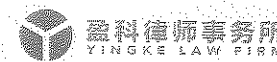




北京大学法学院
PEKING UNIVERSITY LAW SCHOOL



盈科律师事务所
YINGKE LAW FIRM



《法学》杂志社
LAW SCIENCE JOURNAL

2

第二届盈科全国青年刑法学者实务论坛

“因果关系的理论与实务”

会议论文集

高松东

中国·上海

2021年4月10日

第二单元：职务犯罪的因果关系

滥用职权罪中的因果关系 / 王 钢	49
渎职犯罪因果关系判断中的介入因素 / 周啸天	55
一、应当用风险防范的视角看待渎职犯罪	55
二、渎职罪积极义务的不作为犯：违反了防范风险的义务	56
三、判断渎职犯罪因果关系的一个原则和两个细化标准	57
王钢教授文、周啸天教授文评议稿 / 蔡 仙	62
王钢教授文、周啸天教授文评议稿 / 曹 化	65
渎职犯罪因果关系判断的学习体会 / 黄伯青	65
读王钢教授文、周啸天教授文的学习体会 / 艾 静	74
渎职罪中严重不负责任与重大损害后果的因果关系 / 李世阳	77
一、问题的提出	77
二、“严重不负责任”的性质：行为还是心态	78
三、作为义务的来源——主体的选定	81
四、过失的判断——责任的划定	85
五、结语	94
滥用职权罪的结果归责的构造 / 蒋太珂	95
一、问题的提出	95
二、区分说立场的根据及其反思	96
三、同一说立场的理论进路及其问题所在	102
四、滥用职权罪的构造及其归责构造	105
“渎职罪的因果关系”评议稿 / 谭 莹	110
李世阳教授文、蒋太珂老师文评议稿 / 王 涛	116
关于渎职犯罪因果关系判断的关键点 / 俞小海	116

第一单元

人身犯罪的因果关系

危险创设判断中的利益衡量

——与“杨存贵交通肇事案”二审裁定书展开的学术对话

陈璇*

一、一份裁定书引发的问题意识

近年的一些刑事判决书,尤其是重大影响性案件的判决书在说理的详实度和深入性方面出现了积极的进步。这为理论与实践的对话创造了越来越多的契机。就过失犯领域而言,笔者关注到了由重庆市第五中级人民法院针对“杨存贵交通肇事案”所作出的(2016)渝05刑终1060号刑事裁定书。本案的主要案情如下:

2014年3月25日,光大旅行社与禾森公司签订《租车合同》,约定禾森公司租赁车辆供光大旅行社组织游客前往重庆万盛黑山谷、龙鳞石海旅游。同月29日,原审被告人杨存贵受禾森公司雇佣,驾驶禾森公司安排的大型普通客车,搭载光大旅行社组织的游客20余人及导游1名从自贡市到重庆万盛黑山谷景区游玩一天。次日7时许,杨存贵驾车搭载游客及导游从黑山谷景区南门附近出发前往石林景区。当日8时许,车行至禁止大客车通行的石林镇石鼓村长下坡路段时,车辆制动性能下降。杨存贵发现后,在控制车辆的同时告知了正在驾驶座右侧、车门内台阶处的导游陈某甲。陈某甲即站到杨存贵右侧,探身用手与杨存贵共同掌握方向盘。当时车速较缓。车上部分乘客见状,便要求打开车门跳车;坐在车内右侧第一排的游客倪某、阮某(本案死者)离开座位,站到陈某甲身后的中间通道上。陈某甲大声招呼不准开车门、不准跳车。其间,车门被短暂打开,倪某、阮某先后跳车,车门随即关闭。该车沿公路缓速下行数十米,平稳行至对向车道外侧一地势平缓处停驻。停车后,阮某在车后方向数十米的道路边被发现头部受伤昏迷在地,倪某在其身旁呼救。2014年3月31日,阮某经抢救无效死亡。

二审维持了一审关于被告人杨存贵无罪的结论,并在裁定书中作了颇为细致的论证。其说理部分有三个引人瞩目的亮点:除了明确了刑事责任的认定不能依附于行政责任的原则,以及引入了危险创设和危险实现的归责原理之外,特别是在注意义务边界划

* 中国人民大学法学院副教授,中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。

定的问题上,采取了“社会通常性”的实质标准。

由于车辆制动性能发生故障是引起车辆失控并致被害人情急之下跳车身亡的首要因素,故杨存贵是否违反了行前检查车辆的注意义务,就成为决定他是否构成交通肇事罪的关键所在。尽管《道路交通安全法》(以下简称《道交法》)第21条载明了行前检查义务,但该条只是笼统地规定:“行驶前应当认真检查车辆的安全技术性能,不得驾驶安全设施不全或机件不符合技术标准等具有安全隐患的机动车。”至于究竟怎样做才算满足了“认真检查车辆的安全技术性能”这一要求,却仍有待司法者结合具体个案进行实质性的判断。对此,本案判决提出:

在现实生活中,车辆行驶前对制动性能的检查,一般是通过驾驶人在本次驾驶的初始阶段直观感知(通常采取起步前后制动数次的方式),并结合先前驾驶中的直观感知来进行判断。这一惯行作法,从控方收集的万盛客运有限公司安保部部长彭某的证言也能得到确认。因此,道路交通安全法第二十一条对驾驶人设定的检查义务,不应提升到须借助特定技术设备才能检测出来的范围和程度;实际生活中通常采取的试车检查,应当视为符合该条规定的检查方式。

二、标准人“心素”的规范内涵与功能定位

在判断某一行为是否违反了注意义务时,有必要首先设定一个标准人,以此衡量行为人是否不当地降低了自身的危险认知能力。置身于行为当时的情境之中,若标准人的认识能力将和行为人一样出现缺失,则说明行为人并未以轻率疏忽的方式降低自身能力,其引起法益侵害结果的行为属于《刑法》第16条规定的意外事件;反之,若标准人完全可以维持其认识能力,则意味着行为人认识水平的下降是因其缺少必要的谨慎和注意所致。要想成功地将某一主体的认知能力保持在为避免结果发生所必要的水平之上,必须具备以下两个要素:其一为“力素”,即标准人需要具备一定的体能和智力条件。这与特定主体的年龄、体质、受教育程度等因素密切相关。其二为“心素”,即标准人应当具有一定的谨慎态度。我们从日常生活的经验中能够体会到,能力条件只是为做成一件事提供了最基本的物质前提,这些能力条件能否充分发挥作用,还取决于人的心理态度。同理,作为忠诚于法规范的公民,标准人也只有心怀一定的谨慎态度,才能促使自己全面调动感知器官、全神贯注地密切关注事态,从而将正确认知事物的能力保持在充足的水平之上。确切地说,预见可能性并不是指行为人有能力预见某种法益侵害

事实,而是指行为人一旦具有了规范所期待的谨慎态度,就能够调动起自己的认知能力,从而对法益侵害事实的发生有所预料。一旦将力素作为确定注意义务违反性成立与否的唯一变量,而忽视了预见可能性当中标准人心素对于行为人能力所具有的限制性作用,那么在绝大多数的情况下,司法者都可以通过无限提高对行为人谨慎态度的要求从而使结果具有预见可能性。我国的过失犯理论历来偏重于标准人的力素,关于标准人心素问题的研究却显得异常薄弱。

“杨存贵交通肇事案”的二审裁定书有关行前车辆检查义务的论述,突破了理论和实务上关于注意义务违反性的通常判断模式,对标准人心素在限制注意义务违反性方面的作用给予了特别的关注,令人耳目一新。本案中,行为人在车辆行驶至石林镇石鼓村下坡路段并濒于失控前,一直没有认识到车辆的制动性能存在问题。从客观上来看,假若被告人在行车前不是仅采取一般的起步前后制动数次的方式,而是更加小心一些,找来专门的仪器设备对车辆进行全面检查,那他作为具有 A1A2 准驾车型资格的司机,只需结合其驾驶经验以及对交通法规的认识,就有可能从检测数据中及时发现车辆的制动率不符合《机动车运行安全技术条件》的规定,从而正确地预见到驾驶该车辆进入景区具有致人死亡的风险。但是,二审裁定书主张“对驾驶人设定的检查义务,不应提升到须借助特定技术设备才能检测出来的范围和程度”,这实际上就是对注意义务标准人的心素作了限制,将行为人应当具备的谨慎态度限定在了通常试车检查方式所体现的水平之上。

三、认定标准人“心素”的总体思路:利益权衡模式的确立

(一) 对社会通常性模式的反思

社会通常性模式存在疑问:

1. “通常”并不必然代表“正当”,单纯的经验事实不能成为规范评价所遵循的标准。在某一社会领域内,人们对于可能发生的危险通常会采取何种防范措施、一般会给予多高程度的小心注意,这些习惯或者通例只是客观调查所获得的经验事实,它们无法不经任何筛查和甄别就自动成为注意义务的内容,其正当性还需要经过规范价值的独立审核。

2. 社会通常性提供的至多只是一种直觉性和浅表性的论据,它本身无力触及注意义务的核心。社会通常性模式最致命的缺陷不在于它所得出的结论不恰当,而在于它对于

问题的分析总是流于粗浅的表层,始终没能抽丝剥茧、披沙拣金地切中真正的要害。即便社会通常性模式能够在过失犯的个案中得出恰当的结论,最终能够有力和稳定支撑该结论的实质性理由也绝非习惯、通例本身。我们不妨追问:为什么有学说和判例会选择将社会通常的行为方式作为划定注意义务边界的标尺呢?其实,社会通常性模式的背后有着更深层次的考量,即:在可预见的危险俯拾皆是的社会中,应当最大限度地稳定人们的规范预期,避免以刑罚手段打破既存的社会信任,导致人们的行动空间归于萎缩。可见,选择以社会通常性作为确定谨慎义务范围的标准,这终究不过是对行动自由和法益安全这两者进行权衡后得出的结论。

(二) 利益权衡是过失归责的内在要求

学界针对利益权衡模式提出的一个最为常见的批判就在于,认为它所奉行的“成本—收益”思维,以功利计算抛弃了过失责任的道德性、消解了注意义务判断中的“对”“错”之分。

但是,在现实生活中,人们在致力于维护既有法益安全的同时,又总是需要不断地从事各种活动以维持社会的正常运转、改善自己和他人的生活条件。正所谓“顾此失彼”,每一个人在特定时刻所能够动用的精力总是有限的,而任何一项活动都会从人们身上分走一部分的体力和脑力,使人无法将注意力百分之百地集中在看护和照顾既有法益之上。这就意味着,注意能力的下降是社会生活中无法完全消除和避免的事实。既然法律不可能对一切注意能力下降的状态都予以谴责,那就必须考虑怎样才能合理地分配行为人有限的注意力。具体地说:从规范的角度来看,我们何时能够期待行为人减少甚至彻底放弃其他活动,将自己的精力专注在避免他人法益受损上,何时又可以容忍行为人缩减为维护法益安全所投放的注意力,腾出更多的精力去从事其他活动呢?一旦涉及对稀缺资源的分配,我们就不能不对分配所涉的多个需求方进行掂量和比较。

可见,利益权衡模式的引入,是过失责任自身特点的内在要求;由注意能力的相对“稀缺”所决定,在注意义务的认定中,与利害比较思维完全绝缘的公平归责是不存在的。

四、判断标准人心素的具体准则:“普遍化”的检验方法

安全地生存与自由地发展,是人类永恒的两大需求。为了最大限度地兼顾安全生存和自由发展,必须对无处不在的危险作出轻重缓急的划分,并为之配以大小不同的防控

力度和预防开支。危险指的是某种不幸事件发生的可能性。作为一种只有通过预测性思维才能确定的事实,危险是无法被我们的感知器官所直接认识的。因此,人类总是不得不求助于危险所散发和显露出来的各种信号,才能间接地辨别它的存在。随着生活经验和科学知识的积累,人们对于灾害、事故发生前的某些先兆渐渐形成了较为固定的认识,并且逐步将这些信号的强弱程度与实际危险的大小以及应当投放的排险成本密切地联系了起来。于是,信号预示的危险越异常、重大和急迫,则利益权衡的天平就越往法益安全一边倾斜,法秩序也越是期待行为人以更为慎重的态度关注危险的动向,将原本用于从事其他活动的精力更多地分出来以供维护自身认知和防范危险的能力之用。

关于注意义务标准人心素的判断,应当遵循以下思路展开:

第一步:借助事后假定性的思维来确定,何种谨慎态度才能有效防止注意能力下降。虽然从发生学的逻辑来看,整个事件的顺序是“特定的谨慎态度→能力水平不足→未避免结果发生”,但规范的考察却应当采取反向逆推的思维顺序,即:“避免结果发生→要求何种能力水平→要求何种谨慎态度”。我们应当首先从已经发生的损害结果出发,假设如果要最为有效地避免该结果发生,那么行为人需要将自己的注意能力保持在多高的水准之上,为此他又应当抱有怎样的谨慎态度。

第二步:从规范角度判断,该谨慎态度能否成为一项普遍化的法则。危险信号所预示的危险越重大,法益安全利益在与行动自由利益进行比较的过程中所能获得的权重就越大,法秩序也就越迫切地要求守法公民以较高的谨慎态度保持或者激发自身的结果避免能力。在此需要考虑以下问题:

(1) 行为人所能感知的危险信号是什么,该信号所预示之危险的严重性和迫切度几何?这里有两方面需要注意:

首先,对危险信号的考察主要包括两点:①**信号的含义**。按照其对应的危险程度,危险信号大体可以分为以下三个级别:I级:说明风险指数尚未溢出日常生活的范围,诱使损害发生的关键性因素尚不具备,故结果离现实发生还相当遥远。II级:指示有异常风险的苗头显现,发生灾害或者事故的现实性已经存在,但还有一定的迟滞和缓冲期。III级:预示着异常风险已经迫在眉睫,只要无强有力的阻碍因素介入,则损害将即刻成为现实。②**信号的可辨识度**。即便从现有的经验来看,信号与特定程度的危险之间的关联性是明确的,但信号只有在为人感知之后,才能成为促使其集中精力防范风险的动因,而从信号发出到信号被感官接收的过程却未必一帆风顺。所以,还需要考察信号在传达到人的感官的过程中,是否受到了其他因素的干扰或者屏蔽,以致行为人最终接收到的

信号与实际的危险状况大相径庭。

(2) 面对信号所预示的危险,如果将谨慎义务普遍适用于所有人,则由此形成的生活状态能否为理性人所接受?这又取决于以下两方面因素:①谨慎义务对人们行动自由的限制将达到何种程度,是暂时限制还是持久剥夺?②谨慎义务的施行是否会诱发其他危险,其严重程度如何?

如果第二步判断得出的结论是该谨慎态度能够成为一项普遍化的义务,则说明行为入实际具有的谨慎态度落后于标准人的心素,可以认定他违反了其应尽的注意义务。反之,如果判断的结论是该谨慎态度无法普遍化,则说明它无法成为衡量行为入是否违反注意义务的标准。这时,应当适当牺牲法益保护的有效性,将先前假定的谨慎态度向下调低一个档次,然后再从第一步开始检验,照此往复直至得出能够普遍化的谨慎义务为止。如果最终确认,没有任何一种谨慎要求可以兼具结果避免能力和可普遍适用性,那就说明即使标准人也无法防止注意能力的下降,故行为入并未违反注意义务。

来讨论“杨存贵交通肇事案”。首先,如前文所述,站在事后的立场从结果反推,若杨存贵事前养成了每次出车前都不忘使用技术设备检查车辆制动性能的习惯,就可以将注意能力维持在为及时察觉危险因素所必要的水平之上,从而避免事故的发生。但是,此前车辆并未显现出可能发生制动障碍的征兆,甚至在事发当日,从出发一直到险情出现之前车辆已经行驶了近1个小时,且以山区道路为主,其间不可避免地会使用刹车制动,也都没有出现异常。这就说明,从当时既有的危险信号来推断,客车发生致人死亡事故的危险处在最低级别,与正常合规驾车的风险概率相当。如果法律要求本案被告人在面对该水平的危险时也必须将自己的谨慎态度调至最高级别,那就意味着所有车辆驾驶者每次发动汽车上路前,都必须无一例外地找来平板或者滚筒式制动检验台等专门仪器对汽车的制动性能进行全面检测。且不说如此大量的检测所需支出的经济成本,光是频繁检验所消耗的时间就足以导致机动车驾驶活动近乎限于停滞,这对于公民的出行自由和社会的正常运行来说都是难以承受的代价。所以,法律期待行为入具有的谨慎态度,不能高至每次出车前均用仪器进行制动性能检测的程度。

接下来,就只能考虑将要求行为入具有的谨慎态度调低至一般行前检查方式的水平之上。起步前后制动数次的方法之所以有可能成为确定标准人心素的依据,关键在于它具有社会通常性,而在于它能够最大限度地实现保障交通安全和维护行车自由这两者之间的平衡。一方面,按照现有经验来看,启动汽车后踩踏制动踏板进行数次制动尝试,基本上能够通过刹车的声音和力量感有效地辨别汽车制动性能是否存在可能影响行车

安全的异常情况。另一方面,这种简便省时的测试方法也不会给行车自由带来过分的限制。故只要行为人事前以这种方式对汽车的制动性能做了检查,就应当认定他已经具备了法秩序所期待的谨慎态度。

司法鉴定中的伤病关系与人身犯罪的因果关系

丁胜明*

一、案件基本情况

据办案单位介绍,被鉴定人崔某与他人争执后突然倒地,左侧肢体活动不灵活。病志记载,入院前3小时与人发生争执后突然左侧肢体活动不灵活,头痛、伴恶心,呕吐。诊断为急性右侧基底节区脑出血破入脑室,头皮血肿,高血压病。伤后两个月公安机关委托进行损伤程度鉴定,法医检查见不能站立行走,左侧鼻唇沟变浅,伸舌左偏,鼓腮不能,左侧肢体瘫痪,肌力2级。

此案中,经办案人员调查取证证实,嫌疑人与被鉴定人崔某虽有肢体接触,但并无严重暴力击打头部。崔某既往患高血压病多年,在轻微外力作用下,可以诱发基底节区脑出血,进而出现左侧肢体偏瘫等后果。

最后,经详细审阅病志材料和影像学资料,法医在多次讨论后,并没有引用《人体损伤程度鉴定标准》中5.1.2重伤二级h)颅内出血,伴脑受压症状和体征的规定,评定为重伤二级。而是出具如下鉴定意见:本例既往患有高血压病,本次急性右侧基底部脑出血,系与他人争执或被殴打后,情绪激动导致血压升高,诱发所致。与外伤无直接因果关系,不宜评定损伤程度。本案最后以民事案件调解结案。^[1]

二、本案的处理逻辑及其规范依据

本案是刑法理论上经常探讨的“被害人特殊体质”类案件的一种,其基本构造是,行为人实施了轻微的攻击行为,因与被害人的特殊体质叠加,引发了严重的人身伤害后果。就本案而言,行为人不构成故意伤害罪(致人重伤)或过失致人重伤罪这一结论应该不存在太大争议,但其出罪理由可能有两种,一是从客观层面着眼,认为行为人并未实施伤害行为,从而自始不成立犯罪;^[2]二是从主观层面着眼,认为行为人对于被害

* 西南政法大学法学院副教授。

[1] 牛佳、李文闻:《关于伤病关系鉴定意见的体会》,载《法医临床学理论与实践——中国法医学学会全国第十八届法医临床学学术研讨会论文集》(2015年),第728页。

[2] 参见孙运梁:《致特殊体质被害人死亡案件中的刑事责任问题》,《法学》2012年第12期,第109页。

人特殊体质和重伤害结果欠缺预见可能性,因此属于意外事件而不构成犯罪。^[1]

关于上述两种思路,学界已经有较多探讨,本文对其不作展开。选取本案的原因在于,现实中的本案最终也没有被认定为犯罪,但司法实务的处理方式与学理讨论大相径庭。如前述材料所见,由于鉴定机构认为本案结果“与外伤无直接因果关系,不宜评定损伤程度”,故公安机关只能将本案作为民事案件处理。

那么,实务机关这种处理方式背后的依据和逻辑何在呢?第一,我国刑法的理论和实践认为,构成伤害类犯罪,要以造成轻伤以上的结果为前提;第二,是否造成伤害结果、造成何种程度的伤害结果,不是由法官直接认定的,而是由司法鉴定机构鉴定,然后由法官决定是否采纳;第三,鉴定机构对结果的认定,依据是《人体损伤程度鉴定标准》(以下简称《鉴定标准》)。于是,《鉴定标准》便对一个行为是否构成伤害类犯罪的认定存在至关重要的影响。

具体到本案而言,单纯就“急性右侧基底节区脑出血破入脑室,头皮血肿,高血压病”以及“不能站立行走,左侧鼻唇沟变浅,伸舌左偏,鼓腮不能,左侧肢体瘫痪,肌力2级”来看,符合《鉴定标准》“5.1.2 重伤二级h)颅内出血,伴脑受压症状和体征”的特征,但是,《鉴定标准》“4 总则 4.3 伤病关系处理原则”规定:

“4.3.1 损伤为主要作用的,既往伤/病为次要或者轻微作用的,应依据本标准相应条款进行鉴定。

4.3.2 损伤与既往伤/病共同作用的,即二者作用相当的,应依据本标准相应条款适度降低损伤程度等级,即等级为重伤一级和重伤二级的,可视具体情况鉴定为轻伤一级或者轻伤二级,等级为轻伤一级和轻伤二级的,均鉴定为轻微伤。

4.3.3 既往伤/病为主要作用的,即损伤为次要或者轻微作用的,不宜进行损伤程度鉴定,只说明因果关系。”

由于本案被害人崔某“既往患高血压病多年,在轻微外力作用下,可以诱发基底节区脑出血,进而出现左侧肢体偏瘫等后果”,于是鉴定人认为,崔某的既往疾病在本案中起到了主要作用,因此援引 4.3.3 的规定,未进行损伤程度鉴定,如此一来,本案便卡在了鉴定环节,无法作为刑事案件处理。

需要指出的是,与本案构造类似的案件在司法实务中并不少见,其处理方式基本与

[1] 参见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(2004 年刑事审判案例卷),人民法院出版社、中国人民大学出版社 2005 年版,第 41-45 页。

本案相同,^[1]不过,相关文书大多淹没在各类司法鉴定机构的资料库里。这些案件处理的规范依据都是上述“伤病关系”条款,因此,有必要对该条款的规范构造进行解读。

三、“伤病关系”条款的规范解读

刑法中行为的判断与对象的性质存在紧密的关系,某一举止是否创设了规范所不允许的风险、能否评价为构成要件行为,不能脱离对象的性质孤立地认定。例如,朝正常人的头部抽一巴掌,一般只能评价为殴打或者暴行,但如果朝一个有“蛋壳脑袋”的人头部抽一巴掌,则有可能评价为伤害行为甚至杀人行为。

但是,行为和结果是两个不同的构成要件要素,虽然因果关系(结果向行为的归责)的判断使得行为与结果之间存在紧密联系,但这一判断是以事实层面结果的认定为前提,尔后考察这一事实层面的结果能否在规范层面归责于行为。刑法因果关系的判断只是对行为和结果之间关系的判断,这一判断并不会导致行为和结果判断的混同。

同样地,对象和结果也是两个不同的构成要件要素。行为作用在对象上,造成某种结果。对象的个体特性,也许会导致结果更容易或更难以发生,但这只是结果发生或未发生的原因,事实层面到底发生了何种结果,不受对象的个体特性左右。例如,朝一个有“蛋壳脑袋”的人头部抽一巴掌结果将其打死,不可能因为被害人有特殊体质,便认为被害人并未死亡。

总之,相对于结果而言,行为作用力的大小和对象的个体性质属于“因”的范畴。“因”和“果”在认定上是前后相继的两个不同要素。就结果的认定而言,刑法先要考察事实层面发生了何种结果,然后考察该结果是否能够归责于行为(行为和事实层面的结果是否有因果关系),如果答案是肯定的,则认定发生了规范所欲预防的结果。

人体损伤程度的鉴定本来应当是关于事实层面发生了何种结果的鉴定,但是,“伤病关系”条款在结果的认定中掺入了“因”即行为作用力和对象个体性质的考量。该条款将损伤和既往伤病对结果的作用力分为主次作用、同等作用、次主作用三种类型,第一种不影响结果程度的认定,第二种具有降低等级的效力,第三种则不予鉴定。不难看出,这种规定背后隐含的意思是,如果损伤只是起同等作用,则行为人不应对重的结果负责,因此需要降低等级;如果损伤只是起次要作用,则行为人不应对结果负责,因此

[1] 类似案件还可参见刘登峰等:《浅谈伤病关系处理原则》,载《法医临床学理论与实践——中国法医学全国第十七届法医临床学学术研讨会论文集》(2014 年),第 542 页以下。

不予鉴定。但是,这种规定存在疑问。

如前所述,刑法先要考察事实层面发生了何种结果,然后考察行为和事实层面的结果是否有因果关系,如果答案是肯定的,则认定发生了规范所欲预防的结果。司法鉴定承担的是事实层面发生了何种结果的认定问题,这一考察在因果关系的认定之前,不能将结果的认定与因果关系的考察混淆,更不能在考察因果关系之后倒回去更改事实层面结果的定性。因此,损伤对结果作用力的大小不应作为确定结果等级的考量因素。

更为重要的是,人体损伤程度鉴定本来只应处理专业技术性问题,但“伤病关系”条款却实质上在进行归责的判断,即在损伤只是起同等作用的情况下,行为人不对重的结果负责;在损伤起次要作用的情况下,行为人不对结果负责。然而,归责问题是规范判断,不是技术判断,应当交由法官等法律专业人士处理,不应由鉴定机构越俎代庖。在司法鉴定中考虑归责的问题,不仅变相行使了不处、减处、免处等的法律专有的裁量权,^[1]侵夺了司法人员的判断权,还可能导致归责判断的恣意化和非专业化。

实际上,损伤对结果作用力的大小,与行为人要不要对结果负责、对何种程度的结果负责,是两个不同的问题。在“伤病关系”条款中,是依据损伤对结果作用力的大小确定行为人要不要对结果负责、对何种程度的结果负责,其所理解的归责是结果向“损伤”的归责。然而,刑法上的归责,是指结果向“行为”的归责。“伤病关系”条款中,损伤与既往伤病是严格区分的,但如前所述,刑法上行为性质的认定,需要统合考虑举止(损伤)与对象的个体特质,源自于相同的力分别作用于病体和健体会产生不同的损伤结果。^[2]同样是扇耳光的动作,如果对象是正常人一般只会造成肌肉疼痛,但如果对象是高度近视的人,则可能造成视网膜脱落;朝他人腹部踢一脚,如果对象是正常人一般只会造成肿痛,但如果对象的脾脏因病变增大,轻微踢一脚就可能造成脾脏破裂。在这些案件中,损伤是“扇耳光”“踢一脚”,而行为却是“对高度近视的人扇耳光”“朝脾脏肿大的人腹部踢一脚”,很明显,视网膜脱落、脾脏破裂的结果应当归责于上述行为。在被害人有特殊体质的案件中,行为创设了何种风险,不能假设“如果对象是一般人,会导致何种结果”,因为案件的被害人本就不是一般人,即便要进行所谓类型化的考察,也应考察“如果对象是有这种体质的人,一般会造成何种结果”。

“伤病关系”条款意图在鉴定中进行归责判断的初衷是好的,实际上,《人体损伤

[1] 参见周连贵、陈馨梅:《对伤病关系在<人体损伤程度鉴定标准>中的适用性分析》,载《法医临床学理论与实践——中国法医学学会全国第十九届法医临床学学术研讨会论文集》(2016年),第536页。

[2] 参见周连贵、陈馨梅:《对伤病关系在<人体损伤程度鉴定标准>中的适用性分析》,载《法医临床学理论与实践——中国法医学学会全国第十九届法医临床学学术研讨会论文集》(2016年),第536页。

程度鉴定标准》之前的《人体重伤鉴定标准》《人体轻伤鉴定标准》中并未规定“伤病关系”条款,伤病关系该如何处理,长期以来在司法鉴定中也存在着巨大争议。^[1]长期以来,鉴定机构不愿意就伤病关系发表意见,以免自己卷入加害人和被害人之间的纠纷。但是,这一条款最终还是被写进了文件。其原因是,规范制定者认为,如果仅根据损害的后果评定损伤程度,并依此要求加害人承担法律责任,而不考虑受害人本身的健康状况,则有违司法公正。^[2]

但是,这显然没有正确理解结果在犯罪构成中的地位。结果只是犯罪构成的一个要素而不是全部,在鉴定机构对事实层面的结果作出鉴定之后,还需要考察这一结果能否归责于行为,即便客观上能够归责于行为,也可能因为行为人主观上欠缺对被害人特殊体质和严重结果的预见可能性而得出无罪的结论。换言之,在事实层面的结果鉴定出来之后,还需要进行结果向行为的客观归责和向罪过的主观归责的判断,最终才能得出行为人是否需对该结果承担刑事责任的结论。鉴定机构应当依据事实和科学进行事实层面结果的判断,而后将客观归责和主观归责的任务交给司法机关。当然,这不是说鉴定机构不应在鉴定意见中说明损伤对结果的作用力,而是说,鉴定机构不应因为作用力较小就不作鉴定或者自行下调结果的等级。

四、可能的应对措施

对于“伤病关系”条款的上述问题,可能的应对措施有两种:

第一,司法人员忽视鉴定意见中的规范判断,独立进行规范判断。2005年全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》将“鉴定结论”改为“鉴定意见”,实际上就是在提示司法人员鉴定意见只是参考性的,不应无条件地采纳。鉴定人只是法官的助手,只有法官才拥有对案件事实的终局认定权。^[3]

关于此问题,最高人民法院指导案例第24号提供了很好的素材。该案中,被告王阳驾车碰擦行人即原告荣宝英,致其受伤。交管部门认定王阳负事故全部责任。司法鉴定认定荣宝英一处十级、一处九级残疾,其中损伤参与度75%,荣宝英个人骨质疏松的体质因素占25%。一审依据该鉴定意见,扣减了25%的残疾赔偿金,二审认为,荣宝英个人特殊体质不属于侵权责任法上的过错,不应作为扣减残疾赔偿金的依据,王阳应承

[1] 参见朱广友:《<人体损伤程度鉴定标准>研制的基本思路》,《中国司法鉴定》2013年第6期,第42页。

[2] 参见朱广友:《<人体损伤程度鉴定标准>(草案)刍议》,《中国司法鉴定》2004年第4期,第31页。

[3] 参见陈如超:《刑事程序中法官与鉴定人事实认知的冲突》,《法律科学》2007年第6期,第116页。

担全部责任。^[1]

该案虽然是民事案件，但残疾赔偿金的额度取决于损害结果多大程度上应由被告人承担，而这与刑法上结果的归责有相近的构造。本案二审判决对一审判决的纠正，正确地认识到了鉴定意见只是裁判的参考而不是依据，法官需要独立进行规范判断。^[2]

问题在于，“伤病关系”条款有可能导致一些案件无法进入后续司法程序，于是司法人员便不可能进行独立的规范判断。比如，损伤与既往伤病是同等作用，实际结果是重伤，但根据“伤病关系”条款则需要鉴定为轻伤，此时，即便行为人主观上对重伤有过失，因鉴定意见鉴定为轻伤，而过失致人轻伤不构成犯罪，该案便不可能进入审判程序；同理，损伤起次要作用、既往伤病起主要作用，实际结果是重伤，根据“伤病关系”条款应不予鉴定，此时即便行为人明知对方有特殊体质即故意造成重伤，也无法进入审判程序。这里便产生了处罚的漏洞。

因此，要彻底解决“伤病关系”条款的问题，可能要采取第二种路径即对该条款进行修改。这里可以参考2017年出台的《人体损伤致残程度分级》中“4.3 伤病关系处理”的规定：

“当损伤与原有伤、病共存时，应分析损伤与残疾后果之间的因果关系。根据损伤在残疾后果中的作用力大小确定因果关系的不同形式，可依次分别表述为：完全作用、主要作用、同等作用、次要作用、轻微作用、没有作用。

除损伤“没有作用”以外，均应按照实际残情鉴定致残程度等级，同时说明损伤与残疾后果之间的因果关系；判定损伤“没有作用”的，不应进行致残程度鉴定。”

这一规定中，明确区分了事实层面的结果与损伤的作用力，一方面根据实际情况鉴定残疾程度，一方面说明损伤对残疾结果的作用力，除非损伤对结果完全没有作用因而确实不应对其负责，损伤作用力的大小均不对事实层面残疾程度的认定产生影响。于是，鉴定意见便只做科学、事实层面的认定，规范判断的任务则交由司法人员完成。显然，这种规定对司法鉴定的功能定位更加准确。

[1] 本案的深度分析请参见程啸：《受害人特殊体质与损害赔偿责任的减轻——最高人民法院第24号指导案例评析》，《法学研究》2018年第1期。

[2] 当然，由于该案是民事案件，其鉴定标准、侵权责任法上的过错、因果关系的认定等诸多问题与刑法还存在差异，限于时间关系，在此不作展开。

《司法鉴定中的伤病关系与人身犯罪的因果关系》评议稿

曾文科*

一、文章的价值

丁教授的文章选取《人体损伤程度鉴定标准》（以下简称《标准》）中的“4.3 伤病关系处理原则”（以下简称“伤病关系条款”）为讨论对象，从刑法因果关系理论出发对该条款予以规范解读，更准确地说是予以了规范性的批判。文章指出该条款存在混淆事实判断与归责判断、技术判断与规范判断、危害结果的认定与因果关系的考察等问题，在此基础上认为有必要对该条款进行修改，以准确定位司法鉴定的功能。

文章将刑法问题与司法鉴定问题关联起来，问题意识颇具新意，即在因果关系理论下，审视《标准》中的伤病关系条款是否具有合理性。此外，文章紧密围绕因果关系判断的二阶段构造，即区分事实上的归因与规范上的归责，严谨地论证了伤病关系条款存在的逻辑问题。另一方面，文章顾及了实践中基于伤病关系条款降低评价或不予鉴定损伤程度，以至于案件无法进入审判程序导致处罚漏洞等现实问题，为此提出了可行的两种应对措施。可见，在将（人身犯罪的）因果关系理论的应用范围推广至司法鉴定领域，理顺人体损伤程度鉴定与后续刑事审判的分工合作关系等方面，文章具有较高的理论与实践价值。

二、文章的检讨

围绕着文章讨论的问题，本文拟发表以下意见供参考、讨论。

（一）伤病关系条款的射程

伤病关系条款存在于《标准》规定的总则中，旨在指导司法鉴定人员对损伤与既往伤/病叠加后造成伤害的案件做出准确的损伤程度鉴定。伤病关系条款只适用于实际造成伤害结果的案件，不适用于造成死亡结果的案件。换言之，故意杀人、过失致人死亡、

* 中国政法大学刑事司法学院副教授。

故意伤害致人死亡的案件中,欠缺适用伤病关系条款的前提,超出了该条款的射程。即便认为伤病关系条款中提出的降低损伤程度等级(4.3.2)或不宜进行损伤程度鉴定(4.3.3)的规定存在问题,但这些规定并不会导致致人死亡的案件中,因损伤行为与既往伤/病存的主次作用关系,而将死亡结果降低评价为伤害结果或不予考虑死亡结果。所以,文章中以“朝一个有‘蛋壳脑袋’的人头部抽一巴掌结果将其打死,不可能因为被害人有特殊体质,便认为被害人并未死亡”为例,来说明伤病关系条款导致的结论不合理,未必妥当。

(二) 伤病关系条款的理解

针对伤病关系条款存在的问题,文章提出了①司法人员忽视鉴定意见中的规范判断,与②对该条款进行修改,两种应对措施。采取这两种应对措施的前提是,对伤病关系条款的确不存在合理解释的可能,以及伤病关系条款的确会导致令人难以接受的结论。

1. 《标准》中“损伤”的两种含义

文章中提出,“人体损伤程度的鉴定本来应当是关于事实层面发生了何种结果的鉴定,但是,‘伤病关系’条款在结果的认定中掺入了‘因’即行为作用力和对象个体性质的考量。”根据这种理解,人体损伤程度鉴定只是有关损伤后果的判断,不涉及行为,也不涉及因果关系。可是,“损伤”一词在《标准》中大体存在两种用法,一种是在作为伤害结果的意义上使用,一种是在作为伤害行为的意义上使用。例如,《标准》将重伤定义为“使人肢体残废、毁人容貌、丧失听觉、丧失视觉、丧失其他器官功能或者其他对于人身健康有重大伤害的损伤”,这里的“损伤”显然是指作为伤害结果的损伤。与此相对,在伤病关系条款中,比较的是损伤与既往伤/病的作用大小,这里的损伤只能理解为作为伤害行为的损伤。根据《标准》提出的鉴定原则(4.1),司法鉴定人员应当“全面分析,综合鉴定”,所以不仅要作为结果的损伤程度(重伤、轻伤或轻微伤)做出判断,而且要对损伤行为是否称得上刑法上的伤害行为做出判断。

