

风险降低理论与客观归责的再思考

李玉梅

苏州大学王健法学院, 江苏 苏州

收稿日期: 2024年2月28日; 录用日期: 2024年5月12日; 发布日期: 2024年5月24日

摘要

风险降低作为客观归责理论第一阶层“制造法所不容许的风险”主规则的下位理论, 对于反向检验排除结果归责具有重要作用。风险降低理论宜从广义上理解, 包括两种情形, 一种是减弱既有的风险, 或者至少不改变原有风险; 另一种是以较小风险取代原本存在的更大风险。其在犯罪论二阶层体系之下更具有可行性, 不仅在构成要件符合性上排除归责, 也需要对违法性予以考虑, 通过正当化事由排除结果答责。具体来看, 风险降低参照基准不应包括行为计划, 且在作为和不作为的场合需要区别适用。作为应用性理论, 客观归责论及其下位理论应当解决逻辑体系的不足之处, 才能找到未来的出路。

关键词

客观归责, 风险降低, 风险替代, 风险

Risk Reduction Theory and Revisiting Objective Responsibility Attribution

Yumei Li

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: Feb. 28th, 2024; accepted: May 12th, 2024; published: May 24th, 2024

Abstract

The Risk Reduction Theory, serving as a secondary framework within the principal rule of “avoiding legally non-permissible risks” at the foundational level of objective responsibility attribution, plays a pivotal role in the backward verification for excluding result responsibility. It is imperative to interpret the Risk Reduction Theory expansively, encompassing two scenarios: diminishing pre-existing risks or, at a minimum, maintaining the original risk level; and substituting a previously higher risk with a lesser one. This approach gains practicality within the dual-layer struc-

ture of criminology, facilitating the exclusion of imputation not only by aligning with the elements of the offense but also by evaluating the legality, thereby justifying the exclusion of outcome liability. Notably, the risk reduction benchmark should exclude plans of action and necessitates distinct applications for active behaviors versus omissions. As a practical theory, the objective attribution framework and its ancillary theories must address the logical system's shortcomings to pave the way forward.

Keywords

Objective Responsibility Attribution, Risk Reduction, Risk Substitution, Risk

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

风险降低是客观归责理论三大主规则下位规则之一。20 世纪 70 年代以来,由霍尼希(Honig)提出、克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)的理论学说为代表的客观归责理论在德国刑法因果关系理论中兴起,并受到中国刑法学界的关注,其本质上是一种层层限缩责任的排除性规则体系。客观归责概念本身并没有提出什么检验犯罪的标准,真正提供检验犯罪标准的是其一连串颇具个性化色彩的下位理论[1]。风险降低就作为第一层“筛选机制”——“行为制造法所不容许的风险”这个主规则的下位理论来发挥反面检验作用,将没有刑法规范意义的因果流程剔除在外,从而限定结果答责的范围。

罗克辛教授认为,当行为人采取减小对被害人已经存在的危险,即以改善行为客体状况的方式对一种结果过程进行修改时,风险的创设及其可归责性就不存在了[2] (p. 247)。换言之,如果行为人改变了因果关系的现实发展流程,由此降低了被害人本来已经面临的风险,且由于这一风险降低的行为使得法益所处状况得以改善,则应排除客观归责。这是对于风险降低理论的总体概括。问题在于,学界对于允许风险、假定因果关系等其他下位理论都有一定深入的同时,风险降低理论却讨论寥寥,阐述得并不充分。即使德国的刑法教科书,对于降低风险规则的阐述也篇幅简短,且更侧重于举例式的描述而非概念式的定义,遑论内涵上的解读。

罗克辛教授例举了两个例子来说明风险降低。第一个例子为“石块案”:当行为人甲看到天上掉落的一块石头即将砸中乙的头部时,甲推了乙一把,导致石头砸向了乙的肩膀使其受伤。第二个例子为“火灾案”:行为人甲和婴儿乙一同被困在了火海,甲将乙从燃着大火的房间窗口抛了下去,最终乙坠楼受到重大伤害,但免受火灾致死的后果。罗克辛教授认为石块案是典型的风险降低,而火灾案中行为人是以前一种风险替代之前因果流程中应有的风险,因此不属于降低风险,而是正当化事由。他同时坦言,这种具有正当化事由的行为与风险降低的行为不太容易进行界分[2] (p. 279)。

