

论规范归咎刑事责任范型

王志远*

内容提要 为限制刑罚权滥用,法治先贤强调法的客观化,将存在论意义上的行为责任范型确立为刑事归责的唯一根据。然而实践中存在诸多并不完全符合该范型的归责样态,如多次犯、原因自由行为、客观处罚条件等。归咎的刑事责任论为此提供了系统的“刑事归责例外规律”,实质上是借助刑事古典学派力求排除的规范性考量因素来补足归责合理性,但其仍不能为组织体归责提供充分正当化根据。将以组织体官员规则(RCO原则)为代表的规范归咎刑事责任范型确立为与行为责任范型并行的刑事归责根据,不仅能有效证成对组织体归责的合理性,更能为单位犯罪中直接负责的主管人员刑事归责、负有直接责任型危险驾驶罪、拟制型犯罪的正当性等问题提供更周延的解释。尽管规范归咎刑事责任本身具有规范本质上的合理性,但为确保法的安全性,需从义务配置的合理性、责任赋予形式的法定性、刑罚配置的适当性、可谴责性判断的人性化四个方面对其适用加以限制。

关键词 刑事归责 行为责任 归咎责任 规范归咎 组织体归责

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2025.06.010

目 次

- 一、行为责任范型面临的困境与挑战
- 二、从补强到补充:规范归咎刑事责任范型之确立
- 三、规范归咎刑事责任范型的实践展开
- 四、规范归咎刑事责任范型的适用限制
- 五、结论

* 中国政法大学刑事司法学院教授。本文系2022年度国家社科基金重大项目“以守法意识养成作为指针的刑事治理现代化研究”(项目批准号:22&ZD339)的阶段性成果。

刑法格言“犯罪是行为”,意指任何人受到处罚都是因为其实施了犯罪行为,蕴含着作为刑法基本理念的“行为刑法观”,为传统刑事归责提供了“行为责任范型”的一元合理性基础——犯罪人受到刑事否定评价的根据在于其行为。行为责任范型延伸出责任主义和个人责任主义两个更为具体的归责要求,前者要求据以归责的行为必须与可谴责的主观罪过同时存在,后者则要求在行为人自己实施的犯罪行为范围内作归责限定。对于以“保障人权”为优位价值取向的当代刑法而言,行为责任范型理念能够有效限制国家刑罚权的不合理运用,因而确立了其统治地位。然而随着新的刑事治理需求被持续催生,越来越多的新型刑事归责样态产生并进入刑事立法和司法实践,其中有很多并不能被行为责任范型有效涵摄。虽然将行为责任范型作为当代刑事归责的主要根据无疑是妥当的,但也需要回应行为责任范型面临的问题。本文在系统揭示传统一元行为责任范型理念困境的基础上,提倡刑事归责根基的“行为责任+规范归咎”二元理论图景,以服务刑事治理的实践需要。

一、行为责任范型面临的困境与挑战

(一) 行为责任范型及其存在论思想源起

犯罪何以是行为,须从近代以来刑法的形式化转向谈起。作为刑法形式化转向的集中体现,罪刑法定原则的深层意涵超越限制刑罚权滥用的表层目标,指向刑罚权运行的合理化。只有被认为合理的刑罚权运行,才能保证刑法意思决定机能的实现;而之所以严格遵循预设形式化条件的刑罚权运用才是合理的,其正当性机理植根于对行为法律后果可预测性的确保。⁽¹⁾一旦刑罚权的启动与运行脱离法定约束而陷入任意与擅断,社会成员将丧失基本的安全感,个体尊严随之沦丧,社会正常发展受阻,最终导致法律权威的崩塌和对法律遵从度的降低。与此相应,刑法客观化转向是行为可预测性得以实现的必然选择,其内涵就是以客观行为作为认定犯罪的形式逻辑内核,以行为的事实特征构筑刑法的形式化知识框架。作为现代刑事归责根据的行为责任范型理念由此滥觞。