2. 伤病关系条款的作用

根据文章的看法,伤病关系条款越俎代庖,混淆了结果的认定与因果关系的考察,超出了技术性问题的范围,“实质上在进行归责的判断”。这是因为,根据伤病关系条款,当既往伤/病为主要作用,损伤为次要或者轻微作用时,不宜进行损伤程度鉴定,导致在伤害案件中欠缺证明伤害结果及其程度的证据,事实上使得行为人不必进入刑事司法程序,不必对伤害结果负责。可是,即便在这种情形下,伤病关系条款也要求司法鉴定

人员“说明因果关系”,文章中也坦言“不是说鉴定机构不应在鉴定意见中说明损伤对结果的作用力”。如此看来,伤病关系条款并没有因既往伤/病的存在而僭越因果关系的判断,反而要求司法鉴定人员明确鉴定出损伤行为与结果之间的作用力大小,即起主要作用、共同作用还是次要或轻微作用。既然伤病关系条款没有否定损伤与结果之间的因果关系,那么如何理解其中下调损伤程度等级甚至主张不做损伤程度鉴定的规定呢?可以说,这是对损伤行为是否具有伤害行为危险性的判断。

一方面,当损伤与既往伤/病共同作用,即二者作用相当时,虽然最终出现的是重伤结果,但损伤行为本身不具有造成重伤的危险性时,只能将其评价为轻伤行为;虽然最终出现的是轻伤结果,但损伤行为本身不具有造成轻伤的危险性时,只能将其评价为轻微伤行为。换言之,表面上看,《标准》4.3.2中没有依据鉴定时被鉴定人客观上作为结果的损伤程度做出判断,但其通过下调损伤程度对损伤行为性质做出了准确判断。如此看来,文章中提到的以下现象,即“损伤与既往伤病是同等作用,实际结果是重伤,但根据‘伤病关系’条款则需要鉴定为轻伤,此时,即便行为人主观上对重伤有过失,因鉴定意见鉴定为轻伤,而过失致人轻伤不构成犯罪,该案便不可能进入审判程序”,也并非不可理解。因为此时虽然客观上被鉴定人负有重伤,行为人主观上对重伤也有过失,但其实施的过失行为本身不具有导致重伤的危险性,不应当认定未过失致人重伤的实行行为。

另一方面,当既往伤/病为主要作用,损伤为次要或者轻微作用时,可以说损伤行为不具有造成轻伤以上后果的危险性,不宜将其认定为伤害行为,从而不再进行损伤程度鉴定。文章主张参考《人体损伤致残程度分级》(以下简称《分级》)中的“4.3 伤病关系处理”来修改《标准》中的伤病关系条款。但是,《分级》旨在为被鉴定人的致残程度等级做出客观评判,以供解决民事纠纷、申请经济赔偿之用。即便损伤对残疾后果只起到轻微作用,也有必要按照实际残情鉴定致残程度等级作为两造争讼的基本事实。与此相对,根据《标准》做出损伤程度鉴定,服务于伤害类刑事案件中的定罪量刑目的。当某行为本身不具有伤害的实行行为性时,不是从危害结果、因果关系,而是从“危害行为”这一要件上排除了犯罪的成立,也就没有必要再针对客观上被鉴定人所负伤害程度做出鉴定。另外,这种做法也有利于在较早阶段将犯罪嫌疑人排除出刑事司法程序,使其免受长时间卷入刑事程序后遭受的种种不利益。

3. 损伤行为作用的确定

真正存在问题的是,如何确定损伤行为的作用。作为质疑伤病关系条款的例证,文

章中指出,“损伤起次要作用、既往伤病起主要作用,实际结果是重伤,根据‘伤病关系’条款应不予鉴定,此时即便行为人明知对方有特殊体质即故意造成重伤,也无法进入审判程序”。的确,在明知对方有特殊体质的情况下,即便仅实施轻微的击打,也可能造成行为人所期望的重伤结果,倘若不能追究行为人的刑事责任,结论难言妥当。可是,造成不能追究行为人刑事责任的,不是伤病关系条款本身,而在于对损伤行为作用的确出现了问题。由于行为人的特殊认知,其损伤行为在意志上支配、利用了被害人的特殊体质。正如间接正犯时被利用人的行为应当视作利用人的行为一样,此时特殊体质所起的作用也应当算作损伤行为的作用。如此一来,损伤行为通过对既往伤/病的利用,所起的就不是次要作用,而是主要作用,当然要根据《标准》相应条款进行鉴定。与此相对,当行为人对特殊体质不存在特殊认知时,不存在意志上对被害人特殊体质的支配、利用,损伤行为所起作用与特殊体质所起作用就应当分别判断。

陈璇教授文、丁胜明教授文评议稿

敬力嘉*

各位老师、实务界同仁大家好,我是来自武汉大学法学院的敬力嘉。非常感谢北大法学院、盈科律所、《法学》杂志社提供的宝贵机会,让我能有幸与各位交流对陈璇、丁胜明二位教授精彩报告的学习体会。

丁胜明教授的报告以《人体损伤程度鉴定标准》中的“‘伤病关系’条款”为中心,指出司法实践中存在依据该条款混淆结果鉴定、因果关系判断与归责的问题,提出应参照2017年出台的《人体损伤致残程度分级》中“4.3 伤病关系处理”的规定修改该条款。我非常赞同丁胜明教授的结论,即应明确鉴定意见只做科学、事实层面认定的功能定位,将规范判断的任务交由司法人员完成。

接下来,我想重点跟各位汇报我对陈璇教授报告的学习体会。陈璇教授以“杨存贵交通肇事案”二审裁定书为依据,在肯定本案判决进步意义的基础上,以划定交通肇事罪中行为人注意义务的边界为问题意识,以区分标准人的“力素”与“心素”,通过明确标准人的“心素”限制行为人注意义务违反性为理论进路,最终提出了利益权衡模式下注意义务标准人“心素”的具体判断规则,即先以假定思维判定何种谨慎态度可有效防止注意能力下降,再从规范角度判断该谨慎态度能否成为一项普遍化法则。陈璇教授不仅为本案提供了相较于“社会通常性”更加明晰的解决方案,也为过失犯理论贡献了一种注意义务标准人的设定方法。在《刑法归责原理的规范化展开》一书中,陈璇教授对过失犯理论进行系统反思,提出的注意义务仍是过失犯论的元概念、注意义务判断应采取一元的行为人标准等观点,也让我深受启发。我仅就注意义务的规范本质,以及行为人注意义务违反性的判断方法提出一点粗浅的看法。

与陈璇教授主张行为规范是法益保护规范,注意义务是能力维持规范,过失犯中规范违反的实现方式具有间接性不同,我认为过失犯中的注意义务是具体情境下个别化的(谨慎)行为规范,过失犯中的规范违反是直接实现的。过失禁令的对象是身体举止,其意图性与法益并非直接相关,但可以显示特定情景下的法益侵害抽象危险,且这种举止应遵循一般的危险禁令。过失犯的行为规范不同于故意犯罪,其效力往往并非通过对

* 武汉大学法学院讲师。

禁止行为的完全不作为来体现,而是通过实施特定安全措施来体现。因此,这些开放的行为规范属于“半封闭系统”:当行为人开始着手实行禁止性行为时,这些抽象的行为规范便具体化为个人的注意义务。此时,通过实施相应安全措施,可以排除由此产生的危险情况。对于过失的行为不法而言,行为人无需思考其行为计划的固有风险,以及行为危险较小的可能性。在满足一般经验规律,并且必须为行为人提供契机的情景中,足以通过这种不需要深入思考的认识来确认其行为风险性。虽然由此产生的注意义务不具备故意犯罪的完全禁令那样的训诫性,但行为人可以根据情景中相关的经验规律来指导其行为。而在所谓无认识过失的情境下,过失禁令不再是“半封闭系统”,而是“复合系统”:行为不会被一般化的危险禁令一律禁止,但若行为人在特定情境下不能遵守为了降低危险必须的最低注意标准,则该行为从容许行为变为禁止行为。

以驾驶行为为例,法律会对车辆驾驶员作出复合型规定,要求其如果不能时刻注意交通状况,则禁止其在道路上驾驶车辆。只要遵守了为降低危险而必须的最低注意标准,参与道路交通在此只能是被容许的风险。当驾驶员眼中不再有道路或交通关系,或注意力不再集中于当前的驾驶行为,这种与一般交通参与相关的被容许的风险,会转变为一种不被容许的风险,即从容许行为变为禁止行为。这个义务要素,是基于自身被禁止危险行为的设计而产生的。如这个义务要素一样,驾驶员对道路交通注意义务规范的对象是一个抽象危险行为,即驾驶的附随后果——驾车参与道路交通是一种特殊危险,这种危险要求行为具有相关的且符合特定标准的警惕性,从而得以在被容许的风险的框架内活动。

回到本案中,交通肇事罪针对驾驶员创设了作为“复合系统”的过失禁令。此过失禁令是否能够具体化为行为人为降低车辆行驶危险所必须的最低限度的行前检查义务,需在本案具体情境下,结合法律法规、一般行业规范要求以及车辆行驶状况进行判断。依据本案事实,杨存贵尽到了为降低车辆行驶危险所必须的最低限度的行前检查义务,应当认为他已经具备了法秩序所期待的谨慎态度。

两位教授的报告没有直接探讨因果关系的认定,都将重点放在了归因与归责的区分,并从我国的法律规范与实际判例出发,对人身犯罪的归责进路进行了卓有成效的本土化探索,充分体现了刑法教义学研究的实践面向,令我获益匪浅。以上是本人学习两位教授报告的一些心得体会,请大家批评指正,谢谢!

读陈璇教授文、丁胜明教授文有感

王宇*

尊敬的各位专家、学者,律师同仁们:

大家下午好!接下来,我对两位报告人的主题发言发表些学习心得,请各位批评指正。

首先,陈璇教授的《危险创设判断中的利益衡量》一文,以杨存贵交通肇事案二审裁定书为引,指出注意义务边界划定涉及的标准人问题。在其看来,标准人为了避免结果发生所必要的认知能力的具备,需要两个要素——“力素”和“心素”。既有理论和实务常常关注力素,但后者即法规范所期待的谨慎态度,对于注意义务的规范限制更具有重要意义却又经常被忽略。而杨存贵案则鲜明地体现了对标准人心素的功能和作用的重视。并据此将行为人应当具备的谨慎态度限定在通常试车检查方式所体现的水平之上,而非提升到须借助特定技术设备才能检测出来的范围和程度。

较为遗憾的是,该案关于心素的思考范式采用了在论者看来并不妥当的“社会通常性模式”。因为通常并不代表着正当,且社会通常性往往较为直觉和浅表,并不触及注意义务的核心。在此前提下,论者进而指出利益权衡模式的可取性源于作为过失责任自身特别的内在要求且由注意能力的相对稀缺所决定。

紧接其后,论者又详细阐述了标准人心素判断的准则。该准则并不涉及行为人所追求的具体目的,且不以严格的数字量化为趋向。其更多地与设定一项针对公民自由造成限制的、具有普适性的法律义务何以具备正当性问题有关。具体地,论者主张通过借助事后假定性思维和规范角度,对注意义务标准人心素加以判断,并最终回归至对杨存贵案的分析:将行为人具有的谨慎态度调低至一般行前检查方式的水平,从根本上能够最大限度地实现保障交通安全和维护行车自由两者的平衡。

陈教授的论文通过对社会通常性的反思,探索性地提出了利益权衡模式,并且将之具体化,从而为从标准人心素面向限制注意义务范围提供了可供操作的准则,给了我们新的纬度和方法论。

再谈,丁胜明教授的《司法鉴定中的伤病关系与人身犯罪的因果关系》。他通过实务届经常涉及的“被害人特殊体质”类案,提出当前司法鉴定中存在着以结果为导向的逻辑颠倒。这实则混淆了结果的认定与因果关系,不能在考察因果关系之后倒回去更改事实层面结果的定性,损伤对结果的作用力大小不应作为确定结果等级的考量因素。实

* 北京盈科(扬州)律师事务所刑事部主任。

际上,损伤对结果作用力的大小与行为人是否对结果担责以及对何种程度的结果担责,这是两个不同的问题。在鉴定机构对事实层面的结果作出鉴定之后,还需要考察这一结果能否归责于行为,即便客观上能够归责于行为,也可能因为行为人主观上欠缺对被害人特殊体质和严重结果的预见可能性而得出无罪的结论。当然,并不是说鉴定机构不应在鉴定意见中说明损伤对结果的作用力,而是鉴定机构不应因为作用力较小就不作鉴定或者自行下调结果的等级。他还提出了,我们应当参考2017年人体损伤致残程度分级中的伤病关系处理规定,明确区分了事实层面的结果与损伤的作用力,损伤作用力大小均不对事实层面残疾程度的认定产生影响。

丁教授的论文给我们诠释了司法鉴定中的伤病关系条款存在的逻辑混淆,其实质上也是没有进一步区分和厘清事实判断和价值判断。同时,给我们提出了解决的路径和规范判断,即鉴定意见只做科学和事实层面的认定,规范判断则由司法人员完成,这也是司法鉴定的新的功能定位。

最后,我分享几点体会:

第一、无论是何种模式的选择,还是司法鉴定存在的逻辑路径,我们始终应当坚持客观归责。否则,一切的刑法规范判断就缺乏了逻辑起点,其实从思维方法上,规范性思考也就是在贯彻客观归责论。

第二、在因果关系的判断,应当区分事实的因果关系和法律的因果关系。我们在事实判断的同时,仍然需要考量规范判断,两者虽不排斥,当然也存在内在逻辑。事实的因果关系是前提,法律的因果关系是在条件关系得以肯定的基础上所作的进一步判断。条件关系是事实的因果关系;法律因果关系则是对于结果的客观归责问题。

第三、在法律因果关系的判断规则方面,在条件关系之外确定客观归属时,确定实行行为,分别审查实行行为和介入因素的贡献度。实行行为具有引起结果发生的高度危险性的,原则上就需要对结果担责。而对于介入因素,在介入被害人因素时,判断因果关系的标准则在于介入因素是否异常,这对结果归属更有意义。

总之,因果关系与客观归责并非对立,我们应当通过理性判断,将因果关系作为结果客观归责于行为人的一个标准。

谢谢大家!

医疗介入时人身伤害因果判断的争议与厘清

李 川*

存在介入因素的因果关系认定一直是困扰刑事司法实践的难题之一。在人身伤害案件中,介入因素导致因果关系判断困难的典型情形是被害人接受医疗后的结果与伤害行为之间因果关系的认定。人身伤害行为发生后被害人得到医疗救治的情形非常常见,然而医疗过程的不确定性和复杂性也导致医疗结果受多重因素影响更加难以预测(如被害人不遵医嘱、被害人或其亲属消极或放弃治疗、医疗过错等),进而时常引起伤害行为与结果之间的因果关系判断争议。司法实践中医疗介入因素影响下人身伤害案件的因果关系判断仍然时常存在着判断标准上模糊与认定结论上随机的问题,类同案例结论相反的现象时有发生。因此有必要在结合相关因果关系理论的基础上对医疗介入时人身伤害因果关系的判断进行深入检视,厘清实践争议,尝试给出合乎法理且可行的判断基准。

一、医疗介入时人身伤害因果判断的具体争议与实践逻辑

以下四个典型案例为代表梳理医疗介入时人身伤害因果判断的类型化情形。

案例1 巫仰生、谢礼盛等人故意伤害案(《人民法院案例选》2013年第1辑):

2010年12月2日谢礼盛等人殴打被害人许某源,许某源被打倒在地。许某源于受伤当日被送到医院住院治疗,经积极治疗病情相对稳定。经鉴定许某源系头部重伤昏迷,伤残程度一级。2011年3月24日医院应许某源家属的要求,对许某源拔除气管插管,降低用药档次,并于同年4月1日停止输液。许某源在拔除气管插管和停止输液9个多月后,于2012年1月8日死亡。法院认为,巫仰生等人的行为与被害人死亡之间的因果关系因被害人家属要求医院拔除气管插管、停止输液等拒绝治疗的行为所中断,因此不能成立。原因在于在巫仰生等人的伤害行为之后,又介入了独立于先前的伤害行为之外的被害人家属主动要求拔除气管插管、停止输液等多个独立于伤害行为的积极因素,并最终导致被害人死亡。

案例2 罗望等人聚众斗殴、故意伤害案(《人民法院案例选》2019年第8辑):

2015年5月3日,被告人之一曾学平持钢管抡打被害人许士贵头部,致其脑部重伤。

* 东南大学法学院教授。

当日许士贵被送往医院救治,经紧急治疗后呈植物生存状态,8月9日经鉴定,右额颞顶部损伤程度为重伤二级,伤残等级为一级伤残。在病情稳定后被转入普通病房。2016年3月1日因未能续付护工工资,许士贵家属将其留置在医院,不再负责护理,医院为许士贵提供基本生命支持用药和基础护理。2016年4月15日,许士贵因突发呼吸、心跳骤停经抢救无效被宣布临床死亡。法院认为,曾学平等人的致害行为是导致许士贵死亡的根本原因,许士贵家属消极不配合治疗护理这一介入因素不足以阻断曾学平等人的犯罪行为致被害人死亡的结果。

案例3 邵某故意伤害案((2014)加刑初字第66号,《人民司法》2015年第10期):

邵某与被害人许某到派出所处理邻里纠纷时发生厮打,邵某将许某左手拧伤,造成左手中指近指间关节脱位,经法医鉴定构成轻微伤。许某未按照主治医师医嘱进行理疗锻炼并谨慎活动手指,出院后左手中指指间关节僵直,经法医鉴定构成轻伤。判决认为邵某犯故意伤害罪,造成被害人轻伤,伤害行为与轻伤结果之间因果关系成立。其理由在于医疗行为作为阻断伤害结果发生的因素,不是多因一果案件的致害原因,致害人不能给被害人设置接受医疗、理疗和锻炼的义务,被害人不进行理疗和锻炼不构成过错。致害人不能因此对扩大的伤害减免责任。

案例4 陈美娟投放危险物质案(《刑事审判参考》第276号):

2002年7月25日晚9时许,陈美娟用一支一次性注射器从自家农药瓶中抽取半针筒甲胺磷农药后,潜行至陆兰英家门前丝瓜棚处,将农药打入瓜藤上所结的多条丝瓜中。次日晚,陆兰英及其外孙女黄金花食用了被注射有农药的丝瓜后,出现上吐下泻等中毒症状。送医后黄金花经抢救脱险;陆兰英因甲胺磷农药中毒引发糖尿病高渗性昏迷低钾血症,医院对此诊断不当,而仅以糖尿病和高血压症进行救治,陆兰英因抢救无效于次日早晨死亡。

判决认为尽管有医院诊治失误这一介入因素,但被告人的投毒行为与被害人的死亡结果之间仍存在刑法上的因果关系。主要理由是:投毒行为所诱发的糖尿病高渗性昏迷低钾血症是一种较为罕见的疾病,很难正确诊断。被害人并未出现非常强烈的中毒症状,镇医院医疗水平有限,诊治失误可以理解。所以出现医院诊治失误这一介入情况并非异常,该介入情况对死亡结果发生的作用力较小,被告人本身的投毒行为具有较大致死可能性,因此因果关系仍然成立。

这四个案例典型的代表了人身伤害案件中对被害人医疗时可能存在的三大类介入因素:案例1与2是被害人家属有碍医疗行为(如要求或直接实施停止医疗行为);案例3是被害人有碍医疗行为(不接受治疗或错误妨碍治疗)案例4是医疗过错行为(未

治疗、未及时治疗或错误治疗)。

(一) 反映的争议

这四个典型案例提供了观察在人身伤害案件中介入因素影响因果关系的司法判断逻辑与可能争议。案例1与2从案情来看有其共性:都是严重伤害行为有致死的危险,但被害人都被及时送医治疗,初次鉴定都是重伤或严重伤残,在医疗过程中,家属存有碍治疗的行为疏失,最终被害人死亡。在认定伤害行为与死亡结果的因果关系时,案例1法院认为家属治疗上的疏失阻断了伤害行为与死亡结果的因果关系,案例2法院认为家属治疗上的疏失不能阻断因果关系因而因果关系成立。可以说两个判决对类似的案情做出了相反的结论。诚然不同案例中具体伤情、家属治疗疏失的程度及被害人延后死亡时间有所差异,但是在判决中也并未表达这种具体差异因素如何影响因果关系的判断标准,通常仅直接给出了介入影响医疗的行为是否中断因果关系的结论。案例3罕见的从义务与责任分配的意义上来推断因果关系,以被害人不负自我治疗义务为理由认为其不应承担伤害后果扩大的责任,即便被害人不遵医嘱造成伤情扩大也应由行为人负责,由此倒推扩大的轻伤后果与伤害行为之间可认定存在因果关系。但由此而来的争议是因果关系的判断完全成了一种划分责任的规范评价的产物,所谓其客观性与事实性应如何保证。案例4采用了介入因素是否异常、作用力大小等作为能否中断因果关系的判断指标,但是产生争议的是,对异常及作用力本身的判断就缺乏明确的标准,使用“诊治失误可以理解”、“作用力较小”等相对模糊及主观性的表达来否认介入因素的异常与中断因果关系,可能本身就会见仁见智,基于不同立场就得出不同的判断结论。

(二) 司法实践的判断逻辑

从上述案件可见,司法实践中判断介入因素对因果关系影响的时候,要么缺乏明确标准或理由(案例1与2)、要么以因果关系之外的因素来作为标准(案例3),但也有少量案例给出了所谓普适性标准。案例4作为典型判例。判决中其实给出了一定的介入因素影响因果关系的判断标准:“如果介入情况并非异常、对结果发生的作用力较小、行为人的行为本身具有导致结果发生的较大可能性的,则应当肯定前行为与结果之间存在刑法上的因果关系。”

这个判断标准在之后的张校抢劫案(《刑事审判参考》第685号)中得到进一步认可,形成介入因素是否中断因果关系的实践三重性标准:在先行为对结果的作用力、介入因素的异常性、介入因素对结果的作用力。这一标准无疑对司法实践中判断伤害案医疗介入因素对因果关系的影响起到了一定的明晰作用。但是接踵而至的问题是这个三重

性标准是否能够解决争议,形成相对合理一致的因果判断结论。就前述案例应用而言还存在疑问:一是受“作用力”、“异常”等用语自身模糊性的影响,这一标准具体适用时可能因主观看法差异而结论不一,上述案例中家属放弃治疗是否算异常因素、放弃对昏迷的被害人的治疗是否属于对死亡结果作用力更大等都可能产生见仁见智的不同看法。二是对因果关系有无的定性判断却以作用力大小比较的定量判断为依据,容易产生判断困难。作用力大小是相对于何种基准而言不甚明确,大小各自到什么程度才能中断因果关系也不清楚。进一步而言,还会出现伤害行为与异常介入因素“作用力”性质可能根本不同而难以形成可比较性的问题。三是三重标准之间的相互关系与判断逻辑也需明确。比如在先的伤害行为与介入的医疗因素对结果的作用力都需要判断,二者是否是此消彼长或有无先后的逻辑关系都可能会影响最终判断。比如是否在先伤害行为作用力足够大就完全不需要再判断其他两个因素了。

二、理论见解与分析的立场

其实一直持续发展中的因果关系诸理论学说为因果关系判断提供了相对丰富的原理标准:无论是传统的因果关系理论的偶然因果关系判断或因果关系中断说,还是后来新兴的因果关系理论通过禁止溯及理论(条件说)、经验的相当性判断(相当因果关系说)、危险的现实化判断(客观归责理论)都试图为存在介入因素的因果关系判断提供一定的理论上的标准;但是司法实践中采纳上述理论成果的程度相对有限:一方面这是因为不同因果关系理论仍然存在明显差异与争议,实践中即便希望采纳理论成果也可能无所适从;另一方面司法实践中借助《刑事审判参考》、《最高人民法院案例选》中的典型判例,形成了一种司法实践中相对承继的独特判断逻辑。受此影响,目前因果关系理论上的新发展还不能说对司法实践中介入因素情形下的复杂因果关系认定产生了明显的积极影响。接下来通过因果关系理论对医疗介入情形下人身伤害因果关系这一典型复杂情境的分析,希望能够将司法实践传统逻辑与因果关系理论结合起来,为介入因素下复杂因果关系的判断提供一定的基准。

在结合理论进行分析之前需要明确:首先,由于理论上对因果关系有不同的界定,需要对何种意义上使用因果关系进行明确。本处采用广义因果关系定义,既包括经验意义上的事实因果流程判断,也包括规范评价意义上确定结果可归责于行为的结果归属判断。其次,考虑到因果关系理论的复杂性与本处篇幅,此处不对不同观点展开评价,只

针对讨论主题,从清晰理据的意义上确定本文使用的具体原理。这不代表排斥或反对未采用的其他理论,仅代表本处论述角度。最后,因果关系的判断并不代表刑事责任的最终结论。

为尽可能提供精细且有适用价值的结论(考虑到事实因果关系的分析原理对实践已较大影响,但归责原理应用有限或混淆于归因的状况,应区分归因与归责,重在归责判断),本文的理论立场是:在事实的因果流程判断层面采用条件说;在规范评价意义上采用危险的实现或危险的现实化理论(涉及第二、第三规则的部分的客观归责论)。其中危险的实现又涉及两个层面的判断:一是行为的危险是否在规范性的意义上朝向结果发展;二是行为的危险实现是否被新的其他危险实现所取代。前者从行为时一般人视角判断,后者则基于事后综合全部客观因素来进行判断。

三、具体的应用分析

接下来立基于上述立场,从两个层面结合案例阐明伤害案件中医疗介入对因果关系判断的认定基准:

(一) 事实的因果关系:通常成立

作为第一层次在先判断的是事实因果流程的有无,这是判断因果关系的基础层次,如果无法认定就不需要进行后续规范判断。判断事实因果流程应基于存在论的立场根据条件说展开。基于这一立场,通常人身伤害行为与伤亡结果之间都具备事实上的因果关系。^[1]这点不受被害人是否接受医疗以及如何接受医疗的影响。因为从事实因果流程出发,如果没有前置伤害行为,被害人就不可能受到医疗救治,也就不可能有所谓的接受医疗后的结果。

需要说明的是,作为条件说补充的所谓中断论或回溯禁止理论认为有意识的影响结果的有力行为会切断前置行为的因果关系,如家属有意放弃被害人的治疗导致的被害人死亡可能会切断伤害行为与死亡结果的因果关系。不能否认这种观点的可能成立,但所谓中断论或回溯禁止理论实际上已经超越了条件说所处的事实因果判断而包含了一定的规范判断,所以是第二层次的问题。在早期没有清晰区分归因与归责时,作为补充的中断论或回溯禁止理论可以说起到了解决归责问题的有效作用。本文也把所谓因果关系中断或禁止回溯要解决的因果关系问题放到第二个层次加以讨论。

[1] 当然不排除有所谓择一因果、重叠因果的特殊情形。条件说通过特殊规则补充认定这些特殊情形。

（二）规范的结果归属：判断核心

在第二个层次判断规范意义上结果是否可归责于行为的问题，这一判断是解决医疗介入下伤害因果关系认定的核心。如果仅考虑事实因果关系，将可能导致结果无限回溯归责行为的困境。因此需要在事实因果关系成立的基础上，在规范语境下讨论结果归责于行为的问题，具体到本处主题，也就是在有被害人接受医疗的情形下，最终结果如何能归责于伤害行为的问题。

在结果归属意义上判断归责，其核心是危害行为所制造的危险是否实现为实害结果。这一判断就客观归责立场而言可以从两个方面进行认定：一是行为的危险是否在规范性的意义上朝向结果发展；二是行为的危险实现是否被新的其他危险实现所取代，从而不在构成要件的效力范围内。结果归属通过危险实现的判断，相较于司法实践的三维因素标准所强调的作用力大小的判断更加清晰稳定，也能分析更为复杂的情形，并符合规范评价需求。

1. 行为的危险是否在规范性的意义上朝向结果发展

行为的危险在规范性意义上朝向结果发展需要判断的是：（1）结果发生是否在行为危险的范围之内，（2）结果是否具有回避可能性，（3）结果发生的流程是否符合危险行为的规范保护目的。需要说明的是，在危险朝向结果发展过程中，导致危险暂时降低的情形并不影响结果归责于行为。对于第（1）点的判断需要首先明确伤害行为产生的是何种危险及其范围，才能判断结果发生是否在行为危险范围之内，所以对行为产生的危险范围的判断虽然不是因果关系判断的内容，但的确是因果关系判断的前提。应从行为时一般人标准来判断行为的危险范围。第（2）点用于将不具有回避可能性的结果排除在危险实现的规范评价之外。第（3）点在于通过规范目的实现刑法评价规范功能，用于保证危险实现的流程不会脱离规范目的的范围之外。

2. 行为的危险实现过程是否被新的其他危险实现所取代

接下来，需要判断行为的危险实现过程是否被新的其他危险实现所取代，这点是传统因果关系中断论的判断领域，包括：（1）是否出现了其他新创设的向结果转化的危险进程，（2）原行为危险实现进程是否被新的危险实现所排斥替代。此处复杂的是原行为危险与介入因素新创设危险因素共同作用下产生实害结果时该如何认定问题。本处立场是只要原行为的事实因果流程持续发生影响，即便只是对结果起部分作用，亦应认为原行为危险未被新的危险所替代。

（三）具体判断与案例应用

就伤害案件医疗介入情形而言，在确定事实因果关系成立的情形下，结果归属标准就具有因果关系成立的核心判断意义：（1）如果本来伤害行为仅具备导致较轻实害结果的危险，被害人接受治疗之后反而出现了更重的结果，即便无法查明是医疗过失或被害人及其家属的行为与更重结果的因果关系，也不能归责于伤害行为，因为较重结果已经超出了行为危险的范围。（2）如果行为本身有造成实害后果的危险，经过有效的医疗控制住了危险向结果的发展。但是进一步可能由于医疗过错、被害人行为或被害人家属行为，导致本已被控制的危险失去控制发展为实害后果的话，并不影响结果归属于伤害行为。当然也要经过结果可回避性与规范保护目的检验。（3）如果医疗过错、被害人行为或被害人家属行为等创设了新的导致实害结果的危险，其危险实现并完全替代排斥了原行为危险实现，则实害后果与原行为不能成立因果关系。此处医疗过错、被害人行为或被害人家属行为是否犯罪行为、偶然行为等行为规范性质问题都与原行为因果判断并不相关。如果不是新的危险实现完全替代原行为的危险实现，而是两种危险合并实现，原行为与新的因素合并导致实害后果，则也不能中断原行为的因果关系。

就上述案例而言，按照以上标准来分析因果关系时都可能需要更多的案件信息，分析更多可能存在的复杂的情形：

案例1和案例2都需要首先判断暴力殴打行为是否有造成死亡的危险。首先，如果可以判断伤害行为只会造成伤害危险而无死亡危险，则在经过治疗病情平稳之后，被害人家属停止治疗而使得被害人死亡的结果就超出了伤害行为的危险范围而不能归责于伤害行为。其次，在暴力伤害有致死危险的情形下，案例1中，虽然被害人死亡时间上距离殴打发生时间较远，但是最终导致被害人死亡的危险仍然是来自于殴打行为。被害人只是经过有效的医疗而病情稳定，暂时降低了死亡的风险。有效医疗只是暂时控制了危险不会持续的向结果的实现，被害人家属要求停止治疗的行为并未创设新的死亡危险，只是使得本已控制的风险重新向结果发展并最终实现为死亡结果。因果关系得以成立。案例2与案例1稍有不同，虽然同样被害人家属要求停止治疗，但医院仍然维持了对被害人的治疗，最终被害人依然伤势过重而死亡。可以说医疗行为并未能控制伤害行为的致死危险发展为死亡结果。因果关系能够成立。

而案例3以设定义务与承担责任的理由来分配因果关系虽然带有规范评价的意味，但完全以责任分配的规范评价取代客观的因果关系判断，超出了因果关系的判断内涵，混淆了刑事责任判断层次。以危险实现标准认定案例3的因果关系也需要区分情形：首先，伤害行为是存在可能造成轻伤的风险；其次，接下来的判断要看被害人不遵医嘱而

致使轻伤的行为到底是原有伤害行为风险的实现还是被害人新创设的风险的实现。如果被害人只是不遵医嘱消极不理疗与锻炼,则轻伤结果只是原有轻伤风险的持续实现,因果关系成立;但如果被害人不遵医嘱还体现为不顾伤势强行活动受伤指关节而创设新的致害风险并进而实现为轻伤后果,则实现了创设风险实现对原有风险的替代,则轻伤后果与伤害行为之间的因果关系就不能成立。

案例4同样可以用危险实现标准予以分析。首先,用针在丝瓜中投毒行为所造成的危险范围是否包括致死结果需要结合行为时一般立场进行分析。考虑到被害人死亡是由于合并自身疾病与医疗疏失的事实,因此难以直接推断投毒剂量是否致死。因此必须从一般意义上明确行为人分散向丝瓜注射的投毒剂量是否有致死危险。如果未达到可致死剂量,则难以认定投毒行为产生致死危险。但如果投毒人投毒剂量是通常的致死剂量,致死则在危险的范围之内。其次,假设投毒行为可能存在致死危险时,接下来需要判断致死危险是否具体实现。被害人死亡结果在事实上是由中毒、被害人自身疾病与医疗疏失因素所共同导致的。被害人自身疾病结合医疗疏失的介入因素确创设了新的致死风险,但这一风险是与投毒后的中毒风险合并实现了死亡结果,因此,介入因素的风险并未完全替代排斥原投毒行为风险的实现,投毒行为的致死风险仍然得以实现,致死结果仍应归属于投毒行为,因果关系可以认定成立。

通过行为危险的实现这一规范评价原理丰富因果关系的判断标准,可以为医疗介入时人身伤害因果判断提供更为明确的实践判断指标,部分缓解传统实践中所谓作用力、异常判断相对模糊、随机的问题。这不仅可以厘清部分因果判断争议,也可以为判断因果关系时提取有效相关案件信息、明确关键案件事实提供具体指引。

客观归责论的本土化：立场选择与规则适用

孙运梁*

一、立场选择：因果关系与客观归责的功能界分

我国传统因果关系理论混淆了事实判断与价值判断,没有明确界分归因与归责,甚至是用归因来代替归责,认为进行经验上、事实上的因果关系判断也就同时完成了刑法上的规范归责,将因果性与归责性混为一谈。这种将事实关联的判断与规范评价的判断一次性、同时进行的做法,容易导致在结果归责上出现失误。在因果关系的判断上,我国司法实践中大量的判决书均没有运用事实判断与规范评价二元界分的方法,而是将事实因果关系与结果归责的价值判断糅合在一起,例如对于出现被害人死亡结果的案件,判决书一般指出被告人的行为与被害人死亡结果之间存在条件性因果关系,由此直接推论出死亡结果要归责于被告人,这便缺少了规范评价的环节,导致分析过程过于粗疏,缺乏刑事判决应有的慎重性,结论也往往令人生疑。

客观归责论不但在体系架构上设计了明确具体的判断规则,而且在思维方法上存在着两个逻辑层次。它首先运用条件理论判断行为与结果之间是否存在事实上关联,这是划定结果归责的最低界限或曰外围框架,然后再运用价值评价的规范性标准进一步限缩归责的范围,从而确定结果可否归责于行为。客观归责论倡导逻辑上的位阶顺序,即认为在经验层面的事实因果关联与规范层面的结果归责之间有着明确的位阶关系,先确定条件因果关联,再采用各种判断规则和排除法则完成规范的价值评价,这个先后顺序不能颠倒。由此可见,客观归责论为法官分析案件提供了理论工具,其判断规则具有内在的逻辑性、层次性,能够满足法官梳理案件事实、适用法律的需要,它是符合司法实践需求的具有可操作性的归责理论。

