实化理论为代表,设置因果进程通常性标准的例外规则,并明确例外适用的前提条件。危险现实化除了将狭义相当性界定为实行行为危险在结果中的实现外,还进一步区分直接实现型与间接实现型。前者中不再考虑介入行为是否可以被预见,而在后者中则仍然要求介入行为的通常性。桥爪隆教授指出,在间接实现型的情形中,要求介入因素具有通常性,这种通常性表现为实行行为具有诱发介入行为的可能性。实行行为的危险性通过介入行为间接地实现于结果,其内容与相当因果关系说并无不同。^④如“闯入高速公路案”,如果不能证明被害人A闯入高速公路的行为与被告等人的长时间暴行具有因果进程的相当性,则无法得出实行行为(暴行)与直接导致结果的介入行为(闯入高速)之间具有引起与被引起的关系,进而无法证立危险现实化的间接实现。因此,部分主张相当因果关系的学者认为危险实现与相当性之间并非对立关系,而是相互重合的观点也有其合理性。^⑤

但是,相比于此前相当因果关系理论的内部修正,危险现实化理论在方法与判断标准上具有以下优势,这成为推动学理向危险现实化理论转变的根本动因:

第一,通过类型化解决了相当性标准的不确定性问题。前田雅英教授虽然认为实行行为对于结果的作用大小也是相当性判断的考量因素,但其与因果进程的通常性(尤其是介入行为的异常性)究竟处于何种逻辑关系之中并不明确。这一问题通过危险实现的类型化分析在一定程度上得到了明确。通过区分直接实现型与间接实现型,危险现实化明确了例外地不必考虑因果进程通常性的前提,即危险是在结果中直接实现的。至于如何判断危险是在结果中直接实现,则需要考虑包含了实行行为的危险性大小与贡献程度,在前田教授观点的基础上明确了各要素之间的位阶关系。实行行为的作用大小与介

入因素的异常与否之间并非此消彼长的关系,实行行为对结果起决定作用构成了忽略介入因素异常性的前提性条件。这极大地改善了以往在案件判断中相当性标准含糊不清的问题。

第二,对相当因果关系规范判断不足的缺点予以补强。在相当因果关系的判断中,特别是因果进程的相当性,往往体现为对行为人预见可能性的判断。但是危险现实化理论中,对于危险的判断一定程度上改善了这种自然主义的判断方法。松原芳博教授指出,通过使用“危险”这种已经抽象化的概念,不将对结果或者因果进程进行抽象化的必要性显于表面,使得在危险实现的判断上更易认定因果关系。^⑥事实上,判断上更为容易的原因,在于“危险”,相对于以往“预见可能性”“盖然性”等概念,能够囊括更多用于规范判断的素材。

综上,从日本关于危险现实化的讨论来看,尽管危险现实化与相当因果关系之间究竟是何种关系尚有争议,但整体上危险现实化并未完全脱离相当因果关系所采用的理论范式与思维方法,因果进程的通常性仍然是其展开思考的核心范畴。在危险间接实现型中,危险是否实现仍然需要考察因果流程的通常性;只是在直接实现型的场合,基于实行行为的高度危险性而例外地暂时放弃了对于因果流程通常性的要求。因此危险现实化在引起结果的相当性与因果流程通常性这两个相当因果关系理论的基础支点上未有全新的理论突破,至于其是否成为一种结果归属理论,则需要进一步剖析其与客观归责论的逻辑关系。

(二)危险现实化与客观归责论的逻辑关系

前田雅英教授在梳理日本判例的基础上,认为判例中危险现实化的思考方法,是从裁判时的视角出发,把行为后的情况也考虑进去,从而思考行为与结果的联结,比起必须以行为时的相当性判断为核心的相当因果关系说,可以说客观归责论与日本判例的思考方法更具有亲和性。^⑦不可否认,危险现实化很大程度上借鉴并吸收客观归责论特别是其中危险实现的判断方法,但是两者之间仍然存在着显著

