

法学研究

刑法客观归责理论中的经典问题 及其应对策略*

[德] 英格博格·普珀

【摘 要】在运用客观归责理论时, 应注意的是: 判断行为与结果之间的因果关系是否存在时, 无须考虑替代性原因, 只有当行为人的不当行为是结果发生的必要条件时, 行为人才对此完全负责; 判断违反注意义务的因果关系是否存在时, 不仅应将行为人的行为违反注意义务本身考虑进来, 还应将同样引起结果发生的、合义务的替代行为考虑进来; 存在违反注意义务的双重因果关系时, 不能运用避免可能性说, 也不能考虑行为人对注意义务的违反, 而是要考虑被害人对注意义务的违反, 如果被害人合规行事结果也会发生, 结果应归责于行为人。

【关键词】客观归责理论 注意义务违反 因果关系 合义务的替代行为

【作者简介】英格博格·普珀 (Ingeborg Puppe), 德国波恩大学法学院教授。

【译者简介】王德政, 法学博士, 成都大学法学院讲师。

中图分类号) D914 文献标识码) A 文章编号) 1000—2952 (2021) 06—0058—06

一、导论

在刑法学中, 判断行为人实施的某个行为是否构成某种犯罪, 应当运用犯罪论体系对该行为进行检验。如果得出肯定的结论, 行为人实施的上述行为则构成该罪。当代德国犯罪论体系的通说是新古典与目的论相结合的犯罪论体系, 该体系的客观构成要件要素包含了客观归责。客观归责理论的内容可简要表述为: 如果行为人通过实施实行行为对行为客体制造了法所不容许的风险, 该风险现实化为具体结果并且在构成要件的效力范围之内, 那么该结果就可归责于行为人。由此可见, 客观归责的功能在于将行为造成的结果归责于行为人。然而, 运用客观归责理论时经常会出现三个经典问题: 行为与结果之间因果关系的判断、违反注意义务的因果关系判断、违反注意义务的双重因果关系判断。这三个问题时常在相应案例中引发判断上的困难, 有必要列举德国联邦最高法院的三个刑事判例, 从中分别引出上述问题, 经过分析后得出相应的应对策略, 以使客观归责理论的运用更为准确和便捷。

* 本译文系教育部人文社会科学研究青年项目“刑法目的解释研究”(18YJC820057)的阶段性成果。

二、行为与结果之间的因果关系（基础的归责关系）

（一）危重病人案

在《德国联邦最高法院刑事判例集（第49卷）》第1页起的判决中，一个精神病诊所所有两名技术高超的医生，该诊所出于安全考虑收治了一个因重大暴力犯罪和性犯罪受到判决的病人，此病人被判定为向来是极其危险且无法治愈的。这个病人曾向两侧弄弯为保护文物而设置的脆弱的窗栏，两次逃出了诊所。本案的被告人允许病人外出而没有进行监管，病人利用这一时机杀死了两名老妇人并实施了数次强奸行为。针对过失致人死亡罪的指控，州法院判决两名医生无罪，理由是如果病人无法通过被允许外出而获得自由，他也能通过再次脱逃来获得自由。因此，医生的行为与病人实施的犯罪之间无论如何都是没有因果关系的。对此，州法院运用了刑法通说和德国联邦最高法院都赞同的因果关系确定方法，即只有当不取消结果就无法想象行为不存在时，该行为才与结果之间有因果关系。^① 为了在表达上少一点晦涩，可表述为：行为是结果发生的必要条件。

（二）问题：若行为人对结果完全负责，结果与行为人的行为之间存在何种条件关系？

确定因果关系是结果归责的首要前提，这是不言自明的。只有当结果的发生取决于行为人的不当行为时，行为人才对此完全负责。然而，只有当行为人的不当行为是结果发生的必要条件时，结果的发生才取决于行为人的不当行为。可是，将结果发生的必要条件确定为原因——如果这一点被贯彻到底并且个案中的结果可能以各种方式发生的话，法益保护的效果就会遭到严重破坏。在一起交通事故中，几个涉案的司机各自实施了违反注意义务的行为，而每个驾驶错误都足以引起这场交通事故的发生。如果每个司机都能因此而出罪的话，即使被害人合规行事，对他自己也是没用的，因为其他人的不当行为足以引起交通事故发生（下文将讨论这种情况）。