鉴于我国因果关系理论的研究缺陷,我们可以看出,当今我国刑法因果关系理论的可行发展路径就是明确划分因果关系与规范归责,将因果关系理论的发展重点聚焦在完善事实判断的规则上,也就是结合科学知识完善条件关系的判断规则(合法则条件说),以此确定因果关系之后,还要进行结果归责的判断。

* 北京航空航天大学法学院教授,博士生导师。

我们的立场应当明确,那就是借鉴客观归责论来推动我国因果关系理论的发展,即区分事实因果关系与结果的规范归责,使因果关系理论回归其事实判断的功能定位,以客观归责理论的规则来判断结果对于行为的可归责性,从而更好地发挥客观构成要件的罪刑法定保障机能。

二、规则适用:以客观归责论分析海淀法院的判决^[1]

新近出现的北京海淀法院刑事判决书运用了客观归责论的思维和术语去分析结果的归责和客观构成要件的符合性,使用了诸如事实因果关系、结果归责、制造法所不容许的危险、降低危险、增加危险、行为与结果的常态关联、第三方因素、被害人自我答责等用语,这些用语正是客观归责理论的一些关键术语,可以说该判决书是深受客观归责论影响所写作的一份法律文书,值得类似案件的裁判者研究和借鉴。下面我们首先运用客观归责论对本案进行“标准化”分析,尝试建立客观归责论在我国的司法运用模型;然后,以此为参照,评析海淀法院判例的得失。

(一)以客观归责论对本案进行“标准化”分析

第一步进行因果关系的事实判断,鉴定报告表明被鉴定人因急性药物中毒导致多器官功能衰竭死亡。在案证据已经证明,被告人对被害人进行了吸脂手术的前期准备行为,为被害人注射了利多卡因等药物,之后,被害人发生了急性药物中毒,虽送医治疗,仍然发生死亡结果。按照条件关系公式,没有被告人为被害人注射利多卡因等药物,被害人就不会发生急性药物中毒,也不会死亡,所以被告人的行为与被害人的死亡之间存在因果关系。

第二步,在此基础上,按照客观归责理论来检验死亡结果的归责,(1)被告人制造了法所不容许的风险:被告人在不具有医师执业资格的情况下,为被害人注射了利多卡因等处方类药物,严重威胁到被害人的身体健康和生命安全。被害人发生了急性药物中毒反应,被告人虽然将被害人送往医院治疗,但又强行中断了被害人在重症监护室的治

[1] 该案的基本案情是:2015年5月6日,被害人(女,殁年24岁)在被告人所经营的北京某美容有限公司实施吸脂手术,过程中被害人因注射利多卡因等麻醉药物导致其不适。被告人与其朋友王某等人将被害人送往仁和医院治疗,后因被害人病情严重,被转入重症监护室治疗。5月8日16时许,被告人不顾医务人员的病危劝告,冒充被害人的姐姐,在医院的《病危病重通知书》《自动出院或转院告知书》上签字,强行将被害人接出医院,并用私家车将其送回暂住地,导致被害人未得到及时医治。同日22时许,由于病情严重,被害人联系王某,王某与被告取得联系后,将被害人先后送往四季青医院、304医院进行救治,后被害人于次日16时许在304医院死亡。经鉴定,被害人系急性药物中毒导致多器官功能衰竭死亡。参见北京市海淀区人民法院刑事判决书(2018)京0108刑初1789号。

疗,不顾医生的劝阻,将被害人带离医院,以私家车(未使用救护车)将其送至租住处,贻误了宝贵的抢救时间。被告人虽派人照看被害人,但在医院已下达病危病重通知的情况下,被告人仍然离京去外地,这体现了被告人对被害人生命安全的漠视,在被害人再度要求下,又转入他院治疗。被害人最终死亡。按照第一个判断规则的下位规则,本案没有排除归责的情形。被告人对被害人创设了严重的生命危险,这不被法律所允许,被告人不但没有降低该危险,而是增高了死亡的风险。

(2)被告人实现了法所不容许的风险:被害人死时24岁,属生命力旺盛的自然人。被告人为被害人注射药物,被害人药物中毒,多器官功能衰竭最终死亡,这个因果流程是正常进行的,行为与结果之间存在常态的关联,不存在因果流程重大偏异的问题;如果被告人履行必要的注意义务,不去为被害人注射处方类药物,被害人不可能药物中毒,是存在结果避免可能性的;相关法律法规对药品分级管理、对美容项目分级管理,要求处方类药物必须经医师处方才能获得,要求医疗美容必须由具备医疗资格的美容机构、具有医师执业资格的人执行,正是为了将药物、美容手术对人体的风险控制在合理的范围内,即使发生危险也能立即排除或者降低,但本案被告人无视法律法规的规定,其不具备医师执业资格、其经营的美容院不具备医疗机构资质,其对被害人注射了处方类药物,造成了被害人生命的丧失,这正是相关法律法规的规定所要防止的风险,被害人的身体健康和生命安全正处于这些规范的保护目的范围内;可以说,如果被告人实施了合法的替代行为,也就是不对被害人实施医疗性美容项目,那么根本不会发生生命危险。因此,不但基于事实的角度,而且从规范上考虑,被告人创设的法律不允许的风险在被害人的死亡中实现了。

(3)从构成要件的效力范围来看,本案的死亡结果不能由第三人负责,也不能由被害人自我负责。首先,被害人的死亡结果不能由医生负责。接诊的三家医院及其医生,都尽到了合理的注意义务,均按照行业标准进行了正常的医疗,尤其是第一家接诊的医院,向被告人下达了关于被害人的病危病重通知书,在被告人要将被害人带离医院时进行了劝阻,劝阻无效时,还要求被告使用救护车将被害人带离医院,这体现了对被害人生命安全的担忧,对被害人生命危险恶化的防范。所以,本案虽然涉及多家医院,多名医生,但他们都尽力挽救被害人的生命,努力降低被害人的生命危险,被害人的死亡结果不可能归责于这些专业人士。

其次,本案被害人虽然同意被告人对其进行吸脂手术,但需要明确的是,被害人同意的是合理风险范围内的吸脂手术,绝对不是严重危及生命安全的吸脂手术,被害人并

不同意被告人对其造成身体健康安全的危险,更遑论是生命危险。事发后,被害人配合医生的治疗,也要求被告人对其送医治疗,也说明被害人珍视自己的生命安全。被害人虽然没有反对被告人带其离开第一家医院,而且在后续两家医院也隐瞒了在第一家医院就诊的事实,也有一些不配合医生询问的反常行为,但这是被告人主导了出院行为,被害人对被告人具有高度信任,自己又无钱治疗,其愿意配合被告人的一些错误言行,其只能依赖被告人对其进行治疗。因此,死亡结果不可能由被害人自我答责。

综上,被告人的注射药物行为与被害人死亡之间存在因果关系,而且该死亡结果应当归责于被告人。被告人的行为该当过失致人死亡罪的客观构成要件。

(二)对本案判决书裁判理由的评析

1.本案判决书体现了归因与归责区分的法律逻辑。判决书认为:“现已查明该吸脂手术系在被告人所经营的北京某美容医院有限公司内实施,故可以肯定被告人的吸脂手术行为与被害人的死亡结果之间存在事实因果关系。”判决书指出:“事实因果关系的存在是依法追究被告人相关刑责的必要而非充分条件。本案情况较为复杂,不仅要查清死亡结果是否该归责于被告人,还得查清在多大程度上要归责于被告人。为厘清被告人的行为对死亡结果的成因力有无及大小,必须从刑法规范角度,对其行为的归责问题进行分析。”在法官看来,事实因果关系是“必要而非充分条件”,在此基础上,还要考察“结果是否归责于被告人”,“从刑法规范角度,对其行为的归责问题进行分析”,这就体现了法官归因与归责分开判断的思维,这符合阶层式犯罪论体系所要求的事实判断优先于价值判断的位阶关系,有利于构成要件该当性的判断,有利于对被告人行为的准确性。

2.本案判决书借鉴了客观归责理论的判断规则和思维,如“制造不被法律所容许的危险”,“阻止他人降低危险的行为”,“被害人的死亡结果与被告人的上述风险制造行为存在常态关联”,“被害人的死亡结果系由被告人的涉案行为所直接导致”,“因果关系并未被第三方因素中断”,“被害人自身存在一定过错,但并不能对死亡结果自我答责”,“不足以认定被害人需对手术风险及出院行为自我答责”等。

判决书认为,“被告人对被害人注射了利多卡因等药物,对被害人的身体健康造成了直接危害,危及其生命,制造了法不容许的危险。该危险一直存续至被害人死亡时至。”其中,“制造不被法律所容许的危险”正是客观归责理论的第一个判断规则;“被害人的死亡结果与被告人的上述风险制造行为存在常态关联”,“被害人的死亡结果系由被告人的涉案行为所直接导致”,“因果关系并未被第三方因素中断”,这体现了客观归责理论的第二个判断规则,即法所不容许风险的实现;“被害人自身存在一定过错,但并不能

对死亡结果自我答责”,“不足以认定被害人需对手术风险及出院行为自我答责”,这体现了客观归责理论的第三个判断规则,即构成要件的效力范围,具体来说就是结果是否由被害人自我负责。

3.按照阶层式犯罪论体系的逻辑,本案判决书也存在一些值得商榷的地方。例如,(1)判决书认为,“被告人的违法行为制造了法不容许的危险”,“进入刑法规制视野的行为都必须具有违法性,同时具有社会危害性,即要制造不被法律所容许的危险,”“被告人的行为具有实质上的违法性,被害人的死亡结果应该归责于被告人”。实际上,制造法所不容许的危险只是客观归责理论的第一个判断规则,而客观归责是客观构成要件要素,结果能够客观归责于行为,才能说行为具备构成要件该当性,也才能说行为具有违法性,也就是说具备客观归责性是行为具有违法性的前提,认为“被告人的违法行为制造了法所不容许的危险”,“进入刑法规制视野的行为都必须具有违法性,即要制造不被法律所容许的危险”,“被告人的行为具有实质上的违法性,被害人的死亡结果应该归责于被告人”,这在逻辑上是有问题的,也就是说应当先判断结果的客观归责,再判断行为的违法性,而不是相反,或者同时判断。而且,也只有行为在形式上该当构成要件,才能在实质上说该行为具有社会危害性(实质的违法性)。

(2)结果是否归责于行为,只有肯定与否定两种回答,而判决书认为“还得查清在多大程度上要归责于被告人”。虽然在最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中规定:“第1条从事交通运输人员或者非交通运输人员,违反交通运输管理法规发生重大交通事故,在分清事故责任的基础上,对于构成犯罪的,依照刑法第133条的规定定罪处罚。第2条交通肇事具有下列情形之一的,处3年以下有期徒刑或者拘役:(一)死亡1人或者重伤3人以上,负事故全部或者主要责任的;(二)死亡3人以上,负事故同等责任的;(三)造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部或者主要责任,无能力赔偿数额在30万元以上的。……”但这里“事故责任”、“全部责任”、“主要责任”、“同等责任”,应当是指交通参与人对交通肇事行为所应分配的客观责任,并不是指对事故后果所应承担的责任,或者说不是指事故后果在多大程度上归责于交通参与人。本案已经查明被告人行为与被害人死亡后果之间存在因果关系,在此基础上,需要基于规范的视角,继续判断死亡后果能否归责于被告人。所谓“查清在多大程度上要归责于被告人”其实还是在事实层面上“厘清被告人的行为对死亡结果的成因力有无及大小”,这还是局限在事实层面的考察,应当跃出事实层面进入规范层面的价值判断。

(3) 判决书没有明确区分客观归责理论的第二个判断规则“实现法所不容许的风险”与第三个判断规则“构成要件的效力范围”。判决书认为“被害人的死亡结果与被告人的上述风险制造行为存在常态关联”,“被害人的死亡结果系由被告人的涉案行为所直接导致”,这均体现了被告人对被害人制造的死亡风险在结果中实现了。但在常态关联标题之下,又讨论了医生治疗、被害人自身过错等问题,这里涉及第三人(专业人士)负责与被害人自我负责的问题,最好在另外的部分即构成要件的效力范围中论述。

虽然在风险的实现过程中,涉及第三方因素、被害人自身因素,但风险的实现阶段主要考察因果流程有无重大偏差、结果的可避免性、规范的保护目的、合法替代行为等。本案中构成要件的效力范围也特别值得讨论,本案涉及多家医院、多名医生,被害人也存在一定过错。是否他(她)们的行为能够排除结果归责于被告人,也是判决书重点着墨的地方。如果判决书能够分层次、分阶段讨论,可能论证过程更清晰,更有说服力。

李川教授文、孙运梁教授文评议稿

李波*

尊敬的主办方、各位老师、各位同学:大家下午好!我是李波,来自中国海洋大学法学院。非常高兴有这样一个机会在这里跟大家分享我学习刑法结果归责理论的一点粗浅的心得。下面我就抛砖引玉,就李川老师与孙运梁老师的两篇文章简要谈谈我的看法。

李川老师的《医疗介入时人身伤害因果判断的争议与厘清》,从四个案例出发,对司法实践中人身伤害案件中存在医疗活动类型的介入因素时结果归责的判断方法进行了深入和细致的分析。他认为,这一类案件的因果判断中存在着判断标准模糊、判断结论随机的问题,在司法实践中也造成了诸多同案不同判的现象。李老师说,司法实践在解决这一类案件的因果关系时通常采用了相当因果关系说,但是相当说的核心标准即先行为对结果的作用力、介入因素对结果的作用力以及介入因素的异常性,不仅缺乏更具体的判断规则,而且标准内部也存在自相矛盾之处。对此,李老师说提出的解决办法是放弃相当因果关系说,转而借助于德国刑法学中的客观归责理论,来解决上述问题。无独有偶,孙运梁老师的《客观归责论的本土化:立场选择与规则适用》也是主张将客观归责理论本土化,以解决我国刑事司法实践中因果关系判断领域的诸多疑难问题。孙老师是以刘香某过失致人死亡案为例,详细分析了客观归责理论在过失致人死亡案中的适用。我认为,两篇文章至少有三个共同点:其一,两篇文章都是从司法实践出发,主张在结果归责领域以客观归责理论替代传统的必然与偶然因果关系说或者相当因果关系理论;其二,两篇文章都主张区分事实归因与规范归责,都强调了规范判断在结果归责中的重要性;其三,两篇文章都没有简单照搬德国客观归责理论,而是结合中国刑法理论与实践做了一定的修正和本土化,比如李老师说规范的结果归责的两个要件:“行为的危险是否在规范性的意义上朝结果发展”以及“行为的危险实现过程是否被新的其他危险所取代”,这就不是德国客观归责理论原来的配方,而是经过了改造。

这就给我们提出了一个问题,那就是刑法中结果归责的发展方向问题。目前在这个领域存在多套话语体系并存的局面,理论上主张客观归责理论的比较多,但是实务中还在大量使用必然与偶然因果关系理论以及相当因果关系说,这就造成了许多沟通上的问

* 中国海洋大学法学院副教授。

题。其实,这些不同的理论学说在刑事司法实践中具有共同的目的和判断对象,只是判断基础、结构与标准有所不同。比如在日本相当流行的相当因果关系说目的也是为妥当的结果归责服务,它和德国客观归责理论一样,也都具有诸多规范性评价的部分。与客观归责理论不同的是,相当因果关系理论不包含实行行为的判断,相当性的判断是以实行行为为前提的,客观归责理论则将实行行为也包含进来了。而且,与客观归责理论强调事实与规范二分相比,相当因果关系理论不是太重视事实与规范的区分,而且其中融合了大量的经验判断。其实,很难说这两种理论孰优孰劣。二者在有些问题上只是术语不同,比如相当说中的“行为的作用力”与客观归责理论中的“结果是否发生在行为危险的范围之内”(危险的射程),其实是一回事。我认为,在处理结果归责领域多重话语体系并存问题时,至少应注意以下三点:第一,随着规范论的兴起,在结果归责中强调规范判断无疑是正确的,但是不必硬性区分事实的归因与规范的归责,因为即使在归因部分也时常有经验性或规范性的价值判断的参与。如约翰内斯·韦塞尔斯所言:“认定因果关联,永远只是根据规范的目的来提出结果归责问题的一个辅助手段。”第二,在结果归责判断中仍应重视经验判断,后者体现了社会一般人的价值观。结果归责大体上可以分为“事实→经验→规范→政策”四个层面,四个层面的判断都应该是限缩性的,共同划定刑法中结果归责的妥当范围。第三,在结果归责中不可避免地存在着法官的自由裁量,比如作为归责基础的事实划定以及在判断过程中对经验、规范、政策等因素的使用,都有法官的价值判断的参与。可以说,结果归责的下位规则越多、越具体,法官判断的恣意性就越小。客观归责理论在这方面显然具有较大优势,但其不能也绝不应该拒绝其他理论中的某些合理成分。

最后我就李川老师文章中有关危险现实化的具体规则,谈一点自己不成熟的想法,向李老师请教。这些规则无疑是从一些案例中归纳和抽象出来的经验规则,其要成为教义,需要在更多案件中检验。比如第一个规则,“如果伤害行为仅具有导致较轻结果的危险,被害人接受医疗之后出现了较重的结果,不能将较重结果归责于行为人”。由于在确定危险的射程问题上,作者主张一般人标准,比如案例4中毒药的致死量就是根据一般人的情况确定的,如果被害人恰巧是一个体质比较弱,对毒药的承受量不及一般人的人,行为人只放了对一般人来说50%致死量的毒药,被害人就死了。在这样的案件中,如果仅认定被告人成立伤害而非致死,似乎说不通。第二个规则,“在行为本身有导致伤害后果的危险,经有效医疗危险得以控制,此时介入医疗过失或被害人行为或被害人家属行为导致病情恶化,不影响结果向被告人的归责。”第三个规则:“如果医疗过失、

被害人行为或被害人家属行为创设了新的危险,其危险实现完全替代排斥了前行为的危险实现,则实害后果与原行为不能成立因果关系。”这两个规则的差别在于介入因素能否创设新的危险并替代被告人的行为导致结果的发生。能则结果归责于介入因素,否则结果仍将归责于前行为。但是这样两个规则在下面这种案件中可能会发生难题:甲对被害人丙实施残忍的打击,致其身受致命伤,送医之后恰巧遇到身为医生的仇人乙,乙故意延迟对丙的救治,并对其注射超量的某药剂,导致丙当场死亡。丙的死亡应归责给甲还是乙?在这个案件中有两个风险,两个风险均足以致死,在这种状况下,无论是危险的射程理论还是危险的替代理论,都很难得出妥当的结果。比如如何判断一个危险已经完全替代并排斥其他行为的危险,可能需要更具体的判断规则。

好,我就讲这些,谢谢大家的聆听。不当之处,请李老师、孙老师见谅。

刑法中因果关系论的研究进路与立场

张志钢*

从两篇论文题目看,孙运梁教授论文《客观归责论的本土化:立场选择与规则适用》(以下简称“孙文”)是从宏观角度探讨刑法中因果关系的立场选择,李川教授论文《医疗介入时人身伤害因果判断的争议与厘清》(以下简称“李文”)是从微观视角讨论因果关系的判断规则。从行文内容(特别是文中所选案例)看,两篇文章的问题意识相同,关切的都是在医疗行为介入情形下出现人身伤害加重(包括死亡)时如何判断因果关系,并尝试为司法实践提供更为清晰的判断步骤和规则。基于上述体会,我的评论集中在以下两点:一是比较两篇论文的相同与不同;二是在此基础上提出我的看法和疑惑。

一、相同与不同

(一) 两篇论文的相同之处

1. 立论基础相同。即相同的因果关系论的体系定位与功能区分。因果关系的定位上,两篇论文均主张,因果关系是结果犯中认定客观构成要件成立的必要条件。因果关系内容上,均采事实与规范二元论立场,事实层面结果原因(结果原因)与规范层面结果归属(结果归责)的二分。在判断顺序上,都遵循先以条件说归因,而后在归责层面进行规范判断,且重点和重心均侧重于后者。

2. 切入案型相同。选取的案件类似,都是医疗行为介入后发生人伤害加重(甚至死亡)的情形(“李文”列举4个相关疑难案件,“孙文”中所引判决曾获全国优秀裁判文书)。

(二) 两篇论文不同的地方

1. 目标侧重不同。“李文”从判决出发,通过总结医疗行为介入后人身伤害扩大类案件的判决理由,提炼出可具操作性的规则;“孙文”以一则案例判决,展示客观归责论在中国司法实践中生根落地的可能性。

2. 分析进路不同。目标侧重的不同决定了分析进路不同。具体而言,“李文”从司法实务中总结、提炼出某类案件因果关系判断的规则,分析进路大体是“自下而上”的。

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

这类似于日本司法实践通过判例突破通说相当因果关系论,发展出危险现实化理论。“孙文”的展开则反过来,是“自上而下”的。即以客观归责理论(尤其以Roxin为代表的)制造法所不容许的风险、实现风险、构成要件保护范围三个子规则为模板,观察评析判决说理对客观归责理论的运用。如果我理解无误,“孙文”对该判决的基本评价是“总体值得赞赏,存在问题不少”。

二、认同与疑问

(一) 认同

上述两种视角,基本代表因果关系论在中国本土化的两种进路。一是刑法在理论上放弃传统上哲学意味浓厚的必然与偶然因果论之后,在理论立场上选取相当因果关系论、危险现实化理论以及客观归责理论;二是通过整理本土类案判决,并从中提炼出判断规则。尽管视角不同,但二者都立场鲜明地强调因果判断的规范维度。这也日渐成为我国刑法因果论的前提性共识。

(二) 疑问

1. 具体结论上的疑问。(1)“孙文”以判例说明实务界采用客观归责论,视角很好,毕竟理论说理如何精致精细、体系上多么逻辑自洽,终究敌不过实践中的两行判决。只是目前只是孤证,是否在中国就会落地生根可能还有待未来观察。(2)“李文”所列举4个案例中,我更感兴趣的是第三个。李川教授不完全赞同法院肯定因果关系成立的判决,认为应当区分情况:如果被害人消极“不遵医嘱”,因果关系成立;如果是“不顾伤势强行活动”则属于创设新的致害风险。与李川教授观点不同,我认为这个案例不成立犯罪,属于民事侵权:侵权人是否以及多大程度上对医疗介入后扩大伤害承担赔偿责任。与此相关的另一问题是:文中“创设新的致害风险”与“异常因素介入”的判断标准,有无实质上区别?

2. 对危险现实化理论和客观归责理论本身的疑问。(1)危险实现(现实化)判断材料和标准疑问。对于危险现实化理论的定位,它有突破了相当因果关系论,并部分采取了客观归责论。我的理解是,这是客观归责理论在日本司法实践中的渗透,从而导致相当因果关系与客观归责理论本身界限模糊。在Roxin看来相当性理论,本来就是客观归责理论的前身。以我不成熟的看法,危险现实化理论属于相当性理论到客观归责论的过度阶段。那么,接下来的疑问就是,这三个理论中或隐或显的判断材料与标准问题(两篇文中均有不同程度涉及):是从纯粹客观视角、从行为人行为时视角还是一般人视角

和特殊认知结合视角。标准的选择问题，相当性理论没有解决，客观归责理论也未能解决。最常见的例子，是行为人特殊认知或被害人特殊体质（蛋壳脑袋）等问题。其实，行为人特殊认知中理论争论的，只是体系位置安排问题；在结论上，不同学者原本并没多大出入。有关行为人特殊认知的争论，只是古典体系中隐藏着的“不法”与“有责”区分问题，在后目的论犯罪体系中显化为如何区隔“客观构成要件”与“主观构成要件”。一言蔽之，问题只是被前置、被转化了。（2）客观归责论的“可普遍化”预设疑问。在此，“可普遍化”是指：如果行为客观构成要件上可归责，那么行为人至少具有过失。另一种说法就是：故意犯与过失犯在客观构成要件的判断上并无二致。对此，我并不认同：故意犯和过失犯在客观构成要件该当性判断中自始就不一样。固然在 Welzel 目的行为论之后，客观归责理论一大贡献是，在构成要件合致性判断中实现了判断重刑由主观要件到客观要件的转移，但客观要件的判断无法取代主观要件的判断。因为，如果承认刑法是构成要件法，因果关系只能是同一具体构成要件下“该当构成要件行为”与“该当构成要件结果”之间的“因果关系”，也只能将“结果”归属于同一构成要件下的“行为”。即便认同客观归责理论超强解释力，也要恪守它自身只是被定位于客观构成要件成立必要条件之一的边界上。否则，追求精致客观可归责性的说明，很可能沦为可包容任何结论的泛泛之论：无止境开发不同精致程度的下位判断规则以及对之所能涵摄案件的繁琐类型化，暴露的只是这个“大概概念”自身的大而无当。

介入因素是否阻断刑法意义上因果关系的

司法判断

黄冬生*

李川教授和孙运梁教授的主题发言，都是通过对真实案例的实证研究分析，总结归纳出人身伤害类案件中存在医疗因素介入的情况下因果关系认定的司法判断规则。他们的主题发言有理论高度，又能够接地气，从中国司法的实践出发，将客观归责这个一线司法人员相对较为陌生的高大上理论，阐释得深入浅出，对司法实践中存在的问题点出来了，对实务操作有一定启发。例如李川教授的主题发言中归纳出了司法实践中对于介入因素是否阻断因果关系所采用的三重性标准，为不自觉的实践理性提供了自觉的理论范式，并指出了这一标准存在的一些问题，从理论角度提出了初步的建议，对司法实践有一定参考意义。又如孙运梁教授主题发言中提及的对归因与归责予以区分的法律逻辑问题，就指出了司法实务中普遍存在的将事实判断与规范判断混同的问题，对于因果关系的司法判断标准提供了比较清晰的逻辑层次和顺序，对于提示司法人员养成严谨的司法逻辑也很有意义。

从主题发言中可以看出，当前司法实务中对于将客观归责等刑法理论直接运用于司法裁判说理中，还是持比较谨慎的态度，即使是裁判文书之外的有充分展开空间的案例分析，也并没有完全使用这一理论体系。套用李川教授主题报告中的一句话来说，就是目前因果关系理论上的新发展还不能说对司法实践中介入因素情形下的复杂因果关系认定产生了明显的积极影响。这一问题的原因比较复杂，既有实务界与理论界深度融合不够的原因，也有实践中文书说理不足、顾及受众接受程度等原因，但也存在实践话语体系与理论话语体系不同的原因。但是，在实质上，实务界基于实践理性形成的司法判断规则，与理论研究形成的客观归责理论，并非完全是两张皮，甚至存在殊途同归的可能。

司法实践中其实已经普遍接受，以条件说为核心的事实因果关系判断，只是归责的必要条件而非充分条件，但是实践中一般不对其进行专门的分析，是因为通常意义上事

* 上海市长宁区人民检察院副检察长。

实因果关系都是成立的,没有必要再做判断。而对规范的结果归属判断,司法实践中则表述为刑法意义上的因果关系,对是否归责作进一步的规范评价和价值判断。就以李川教授的主题发言中所归纳出的实践三重性标准来说,与其主张的两个方面的判断规则,就存在相通之处:三重性标准中的介入因素异常性,对应的就是行为的危险是否在规范性的意义上朝向结果发展,只要介入的因素没有明显的异常之处,那就可以认定行为的危险性在规范性意义上朝着结果发展,合乎规律地引起最终结果的发生;而三重性标准中的在先行行为对结果的作用力和介入因素对结果的作用力,其实对应的就是行为的危险实现过程是否被新的其他危险实现所取代,在先行行为和介入因素对结果的作用力大小以及二者的对比,可以用于判断介入因素是否创设了新的向结果转化的危险并排斥取代了原行为的危险实现进程。差异只在于,司法实践所采用的规则,是将刑法理论上提出的理想标准,转化为更符合司法判断权行使所需的操作标准,从这个意义上说,实践标准可能更容易为一线司法人员所理解和接受。

事实上,介入因素影响刑法意义上因果关系判断的司法实践中,既有将归责混同于归因、归责标准含糊不清的问题,更有过分追求定量分析、将原因力大小等同于刑事责任大小的问题。例如前述的实践三重性标准中,就非常强调对结果的原因力大小,但这容易被简单理解为在先行行为的原因力要超过 50%,才能不阻断因果关系,或者介入因素的原因力大于在先行行为,就可以阻断因果关系。这种判断方法的来源,正如孙运梁教授所引用的,就是关于交通肇事罪的司法解释,将事故责任划分,其实也就是对事故结果的原因力大小,作为判断刑事责任的依据。这一规则并不能简单套用到因果关系阻断的判断中。《刑事审判参考》所刊载的第 1391 号案例李放故意伤害案中即明确指出,关于医疗过错的鉴定意见只能作为判断被告人刑事责任大小的依据之一,而不能作为判断被告人有无刑事责任的依据。不能因为鉴定意见中认定医院医疗过错对被害人损害结果的参与度为 40%-60%,就直接减轻被告人 40%-60%的刑罚,应当结合全案情况对被告人责任进行判断,量刑时鉴定意见仅作为酌定情节考虑。虽然该案例没有展开论证,但明确提出了医疗过错对被害人损害后果的作用力大小,不是判断被告人刑事责任有无的唯一依据,对之前的所谓实践三重性标准做出了修正完善,不能将刑法意义上因果关系的有无等同于原因力的大小,原因力的大小只是判断介入因素是否完全阻断了在先行行为所造成的危险并实现了这种危险的参考依据而已,更关键的判断还在于在先行行为是否合乎规律地引起了最终结果的发生、介入因素是否具有很强的异常性,还有社会公众对归责结果的接受程度。刑法意义上因果关系的司法判断,既是一种规范判断,也是一种价值

判断,不可避免地要引入价值导向的考量。例如被害人家属基于家庭经济困难的原因,不得不做出放弃治疗的决定,对此介入因素,基于价值取向的考量,就不可能将其认定为阻断了因果关系,由被害人自我答责或者减轻行为人的罪责。

司法判断,其实往往是先有结论,再有论证,正所谓大胆假设,小心求证。对刑法意义上因果关系是否被介入因素阻断的判断,也不例外。而小心求证的过程中,司法者应当充分借助刑法理论的研究成果,提高论证的说服力。二位教授的主题发言对司法者颇有助力,在此表示感谢。

读孙运梁教授文有感

康 烨*

认真拜读孙运梁教授大作后,总体的感受是相较于传统的因果关系理论,客观归责理论在结果归责的判断上,实现了基准的体系化,从而更具操作性。客观归责理论认为,从事实层面确定了某一行为是某一结果发生的条件之后,还要从规范的视角来检验,能否将该结果归责于该行为,也即对结果发生的这笔“账”能否算到被告人头上做判断。根据该理论,要进行客观归责,需要满足以下三个条件:(1)制造了法所不允许的风险;(2)实现了法所不允许的风险;(3)结果没有超出构成要件的保护范围。

众所周知,客观归责理论源自德国,于本世纪初为中国刑法理论界所关注。就我所知,除孙教授推崇客观归责理论之外,清华大学法学院周光权教授也是主张客观归责理论的代表学者。客观归责理论在刑法理论界日益被关注,但在实务中却一直遭受“冷遇”。海淀法院的一则运用客观归责理论进行说理的判决令学界为之称道,本次论坛也多有文章以此为例证,说明这一理论在实务中已有适用之空间。孙教授著文针对该判例的利弊得失,梳理了规则适用标准,令规则本土化更为具象,令实务界能适得其法。

具体来说,孙教授大作的主旨就是“当今我国刑法因果关系理论的可行发展路径就是明确划分因果关系与规范归责”,将因果关系理论的发展方向聚焦在确定因果关系之后,进行结果归责的判断。从说理的角度来看,孙教授首先指出,传统理论在因果关系的判断上,存在不明确界分归因与归责,甚至用归因来代替归责的问题。这会导致在具体办案过程中,“只要出现了被害人死亡结果的案件,判决书一般都会指出被告人的行为与被害人死亡结果之间存在条件关系,由此直接推论出死亡结果要归责于被告人”的结论。显而易见,这容易导致因果关系范围的不当扩大。

进一步地,孙教授在大作中直指传统理论问题之所在——“缺少了规范评价的环节”,进而引出了本文的“立场选择”,那就是借鉴客观归责论来推动我国因果关系理论的发展,即区分事实因果关系与结果的规范归责,使因果关系理论回归其事实判断的功能定位,以客观归责理论的规则来判断结果对于行为的可归责性,从而更好地发挥客观构成要件的罪刑法定保障机能。

* 北京盈科(上海)律师事务所刑事部主任。

孙教授的大作不仅着眼于客观归责理论的引介及本土化,而且,还对司法判决书做了精当的分析。在孙教授看来,一篇优秀的有关因果关系判断的说理性文书应该是:第一,体现了归因与归责区分的法律逻辑;第二,借鉴了客观归责理论的判断规则和思维。同时,也指出了既往裁判值得商榷之所在。

在实务中,我也时因因果关系的判断而感到困惑,一起操纵证券市场犯罪案件的辩护,受困于行为人之行为与个股波动之间是否存在因果关系?是否存在政策调整、他人操纵、上市公司重大利好发布等介入因素?一起斡旋受贿案件,受困于“行贿人”按照规则确定能够取得的利益能否一定归责于受贿人的行为,即能否认定为他人谋取了不正当利益,诸如此类。令人欣喜的是,孙教授在他的大作中所引介的客观归责的方法论让我茅塞顿开,为正确解决此类案件中的因果关系难题提供了思路 and 方向。

以上是我学习孙教授的大作的粗浅体会,不当之处,还请各位老师、同仁批评指正。

第二单元

职务犯罪的因果关系

滥用职权罪中的因果关系

——简评刑事归责的时间之维

王 钢*

因果关系无疑是刑法学理和司法实务普遍高度关注的核心议题，我国学界也对此多有相关研究。但是，对于滥用职权等渎职犯罪中的因果关系问题，我国学界的关注却相对较少。实际上，相比普通犯罪的情形而言，这些犯罪中的因果关系认定问题往往有其特殊性。一方面，在滥用职权等渎职犯罪中，国家机关工作人员的行为与危害结果之间往往仅存在间接的、偶然的因果关联，经常是其他因素的介入才（共同）造成了公共财产、国家和人民利益的重大损失。另一方面，在滥用职权等渎职犯罪的场合，往往存在损害结果延迟发生的情况，即经常是在行为人的行为实行终了很长时间之后，才出现了构成相应犯罪所必需的危害结果。

譬如（案例1）：2009年，鸡东县运输公司驾驶员李某因年龄不符合驾驶大型客车要求，意图变更出生日期、改小年龄以办理驾驶证增型。2009年8月17日，时任鸡东县公安局户政科科长的何某某在没有派出所所长签批意见和经办民警签章的情况下，违规审核通过李某将出生日期延后六年的申请，并于当日出具盖有鸡东县公安局户口专用公章的《户籍证明》。李某持此《户籍证明》成功办理机动车驾驶员增型，取得驾驶大型客车资格。2018年11月9日，李某在鸡东县境内驾驶大型普通客车时，因超速驾驶且雪天路滑操作不当，导致车辆失控撞树后倾覆，造成2名乘客死亡。鸡东县公安局交警大队认定李某负事故全部责任。^[1]

又如（案例2）：1999年9月，时任银川市泾源县某经济开发区土地管理局副局长、主持全局工作的于某某在无政府批文和相关手续的情况下，将丁某某持有的土地使用证用途由住宅用地更改为商服业用地，将面积由676.66平方米更改为2159.3平方米。后丁某某以该证换取新的土地使用权证。2013年4月17日，银川市西夏区人民政府向丁某某下达《国有土地上房屋征收补偿决定书》，对其房屋及土地进行征收，丁某某以前述土地使用权证上记载的土地用途和面积要求征收补偿，并多次上访、在网上发帖称补偿不到位，造成恶劣社会

* 清华大学法学院副教授。

[1] 参见鸡西市中级人民法院（2020）黑03刑终12号《刑事裁定书》。

影响。^[1]

在这两起案件中，法院均认定行为人何某某和于某某构成滥用职权罪。这种处理结果是否妥当，不无疑问。何某某与于某某的行为固然违背国家机关工作人员的职责，但在两起案件中，都是因李某和丁某某的举动才直接造成了损害后果，不仅如此，在案例1中，损害结果发生时已经与何某某滥用职权的行为相隔9年有余，在案例2中则更是在于某某滥用职权近14年之后才造成了恶劣的社会影响。在这种情况下，是否还应当追究行为人的刑事责任？