的差异。山口厚教授在其第二版《刑法总论》中明确指出,“(危险现实化)这样的立场,可以说与基于规范的考虑来判断能否把结果归属于行为的客观归属论已经没有什么差别了”,^⑤但是在第三版中,这句话已被删去。这也从侧面反映了他关于二者关系认识的变化。桥爪隆教授虽认为“危险现实化与客观归责论存在共通理解”,却也明确指出,日本关于危险现实化的判例、学说并未全面采用客观归属论。^⑥

笔者认为,危险现实化与客观归责论之间在理论构造、方法论、判断思路与体系地位等方面存在着明显的差异:

第一,理论构造与方法论不同。山口厚教授指出,“由于在判断实行行为(构成要件行为)的危险性向结果的现实化时当然就包含着行为与结果间的事实上的关联,所以,不同于过去的学说将因果关系分为事实的关联(条件关系)和规范的限定(相当因果关系)这样的两个阶段加以检讨,可以说,直截了当地来追问有无危险性的现实化就足够了。”^⑦易言之,危险现实化改变了日本长期以来通过条件说解决事实因果关系与通过相当因果关系解决法律因果关系的区分做法,而是同时集因果关系与结果归属于一体,主张规范判断与事实判断同步完成。但德国通说仍然认为,行为与结果之间存在合法则的条件关系是客观归责论讨论的前提,只有在确认事实因果关系的前提下,才能进一步根据行为人是否创设法所不允许的风险与是否实现了法所不允许的风险,判断能否将上述结果算在行为人账上的规范判断。正是由于未将危险现实化定位为一种专门的归责理论,危险现实化与客观归责论在规范判断的方法论上存在着显著的区别。虽然判例使用危险现实化判断行为与结果之间是否有较强的事实上的关联,并不意味着承认了规范性判断,也不区分事实判断与规范判断。在这个意义上,危险现实化与客观归责论的判断框架看似相同,实则不同。^⑧

第二,理论的体系定位不同。在罗克辛教授的目的理性犯罪论体系中,客观归责论具有贯穿整个不法的体系地位,它源自辅助性法益保护的刑法目

的,就刑法保护法益而言,禁止的仅仅是不允许的风险,并且只有那些逾越禁令而产生的损害,才能作为符合不法的犯罪行为而归责于行为人。^⑨客观归责论具有两层含义,一是狭义的客观归责论,即限缩因果关系的规范判断;二是广义的客观归责论,即实质的功能的不法论。由于目的理性或者功能性的犯罪论体系并未被日本主流刑法理论所接受,日本的刑法理论恪守基于因果主义,由实在的现实情况出发形成的犯罪论体系。日本学者普遍认为,广义的客观归责论的内容难以融入日本现有犯罪论体系,日本理论完全可以通过实行行为、相当因果关系、实质违法性等构成要件概念,或者通过故意、过失等责任概念解决广义的客观归责论涉及的相关问题。^⑩因此,危险现实化仅仅借鉴一部分狭义的客观归责论的内容与方法,其体系性地位仅仅局限于因果关系。桥爪隆教授并不讳言,“危险现实化理论至多作为因果关系理论的内容被讨论,而且在其判断上,事实的判断也同样重要。日本的探讨并不与客观归责论相同,只不过是采用了其中的一部分观点,这一点需要特别强调。”^⑪

第三,理论判断思路不同。在客观归责论的判断中,整体体现出一种消极否定的论证因果关系的思路,如果行为人创设风险与实现风险的任何一个环节被否定,均可以得出否定因果关系的结论。日本学者正确指出,客观归责实际上是作为为了限制对行为人进行结果归属的,所谓不归责的理论来发挥作用的。^⑫但危险现实化则呈现出相反的论证思路,由于无需提前进行因果关系判断,其对具体案件的判断以具体发生的案件结果(法益侵害)为出发点,倒叙地分析相关结果是否包含着行为的危险性中,究竟属于直接实现型还是间接实现型,只有在结果没有由实行行为直接引起,且介入行为自身极为异常并对结果具有重大贡献的唯一情形下,才能彻底排除行为与结果之间的因果关系。因此,危险现实化整体上遵循的是从法益侵害的结果出发,积极的证立行为人的行为是否应当对其负责的思路,只有在行为人不符危险现实化全部类型的基础上,