持客观归责论的学者林钰雄教授同时例举石块案和“小偷案”:乙想盗窃丙的新台币 1 万元,行为人甲劝其只偷 1 千元[3]。这个例子也被罗克辛教授在共犯问题中适用降低风险规则时使用[4]。二人的观点是大部分客观归责论者认同的,认为这两个例子中虽然行为人的行为与最终造成的损害结果之间存在事实上的因果关系,其对此也有主观认识,但这种行为不符合客观构成要件,因为降低风险的人并没有就刑法保护的法益制造新的法所不允许的风险,而只是降低了已存在的风险,所以排除归责。

对比风险降低理论的概括性界定和以上案例不难发现,简单的理论解读在面对细化应用时呈现出一些无法解答的问题:结果都是降低了风险,如何对石块案和火灾案的“创设新风险”区分标准进行认定?在此基础上风险降低和风险替代的范围能否厘清?小偷案和石块案中的降低风险参照基准相同吗?通说中风险降低规则的适用范围和风险降低理论的内涵能够等同吗?在对于风险降低规则理论阐释尚且不足的情况下,如何在司法实践中予以应用?这样判断标准模糊、逻辑体系不完善、深入讨论不充分的情况使得风险降低规则在进行理论理解和实务适用时产生障碍,不利于客观归责理论的进一步完善,也不利于惩罚犯罪和保障人权的刑法机能的实现。

基于此,本文对风险降低理论的主要内涵进行梳理,试图通过对风险降低和风险替代认定的探讨厘清二者之间的关系,从而探究风险降低理论的适用原理,对细化判断的争议予以回应,为客观归责提供细节处的完善。虽然客观归责理论体系中每一个下位概念发挥的作用是有限的,但对其的追问却是必要的。

2. 风险降低理论的内涵

2.1. 风险降低与风险替代区分的一般观点存在迷思

在探讨风险降低的问题时,不可避免的需要关注风险替代。正如上文所述,降低风险的情况和属于正当化事由的风险替代情况之间并不容易做出区分。

在通说的客观归责规则设置中,行为降低风险等于没有创设法不容许的风险。一般来说,风险降低是指这样一种情形,即“对于既存的危险,在程度上修正为更轻微,或在时间上延后危险行为的作用或在方式上导致结果由另一种形态出现”[5]。具体而言,可以区分为如下三种情况:1)降低风险的侵害程度。例如石块案,此时本可能遭受的头部重要伤害甚至死亡风险降级为身体伤害。2)延后风险发生的时间。最为典型的是医疗行为,医生当场对重伤患者进行手术,但由于伤势过重送往医院后最终死亡。如无医生的救助行为,患者的死亡时间将更为提前。3)以其他形态导致结果发生。有学者列举泥石流案对此种情况进行说明:司机驾驶火车在A轨道上行驶,突然发现前方轨道上出现泥石流,于是将火车驶向B轨道,但是B轨道上也发生泥石流,导致火车受损,人员伤亡。虽然司机改变行驶轨道与结果之间有事实上的因果关系,但火车受损、人员伤亡的结果只是通过另一种形态发生,事实上延缓了足以该当构成要件的结果出现,是对风险的降低[6]。以降低风险的观念来否定行为的归责可能性,主要原因是,这类行为并未轻忽不法构成要件的预警作用,反而应该要加以鼓励[7]。

而风险替代(也可称为损害替代)是指行为人通过替代性行为制造了新的法益风险,按照罗克辛等学者的一般观点,在这种情况下,考虑是否属于推定被害人承诺或者紧急避险,需要通过违法阻却事由或罪责阻却事由予以免责。典型的风险替代是火灾案,“行为人在避免现存危险发生的同时又制造了另一种危险,只是后者造成的损害比前者要轻一些”[2]。甲虽然是想拯救婴儿的性命,希望能够降低这场火灾带来的风险,但甲不是直接改变本来的火灾烧伤或窒息致死的危险流来降低风险的侵害程度,而是创设了高处抛落致使婴儿摔伤的全新且独立的危险,这并不是一个单纯的风险降低行为。多数意见认为,在风险替代案例中,并没有在犯罪构成要件中排除对行为人的客观归责,是因为要充分考虑到对受害人法益的保护——不能为了去保护即将遭受侵害的法益,而违反法律的原则与规定。刑法规范的禁止或诫命规定,原则上不会因为结果的必然发生而放弃其本身的规范目的,进而放弃对于被害者合法权益的保护,该讨论已经涉及到阻却违法紧急避险的评价范围[8]。