在“构建形式化刑法知识体系”这一进程当中,存在论思维成为行为责任范型理念获得统治地位的内生推动力。作为与规范论思维相对应的重要法学认知范式,存在论思维植根于自然科学传统,以现存事实为基础,专注于“此在”事物的概念、表征、属性或者本质,致力于追求唯一性、确定性和可复验性的结论,排斥价值判断与规范评价,强调司法过程的逻辑自洽。存在论思维作为方法论包含三个基本阶段:首先在充分经验观察基础上进行归纳总结,以准确刻画或解释现存事实;其次通过理论推导出适用于研究对象的普遍性结论;最后通过反复验证与调整,不断推演结论的可靠性,最终实现确定性解决方案。⁽²⁾与之相对应,规范论思维则以应然规范为起点,关注人的目的性导向,着重揭

(1) 参见[德]迪尔克·克斯勒:《马克思·韦伯的生平、著述及影响》,郭峰译,法律出版社2000年版,第169页。

(2) 参见[美]约翰·莫纳什、劳伦斯·沃克:《法律中的社会科学》,何美欢等译,法律出版社2007年版,第49页。

示事物的社会价值维度,倡导价值判断与目的理性,追求价值正当和目的合理。在这种认知方式下,立法者在制定某个具体规范时,必然蕴含特定的价值倾向与立法目的。法律条文是法律规范的载体,法律规范是法律条文的实质内容;法律规范目的是给包括法律适用者在内的社会公众提供一种确定的行动指引;法律的理解与适用绝非单纯的逻辑推演,其过程离不开价值评判,需要裁判者在不同解释路径上选择最契合立法目的和价值预期的方案。

通俗而言,存在论思维以“是什么”作为提问方式,而规范论思维主要指向“为什么”。相较而言,存在论思维显然更有利于建构形式化的定罪量刑标准或者模型。以客观存在的行为作为刑事归责根据,并且归纳行为的事实特征作为刑事归责与否的判断范型,显然也与存在论法学认知范式同频共振。同时,存在论意义上的行为责任范型更有利于避免可能的司法恣意和人权侵害。如针对中世纪欧洲普遍存在人们因表达非基督教教义的思想而受罚的现象,孟德斯鸠振聋发聩地指出,单纯的思想不能构成犯罪,主观归罪只能将公民的自由剥夺殆尽,因而是一种暴政;同样,用于表达自己意思的文字本身也不能构成犯罪,只有行为才能成为犯罪的载体。⁽³⁾总之,作为刑事归责根据的行为责任范型理念,其实是伴随着近代人权观念的兴起而提出的,适应于近代法律形式化、非人格化思想进程的存在论观念产物。

(二) 存在论基底上行为责任范型的解释困境

以存在论为基底的行为责任范型在刑法适用过程中面临诸多解释困境,这些困境的共同特征在于,人们在规范价值层面所希望的问题处理方案与现象事实表现之间存在沟通性间隙,而这些间隙又难以借助行为责任范型理念加以有效填补。

1. 多次犯

多次犯是以多次相同行为作为满足应受刑法谴责条件的犯罪成立类型,我国刑法中存在“多次盗窃”“多次抢夺”“多次敲诈勒索”“多次参加聚众淫乱”等具体形式。以“多次盗窃”成立盗窃罪为例,相对于盗窃罪的典型行为责任范型,此情形下成立盗窃罪并不需要满足“数额较大”的定量要求。那么,何以能在入罪门槛上作弱化处理?在行为责任范型视角下,客观社会危害强化是居于有力地位的解釋路径。据此,多次盗窃中的“多次”自然属于构成要件的客观要素。对于“多次盗窃”行为是否以盗窃罪论处,首先要考虑行为是否可能盗窃值得刑法保护的财物;其次要综合考虑行为的时间、对象、方式,以及已经窃取的财物数额等。⁽⁴⁾这一观点是将盗窃罪中的“多次”理解为对客观危害性的综合强化,从而使未达数额要求的多次盗窃之应受谴责程度具备典型盗窃犯罪的等价值性。然而,客观社会危害性综合强化论的解释力并非十分充分、周延。首先,在行为类型固定的前提下,盗窃罪客观危害性的核心体现应当是对法益的侵害程度,而盗窃次数的多少对于客观社会危害的影响并不具有决定性;其次,如果单纯从客观层面考