才考虑否定因果关系的成立。这种判断思路与占据日本刑法主流的结果无价值的立场是一以贯之的,即首先观察是否存在法益侵害,有法益侵害就要倒序地论证应当由谁对结果负责。大谷实教授指出,这种意图从结果出发确定实行行为的见解,并不妥当。^⑩

(三)危险现实化理论的内在问题

在厘清危险现实化与相当因果关系、客观归责论的逻辑关系的基础上,不难发现,危险现实化虽然借鉴了(狭义)客观归责论的部分观点,但是在理论构造、体系定位、判断思路乃至方法论上,均存在显著的区别。反之,危险现实化与相当因果关系存在着密切的联系,两者的判断处于相互重合的关系,但危险现实化通过类型化解决了相当性标准的不确定性问题,通过引入危险概念一定程度补强了规范判断不足的问题,因而在对疑难案件的解释中具有更强的理论穿透力。由于并未超越相当因果关系的理论基点与方法论,因此,“即使采用危险现实化的判断框架,(相当因果关系)至今所遇到的问题也不会迎刃而解”^⑪,仍然存在如下难以克服的体系问题。

其一,直接实现型的表述不够准确且危险实现的标准模糊。直接实现型认为,由于实行行为已蕴含了高度的引起结果的危险,此时就不需要再考虑介入行为是否异常。即便介入了异常行为,这种介入也是不重要的。但是在真实事件的因果流程中,例如大阪南港案,第1次暴行之后确实介入了第2次暴行,也正是第2次暴行才最终直接导致了被害人的死亡,并提前了被害人的死亡时间。在这种情况下,将第1次暴行中的危险在结果中实现称为直接实现,不仅在概念表述上难言准确,而且容易引起误解。因为行为与结果之间事实上已经介入了第三人的行为,直接实现型的说法容易让人错误地认为第2次暴行对于被害人的死亡而言毫无贡献,即便找到了第二行为人,他也不需要被害人的死亡负责。日本学者据以判断实行行为对于结果的影响程度的方法,是用条件公式对第2次暴行与结果的关系进行审查。“通过比较实际发生的具体死亡结果,与在没有

介入第二暴力的情况下可能发生的死亡结果,看究竟造成了多大程度的不同。”^⑫但这是一种典型的假定因果关系,^⑬如所周知,假定因果关系不能影响刑事责任的成立,第2暴行人不能据以主张即便没有自己的行为,第一暴行所造成的伤害原本也足以致人死亡来否定自己的责任。反之,这也不能成为用来确定第1暴行人责任的理由。尽管在实际案件处理上可以认为,由于第二行为人没有到案,如果也不追究第一行为人刑事责任,在案件处理的妥当性与法情感上均难以接受。但这只是现实中考量,而非规范上的理由。在规范上任何人都不能用别人的错误行为来作为自己免责的理由。在肯定第一行为与结果之间存在归责关联时,即便有第二行为的介入,也不能排除第一行为人的责任;反之,第二行为与结果之间存在归责关联时,也不能因为第一行为具有高度的危险性,就否认第二行为人的责任。

此外,根据日本学者的分类,在直接实现型中,因为实行行为本身已经形成致命危险,所以无论介入何种异常因素都不影响法律因果关系暨结果归属的判定。但若对大阪南港案的案情进行修正,在第一行为造成致命伤后,被害人被送往医院抢救,中途遇车祸死亡。按照危险现实化理论的观点,在直接实现型中第一行为已经给被害人造成了致命伤,即便送到医院抢救也无济于事,事后介入的车祸只是短暂地提前了死亡的时间,因而无论如何异常都不影响因果关系的认定。但在客观归责的讨论中,这种被害人受伤后死于车祸或者死于医院大火属于风险没有在结果中实现的典型事例。通过对比修正前后的案情事实可以发现,显然之所以肯定危险实现的理由,既不是第二行为仅略微地提前了死亡结果,因为在规范上任何生命长度的缩短都不是没有意义的;也不是仅仅是因为实行行为创设了足够高的风险,而是因为实行行为所创设的高度风险在结果中实现,而这恰恰是直接实现型没有说明的,基于何种标准认定危险在结果中实现。