林钰雄教授认为:“降低风险乃客观构成要件的归责层次问题,但替代性风险问题则为阻却违法层次的问题[9]。”然而,也有学者指出,替代性风险和降低风险理论上似乎可以通过体系定位的不同而区分明显,但实际操作上却是困难重重[10]。按照一般观点,风险降低和风险替代的区别在于救援者的救援

行为是否对受害者构成了另一个独立的风险[11],但相关论述并没有对“独立的风险”如何判定进行周延的说明,这也导致二者的区分经常被“是否创设新风险”一笔带过,仅以此进行理论上的界定。

2.2. 风险降低理论内涵应从广义上确定

金德霍伊泽尔教授对于上述的一般学说不赞成。他认为,在“石块案”中,行为人是改变风险因果流程的方式介入进来;而在“火灾案”中,行为人引入了一个新的因果流程。“两种情形下的营救者都分别中断了某个因果流程(死亡),又都分别创设了一个新的事实过程(身体伤害)。因此,对这两类案件所进行的区分到头来实际上只是一种无关紧要的咬文嚼字而已[12]。”风险降低可以视为故意允许风险的一种类型,传统观点将风险降低与风险替代予以区分的做法,忽视了在风险降低案件中其实也涉及了两个不同类型的因果流程[13]。在均能降低风险的情况下,风险替代和风险降低根本上是没有进行区分的必要的。

具体而言,作为典型示例的“石块案”在通过因果流程变化进行“创设新风险”的判断时,与火灾案并无本质不同,也属于损害替代。结合下例“推人案”:行为人甲发现一辆汽车马上要撞上一个正在玩耍的孩子乙,于是用力将乙推到路边,汽车极速驶过,没有撞上乙,但乙手臂摔伤。大多数论述中将二者同归属于降低了法益侵害程度的风险降低行为,认为行为人对于既存的风险采取因果流程的修正,减轻了原有危险流的损害[6]。但仔细探究两个例子,即使在这样具有代表性的法益主体同一的“风险降低行为”中,所谓修正也并不是对同一危险流而言。石块案中存在砸中被害人头部的风险与砸中被害人肩部的风险,论者认为行为人没有创设新的风险实则是直接忽略了较小的这一风险。虽然在这个案件中受害者都是遭受同一致害来源(落下的石块)的侵害,但这并不意味着风险也是同一的,不能将致害来源与风险混为一谈。要判断两个风险是否同一,就要判断两个结果是否同一,就需要观察导致结果的因果进程是否同一[14]。更进一步来说,推人案中致害来源甚至根本不同,汽车撞伤的风险与被推倒在地的风险很难说是同一风险。同样存在逻辑漏洞的还有前文所列泥石流案,论者认为无论行为人是否转换轨道,都会出现火车被泥石流冲垮而致害的结果,其物理状态是相同的,进而风险也相同,所以属于同一风险内的变形。但即使最终的法益损害结果是同类型的,也不能因此认为行为人转换轨道无意义,所谓“转换风险的形态”未免有将“转换同形态的风险”偷换概念之嫌,这样的风险变形案件事实上是损害替代。

由此看来,符合一般学说所框定的“未创设新风险”的应当只有单纯的救援行为,例如消防员将被困在火灾中的婴儿安全带下楼、行为人通过将洪水的出水口进行封闭而降低了洪水造成的危害。以上情形中救援者完全或部分地排除了事实上存在的风险,其行为与结果之间不存在因果关系,所以不具有构成要件符合性[12]。这种想法也与普珀(Puppe)教授的因果关系欠缺说较为一致,普珀教授认为与风险替代有关的情形都应该着重考虑行为人的行为是否对法益客体造成了不利益改变,若没有不利益改变就证明行为与结果之间缺乏因果关系,进而能够排除行为人的客观归责。这样的逻辑进路之下,于构成要件符合性阶层即排除归责的风险降低规则适用范围事实上十分狭窄,使其内容沦为空洞。

本文赞成金德霍伊泽尔教授的观点。一方面,如前所述,将风险降低限定在原有规则适用领域并强行区分其与损害替代,标准不明且风险推演逻辑不合理;另外一方面,诚如学者张雨卿所言:“行为人不被容许的风险行为,降低了行为客体原先既有的风险,使得行为客体发生较轻微的结果,而在利益衡量及社会大众的期待下,对于一个降低风险的行为实在无由予以非难或归责,因而肯认这是一个容许的风险行为。降低风险的行为系容许的风险,因此,纵然行为客体因降低风险的行为而导致结果的发生,亦不能归责予行为人的降低风险行为[15]。”换言之,允许风险的法理认为行为只要符合法律制度所确立的行动规则,就会被认定为正当,而出于平衡法益保护和自由保障之利益的考虑,刑法规范不可能要求人们绝对避免实施带有法益风险的行为,而只能期待人们在一定程度上将自己遵守规范的能力维持在必