在类似案件中，辩护律师往往会从追诉时效和因果关系两个方面论证被告人不应承担刑事责任。然而，基于追诉时效的辩护意见难以成立。我国《刑法》第89条第1款规定，“追诉期限从犯罪之日起计算”。因此，在滥用职权罪等渎职犯罪的场合，也只能以构成要件结果发生、罪行的不法内涵得以最终确认之日作为时效计算的起点。我国关于玩忽职守罪的司法实务也佐证了这种立场。最高人民法院2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》就明确规定，“玩忽职守行为造成的重大损失当时没有发生，而是玩忽职守行为之后一定时间发生的，应从危害结果发生之日起计算玩忽职守罪的追诉期限”。

本文认为，在滥用职权等渎职行为于较长时间之后才导致危害结果的场合，应当在因果关系层面探寻行为人的出罪理由。众所周知，对于刑法意义上的因果关系的判断，应当从归因和归责两个层面进行。从事实归因的角度，行为人的举止只需与危害结果的发生之间存在条件关联即可。在前述两个案例中，应当肯定被告人滥用职权的行为与最终危害结果的发生之间都存在着条件关联。但是，在两起案件中，事后延迟发生的危害结果是否仍然可以在规范意义上被归责于行为人的渎职行为，却需要进一步加以考察。

首先应当确定的是，在危害结果延迟发生的渎职犯罪案件中，原则上不能以存在其他介入因素为由否定国家机关工作人员应当对危害结果负责。滥用职权等渎职犯罪的规范目的并不（仅）在于维护国家公职行为得以正当履行的状态或者事实，而是旨在通过要求国家机关工作人员恪尽职责，有效监管可能出现的危险源，阻隔对国家、社会或人民利益的危险，从而最终达到保护社会共同生活的必要条件、维护社会有序运行的效果。与此相应，在滥用职权等渎职犯罪中认定因果关系（和归责关系）时，也并不要求国家机关工作人员直接以自己的行为支配着法益损害结果的发生，而只要求其违背职责，客观上确实为法益损害结果的发生创造了条件即可。这就恰如劳东燕教授正确指出的：“滥

[1] 参见银川市西夏区人民法院（2014）夏刑初字第245号《刑事判决书》。

用职权罪中结果归责的认定，并不以行为人对重大损失的出现具有因果性的支配为必要，……只要求行为对重大损失的出现贡献了现实的作用力即足矣。”^[1]

但是，尽管如此，在危害结果过于延迟发生的场合，仍然应当否认滥用职权的国家机关工作人员须对损害结果负责。此时阻却归责关系的关键因素是时间。基于时间的特性和刑事不法的本质，经过较长时间之后才发生的危害结果，就不能再被归责于行为人。要阐释这一结论，就必须先明确时间的本质：

“时间是什么？没有人问我，我倒清楚，有人问我，我想说明，便茫然不解了。”^[2]奥古斯丁的感慨无疑为时间问题的复杂性提供了一个有力的注脚。古往今来，无数中外先贤都对时间的本质问题进行了深入探索。亚里士多德将时间理解为对事物运动和变化的计量单位，是描述物体运动和变化的手段。^[3]这种测度时间观（即关系论的时间观）并未从根本上解释时间的流动性以及过去和未来的事件的真实性等问题，^[4]故哲学领域很早就产生了心理时间观也即观念论的萌芽。奥古斯丁率先提出，时间的根本属性是过去、现在和将来都统一于现在。^[5]近1500年后，法国哲学家柏格森指出，真正的时间是“互相渗透的瞬刻”所构成的绵延，^[6]胡塞尔主张的内时间意识现象学也认为，任何过去都只是现在的过去，对过往的回忆正是一种类型的当下化行为，被回忆的对象是当下的自我所设定的存在。^[7]

观念论的时间观不仅揭示了时间的本质，也展示了人对事物最深层的基本感知机制。因为，“从主体意识中表象的直接呈现来看，主体依然仅仅是受作为内部感觉形式的时间规则支配的”。^[8]时间是人感性的、先天的直观，是人进行认知的必要基础条件。人对时间的感知本质上就是对事物的感知本身，时间感知伴生于对世界万象的感知之中。既然人对时间的感知表现为不断立足于新的当下，通过将过往和将来与现时相联系才建立起时间的绵延感，人对其他过往事物的认知也就始终无法摆脱现时的影响。恰如人们在聆听乐曲时，不可能将曲中音符割裂开来单独欣赏，而总是要将之前听到的音符与当下的音符相联系才能领略其中的旋律一样，对过去的任何一个“那时”的把握和理解也始终无法脱离“现时”所设置的规定性。在此意义上，过去和未来都同时流向现在，

[1] 劳东燕：《滥用职权罪客观要件的教义学解读》，《法律科学》2019年第4期，第68页。

[2] [古罗马]奥古斯丁：《忏悔录》，周士良译，商务印书馆1963年版，第242页。

[3] 参见[古希腊]亚里士多德：《物理学》，张竹明译，商务出版社1982年版，第125页、第127页。

[4] 参见[英]罗素：《人类的知识》，张金言译，商务印书馆1984年版，第326页。

[5] 参见[古罗马]奥古斯丁：《忏悔录》，周士良译，商务印书馆1963年版，第245-247页。

[6] 参见[法]柏格森：《时间与自由意志》，吴世栋译，商务印书馆1958年版，第174页。

[7] 参见[德]胡塞尔：《内时间意识现象学》，倪梁康译，商务印书馆2010年版，第76页以下。

[8] 参见[德]叔本华：《充足理由律的四重根》，陈晓希译，商务印书馆1996年版，第32页。

过去以及过往的事件都与现在相关,也仅因其与现在的关联性才值得关注。^[1]这种时间哲学以及在其基础上形成的认知论为刑事归责理论提供了新的视角。既然在时间的长河中,人们必然只能基于现时去理解和把握过往,那么,在危害结果延后发生时,早已实行终了的实行行为就并不当然地依旧具有其不法内涵,而只能在当下的意义脉络中判断,其是否在案发时还能构成刑法中被归责的行为无价值,是否还能成为奠定刑事不法的基础。

这里的判断标准只能是刑法的根本任务和目的。基于社会环境中无限的复杂性,法律永远只能通过条件程序筛选部分过往的事实作为判断合法或不法的基础。究竟哪些过往的事件应当被选择出来,则取决于法律系统的目的设定。^[2]刑法的目的和任务在于保护法益,但刑法只能通过事先设置旨在避免法益损害结果的行为规范并要求国民依规范行事,才能最大限度地遏制法益侵害行为,达到保护法益的效果。^[3]因此,在构建刑事不法时,也必须始终基于通过维护行为规范有效性而保护法益的需求确定刑事不法的范围。唯有在行为人实施相关行为之后,确需对其予以谴责和惩罚以确证规范效力、达到保护法益之目的时,才能基于这种目的理性的考量认定相应行为具有需罚性,构成刑事不法。^[4]

在危害结果延迟发生的渎职犯罪案件中,身为国家机关工作人员的行为虽然确实违反了法规范,但在结果发生时,其对法规范有效性和法安定性的损害却可能已经在时间的流逝之中显著削弱,即便再对其科处刑罚也再无确证规范有效性之裨益,以至于其行为因丧失了与现时社会的关联性而不再具有需罚性,从而不能再被评价为刑事不法。前述观念论的时间观表明,人们总是只能基于当下去回顾和评价过往的事件,事实上,当今认知心理学也确证,在一个知觉领域内,时间上的两个成分越是接近,才越有可能被感知成一个整体。^[5]在行为实行终了之后较长时间才出现危害结果时,即便再对行为人科处刑罚,过于迟延的刑罚也难以被国民视为对违反规范的不法行为的回应,无法再起到确证行为规范有效性的效果。^[6]对于行为人自身而言,就更是如此。在行为实行终了较长时间之后,相应行为在行为人生活世界中的重要性必然日渐消退,甚至被行为人彻底遗忘。待危害结果发生时,行为人自己也会认为相应行为已属陈年旧事,此时即便再

[1] 参见赵汀阳:《时间的分叉》,《哲学研究》2014年第6期,第60页。

[2] 参见[德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第224页。

[3] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 3.

[4] Vgl. Frisch, Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem, GA 2017, S. 367.

[5] 参见叶浩生:《西方心理学理论与流派》,广东高等教育出版社2004年版,第240页。

[6] Vgl. Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 913.

对行为人科处刑罚,也无法促使其尊重法规范,无法达到积极特殊预防的目的。^[1]虽然在危害结果延迟发生的场合,危害结果本身仍然是相对新近发生的事件,但这并不改变此处的结论。因为,刑事不法固然由行为无价值与结果无价值共同构成,但真正直接违反行为规范、体现刑事不法本质的,其实是行为无价值。新近发生的危害结果不构成对行为规范的再度损害,其只是再度确认了行为人早已实施完毕的实行行为确实有违行为规范而已。既然行为与结果之间的时间间隔已经造成了行为无价值的衰减,延迟出现的结果也就不再具有刑法意义。^[2]

对于已无需罚性的事件,自然应当自始将之排除在刑事不法的成立范围之外。具体到刑法教义学的层面,由于在结果延迟发生的案件中,客观上仍然存在着实行行为和危害结果,故应当否定行为与结果间的归责关系,从而否定构成要件的成立。因此,行为与结果之间显著的时间间隔应当导致不能再将延迟发生的危害结果归责于行为人的行为,显著的时间间隔应当构成阻却归责的事由。

最后的问题是,实行行为和危害结果之间的时间间隔达到了何种程度时,才能阻断归责关系?我国《刑法》第87条至第89条关于追诉时效的规定同样是基于对时间因素的考量而排除行为人的刑事责任,故应当类推适用刑法中的追诉期限认定中断归责关系的时间间隔。尽管不乏反对意见,^[3]但本文认为,刑事追诉时效制度其实也是观念论的时间观所揭示的人的认知规律和刑事不法的本质共同作用的结果。析言之,行为人的罪行固然与行为时有效的行为规范相悖,从而对法规范的实效造成了损害,但是,在历经多年之后,相应罪行对规范效力的损害已经在时间的流逝中日渐消散,相关罪行不论是在行为人、被害人还是社会公众的印象中都已经失去了其现时性,成为了与当下无关的历史事件。此时即便再对行为人科处刑罚,也无助于实现刑法维护规范效力、保护法益的根本目的。^[4]故此时应当否定相应罪行的需罚性,^[5]认定其在当下社会现实中不再构成刑事不法。^[6]与此相应,刑法便通过追诉时效制度认定相关罪行已经超过了追诉期限,使之停留在其历史性中不再被触及。在这个意义上,追诉时效本质上也是基于需罚性的考量对刑事不法的筛选机制,其正当性根据与在危害结果延迟发生的案件中否定归责关系的理由如出一辙。因此,在危害结果延迟发生的渎职案件中类推适用追诉期限认定归

[1] Vgl. Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, S. 187.

[2] Vgl. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 505.

[3] Vgl. Puppe, in: Nomos Kommentar, 5. Aufl., 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 260.

[4] 参见[意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第42页,第65页以下。

[5] Vgl. Zimmermann, Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung, 1997, S. 58.

[6] Vgl. Lorenz, Die Verjährung im Strafrechte, 1934, S. 28 f., S. 53.

责关系具有正当性。在个案中的具体判断标准是：假若行为实行终了时就即刻造成相应的危害结果，相关犯罪已经成立的话，至危害结果现实发生的时刻，相关罪行是否已经超出了追诉期限。若得出肯定结论，则应当认为渎职行为已经因时间流逝丧失了与现时社会的关联性，从而否定其与危害结果之间的归责关系。若得出否定结论，则行为与结果之间的时间间隔并不阻却归责关系。同时，若个案中存在导致时效的中断、延长以及核准追诉等事由，其也同样会相应影响对归责关系的认定。根据这种判断准则，在案例1中，即便何某某2009年的滥用职权行为即刻造成了案件中的危害结果，其罪行至2018年时也已经超过了追诉时效，故应当类推适用追诉期限中断该案中的危害结果与何某某滥用职权行为之间的归责关系，否定何某某构成滥用职权罪。同理，在案例2中也应当否定丁某某于2013年造成的恶劣社会影响与于某某1999年滥用职权行为之间的归责关系，不能据此追究于某某的刑事责任。

渎职犯罪因果关系判断中的介入因素

周啸天*

论坛的组织者们上午好，理论界的老师们、实务界的朋友们上午好，感谢大家对交流平台搭建的辛勤付出。华政是我的硕士母校，能够回到母校参与到这次论坛中，我深感荣幸。

我今天要汇报的题目是《渎职犯罪因果关系判断中的介入因素》。汇报的内容分为：第一，看待渎职犯罪的视角转化；第二，渎职犯罪的本质；第三，如何判断渎职犯罪的因果关系。

一、应当用风险防范的视角看待渎职犯罪

我曾经在基层检察院挂过职，在我所挂职的县，每年反渎局查处的案子仅有为数不多的8、9件，在查处的案件中，大部分县法院都以定罪免刑结案。我在3月22日以玩忽职守罪、滥用职权罪在中国裁判文书网上做过检索，条件限定为判决书，得到的数据如下：2021(16)、2020(568)、2019(1040)、2018(1874)、2017(2759)、2016(2643)、2015(2083)、2014(2301)；以滥用职权罪检索判决书，得到数据如下：2021(58)、2020(1446)、2019(2121)、2018(2703)、2017(3422)、2016(3238)、2015(2088)、2014(2389)，考虑到部分判决书尚未上网，以县为单位计算，每个县每年查处的案件平均应该不到十起。另外，从以上数据可以得知，滥用职权罪、玩忽职守罪的查处数量从2019年以来有所下降。

数量下降的原因可能是多方面的，但这不代表我们对渎职犯罪的查处力度有所降低，相反，严格治理渎职，是“将权力关在制度的笼子里”的应有之义。因为渎职罪所侵犯的表面客体是国家机关公务的合法、公正、有效执行以及国民对此的信赖，但实质上是一种系统性的、累积性的风险的制造，因为，在渎职犯罪所涉及的领域里，除了特别重大的渎职行为之外，往往不是一有渎职行为，上述法益就受到了侵害。一个官吏的渎职行为尚不足以直接影响到国家机关公务的合法、公正和有效执行，国家机关的运行秩序还没有脆弱到能够被某一人的某一行为所摧毁的程度，同理，一个官吏的渎职行为也

* 山东大学法学院教授。

不足以直接导致百姓对公权力的信任,信任是一点点丧失的,有一个累积的过程。当问题积累到一定程度,超过了“河水”的自洁能力,就会量变引起质变,引发“多米诺骨牌效应”。因此,“防微杜渐”,防止“破窗效应”的蔓延,才是渎职罪设立的功能所在,不是从一个点,而是从“一条河”的角度看待渎职罪,或许更有利于我们对渎职罪加以司法适用。

实际上我们国家的刑事立法对于渎职罪规制的法网十分严密,我国刑法第397条规定了规制权力滥用和消极不用的一般条款——滥用职权罪、玩忽职守罪。而在德国刑法典里则不存在一个一般性权力的规制条款。在日本刑法典第193条公务员滥用职权罪,和我国的一般条款有些类似,但日本并没有规定玩忽职守罪,学界也一般将其作为一种广义的和职务有关的监督过失来探讨。由此可见,我们国家刑法典对权力的治理相较于德日都要严密。

二、渎职罪积极义务的不作为犯:违反了防范风险的义务

积极义务和消极义务不同,积极义务基于社会连带原理而产生,对应的是“以积极姿态做的更多”,消极义务基于侵害原理而产生,对应的是“以消极姿态不去伤害他人”。生存是发展的前提,积极义务所保障的体制,是关于人之生存的体制,最典型的,是扶弱体制。比如父母对婴儿的保护义务,在规定见危不救罪的前提下,人与人之间救危扶困的团结义务,都是给每一位有可能陷于弱势地位的人上了一道保险。从这个视角来看,渎职罪中所保障的体制大多关乎生存的基础,例如环境、食品、卫生监管涉及健康,司法涉及公平、税收征收涉及再分配和最低生活保障。

在这次抗疫过程中,我们更加感受到了政府强大、高效的资源调动能力,相较之下,每一个公民都是传染病面前的弱者。在我国人民代表大会的根本政治制度下,权力来自于人民,服务于人民。总书记曾说:“我们的人民热爱生活,期盼有更好的教育、更稳定的工作、更满意的收入、更可靠的社会保障、更高水平的医疗卫生服务、更舒适的居住条件、更优美的环境,期盼着孩子们能成长得更好、工作得更好、生活得更好。人民对美好生活的向往,就是我们的奋斗目标”,并且“人民共同享有人生出彩的机会”。掌握强大资源的公权力机关以更加积极的姿态管理公共事务,保障共同体的存续和发展,正是在承担一份“和他人共建一个美好世界”的积极义务。

在社会动态发展的过程中,风险的出现难以避免,“黑天鹅”和“灰犀牛”并存,

上述积极义务的履行方式便是防范系统运行中所出现的风险,违背了防范风险的积极义务,是渎职罪的本质。由此可以解释为何79年刑法之中只存在玩忽职守罪,而97刑法之中增加了一个滥用职权罪,将其与玩忽职守罪并列——因为越权办事者相比消极怠权者具有更高的一般预防必要性,而后续的司法解释将两罪设置了不同的入罪门槛的做法,也能够证明这一点。另外,两罪本质上都是对风险监督不力的过失犯,对“公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的结果不能是故意,否则就已经是输出风险的侵害犯了。比如,负责煤矿安全生产的安监员,如果明知井下瓦斯数据超标且已经有多次出现事故的征兆,仍然让工人下井开展钻探作业而引起瓦斯爆炸致使多人死亡的,难道不触犯故意杀人罪么?

三、判断渎职犯罪因果关系的一个原则和两个细化标准

在渎职罪是通过介入因素而最终引起了危害后果的场合,大的判断原则是不抵消风险原则,即在风险监管者不抵消其所管辖的风险之际,就可推定风险由此而升高,如果风险最终实现,由风险所引起的后果就能够算到监管者的头上。两条进一步细化的判断规则是:1.介入因素是否位于权力监管不力所可能辐射的范围内,这是基于规范目的的筛除法;2.对于自然人的自损、他损后果,损害后果一般不可归责于权力者,这是自我答责的筛除法。

(一) 一个原则

如果渎职罪的介入因素落在了其权力监管不力所可能造成的介入因素的范围内,介入因素引起的后果就能够算到权力者的头上。比如,7.8 煤矿与瓦斯突出事故。^[1]2012年7月,湖南省某煤矿发生了严重的煤与瓦斯突出事故。据查,在2011年进行的瓦斯等级鉴定中,该矿被判定为高煤与瓦斯突出矿井,同年,该市人民政府决定对全市煤与瓦斯突出矿井立即停产整改,煤矿整改完成后经验收合格,方准生产。黄某某为该煤矿的安全监管驻矿责任人,负责煤矿整改的监督工作,但此后监管不力,未能及时阻止危险施钻,导致事故的发生。法院最终肯定黄某某成立渎职罪,因为本案被告人黄某某存在的履职不到位、未全面履职的情况就是导致事故发生的最重要的间接原因之一,如果黄某某认真全面地履行了监督职责,则事故可以避免。

[1] 参见湖南省娄底市中级人民法院(2017)湘13刑终33号刑事判决书。

再比如, 4.13 火灾事故。^[1]案情简介: 被告人陈某、林某同为沿海某市某区环境保护和安全生产监督管理局副局长。2014 年进行环保、安全生产检查时发现一家无证经营的塑料喷漆加工厂(经营者刘某, 现场管理负责人邱某)。被告人陈某、林某, 发了《责令停止环境违法行为通知书》后仅现场口头向工厂负责人提出整改意见并口头要求在场的街道办相关人员跟踪落实。此后该区环安局未再对其进行检查、落实整改情况或采取其他查处措施。2015 年 4 月管理负责人邱某的操作不当导致火灾。该案的直接原因是邱某操作不当, 间接原因是该区环安局的单位、个人没有履行各自的职责, 法院认为, 陈某未落实监管措施, 成立玩忽职守罪。

上述案例一般被作为“条件关系”“多因一果”的情形加以讨论, 个人认为, 只要把握住“谁管辖谁负责”的权力归责原理, 以及前述的渎职罪都是因对权力所辖风险的监管不力即违背积极义务而担责的犯罪本质, 便可得出妥当的判断结论——上述案例中的被告因不抵消权力所辖范围内的风险而最终取得和结果之间的因果连接。

(二) 两个细化标准

1. 规范目的筛选标准

在渎职罪的因果关系中, 对规范目的的判断实际上是对管辖的判断, 也就是对权力者所需负责范围的判断。当某结果的发生逸脱了权力者的管辖范围时, 结果不能归责于他。

包智安滥用职权罪(刑事审判参考第 327 号案例, 仅列入涉渎职罪加以分析)

1997 年 3 月至 1998 年 1 月, 被告人包智安在担任南京市劳动局局长期间, 未经集体研究, 擅自决定以南京市劳动局的名义, 为下属企业正大公司出具鉴证书, 致使公司以假联营协议的形式, 先后向 3 家企业借款人民币 3700 万元, 造成 3 家企业共计人民币 3440 余万元的损失。1999 年后, 经南京市人民政府协调, 由南京市劳动局陆续“借”给上述 3 家企业共计人民币 1700 余万元。南京市中级人民法院认为其滥用职权, 致使国家和人民利益遭受重大损失, 情节特别严重, 构成滥用职权罪, 判处有期徒刑 4 年。后江苏省高级人民法院裁定撤销滥用职权罪, 理由为:《根据合同鉴证办法》的规定, 鉴证是工商行政管理机关审查合同的真实性、合法性的一种监督管理制度。本案鉴证书中南京市劳动局仅承诺承担督促正大公司切实履行协议的行政管理责任。鉴证制度的规范目的仅仅是监督合同的真实性、合法性而并非承担因合同相对方不能履约而给一方带来的损失。因此, 南京市劳动局所损失的 1700 余万元是超出鉴证制度规范保护目的的

[1] 参见广东省揭阳市中级人民法院(2017)粤 52 刑终 134 号刑事判决书。

后果, 不当将该后果算到被告人头上。

龚晓玩忽职守案——渎职犯罪的因果关系判断(刑事审判参考第 294 号案例)

1999 年 3 月 22 日, 负责驾驶员体检工作的被告人龚晓收到蒋明凡的《机动车驾驶证申请表》后, 在既未对蒋明凡进行体检, 也未要求蒋明凡到指定的医院体检的情况下, 违反规定私自填写数据, 致使 1995 年左眼视力即已失明的蒋明凡换领了准驾 B 型车辆的驾驶证。此后, 在 2000 年、2001 年及 2002 年蒋明凡都通过了彭水县公安局交通警察大队的年度审验。2002 年 8 月 20 日, 蒋明凡驾驶一辆中型客车违章超载, 造成特大交通事故。法院一审认定被告无罪, 检察院抗诉后, 二审法院裁定驳回抗诉, 维持原判。理由为: 体检或审验, 其效力都只及于检审的当年度。年度审验驾驶证并必须做身体检查的规范目的是, 保证驾驶人的日常身体健康, 在驾驶员存在影响行车安全的重大身体疾病时, 能够及时发现, 因此, 当事故未发生在有效审验期间之际, 审验员不对司机的健康状况负责。

2. 介入他人自杀、被告脱管另行犯罪之际, 因果关系中断

公权力不能介入个人的私生活, 我们是自己法益的最佳保护者和处分决策者, 当介入他人自杀行为之际, 如果将他人自杀的结果归责于权力者, 等于变相承认了国家公权力有权管辖公民个人对生死的决定。如莫兆军玩忽职守案。^[1]原审法院认为: 被告人莫兆军对民事案件中当事人张坤石夫妇自杀这一超出正常的后果不可能预见, 主观上没有过失的罪过; 其在案件审理中履行了一名法官的基本职责, 没有不履行或不正确履行工作职责、致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的玩忽职守行为, 且张坤石夫妇自杀死亡的后果与被告莫兆军履行职务行为之间没有刑法上的因果关系。因此, 被告人莫兆军的行为不符合玩忽职守罪的构成要件。

张坤石夫妇在败诉后因对方当事人申请强制执行而到法院门口服毒自杀, 是他们对于败诉的结果有怨气并作出极端的选择。但指控张氏夫妇自杀的唯一原因是被告人莫兆军的职务行为和四会市人民法院所作出一审判决所致没有依据。主要表现在: 一方面, 在民事诉讼中, 一方当事人胜诉、一方当事人败诉是客观存在的普遍现象。且当事人败诉后认为一审法院判决错误的一般都会通过法律赋予的权利寻求法律的再保护。但张坤石夫妇及张小娇姐妹在一审判决之后放弃法律赋予的权利, 使得错误的判决丧失了被纠正的机会。另一方面, 张氏夫妇最终选择了极端手段是不恰当的。张氏夫妇的自杀反映出其对法律、对法院、对法官的严重不信任。事实上, 被告人莫兆军严格履行职责, 严

[1] 广东省高级人民法院(2004)粤高法刑二终字第 24 号刑事裁定书。

格按照民事诉讼程序操作,其证据采信也符合民事证据原则,判决中也充分论述了对原被告双方诉讼请求和抗辩意见采信与否的理由,不存在偏袒任何一方的情况。且经审查被告人莫兆军在审理该案前与冯志雄、李兆兴素不相识,没有证据证明被告人莫兆军与原告方存在串通一气、故意偏袒的事实。因此,被告张氏夫妇因法律意识淡薄以及对自己举证不能、放弃权利、败诉后选择极端手段最终自杀身亡的选择是不恰当的。

另外,法官并不负有保证被宣判的人不再次犯罪的义务,换句话说,除非将被宣判的人视为危险源,并科以法官作为义务。但是,被判刑的人本身并非危险源,即便是由前科在先的人,也不能推定其本身就是危险的,因为在规范的世界里,不实施犯罪行为才是符合规范期待(信赖)的正常行为,反之,犯罪本身就是打破规范期待的异常事件。要让法官对一个异常事件的发生负责,无疑是扩大了法官的义务范围。因此,除非法官给已经有明显征兆表明将要实施犯罪的人提供帮助(包括判决后不收监,此时信赖已经被打破),或者直接教唆其犯罪,法官无需对判决后再次犯罪的人所引起的结果负责。这是“责任自负”原则的应有之义。如此来看,以下案例值得商榷。

王某某玩忽职守、非法运输爆炸物案。^[1]

被告人王某某,2009年1月任黎城县人民法院副科级审判员。长子县人民检察院指控,2012年7月10日,黎城县人民法院受理的华某非法运输爆炸物一案,被告人王某某作为华某非法运输爆炸物一案的审判长,对当时拟判处有期徒刑的被告人华某,在判决宣告前和宣告后,明知未对其执行逮捕,仍未采取强制措施控制罪犯,未到庭宣判却署名,判决生效后,也未依法将罪犯羁押和交付执行,致使罪犯严重失控并重新犯罪,造成恶劣社会影响,应当以玩忽职守罪追究其刑事责任。

长子县法院重审后以被告人王某在对华某宣判后未采取任何控制措施致使华某独自离开黎城县人民法院,判决生效后华某脱管,且华某在脱管期间重新犯罪后被判处刑罚,造成了恶劣社会影响为由认定王某已构成玩忽职守罪,以定罪免刑论处。

刘某甲玩忽职守二审刑事裁定书。^[2]

被告人刘某甲系大连市中山区人民法院刑事庭审判员,原判认定刘某在2007年1月至2008年3月间在办理被告人刘某乙涉嫌故意伤害罪一案时,对刘某做出有罪判决后被告人刘某甲严重不负责任,不认真履行工作职责,未及时对被告人刘某乙送交看守所收押执行,导致罪犯刘某乙在没有被监管的情况下多次犯罪,致使人民利益遭受重大

[1] 山西省长子县人民法院(2015)长刑初字第1号刑事判决书。

[2] 辽宁省大连市中级人民法院(2016)辽02刑终12号刑事裁定书。

损失,其行为已构成玩忽职守罪。但被告人刘某甲犯罪情节轻微,可以免于刑事处罚。

上诉人刘某甲提出的其对罪犯刘某乙的未收监执行并无过失,不应将责任归于其的上诉理由,二审法院认为判断渎职犯罪有无因果关系的关键在于渎职行为与危害后果之间是否存在客观关联,上诉人刘某甲的玩忽职守行为与罪犯刘某乙脱逃后再次犯罪的危害后果之间存在明显的客观关联,未采纳刘某的上诉理由,裁定驳回上诉,维持原判。

个人认为,以上案件与其定罪免刑,不如直接宣判无罪更符合刑法中的“责任自负”原理。

最后,我们以往对渎职罪的研究往往聚焦于玩忽职守罪、滥用职权罪这两个一般罪名,研究的问题也主要是两罪的主观方面,对此存在故意说、过失说和双重罪过说等学说。无疑,以往的探讨取得了丰硕的研究成果。对于未来,我们对于渎职罪的研究或可进一步聚焦于个别犯罪,即第398—419条,并衔接行政法,研究各个具体行政管理系统中权力者需负责的管辖范围,这划定了归责的外围界限,而过失的共犯理论,则有助于进一步筛选归责的内部界限。换句话说,渎职罪仍然是富含实践性和理论性,兼备行政刑法和过失共犯理论元素的有待我们深挖的富矿。我想,这也是主办方将该题目作为讨论焦点的用意所在吧。

感谢大家的聆听,祝我们的平台佳绩不断,我们团队成员之间友谊长存!

王钢教授文、周啸天教授文评议稿

蔡 仙*

各位老师早上好，十分荣幸有机会参加“第二届盈科全国青年刑法学者实务论坛”，就“因果关系的理论与实务”该主题向在座的各位老师学习。接下来我将分享一下我学习王钢老师的《滥用职权罪中的因果关系——简评刑事归责的时间之维》以及周啸天老师的《渎职犯罪因果关系判断中的介入因素》两篇文章后的一些心得，以及在此基础上提出自己的某些疑惑。

刑法中广义的因果关系认定通常分为事实归因与规范归责两个部分。事实归因是按照条件公式来处理的，较为容易。比较困难的是，如何进行刑法上的归责。我们这里探讨的职务犯罪中的因果关系主要是刑法上的归责关系。如果按照罗克辛教授的客观归责理论，规范归责包括了“创设法所不允许的风险”和“实现法所不允许的风险”两个部分。有学者将前一部分视为构成要件行为的认定阶段，后一部分才是结果归责的判断。后一部分即风险实现（现实化）的样态按照我国学者的分类，又分为直接实现型和间接实现型。在直接实现型中，对于结果的发生，实行行为起到了决定性作用，介入因素是否存在及其性质并不重要。而在间接实现型中，行为人实施行为之后又介入其他的行为，实行行为的危险经由介入行为转化为结果。一般而言，由于介入因素的存在，间接实现型中因果链条比较复杂，因此，因果关系的判断更为困难。虽然职务犯罪包括贪污贿赂犯罪、渎职犯罪和侵犯人身权利、民主权利的犯罪这三类犯罪，但其中，渎职犯罪这类犯罪的因果关系最难判断，因为它多数情况下是属于间接实现型的因果关系。正如两位老师所指出的，渎职行为和危害结果之间存在间接、偶然的因果关系，经常是其他介入行为（共同）造成了危害后果。

除此之外，王老师还提到了一些渎职案件中经常出现“损害结果延迟发生”这一现象，即往往行为人在行为终了很长时间后才发生构成要件结果。正是针对危害结果延迟发生的渎职犯罪案件，王老师突破了传统的刑事归责理论，结合刑法中的诉讼实效制度，从时间之维创设了一个新的归责规则。根据该规则，在危害结果延迟发生的渎职犯罪案件中，行为人的行为虽然违反了法规范，但在结果发生时，行为对法规范的有效性和法

* 苏州大学王健法学院讲师。

安定性的损害可能已经在时间的流逝中显著削弱，以至于没有必要通过科处刑罚来确证规范的有效性。另外，对于行为与结果之间的时间间隔达到何种程度才能阻断归责关系上，王老师主张类推适用刑法中的追诉期限。

周老师则确定了通过介入因素而最终引起危害后果场合渎职犯罪因果关系认定的一个原则和两个细化标准。大的原则是不抵消风险原则。结合周老师上文的表述，不抵消风险原则应该适用的是渎职罪不作为犯的场所，而在作为犯的场所，我觉得，渎职行为应该是积极创设了一个风险。在这个原则之下，周老师又进一步通过具体形象的实务案例提出两条进一步细化的判断规则，即介入因素是否位于权力监管不力所可能辐射的范围（规范目的），以及自然人的自损、他损后果一般不可归责于权力者（自我答责）。

可以说，在如何合理限定渎职犯罪的因果关系认定问题上，两位老师从不同的视角切入进行了创新性的、富有启发性的研究，这是让我受益匪浅的地方。而且，这些研究成果也可以为司法实务处理相关案件提供一个有益的借鉴。另外，我个人还有一些疑惑想分别向两位老师请教。我的第一个疑惑是，王老师提及，“在危害结果延迟发生的渎职犯罪案件中，身为国家机关工作人员的行为虽然确实违反了法规范，但在结果发生时，其对法规范有效性和法安定性的损害可能已经在时间的流逝之中显著削弱，即便再对其科处刑罚也再无确证规范有效性之裨益，以至于其行为……不能再被评价为刑事不法”。那么，这里所说的“法规范的有效性和法安定性的损害”显著削弱是如何具体体现？行为实施完毕之后，对法规范的损害已经发生了，这个损害是否会削弱？在王老师提及的第一个案件中，按照相关规定，驾驶大型客车必须是在50周岁以下，李某办理驾驶证增型时已经是53岁了，所以他要将自己的年龄改小6岁，才能够成功获得驾驶大型客车的资格。在这个改出生日期的过程中，被告人滥用职权。一般来说，大型客车对驾驶员的临时反应能力提出了更高的要求，而年龄则体现了个人的反应能力。在此情况下，显而易见的是，被告人滥用职权的行为所创设的风险是伴随着时间的流逝（9年时间）、李某年龄的增长而不断增长的。这种风险的增长是否会影响“法规范的有效性和法安定性的损害显著削弱”这一判断？当然，王老师提及的第二个案件中，被告人滥用职权所创设的侵害法益的风险随着时间的流逝是没有增长的。

我的第二个疑问是渎职犯罪中如果介入被害人自杀如何处理的问题。对于报告中周老师提出的莫兆军玩忽职守案的处理结论，我是持肯定意见的，因为在这个案件中，莫兆军出罪的理由在于他根本没有玩忽职守的行为。实际上，会产生困惑的情形是，如果行为人渎职，比如说在徇私枉法或者枉法仲裁的场合，致使当事人或者其近亲属自杀、

自残造成重伤、死亡，或者精神失常的，根据相关司法解释，是会被视为“情形严重”，需要定罪处刑的。此时，严格意义上的结果归责理论如“自我答责理论”似乎并不适用。张明楷教授将这种情形视为“缓和的结果归属”。那么，如何理解和应对司法解释规定中这些“缓和的结果归属”情形，它们是否会与刑法中的责任主义原则相背离？

以上是我围绕两位老师的精彩报告进行的一些思考。其中，有一些不成熟的想法，还恳请王老师、周老师和其他各位老师批评指正。

王钢教授文、周啸天教授文评议稿

曹化*

渎职犯罪因果关系是渎职行为与危害结果之间的一种引起与被引起的关系，如何准确认定这种关系一直以来都是理论和实践中的难点。刑法因果关系理论发展至今，虽然学术成果众多，但是具体针对渎职犯罪因果关系的探讨仍然相对较少。同时由于渎职犯罪形式的多样化、复杂化，其因果关系认定亦成为实践中制约相关案件办理的重要因素。因此，以渎职犯罪因果关系为主题，进一步加强相关理论和实践探索是极有必要的。

周啸天教授和王钢副教授的报告成果就渎职犯罪因果关系所作的分析论证，无疑对于厘清该领域理论和实践问题具有重要意义。周教授从风险防范的视角，提出渎职犯罪实质上是一种系统性、累积性的风险制造，其构成犯罪在于违反了防范风险的积极义务，同时重点阐释了判断渎职犯罪因果关系的不抵消风险原则以及规范目的、自我答责等两条细化标准。王教授则认为在滥用职权等渎职行为于较长时间之后才导致危害结果の場合，应当在因果关系层面探寻行为人的出罪理由，也即滥用职权行为和结果之间显著的时间间隔应当构成阻却归责的事由。两位教授在报告中都紧贴司法实践，结合真实案例阐释核心观点，由理论观点出发探讨评析具体案例实体处理的妥当与否，体现了学术理论和司法实践的紧密结合。