另一种情形中，每个参与人都可能提出其他人违反义务而为自己出罪，这是指：行为人的不当行为引起了一个危险，但即便行为人合规行事，此危险也会由另一个已设定的情况，即所谓的替代性原因（Ersatzursache）引起——如果被告人履行义务，拒绝让病人外出，病人也能弄弯保护文物的窗栏而获得自由。根据这一充满疑问的理论，法官的出发点必须是：即使行为人能做到这一点，其后两位老妇人也一样会被杀死。她们的命运并非取决于医生的不当行为，也不取决于保护文物的窗栏存在的缺陷，因为病人为了获得自由不一定必须弄弯窗栏。此案中，将必要条件确定为原因带来的后果是，无论是实施治疗的医生，还是负责诊所安全的人员，参与者中没人对被害人的不幸负责。此结论令人无法接受，也让德国联邦最高法院无法接受。

（三）因果关系确定中正确方法与错误方法的区别

该问题（此疑问最初就完全没有被提出来）的解决路径在于：如果行为人没有如此行为，而是听任事件发展，该事件也会现实地发生。如果人们不愿接受这个结论——几个真实存在或假定存在的参与人都无罪，就必须放弃以下论断：只有满足下述要求的行为才是结果的原因——结果发生的必要条件在于，被侵害法益的命运取决于行为人的行为。然而，哪种条件关系接近于必要条件呢？

因为结果事实上发生了，所以足以引起结果发生的条件必定具有真实性（in Wirklichkeit）。假定我们能确定一种普遍法则，即所谓的因果法则，据此法则，如果形式上满足特定前提，相应结果总是会说的话，条件对结果而言就是充分的。如果根据普遍法则，在这样一个引起结果的充分条件中，行为作为其必要组成部分而发生并且此条件具有真实性，此时就可以说行为是结果的原因。^②

^① BGHSt 1, 332; 2, 24; 3, 69; 7, 114; 24, 34; 31, 98; 37, 106 ff.; OGH 1, 330, (367); 2, 286; OLG Stuttgart JZ 1980, 618; aber auch BGHZ 86, 157 (170).

^② Puppe, AT, 3. Aufl., 2016, § 2 Rn 5 ff.; dies., in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK, 5. Aufl., 2017, Vor § 13 Rn 106.

我们要将这一因果关系确定方法运用到一些案例中,就必须质问:置身于禁闭场所的行为人是怎样脱离此场所而犯故意杀人罪的呢?因为他离开了那个场所,所以其犯故意杀人罪是可能发生的。他可以通过门离开那个场所,因为他可以给门卫出示一个医生允许他外出的证明。在病人所犯故意杀人罪的因果说明(Kausale Erklärung)中,被告人医生同意病人外出这一事实是存在的,防止病人脱逃而设置的窗栏太脆弱这一事实却不存在,这说明后者是替代性原因。被告人医生作出的同意,却是病人所犯故意杀人罪的充分条件中的一个必要组成部分,事实上也的确如此。如果我们从该充分条件中去除医生的同意(想象其不存在),条件就不再充分了。这也就无法解释,病人是怎样通过门而脱逃的。

这不仅是在技术和自然科学(只要其运用因果概念)上得到运用的因果概念,并且,与必要条件公式相反,它还实现了将结果归责于行为。此外,当一个替代性原因被设定于具体案情中,或者同时存在能相互替代其作用的几个原因时,即所谓的多重因果关系或择一的因果关系,也属于该因果概念范畴。只不过,这是德国联邦最高法院想达到的目的:不能根据其他参与人真实存在或假定存在的违反义务行为,来为这类案件中的几个参与人出罪。