要的水平之上[16]。能够实现降低风险效果的行为在此意义上均符合风险降低理论所指向的内涵。广义的解读不仅在语义上更加直观，减少了对其内涵的偏差理解，也能够与发挥根本作用的法理相呼应。

综上所述，风险降低和风险替代应为交叉关系。在客观归责理论这样一个注重风险变更的体系下，从某种意义上来说风险降低实则也是损害替代。将并不能发生降低风险结果的损害替代剔除出去，广义上的风险降低理论应包括两种情形，一种是减弱既有的风险，或者至少不改变原有风险；另一种是以较小风险取代原本存在的更大风险。前者即单纯的救援行为，未创设新风险；后者包括“石块案”、“推人案”、“泥石流案”、“火灾案”等情形在内，是风险降低的同时也属于风险替代。

2.3. 风险降低行为的归责类型

犯罪论三阶层理论认为，一个行为在大陆法系国家是否构成犯罪，取决于该行为是否具有构成要件符合性、违法性和有责性。但是，如果行为的实施源于特殊原因，可能会否定犯罪的构成要件符合性，不作为犯罪处理，这就是违法性阻却事由。行为正当化的前提都是行为人的行为侵害了一定的法益，已经符合了犯罪的基本外观，而违法性阻却事由的功能就是进行利益的衡量，也可以理解为对构成要件的检验。

对应上述的风险降低情形，此处区分情况讨论其归责类型。首先是单纯的救援行为情形，这样的风险降低行为因不存在法益侵害可能性，在构成要件符合性阶层即得排除，不需要进行利益衡量的检验。其次是第二种情形，也即降低了风险的风险替代行为。如果受到侵害的法益主体同一，可应用推定的受害人承诺来阻却违法。这里的推测是以一般人视角进行的，“如果他人在需要作出紧急处断的状况下有益地行使了处分权，那么就不被认为是忽视权利人的自治，也就是不构成不法[17]。”比如石块案中行为人的行为介入前和介入后受伤的都是同一受害人，即使案件中的受害人因为个人原因不赞同行为人的做法，但只要这种做法符合一般社会人的推定，依然可以对行为人阻却违法。但是，若行为人超越了社会一般人的推定且侵害到了受害人的法益时，可以以过失行为来判定。

对于受到侵害的法益主体不同一的情形，适用紧急避险的规则来处理更好。其正当性之所以能够成立，源于德国古典哲学的法益比较原理，来自于对人性的体谅，这是基于紧急状态下行为特殊性的一种法律评价。与推测的受害人承诺不同，这时值得考量的是被害人的权益与社会整体利益之间的冲突，行为人为保护本会遭受侵害的法益主体，在不得已的情况下对另一法益主体造成损害，这其实是社会互助、社会保险的体现。在出现类似情形时，需要有人站在“上帝视角”来对两个冲突的法益进行比较。对此行为至少要满足两个条件：客观方面要满足比例原则，即所保护的法益应大于所伤害的法益，主观方面要对被害人面临的风险以及避险行为可能造成的后果有所认识，在某些情况下还要具备救济意志。这证明行为人的认识要素在风险替代类型案件中具有重要性，本文在此不做详细展开。

3. 风险降低理论的具体判断争议

3.1. “风险”的认定——行为计划是否可以作为标准？

在讨论降低风险时，前提应当是已经具有了既存风险。无论是石块案、火灾案还是泥石流案，行为对象的法益已经面临的直接的现实的风险才能作为对降低与否进行参照比较的基准。而在小偷案中，显而易见，受保护的法益的状况是根据甲欲要盗窃的犯罪计划来认定的。在这样第三人行为导致的风险情景中，犯罪计划的产生是否可以认定为已经具有直接的现实的风险，这值得怀疑。在刑法的视域下，一个行为进入刑法规制范围的前提是制造了法所不容许的风险，换言之，应当在行为产生了法益侵害可能性的情况下才有引起刑法注意的必要。

