

论双重因果关系未遂化

◆杜艳琪

(山东理工大学, 山东 淄博 255000)

【摘要】对于双重因果关系,学界一直存在“既遂论”和“未遂论”的争论。“既遂论”在我国一直是有力学说,但是关于“未遂论”的作为少数说也不乏支持者。双重因果关系作为因果关系的一种情形,无论其如何特殊,其根本的判断规则还是以因果关系的判断为准,也就是现在学界公认的“归因+归责”的判断路径。许多学说都重视归责评价,而常常忽视归因层面的判断,但双重因果关系中许多情形本不应进入归责层面。分析因果关系首先是要判断因果流程是否清楚,在双重因果关系的许多场合都存在因果流程不清的情况,面对这种情况应坚持存疑时有利于被告的原则进行认定,而不应该将在归因层面存疑的案件再放到归责层面进行判断。如果坚持在归因层面判断清楚后再进入归责层面这一判断方法,再加上目前我国并没有对“存疑既遂”的明文规定,双重因果关系的大部分案件都只能得出未遂的结论。

【关键词】双重因果关系;评价;借鉴

一、简要介绍

因果关系一直是刑法领域的疑难问题,而双重因果关系又属于其中的特殊情形,因此,在理论上更是争论不休。在“既遂论”风头正盛时,学者苏文主张弱勢的“未遂论”是一种大胆的主张和有益的讨论。如果长时间一种学说占据主导地位,那理论的发展也会停滞不前。但是在讨论是“既遂”合理还是“未遂”更有说服力之前,首先应该清楚的是双重因果关系的概念。双重因果关系,也称为替代的因果关系或择一竞合的因果关系。是指两个以上的行为都能导致结果的发生,但在行为人没有意思联络的情况下,竞合在一起导致结果的发生。容易与其产生混淆的是重叠因果关系和累积因果关系,为了避免产生不必要的误解,在这里做一下简单的区分是有必要的。“从因果不明的内容看,替代因果关系主要是具体侵害人不明,而重叠因果关系和累积因果关系是具体侵害份额不明。”这个差异也是导致替代因果关系在整个因果关系判断中不同于其他两个的地方。关于这点在下文会有论述。

在弄清楚基本概念之后,首先对学者苏文进行探讨,苏文以“整体排除说”的缺陷作为攻击“既遂论”的武器。“整体排除说”在双重因果关系的解释上的确存在重大缺陷。不仅是在解释方法上有自相矛盾之嫌,更致命的缺陷是难以从法理进行说理,似乎只是为了解释而强行提出的概念。他提出的“未遂化”的主张在本文看来也是合理的,但是在论证过程中有的地方还是值得商榷。苏文另举了“二人盗窃案”与“二人枪击案”进行对比。先不说将“二人盗窃案”作为证明双重因果关系“未遂化”是否合适。退一步讲,即使采用该案例作为模型,笔者认为两个案例之

间的不同在于“法益是否具有恢复性”,但这种认定也是有问题的。两个案件之间最重要的不同并不是保护法益的不同,而是在“二人盗窃案”中因果流程是清楚的,确实是甲、乙二人的行为造成了被害人的财产损失,对于因果流程的认定没有任何疑问。如果将案件修改为甲、乙、丙三人去主人家做客,后主人家财物失窃且窃贼一定在甲、乙、丙三人之间,但此时恐怕不会有人认为是甲、乙、丙三人都应承担盗窃罪既遂的责任。因为,此时案件在因果流程上就不清楚,根本无法进入下一步的归责阶段。

二、明确观点

关于刑法因果关系要进行“归因+归责”两阶段的判断思路已经盛行。“归因”是客观事实层面的因果流程,“归责”是价值评价层面的因果关系。二者之间存在先后顺序,首先要判断客观事实,在清楚客观的因果流程后,才能进入价值评价阶段判断因果关系。

在二人枪击案中,因果关系判断的核心在于判断因果流程是否清晰。不同于目前在归责层面对于相当因果关系说、客观归责理论和危险的现实化理论的争论,在归因上,虽然条件说一直备受批判,但不可否认条件说作为刑法因果关系理论的逻辑起点,其意义是不可被轻视的。所以要想对行为人进行归责,首先要确认行为与结果之间是否具有条件关系。“查明从行为到结果的具体因果流程,只要因果流程能够被证据证明到排除合理怀疑的程度,且行为对结果的作用不为零,则行为到结果的条件关系就能够被确认。”在本案中,虽然甲或者乙的枪击行为都能够独立导致丙的死亡,但问题是无法查明击中心脏的两枪是同时对丙的死亡发挥了作用;还是一枪已经导致死亡,另一枪只是在理论上会