其二,间接实现型中行为危险性的判断欠缺规范性且危险实现的判断存在主观恣意性。与直接实

现型中所包含的高度危险不同,间接实现型中实行行为引起法益侵害的危险较低。这里存在两方面的问题,第一危险达到什么程度可以称得上的是高度的危险,从而属于直接实现型。第二,间接实现型中的危险也应当有程度上的限制性标准,否则难以与日常风险相区别。在欠缺规范判断时,从事后立场来界定危险几乎只是关于行为与结果之间存在必要条件关系的同义反复。例如在关于对被追至背对码头的被害人开枪的行为之中,内含了被害人为了躲避子弹,失足跌落的风险。这只是对案件事实经过进行了反复描述,却没能说明为什么这样的危险是内含于开枪行为之中的。客观归责论中,即便是行为违反注意义务创设了法所不允许的风险,但其中也同时伴随着日常的允许风险,因此在风险实现的判断中还需要通过义务违反关联性 & 注意规范保护目标,仅仅只是实现了允许风险的情形排除在归责之外。

间接实现型中危险实现的判断存在恣意性。如果直接引起结果发生的是介入行为,且介入行为异常显著,实行行为中欠缺诱发介入行为的危险性,则排除因果关系。根据这一标准,学理上认为,美军肇事逃逸案中不当驾驶的前行为欠缺诱发同乘人将被害人从车顶向下拖拽的危险,但却认为在“后备箱拘禁案”中(最决2006年3月27日《刑集》第60卷第3号第382页),^⑥停车行为却存在诱发追尾的危险。在后一种情况下,停车与追尾之间也只具有条件关系,如果行为人没有停车,也不会追尾。但这种意义上的诱发关系,在美军肇事逃逸案中也同样存在。为什么在后备箱拘禁案中,就可以认为因为追尾行为并不异常,所以死亡结果中实现了拘禁的危险;反过来在肇事逃逸案中,则认为同乘人的错误反应是异常的。当然在这两起案件对于第三人行为的异常性作不同的判断是可以理解的。因为在后备箱拘禁案中,行为人的拘禁行为是故意,而在美军肇事逃逸案中,第一行为人自身对于事故的引起是过失。但是既然标榜因果关系是纯客观的范畴,不应该受行为人主观因素的干扰,那么就应该在客观上判断究竟

是停车之后诱发追尾具有通常性,还是不当操作撞人之后诱发乘车人应激反应的因果流程具有通常性,否则相关判断过于恣意。

因此,间接实现型中介入因素异常性的判断是否存在限度与标准,这是目前危险现实化理论面临的最为重要、困难的问题。是否只要实行行为能够“诱发”介入行为,任何异常程度的介入行为都不能排除因果关系的认定,这是否会导致因果关系认定过宽的危险。桥爪隆教授承认,这种因果流程的相当性,并不限于“是否会出现这种情况”的事实性、盖然性的判断,而要求在于实行行为的关联性上进行相对判断,考虑介入因素的性质等规范性事实,^⑦但是在因果关系与结果归属同步判断的危险现实化理论中,究竟形成何种兼顾事实判断与价值判断的标准,仍是未竟之题。

由于缺乏明确的标准,与相当因果关系一样,危险现实化仍然需要借助对介入行为与结果进行适度抽象化获得妥当的结论。在后备箱拘禁案中,根据危险现实化理论,将C拘禁在后备箱的行为,有可能造成C窒息、冻死或者自伤的结果,存在引起死亡结果的危险性,但C并没有因为上述原因而死亡,而是死于B具有重大过失的追尾事故。那么亟待回答的问题是,能否认定拘禁行为包含着引起他人追尾事故以及导致被害人死亡的危险性。最高裁认为,虽然被害人的直接死因是第三人严重过失行为引起的追尾事故,但能够肯定本案拘禁行为与死亡之间的因果关系。因为交通事故中追尾的情况并不少见,而且由于被告人深夜将汽车停在道路上,他人未注意到前方路况而出现追尾事故属于非常可能发生的情况,因此B的追尾行为不能说存在明显异常之处。