在小偷案中，甲主观上对于受害人的财物产生了非法占有目的应当是确定的，在此情况下，无论甲

是否明知受害人持有 1 千元，即使进行了具体的犯意表示，都很难认为产生了对法益的侵害可能性。那么降低风险的参照基准从何而来？如果认同此种情形属于降低风险，也就等同于认同行为计划可以对法益造成直接的现实的危险，这是否与基本法理相冲突？假设取消乙劝甲只偷 1 千元新台币的事实情节，修改为甲乙共谋盗窃 1 千元，而甲单独实施既遂，乙对甲的法益侵害行为起到了至少心理上的帮助作用应无疑问，其行为创设了禁止风险；增加该事实情节之后，乙在知晓基本情况的前提下出于某种理由劝甲只偷 1 千元，外化的行为及效果是没有实质变化的，但乙仅因为修改了甲主观上的犯罪计划，降低了计划中的犯罪数额就得以排除了法益侵害性，这样的排除归责是否真的实现了风险降低，事实上改善了法益？换言之，如果犯罪计划可以成为风险的来源，犯罪计划中的假定风险也能成为降低风险的对象，在一定程度上就突破了刑法不惩罚人的思想而只惩罚行为的基本立场，在逻辑上难以圆满，风险降低的场合与一般犯罪行为场合中对于风险的双重标准也使得刑法的可预测性和稳定性大打折扣[18]。依照将风险降低规则应用于小偷案的观点，行为人修改自己的犯罪计划，现实的法益侵害程度与假定的犯罪风险相比呈现出减少的形态，也是一种降低风险，这显然不能让人接受。

只有行为存在招致法益损害的可能性时，才能产生法律上重要的风险。因此，风险的现实存在是对其进行变更的必要前提，行为计划不应作为风险降低的参考标准。

3.2. “降低”的认识——作为犯与不作为犯中如何区分适用？

在客观归责理论看来，其具体规则与判断标准既可以适用在作为犯也可以适用在不作为犯上。以故意杀人罪为例，如果能够认定行为与结果的因果关系，并且符合客观归责的具体规则，那么不论是积极的作为方式还是消极的不作为方式，结果都可以归责于行为人。

将石坎案背景改变后得到这样一个例子：一块石头从山上滚下，而儿童甲并未察觉，甲的监护人乙察觉了，但监护人乙一直不喜欢甲，故而只是轻轻地推了一把甲，使得石头砸到甲的身体，未砸中甲的头部。然而，乙本来只要稍微多用点力可以轻而易举地使得甲完全躲避石头，却故意用较小的力气使得甲不能避免伤害。关于该案例有观点认为：“根据客观归责理论会形成这样的结论，乙的行为是一个风险降低行为，不属于制造风险，因而否定甲受伤与乙行为之间的因果关系。但这个结论显然是不合理的。乙作为甲的监护人，应当对甲的人身安全负有保护义务，乙在风险流向甲时实际上采取了一种不作为的行为方式，表面上看是降低了风险，实际上依然是不作为的犯罪行为[19]。”

对于此种说法，虽然最终得出的归责结果观点一致，但对风险降低理论应用的分析有待商榷。即使按照客观归责理论，也不会得出乙的行为是风险降低行为的结论，这样的分析过程无疑是将降低风险刻板化类比为数学公式：采取行为后的法益损害小于行为前的现实风险则符合风险降低规则，排除归责。但却没有考虑到公式也应有适用条件，作为与不作为的行为模式有着截然不同的评价标准。在风险性关联中，禁止风险的形成以特定的行为规范为根据，而行为规范的这种引导性功能所要实现的内容就是“在避免结果方面客观上必须谨慎”[20]。在作为的场合，根据相当性理论，结合社会经验的一般认识可能性与控制可能性则可以判断风险升高或降低，其判断基准是稳定的、直观的，一般是 0 或者既有风险。换言之，在判断风险升高或降低这种状态变化时只需要采取经验法则的相当标准，只有风险升高到一定的程度达到规范不能容忍的临界点才会违反刑法前规范或刑法规范，成为法不容许的风险[21]。而在不作为的场合，必须经过特定的行为规范(或者说作为义务)的调整才能形成禁止风险基准。在不作为降低风险的判断中，应当结合保证人理论，保证人有义务履行行为规范所确立的作为义务，降低既存的风险。不作为的场合中，风险降低的判断基准不是既有风险，行为人在受到作为义务的调整后，应存的风险值应当是 0 或履行作为义务后的风险值。如果行为人没有履行作为义务，是否要求他对损害结果负责，需要进一步考察该结果是否发生在注意规范的保护目的之内。在该案例中，乙作为保证人，负有必须之谨慎的