渎职犯罪因果关系认定难，一方面与刑法因果关系理论学说的复杂性有关，另一方面由于渎职犯罪因果关系的认定有其特殊性，而这种特殊性成为了渎职犯罪因果关系认定过程中最大的障碍。渎职犯罪因果关系的认定难点主要有三点：一是“多因一果”情形较难认定。除了国家机关工作人员的渎职行为外，往往还杂揉了第三方介入等多种因素。渎职行为与危害结果之间具有客观上的关联，并且持续作用到危害结果的发生，从而使渎职犯罪因果关系的认定存在一定困难。二是介入因素对因果关系判断造成障碍。当渎职行为直接导致危害结果的发生时，很容易认定二者之间具有因果关系。如果介入因素导致正常的因果关系受阻甚至中断而不能将危害结果归责于渎职行为，就应当否认因果关系，进而否认渎职犯罪的成立。因此，介入因素是因果关系认定的一个难点。三是不作为渎职行为的刑事问责难。在司法实务中，相当一部分渎职犯罪是以不作为方式

* 上海市闵行区人民检察院副检察长。

实施的,判定因果关系时的难度明显高于作为犯罪。不作为渎职行为具有隐蔽性,同时是否存在作为义务是判断因果关系的前提,而作为义务与相关领域、行业的特殊规定有关,因而较难认定。

就滥用职权犯罪刑事归责的时间维度而言,从稳定社会关系和充分利用司法资源的角度,行为和结果之间显著的时间间隔能否阻却归责是值得充分探讨的。可以认为,追诉时效的规定体现了这一思路。随着时间的推移,因犯罪受损的社会关系趋于修复和安定,同时相关证据有湮灭的问题,在司法资源有限的情况下当前发生的犯罪更值得司法机关重点打击。也正是基于这一思路,对滥用职权犯罪刑事归责时间维度的探析应当符合我国《刑法》对追诉时效的基本规定。我国《刑法》第89条规定,追诉期限从犯罪之日起计算;犯罪行为有连续或继续状态的,从犯罪终了之日起计算。有观点认为,滥用职权罪的追诉起算点应当是危害行为满足该罪各构成要件之时,由于滥用职权罪的构成包含公共财产、国家和人民利益遭受重大损失这一要件,因此其追诉期限应当从重大损失后果出现时起算。同时,渎职犯罪危害结果的发生往往由于多种原因行为或介入因素所导致,这些原因行为和介入因素大多存在时间上的先后顺序,因此危害结果的发生并非一蹴而就,而是一个长期积累的过程。在讨论滥用职权犯罪刑事归责的时间维度时,上述观点应予以注意。

司法实践中,渎职行为不一定直接导致危害结果的发生,往往还介入了其他因素,但不能就得出渎职行为和危害结果没有因果关系的结论。对于案件中因果关系的认定不能孤立地从渎职行为本身去判断会不会发生危害结果,而应当先确定符合犯罪构成的危害后果,然后以此为起点向前寻找造成该结果的各种因素,凡是对危害结果起到原因力作用的行为都应当被认为与该结果之间具有因果关系。在对介入因素进行分析时要遵循客观全面原则。只有当介入因素同时满足独立存在和独立导致危害结果发生两个条件时,才有可能中断渎职行为和危害结果之间的因果关系。此外,还应当考虑渎职行为和介入因素社会意义相比较的问题,如果介入因素是完全正常的社会行为甚至是有意义的社会行为,一般就不否定行为和结果之间的因果关系。如果介入因素本身具有明显的社会违规性,如故意利用渎职行为所形成的条件进行违法犯罪,就会中断渎职行为与危害结果之间的因果关系。

总之,职务犯罪因果关系这一报告主题的设定,以及周啸天教授、王钢副教授就这一主题从各自角度所展开的深入分析论证,有助于渎职犯罪因果关系理论与实践体系的进一步细化和完善。随着相关理论研究的深入、法律制度的健全以及司法人员对“没有

渎职行为就没有危害结果”这一判断标准的深刻理解,对渎职犯罪因果关系的认定和把握一定能够更加客观、准确。

读职犯罪因果关系判断的学习体会

黄伯青*

从司法实务、一名裁判者的角度,思考两位教授的大作并且谈谈我的学习体会。本文主要从知识背景、认定思路、反思审视这三个角度来谈谈因果关系中断与否的问题。

一、刑法意义上因果关系的界定

刑法意义上的因果关系是危害行为与危害后果之间的引起与被引起的关系,其中“引起”是原因,“被引起”是结果。这种关系本身客观的,不以人的意志为转移的。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。需要注意的是,虽然因果关系本身不包括原因与结果,只包含二者之间引起与被引起的关系,但是讨论因果关系,又不可能完全脱离原因与结果本身。

在客观事物不断更替的运动中,一般表现为原因在先,结果在后,结果不可能在原因之前存在。因此,司法机关只能在结果发生之前的行为中寻找原因,但是因果关系并非只是上述时间上的先后关系,认定因果关系还需要考察其他特征。在客观世界中,各种现象普遍联系,相互制约,形成了无数的因果联系。一种现象相对于被它引起的结果而言是原因,而它本身又是被某种现象引起的结果。所以在认定因果关系时,一方面要善于从无数因果链条中抽出行为与结果这对现象,另一方面又不能割断事物之间的联系。具体来讲,司法机关在发现某种结果时,要查出何种原因,势必要研究这一孤立的行为与结果之间的关系。但是仅此不够,还要注意普遍联系,查明行为是否由他人的行为引起,是否还有另外的结果发生。

二、因果关系是否中断的裁判思路

确认存在刑法意义上的因果关系,意味着将结果归属于某个实行行为,在实行行为客观必然造成了结果的发生,该结果就是实行行为的危险的现实转化,这样的情况应该是直接肯定存在因果关系。但是,如果存在介入因素等原因,实行行为是否引起了结果

* 上海市第二中级人民法院研究室副主任。

的发生,往往是司法实务认定的难点,一直以来存在较大的争议。

我们姑且将这种情况称之为中断的因果关系,具体而言是指某种危害行为引起或正在引起某种危害结果,在因果关系发展的过程中,介入了另一原因,从而切断了原来的因果关系,行为人只对另一原因介入前的现实情况负责;介入原因引起的最后结果,与前行为之间没有因果关系。笔者认为,是否中断前行为与结果之间的因果关系,必然涉及到实行行为与介入事实(介入事实可以是自然力,也可以是危害行为)。司法实践中,并非所有的介入因素都必然中断因果关系,我们认为,同时符合如下四个条件,才能中断前行为与最终结果之间的联系:

(一) 前行为必须已经实施终了且行为的影响已完全显现。作为引发原因的前实行行为必须已经实施终了,且该行为造成的影响已经完全显现。如果一个行为是个持续犯,其造成犯罪影响一直延续到犯罪后果的发生,那么就要考虑单纯的“时间久远”因素是否必然会中断该因果关系?如王钢教授一文观点。首先,王教授文章的逻辑基础是成立的。时间的延迟的确可以一定程度上削弱因果关系的成立,使用追诉时效的理论来界定到底多长的时间可以中断因果关系有逻辑基础。个人赞同这样的论证结论。因果关系的成立,一定要求犯罪行为与危害后果之间的紧密联系,时间空间的大跨度间隔,的确会影响二者联系的紧密程度,导致引起与被引起的因果联系变得松散。

尤其当实行行为是个短暂的“点行为”的时候,行为一经实施就已经终了的情况下,是否就必然引发很多年之后的危害后果,这中间到底有无其他介入因素,存在很大程度的不确定性,所以长久的时间间隔的确有可能会在这种情形下削弱因果关系^[1]。所以,王教授的这一观点有其心理学基础,也符合刑法教义学的逻辑。

据此思路,反观王文中的两个案例,我们需要研究一下,滥用职权行为是一纯粹的“点行为”还是一持续状态的行为,是一纯粹的行为犯,抑或者结果犯。假如滥用职权或者玩忽职守的行为这种不法状态的延续至危害结果发生,是否就不再受到时间久远的影响而中断?现我就简单就文中的两个案例谈谈个人体会,与大家交流。

第一,我们认为,滥用职权行为不是一个纯粹的“点行为”,而是一个具备延续状态的“线段行为”。滥用职权,大部分涉及审批类的行政许可、行政确认等具体行政行为,表面上看,好像滥用职权,审批一个材料、签个字、敲个公章就结束了。实际上,

[1] 王文观点:身为国家机关工作人员的行为虽然确实违反了法规范,但在结果发生时,其对法规范有效性和法安定性的损害却可能已经在时间的流逝之中显著削弱,即便再对其科处罚则也再无确证规范有效性之裨益,以至于其行为因丧失了与现时社会的关联性而不再具有需罚性,从而不能再被评价为刑事不法。

这种违法审批造成的不法状态一直在延续,而这种延续又恰恰纵容了行政相对人恣意违法的心理,导致这个人在这种不法状态延续期间,一直缺乏对法律、行政法规的敬畏之心。案例中的两个行为人,一个通过违法行政确认,获得了可以驾驶大型车的年龄资格,这种不法状态一直持续到驾车事故、案发;另一个人则是一直使用违法审批、违法变更面积和使用性质的房产证书,试图以此要挟政府,以获取更多拆迁补偿,这种不法状态也是一直延续,延续到政府因为被拆迁信访,回头倒查房产证书取得的合法性的时候,这种不法状态的延续才结束。从刑法教义学的角度看,这两个案例里的滥用职权行为的状态均处于持续中,直至致使国家、公共利益造成重大损失这一结果发生。如果我们将滥用职权行为看成是一个“点行为”,那的确,从表面上,这个“点行为”和案发时候的危害后果之间间隔了很多年,因果关系能否成立存在疑问;但是,如果从法理上分析,滥用职权行为确实是个“线段行为”,一直延续到危害后果发生。因此,发现这种因果关系的紧密性并没有被时间久远所中断。

第二,我国《刑法》第 87 条至第 89 条关于追诉时效的规定同样是基于对时间因素的考量而排除行为人的刑事责任,故应当类推适用刑法中的追诉期限认定中断归责系的时间间隔。我个人完全赞同这样的观点,但是在具体的司法处理,如何确定实行行为的追诉时效,尚需进一步研究。一种是:行为系连续状态的,刑法第 89 条“追诉期限从犯罪之日起计算;犯罪行为有连续或者继续状态的,从犯罪行为终了之日起计算。”这个时候就不存在中断的问题提;另一种情况是:当实行行为具有即时性,一经实施就终了的,我个人观点,依据实行行为所造成的危害后果,来评价实行行为所应承担的罪责,然后依照该罪责所对应的量刑幅度内的最高法定刑期来确定,该实行行为是否超过追诉时效。个人也承办过类似的案件,非法买卖枪支案。

考察因果关系一定要注重这种行为和结果之间的紧密性,但具体到这两个案例,这两个案件中因果关系的紧密度并没有被时间所冲淡,只要实质考察这种不法状态的延续特征,就可认定因果联系仍存在。这也是为什么要看前行为是否终了、影响是否完全显现了。

(二)介入事实的发生是行为人不可预见的。判断前行为人是否可以预见到介入事实发生的标准要根据一般人的认识水平,结合案件具体情况具体分析。如按照一般认识标准,介入的事实是无法预见的,则该介入因素可以中断因果关系。当然,如果有充分证据能够证明行为人的认识水平、知识储备、业务能力等使得其认识能力高于常人,则可以提高其注意义务,提升其认识范围和预见能力,张明楷教授将其称之为“行为人的

管辖范围”。周教授文章里的两个案件,一个是民事法官,一个是刑事法官。因果关系到底在什么样的介入因素下可以中断,周教授提出因他人行为的介入、行为人自杀、另行犯罪等因素的介入,均可中断因果关系,个人对此基本赞同,但有的案件,可能需要具体问题具体分析。以玩忽职守罪为例,这个罪名能否成立,首先要看是否存在擅离职守行为,要看这个人是否尽责履职,怎么看?按照法定或单位规定的工作流程,审视这个人是否照章办事;第二,假如的确有玩忽职守的行为,再看是否造成重大损失;第三,当然要看玩忽职守行为和重大损失之间是否存在实质上的因果联系。以广东莫兆军案为例,莫法官在办理民事案件的流程中并无严重不负责任情况出现,他只是根据民事案件证据规则,作出了判决,但由于被告无法接受判决结果而出现在法院门口喝药自杀的悲剧。这个案子,退一步讲,假设法官在办理民事案件过程中存在玩忽职守情况,没有查明借条是伪造的,进而作出错误判决,被告因此喝药自杀,能否认定法官玩忽职守罪成立?即便如此,也很难认定。诚如周教授文中所说,这种玩忽职守行为和被告自杀的后果之间的因果关系是不是已经中断了。从社会公众朴素的观念来评估,任何一个法官都有犯错的可能,都有采信伪造证据、作出错误判决的可能,所以才有二审、再审等一系列纠错制度的设置。不能苛求法官在作出裁判时,还要兼顾到当事人可能接受不了裁判会自杀的情况。从常理上来说,不服一审判决,理性的当事人通过上诉、申诉、哪怕是信访去解决问题,而不是通过自杀来进行表达。因此,我们说因果关系,要看行为和后果之间是否是“合乎规律地引发这种后果”,这个里面就有个常识常理常情的评估在里面。很显然,要求民事法官对被告可能会不服判决而自杀承担玩忽职守的后果超越了这种常理,是一种苛求。只要民事法官依法适用证据规则,穷尽了发现案件真相的法律手段,哪怕当事人不能接受判决,出现了再严重的不理性行为,也不能就此任意建立起因果关系。第二个是大连中山法院的刘某甲玩忽职守案。这是一个刑事法官涉嫌的犯罪,为什么我要拿一个民事、一个刑事法官两个案件作对比,就是为了论证,因果关系是否中断,要根据案情具体分析。这个刑事法官的案件,我认为,因果关系可能不能中断。这个案件中,由于法官判决了一个被告人实刑,但这个被告人是取保候审的,在判决生效后需要依法送监执行。但由于法官的疏忽,没能及时将犯人送监,那么在真空期内,犯人又几次作案。纯粹看因果关系,法官未超期未送监的行为,给犯人继续作案提供了时间条件,这种联系是客观存在的。这个时候如果我们具体问题具体分析,可以发现这样一个隐性的事实,即刑事法官判决这个人实刑而不是缓刑,说明,法官对此人的社会危害性、人身危险性有认识,在有这种认识的前提之下,仍超期不将此人送监执行,显

然,对此人可能继续造成社会危害应当进行严格的预防,存在疏忽大意的过失心态。在客观的工作流程上,也显然存在未正常履职的问题。这个主观方面和客观方面,可以印证处玩忽职守的行为是存在的。那么,再看因果关系,前面说过,这种玩忽职守行为给犯人再次犯罪提供了机会,事实上犯人也是在此期间多次犯罪,反过来说,如果及时收监了,就不会有多次再犯的可能。因此,从实质上看,这种因果关系没有因为犯人的再次犯罪而中断。当然,至于是否就成立了玩忽职守罪,我也觉得有待商榷,犯人的再次犯罪行为,也要具体看,如果仅仅是盗窃少量财产等常见轻微犯罪,即便前面有玩忽职守行为、有因果关系存在,但不能认定为重大损害后果,也不应成立犯罪。

通过这样的分析,自然就引出了我下面要说的另外两个条件,一个是介入事实是否完全独立,一个是危害结果是否完全由于介入行为引发。

(三)介入事实独立于前行为。是指介入事实不是前行为所引起的,具备完全的独立性,如自然力等。如介入事实是新的行为,要求行为人是完全的意思自治基础之上作出,行为人明知其行为会导致危害结果发生,仍然一意孤行。实际上,介入事实与最终结果之间产生了新的法律关系,行为成为危害结果发生的独立原因,进而中断原来的因果关系。同样来看莫兆军案,很显然,被告的自杀行为是死亡后果发生的独立原因,相反,法官的民事判决必然会导致当事人自杀的后果,这种因果关系显然是不能成立的。对比下来,当事人自杀行为成为了一个独立于民事裁判行为的完整行为,并独立地引发了死亡后果。那么,可以认定已经中断了因果关系。

(四)危害结果的产生不依赖于前行为,完全是介入因素独立引发的。要强调这种独立性,即是该介入因素独立地引发了危害结果发生。如果前行为和危害结果之间仍然“藕断丝连”,和介入因素共同造成了危害结果的发生,则显然不能中断此种因果关系。这一点,我们可以来看大连中山法院的刘法官案件。这是刑事案件,由于其未能及时收监犯人,犯人具备再次多次作案的机会。表面上是犯人的独立犯罪行为引发了多次再犯的后果,但犯人的再次犯罪行为,从常识常理上看,显然是不能“独立、完整”地引发这种后果的,他还需要法官没有及时收监这个“机会成本”,法官的未及时收监行为,这一前行为,并没有被介入因素完全取代而中断与危害结果的因果关系。

三、因果关系成立之后的理性审视

(一)常识、常理、常情的检验

如前文所述,我们是在犯罪结果里面找原因,本来就是一个依据证据、对因果关系进行反推、再查找的过程,这就像一科学假说,反推出来之后,还需要接受常识常理常情的检验。如果这种因果关系一看就是违背常识的,则说明我们的反推未必成立。如莫兆军案,因果关系很容易用常识进行检验,如果民事法官按照法定程序和证据规则作出判决,一旦当事人自杀就追究法官刑事责任,那就无法办案了,只能调解了事,谁也不敢冒风险作出判决了,这样的因果关系显然违反社会常识常理常情。

(二)罪刑均衡的检验

因果关系成立之后,我们还要评估因果关系紧密度强和弱。有的案件,因果关系虽然成立,但其可能是多因一果,行为人的行为可能仅仅是其中的一个引发条件而已。这样基础之上定罪,一个是否可以适用情节显著轻微,适用刑法但书的问题;另一个是定罪但可作从轻量刑或免于刑事处罚的问题。两位教授文章中提到的一些案件,作了定罪免罚处理,我觉得,是有这种思考在其中。

(三)存疑有利于被告人原则的检验

“疑点利益归于被告”原则又称为“存疑时有利于被告”原则,是指在刑事诉讼中遇到事实无法查清或查清事实所需成本过高的情况,依有利于被告的原则判决,该原则是刑法通过限制国家的刑罚权从而保障行为人自由的机能的体现。如果案件证据不能证明因果关系存在,或者存疑,则显然要作有利于被告人的考虑,认定该关系不成立。如果仅能证明微弱的联系,则回归到第二个检验,看是否有必要启动刑事追责,或者虽追责,但从轻处置。举例,寻衅滋事、聚众斗殴案件中,当行为是否实施行为无法查明与无法确认是行为造成的结果。

读王钢教授文、周啸天教授文的学习体会

艾 静*

各位专家，各位朋友，大家上午好！我是来自北京市盈科律师事务所的艾静律师。在这样的盛会当中作为评论人，非常荣幸，但更多的还是感到压力。在各位专家面前真的不敢点评，作为刑诉法专业毕业的我来讲，刑法也不是我的强项，所以只能向各位同仁汇报一下我的学习体会、参会心得，还请大家批评指正。

首先，本环节两位教授的主讲主题——滥用职权罪中的因果关系问题，我认为是一个非常重要且值得研究的问题。滥用职权罪本身就是一个常见罪名，而刑法中的因果关系又是一个一直富有争议的难点，特别是在滥用职权罪的案件中，我们发现，几乎绝大多数案件中“重大损失”的结果，都是由多种因素竞合而致，行为人的滥权行为并非损失结果的直接和唯一原因。这就使得实践中的许多案例处理起来有诸多困惑。因此，从因果关系角度探讨滥用职权罪的出罪入罪，非常具有价值。我也希望今天的研讨能够把对这一问题的讨论推向更高的热度，让更多的学者特别是司法机关能够关注，从而推动实践中可谓五花八门的司法差异趋于共鸣。

对于周啸天教授主讲当中，介入他人自杀或者另行犯罪可以导致因果关系中断的观点，我非常认同。这也是刑法理论界的通说。举一个案例，目前正在办理的一起黑龙江某地的滥用职权案，正在审查起诉当中。被告人裴某系房管局一名干部，在2004年12月，被告人审核把关不严，在刘某提交材料造假的情况下为其办理了一本房产证。而该房产实际上属于铁路部门。刘某与铁路部门系长期租赁关系。【期间，刘某曾告知铁路部门该房产已经过户到自己名下。房产证办理后，刘某仍然支付了五年的租金。】拿到房产证10年以后即2013年，刘某擅自使用该房产证以提供反担保的形式欺骗某担保公司，最终给担保公司造成140万元损失。2018年刘某因涉黑被立案侦查，后关于这140万元一案被认定为诈骗罪。由此牵扯出裴某滥用职权罪案件的追究。

实际上这个案件对于王钢老师关于诉讼时效或者说时间因素来阻却因果关系的观点也是很有价值的一个案例。裴某在2004年违规批办了刘某这本房产证，房产证办下

* 盈科北京刑事实务研究中心主任。

来的时候就是铁路部门失去房产的时候，应当被认定为已经造成国有资产的损失，其滥用职权罪已经既遂。但是由于权利单位铁路局并不知情，乃至到后来刘某告知铁路局其把房产证办到自己名下，铁路局开始以诉讼方式主张权利的时候，都没有去追究裴某的滥权责任。不幸的是，铁路部门在诉讼中因改制等原因导致丧失了原告资格，也就没有再行使其其他的救济手段。那么，这么多年过去了，该地区监委与2020年6月12日对裴某行为进行监察立案，调查后移送至检察院审查起诉。时间跨度已经达到15年6个月。我们主张已经超过诉讼时效，不应追诉。

但是监察委和检察院的观点则认为，本案损失结果的发生是在2013年刘某使用该房产证骗取担保公司140万元的时候。因此2020年6月监察立案并未超出追诉时效。当然，这里首先是一个损失结果到底是什么的认定问题。这个问题实际上并不难，铁路局房产被违规办理到刘某名下，铁路局失去对房产的权利，这一结果应当认定为国有资产发生了损失，且与裴某滥用职权行为之间因果关系明显、直接。但是为了回避追诉时效问题、实现对裴某的追诉，办案机关混淆视听把因刘某诈骗给担保公司造成的损失认定为滥用职权行为的损失，并且这个损失在监察调查阶段还让裴某给赔偿了。即便是单纯从因果关系角度看，因介入了刘某另行犯诈骗罪的这样的介入因素，该结果与裴某早先的滥用职权批办房产证的行为之间因果关系被阻断。印证了周啸天教授的观点。

王钢老师所主张的时间因素对因果关系之阻断的观点，与贝卡利亚提出刑事追诉时效制度的内在机理实际上是殊途同归的。但在认同此观点的同时，我也有一些疑问，在实行行为与危害结果之间时间间隔较长的情形下，到底是该实行行为本身的可罚性低导致难以发生损害结果，从而排除刑事归责，还是因时间因素而导致阻却刑事归责呢？另外，在介入因素比如自杀、犯罪等情形之外，其他行为有无可能作为导致阻断因果关系的因素呢？比如这样的情形：甲乙两方多人约架，其中甲方的人在去往现场过程中发生内讧而散去。乙方等候多时未等到甲方，也散去。离开过程中，乙方有三人在现场附近发现甲方中的二人，于是开始追逐。甲方二人跑到昆玉河边后，其中的一人跳入河中游向对岸，另一人见状也跳入河中，结果该人不会游泳，溺水身亡。对于乙方三人如何定性？这一案件是我在法院工作期间接触的真实案例。甲乙双方都是未成年人，双方为聚众斗殴而相邀，中止后又有一方追逐另一方的寻衅滋事行为，但无论是聚众斗殴致人死亡还是寻衅滋事致人死亡，都属于想象竞合，应择一重罪按照故意杀人罪定罪量刑。本案中，追逐行为和主动跳河的自救行为二者相较，在“相当性因果关系”理论下，其对致人死亡的作用也难分伯仲。司法又该如何判处？最终结果承办法官是按照寻衅滋事罪

处理的，致人死亡的结果是从因果关系上进行的论证，认为并非追逐行为直接导致，而是介入了主动跳河的自救因素，因此不作为寻衅滋事的后果予以评价。因未成年且赔偿谅解等综合考量，对三被告人适用了缓刑。不敢说这样一个判定结论在刑法理论层面一定讲得通，但是我认为在案件事实比小说还要充满想象力的时候，法官的良知也将发挥重要的价值。所以，在理论研究的同时，法官的经验，阅历，良知，对于法律、理论的实践和运用，同样重要。

以上是的学习体会和思考，期待和各位专家进一步交流学习！

渎职罪中严重不负责任 与重大损害后果的因果关系

李世阳*

一、问题的提出

从罪刑法定原则出发，刑法分则条文所规定的构成要件应当清晰明确。然而，纵观我国刑法条文就可以容易发现，至少在以下五点存在违背明确性要求之嫌：第一，在条文中存在大量的描述程度的词汇，例如“严重”“较大”“巨大”。第二，存在诸多的兜底性条款，例如我国现行刑法中，使用了392次“其他”的这一表述，其中，非法经营罪、以危险方法危害公共安全罪、寻衅滋事罪等罪名已经基本上成为口袋罪的标签。第三，多处使用了道义性谴责或情绪性宣泄等语义不清的评价用语，例如寻衅滋事、起哄闹事、恶劣、严重不负责任、贪生怕死等。第四，在大量的法定犯中，基本行为的认定完全取决于刑法之外的其他相应的行政法规，例如，“违反……规定”这样的表述在刑法条文中出现了90次。第五，在过失犯中，其构成要件呈现出开放状态，具体的实行行为并未出现在条文中，而需要法官在裁判过程中进行填充。例如，在过失致人死亡罪中导致死亡结果发生的过失实行行为的确定就成为难题。为此，在解释论上如何本着罪刑法定的基本理念将这些不够清晰的规定进一步明确化、操作化，从而为理论与实务架起沟通桥梁，成为当下中国刑法学者的重要任务。

在责任事故型犯罪和渎职罪的构成要件设置上，可以说集以上五个问题于一身，反过来，对这两种类型的犯罪的解释就成为检验刑法明确性原则的试金石。其中，在这两类犯罪中，多次出现了“因严重不负责任，致使（导致）……严重后果（重大损失）”这样的表述。在司法实践中，单纯依据这种模糊规定显然无法定罪处罚，于是出台司法解释就成为必然，但在司法解释中显然几乎把所有的关注点都放在重大损失或严重后果的划定上。这虽然有助于标准的统一，但如果忽视了造成该严重后果的原因限定，则容易陷入结果责任的泥潭之中。

怀着这一问题意识，本文尝试构建“严重不负责任”这一规定的解释论规则，并结

* 浙江大学光华法学院副教授。

合司法实践中的案例探讨严重不负责任与通常被作为构成要件结果的重大损害后果之间的因果关系。

二、“严重不负责任”的性质：行为还是心态

（一）罪名分布与共性问题

在我国现行刑法中，犯罪的构成要件出现“严重不负责任”这一表述的罪名有 13 个，分别是：签订、履行合同失职被骗罪，国有公司、企业、事业单位人员失职罪，出具证明文件重大失实罪，故意延误投递邮件罪，医疗事故罪，执行判决、裁定失职罪，失职致使在押人员脱逃罪，国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪，环境监管失职罪，传染病防治失职罪，商检失职罪，动植物检疫失职罪，失职造成珍贵文物损毁、流失罪。此外，在玩忽职守罪中，虽然在构成要件上没有直接使用“严重不负责任”这一表述，然而，在诸多关于玩忽职守罪的判决书中使用了这一用语，本文在此一并讨论。在这 13 个犯罪的构成要件的表述上，有些构成要件对行为样态的描述仅仅简单使用“严重不负责任”这一用语，例如环境监管失职罪、传染病防治失职罪等。与此相对，有些构成要件在对行为样态的描述中除了“严重不负责任”这一表述之外，还附加了其他更具体的说明，例如动植物检疫失职罪的构成要件为：动植物检疫机关的检疫人员严重不负责任，对应当检疫的检疫物不检疫，或者延误检疫出证、错误出证，致使国家利益遭受重大损失。那么，就产生以下两个问题：①“严重不负责任”与后续的行为样态是怎样的关系。②这 13 个犯罪基本上都被认定为过失犯，但故意延误投递邮件罪显然是故意犯，于是，“严重不负责任”所对应的主观心态是故意还是过失。但作为这两个问题的前提问题是，“严重不负责任”是一种客观行为抑或是一种主观心态。

（二）既有观点的批判性考察

1. 客观要件说

以医疗事故罪的罪状为例，有观点认为其中的“严重不负责任”属于客观要件的范畴，即诊疗护理工作中违反规章制度或诊疗护理常规的行为。^[1]但该观点可能存在以下两点疑问：第一，这种解释无法体现出“严重不负责任”本身所表达的对行为人的强烈谴责。第二，违反规章制度一般是在故意的心理状态下实施，这样的话，责任事故类型的犯罪与玩忽职守型的渎职犯罪就有可能变成故意犯，或至少是一种以违反相应规章制度

[1] 参见赵秉志主编：《中国刑法案例与学理研究》（第五卷），法律出版社 2004 年版，第 182 页以下。

度为基本犯的结果加重犯。这显然与多数说所主张的过失犯观点相违背。

2. 主观要件说

该观点认为，“严重不负责任”与“违反规章制度”是并列关系，而非统一或包容关系，否则将形成同义反复。违反规章制度是对行为客观样态的描述，而严重不负责任则对行为人主观心态的描述。^[1]这一观点为将事故型犯罪和玩忽职守型渎职罪统一解释为过失犯提供了理论基础，也能清晰体现出“严重不负责任”所传达的非难意味。但该观点也带来了以下问题：第一，如果将严重不负责任视为一种过失，那么应如何理解这种过失的内涵。第二，应如何区分严重不负责任的过失与间接故意。

3. 主客观要件统一说

我国有学者认为，在通常的理念中，“严重不负责任的态度”或“严重不负责任的行为”两种说法都能被人接受，因为“严重不负责任”能够同时肩负着表明行为人当时应受谴责的心理状态和行为人极端不负责任的行為的双重使命，因此，“严重不负责任”不仅是客观要件，而且也是过失心理的主观要件。^[2]该观点显然是为了克服上述将严重不负责任单方归入客观要件或主观要件的弊端，但在四要件犯罪论体系下，客观要件与主观要件呈现出耦合的平面结构，因此该观点如果未能清晰分离严重不负责任的客观行为内容与主观心理内容，并阐明这两者之间的关系，很可能同时具备以上两个学说的弊端。

4. 模糊罪过说

有观点认为，对于法定犯而言，不应纠缠于行为人对结果的态度，而应认为对结果具有模糊罪过即可。如果行为通常是故意实施，或者说没有必要处罚过失行为的情形，则可以认为罪过形式为结果型模糊罪过。^[3]据此，对于责任事故类型犯罪和玩忽职守型职务犯罪而言，行为人主观上是故意还是过失在所不问，对于造成的重大损害后果，只要不是出于不可抗力或意外事件，均成立相应的犯罪。然而，这种观点对于“严重不负责任”的解释而言，无疑会陷入以问答问的循环论证之中，此外，这种观点与在归责上不要求具备故意或过失的结果责任立场并无本质区别，有违反责任原则之嫌。

（三）本文观点：玩忽职守型渎职罪是一种不作为的重过失犯

1. “严重不负责任”的判断顺序

[1] 参见李希慧、宋久华：《医疗事故罪之“严重不负责任”辨析》，《人民检察》2012 年第 21 期，第 14 页以下。

[2] 参见李兰英、雷堂：《论严重不负责任》，《河北师范大学学报》2000 年第 4 期，第 118 页。

[3] 参见陈洪兵：《模糊罪过说之提倡——以污染环境罪为切入点》，《法律科学》2017 年第 6 期，第 99 页。

“严重不负责任”的解释，取决于对“责任”一词的理解，“严重”只是对“不负责任”程度的形容。关于责任在刑法学中的含义，陈瑾昆认为存在以下三重意义：（1）谓法律上之负担，此为责任之客观意义。责任于此意义，又与义务及制裁同义。（2）谓法律上之地位，此为责任之主观意义。即凡应刑法上刑罚之制裁者，必为居于刑法上一定地位之人，故学说上又称此地位曰责任。（3）谓法律上之状态，刑法所称之责任，乃为此义。学说上所谓犯罪之主观要件，亦以指此。盖负刑事责任之人，申言之，即于刑法上居于一定地位而应为一定负担，必有一定心理状态与精神状态，所谓责任，即指主观具备法定心理状态及精神状态之全体而言。^[1]

由此可见，责任一词本来就是多义的，有可能同时具备以上三层含义，也有可能特定的语境中仅指其中一种含义。“不负责任”这一表述同时包含了以上三层含义。具体而言：第一，“不负责任”的前提在于行为人本来负有相应的责任，也即行为人本来负有某种法律上的义务，这一层面上的不负责任意味着不履行国家机关工作人员本来应履行的特定职责。第二，义务的承担意味着命令规范的发动，即行为人在特定的时空条件下只能实施某种被法所期待的行为。从最大限度保障自由的要求出发，义务的承担背后必然存在某种提供支撑的根据，而国家机关工作人员这重身份刚好提供形式上的根据，但如果进一步实质考察的话，之所以可以命令国家机关工作人员履行其职责，首先来源于特定行为人在意志自由的状态下对国家机关工作人员这重身份的选择与接受，这种接受意味着其理解国家机关工作人员所负有的职责并具备履行的能力，与此同时，一般国民也可信赖国家机关工作人员将履行特定的职责。第三，“不负责任”这一表述在日常用语中即带有谴责对方的含义，而只有在某行为入具备刑事责任能力的前提下，在理解自己行为含义和性质及可能造成的结果的基础上，在意志自由的状态下仍然选择实施该违法行为的情形中，才能在刑法意义上谴责该行为人，将刑事制裁课加到该行为入身上。在这一意义上，“不负责任”也是对国家机关工作人员渎职的谴责。

在以上三重语境下，“严重不负责任”显然同时具备客观不法和主观责任的含义，换言之，国家机关工作人员因没有实施与其法定义务范围内相符合的行为，该行为样态达到了值得发动刑事制裁对行为人进行谴责的程度。据此，“严重不负责任”的判断应按照以下三个步骤顺次进行：①第一，主体的选定，也就是说具有应当由谁来履行相应的责任，虽然在相应的构成要件上明确规定了诸如国家机关工作人员或司法机关工作人员，但这依然是一个很模糊的主体概念，刑事责任归根结底是要落实在有血有肉的某个

[1] 陈瑾昆：《刑法总则讲义》，中国方正出版社2004年版，第93页以下。

行为入身上。②第二，寻找基准行为，通俗来说就是“负责任”的态度应该是什么样的。③第三，考察行为人的行为与基准行为的偏离程度。

2.玩忽职守型渎职罪的罪质是不作为的重过失犯

如前所述，在玩忽职守型的职务犯罪中，可以提取出“严重不负责任”这一公因式，“严重不负责任”同时具备客观上的严重不法程度与主观上的可受严厉谴责的可能性，但由于玩忽职守型的职务犯罪并不是故意犯罪，因此应将其定位为重过失犯。与此同时，从责任的义务本位出发，“严重不负责任”意味着特定的国家机关工作人员负有法定的作为义务，因此玩忽职守型的渎职罪也是一种不作为犯。据此，可以将玩忽职守型渎职罪定位为不作为的重过失犯。其中，不作为的认定承担着选定主体的功能，而过失的认定则承担着确定刑事责任的有无及大小的功能。

然而，这一定位马上会面对以下解释学上的问题：①既然是一种不作为犯，就必须存在对作为义务的违反，对于国家机关工作人员而言，应如何限定其作为义务的内容。②在过失犯中，为什么诸如过失致人死亡罪这种针对全体国民的犯罪仅要求具备一般的过失，而玩忽职守型的渎职罪这种针对国家机关工作人员的犯罪却要求达到重过失的程度，或者说如何认定重过失。③与前两个问题相关联，不作为犯和过失犯均被认为是一种义务犯，即不作为犯本质上是对作为义务的违反，而过失犯则是对注意义务的违反，那么，在玩忽职守型渎职罪中，作为义务和注意义务呈现出怎样的关系。以下将结合实务探讨这些问题。