导致丙死亡。在实际的因果流程中，也许乙击中的是已经死于甲枪下的丙，因为所谓“同时击中”不过是指一个假设情景，在现实中难以成立。如果就是“同时击中，同时发挥作用”那也没有讨论的必要，因为在这种情况下，既然能够确定确实是两枪，而不是甲或乙先前可能0.1秒的一枪致丙死亡，那当然可以确定甲、乙的行为与丙死亡之间的条件关系进入归责领域对其归责。由于出现了基于现在的刑事侦查技术和手段无法查明的情形，因此甲和乙都可以主张自己的一枪对丙的死亡作用为零。此时，在这种情况下，甲、乙的行为与丙死亡结果之间连基本的条件关系都无法确认，就根本无法进入下一归责层面。因此，应当否认甲、乙与丙死亡上的因果关系。故意杀人罪是结果犯，因果关系是认定结果犯既遂的构成条件，因此，对甲和乙只能认定为故意杀人罪未遂。

三、对既遂论观点的质疑

有关双重因果关系的既遂，有明确规定的是《日本刑法典》和《韩国刑法典》。《日本刑法典》第207条规定：“二人以上实施暴行伤害他人的，在不能辨别各人暴行所造成的伤害的轻重或者不能辨认何人造成了伤害时，即使不是共同实行的，也按照共犯的规定处断。”《韩国刑法典》第263条规定：“因数个独立行为竞合发生伤害结果而无法判断孰为死伤原因的，以共同正犯处罚。”这为处罚因果流程不明的共同伤害案件提供了法律依据。针对上述规定有法律拟制说和举证责任转移说。法律拟制又可以分为法律拟制肯定说和法律拟制否定说。“肯定说主张在具体因果关系不明的场合，例外地将同时伤害视作共同正犯处理，从而所有的行为人都将因为‘部分实行全部责任’原则的适用，而对伤害结果负责。否定说认为在刑法没有明确规定的前提下，对同时伤害仍应适用同时犯的一般归责原理，即在具体因果关系不明的场合，所有行为人均不对伤害结果负责。”本文赞成否定说，在说明原因之前，先讨论关于何为法律拟制。所谓“法律拟制”就是将原本不符合某项规定的行为也按该规定处理。原本“替代因果理论就是在共同犯罪的框架之外，为解决具体致害人归因不明的情形的定罪量刑问题，构建一种有关因果关系判断的特别规则。”但是法律拟制实际上是把共同伤害场合的双重因果关系案件拟制为共同犯罪处理。日本和韩国刑法规定是法律拟制肯定说的表现，由于出于对罪刑法定原则的遵守，所以在日本和韩国对于在同时伤害的双重因果关系案件中，即使是因果流程不明也能认定行为人既遂。但是在我国并没有此项特殊规定，因此，我们应当坚持按照一般的原则来对此类案件进行分析和评价。而举证责任转移实际上是有罪推定的表现，违反了“存疑是利于被告人”这一原则。因为在认定被告人有罪这一流程中，原本应该是在假定行为人无罪的基础上，由

控方提供证据来证明被告人有罪，但是举证责任转移却是假设行为人有罪，然后由行为人提供证据来证明来自己无罪，因此也不可取。

如上文所述，因果流程不清无法认定具备条件关系，因此只能是未遂。但是在既遂与未遂中，有的学者主张视情况而定，既不是纯粹的未遂论也不是纯粹的既遂论。如张小虎教授认为，对于双重因果关系案件原则上应当是未遂，但是在十年以上或者造成死亡的重罪的场合应当认定为既遂。但这种说法存在疑问，既然主张一般情况下应当是未遂，那就说明因果流程不清，对行为人本来就应该认定为未遂，但是为什么可以有作为例外的认定为既遂呢？他给出了以下三个观点：刑法兼顾保护社会，刑法不应遗漏显著罪行和替代因果关系既遂归责，并非完全违反刑法原则。

首先，针对第一点，张小虎教授的解释是虽然对于具体致害人的归因不能确定，但是行为人的行为与主观动机恶劣，对社会秩序破坏严重，所以认定其为既遂。从这个表述中似乎可以推断出认为应该追究行为人既遂的重要原因是由于发生了实害结果而且行为人主观恶劣，所以虽然无法确定结果是否确为行为人的杰作，但因为恶劣的主观动机表明了行为人的反社会人格，为了社会秩序的安定就应认定其为犯罪既遂，这体现了主观主义刑法以及社会本位的思想。但我国现在的刑法学立场是客观主义，关于这一点在下文将有论述。