作为义务，其行为后的风险值应当与尽到义务后应存的风险值进行比较，也即甲身体受伤的风险值不应与原有的头部受伤的风险值进行对比，而是参照合理履行义务后的风险，显而易见是正值，并不符合降低风险的要求。

风险降低不是简单的文义解释，而是一项内涵丰富的理论，上述观点对于风险降低规则的误读是不适当的。对于不作为的行为，客观上应当结合结果是否有避免可能性来进行风险降低或是升高的考察。不作为结果归责的前提是，从事前观察来看有可能降低风险或者从事后评判会存在某种风险降低，不作为犯中是因为没有阻止、降低风险而导致了风险的现实化，并非不作为升高、促进了风险的现实化。

4. 风险降低理论的犯罪阶层体系定位

4.1. 客观归责的下位规则在犯罪阶层体系定位上存在困难

罗克辛教授在构建客观归责理论时将其定位为一种实质的构成要件理论，实现归责的第一步是确定构成要件行为，那么风险降低规则的作用就体现在对于行为构成要件符合性的排除。但在近年来对于客观归责理论由上至下、由理论到实践的检视中，诞生于传统三阶层体系的判断规则和归责结构被认为有叠床架屋之嫌，其技术性缺陷尤其在与犯罪论体系的融合上受到关注。有论者指出，同一个概念，有时是构成要件要素，有时候是违法性要素，或者说，客观归责事由有时是阻却构成要件事由，有时是阻却违法事由，在犯罪阶层构造上十分混乱[22]。

作为客观归责理论的下位理论，风险降低理论也无法逃脱这种质疑。批评者认为，风险制造、风险升高的概念，应属于实质违法性的判断，而非构成要件该当性的问题[23]。一般的客观归责论归责方法其实是将部分原本属于违法阶层讨论的情况，提前到构成要件阶层中处理[24]。

学界在客观归责的犯罪论体系定位上存在不同观点。一种观点认为，客观归责是因果关系判断的下位规则。客观归责理论的见解是在吸收相当因果关系理论的同时以客观可归责的标准限制条件理论的过度扩张所继续发展形成的，所以是因果关系理论的一环[25]。另一种观点认为，客观归责是构成要件，是因果关系之外的另一个没有明文规定的客观构成要件要素，并且是限制可罚性的构成要件要素[26]。但无论如何，在我国仍然具有通行地位的传统四要件构成理论体系之下，客观归责理论的地位是更为明确的，作为客观构成要件的判断规则之一发挥作用，一般与因果关系的判断相关联，其阶层结构要素上的模糊性在犯罪构成四要件的对应评价中不产生定位理解上的问题。但是，一旦涉及到犯罪阶层构造，客观归责理论就难以对其进行互动式的厘清。风险降低理论的争议就明显地呈现出这一点：长期以来对风险降低和风险替代的区分就是为了与犯罪阶层的界分相对应，但难以澄清的逻辑漏洞使得这样的区分停留在形式，而无法经受实质上的检验。

客观归责理论在犯罪阶层体系中的这一困境归根结底在于二阶层或三阶层的结构要素难以分界，其对于“客观不法”的检验在构成要件阶层无法满足，只能延伸到违法性阶层，才能最终实现不法行为的结果归责。

4.2. 风险降低理论需要犯罪论体系演变下客观归责理论的融合

阶层犯罪构成理论，无论是各种形式的三阶层评价模式还是将构成要件符合性与违法性合并的两阶层评价模式，都呈现出递进式的位阶次序，相较于四要件构成理论更具有体系性和功能性。二者最大的不同就在于各个具体要素的位置以及对阶层的解释方式，而其共性在于将不法与罪责作出严格的界分。从20世纪初贝林、李斯特的古典犯罪论体系提出三阶层评价模式，新古典的犯罪论体系、目的行为论的犯罪论体系、现代新古典的犯罪论体系等虽然均维持三阶层的架构，但其具体评价标准逐渐出现实质二阶层评价的观点，即将构成要件符合性与违法性进行合并。比如梅茨格尔将行为、不法、责任作为犯罪

论的核心，而这里所说的“不法”，实际上包括构成要件符合性与违法性[27]。

一方面，犯罪论的体系是实现刑罚目的的体系，因此，随着刑法目的中的重点的变迁，体系论也会发生变化，在此意义上讲，不可能有绝对唯一的犯罪论体系[28]。在对客观归责理论的解读中，盲目追求贴合三阶层评价模式是不必要的，固守古典犯罪论体系无法使客观归责理论在犯罪论体系的不断演变中迸发新的生机。另一方面，犯罪构成要件作为刑法进行规范评价的基础，应当发挥其进行完整的不法判断的实质作用，不仅在积极方面进行成立与否的判断，也包括消极方面的排除。二阶层评价模式不仅与客观归责理论互相配合，在某种意义上也符合犯罪论体系的发展趋势。