(3) 参见〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》,夏玲玲译,红旗出版社2017年版,第167-168页。

(4) 参见张明楷:《刑法学》(第6版下),法律出版社2021年版,第1243页。

量司法解释中的“两年内三次”,则逻辑上完全可能将一个基于概括故意的多次盗窃举动视为满足多次盗窃入罪条件,而实践和理论上对于此路径多持反对意见⁽⁵⁾。

2. 客观处罚条件

针对刑法中客观处罚条件的设定,行为人主观上是否具有认知、是否有与之对应的责任要素满足,并不影响对其进行的刑事归责,这显然与行为责任范型下的“责任主义”要求并不契合。为了解决这一问题,理论界在传统的行为刑法观框架下进行了多种解释路径的尝试。处罚条件说认为,客观处罚条件的功能属性为限制处罚事由,由于客观处罚条件并非构成要件要素,因此将其排除在故意的认识和意志内容之外并不会违反责任主义,⁽⁶⁾从而维护了行为责任范型理念的一贯性。然而问题在于,客观处罚条件同时也可以被理解作为一种刑罚扩张事由,将其功能面向单纯界定为限制处罚事由显然并不全面。与处罚条件说相反,构成要件还原说认为客观处罚条件属于刑罚扩张事由,并将其体系性地位定置于不法构成要件要素,要求行为人主观上对该客观事实有认识。⁽⁷⁾虽然该观点可以与行为责任范型的要求相契合,但完全否定客观处罚条件的限制处罚事由功能面向并不合理;同时因为客观处罚条件往往与犯罪行为的关联性较弱,要求行为人对此具有预见可能性极为困难,最后的结果可能是大部分情况下都无法对行为人进行刑罚处罚。有鉴于此,构成要件独立说将客观处罚条件的体系地位置于继构成要件符合性、违法性和责任之后的第四犯罪成立要件,⁽⁸⁾从而保证其适用既不受主观罪过要求的限制,也不否定责任主义原则,⁽⁹⁾同时还可以实现客观处罚条件设定的刑罚扩张功能。然而,该说未能圆满回答一个根本性问题:何以能够突破责任主义的要求而仅依据客观处罚条件作刑事归责?可见,试图在行为责任范型理念下实现客观处罚条件的刑罚扩张与责任主义的契合实属困难重重。

3. 原因自由行为

原因自由行为因其不符合“行为与责任同时存在”这一要求而备受理论关注。在涉原因自由行为的场合,虽然符合构成要件的所谓“结果”行为仅具备犯罪的客观要素,但是却不具备与行为同时存在的可谴责的主观罪过心态;而就行为人具备可谴责主观罪过的“原因”行为而言,则没有符合刑法分则个罪构成要件的行为类型。行为责任范型理念指导下的构成要件说坚守“行为与责任同时存在”的原则,尝试对实行行为概念进行松绑,将“犯罪行为”前置至行为人具有可谴责性的原因行为阶段。具体路径主要有二:一是间接正犯类似说,认为行为人利用自己陷入无责任能力的状态实施犯罪的行为与将他人作为工具、利用他人实施犯罪的间接正犯原理相似。⁽¹⁰⁾但这一观点既可能不当