三、违反注意义务(义务违反关联性或不容许风险的实现)的因果关系

(一) 转向灯案

某天清晨,A想开车去办公室,他发现车的左转向灯无法发光。很明显,这是因为灯泡或保险丝坏了。他本可以随手取来灯泡或保险丝换上,但为了避免迟到,他还是开着左转向灯有故障的车出发了。他在路上遇到红灯停车时,另一辆车从后边超过了他的车,那辆车的司机开得又快又鲁莽。尽管A由于开着转向灯有故障的车而违反了注意义务,并且他的驾驶行为和红灯时停车是事故的原因(第二个原因是碰撞),但只要他没有如德国《刑法》第222条所称“过失地引起”对那个司机的个人损害,就不应对该损害负责。这明显是有问题的:一个行为违反了义务,但另一个同时发生的行为是损害发生的原因。更确切地讲,这一行为本身(对其义务违反性而言很关键)正是损害发生的原因,在此意义上,该行为是损害发生的充分条件中的一个必要组成部分。^①为了解释这场事故,我不需要一份关于车辆转向灯设备的情况报告,因为在事故发生之前,A完全没有操作该转向灯设备。我能轻易否定违反注意义务的因果关系是存在的,根据是:一份左转向灯有故障的情况报告,完全不存在于该事故的充分条件中。可沿用刑法通说的用语来表述:如果不取消结果,可以想象有故障的转向灯是不存在的。

(二) 其他几个难题

德国联邦最高法院将这一归责关系称为“违反注意义务的因果关系”,这在本质上完全是正确的。^②此表述理所当然地引起了学术界的不满,因为在这种意义上,违反注意义务无法成为原因(因为它是行为与注意规范的矛盾)。当人们谈及行为违反注意义务本身而非谈及“违反注意义务”时,此错误表述就很容易被纠正。此理论并未进行简单的纠正,不仅将必要的关联性称为因果关联性,还称其为违法关联性、义务违反关联性或不容许风险的实现。^③上述表述并非错误,但有缺点:完全

^① Puppe, AT, 3. Aufl., 2016, § 3 Rn 2 ff.; dies., Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK, 5. Aufl., 2017, Vor § 13 Rn 206 ff.

^② BGHSt 11, 1 (7); 21, 59; 33, 61 (64); VRS 21, 6; JR 1982, 382; OLG Thüringen VRS 111, 180 (184); Fischer, StGB, 55. Aufl., 2008, vor § 13 Rn 35 m. w. N.; Jakobs, AT, 2. Aufl., 1991, § 7 Rn 78; Puppe, AT, 3. Aufl., 2016, § 3 Rn 3 ff.; dies., in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK, 5. Aufl., 2017, vor § 13 Rn. 206.

^③ Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., 2006, § 15 Rn. 42; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, vor § 13 Rn. 99; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 47. Aufl., 2017, Rn. 197; Kindhäuser, AT, 8. Aufl., 2017, § 33 Rn. 34 f.; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., 2006, § 17 Rn. 47 ff.; Frisch, GA 2003, 719 (728).

没有表述行为违反注意义务与结果之间必要关联性的本质。只要不表述，就不会表述错。

理论和判例都面临另一个难题。两者都反对以下做法：在事实的说明上能明确说明却不明确说明。因此，我们必须反对以下做法：确定违反注意义务的因果关系时，不明确说明行为违反注意义务本身，而是要求以合义务的行为来替代违反注意义务的行为，即所谓“合义务的替代行为”（korrespondierende sorgfaltsgemäße Alternativverhalten）。^①但这一做法不仅完全是多余的，还使得必要的关联性呈现出多种含义，因为不明确的是，究竟何种符合注意义务的行为方式“符合”行为事实上所实施的违反注意义务的行为。^②在本案中，行为人可以修理有故障的转向灯，也可以乘坐有轨电车、出租车或骑自行车去上班。将开着转向灯已修好的车这一符合注意义务的行为考虑进去，结果不会取消。将乘坐有轨电车或骑自行车考虑进去，结果会取消。将乘坐出租车考虑进去，无法得知结果是否会取消，因为不知道出租车司机是否像被告人或其他人那样开车。这些行为方式中，哪些是符合注意义务的行为方式呢？这个问题取决于行为人是否开着转向灯已修好的车，或者取决于个案中行为人是否有可替代的灯泡或保险丝并且自己能修好转向信号装置，或者取决于他事实上有没有这种可能性。此判断标准应予否定，因为行为人开转向灯修好的车是被允许的，这将导致一个后果：其他交通参与者必须承担这一相关风险即不容许的风险。由于司机在个案中不可能立即修理转向灯，此事实导致无法要求其他交通参与者对危险无动于衷。^③