本文认为，虽然客观归责理论产生于三阶层的背景，但也不妨使用客观不法和主观有责两阶层评价模式匹配思考。通过构成要件对行为不法进行实质审查，最终将结果归属于行为人，这是符合客观归责目的的，究其根本还是对客观不法进行检验，能够保持阶层犯罪论的体系性与功能性。

由此，对风险降低理论的解读突破原有三阶层理论对应客观归责的限制，这一问题就迎刃而解。在前文阐述的风险降低理论内涵基础上，其对应的归责原理也因此进一步明晰，广义的风险降低理论不仅在构成要件符合性上排除归责，也需要对违法性进行考虑，通过正当化事由排除结果答责。这也是风险降低的内涵所在：必须排除一种结果归责，因为禁止这样一些行为本来就是不合理的，它们不仅没有使受保护的法益的状况变得更坏，反而是变得更好[2] (p. 246)。在罗克辛教授对客观归责理论这一实质的构成要件理论设计中，除了风险降低规则，“法所容许的风险”、“构成要件的效力范围”等规则均体现出这样实质化的法秩序的还原。

回到石块案，就宜将行为人降低风险的行为理解为正当化事由，从而排除归责。行为人甲推乙一把而致使其肩部受伤，从外观来看这个行为是符合犯罪构成要件的，但考虑到行为之前乙面临着头部被砸的既存风险，被砸中肩膀受到的侵害要远小于被砸中头部的侵害，权衡之下，这个行为就可以正当化，而不在结果答责范围内。这样的理解回应了相关质疑，也能够解决不少司法实践中棘手的问题，是一种积极的尝试。

5. 余论

对于客观归责理论，批评者认为，客观归责理论只是告诉我们，实施什么样的行为可以排除风险，也就是说，对于满足什么样的具体条件的行为才叫制造风险，在多大程度上的法益侵害事实才叫实现风险，不得而知。甚至，由于这些概念的模糊化，客观归责理论还把因果关系的判断变复杂了：本来人们只需要判断行为和结果之间是否存在因果关系，运用客观归责理论之后，这个问题被分解成了三个问题，进而又被分解成了若干个小问题。也就是说，客观归责理论对因果关系问题并不能提供一个确切的答案，而是在不断制造新的问题[8]。客观归责下属的风险降低理论，也因此同样具有争议性。有学者指出风险降低规则的构成过于简单化，尤其不适用于司法实践：“在由于降低风险而排除不法背后，是根据事实情况，借助于同意、推测的同意或者紧急避险状态的一般规则来回答的评价问题。风险降低的常用简短表述对于学院课堂来说是很有助益的，但是对于解决学理疑难问题来说是不够的[29]。”但正如学者张丽卿所言，在众多因果关系理论中，客观归责有其优越性，提供了比较细腻的操作标准。最明显的例子就是“降低风险”规则的判断，客观归责理论能够在二三十年间逐渐受到实务判决的重视与引用，足见它是值得采为判断因果关系标准的理论[30]。

本文对于风险降低典型问题的探讨具有局限性。不可否认，风险降低理论中存在着很多需要细化的地方，比如风险降低的程度大小、行为人实施风险降低行为时的主观心态等。就风险降低论者所举的例子来说，降低行为实施前和实施后的差别都是十分巨大的，这种情况下要得出推论更为简单，但这也在一定程度上回避了那些更为细致的问题。另外，在风险降低理论背后隐含的假定因果关系的思考模式、

用推定的被害人承诺法理是否可以忽略受害人自主决定权的法益衡量、允许风险的法理应用如何判断, 这些基础理论之外的深层疑问亟待论证。只根据“危险降低”就得出肯定不归责的结论, 在经验性明显异常的“危险降低”和违背被害人意志的“危险降低”中, 恐怕也还需要进一步解释[31]。这一理论在我国当前被直接适用的理由还并不充分, 本土化的尝试之前, 教义学上的融通更为重要。