三、作为义务的来源——主体的选定

关于作为义务来源的文献汗牛充栋，各种学说纷繁复杂。本文认为，在讨论不作为犯的作为义务来源之前，有必要先明确作为义务的功能，而这必须放置在刑法的功能这一视角下进行考察。具体而言，刑法的功能在于：通过对规范违反者施加刑罚从而向全体国民宣告被违反的行为规范继续有效，据此提供预防性的法益保护。^[1]因此，刑法应尽最大程度尊重并保护国民的行动自由，在这一点上，密尔所提出的关于自由的两个基本原则对于作为义务的要求及其功能具有重要的启示意义。具体而言：第一，个人的行动只要不涉及自身以外什么人的利害，个人就不必向社会负责交代，他人若为着自己的好处而认为有必要时，可以对他忠告、指教、劝说以至远而避之，这些就是社会要对他

[1] 参见[日]高桥则夫：《刑法总论》（第四版），成文堂2018年日文版，第11页以下。

的行为表示不喜或非难时所仅能采取的正当步骤；第二，关于对他人利益有害的行动，个人则应当负责交代，而且还应当承受或是社会的或是法律的惩罚，假如社会的意见认为需要用这种或那种惩罚来保护它自己的话。^[1]

从第一个基本原则出发，任何人只要没有实施导致法益状态陷入恶化状态的行为，原则上实施任何行为都是自由的，不受来自国家和其他国民的任意干涉。从第二个基本原则出发，让某个特定的行为人承担法律责任或者以法律的名义命令某个行为人在特定的时空条件下采取积极的法益保护措施，需要具备特别的根据，即行为人自身实施了法益侵害行为或者对于被害法益具有保护职责。质言之，作为义务的功能是为了满足法治国家自由主义的基本要求，本着自我负责原则，当行为人对他人制造出法益危险状态，即使牺牲自己的部分自由，也应当尽一切努力采取结果回避措施。此外，即使法益危险状态并不是由行为人直接创设的，当行为人对被害法益负有保护义务或者对危险源具有管理义务时，也应当肯定作为义务的存在。据此，本文认为作为义务来源的确定应统合在自由主义原则之下，只有基于行为人实施了法益侵害行为或者其处于与受损法益的保护相关联的地位上，才能以刑法名义令其采取结果回避措施以承担保护受损法益的义务，具体表现为以下三个来源：①创设危险的先行行为；②对已经受损的法益具有保护义务；③对可能创设法益危险状态的危险源具有管控义务。

对于玩忽职守型的渎职罪而言，由于是怠于行使合法的职权而产生的犯罪，因此其作为义务主要来源于对受损法益的保护和对危险源的管控义务。然而，应当注意的是，法益保护或危险源管控是一种过于抽象的表述，此外，公职不可能只为特定的对象服务，其本身是一种公共资源，本来就是为全体国民的生存和自由发展提供保障，如果笼统地以法益保护或危险源管控为由承认国家机关工作人员的保证人地位，必然不当地扩张处罚范围。因此，在国家机关工作人员是否负有法益保护或危险源管控义务的判断上，应将法益或危险源的内容具体化。具体而言，在主体确定的顺位上，①法益主体或危险源的制造者本身应是履行法益保护或管控危险源的第一顺位者，由于第一顺位者是法益或危险源的直接关系人，包括国家机关工作人员在内的其他人员都可以信任第一顺位者是法益面临危险时的急先锋和忠实保护者。②只有当第一顺位者已经不具有保护法益或管控危险源的能力，保护法益或管控危险源的义务才有可能转移给包括国家机关工作人员在内的第二顺位者，并且这种转移以第二顺位者在认识到了第一顺位者已经丧失保护或管控能力的基础上仍然在自由意志的前提下接受了法益保护或管控义务为前提。

[1] 参见[英]约翰·密尔：《论自由》，许宝騄译，商务印书馆1959年版，第102页以下。

进而，在选定玩忽职守型的渎职罪的主体时，应重点考察特定的国家机关工作人员从其职务出发在当时的情形下是否处于被强烈要求实施相应作为的地位或状况，即保证人地位。是否处于保证人地位的判断归根结果应与法益保护相联结，在具体判断上，受制于以下呈递进关系的三个因素：

第一是，国家机关工作人员的权限是否波及到对受损法益的保护或对危险源的管控，这一点主要结合法律的具体规定以及特定国家机关工作人员事实上被赋予的职责内容进行判断；第二是，在诸多具有该权限的国家机关工作人员内部的组织结构如何，即相互之间的地位，这是对国家机关工作人员的职责进一步细化，精确到每一个相关的国家机关工作人员的职责；第三是，立足于当时的具体情况，从事后的视角科学地判断谁最可能以最高的效率采取法益保护措施，尤其是在法益已经受损的情形中，往往表现出某种程度的紧急性，需要负有法益保护义务的国家机关工作人员当机立断，高效止损。

正如有学者指出，由于不真正不作为犯不具有将相当因果关系的归属主体特定化的功能，而要对所有与结果具有因果关系的主体肯定作为义务的话是明显不当的，因此应对主体进行限定。从平等原则出发，应在排除与刑法目的无关的社会伦理、道德等考虑因素之后选定主体，那就是，在法益受损的情况下，通过遵守结果回避命令而必须负担的成本是最小的人，即能够最有效率（以最低成本）采取结果回避措施（实施被期待的作为）的主体。^[1]据此，在法益受损现场的、应依其职权对受损法益采取保护措施的国家机关工作人员往往成为首要的责任归属主体，但并不限于此，对该国家机关工作人员的职权行使具有监督管理职责的上级国家机关工作人员同样也应被纳入责任归属主体的范围，因为其怠于履行监督管理职责的这种不作为态度助力于构成要件结果的实现，但当上级国家机关工作人员享有信赖下级国家机关工作人员能够正确履行法益保护或危险源管控义务时，有可能免责。

据此，当发生某重大责任事故时，在责任主体的确定上应按以下顺序进行：①事故的直接制造者或危险源的直接管控者——②根据事故的大小规模确定需承担责任的国家机关工作人员——③进一步确定需承担责任的上级国家机关工作人员。其中，①主体的确定受制于罪责自负原则，在从①主体向②主体扩张时，需要存在法益保护或危险源管控已经超越①主体的能力范围或①主体在法益保护或危险源管控上已经不值得信赖的事实，并且②主体已经认识到该事实并根据其职责接管法益保护或危险源管控义务。

[1] 本文认为，该观点在重大责任事故犯罪及职务犯罪的处罚主体的选定上具有重要参考意义。参见[日]镇目征树：《刑事产品责任中的不作为犯论的意义与展开》，《本乡法政纪要》1999年第8号，第353页以下。

②主体的确定受制于效率原则,在从②主体向③主体扩张时,应受信赖原则的制约,当③主体对于②主体享有信赖利益时,应阻断这种扩张,即③主体的确定受制于信赖原则。

以下结合一则案例加以说明。

案例一(崔某环境监管失职案):盐城市环保局饮用水源保护区环境监察支队负责盐城市区饮用水源保护区的环境保护、污染防治工作,江苏省盐城市标新化工有限公司位于市饮用水源二级保护区范围内,属该支队二大队管辖。崔某作为二大队大队长,对标新公司环境保护监察工作负有直接领导责任。崔某不认真履行环境保护监管职责,多次收受标新公司法定代表人胡某小额财物,在日常检查中多次发现标新公司有冷却水和废水外排行为,但未按规定要求标新公司提供母液台账、合同、发票等材料,只是填写现场监察记录,也未向盐城市饮用水源保护区环境监察支队汇报标新公司违法排污情况。而后,盐城市饮用水源保护区环境监察支队对保护区内重点化工企业进行专项整治活动,并对标新公司发出整改通知,但崔某未组织二大队监察人员对标新公司进行跟踪检查,监督标新公司整改。崔某对标新公司进行检查时,只在该公司办公室填写了1份现场监察记录,未对排污情况进行现场检查,没有能及时发现和阻止标新公司向厂区外河流排放大量废液,以致发生盐城市饮用水源严重污染。阜宁县人民法院作出一审判决,认为被告人崔某作为负有环境保护监督管理职责的国家机关工作人员,在履行环境监管职责过程中,严重不负责任,导致发生重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失,其行为构成环境监管失职罪。^[1]

在本案中,重大环境污染事故显然是由标新公司向厂区外河流排放大量废液造成的,作为责任的第一归属主体,标新公司的相关负责人显然要对环境污染的后果承担污染环境罪的刑事责任。该犯罪是一种故意犯罪,从罪责自负原则出发,既然行为人明确认识到自己行为的法益侵害性质仍然决意实施该不法行为,当然应对其可认识的构成要件结果负责,并且该责任的承担原则上不波及其他人,除非其他人负有阻止他人故意犯罪的作为义务,在能够履行该作为义务的前提下却不履行,从而以不作为的态度加功于他人的故意犯罪。在这种情形中,从因果共犯论的立场出发,存在例外地将其作为帮助犯处理的余地。^[2]只是对于国家机关工作人员而言,这种可能成立的不作为帮助犯的情形,刑法单独设置了渎职罪。于是,在渎职罪的认定上,当在具体案件中表现为不阻止他人的犯罪时,仍然要遵循不作为共犯认定的基本原理。本案中,标新公司的相关负责人必须对环境污染的后果承担污染环境罪的刑事责任,然而,法律上专门设置以生态

[1] 参见《最高人民法院关于印发第二批指导性案例的通知》检例第4号。

[2] 关于不阻止他人故意犯罪的刑事责任,参见何龙:《不阻止他人故意犯罪的行为性质认定》,载《中外法学》2017年第6期。

环境部为最高机关的、省以下环保机构监测监察执法垂直管理制度,因为优美的环境是国民赖以生存和自由发展的基础,是稀缺的公共资源,而显然不可能信赖化工厂自觉履行环保义务,因此在化工厂导向该严重污染后果的因果流程中,环保部门负有阻止该因果流程的法定义务,当环保部门的相关执法人员不履行该法定的监管与阻止义务时,无疑扫清了化工厂污染排放污水污染环境的障碍,因此是以不作为的方式参与到环境污染事件中。而在不作为主体的选定上,首先当然是对标新公司的污水排放情况负有直接监管职责的执法人员崔某,作为崔某的上级领导的环境监察支队队长则有可能被排除在归责主体之外,因为支队队长具有信赖崔某履行监管与报告职责的信赖利益,当崔某不履行该监管职责并且瞒报时,就阻断了支队队长获取真实的污染情况的渠道。

四、过失的判断——责任的划定

如前所述,玩忽职守型的渎职罪在罪质上可以归结为不作为的重过失犯,这为玩忽职守型渎职罪的解释学展开搭建了基本的框架,在判断顺序上,应先判断不作为犯的成立与否,再判断重过失犯的成立与否,前者主要解决责任主体的选定问题,后者主要解决责任大小的划定问题。以下接着探讨过失的有无及其大小的判断。

(一) 新过失论提供的解释资源

伴随着农业社会向工业社会的跨越,传统的以预见可能性的有无这种心理状态作为过失判断标准的旧过失论,在工业化的风险社会中难以适应,因为如果照搬旧过失论的判断标准,在风险遍及各个行业的工业时代,无异于结果责任,过宽的刑罚打击面必然反噬工业化成果,阻碍科技进步和经济发展。于是,在限缩过失犯处罚范围这一刑事政策的指引下,以结果回避可能性为核心的新过失论应运而生。

新过失论的核心主张如下:过失并不仅仅是一种心理状态,更是一种行为。因此故意犯与过失犯在构成要件阶段就应当被区分,因为两者具有不同的实行行为,其构成要件背后的行为规范内容也不同。具体而言,伴随着心理责任论走向规范责任论,责任被认为并不仅仅停留于行为人对于结果发生的心理性态度,除此之外还必须具有在规范上能够对实施不法行为的行为人进行非难、谴责的可能性,而为这种非难可能性提供基础的就是在行为人对于构成要件结果具有预见可能性的前提下,竟然没有采取相应措施阻止构成要件结果的发生。因此可以认为,过失犯的实行行为是由于没有遵守社会生活上必要的注意而未采取对于回避结果而言妥当的行为,即懈怠了客观注意义务的过错行

为。^[1]也就是说,新过失论是以结果回避义务违反为内容的客观过失作为问题的核心。据此,根据新过失论,违反客观注意义务的行为才是过失行为;反之,如果是遵守客观注意义务即符合基准行为之要求的行为,即使发生了构成要件侵害结果,也不满足过失犯的构成要件。

也就是说,在引起了可能产生刑事责任程度之危害的情形中,对于实施了直接引起该危害行为的行为人,以及处于应该防止被害发生的立场、并且具有防止可能性的行为人,即对于结果发生有直接或间接关系的行为人而言,如果要追究其作为过失犯的责任,必须考虑以下两点:第一,行为人对于该危害的发生是否具有过错,即应当从社会一般人的立场来看,行为人在当时的情况下是否满足了被要求的行动基准的最低限度。第二,如果具有过错,则应继续探讨行为人是否具有能够无过错地采取相应行动的能力,而且,如果集中注意力的话是否有可能无过错地采取行动。^[2]而关于这里的“过错”有无的判断,是以社会一般人的视角出发,设身处地设想如果当时处于行为人的立场上,会被要求采取怎样的行动,即设定一般性的行动基准,进而判断行为人当时所实施的行为是否满足该行动基准。在这个意义上,构成该行动基准之内容的就是注意义务。旧过失论将注意义务的内容仅仅理解为结果预见义务;与此相对,新过失论则主要将其理解为结果回避义务,即,在当时的情况下应当采取的最低限度的防果措施。

至于应当如何确定义务的具体内容,日本刑法学者藤木英雄认为,首先应当考虑的并不是探究对于防止结果的发生而言最妥当的措施是什么,而应当立足于行为当时的时点上,具体考虑以下因素:第一,从行为人的立场出发是否能够预想危害的发生,及遇见可能性的有无,作为其判断资料,主要有以下因素,即,根据在此之际被害可能发生的概率、预见的程度,综合考虑即使危害现实化,该结果所产生的危害是极其重大还是比较轻微,尤其是即使遭受了被害,该损害是致命的还是有可能恢复的,以及在遭受被害的情形中,无法挽回的决定性损害是否由被害人本身造成的,等关于其发生能够被预想到的被害或危害的因素。第二,引起该危害结果发生的行为,在社会生活上是被评价为反价值的,还是提高了生活的便利程度或者国民的健康水平,或者对于提高社会的生活水平与福利水准是否有促进作用,即是否具有公益性。第三,在与置身危害的人的关系上,置身危害的这一方是否处于受益人的立场上,以及即使是置身于危害的一方是否具有以下事由,即,虽具有比较容易逃避危害的妥当手段,但实施在社会生活上被认为

[1] 参见[日]高桥则夫:《刑法总论(第四版)》,成文堂2018年日文版,第216页。

[2] 参见[日]藤木英雄编:《过失犯——新旧过失论争》,学阳书房1975年日文版,第24页以下。

具有有益性的行为这一方,也未必应当承担所有防止危害结果发生的责任,可以将部分防止危害结果发生的责任转嫁到受益一方身上。此外,该行为是否具有可代替性,以现有的条件是否能够赶得上阻止结果的发生。^[1]

在综合考虑以上因素的基础上,导出了具体的结果回避义务。由于这是立足于行为当时,从社会一般人的视角出发进行判断所得出的结论,因此是一种事前判断,据此而形成了过失犯的行为规范,而这其中的内容包括了被允许的危险法理、信赖原则、危险分配法理等方面的考虑。

然而,应当注意的是,新过失论的上述主张只是将问题的核心放在结果回避义务的有无及其大小的判断上,并未据此而全面否定结果预见可能性。那么,在新过失论的框架下,结果预见可能性与结果回避义务之间具有怎样的关系成为不可回避的问题。一般认为,这里的结果预见可能性与旧过失论框架下的结果预见可能性的内容是不一样的,也就是说这里的结果预见可能性只是确定行为人负有结果回避义务的前提条件。即,在当时的情况下,如果无法确定只要行为人采取妥当措施,结果就可以回避这一点,那么结果的发生就成为不可抗力,从而在行为人的责任所及范围之外;反之,当对行为人要求采取某种具体的回避措施时,那么对于处于与行为人相同立场的人而言,就必须具备可能认识到有必要采取这种结果回避措施的状态。^[2]

据此,新过失论的核心就是确定构成要件过失的基本内容,通过以上的分析,可以将构成要件过失的基本构造理解为“结果预见可能性+结果回避义务”,其中,预见可能性有无的判断是一种事前判断,属于行为规范层面的内容,当确认在当时的情况下行为人应当可以预见危害结果的发生时,便发动了结果回避义务。而对于结果回避义务而言,其判断主要集中在是否存在结果回避可能性上,而结果回避可能性又可以分为事前的结果回避义务与事后的结果回避义务。前者是指,在行为当时,对于行为人而言是否具有采取必要的结果回避措施的可能性,即义务履行的可能性,因此是一种事前判断,属于行为规范层面的内容;与此相对,后者是指,采取结果回避措施,即义务的履行对于法益保护而言是否有效,即是否具有结果回避可能性,因此可以将事后的结果回避可能性作为因果关系问题,同时也属于过失犯中的归属问题,采用的是事后判断的视角。从这个意义上而言,事后的结果回避可能性属于制裁规范层面的内容。

其结果,根据新过失论,在过失犯的构成要件该当性的判断中,是以因没有采取

[1] 参见[日]藤木英雄编:《过失犯——新旧过失论争》,学阳书房1975年日文版,第26页以下。

[2] 参见[日]藤木英雄编:《过失犯——新旧过失论争》,学阳书房1975年日文版,第32页以下。

某种措施而导致结果发生这一事实为前提,按照以下顺序进行判断:①从结果的发生出发往前回溯,在事实上确定发生结果的原因。②确定对该结果是否具有预见可能性。③设定结果回避措施,即基准行为。④比较行为人的行为与基准行为。⑤如果肯定事前的结果回避可能性,则原则上肯定结果回避义务。⑥例外地,当能够肯定信赖原则等这种“被允许的危险”的存在时,则否定结果回避义务违反,并进而否定过失的实行行为性。⑦事后的结果回避可能性是因果关系的问题,如果被否定,则不能发动过失犯的制裁规范。^[1]

在这种新过失论的构造中,从规范论的角度而言,过失犯的行为规范内容就不再是单纯地禁止某种构成要件结果的发生,而是“以具有认识可能性的危险状况的存在为契机,当行为人认识到或可能认识到从该行为可能导致法益侵害发生时,就应当为了回避该侵害而谨慎地实施或不实施该行为”。^[2]这一构造既阐明了过失犯违反注意义务的本质内容,也解释了认识可能性与结果回避可能性之间的关系,还为司法实践提供具有操作性的认定步骤。

(二) 重过失的认定

1. 要求重过失的理由

如前所述,从“严重不负责任”这一文言出发,玩忽职守型渎职罪应是一种重过失犯,立足于新过失论,过失犯的构造可以简单归结为“预见可能性+结果回避义务”,因此重过失的内涵也可以相应地获得确定,即:行为人很容易能够预见严重后果的发生,从其地位与能力出发,只要稍微尽到注意义务也就是采取轻度的结果回避措施,就完全可能避免重大后果的产生,行为人却连这种轻度的结果回避措施都未采取,最终导致重大损害后果的发生。之所以将玩忽职守型渎职罪定位于重过失犯是因为:第一,避免“寒蝉效应”的产生,即尽量降低国家机关工作人员的职业风险,保障其行政裁量权,这有利于杜绝懒政现象。第二,如前所述,可能构成玩忽职守型渎职罪的国家机关工作人员主要是因为负有保护法益或管控危险源的作为义务,尤其是对危险源的管控,这样的话很容易从其身份出发同时肯定高度的预见可能性,当重大损害后果产生时,如果仅要求轻过失,那几乎无一例外都可以肯定玩忽职守型渎职罪的成立,从而陷入结果责任的窠臼。第三,对于轻度过失的玩忽职守型渎职行为,已经存在大量的行政法规对其规制,从刑法的辅助性及谦抑品格出发,只有重度过失的玩忽职守型渎职行为才应纳入刑法的

[1] 参见[日]高桥则夫:《刑法总论》(第四版),成文堂2018年日文版,第226页。

[2] 参见[日]高桥则夫:《刑法总论》(第四版),成文堂2018年日文版,第215页。

规制范围。

2. 高度的预见可能性的判断

刑法上关于是否存在预见可能性的判断,归根结底是以具体个人的主观为对象,但应通过该行为人的具体身份、地位、知识、能力等客观因素来推定。也就是说,应从平行的社会一般人的立场出发,以上述客观因素为素材判断以下这一点:如果尽到忠实于法的国民所应尽到的注意是否可能预见到结果的发生。^[1]然而,如前所述,对于诸如负有法定的环境监管、食品卫生安全监管、疫情防控与监管、保障国民人身与财产安全等职责的国家机关工作人员而言,身处危险源管控或法益保护的保证人地位,被赋予相应的监管与保护的权限,具备安全监管的专业知识,可以说其职责就是时刻保持警惕以防重大事故的发生。这样的话,从特定的国家机关工作人员的身份与地位出发,似乎已经可以推定其对于可能发生结果这一点具有高度的预见可能性。但从责任主义出发,预见可能性的存在毕竟是发动结果回避义务的前提,因此,当导向结果发生的因果关系过于异常,不能仅以抽象的“可能存有安全隐患,将可能有重大事故发生”这种心理上的忧虑为由令行为人采取结果回避措施,^[2]因为在当时的情况下,行为人所获取的关于安全隐患的信息尚不足以为其大致采取何种结果回避措施指明方向。可以列举出以下情形:

第一,在因台风、火山、地震、沙尘暴、洪水、野火、山体滑坡等自然灾害导致的重大死伤事件中,对负有相关监管职责的国家机关工作人员进行追责的情形主要分为灾害发生之后没有及时阻止损害的扩大,以及灾害发生前没有采取相应的灾害预防措施或制定相应的预案机制。对于前一种情形而言,由于灾害已经发生,国民的生命与财产安全正面临急迫危险,因此不可能存在不具有预见可能性的情形。与此相对,在后一种情形中,应结合灾害发生的频率、规模、当地的自然环境、事前的防灾措施所能应对的灾害规模等因素判断相关责任人员是否具备预见可能性,具体而言,当灾害发生的本来频率低,从之前发生的灾害来看规模并不大,相关国家工作人员只制定了应对一般灾害的防灾措施,但突然发生百年一遇的重大自然灾害时,一般应否定相关国家机关工作人员的预见可能性。

第二,在导向构成要件结果的因果流程中介入了被害人的故意或重大过错因素,或

[1] 参见[日]岛田聪一郎:《国家赔偿过失犯:以道路等管理担当公务员的罪责为中心》,《上智法学论集》第48卷第1号(2004年),第39页以下。

[2] 日本刑法学者藤木英雄首创的“危惧感说”之所以被理论界与实务界排斥,主要原因正在于此。该学说认为:关于预见可能性的具体内容,即使在行为当时不可能预见,如果能够肯定行为人在这一点上存在过错,就可能追究其过失责任,因此,当对结果形成具体预见时,当然能够肯定预见可能性,但这种具体的预见并不是必要的,只要对于危险的发生心存危惧感即为足够。参见[日]藤木英雄编:《过失犯——新旧过失论争》,学阳书房1975年日文版,第34页以下。

者在国家机关工作人员内部存在过失竞合,通过信赖原则的适用,有可能否定国家机关工作人员的预见可能性。以下结合一则案例加以说明。

案例二(李某玩忽职守案):2009年12月22日,被告人李某任乌兰察布市集宁区人民法院副院长,分管刑事审判工作。2011年12月20日,原集宁区人民法院刑事审判庭庭长云小霞(已另案处理)在审理郝卫东过失致人死亡一案时,其制作的(2012)集刑初字第6号刑事判决书中将郝卫东的职业“乌兰察布电业局职工”错误填写成为“无业”,对郝卫东宣判后,未将已发生法律效力(2012)集刑初字第6号刑事判决书依法送达给郝卫东所在单位乌兰察布电业局。被告人李某在对郝卫东过失致人死亡一案《刑事判决书》未认真审核,致郝卫东从2012年至2019年在乌兰察布电业局领取工资薪酬、奖金、福利(企业年金)、企业代缴五险一金共计1374960.01元。法院认为,被告人李某作为人民法院分管刑事审判工作的院长,在履行签发法律文书职责时,未认真审核把关,致使乌兰察布电业局遭受重大损失,其行为已构成玩忽职守罪。^[1]

本案中,法院认定李某构成玩忽职守罪的逻辑可以归结为以下因果链条:①李某未认真审核郝卫东过失致人死亡案的判决书——②判决书上关于郝卫东职业的填写错误未被发现——③未能将判决书送达郝卫东的工作单位——④电力局继续向郝卫东支付酬金137万余元。表面上来看,这好像是一个环环相扣的因果链条,让李某对损失的137万承担玩忽职守罪的刑事责任好像无懈可击。然而,因果关系的起点以某行为本身具备导致结果发生的客观危险为前提,本案中,判决书上对于被告人职业的错误填写是否具有导致财产重大损失的客观危险性,值得怀疑。进而,不得不说在这一因果链条中忽视了两个重要的介入因素:首先,在第①个环节中,存在职业填写错误的刑事判决书是由主审法官云小霞填写的;其次,在第④个环节中,电力局在其员工郝卫东被认定为犯罪的情况下竟然未将其解聘,不论出于知情还是未知情,都可以说存在重大过错。第一个介入因素涉及到国家机关工作人员的过失竞合的责任分配,而第二个因素则涉及到介入被害人的重大过错因素对行为人责任归属的影响。这两个介入因素表面上好像没什么关联,但这两种因素都将影响到预见可能性的有无及其程度,而且其上位的指导原理就是信赖原则。具体而言,在行为人实施某行为之际,当可以信赖被害人或第三人会采取妥当的行动时,即使因被害人或第三人的不妥当行动而导致结果发生,行为人也不对此负责。^[2]

[1] 参见内蒙古自治区擦哈尔右翼后旗人民法院(2020)内0928刑初1号刑事判决书。

[2] 参见[日]西原春夫:《交通事故与信赖原则》,成文堂1969年日文版,第14页。

在第一个介入因素中,应考察过失的竞合形态,具体而言,在过失竞合中,根据行为之间的关系可以分为垂直型过失竞合与并列型过失竞合,其中,对于垂直型过失竞合的情形而言,在考察处于上位的监督指导地位的行为人是否对处于下位的行为人的过失行为负责时,应考虑是否存在信赖原则的适用空间。作为法院副院长的李某虽然分管刑事审判工作,但该职责显然主要体现在对案件性质的把握以及审查程序是否合法的监督上,而不应细化到裁判文书是否出现错误填写、是否有错别字等这种细枝末节的问题上,因为判决书的写作与校对已经由书记员等专门的人员负责,李某享有信赖处于下级的人员将会正确填写判决书的信赖利益,据此,李某对于因职业填写错误而导致的电业局额外支付酬金的预见可能性被大幅度降低,甚至可以说难以认识到这种危险性的存在。对于第二个介入因素而言,一般认为,每个人都是自己法益的最忠实守护者,因此一般可以信赖他人不会故意采取法益自损行为或使自己法益处于危险状态,当被害人违背他人的信赖而故意或重大过失地导致自我法益受损时,原则上应否定他人对其法益自损行为的预见可能性,从而令被害人对于自己的过错行为负责。本案中,电业局在其员工郝卫东被认定为过失致人死亡罪之后,并未与郝卫东解聘,而是继续正常向其支付工资。如果电业局对此是明知的,可以说在因果流程中介入了被害人的故意因素,当然应当禁止回溯;如果电业局对此并不知情,竟然在8年的时间里对其员工已经被定罪判刑的事情毫无所知,本身当然存在重大过失,违背了他人对电业局会妥善保护自己财产法益的信赖。据此,通过信赖原则的适用,这两个介入因素的存在使得李某对于因职业填写错误而导致重大财产损失这一流程的预见可能性大幅度降低,不足以发动相应的结果回避义务。

综上,刑法上关于预见可能性的判断归根结底是对从实行行为产生构成要件结果的因果流程的认识有无及其程度的判断。因此作为判断的起点,应具备对于既存的及可能存在的被法所不允许的危险的认识,对于玩忽职守型的渎职罪而言,尤其体现在对危险源存在异常情况的认识,例如危险显著升高。以此为起点,当在因果关系流程中介入了第三人或被害人的异常因素时,通过信赖原则的适用,有可能排除预见可能性。也就是说,处于上位者的国家机关工作人员一般可以信赖下位者将妥当地履行自己的职责,除非产生了足以动摇这种信赖的事情,并且被上位者认识到,例如直接行为人的结果回避能力不足或者处于容易犯错的紧急状态中,或者曾犯过类似的错误而引发事故等。^[1]

[1] 参见[日]岛田聪一郎:《国家赔偿过失犯:以道路等管理担当公务员的罪责为中心》,《上智法学论集》第48卷第1号(2004年),第48页。

3. 结果回避的容易性与有用性判断

如前所述,在得出具有预见可能性的基础上,应进而判断结果回避可能性,具体包括对于结果回避的容易程度以及结果回避措施的有用性的判断,其中,容易性的判断是一种事前判断,而有用性的判断则是一种事后判断。概而言之,在当时的情况下,结合行为人的能力与权限等因素,行为人本可以采取结果回避措施,但如果即使实施了在很大程度上能够抑制或降低危险的行为,也仍可以合理怀疑结果会发生,那么行为人就仅仅在过失实行行为的限度内承担责任,而不对最终的结果负责。以下结合案例讨论结果回避的容易性和有用性。

案例三:被告人张某自2012年5月20日任江安县卫生执法监督大队(以下简称卫监大队)监督二科科长。2014年张某所在的监督二科包括张某在内实有两名工作人员。监督二科的工作职责除了负责接待辖区群众的来信来访,对群众投诉举报的案件和违反卫生法律、法规的行为进行调查处理外,还负责全县的医疗卫生、传染病监督、学校卫生、消毒产品执法检查以及撰写相关工作计划、方案、总结等。2013年12月,宜宾市建立打击非法行医长效监管工作机制,实现监察、卫生、人口和计生、公安、食药监、工商、城管等多部门的衔接与密切配合。2013年11月至2014年8月,江安县开展“整顿医疗秩序打击非法行医专项行动”,成立了以县政府、县卫生局、县公安局、县食品药品监督管理局等单位组成的领导小组,下设办公室在县卫生局医政农卫股,张某系办公室成员之一。期间,张某作为监督二科科长,与监督一科相互协作配合,在负责日常性工作的同时加大力度组织落实好辖区内打击非法行医专项行动的工作任务,确查处了属于专项活动打击任务的违法违规案件28件,包括非法行医6件,坐堂行医3件,超范围执业1件,使用非卫生技术人员从事医疗卫生技术工作4件,跨点执业14件,其中张某参与了24件。2014年,作出卫生监督意见书44份。2014年6月至9月期间,朱某某在江安县江安镇东贸市场31号门市通过扎银针、拔火罐方式从事非法行医活动。7月15日,张某等四人到东贸市场进行了巡查,未发现朱某某非法行医。9月7日,朱某某为刘某某扎银针治疗致其死亡。^[1]

本案中,刘某某的死亡结果首先归属于朱某某的非法行医行为上,是否将该刑事责任扩展到朱某某之外的国家机关工作人员,主要取决于国家机关工作人员是否负有管控非法行医这一危险源的职责与义务,以及如果履行该监管义务,死亡结果是否就能够得以有效阻止。本案中,被告人张某在其职责范围内已经对包括朱某某非法行医地的东贸市场在内的辖区内展开非法行医的专项巡查活动,并实际查获多起非法行医案件。可以说已经采取了相应的结

[1] 参见四川省江安县人民法院(2015)江安刑初字第79号刑事判决书。

果回避措施,这样的话,对于张某而言就缺乏过失的实行行为,即张某并未创设或升高能够导致刘某某死亡的危险,死亡结果的发生仅可以归属于朱某某的非法行医行为上,而不能任意扩大。

案例四:被告人钟某系绵阳市游仙区玉河镇政府工作人员,经该镇党委会议决定于2014年7月起代管该镇司法所工作。被告人钟某接手该工作后,被告知司法所负责辖区内的社区矫正工作,对社区矫正人员要进行监督管理和教育帮助。2014年8月,被告人钟某依照档案资料联系社区矫正人员,发现处于假释期间的社区矫正人员张某的常用电话号码联系不上,钟某便没有再拨打张某的手机定位电话,也没有按规定对张某家进行调查走访,也没有将该情况及时汇报区司法局,而是放任张某于假释期间脱离监管的状况持续。2014年10月4日,张某因涉嫌抢劫罪、故意杀人罪被四川省绵阳市游仙区人民检察院批准逮捕后,被告人钟某才得知张某下落。在汇报司法局工作人员后,钟某补充了一份申请给予张某警告处分材料,并将申请的落款时间写为2014年7月18日。

本案中,被告人钟某代管玉河镇司法所工作后,负责辖区内的社区矫正工作,对社区矫正人员负有监督管理和教育帮助的职责,然而,在钟某发现社区矫正人员张某的常用电话号码联系不上之后,①既没有拨打张某的手机定位电话,②也没有按规定对张某家进行调查走访,③更没有将该情况及时汇报区司法局。张某的这种不积极履行职责的行为在司法实践中很容易被评价为“严重不负责任”,当由重大后果产生,例如本案中发生张某实施抢劫及杀人的后果,就很容易直接将该重大后果直接归属于行为人的“严重不负责任”的态度上。然而,根据本文将玩忽职守型渎职罪定位于不作为重过失犯的基本立场,在本案中,钟某确实负有管控社区矫正人员的职责,在某种程度上也可以说是对危险源的管控,但必须说这种危险源的危险程度尚在被法所允许的范围之内,否则也不可能对其适用社区矫正。在这个意义上,首先应一般性否定钟某对于社区矫正人员实施重大人身或财产犯罪的预见可能性,除非钟某在管控过程中已经发现特定的社区矫正人员有实施重大犯罪的倾向。此外,应当说,即使钟某在其职责范围内对社区矫正人员实施相应的监管职责,例如拨打定位电话、进行走访、向司法局汇报,是否能够有效阻止社区矫正人员张某实施抢劫及杀人,仍然存在合理怀疑。这样的话,就应当否定结果回避措施的有效性。据此,在本案中,应将钟某的渎职行为认定为一般的职务违法行为,而不应将其认定为玩忽职守罪。

五、结语

玩忽职守型的渎职罪在构成要件表述上高频率使用“严重不负责任”这一术语，有必要在法教义学上构建“严重不负责任”的基本框架，从而为司法实务中的认定提供可操作的理论资源。通过考察，本文初步得出以下结论：

第一，“严重不负责任”同时具备客观不法和主观责任的含义，换言之，国家机关工作人员因没有实施与其法定义务相符合的行为，该行为样态达到了值得发动刑事制裁对行为人进行谴责的程度。

第二，玩忽职守型渎职罪的罪质是“不作为的重过失犯”，其中，不作为犯的认定承担着选定主体的功能，而过失犯的认定则承担着确定刑事责任的有无及大小的功能。

第三，作为义务的确定收到自由主义的约束，在选定玩忽职守型的渎职罪的主体时，应重点考察特定的国家机关工作人员从其职务出发在当时的情形下是否处于被强烈要求实施相应作为的地位或状况，即保证人地位。保证人地位的判断首先应考虑国家机关工作人员的权限是否波及到对受损法益的保护或对危险源的管控，接着应考虑国家机关工作人员内部的组织结构，最后应立足于当时的具体情况，从事后的视角科学地判断谁最可能以最高的效率采取法益保护措施。

第四，为赋予国家机关工作人员充分的行政自由裁量权，有效抵御其职业风险，防止寒蝉效应，应将玩忽职守型渎职罪定位于重过失犯，新过失论的“预见可能性+结果回避义务”的基本构造为玩忽职守型渎职罪的解释提供理论根据。据此可以将重过失定义为“高度的预见可能性+容易有效的结果回避”。

第五，不能简单地以国家机关工作人员处于管控危险源或保护法益的保证人地位就轻易肯定高度的预见可能性，当发生异常重大的自然灾害时，应谨慎认定预见可能性。在导向构成要件结果的因果流程中介入了被害人的故意或重大过错因素，或者在国家机关工作人员内部存在过失竞合，通过信赖原则的适用，有可能否定国家机关工作人员的预见可能性。

第六，在当时的情况下，结合行为人的能力与权限等因素，行为人本可以采取结果回避措施，但如果即使实施了在很大程度上能够抑制或降低危险的行为，也仍可以合理怀疑结果会发生，那么行为人就仅仅在过失实行行为的限度内承担责任，而不对最终的结果负责。