（三）应对策略

根据德国联邦最高法院对违反注意义务的因果关系所采取的表述，只将行为人的行为违反注意义务本身考虑进来，而不将合义务的替代行为考虑进来，对查明事故发生在因果关系上的可解释性而言，是有风险的。^④不想冒风险的话，就要将同样引起结果发生的、合义务的替代行为考虑进来。对此，至少可提出以下理由：事故的其他参与者无法要求行为人从几种符合注意义务的行为方式中，选择一种方式来防止结果发生。正如上文所阐述的那样，如果符合注意义务的行为必然引起结果发生，上述理由也同样适用。但个案中基于某些技术性原因，行为人不可能实施合义务的替代行为。

我们可作出如下阐述：当另一个司机驶向十字路口时，汽车司机A由于停在路口而导致了这场事故发生。因此，他的行为违反了注意义务，因为他车上的左转向灯有故障。只有当他的行为违反注意义务本身（即转向灯在行驶时的故障）是这场事故的原因时，该事故才能归责于此行为人。根据德国《刑法》第222条，行为人必须“过失地引起”被害人死亡。如果不取消结果，就无法想象被告人行驶到信号灯前和转向灯的故障都是不存在的。行为人并未过失地引起这场事故。

四、违反注意义务的双重因果关系

（一）停车位案

被告人开车经过一辆停着的公交车时，轧倒了从公交车后面出来的一个小孩。根据德国联邦最高法院的判例，一个司机开车经过一辆停着的公共汽车时，应将车速控制在步行速度内，以便于及时刹车，或应与公共汽车保持至少两米的距离。该义务的根据在于，无论街上有没有人和车，出现在公共汽车后面几步之遥的行人在横穿街道之前，都不应被从旁边驶过的汽车伤害到。被告人司机开车超过了起步速度（Anhaltengeschwindigkeit）且距离少于两米，从而轧死了小孩。他自我辩护时

① Kindhäuser, AT, 8. Aufl., 2017, § 33 Rn. 34 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 47. Aufl., 2017, Rn. 676; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 15 Rn. 174 ff.

② Puppe, AT, 3. Aufl., 2016, § 3 Rn. 7 ff.; dies., in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK, 5. Aufl., 2017, vor § 13 Rn. 202, 212.

③ Jakobs, AT, 2. Aufl., 1991, § 7 Rn. 86; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK, 5. Aufl., 2017, vor § 13 Rn. 213.

④ Jakobs, AT, 2. Aufl., 1991, § 7 Rn. 86; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK, 5. Aufl., 2017, vor § 13 Rn. 213.

提出,那个小孩突然且鲁莽地在街上奔跑,以至于即使他与公共汽车保持至少两米的距离,也会撞死小孩。因为小孩已经死亡并且没有其他事故证人,德国联邦最高法院根据存疑时有利于被告原则(in dubio pro reo)推定他提出的异议是成立的,并推翻了被告人犯过失致人死亡罪的判决,理由是,此判决只在以下情形中才成立:“可以肯定的是,符合交通规则的行为不会引起这样的结果。”^①

(二) 问题

想象一下,如果小孩幸存下来并质问法官:“现在谁为我的这场事故负责?如果被告人由于无法避免这场事故而不负责,我就必须自己负责?然而,我也无法通过实施期待的行为而避免这场事故,因为被告人在两米保护区内撞倒了我。像他说的那样,如果我没有鲁莽地在街上奔跑,而是实施了期待的行为,仅仅出现在公共汽车后面几步之遥,他还是撞倒了我,现在谁又为这场不幸负责?”