(5) 参见黄祥青:《认定多次盗窃的事实与法理依据》,载《人民司法》2009年第9期,第72页。

(6) 参见柏浪涛:《构成要件符合性与客观处罚条件的判断》,载《法学研究》2012年第6期,第141页。

(7) 参见黎宏:《刑法总论问题思考》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第167页。

(8) 参见冯军:《刑法问题的规范理解》,北京大学出版社2009年版,第247页。

(9) 参见黑静洁:《客观处罚条件之理论辨析——兼论客观处罚条件理论在中国刑法中的定位》,载《政治与法律》2011年第7期,第143页。

(10) 团藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社,1990年)161-162頁参照。

排除原因自由行为的过失归责,也可能不当排除在亲手犯场合运用原因自由行为刑事归责的可能性。二是原因行为自然流出说,认为若行为人的前行为能直接对客体达成符合其性质的效果,并足以触发法规针对该行为的禁止命令,则该前行为即可被认定为实行行为,由此产生的后续行为仅是前行为的自然延伸,在规范层面丧失独立意义。⁽¹¹⁾原因行为自然流出说也存在明显的缺陷:第一,要肯定原因行为的实行行为性,就必须要求该行为本身具有导致结果法益侵害的现实危险性,但是原因行为在多数情况下无法达到此要求。第二,如果将原因行为认定为实行行为,那么处在原因行为阶段却因意志以外的因素而未能进入结果行为阶段的行为人都将会被按照未遂犯处理。这可能违反罪责刑相适应的基本原则,有不当加重处罚程度的嫌疑。可见,构成要件说试图对实行行为进行松绑以满足行为责任范型“行为与责任同时存在”原则的做法,并不成功。

(三) 单位组织体刑事归责理论对行为责任范型的挑战

在行为责任范型下,“行为”是刑事归责统一且唯一的基石。单位组织体承担刑事责任也须满足主客观两方面要求:客观上存在符合刑法分则特定罪名构成要件且违法的行为,主观上存在该罪名构成要件所要求的、可归责的罪过形式。然而,单位组织体刑事归责的理论和实践发展却逐渐呈现出脱离行为责任范型的趋势。

单位组织体与自然人的根本差异在于其意志与行为本质上是观念构造,事实中仅显现其成员的意志与行为。这一特性使组织体归责长期受困于团体责任与株连无辜之诘难。于此,借助民事法律思维中的替代责任原理来为单位刑事归责提供合理依据似乎天然具有优势。依据替代责任原则,单位组织体需为成员在履职过程中的侵权行为承担民事侵权责任,且实施侵权行为的个人本身免于对外承担法律责任,其应负的任何责任仅属组织体内部事务。将其适用于单位组织体的刑事归责,可以将自然人的行为和意志直接视为单位组织体的行为和意志,从而在形式上符合行为责任范型的要求,也可将单位组织体的刑事归责纳入刑法个罪构成要件的统摄之下。

然而无论从司法实践还是从刑法理论上审视,替代责任论的合理性都颇为可议。第一,不符合事理逻辑。传统理论所描述的单位整体意志,应理解为该单位决策层或成员集体意志的聚合,单位实体并不拥有自主意志或由此产生的行为。第二,可能导致对组织体的不当刑事归责。如果全盘照搬民事替代责任,将导致组织体责任“结果归罪化”,违背刑法的主观责任主义原理;而如果为避免组织体刑事归责过泛,对组织体替代归责的范围通过附加“成员范围”“集体研究决策”等条件加以限制,又可能导致应予刑事归责的情况被不当排除。第三,偏离组织体刑事归责的规范目的。对单位组织体刑事归责的目的在于强化组织体遏制、减少组织体成员实施危害社会行为的社会责任,而替代责任下的组织体刑事归责却可能成为自然人获得不当宽免的理由。