概言之, 在风险降低理论中, 事实上包含了多种基本理论的碰撞和互动, 这也表现出作为整体的客观归责理论在犯罪论的大框架下进行更进一步融合和完善的必要性。客观归责的宗旨应当在于最终判断结果能否归属于行为人——也即某一法益损害结果能否被视为行为人的作品, 该理论目前所形成的判断体系也并不是客观归责的终结。对于客观归责理论及其下属规则应有学理上的整合和深入论证, 促进逻辑体系的完善, 提高其实务可操作性, 以实现客观归责理论将行为-行为-结果在客观不法意义上进行关联, 用刑法规范评价性的眼光从客观方面限定责任范围的重要意义。

参考文献

- [1] 黄荣坚. 刑罚的极限[M]. 台北: 元照出版有限公司, 1999: 141.
- [2] 克劳斯·罗克辛(德). 德国刑法学总论(第1卷)[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 246-247, 249.
- [3] 林钰雄. 新刑法总则[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 124.
- [4] 克劳斯·罗克辛(德). 德国刑法学总论(第2卷)[M]. 王世洲, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 115.
- [5] 林钰雄. 刑法综览[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 67.
- [6] 孙运梁, 张誉馨. 刑法中客观归责理论规则体系研究[J]. 法治与社会发展, 2013(2): 141-151.
- [7] 张丽卿. 客观归责理论在台湾地区刑法实务的实践[J]. 刑事法评论, 2021(2): 437-457.
- [8] 黄奕文. 论风险变更案例在刑法归责体系的定位——以德国学说为评析中心[J]. 高大法学论丛, 2019(2): 265.
- [9] 林钰雄. 新刑法总论[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2006: 153.
- [10] 陈珊珊. 客观归责理论之辨析[J]. 苏州大学学报(法学版), 2014(4): 72-80.
- [11] 约翰内斯·韦尔赛斯(德). 德国刑法总论[M]. 李昌珂, 译. 北京: 法律出版社, 2008: 113.
- [12] 乌尔斯·金德霍伊泽尔(德). 风险升高与风险降低[J]. 法律科学, 2013, 31(4): 193-201.
- [13] 王俊. 允许风险的解释论意义——以故意与过失允许风险的区分为视角[J]. 苏州大学学报(法学版), 2018, 5(4): 28-41.
- [14] 庄劲. 客观归责还是主观归责?——一条“过时”的结果归责思路之重拾[J]. 法学家, 2015(3): 55-71.
- [15] 张丽卿. 刑法总则理论及运用[M]. 台北: 五南图书出版公司, 2011: 148-149.
- [16] 喻浩东. 被容许的风险——法理表达与实践展开[J]. 法制与社会发展, 2022(6): 137-155.
- [17] 车浩. 论推定的被害人同意[J]. 法学评论, 2010, 28(1): 140-147.
- [18] 赵希. 客观归责论中“降低风险规则”研究[J]. 河南财经政法大学学报, 2017, 32(2): 73-79.
- [19] 徐洋洋. 客观归责论在因果关系判断中的适用、局限与出路[D]. [硕士学位论文]. 上海: 上海外国语大学, 2021.
- [20] 吴玉梅. 德国刑法中的客观归责研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 251.
- [21] 李波. 论制造法不容许的风险[J]. 刑法论丛, 2014(1): 277-317.
- [22] 许玉秀. 主观与客观之间——主观理论与客观归责[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 206.
- [23] 黄仲夫. 刑法精义[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2010: 72.
- [24] 刘艳红. 客观归责理论: 质疑与反思[J]. 中外法学, 2011(6): 1216-1236.
- [25] 孙运梁. 故意犯与过失犯的客观归责——德国刑法中客观归责理论对我国的借鉴[J]. 河南财经政法大学学报, 2012, 27(3): 94-101.
- [26] 陈培峰. 刑法体系精义——犯罪论[M]. 台北: 康德文化出版社, 1998: 259.
- [27] 马克昌. 简评三阶层犯罪论体系[J]. 刑法论丛, 2009(3): 13-27.

- [28] 大谷实(日). 刑法总论[M]. 黎宏, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 71.
- [29] 托马斯·魏根特(德). 客观归责——不只是口号? [M]//梁根林, (德)埃里克·希尔根多夫. 刑法体系与客观归责——中德刑法学者的对话(二). 王静, 译. 北京: 北京大学出版社, 2015: 107.
- [30] 张明楷. 也谈客观归责理论——兼与周光权、刘艳红教授商榷[J]. 中外法学, 2013(2): 300-324.
- [31] 胡洋. 客观归责下的实行行为、风险变更与责任归属[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2021, 37(4): 85-94.