(三) 应对策略

在上述情形中,危险恰好出现了。如果在双重因果关系情形中运用“若无前者,即无后者”公式,此危险就是存在的。这是很容易看出来的,因为这与行为的双重因果关系无关(因为两个交通参与人的行为对于撞击的发生都是必要的),而与违反注意义务的双重因果关系有关。因为撞击属于后者情形,违反注意义务的双重因果关系现象经常发生在道路交通中,这与行为的双重因果关系现象相反(该想象在实践中是罕见的)。在违反注意义务的双重因果关系的场合,可以想象行为人违反注意义务是不存在的,因为其他参与人违反注意义务本身足以引起事故发生。现在,有人根据必要条件公式提出,如果不取消结果,行为人违反注意义务并非可想象其不存在的,那么,在这种情形下,应否认违反注意义务的因果关系是存在的。法院对于上述情形也是这样处理的:判决被告人无罪,理由是,根据存疑时有利于被告原则作出推定——即使被告人合规行事,小孩违反注意义务本身也足以引起撞击事故。当两个参与人违反注意义务的程度都如此严重,以至于每次违反注意义务本身都足以引起这场事故时,结果是这场事故无法归责于任何参与人,虽然这对其中一个参与人是合理的,对另一个参与人也是公平的,但这是一个令人无法接受的结论。

然而,现在为了查清除了被害人违反注意义务外,行为人违反注意义务是否也是事故发生的充分条件,我们就不可质问,如果行为人合规行事,事故还会发生吗,而是应问一下,如果被害人合规行事,^②事故仍会发生吗。结论是,如果被害人合规行事,结果也会发生,所以不能提出“被害人同时实施了足以引起结果发生的、违反注意义务的行为”而为行为人出罪。^③

据此理由,所谓的回避可能性说,像通常表述的那样,也是站不住脚的。此说表述为:行为人不对这场事故负责,因为他不能通过实施符合注意义务的行为去避免这场事故发生。^④上述回避可能性说导致,正是因为一个或两个参与人特别严重地违反了注意义务,每个参与人都能提出其他人违反了注意义务而为自己出罪。^⑤回避可能性说在如下意义上无论如何都是正确的,即如果所有的参与人都合规行事,结果就可避免。^⑥

如果认为为本案的被告人进行辩护是有必要的,可作出如下表述:根据存疑时有利于被告原则,假定以下情况是真实的——这个小孩如此鲁莽且突然地在街上奔跑,即使被告人的车与停着的公共汽车保持规定的两米距离,他也会被告人撞死。

① BGH VRS 25, 262 (263).

② Ranft, NJW 1984, 1425, 1429; Puppe, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK, 5. Aufl., 2017, Vor § 13 Rn. 219 f.

③ Puppe, AT, 3. Aufl., 2016, § 3 Rn. 13 ff.

④ Kindhäuser, AT, 8. Aufl., 2017, § 33 Rn. 34 f.; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 47. Aufl., 2017, Rn. 956 ff.; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 15 Rn. 174 f.

⑤ Kindhäuser, AT, 3. Aufl., 2016, § 33 Rn. 40.

⑥ Kindhäuser, AT, 3. Aufl., 2016, § 33 Rn. 41.

然而，无须作出以下说明：被告人并不因其违反了注意义务而对该事故负责。如果他对注意义务的违反和被害人对注意义务的违反，都是结果发生的充分条件中的一个必要组成部分，结论还是如此。这就是违反注意义务的双重因果关系情形。为了处理该情形，千万不能考虑行为人对注意义务的违反，而是要考虑被害人对注意义务的违反。同样需要假定：如果这个小孩只是抢先几步出现在公交车后面，由此停留在两米的保护范围内，这种情况下，应将注意规则（Sorgfaltsregel）适用于被告人。该事故同样发生了，因为被告人甚至在两米的保护范围内撞到了小孩。被告人的不当行为——在保护范围内的行驶速度大于起步速度，是结果发生的充分条件中的一个必要组成部分。因此，被告人并不受到以下论断影响：假定存在的小孩违反注意义务的行为是结果发生的充分条件，被告人应对该事故负责。