滥用职权罪的结果归责的构造

蒋太珂*

【内容摘要】：滥用职权罪的结果归责的模式的选择，与“重大损失”在滥用职权罪中的属性密切相关。“重大损失”不属于客观处罚条件，因此，不当将缓和的结果归属作为滥用职权罪的归责标准。将“重大损失”视为滥用职权罪的犯罪故意的对象，难以解释滥用职权罪未遂不处罚的根据，同时也不能实现滥用职权罪和玩忽职守罪刑事责任的协调。将“重大损失”视为滥用职权罪的加重结果，会过度限制滥用职权罪因果关系的范围，无法将间接因果关系纳入归责评价范围。只有滥用职权罪被当被视为过失犯罪，才能克服前述缺陷。无论是单独的滥用职权还是复数滥用职权引发的结果，只有在“重大损失”处于正当履行职责的防止范围内时，才可以将“重大损失”归责于滥用职权行为。

【关键词】：滥用职权、重大损失、客观处罚条件、规范保护目的

一、问题的提出

在《刑法》第397条第1款中，立法者将渎职行为致“公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”（以下简称“重大损失”），作为滥用职权罪、玩忽职守罪的成立要件。尽管对采取何种因果关系理论诠释该款规定尚未形成共识，但司法实践、学说倾向于滥用职权罪、玩忽职守罪分享共同的结果归责标准的立场。

在司法实践中，对魏永斌滥用职权案^[1]和李婷婷玩忽职守案^[2]，司法裁判采取了必然因果关系的立场；对杨中伟玩忽职守案^[3]和汪林滥用职权案^[4]，相当因果关系被作为判断标准。此外，也有部分涉及滥用职权^[5]和玩忽职守罪^[6]的司法判决，在综合考虑介入因素异常性、介入因素对结果贡献程度的基础上，确定归责评价结论。正如检8指导

* 华东政法大学科学研究院助理研究员。

[1] 甘肃省兰州市中级人民法院（2020）甘01刑终38号刑事裁定书。

[2] 山西省太原市中级人民法院（2019）晋01刑终990号刑事裁定书。

[3] 海南省琼中黎族苗族自治县人民法院（2016）琼9030刑初144号刑事判决书。

[4] 湖北省荆门市中级人民法院（2019）鄂08刑终75号刑事裁定书。

[5] 云南省怒江傈僳族自治州中级人民法院（2018）云33刑终31号刑事裁定书。

[6] 北京市人民检察院编：《刑事疑难案件参阅—妨害社会管理秩序罪 贪污贿赂罪 渎职罪（含程序法案例）》，中国检察出版社2015年版，第218-219页。

案例显示出来的那样,司法实践其实是在“渎职犯罪因果关系的认定”视角下,统一阐释适用于所有渎职犯罪的因果关系的一般内涵。在学界,学者并不刻意区分滥用职权罪和玩忽职守罪的因果关系问题,多在渎职罪视角下讨论适用于所有渎职类犯罪的结果归责标准。^[1]总之,尽管滥用职权罪和玩忽职守罪分属故意犯罪和过失犯罪,主流立场仍倾向于认为,两者的结果归责标准具有同一性。(以下简称“同一说”)

最近,因对“重大损失”要件在渎职类犯罪中的体系地位及其功能的不同理解,不区别两罪结果归责标准的立场受到挑战。理论界和实务界对“重大损失”属于犯罪成立要件的定位,基本上没有疑问;只是对其理论定位仍然存在一些争议。传统见解将之视为构成要件要素,但也有反对意见指出,在滥用职权罪中,“重大损失”应属于客观处罚条件。^[2]当然,早期的反对意见只是指出作为客观处罚条件的“重大损失”不属于滥用职权罪的犯罪故意的认识对象,并未进一步将其意义拓展至结果归责领域。^[3]最近,则有学者明确指出,作为滥用职权罪客观处罚条件的“重大损失”同样对滥用职权罪的客观归责标准产生影响。亦即,相较于玩忽职守罪采取限定处罚范围的通常结果归属标准,在滥用职权罪的结果归责问题上,只要滥用职权行为和“重大损失”之间具有条件关系即可肯定滥用职权罪,“不要求他人的死亡结果与滥用职权的行为之间具备通常的结果归属条件”。^[4](以下简称“区别说”)

如果区别说的见解是正当的,至少对于滥用职权罪的因果关系的判断标准,最近出现的由必然因果关系说向偶然因果关系说转变的司法实践立场,应当获得赞同。至于通过相当因果关系或者分析介入因素的因果力等各种归责的方式,限定滥用职权罪因果关系的理论进路或者司法实践,因不契合滥用职权罪的构造,难以获得支持。但是,即使统同一性的立场可行,也面临者究竟采取何种标准的问题。以下将指出,对于滥用职权罪的结果归责方式,很大程度上取决于“重大损失”在滥用职权罪中的体系定位。

二、区分说立场的根据及其反思

将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件,是区别滥用职权罪和玩忽职守罪

[1] 周光权:《渎职犯罪疑难问题研究》,《人民检察》2011年第19期,第16-17页;卢海霞、张伟珂、王聚强、王新光:《渎职罪规范研究》,中国检察出版社2013年,第169-181页。
[2] 参见李洁:《论滥用职权罪的罪过形式》,《法学家》1998年第4期,第30页。
[3] 例如陈兴良教授虽然认为“重大损失”属于不需要认识的“罪量”要素(陈兴良:《口述刑法学》,中国人民大学出版社2007年版,第790页),但认定滥用职权罪因果关系时,仍采取相当因果关系说(陈兴良:《判例刑法学》,中国人民大学出版社2009年版,第630页)。
[4] 张明楷:《论缓和的结果归属》,《中国法学》2021年第1期,第278页。

结果归责标准当然前提。但在理论逻辑上,将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件观点,在相当程度上从属于滥用职权罪的故意犯罪的属性定位。在坚持滥用职权罪是故意犯罪的前提下,为了合理解释“重大损失”作为犯罪成立要件的根据,并避免刑事可罚性漏洞,将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件的立场应运而生。当然,正如下文即将指出的那样,将“重大损失”视为客观处罚条件的理论构成模式不能成立。同样地,对滥用职权罪的结果归责问题,以之为前提的区别说的见解也不能成立。

(一) 区分说立场的根据

将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件的观点,与滥用职权罪和玩忽职守罪的区分问题密切相关。传统观点强调前者是作为犯罪后者属于不作为犯罪。^[1]在现实司法实践中既存在故意的不作为的渎职也存在过失的作为式的渎职,两罪既可以由作为实施也可以通过不作为实施。^[2]在这种认识下,最近主流的立场倾向于认为“两者的界限在于主观方面,客观上是作为还是不作为对于区分两罪并不重要”。^[3]亦即两者的区别在于,滥用职权罪是故意犯罪而玩忽职守罪是过失犯罪。在滥用职权罪被归属为故意犯罪的前提之下,将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件,具有如下实践意义:

合理解释不处罚滥用职权罪的未遂的需要。“重大损失”是滥用职权罪、玩忽职守罪的成立要件的功能定位决定了,单纯滥用职权或者玩忽职守但并未导致“重大损失”的未遂行为不构成犯罪。如果将“重大损失”视为构成要件要素的立场,虽然能够说明玩忽职守罪的不受处罚的理由,但将无法解释为何滥用职权罪的未遂不受处罚。因为,我国刑法总则只针对故意犯罪规定了犯罪的未完成形态。通说认为刑法分则规定的是以单独犯的犯罪既遂为模式的基本的犯罪构成,而刑法总则规定的犯罪未完成形态、共犯形态属于修正的犯罪构成。在两者的关系上,基本的犯罪构成属于本来的处罚事由,而修正的犯罪构成属于扩张的处罚事由。作为扩张处罚事由的修正构成要件,属于不利于行为人的事由。受制于罪刑法定原则有利于行为人的精神诉求,刑法针对故意犯罪规定的犯罪未遂等扩张处罚事由,不能被类推适用于过失犯罪。亦即,在“重大损失”属于渎职类犯罪的构成要件要素的前提下,虽然作为过失犯的玩忽职守罪的未遂形态不具有刑事可罚性,但作为故意犯罪的滥用职权罪的未遂形态应当具有刑事可罚性。^[4]显然,

[1] 李永鑫、吴步钦:《滥用职权罪散论》,《人民检察》1998年第3期,第7页;最近仍支持该主张的,参见马克昌主编:《百罪通论(下)》,北京大学出版社2014年版,第1127页。
[2] 高铭喧、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第645页、646页;陈兴良:《判例刑法学(下卷)》,中国人民大学出版社2009年版,第622页。
[3] 陈兴良主编:《刑法各论精释(下)》,人民法院出版社,第1263页。
[4] 参见王琦:《渎职罪犯罪未遂状态及其处罚》,《人民检察》2007年3月16日第4版。

如果我们将“重大损失”视为滥用职权罪的构成要件要素,在“重大损失”未出现的犯罪未遂情形下,将面临着与“重大损失”被视为滥用职权罪成立要件的前提的冲突。

当然,在逻辑上,《刑法》第397条第1款的规定可被视为刑法总则处罚故意犯罪未遂规定的例外。可是“不以解释论为媒介的裸的刑事政策,不具有解释论上的说服力”,^[1]鉴于犯罪论体系是决定行为是否构成犯罪的唯一根据,即使将《刑法》第397条第1款关于滥用职权罪的规定视为刑法总则处罚故意犯罪未遂规定的例外,亦需在犯罪论体系中说明其存在根据。将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件是一个可行的方式。一方面,由于作为客观处罚条件的“重大损失”不属于滥用职权罪的构成要件结果,未出现相应结果的滥用职权行为也就不会被评价为滥用职权罪的犯罪未遂行为,这就可以解释为何滥用职权罪的未遂不适用刑法总则关于犯罪未遂的规定理由;另一方面,在将“重大损失”视为客观处罚条件的情况下,“重大损失”是滥用职权罪成立要件的主张,可以在犯罪论体系内部获得体系论上支持。

合理划定滥用职权罪处罚范围的需要。我国刑事立法和学界通说均将危害结果视为主观归责的对象。如果将“重大损失”视为滥用职权罪的构成要件结果,则意味着行为主体必须对“重大损失”持放任或者希望的态度。在违规变更房屋权属登记、^[2]违规为停运车辆通过年审^[3]等涉及资格审查的事例中,由于相应资格与一定的经济利益存在互为表里的关系,行为主体只要具有滥用职权的行为故意,即可直接肯定其对“重大损失”结果具有故意。但在现实的司法实践中,滥用职权行为通常是通过各种介入因素引起的因果流程间接导致“重大损失”。^[4]在间接因果关系的情形下,由于对行为的故意和对结果的故意之间不存在互为表里的关系,我们很难期待行为人因为具有行为故意,从而肯定其对“重大损失”结果具有故意。但是,在现实司法实践中,对于前述间接因果流程惹起的结果,只要行为主体对法益损害后果具有预见可能性,一般仍然按照滥用职权罪处罚这类行为。例如,根据《交通警察道路执勤执法工作规范》第11条和第12条的规定,除了针对一些特殊情形,交通警察原则上不得在“行车道上拦截、检察车辆或者处罚交通违法行为”。但在现实司法实践中,交通警察越权追赶交通违法行为由此导致了违章者的交通肇事的事件并不罕见。^[5]很显然,对于这些事例,一般交通警察对于交通

[1] [日]山中敬一:《犯罪論の機能と構造》,成文堂2010年版,第41页。

[2] 重庆市第一中级人民法院(2013)渝一中法刑终字第338号刑事判决书。

[3] 广西壮族自治区钦州市中级人民法院(2016)桂07刑终101号刑事判决书。

[4] 李忠诚:《渎职罪因果关系认定实践问题分析》,《中国检察官》2017年第7期,第19页。

[5] 河南省濮阳市中级人民法院(2019)豫09刑再3号刑事裁定书。

肇事并不存在故意。如果严格按照前述的将“重大损失”视为构成要件要素的立场。这些滥用职权行为将无法被追究刑事责任。

为了避免将“重大损失”视为构成要件结果导致的刑事可罚漏洞,一些学者突破一个罪名一种罪过的传统理解方式,主张滥用职权罪的行为主体对“重大损失”既可以持故意的态度也可以持过失的态度。^[1]在行为主体对结果具有过失的情况下,仍然可以按照滥用职权罪予以处罚。然而,滥用职权罪的主观方面“‘既可以是故意也可以是过失’这一立场,在一定程度上放低了责任主义的要求”。^[2]因为,根据罪责刑相适应原则的要求,针对同一犯罪对象的故意犯罪的刑事责任重于过失犯罪的刑事责任。《刑法》第397条第1款为滥用职权罪和玩忽职守罪设定了同样的犯罪成立要件和同样的法定刑,复合罪过说的见解显然无法正当化前述立法。在不承认复合罪过的情况下,如果将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件则可以避免前述处罚漏洞的出现。因为,客观处罚条件与不法无关,不属于犯罪故意认识的对象。正是基于这种考虑,一些学者将滥用职权罪的结果进一步区分为“国家机关公务的合法公正有效执法及国民对此的信赖”和“重大损失”,只有前一个结果才是滥用职权罪主观故意的对象。^[3]这样一来,只要行为主体认识到该结果,且滥用职权行为客观上导致“重大损失”,即可构成滥用职权罪。

(二) 对区分说立场的反思

首先,在理论逻辑上,客观处罚条件与因果关系理论并无内在关联。在“重大损失”被视为客观处罚的理论设定下,构成滥用职权罪并不需要滥用职权行为和“重大损失”之间具有因果关系。在德国和日本刑法理论体系中,客观处罚条件一般被认为是独立于构成要件该当性违法性和有责性的影响犯罪成立的要件。我国学者虽然使用罪量要素或者客观超过要素的概念,但一般也赞同前述主张。因为,不法和责任的评价对象分别对应因果行为论所描述的客观因果关系和主观因果关联,客观处罚条件与不法和责任无关的教义,意味着至少在不法层面,客观处罚条件的成立,毋须以与不法行为存在因果关系为前提。例如,亲属盗窃的亲属身份以及婚内强奸之中的婚姻关系不正常等客观处罚条件都存在于不法行为之前。即使在丢失枪支不报罪中,作为客观处罚条件的“严重后果”也不需要与“未及时报告”的不作为存在条件关系。因为,在很多情形下,即使丢

[1] 储槐植、杨书文:《复合罪过形式探析——刑法理论对现行刑法内含的新法律现象之解读》,《法商研究》1999年第1期,第15页。

[2] 王华伟:《要素分析模式之提倡——罪过形式难题新应》,《当代法学》2017年第5期,第70页。

[3] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第1246页。

失枪支者及时报告也不能回避相应损害后果之出现。^[1]因此,在理论逻辑层面,客观处罚条件只有存在与否的问题。与之相应,如果将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件,“只要客观上出现‘重大损失’,行为人便构成滥用职权罪,无需探讨滥用职权行为与重大损失之间是否具有刑法因果关系的问题”。^[2]正因如此,一些学者明确指出,由于《刑法》第397条第1款要求滥用职权行为和“重大损失”之间必须具有因果关系,“重大损失”不应被视为客观处罚条件。^[3]

其次,在法政策层面,将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件,不具有妥当性。其一,从“重大损失”功能上看,其属于能为滥用职权罪的违法性提供实质根据的违法性要素。一些学者指出,立法者将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件,是为了限制刑事处罚范围。这种立场显然忽视了,在逻辑上,并非任何能发挥限制处罚范围功能的要件都属于客观处罚条件,原则上只有那些不能奠定刑事不法的要素才可能属于客观处罚条件。立法者将“重大损失”作为限制滥用职权罪处罚范围的根据在于,“滥用职权行为在多数情况下属于行政责任范畴,而只有极少数情节很严重或造成严重危害后果的情况下,才可以采取刑事制裁措施”,^[4]未导致“重大损失”的滥用职权行为属于行政不法或者违反党纪的行为,只“应给予必要的党纪、政纪处分”^[5]即可。换言之,发挥着合理区分行政不法和刑事不法的功能的“重大损失”要件,不是与刑事不法评价无关的要素。其二,从禁止滥用职权行为的目的上看,避免“重大损失”处于滥用职权罪保护的法益范围之内。或许会有观点指出,在刑法中同样存在影响刑事不法和行政不法区分的客观处罚条件。客观处罚条件是影响制裁规范的要素,而不法要素则与行为规范密切相关,其属于刑法通过行为规范所以保护的对象。^[6]前述可能的质疑忽视了渎职罪的保护法益和“重大损失”所表征的法益之间的内在关联。渎职类犯罪保护的直接法益是职务的公正性或者说国家正常的管理秩序。职务行为通常是与一定的公共利益或者个人利益密切关联在一起。“渎职犯罪的核心是‘职务’,而职务行为是一种管理行为,其本身不会直接导致向对方发生危害结果,但正确履行职责确实避免危害结果发生的重要屏障。因此,在法律意义上,渎职因为使职务行为丧失了这种秩序维护、防范风

[1] 柏浪涛:《构成要件符合性与客观处罚条件的判断》,《法学研究》2012年第6期,第140页。

[2] 劳东燕:《滥用职权罪客观要件的教义学解读——兼论故意■过失的混合犯罪类型》,《法律科学》2019年第4期,第64页。

[3] 谷肇:《同一罪名下的不同罪过形式》,《人民检察》2014年第21期,第67页。

[4] 廖增响:《滥用职权罪与共鸣权利保障》,《政法论坛》1996年第4期,第36页。

[5] 贾宇主编:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第559页。

[6] 周光权:《论内在的客观处罚条件》,《法学研究》2010年第6期,第127页。

险的功能而被视为危害结果发生的‘原因’”。^[1]可见,禁止渎职行为表面上看是为了防止职务公正法益被侵害,但实质上是为了避免渎职行为造成公共法益或者个人法益的损害危险。例如,行政法规禁止公路中追击相应的违章者,本身就是为了防止因追击行为导致交通肇事。因此,公共财产、国家和个人利益同样属于渎职类犯罪的保护法益。正因此如此,检8指导性案例,才强调“如果负有监管职责的国家机关工作人员没有认真履行其监管职责,从而未能有效防止危害结果发生,那么,这些对危害结果具有‘原因力’的渎职行为,应认定与危害结果之间具有刑法意义上的因果关系”^[2]亦即,“重大损失”这一法益损害后果,本身就是禁止渎职行为所要防范的后果。反过来说,“公共财产、国家和人民利益”本身就是禁止渎职的刑法规范所拟保护的法益。其三,将“重大损失”视为客观处罚条件,也与立法者限制滥用职权罪处罚范围的立法意图不符。“重大损失”要件的最大功能是限定刑罚处罚范围。但是,由于客观处罚条件只有存在与否的问题,并不需要与不法行为之间具有因果关系,即使有因果关系,在很多情况下也是一种极为偶然的因果关系。例如,在司法实践中,对一些引起上访或者其他社会影响的渎职行为,即使尚未调查清楚导致结果的具体原因,就轻易肯定刑法上的因果关系或者通过强调因果关系的拟制属性肯定刑法上的因果关系。^[3]因此,如果认可“重大损失”属于客观处罚条件,很容易导致只要出现了“重大损失”即轻易肯定刑事可罚性的结论。只有在将“重大损失”理解为客观不法要素,才能通过合理限制因果关系范围的方式,合理限制刑罚发动。

最后,从体系解读的角度看,将“重大损失”视为滥用职权罪的客观处罚条件,难以实现与玩忽职守罪在构造上的协调。主流观点认为,滥用职权罪和玩忽职守罪的主要区别在于犯罪的主观方面。事实上,97年刑法制定之前,学界和司法实践积极推动滥用职权罪立法的一个重要原因就是滥用职权属于故意犯罪而玩忽职守属于过失犯罪。在坚持故意形态犯罪和过失形态犯罪属于排斥关系的情况下,只能通过立法的方式化解处罚漏洞。但是,不可否认的是,由于79年刑法允许类推,在97刑法通过之前,司法实践通常是通过类推适用玩忽职守罪的方式,避免相应的处罚漏洞。这反映出玩忽职守罪和滥用职权罪在客观不法层面并无实质的区别。既然如此,“重大损失”在玩忽职守罪中属于不法要素,在滥用职权罪中也应当是不法要素,亦即构成要件要素。张明楷教授一

[1] 魏颖华:《渎职罪定罪事实暨证据研究》,中国公安大学出版社2011年版,第191页。

[2] https://www.spp.gov.cn/flfg/gfwj/201212/t20121228_52199.shtml。

[3] 国家法官学院案例开发研究中心编:《中国法院2018年度案例刑事案例四》,中国法制出版社2018年版,第260-261页。

方面主张“重大损失”属于滥用职权罪中的客观处罚条件,另一方面又认为“重大损失”属于玩忽职守罪中的法益损害后果。^[1]显然,这种理解方式,难以被正当化。

当然,如果坚持“重大损失”属于滥用职权罪的客观处罚条件,为了维持玩忽职守罪、滥用职权罪在客观不法层面的均衡性,同样应当认为“重大损失”也属于玩忽职守罪的客观处罚条件。但这种理解方式存在如下问题:其一,这种理解方式与传统的结果犯的理解方式并不相同。刑法的目的是保护法益,没有法益侵害就没有犯罪,因此,着眼于法益侵害的角度看,任何犯罪都属于结果犯。但是,结果犯意义上的结果并非法益侵害意义上的结果。作为与行为犯和危险犯相区分的结果犯,其结果属于与行为存在一定为空间和时间间隔的物质性损害结果。其二,这种理解方式导致了过失犯不再是结果犯而成为行为犯。行为犯和结果犯是对极的概念。行为犯的典型特征是,行为人实施相应行为即侵害到相应的法益。这在滥用职权罪的情况下最为明显。如果认为“重大损失”同样属于玩忽职守罪的客观处罚条件,意味着该要件原则上也不属于行为人需要认识的对象。作为行为人需要预见的对象是其玩忽职守行为会导致职务公正性受到影响的事实。由于渎职行为一实施,职务公正性就受到影响。因此,如果将“重大损失”视为玩忽职守罪的客观处罚条件,玩忽职守罪将成为行为犯。但是,这显然与过失犯是结果犯的一般认识不符。

三、同一说立场的理论进路及其问题所在

基于维持过失和故意的不法的要素的同一的立场。“重大损失”要件不但在玩忽职守罪中属于不法要素,在滥用职权罪中同样应当属于不法要素。但成为问题的是,在坚持滥用职权罪是故意犯罪的前提下,“重大损失”在滥用职权罪中究竟具有何种意义。

(一) 将“重大损失”视为滥用职权罪故意对象的理论进路

第一种理论进路将“重大损失”视为滥用职权罪的认识对象。例如,黎宏教授指出滥用职权罪的故意是指“行为人明知自己滥用职权的行为会导致公共财产、国家和人民利益遭受重大损害的结果,并且希望或者放任这种结果发生”。^[2]周光权教授认为,“行为人对自己职权的不当行使可能损害公共财产、国家或个人利益有认识,而追求或者放任这种结果发生”^[3]就存在滥用职权罪的故意。在司法实践中,持有此种立场的司法

[1] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第1248页。

[2] 黎宏:《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第548页。

[3] 周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,第498页。

裁判并不少见,例如,在占建平滥用职权案中,裁判理由解说指出,“占建平明知在寒冷的冬天将身着单薄的杨泽富弄上车会造成冻伤的后果,但却放任这种结果的发生,应认为其主观上是间接故意”。^[1]那些涉及拆迁资格认证或者退税资格认证的滥用职权的司法裁判实质上也多采取这种立场。因为,相应的资格本身就与一定的经济利益绑定在一起,滥用资格虽然是对于行为产生故意,但同时也是对法益损害后果具有故意。事实上,这种观点并非是最近才出现的结论,在相应的犯罪的制定之前的,很多学者就指出,滥用职权罪针对的法益损害后果是中大。

如前所论,如果将“重大损失”视为滥用职权罪的认识对象,在很多间接因果关系的情况下,将难以按照滥用职权罪处罚相关行为。但是,只要承认故意犯罪和过失犯罪在规范评价上存在递进关系,对于前述情形,完全可以按照玩忽职守罪处罚,并不会产生刑事可罚性漏洞的问题。尽管如此,将“重大损失”为是滥用职权罪的认识对象,仍然面临着两个难题。第一个难题是,滥用职权罪的未遂的处罚问题。如果将“重大损失”视为滥用职权罪的认识对象,这意味着“重大损失”属于构成要件要素,滥用职权罪因而属于结果犯。对于结果犯而言,即使没有出现相应的法定损害结果,仍然存在按照未遂犯加以处罚的余地。显然,由于“重大损失”属于滥用职权罪的成立要件,“在没有危害结果发生的情况下,根本不应当成立滥用职权罪”,^[2]更何况处罚滥用职权罪的未遂状态。第二个问题是,难以解释滥用职权罪的法定刑和玩忽职守罪的法定刑相同的问题。法定刑的设定与行为人的刑事责任密切相关,原则上故意犯罪的刑事责任终于过失犯罪的刑事责任。例如故意杀人罪的刑事责任远重于过失致人死亡的刑事责任。将“重大损失”视为滥用职权罪的认识对象,将难以解释相关立法规定。有学者指出“完全是立法的技术问题,甚至可以说是立法的疏漏”。^[3]至少在于罪责刑相适应原则是刑法的基本原则,并且对故意犯罪的法定刑重于过失犯罪是一般的常态立法的前提下,认为这种情况下立法者的失误确实是难以理解的问题。因此,更为合理的解释未必是立法者失误的问题,而是解释者基于固有成见未能妥当的诠释相应的问题。

(二) 将“重大损失”视为滥用职权罪复合罪过对象之一的理论进路

第二种理论进路,仍然坚持认为“重大损失”属于滥用职权罪的构成要件要素。但不再将之视为滥用职权罪的犯罪故意的认识对象。该观点以滥用职权罪属于复合罪过形

[1] 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选刑事卷8》,人民法院出版社2017年版,第4104页。

[2] 卢海霞、张伟珂、王聚强、王新光:《渎职罪规范研究》,中国检察出版社2013年,第186页。

[3] 邓艾莉:《〈刑法〉第397条“重大损失”在滥用职权罪中的地位》,《政治与法律》2006年第1期,第148页。

态为前提。与传统的复合罪过形态理论不同的是,该观点认为故意形态和过失形态分别对应不同的犯罪结果。传统的复合罪过形态理论认为,滥用职权罪既是故意犯罪也是过失犯罪,无论是故意还是过失其主观认识和预见对象针对的都是“重大损失”。但最新的复合罪过理论则区分了滥用职权罪中不同主观罪过形式对象的不同归责对象。滥用职权罪的主观过错不再是故意或过失的问题而是故意+过失的问题。亦即,滥用职权罪的故意认识的对象是明知自己滥用职权的行为会发生危害职务公正性的结果仍然希望或者放任该结果。这种构成模式在客观不法层面其实是区分滥用职权罪的基本结果和加重结果。其中,职务公正性属于基本结果而“重大损失”属于加重结果。而作为加重结果的“重大损失”不在滥用职权罪基本行为的故意所涵盖的范围之内,基于责任主义原则的要求,行为主体最多对“重大损失”具有过失即可。

这种论证路径虽然可以有效回避处罚漏洞的质疑,但在滥用职权行为与“重大损失”的因果关系认定上,则存在问题。一般认为,在结果加重犯中,基本行为和加重结果之间的因果关系要严格于是普通的结果犯的因果关系。例如,对于故意伤害罪的结果加重犯而言,必须要求“暴行行为和加重结果之间具有客观上的直接性关系”。^[1]因此,这种复合罪过说能为司法实践中必然因果关系说和直接因果关系说提供依据。但是,在现实的司法实践中,除了一些涉及与拆迁相关的户籍办理或者退税资格认定等少数滥用职权行为外,大多数的滥用职权行为与“重大损失”结果之间并不存在直接的或者必然的因果关系。因此,只要肯定滥用职权行为与“重大损失”之间的因果关系不应当局限于直接的或者必然的因果关系,那么,将“重大损失”视为滥用职权罪的加重结果的理论构成模式,必然存在实践上的局限性。

(三) 实质问题所在以及可能的解决方案

通过对前述问题步检讨,我们获得了“重大损失”属于滥用职权罪的不法构成要素的结论。这意味着,在滥用职权罪的结果归责立场上,条件说或者偶然因果关系说等都不应获得支持。然而,在坚持这一前提的情况下,我们仍然面临的问题是:在解释论上如何在合理说明滥用职权罪和玩忽职守罪的区别同时,合理说明对滥用职权行为与玩忽职守行为同样处罚的根据,以及对滥用职权的未遂行为不予处罚的根据。此外,还要合理说明在“滥用职权罪”中,应当承认间接因果关系的根据及其界限。为了合理说明前述问题,我们应当认为,同玩忽职守罪一样,滥用职权罪也是过失犯罪。

[1] 周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,第22页。

四、滥用职权罪的构造及其归责构造

(一) 滥用职权罪应当属于过失犯罪

首先,将滥用职权罪视为过失犯罪可以避免将之视为故意犯罪所导致的一系列难题。如前所论,“重大损失”在滥用职权罪中的体系定位,直接影响到滥用职权罪和玩忽职守罪在客观不法层面的均衡问题,以及由此衍生出来的滥用职权罪未遂的可罚性、罪责刑的均衡性以及相应处罚漏洞的弥补的问题。传统立场之所以难以有效协调这三者的关系,根本的原因在于,传统立场始终将滥用职权罪视为故意犯罪。如果将滥用职权罪视为过失犯罪,“重大损失”作为过失犯的结果,前述问题将迎刃而解。一方面,过失犯的未遂本身就不受处罚;另一方面,将之视为过失犯也能维持和玩忽职守罪法定刑相同做出合理解释。再者,早期从玩忽职守罪中区分出滥用职权罪的最重要原因是,滥用职权是一种故意行为,与玩忽职守罪的主观表现存在不同。但是,在承认故意和过失在规范层面是递进关系的前提下,将滥用职权罪解释为故意犯罪的实践优势也不存在了。

其次,传统的观点实质上承认了滥用职权罪属于过失犯罪。事实上,立法者并未明确承认滥用职权罪是故意犯罪。“滥用职权行为和玩忽职守行为是渎职罪中最典型的两种行为,两种行为的构成要件,除客观方面不一样以外,其它都相同”。^[1]在司法实践中,很多意见也指出“行为人滥用职权行为本身往往是故意,但对损害结果,则是过失”。^[2]事实上,为了合理化解滥用职权罪的故意犯罪定位可能矛盾的复合罪过说,本质上也是承认滥用职权罪是过失犯罪的。其一,刑法中的犯罪故意的指涉对象是危害结果。但是,正如前文指出的那样,未导致“重大损失”的滥用职权行为只是行政不法行为,其引起的结果并非是刑法意义上的危害结果。既然如此,对于作为行政不法的滥用职权行为的故意并非是刑法意义上的故意。只有能够提升或者决定滥用职权罪的刑事不法的“重大损失”才是滥用职权罪主观归责的对象。其二,复合罪过的观点消解了滥用职权罪故意不法的意义。复合罪过的观点强调滥用职权罪是“故意”+“过失”的犯罪。但是,其仍然维持滥用职权罪和玩忽职守罪刑事责任相同的立法,这意味着,在持复合罪过的学者眼中,针对第一结果的故意其实根本就不决定影响滥用职罪的刑事责任,换言之,实质影响滥用职权罪的刑事责任的不法和责任要素,是“重大损失”以及对“重大损失”的过失。

[1] 郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2011年版,第675页。

[2] 张军主编:《刑法分则及其配套规定新释新解(第9版)》,人民法院出版社2016年版,第2042页。

最后,相应的反驳理由也不成立。一些学者认为,将滥用职权罪视为过失犯罪在语感上存在问题。因为在语感上,滥用意味着故意实施某种行为。但是,“就词义而言,滥用职权的滥用是指‘胡乱地或这过度地’使用,玩忽职守是指‘不严肃认真地对待’,实际上‘滥用’与‘玩忽’均与职权相联系,与损害后果并无瓜葛”。^[1]也就是说滥用职权和玩忽职守针对地都是对于职责行使地态度,而非指向职责行使所可能产生地后果。对于其职责不当行使引起地后果,无论是滥用职权罪还是玩忽职守罪都可能是过失。就像交通肇事罪一样,行为人既可能是故意违反交通规制也可能是过失违反交通规制,但是,无论其对违章地态度是故意还是过失,都不决定交通肇事罪地性质,起到决定作用的是行为人对肇事结果的态度。如果是对结果持反对态度就是交通肇事,如果持放任态度则可能是故意杀人或者以危险方法危害公共安全罪。还有质疑观点指出,在我国刑法中以处罚故意为原则以处罚过失为例外,因此,对于如果认定滥用职权罪和玩忽职守罪都是过失犯罪,那么就不存在与之相对应的故意形态的犯罪。但是,对于滥用职权罪而言,由于滥用职权的后果属于针对国家法益、集体法益或者他人法益的损害。因此,如果对于相应结果存在故意,直接按照相应的故意犯罪论处即可,似没有必要再设定其故意形态的犯罪。

(二) 滥用职权罪的结果归责的标准

基于以上的考虑,我们应当认为,滥用职权罪和玩忽职守罪都属于过失犯罪,两者的区别只在于行为人对于滥用职权的态度。对于滥用职权罪的因果关系,应当承认其因果关系不限于直接的因果关系,还包括间接的因果关系。但成为问题的是间接的因果关系的范围。

一些学者认为,应当通过相当因果关系理论确定间接的因果关系的范围。^[2]但在一些应当肯定或者否定结果归责的情形,相当因果关系说难以推导出妥当结论。第一种情形是应当肯定结果归责,但根据相当因果关系难以肯定结果归责的情形。例如,“某粮库负责人夏某违规将国家储备粮借给私营企业用作抵押向银行贷款,后因市场行情不好,银行贷款无法偿还,给国家造成重大经济损失”。在该案中,夏某“之前违规借过对此,企业都按期归还贷款”。^[3]对于该案如果基于既有经验很难肯定相当因果关系。再如,对于司法实践中的介入第三人故意或者重大过失行为的,理应当否定相当因果关系。但是,在很多时候这并不妥当。例如,在甲明知其违法查封他人财产,而乙也明知其执

[1] 刘为波主编:《刑事案例诉辩审评—渎职罪》,中国检察出版社2014年版,第13页。

[2] 陈兴良:《判例刑法学》,中国人民大学出版社2009年版,第630页。

[3] 武飞、朱丹丹:《渎职侵权犯罪因果关系之认定》,《人民检察》2016年第18期,第39页。

行程序前一环节有问题,仍然对房屋进行拍卖的事例中,虽然介入了第三人的故意行为,也不应当否定结果归责。^[4]此外在司法实践中,还有观点基于实行行为危险性、介入因素异常性,以及介入因素对于结果的贡献的角度,划定间接因果关系的范围。^[5]但是,这种观点本身并不妥当。其一,这种判断标准主要适用于直接的危险现实化的事例。而滥用职权罪中大部分属于间接的危险现实化的事例,不应当适用该判断标准。其二,在间接的危险现实化中,多数情况下导致法益损害后果的主要是介入因素,因此,比较实行行为和介入因素对法益损害结果贡献的理论标准,几乎没用适用余地。

对于滥用职权罪的结果归责,应当从职权的角度确定其归责范围。因为,滥用职权虽然不能直接导致一定的法益损害后果,但是,正如前文指出的那样,“渎职犯罪的核心是‘职务’,而职务行为是一种管理行为,其本身不会直接导致向对方发生危害结果,但正确履行职责确实避免危害结果发生的重要屏障。因此,在法律意义上,渎职因为使职务行为丧失了这种秩序维护、防范风险的功能而被视为危害结果发生的‘原因’”。^[6]正因如此,检8指导性案例,才强调“如果负有监管职责的国家机关工作人员没有认真履行其监管职责,从而未能有效防止危害结果发生,那么,这些对危害结果具有‘原因力’的渎职行为,应认定与危害结果之间具有刑法意义上的因果关系”^[7]因此,在划定间接因果关系的范围时,问题的关键不在于是否存在介入因素,是否存在相当因果关系,而在于相应的损害后果是否属于滥用职权罪所拟防止的风险。也就是说应当从规范保护目的的角度,判断现实发生的法益损害后果是否仍然处于禁止滥用职权的规范保护目的范围之内。