桥爪隆教授认为,将B存在重大过失的追尾行为解释为“非常有可能的情况”是存在疑问的。按照这一逻辑,如果被害人C不被拘禁在后备箱,而是拘禁汽车后排座位,因他人追尾事故而死亡,也应该认定拘禁行为与死亡结果存在因果关系。但显然在后一种情形中,拘禁致死罪不能成立。如何根据危险

现实化解释“后备箱拘禁案”，并与拘禁在后排座位的情形相区分，他认为，应当通过对将被害人拘禁在后备箱的行为进行解释以肯定因果关系的成立。具体而言，后备箱不具备保护人身安全的功能，被拘禁其中的人无异于处于毫无防备的状态，故汽车在道路上停车后，虽然像B那样的时速60公里的过失追尾并不常见，但仍然非常有可能发生轻微的追尾事故，即便是轻微事故的发生，被害人同样存在较高的死亡可能性。因此，在将追尾事故的程度进行抽象化的基础上，拘禁后备箱行为与停车行为含有因某种事故致使被害人死伤的危险性，由于B的行为产生了构成要件的结果，可以评价为危险依然现实化。但是如果将被害人拘禁在后排，如果发生重大异常的追尾事故，则应当否定因果关系的成立。^⑩

桥爪隆教授通过对追尾事故的抽象化，使得存在异常介入因素的行为也能够评价在间接实现型危险现实化中，但这存在三个问题：第一，单纯依靠间接实现型并不能肯定拘禁致死罪因果关系的成立，而必须借助对判断素材的抽象化。对此，西田典之教授的批评极为深刻：这种做法无异于允许相当性判断加入假定性判断，一边对加入假定性判断持否定态度，一边又认定具有因果关系。可以说，这无外乎就是条件说^⑪。第二，既然需要对结果进行抽象，那么结果抽象的标准在因果判断中属于重要问题，但危险现实化并未讨论应当确立何种抽象的标准。如在大阪南港案中，学者们基于“死因”的标准对案件的结果进行抽象，得出第1次暴行与结果之间存在相当性的关系，但是如果基于“死期”的标准，由于第2次暴行提前了死亡的时间，则未必能够得出第1次暴行与结果具有相当性的结论。第三，在抽象化的基础上，如果认为拘禁行为与停车行为已经具有被害人因可能发生的追尾事故而死亡的危险性，这实际是直接实现型而非间接实现型的判断思路，这里是否为了肯定因果关系而做出了“缓和”理解甚至是偷换逻辑的解释，存在疑问。

四、危险现实化理论的比较思考

作为法律因果关系理论，相当因果关系旨在从

条件说所确定的事实因果关系范围中筛选出在刑法上重要的、能够成为刑事责任基础的因果流程。其问题意识本身具有评价与规范的色彩，但是其解决问题的方法则是从经验判断的角度把行为和结果当做自然现象来观察，以确定行为与结果之间存在前因后果的关系，依然维持着事实的、存在论的性质。^⑫其旨在限制条件说的事实判断，但其经验判断和条件说的事实判断之间又存在极其紧密的关系，难以真正起到限制事实因果关系的最初目的。诚如周光权教授指出，相当因果关系理论在方法论上存在着规范判断程度不高、缺乏判断实行行为的具体规则、忽略犯罪成立条件判断上的位阶性以及及部分案件的处理没有考虑刑事政策要求等问题。^⑬

在考察相当因果关系转向危险现实化的发展过程中，关注的重心并非具体个案中两种理论所得出的结论是否存在差异，亦并非具体判断规则上的差异，而应当在于危险现实化在方法论上相比于相当因果关系是否有了更大的突破。从这一点来看，危险现实化虽然通过对于判例的总结与理论的反思形成了更为具体的法律因果关系判断规则，但其所采用的思考范式与方法仍未超出相当因果关系理论的整体框架，其所采用的主要仍然也是一种存在论式的思考方法；另一方面，为了涵摄更多的案件类型，危险现实化理论相比于相当因果关系理论加入了更多的规范判断，只是囿于其纯粹的因果关系的理论定位，其在立场选择上不得不坚持一种客观的事实判断的立场，其理论体系地位的应然设定与案件判断方法论的实然需求是其理论内部存在张力的根本原因。