五、结论

经过以上讨论，对于客观归责理论运用中的三个经典问题可得出以下应对策略：第一，判断行为与结果之间的因果关系是否存在时，无须考虑替代性原因，只有当行为人的不当行为是结果发生的必要条件时，行为人才对此完全负责；第二，判断违反注意义务的因果关系是否存在时，不仅应将行为人的行为违反注意义务本身考虑进来，还应将同样引起结果发生的、合义务的替代行为考虑进来；第三，存在违反注意义务的双重因果关系时，不能考虑行为人对注意义务的违反，而是要考虑被害人对注意义务的违反，如果被害人合规行事，结果也会发生，此时结果应归责于行为人。

（责任编辑：方军）

Classic Problems in the Objective Imputation Theory of Criminal Law and Their Solutions

Ingeborg Puppe

Abstract: When the objective imputation theory is applied, we should pay attention to following aspects: while judging whether the causality between the behavior and the result exists, there is no need to consider the alternative cause. Only when the improper behavior of the conductor is a necessary condition for the result, the conductor is fully responsible for it. While judging whether the causality of the breach of care duty exists, not only the breach of care duty of the conductor should be taken into account, but also alternative behaviors of performing duties that also cause the result should be taken into account. When there is a double causality of the breach of care duty, the application of the avoidance possibility theory and the violation of the conductor's care duty should not be considered, but the violation of the victim's care duty should be considered. If the result will also occur when the victim acts in compliance with the law, the conductor is responsible for the result.

Keywords: objective imputation theory; violation of care duty; causality; alternative behavior of performing duties

英格博格·普珀教授简介

英格博格·普珀（Ingeborg Puppe）系德国波恩大学法学院教授，是德国当代著名的刑法学家，主要研究领域为刑法学、法哲学。

普珀教授于1941年1月11日出生于波兰罗兹，父亲为律师，母亲为高级中学的数学和物理教师。她有两位兄长，其中一位为数学家。普珀教授1961—1965年就读于德国海德堡大学法学专业，其间深受刑法学家威廉·加拉斯（Wilhelm Gallas）教授和卡尔·拉克纳（Karl Lackner）教授的影响。她分别于1965年、1970年通过第一次和第二次国家司法考试，1970年在德国海德堡大学法学院以论文《机械记录的伪造》获得博士学位，师从威廉·加



拉斯教授。同年3月1日起，她开始担任卡尔·拉克纳教授的助手，1977年在德国海德堡大学以教授资格论文《想象竞合与个别犯罪》获得大学执教资格（专业为刑法、刑事诉讼法、法理学），后接受德国波恩大学法学院的邀请，于同年10月1日担任该校刑法与刑事诉讼法教席，直至2006年退休。

普珀教授年届高龄依然笔耕不辍，截至2021年12月，已出版学术专著7部，参与写作了《诺莫斯刑法注释书》，发表学术论文102篇、其他学术文章（判决评论、书评等）80篇。代表作有：《故意与归责》（1992年版）、《刑法中的结果归责》（2000年版）、《刑法教义学探析》（2006年版）、《法学思维小学堂》（最新版为2008年第3版）、《刑法总论——以判例为镜鉴》（最新版为2019年第4版）。

普珀教授在德国刑法学界享有盛誉，其学术观点经常对刑法理论通说提出犀利的批判而较有特色，理论独创性在其刑法思想的集大成者《刑法总论——以判例为镜鉴》这一教科书中可见一斑，该书将刑法总论的体系归纳如下：一、结果归责的基础；二、故意犯的构成要件；三、构成要件实现的违法阻却事由；四、罪责及其阻却；五、犯罪未遂；六、犯罪参与的形式；七、犯罪竞合。

普珀教授的论著已被翻译为中文、西班牙文等多国文字，她在我国刑法学界有着很高的知名度，其名著《法学思维小学堂》由台北大学法学院蔡圣伟教授翻译并在海峡两岸出版后受到极大欢迎，《论犯罪的构造》《客观归责的体系》等多篇优秀论文也已被我国大陆学者陈毅坚、徐凌波、曹斐等翻译为中文并公开发表。

（方军）