其次，是关于第二点，张小虎教授提到了三个理由来支持自己的论点：（1）应严密“刑事法网”，做到“轻者不纵，严者不放”。（2）从世界局势来看犯罪高发；从我国形势来看，处于社会转型期，犯罪高发，认为“不应基于机械僵硬的‘学究理论’而使严重犯罪逃脱制裁”。（3）确保与提升公众对于法律的信赖与情感，以实现刑罚目的之“积极一般预防”。第一和第二点体现了“严打”的思想，颇为“宁可错杀一千，不可放过一个”的态势，认为高压之下必有安宁。尤其是认为我国处于社会转型期，更应当做到“刑网密布”。但是从历史上看，我国曾经历过四次“严打”，在严厉惩治犯罪的同时，也导致了冤假错案的发生。但正如德国刑法学家李斯特曾经提出的“刑法既是善良人的大宪章，也是犯罪人的大宪章”这一论断，即便是犯罪人的权利也应当受到保护，何况在双重因果关系中，许多案件存在因果流程不明事实存疑的场合，更应当谨慎行事。第三个理由中张小虎教授强调了人的法感情和积极的一般预防的重要性。正如两枪致死案中，发生了死亡结果，却没有人要为此承担既遂的责任，让人在情感上难以接受，尤其是在我国这样的环境下，不做出既遂的判决会让法院承受巨大的舆论压力。但是第一点“在司法认定中，司法者应当承认理性认识能力的有限性”，即便是实体正义可能会存在偏

差,也不能为了追求一个可能公正的结果而使得实体正义与程序正义失衡。“法官独立”是早就被确定下来的普遍认知,当司法被民意胁迫的时候,法官就不再是独立的判断者,而是狂热大众的“传声筒”。同时,认为在双重因果关系中的重罪案中认定行为人既遂会起到积极的一般预防的效果也是有疑问的。在因果流程存疑的场合,对重罪认定为既遂,对轻罪认定为未遂。而这样认定不是依据刑法原理而是社会效果,这样的做法只会让大众感觉刑法是一种为了满足所谓大多数人的感情,而不顾自身原则可以被随意解释,那这样真的会让大众对刑法产生敬畏,对整个法律体系产生敬畏吗?我想这是存疑的。

最后,是第三点,认为替代因果关系归责并非完全违反刑法原则。“行为人对于行为与结果出于一定的主观责任,实施了足以独立造成结果的实行行为,尽管未必结果就是由其所造成的,但是却不能说其就是没有责任的。”这可以看作是主观主义的经典表达,“主观主义认为,刑事责任的基础是犯罪人的危险性,即反复实施犯罪行为的危险性。”虽然主观主义不是主观归罪,因此也不能断言与客观主义相比,二者孰优孰劣。但是我国现行刑法采取的是客观主义立场。从理论上讲,现行刑法之所以采取客观主义立场,是因为法学界对社会本位的法律观进行了剖析、批判,个人本位的法律观得以提倡、以义务为本位的法理念深入人心。因果关系是限定行为人对特定结果承担刑事责任的客观要件,其存在价值与刑事责任确定有关。因此,作为犯罪既遂的构成条件,必须要确确实实行为与实害结果之间的因果关系才能认定行为人既遂,而不能仅以行为人实施足以造成结果的行为和恶劣的主观动机进行认定。

四、结束语

本文以苏文对“未遂论”的主张为引,论证了主张未遂论理由以及对既遂论和“既遂+未遂”论进行了否定。双重因果关系无论如何特殊,归根到底还是因果关系问题,论证因果关系问题坚持从归因到归责的路径在目前看来是最合理的论证方法。现在学界大都将研究重点放在了对于相当因果关系理论、危险的现实化理论以及客观归责论或者英美的“双层次”因果关系理论等归责理论的研究。但是归因是认定因果关系的基础,许多看似疑难复杂的因果关系问题也许难点并不在于归责,而是基本的事实因果流程不清。事实判断和规范评价原本应属于两个不同层面的问题,但是规范评价对事实判断领域的侵袭,不当规避了程序法中的证据裁判归责原则对入罪条件的限制,导致了刑法处罚范围的不当扩张。同时,在判断时要坚持罪刑法法定原则和客观主义立场,坚持保障人们的权利,尊重作为个人的价值。

参考文献:

- [1]黎宏.刑法因果关系论考察[J].清华法学,2022,16(03):112-130.
- [2]张小虎.论刑法替代因果关系的归责:理论基奠与事实根据[J].政治与法律,2019(09):93-104.
- [3]董玉庭.从客观因果流程到刑法因果关系[J].中国法学,2019(05):249-266.
- [4]高治.论因果关系不明场合下同时犯的责任归属——以同时伤害案件为重点[J].中国刑事法杂志,2012(10):25-30.

作者简介:

杜艳璞(2002—),女,汉族,山东滨州人,大学本科,研究方向:法学。