这突出体现对于危险的判断上，离开规范判断的危险概念将无从判断结果中实现的究竟是法所允许的风险还是法所不允许的风险。以行为人被被害人打成重伤后，被害人在去医院途中死于车祸的案件为例。客观归责理论的一致观点认为结果中没有实现法所不允许的风险。^⑭普珀教授以连贯性要求作了进一步的解释，即法所不允许的状态必须连贯地持续作用至结果出现，行为人虽然创设了法所不

允许的状态(重伤),但这个状态导向了一个允许的状态(乘坐出租车)时,归责的链条就会被中断,在结果中便只实现了乘坐出租车行为所蕴含的日常的允许风险。^④这一标准也能对大阪南港的危险实现作出解释,第一暴行人给被害人造成的颅内出血这一法所不允许的状态,是与第二暴行人的暴行一起共同引起了被害人的死亡,持续地作用于被害人死亡结果出现时,可以肯定结果中实现了法所不允许的风险。相反如果第一暴行人使被害人颅内出血,但被害人在去医院途中因车祸丧生则只实现了日常的乘车风险。客观归责理论中的风险实现由于加入了规范判断因素,可以对直接与间接实现两种情况作出统一的说明,而不必像危险现实化理论那样,在间接实现型中又回头诉诸因果关系通常性。

不过,危险现实化理论也呈现出逐渐朝着规范判断的方向发展的趋势,例如在“三菱公司轮胎脱落案”中,三菱公司在此次事故发生前,已发生过同型号轮毂发生破损导致轮胎脱落事故,公司品质部门负责人A与B明知该型号轮毂存在强度不足而导致脱落的缺陷,但未采取召回措施,导致涉案卡车前轮脱落撞击行人导致伤亡。那根据危险现实化的判断方法,A与B明知涉案汽车存在缺陷,存在轮毂脱落伤害他人的危险性,却放任不管,最终使得轮毂缺陷的危险性现实化为行人死亡的结果,构成业务过失致死罪,这是公诉方的观点。但法院判决认为,被告人的注意义务,是防止轮毂因强度不足产生破损再次发生的业务注意义务,如果不能说明事故的起因是轮毂强度不足,就不能说明此次事故是基于被告人的上述注意义务违反而产生的危险的现实化,最终判决A与B成立业务过失罪。安达光治教授指出,判决特别说明了A与B应当防止的危险,并不是可能对人造成死伤的方方面面的危险,而仅仅限定在“因强度不足这一制品本身所具有的缺陷而造成人员伤亡的危险”。换言之,只有与被告人履行召回义务的注意规范产生管理的危险在结果中现实化时,才能认定被告人的行为与结果存在因果关系。^⑤这借助了“规范保护的目的是”限缩了危险的范围。此

外,也有日本学者指出,虽然杀人罪与过失致死罪作为侵害人的生命的行为,在外观上具有共通性,但在成立相应的构成要件所预设的实行行为的危险性程度上,存在差异。^⑥故意犯与过失犯在实行行为的危险性程度上究竟存在何种差异,这自然是危险现实化理论需要进一步回答的问题。

日本学界在相当因果关系与危险现实化上的方法论取向,与战后日本刑法学的整体发展趋势有着密切的关系。二战以后,日本与德国走上了不同的功能主义(机能主义)刑法学的发展道路。与德国根据价值判断建立的规范刑法论体系所不同,日本机能主义刑法学强调刑法在社会现实中的作用,强调问题性思考,注重经验能够验证的事实判断,建立在本体(因果性或者目的性)的标准之上。确立以法益侵害与危险为结果本位的违法观,以可视性作为理论的基本要求。^⑦日本学界对于危险现实化的理论建构和客观归责论的批判审视均基于这一机能主义刑法观,客观归责论难以经验性、本体性的把握,其旨在整体解决客观不法判断的理论志向亦带来了可能沦为“问题的集合”,部分下位标准不够明确等问题均与日本刑法学追求的实质的实行行为概念、构成要件的定型性、刑法理论的可视性等标准相抵牾。日本学界的主流认识是,让日本学说同时放弃实行行为与因果关系论两个方面,完全以客观归责论取代,没有必要性。^⑧