(三) 滥用职权罪结果归责评价的具体类型

首先,判断在结果中现实化的风险是否属于禁止滥用职权行为所拟防范的风险。例如,在朱兴荣滥用职权案中,朱兴荣驾驶警车追赶违章的陆建兴,陆建兴继续违章加速行使,在交叉路口违章左转弯,由于车速较快导致翻车将行人周传义撞倒致伤,抢救无效死亡。对于该案,司法裁判认为存在偶然因果关系,从而肯定结果归责。^[8]在王刚强、王鹏飞滥用职权案中,裁判理由则认为“作为执法的公路稽查人员对于逃避检察的逃逸车辆就不能‘追赶’,因为法律、法规没有授权拟‘追赶’,如果‘追赶’就是超越职权

[1] 周光权:《渎职犯罪疑难问题研究》,《人民检察》2011年第19期,第17页。

[2] 云南省怒江傈僳族自治州中级人民法院(2018)云33刑终31号刑事裁定书。

[3] 魏颖华:《渎职罪定罪事实暨证据研究》,中国公安大学出版社2011年版,第191页。

[4] https://www.spp.gov.cn/flfg/gfwj/201212/t20121228_52199.shtml。

[5] 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选刑事卷8》,人民法院出版社2017年版,第4114页。

的滥用职权行为”。^[1]对于该案,原则上不应当肯定归责。因为,根据《交通警察道路执勤执法工作规范》第11条和第12条的规定,除了针对一些特殊情形,交通警察原则上不得在“行车道上拦截、检察车辆或者处罚交通违法行为”,其规范目的是“交通警察在道路上执勤执法时应当严格执行安全防护规定,注意自身安全。”可见,此处的规范保护目的是防护民警自身安全,而非其他人的安全,因此,此处的法益损害后果,并非处于规范保护目的范围之内。

其次,在复数滥用职权行为与结果都有关联时的归责分配。对于这种情况,在学说上有的观点认为可以对复数主体都进行结果归责,但在司法实践中,有的司法裁判认为应当由异常的介入因素对于该结果负责。例如,在甘某受贿案中,甘某明知某公司申请材料中的发票不符合规定而未予把关直接通过,某公司随后用这些材料申请财政补贴。财专办发现材料造假后,决定取消财政补贴。甘某获知后应某某公司请托,向财专办出具经过重新审核的材料,删除不真实部分,确认最终补贴数额,导致某公司骗取国家专项补贴资金361万元。对于该案,法院认为“在第二阶段发展到属于其他相关部门的责任领域时,介入了有义务防止危险现实化的相关部门的行为,相关部门已经发现危险且能够防止但没有防止危险……应当认定为介入行为与结果之间具有因果关系”。^[2]又如,在“巩晓玩忽职守案”中,司法裁判也采取了类似的立场,龚晓收到蒋明凡的《机动车驾驶证申请表》后,在既未对蒋明凡进行体检,也未要求蒋明凡到指定的医院体检的情况下,违反规定自行在其《机动车驾驶证申请表》上的“视力”栏中填写上“5.2”,在“有无妨碍驾驶疾病及生理缺陷”栏中填上“无”,致使自1995年左眼视力即已失明的蒋明凡换领了准驾B型车辆的驾驶证。此后,在2000年、2001年及2002年的年度审验中,蒋明凡都通过了彭水县公安局交通警察大队的年度审验。2002年8月20日,蒋明凡驾驶一辆中型客车违章超载30人(核载19座)从长滩乡驶向彭水县城,途中客车翻覆,造成乘客26人死亡、4人受伤和车辆报废的特大交通事故,蒋明凡本人也在此次事故中死亡。对于该案,法院认为“被告人龚晓在蒋明凡申请换证时,未能正确履行职责,致使蒋明凡驾驶证换证手续得以办理,但其效力仅及于当年,此后年审均在彭水县交警大队办理,且现有证据不能确定发生车祸的具体原因,被告人龚晓的行为不构成玩忽职守罪”。

第一裁判建立在后一阶段的职务行为本身是防止前一阶段的职务行为可能产生的风险之上。如果第二个滥用职权行为本身原则上并不具有阻止前一个滥用职权行为的危

险,那么,原则上应当承认对于结果,复数主体之间都应当负责。这是因为,在后一阶段具有防止义务和不具有防止义务的情况下,介入因素的自我答责程度和对于法益保护的一般预防的强化效果上并不一样。首先,在后一阶段不具有防止义务的情况下,或者说只具有形式审查的情况下,前一阶段到后一阶段导致结果,很容易被视为前一阶段滥用职权行为的危险的现实化;其次,只有同时加强对于前一阶段和后一阶段的滥用职权行为的制裁,才能更好的服务于法益保护的目的是。但是,在前一阶段和后一阶段存在结果防止义务的情况下,后一阶段滥用职权不履行义务的情形,一般是异常情形,不应当被视为前一阶段的危险的现实化。再者,如果不强化对于后一阶段者的制裁,将会导致对于法益保护的制度行为约束沦为形式。但是,存在的例外是,第二个案例的情形。在第二个裁判中,介入的后续的滥用职权或者玩忽职守行为的本来职责并不是防范前一个滥用职权或者玩忽职守行为的风险。按道理说,在该案中可以同时对于复数主体归责,但是,由于根据相关的《机动车驾驶证管理办法》,“对持有准驾车型A、B、N、P驾驶证的……每年审验一次”,“审验时进行身体检查”。因此,第一个滥用职权行为规范效力仅及于当年度内。在下一年度内的风险不应当再视为其行为造成的风险的现实化。

[1] 何帆:《最高人民法院法院司法观点集成刑事卷IV》,中国法制出版社2017年版,第2426页。

[2] 湖南省长沙市开福区人民法院(2016)湘0105刑初字第364号刑事判决书。

“渎职罪的因果关系”评议稿

谭 莹*

一、我国刑法因果关系论的现代课题

当前,我国刑法理论朝着不断精深化的方向发展,因果关系论却仍然处于一种浑沌的状态。我们在对传统理论进行反思的同时,却还没有形成理论与实践上普遍认可的通说性见解。理论与实践,条件说、合法则的条件说、相当因果关系理论以及客观归责理论并存,似乎还不曾有哪一个刑法理论问题上存在如此之多的山头。而传统的必然因果关系与偶然因果关系理论由于缺乏必要的可操作性,难免在因果关系的判断中需要依靠“感觉”来进行。

凭“感觉”判断因果关系并不是完全不可行,因为人类对因果性的追求是其本能的体现。“必然性构成因果关系的一个必要部分”,^[1]人类总是对必然性情有独钟,总是认为一个事物的产生不是平白无故的,背后必定有某种原因存在。即便某种现象的原因尚不明确,我们仍然认为“这现象肯定服从因果关系的总规律,这现象的发生的原因迟早会被确定。……我们每天的活动便隐含着对自然规律普适性的完全信赖。”^[2]这是因为“必然性带来的是一个确定的世界,而在一个确定的世界中,人类才会有安全感”。^[3]而因果性等同于必然性,“自然必然性是一切无理性东西的因果性所固有的性质”。^[4]作为本能性需求的因果性,使得在我们的一般“感觉”中存在着因果性直觉判断的可能性。

刑法作为与国民基本权利紧密关联的部门法,其处罚的范围与程度本身就以确定性为追求目标。“在一个理性的法社会中,每个人在刑法上都只须要对其所能够支配的事物负责。唯有如此,国家施予被告的刑罚才会是理性的,才能被正当化。”^[5]因此,脱离因果性判断的结果归责既缺乏刑罚的理性,对行为人而言也无刑罚的公正性可言。刑法上探讨因果关系的目的是,在于判断结果是否可以归责于行为人,或者说是明确、妥当

* 西北政法大学刑事法学院副教授。

[1] [英]休谟:《人性论(下册)》,关文运译,郑之骧校,商务印书馆1980年版,第441页。

[2] [比]伊·普里戈金、[法]伊·斯唐热:《从混沌到有序——人与自然的新对话》,上海译文出版社1987年版,第348页。

[3] 陈蓉霞:《对因果律及其偶然性的哲学反思》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2010年第6期,第120页。

[4] [德]伊曼努尔·康德:《道德形而上学原理》,苗力田译,上海世纪出版集团2012年版,第53页。

[5] 蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,元照出版公司2008年版,第152页。

地划定结果归责的范围。所以因果关系的判断成为刑法中的重要问题。但是,另一方面,刑法中因果性的判断却绝不可能单纯依靠“感觉”来完成。司法实践中迫切需要的是具有可操作性的因果关系判断方法,以取代对因果关系的直觉判断。“尽管刑法理论对因果关系众说纷纭,但对刑事法官而言,针对具体刑事案件作出的判决只能是唯一的,而且是确定的。因此如何准确认定危害行为和危害结果之间是否具有刑法上的因果关系,进而依据犯罪构成要件判断行为人行为的性质,成为刑事法官无法回避的问题。”^[1]例如,在《刑事审判参考》第276号陈美娟投放危险物质案中,采取了介入因素三步骤判断法进行因果关系的判断。表面上看是判断者采取了相当因果关系的理论,实际上却是因为此种判断方法具有一定的可操作性而受到司法实践的青睐。^[2]

第二,具有可操作性的判断标准还需要在不同类型的案件中进行检验,以证明该标准的一般性。实际上,我们很难就每一类具体犯罪提出一种因果关系理论,在一般意义上提出具有普遍适用效力的判断标准尤为重要。就介入因素型因果关系的判断而言,上述三阶段的判断方法虽然具有可操作性,但是也存在对某些案件难以适用的情况。例如,赵达文交通肇事案,很难以上述判断方法得出其需要对结果承担责任的结论。

第三,理论的演进需要考虑刑法适用的安定性。近年来因果关系理论的探讨,有从传统因果关系理论的架构直接跨越至以客观归责理论为展开的现象。在我们还未就因果关系理论进行充分探讨、形成普遍共识,缺少必要理论准备和实践归纳的前提下,就以高度类型化的客观归责理论指导实践适用,是否具有充实的理论和实践基础,需要引起学界的重视。

结合司法实践对因果关系理论的现实需求,理论上尽快在因果关系的一般理论上达成共识;形成具有可操作性、可检验性以及能够保障刑法适用安定性的因果关系理论通说极为必要。以此来检验某一种因果关系理论是否适当,就具有了一定的实践面向。

二、渎职罪因果关系的研究进路与判断标准

(一)渎职罪因果关系研究进路的共性

渎职罪因果关系的特点是,在行为人的行为与结果之间往往存在第三人行为的介入因

[1] 毕晓红、郇习顶:《马永康等玩忽职守案——刑法上因果关系的评判及刑罚处罚的必要性》,载《人民司法》2017年第29期,第46-47页。

[2] 以介入因素的三步骤判断方法判断因果关系的《刑事审判参考》案例还有:第294号龚晓玩忽职守案、第1117号杨某某、杜某某放火案、第1118号邵火平交通肇事案等等。

素,使得因果关系在事实上体现出间接性。此种特征与渎职罪的犯罪事实特征以及《刑法》对渎职罪所规定的基本构造紧密相关。从犯罪事实来看,渎职犯罪往往在国家机关工作人员的渎职行为事实之后,存在一个行政相对人的第三人行为,是此第三人的行为直接导致结果发生;从《刑法》对渎职罪所规定的基本构造来看,渎职罪的构成以结果作为构成要件要素。事实与规范两方面的作用使得渎职罪因果关系呈现出上述特征,而对渎职罪因果关系的探讨也需要从渎职罪的具体构造展开探讨。两位报告人在渎职罪因果关系的判断上皆从相关犯罪的规范构造出发,在研究的进路上值得认同。李世阳老师从“严重不负责任”的文义出发,将玩忽职守型渎职罪界定为不作为的重过失犯,以不作为的认定限定归责的主体,以过失的认定判断结果归责,层层递进,丝丝入扣,使人印象深刻。蒋太珂老师也是从滥用职权罪的规范构造出发,认为将滥用职权罪界定为故意犯无法解释“重大损失”的构成要件要素属性,因此提出在过失犯构造上具体判断滥用职权罪的因果关系。与上述实践观点不同的是,蒋老师认为介入因素三步骤判断方法并不适用于滥用职权罪这种间接因果性的判断,而应当基于规范保护目的,结合职权内容划定归责范围,^[1]此种观点引人深思。

从两位报告人所提出的判断标准来看,都具备可操作性的特征。不论是以规范保护目的判断滥用职权罪的因果关系还是以过失犯的架构确定玩忽职守型渎职罪的归责范围,从理论的可接受度来看,能够保证其运用于实践时所需要保障的刑法的安定性。至于具体判断的标准的可检验性,需要结合具体标准的内容来进行探讨。

论证逻辑上存在疑问的是,蒋文将滥用职权罪界定为过失犯,是否就解决了“重大损失”的属性问题呢?滥用职权罪作为故意犯的难题是,“重大损失”难以成为明知的对象。但是在过失犯中,特别是有认识的过失,行为人对结果的预见或者预见可能性仍然是必要的。结合滥用职权罪行为与结果的间接关系,是否只有采取危惧感说才能合理解释“重大损失”属于构成要件要素呢?实际上,如果按照报告人以规范保护目的作为滥用职权罪结果归责的标准,则依照该标准进行判断时得出结论,与滥用职权罪属于故意犯还是过失犯不存在必然的关系。

此外,蒋文所采取的判断构造实质上属于客观归责理论的范畴,那么在结果归责的判断过程中是否完全不需要考虑主观要素呢?在过失犯中,行为人没有预见可能性的结果是否仍然要按照行为人职责范围决定其是否归责于行为人呢?笔者认为,这一点上毫无疑问。与此不同的是,李文将结果归责置于过失犯认定的构造中进行,以“结果预见

[1] 参见蒋太珂:《滥用职权罪的结果归责之构造》,载《会议论文集》,第107页。

可能性+结果回避义务”为基本判断构造,主张“以具有认识可能性的危险状况的存在为契机,当行为人认识到或可能认识到从该行为可能导致法益侵害发生时,就应当为了回避该侵害而谨慎地实施或不实施该行为”,^[1]是包括了主观要素的归责判断路径。笔者更倾向于后者,因为主观面在不法判断中是不可或缺的,“行为人的主观面有不法的定向作用,甚至是决定行为不法色彩的主要因素。”^[2]笔者认为,客观归责理论有为了矫目的行为论之枉而过正之嫌,所以自身一直面临着行为人特殊认知是否影响归责这一问题的困扰。“既然故意犯主观构成要件的内容没有争议地是行为人个人的认识,那么过失犯中的注意义务违反也同样应当以行为人的认识能力为标准。”^[3]所以,反思德国客观归责理论发展的脉络,我们是否应该回归结果归责的本原,采取主客观相统一的归责路径呢?

(二) 渎职罪因果关系判断标准的基本架构

一般认为,刑法中结果归责的判断包括归因与归责两个层面。就归因的层面而言,条件关系上的因果力并不限于直接的、物理的作用,即便是间接地起作用仍然可以认为在结果的发生中存在因果力。因此,即便是“间接的危险现实化”中,也同样可以认为是一种介入因素。因此,在介入因素存在的情况下,渎职罪的因果关系的判断还需要考虑规范化的因素。

第一,明确行为人的职权范围。渎职犯罪的目的在于促使国家机关工作人员恪尽职守,管控权力行使所可能产生的危险,是否处于行为人的管控范围之内是判断结果归责的前提。李文以保证人地位和蒋文以规范保护目的所欲达到的目的是一致的,这在渎职犯罪因果关系的认定上也是必要的。

第二,判断危险行为是否现实化地作用于结果。划定国家机关工作人员的职权范围对渎职罪因果关系的判断虽是必要,但是此一步骤的判断并不充分,仍然需要结合行为与结果之间的规范关联展开进一步的判断。也即,存在虽然属于国家机关工作人员的义务监管范围,仍然应当排除归责的情况。正如李世阳老师的论文中所提到的,当因果流程过于异常,超出行为人的预见可能性,就存在排除归责的可能。^[4]在此,李文中提出了两种排除归责的情况,在行为人的主体权责范围之外,增加了对行为与结果之间规范关联的判断:第一是因果流程过于异常超出行为人预见可能性范围的情况;第二是存在

[1] 李世阳:《渎职罪中严重不负责任与重大损害后果的因果关系判断》,载《会议论文集》,第88页。

[2] 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第32页。

[3] 陈璇:《刑法归责原理的规范化展开》,法律出版社2019年版,第34页。

[4] 参见李世阳:《渎职罪中严重不负责任与重大损害后果的因果关系判断》,载《会议论文集》,第89页。

过失竞合依照信赖原则予以排除的情况。

存在疑问的是,以信赖原则作为排除归责的理由,在渎职罪中可以得出妥当的结论,但是是否也可以在其他类型的案件中进行检验。因为信赖原则的适用需要具有值得信赖的客观情况存在,在医疗领域、渎职犯罪等职权明确、规章制度较为成型的领域是可以起到作用的。但是,例如在我国的交通领域,在交通设施尚不完备、民众的规则意识没有明显改善的情况下,恐怕难以适用信赖原则排除行为人的结果归责。

三、延伸性的几个问题

结合两位报告人的报告,笔者认为,在滥用职权罪和玩忽职守型渎职罪的因果关系判断上,还有以下几个基本问题需要予以进一步考虑:

第一,滥用职权罪的因果关系在司法实践中确实多以存在介入因素的情况出现,但是正如蒋文所言:“在违规变更房屋权属登记、违规为停运车辆通过年审等涉及资格审查的事例中,由于相应资格与一定的经济利益存在互为表里的关系,行为主体只要具有滥用职权的行为故意,即可直接肯定其对“重大损失”结果具有故意。”^[1]实践中对此认识也大致相同,如有观点指出,“比如税收人员少收、不收国家税款,林木管理人员滥发林木开发许可证,往往会直接导致国家税收损失、林木被滥伐等危害后果,显然这两者之间具有直接的、必然的因果关系。”^[2]也即,现实中也存在滥用职权行为与结果之间并不存在介入因素的情况,此时,将滥用职权罪界定为故意犯罪,并不存在犯罪构造上的难题。是否可以简化滥用职权案件的实存类型,径直以间接型因果关系归纳滥用职权罪因果关系的问题性,而忽视少数明显属于故意的滥用职权案件的处理呢?

第二,如果将滥用职权罪限定为过失犯,则受《刑法》第25条第2款规定的限制,滥用职权罪是否还存在共同犯罪将会存在疑问。如果依照国家机关工作人员的职权内容,各行为人的职权合于一处才能最终导致结果产生,此种情况下不能以共同犯罪论处,则结果归责可能会面临难题。从体系解释的角度,是否应当将国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪也界定为过失犯呢?如果对此罪的主观方面作相同的理解,由于实践中往往需要将数个国有公司、企业、事业单位的人员认定为共同犯罪,才能够在民事侵权责任中对其主张共同赔偿责任,则从《民法典》与《刑法》的协调适用来看,上述罪

[1] 蒋太珂:《滥用职权罪的结果归责之构造》,载《会议论文集》,第98页。

[2] 毕晓红、郇习顶:《马永康等玩忽职守案——刑法上因果关系的评判及刑罚处罚的必要性》,载《人民司法》2017年第29期,第47页。

名界定为过失犯恐怕对民事共同侵权责任的追究不利,对企业利益的保护也将产生新的难题。

第三,是正犯背后之正犯的问题。滥用职权罪与玩忽职守型渎职罪中往往存在第三人行为的介入因素,当所介入的行为也构成犯罪时,^[1]则处于背后的滥用职权行为与玩忽职守型渎职行为是否仍然构成独立的正犯,是所谓正犯背后之正犯的问题。如果在过失犯的正犯概念上采取单一制的正犯概念,介入行为构成的是故意犯罪,作为过失行为的滥用职权行为与玩忽职守型渎职行为是否仍然构成过失的正犯,恐怕存在故意犯与过失犯的情况下不协调的问题。因为,如果背后的是故意行为,一般而言,当一个故意犯罪行为的介入,背后的故意行为不过构成的是狭义的共犯;而在背后的行为是过失行为时却要构成过失正犯,恐怕存在评价的不均衡。反之,如果认为过失犯也应当采取区分的正犯概念,则故意犯背后的狭义的过失行为是否还有处罚的必要,又需要理论上给予充分的根据。

[1] 参见李世阳:《渎职罪中严重不负责任与重大损害后果的因果关系判断》,载《会议论文集》,第84页,案例一:崔某环境监管失职案。

李世阳教授文、将太珂老师文评议稿

王 涛*

缺乏理论的实践是盲目的，缺乏实践的理论是空洞的。李文结合案例探讨了玩忽职守型渎职罪中的“严重不负责任”及其与重大损害后果的因果关系，蒋文则结合案例明确了“重大损失”在滥用职权罪中的体系定位，并提出了滥用职权罪的结果归责标准，两篇文章对渎职案件因果关系的认定具有重要的实践价值。此外，对于以下三个问题，需要进一步研究和论证：

1.李文提出，对结果回避措施的有用性进行判断时，要结合行为人的能力与权限等因素；如果即使实施了在很大程度上能够抑制或降低危险的行为，也仍可以合理怀疑结果会发生，那么行为人就不对最终的结果负责。这一观点具有一定的实践意义，但基于该观点对案例四的分析却值得商榷。

根据《社区矫正实施办法》的规定，假释的社区矫正人员未按规定时间报到或者接受社区矫正期间脱离监管，超过一个月的，由居住地同级司法行政机关向原裁判人民法院提出撤销假释建议书并附相关证明材料，人民法院应当自收到之日起一个月内依法作出裁定；在实施社区矫正过程中，司法工作人员有玩忽职守等违法违纪行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任。本案中，假释人员张某在接受社区矫正期间脱离监管近两个月，钟某理应及时向区司法局报告，并提请法院撤销假释，将张某收监，这样就能有效防止张某再次犯罪，但钟某严重不负责任，致使张某在脱管期间实施抢劫、故意杀人犯罪，故应当对这一结果负责。例如，陆某、张某玩忽职守案中，被告人陆某作为山西省介休市司法局某司法所所长，不认真履行工作职责，未按规定对缓刑的社区矫正人员孟某进行日常监管，未按照规定对孟某的脱管行为及时向市司法局社区矫正中心报告；被告人张某作为市司法局社区矫正中心副主任，不认真履行工作职责，对孟某未经批准离开介休市的行为未及时督促某司法所进行监管，对孟某脱离监管超过一个月以上的情况未及时向原判法院提出撤销缓刑建议书，致使孟某在脱管后实施故意杀人犯罪。二人的行为均已构成玩忽职守罪。

* 上海市人民检察院检察一部副主任。

2.蒋文认为，滥用职权罪应该属于过失犯罪，其论据之一是滥用职权罪的法定刑与作为过失犯罪的玩忽职守罪的法定刑相同。

其实，在刑法分则中，同时涵盖故意犯罪和过失犯罪并适用同一法定刑的条文是客观存在的，如刑法第398条规定的故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪，第432条规定的故意泄露军事秘密罪和过失泄露军事秘密罪。不能因为滥用职权罪与玩忽职守罪法定刑相同，就推导出滥用职权罪与玩忽职守罪的主观方面也相同。当然，为确保上述故意犯罪和过失犯罪在适用时能实现罪责刑相适应，检察机关提出量刑建议或者法院判处刑罚时，可以在法定刑幅度内作轻重有别的区分。如文中列举的朱兴荣滥用职权案，一审法院以玩忽职守罪判处被告人免于刑事处罚，检察机关抗诉后，二审法院改判滥用职权罪，判处拘役六个月，缓刑一年。

为了与玩忽职守罪相区分，应当认为滥用职权罪的罪过形式是故意。而且，行为人对于“重大损失”，不仅要有认识，而且要持希望或者放任的态度。也就是说，国家机关工作人员基于其对职权的认知和了解，一定程度上都会预见实施滥用职权行为（无权擅用和有权乱用）可能造成的“重大损失”。当“重大损失”是由他人行为直接造成时，即使行为人希望或者放任这一结果发生，以滥用职权罪定罪处罚也能做到罪责刑相适应。如果滥用职权行为直接导致他人死伤或者财产受损等“重大损失”，则具有故意杀人、故意伤害、诈骗等罪的实行行为性，在符合故意杀人、故意伤害、诈骗等罪的构成要件时，成立滥用职权罪与相关犯罪的想象竞合犯，从一重处罚即可。因此，承认滥用职权行为人对“重大损失”存在认识并持希望或者放任的态度，不会导致重罪轻判而有违罪责刑相适应原则。例如，杨某系某区社保局工作人员，从事个人身份参加企业职工养老保险业务的初审工作。杨某明知其兄嫂等五人是农村户口，不符合企业职工养老保险参保条件，却在该五人提交的申请表及虚假材料的初审意见上签署了同意。上述材料通过复审、复核等手续后，该五人至案发共领取养老金39万余元。法院经审理认为，杨某为达到使他人骗领养老金的目的，利用职权违规审核，致使国家财产遭受重大损失，其行为属于滥用职权罪与诈骗罪的想象竞合，应择一重罪处罚，即以诈骗罪论处。（两高《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释（一）》规定，国家机关工作人员与他人共谋，利用其职务行为帮助他人实施其他犯罪行为，同时构成渎职犯罪和共谋实施的其他犯罪共犯的，依照处罚较重的规定定罪处罚。）

3.蒋文提出，通过判断现实发生的法益损害后果是否处于禁止滥用职权的规范保护目的范围之内来认定滥用职权罪的结果归责，这一观点具有一定的妥当性。但在论证上

述观点时,蒋文指出,《交通警察道路执勤执法工作规范》的保护目的是“交通警察在道路上执勤执法时应当严格执行安全防护规定,注意自身安全”,即防护民警自身安全,而非其他人的安全;进而认为,被告人驾车追缉逃跑车辆,逃跑车辆造成第三人死亡的法益损害后果,并非处于规范保护目的范围之内,故不应归责。这一例证值得商榷。

其实,公安部《交通警察道路执勤执法工作规范》规定,除机动车驾驶人驾车逃跑后可能对公共安全和他人生命安全有严重威胁以外,交通警察不得驾驶机动车追缉。交通运输部《路政文明执法管理工作规范》也明确,除机动车驾驶人驾车逃跑后可能对公路设施安全有严重威胁以外,路政执法人员不得驾驶机动车追缉。上述规范保护目的是通过规范执法行为,维护道路交通秩序和安全,既包括保障民警自身安全,也涉及保护公共安全和他人生命安全。执法人员驾车追缉逃跑车辆确实存在致使逃跑车辆造成第三人死亡的风险,但是当驾车逃跑行为可能对公共安全和他人生命安全有严重威胁时,这一风险就属于法所容许的风险,对此不应归责于执法人员驾车追缉的行为。当然,如果不存在上述除外事由,执法人员驾车追缉致使逃跑车辆造成第三人死亡的风险,宜评价为上述规范所拟防范的风险,存在结果归责的可能性。如张波滥用职权案中,被告人张波系山东省博兴县公安局交警大队工作人员,其按照滨州市交警支队百日交通秩序整治方案的要求,带领执勤人员在立交桥下设卡点对违章车辆进行检查。期间,因一辆银灰色面包车(已经脱审且被罚款三次)在卡点附近掉头逆行,张波随即驾驶警车拦截该车辆未果,该面包车逃离后,张波违反规定,驾驶警车载2名执勤人员追缉逃跑车辆。面包车在逃跑过程中先后逆行并两次闯红灯,当该车行驶至粮食局门口时,因躲避路上的大坑,导致车辆失控侧翻,撞倒骑电动车的人和路边的行人,致二人死亡。法院以被告人张波犯滥用职权罪判处有期徒刑十个月,缓刑一年。^[1]

[1] 参见山东省博兴县人民法院(2018)鲁1625刑初328号刑事判决书。

关于渎职犯罪因果关系判断的关键点

俞小海*

“严重不负责任”是玩忽职守型渎职罪构成要件表述中常用的词汇,其在构成要件中的体系性地位以及与重大损失后果之间的因果关系,是渎职罪理论与实务中亟需厘清的重大问题。李世阳副教授《渎职罪中严重不负责任与重大损害后果的因果关系》一文对这一问题作了深入思考,将玩忽职守型渎职罪的罪质解释为“不作为的重过失犯”,运用新过失论的“预见可能性+结果回避义务”的基本构造,将重过失定义为“高度的预见可能性+容易有效的结果回避”,在教义学层面构建出基本框架,为解释“严重不负责任”与重大损失后果因果关系提出了一条全新的思路,尤其是对于主体的选定、“严重不负责任”的判断等均提出了较为具体的操作规则,对于司法实践来说也具有积极意义。首先,上述观点是在遵循一般过失犯罪基本构造的基础上所作的一种深化,并没有突破主流观点关于一般过失犯罪的理论框架;其次,关于“高度的遇见可能性”和“结果回避的容易性”,虽然作者借助于信赖原则、因果关系流程中的介入因素等理论并结合具体案例来论证其判断方法,但是“高度”“容易性”也是描述程度的词汇,对此难以准确把握,作者的论述似乎没有体现出“高度”“容易性”的特殊性,也似乎未能提出关于“高度的遇见可能性”和“结果回避的容易性”司法判断时更为具象化的逻辑顺序和操作规则。其有效性特别是能否适用于未来司法案例的妥当解决仍有待进一步验证。

蒋太珂助理研究员《滥用职权罪的结果归责的构造》将“重大损失”解释为滥用职权罪的不法构成要素,并将滥用职权罪界定为“过失犯罪”,这一观点颇具新意。在此基础上,对滥用职权罪的结果归责标准、结果归责评价等具体问题作了分析。特别是基于滥用职权罪多数属于间接的危险现实化这一事实,在间接因果关系的判断上,作者从规范保护目的的视角,提出应当从职权的角度确定其归责范围,即“相应的损害后果是否属于滥用职权罪所拟防止的风险”,并对结果归责评价的具体类型作了梳理,作者将因果关系置于规范保护目的视野予以考量,确保因果关系的认定不脱离滥用职权罪规范保护目的的范围,这一逻辑进路具有教义学上的科学性,对于合理限缩滥用职权罪的处

* 上海市高级人民法院研究室科长,上海市法学会刑法学研究会副秘书长。

罚边界具有实践意义。首先,将滥用职权罪解释为过失犯罪,基本分析工具是“对行为的故意”+“对结果的过失”,这一模型与近年来学界主张的观点也是契合的。关于本罪是故意犯罪还是过失犯罪,从教义学层面其实很难论证孰优孰劣,本质上还是一个解释立场的问题。与玩忽职守罪以不作为方式为主不同,滥用职权罪更多是以作为的方式实施,^[1]而过失犯罪的归属决定了行为人对于危害后果只能持排斥或反对态度。但是一方面,一系列的积极作为行为,本身就彰显了国家机关工作人员对危害后果的漠视(或无视)态度,似乎难以得出其对危害后果的排斥(反对);另一方面,现有司法解释为玩忽职守罪设定了相较滥用职权罪更高的入罪标准(如,前者造成伤亡人数标准是后者三倍,造成经济损失标准是五倍),在二者共享同一构成要件和法定刑配置的背景下,似乎也从侧面印证滥用职权罪罪责程度更高。^[2]同时,实践中存在大量国家机关工作人员故意实施滥用职权行为,并且对“公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”持有间接故意(明知而放任),^[3]如果将本罪解释为过失犯罪,对于这一情形难以处理,尽管作者提出“直接按照相应的故意犯罪论处即可”,但面临着其他故意犯罪罪名与滥用职权行为契合度的问题,可能影响刑法评价的精确性。其次,关于“规范保护目的”中“规范”的类型化和层次性。在分析出现的危害后果是否处于规范保护目的的范围之内时,其基准到底是滥用职权罪的规范保护目的,还是部门法、行政规章或工作规范的保护目的,应予以区别分析。作者用滥用职权罪的规范保护目的来划定其因果关系范围,但是文章以《交通警察道路执勤执法工作规范》的目的来分析具体案例。显然,由于刑法条文规范保护目的的中观性(甚至宏观性),如果仅以滥用职权罪的规范保护目的范围来划定因果关系范围,并不具有“一劳永逸”的方法论价值,因此需要进一步借助于非刑事法

[1] 2006年7月26日最高人民法院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》(高检发释字[2006]2号)对滥用职权罪和玩忽职守罪作了概念界定。根据该司法解释,滥用职权罪是指国家机关工作人员超越职权,违法决定、处理其无权决定、处理的事项,或者违反规定处理公务,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。玩忽职守罪是指国家机关工作人员严重不负责任,不履行或者不认真履行职责,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

[2] 最高人民法院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》第一条第(一)、(二)项;2012年12月7日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》(法释[2012]18号)第1条第1款、第2款。

[3] 据笔者通过中国裁判文书网的不完全收集,在判决书中直接写明被告人的主观责任方面是间接故意(明知而放任)的司法判例有50余个。如:陕西省紫阳县人民法院(2016)陕0924刑初61号刑事判决书;辽宁省义县人民法院(2014)义刑初字第00157号刑事判决书;山东省济阳县人民法院(2017)鲁0125刑初10号刑事判决书;山西省长治县人民法院(2014)长刑初字第115号刑事判决书;湖北省沙洋县人民法院(2016)鄂0822刑初177号刑事判决书;河北省张家口市崇礼区人民法院(2018)冀0709刑初6号刑事判决书;河南省淮滨县人民法院(2015)淮刑初字第063号刑事判决书;等等。

律规范的保护目的来加以阐释,但是二者如何贯通以及在何种层面上实现贯通,似乎需要进一步分析研究。关于渎职犯罪因果关系的认定,笔者认为需要把握两个关键点:

第一,关于渎职行为对危害结果具有“原因力”的判断。2012年11月15日最高人民检察院印发的《第二批指导性案例》(高检发研字[2012]5号)关于杨某玩忽职守、徇私枉法、受贿案(检例第8号)的“要旨”中,就“渎职犯罪因果关系的认定”提出了一般性标准。^[1]其中,对于“原因力”的规范解释成为核心。原因力理论较早用于民事责任领域,主要用来解决侵权法中多因现象下各行为人的责任划分问题。一般认为,原因力的大小取决于各个原因的性质、原因事实与损害结果的距离以及原因事实的强度,多从主要、次要和直接、间接等维度来判断原因力大小。^[2]也有人将原因力理论引入刑法因果关系领域并作了归类。^[3]渎职行为对危害结果的“原因力”实际上就是“作用力”。最高检察院指导性案例“要旨”仅仅明确了“原因力”,并未对原因力大小作出分类指引,可见司法机关对于渎职行为与危害结果之间因果关系的认定采取了非常宽松的标准。如果按照这一标准,渎职犯罪极有可能呈现出某种“口袋化”特征。笔者倾向于认为,应对渎职犯罪中的“原因力”作进一步的教义学构建。

第二,应谨防刑事政策过度侵入渎职犯罪因果关系的司法认定。从学术史上看,刑法教义学与刑事政策经历了从相互隔离到相互融通的过程,即陈兴良教授提出的“从李斯特鸿沟到罗克辛贯通”^[4],刑事政策已经由多个层面进入刑法教义学体系,并借助于扩张解释、目的解释、实质解释等解释方法对司法实务尤其是个案产生直接影响。从笔者收集梳理的渎职犯罪司法判例以及近年来我国司法解释对某些影响“体感治安”^[5]行为的过度回应等情况来看,“刑事政策对刑法教义学的目的引导”有余,而“刑法教义

[1] 这一标准是:如果负有监管职责的国家机关工作人员没有认真履行其监管职责,从而未能有效防止危害结果发生,那么,这些对危害结果具有“原因力”的渎职行为,应认定与危害结果之间具有刑法意义上的因果关系。

[2] 张新宝、明俊:《侵权法上的原因力理论研究》,《中国法学》2005年第2期,第92-94页。2001年1月10日最高人民法院《关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》(法释[2001]3号)第2条第2款则首次使用了“原因力”这一表述。

[3] 种类包括:单一原因力和多元原因力;直接原因力和间接原因力;一次性原因力和累积性原因力、叠加性原因力;主要原因力和次要原因力;重原因力和轻原因力;正向原因力和反向原因力。参见张训:《论刑法因果关系之原因力》,《政治与法律》2010年第4期,第127-130页。

[4] 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——中国语境下的展开》,《中外法学》2013年第5期,第974页。第1000-1005页。

[5] 周光权:《论通过增设轻罪实现妥当的处罚——积极刑法立法观的再阐释》,《比较法研究》2020年第6期,第45页;周光权:《刑事立法进展与司法展望——〈刑法修正案(十一)〉总置评》,载《法学》2021年第1期,第24页。

学对刑事政策的边界控制”不足。渎职犯罪主体的特殊性和“公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的宏观叙事下，渎职犯罪因果关系的司法认定难免会受到刑事政策的影响，呈现出“泛化”趋势，这是渎职犯罪因果关系的教义学构建中应当考虑的问题。