作为日本刑法学发展的最新成果之一,危险现实化理论在因果关系领域将本体性、经验性、可视性的机能主义刑法观继续向前推进,为相关案件的解决提供了标准更清晰、结论更妥当的教义学方案。但在疑难复杂案件的处理中,即便推向极致的存在论、经验论的思考也难免触及其功能的上限。在这种情况下,为获得妥当的结论,日本学者往往对判断素材进行抽象化的缓和理解(如大阪南港案、后备箱拘禁案中对于死因的抽象化),或考虑转移至其他构成要件要素中甚至通过故意、过失等责任要素解决现有问题,个别案例并不避讳借助进一步的规范判断的必要(如三菱公司轮胎脱落案通过规范保护目

的限缩行为的危险性)。从体系思考的角度,这与其质疑客观归责论体系性地位不清晰,判断标准不明确的理论判断,旨在建立一体化的解决因果关系问题的理论初衷之间不免存在难以自洽之处。

笔者无意否定危险现实化的理论创新与方法意义,作为一种在反思既有理论,借鉴外来理论基础建立起来的本土教义,危险现实化缘起于司法判决的问题意识,经过学者们思考沉淀与理论建构,形成了相对清晰的类型化标准与具体的判断标准,不论是其理论的形成,还是日本理论与实务的思考过程,有太多值得我们学习地方。目前中国的因果关系理论走出苏联以区分必然因果关系与偶然因果关系为特征的庸俗哲学观念的因果关系并不太远,实践中案件的妥当处理还需要有力的理论指引。同时,在晚近中国刑法教义学转型中,日本的“实行行为”概念与“相当因果关系”理论也逐步在我国理论土壤中扎根。面对客观归责论,我们也正在经历着日本刑法学的同样问题,是抛弃原有理论全面继受客观归责论的观点,还是借鉴客观归责论的方法论,修正完善原有理论,立足实际,形成中国教义,这是横亘在中国刑法学面前不能逾越的问题。从这样的问题视角出发,立足体系性思考的维度全面审视危险现实化理论的得与失,无疑可以为中国因果关系理论的发展提供重要的参考标本。佐伯仁志教授认为,(危险现实化的)判例也没有明确否定规范性考虑,这一问题留待今后解决。^⑩三菱公司轮胎脱落案等判决体现了规范性判断的趋势。但根本的问题是,转向高度规范判断之后的危险现实化,固然满足了个案妥当处理的方法论需求,但牵一发而动全身,高度的规范判断必然逾越了危险现实化理论所设定的体系地位:实行行为与危险结果之间的客观的、纯粹的因果关系。当然,这也是中国因果关系理论进一步转型,必须予以考虑并解决的基本问题。

注释:

①参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥

译,法律出版社2013年版,第77页。

②支持的主要观点参见陈兴良:《从归因到归责:客观归责理论研究》,《法学研究》2006年第2期;周光权:《客观归责理论的方法论意义——兼与刘艳红教授商榷》,《中外法学》2012年第2期。反对观点参见刘艳红:《客观归责理论:质疑与反思》,《中外法学》2011年第6期;刘仁文:《再返弗莱堡》,《法制日报》2017年12月27日。此外,张明楷教授虽然反对全盘引入客观归责论,但主张充分借鉴客观归责理论的具体内容,其中“因果关系”借鉴危险实现的基本内容,分为事实的因果关系与结果归属两部分。参见张明楷:《也谈客观归责理论——兼与周光权、刘艳红教授商榷》,《中外法学》2013年第2期。

③[日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第85页。

④[德]英格伯格·普珀:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第181页。

⑤[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法总论:犯罪原理的基础构造》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第127页。

⑥参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第118页。

⑦[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第59页。

⑧参见[日]桥爪隆:《刑法总论困惑(一)》,王昭武译,《苏州大学学报(法学版)》,2015年第1期。

⑨[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第63页。

⑩[日]桥爪隆:《当前的日本因果关系理论》,高翔译,载陈兴良主编:《刑事法评论:教义学的犯罪论》,北京大学出版社2018年版,第275页。

⑪参见[日]安达光治:《日本刑法中客观归属论的意义》,孙文译,《国家检察官学院学报》2017年第1期。

⑫Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S.61.

⑬参见前注⑨,第58页。

⑭关于具体结果概念,参见徐凌波:《因果关系在产品刑事责任案件中的认定问题》,《政治与法律》2014年第11期。

⑮参见前注⑫, S.61.

⑯参见前注⑤,第244页。

⑰参见前注⑥,第118页。

⑱参见前注⑨,第62页。

⑲[日]井田良:《刑法における因果関係論をめぐって:相当因果関係説から危険现实化説へ》,《慶応法学》第40号。

⑳同前注④,第142-146页。

㉑参见前注⑧。

㉒参见前注⑨,第58页。

②③参见前注⑨,第63页。

②④同前注⑥,第116页。

②⑤同前注⑦。

②⑥同前注⑩,第276页。

②⑦同前注⑦,第59页。

②⑧参见[日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道、乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第65页。

②⑨[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。

②⑩同前注②⑧,第61-62页;同前注③,第195-196页。

②⑪同前注⑩,第276页。

②⑫同前注⑪。

②⑬同前注③,第196页。

②⑭同前注②⑧,第65页。

②⑮同前注⑧。

②⑯参见车浩:《假定因果关系、结果避免可能性与客观归责》,《法学研究》2009年第5期。

②⑰基本案情是行为人A于凌晨将被害人C塞入轿车后备箱内并关上箱盖,行驶一段时间后将车停在市区一便利店附件的车道上,车道为宽约7.5米,乃直线视野较好的道路,停车

数分钟后,第三人B因疏忽大意,以时速60公里的速度撞上行为人汽车尾部,造成后备箱中部产生凹陷,导致后备箱内的被害人死亡。日本判例与学理均认为停车行为却存在诱发追尾的危险,参见前注①,第93-94页。

②⑱参见前注⑧。

②⑲同前注⑩,第280-281页。

②⑳同前注①,第91页。

②㉑陈子平:《刑法总论》,元照出版公司2015年版,第172-173页。

②㉒参见前注②,周光权文。

②㉓同前注⑤,第253页。

②㉔[德]英格博格·普珀:《论客观归责的体系》,徐凌波、曹斐译,载陈兴良主编:《刑事法评论:刑法规范的二重性论》,北京大学出版社2017年版,第298页。

②㉕同前注⑪。

②㉖同前注⑥,第68页。

②㉗参见[日]平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第73页以下。

②㉘同前注⑱。

②㉙同前注②⑧,第65页。

The Theory of Risk Realization and the Attribution of Results

Ma Chunxiao

Abstract: Although the theory of danger realization draws on some viewpoints and methods of objective imputation, its theoretical structure, methodology, judgment criterion and system positioning are significantly different from the result attribution paradigm represented by the objective imputation theory. Compared with the adequate causation theory, the theory of danger realization tries to solve the problem of uncertainty of the adequate standard by typification, and strengthen the normative judgment through introducing the concept of “danger”, and through an integrated judgment to solve the problem that the causal relationship is divided into two stages: factual connection and normative restriction. But it has not made a new breakthrough in the theoretical fundament of the adequacy of results and the commonness of causal process. The uncertainty of adequate causation has been divided into two part: the ambiguous criterion of risk realization and the unclear standard of judging the abnormality of intervention factors. The theory of danger realization needs to rethink systematically about the internal tension between the position of objective fact judgment, the orientation of the system of causality and the factual demand of normative judgment to handle case properly. This is also the basic proposition that must be considered first in the further development of causation theory in China.

Key words: Danger Realization; Adequate Causation; Objective Imputation; Normative Judgment; Result Attribution