有鉴于此,立足于优化单位犯罪主体关系的“分离论”正日益获得认同。该理论主张,单位责任与成员责任在构造和追诉层面相互独立、彼此分离,二者既非互为前提,也

(11) 参见冯军:《刑事责任论》,社会科学文献出版社2017年版,第307页。

不存在必然牵连。⁽¹²⁾在分离论框架内,“组织体固有责任论”的影响力持续扩大。该理论将单位刑事责任的根据定位于组织体自身的结构、制度、文化特质及精神气质等内在属性,而非依赖其组成人员的行为或意志。⁽¹³⁾换言之,单位组织体刑事归责的依据并不在于组织体成员抑或单位组织体的行为,而是从单位自身的因素当中探寻组织体存在的导向、纵容组织体成员危害社会行为的组织管理问题。在国际范围内观察,“法人反应责任论”“法人文化论”“结构性法人责任论”“组织体责任论”等理论都是顺应这一趋势而进行的有益探索,⁽¹⁴⁾这种脱离“行为责任”的单位组织体归责理念在“郑某等侵犯公民个人信息案”等司法实践中也时有运用⁽¹⁵⁾。由上可见,在单位组织体刑事归责问题上,理论和实践都偏离了行为责任范型。

二、从补强到补充:规范归咎刑事责任范型之确立

刑法在社会治理意义上的功能本质上是规范性的,即通过对符合类型化特征的行为施加刑事制裁,向社会主体提出或者确证行为规范要求。行为责任范型的现实价值在于限制刑罚权滥用,但其并非刑法本质属性的必然要求。当刑事归责的行为责任范型在解释周延性方面出现问题时,在智识层面寻求规范性的辅助支撑以增强其合理性,就成为自然选择。而引入规范性考量以补强行为责任范型解释力的做法,也并不能解决其在单位组织体刑事归责场合的合理性缺失问题,但这却为刑事归责根据理论的发展提供了一种可能,即将单纯的规范性归责作为与行为责任并行的刑事归责根基。

(一) 行为责任范型的常态化“规范补强”

针对前述刑法中多次盗窃存在的“何以不考虑数额要求”这一疑问,通过对有所欠缺的客观方面范型要素加以规范补强的做法更具可接受性。有力的见解认为,多次盗窃的刑事归责根据不在于客观社会危害强化,而在于对行为人较高人身危险性的考量。⁽¹⁶⁾按照这种观点,事实意义上的多次盗窃并不当然满足盗窃罪的成立条件,关键要看这种事实意义上的多次情状是否反映出行为人的主观恶性。⁽¹⁷⁾将人身危险性纳入入罪考量,属于客观存在因素的规范补强,是以特殊预防的必要性强化客观要素欠缺时的刑事归责合理性。具体到多次盗窃犯罪场合,对于具有偷盗恶习、屡教不改的违法行为人,将其纳入刑事制裁的范围并予以教育矫正,不仅具有规范目的层面的合理性,也具有特殊预防层面的可行性。

(12) 参见叶良芳:《论单位犯罪的形态结构——兼论单位与单位成员责任分离论》,载《中国法学》2008年第6期,第102页。

(13) 参见黎宏:《组织体刑事责任论及其应用》,载《法学研究》2020年第2期,第81页。

(14) 参见卢建平、杨昕宇:《法人犯罪的刑事责任理论——英美法系与大陆法系的比较》,载《浙江学刊》2004年第3期,第101页。

(15) 参见甘肃省兰州市中级人民法院(2017)甘01刑终89号刑事裁定书。

(16) 参见刘宪权:《盗窃罪新司法解释若干疑难问题解析》,载《华东政法大学学报》2013年第6期,第91页。

(17) 参见刘德法、孔德琴:《论多次犯》,载《法治研究》2011年第9期,第88页。

在行为人的主观罪过并不满足行为责任范型的场合,刑事归责也可以借助规范考量获得充分的合理性证成。如针对客观处罚条件与责任主义要求之间的龃龉以及行为责任范型理念下诸学说的不足,承认刑罚扩张面向之客观处罚条件设定属于责任主义原则的例外,给人以拨开云雾见青天之感。⁽¹⁸⁾虽然刑法知识体系强调逻辑自洽,但也不应过于执拗,必要时将例外与既存原则置于同一层次进行论证⁽¹⁹⁾,才能使法律作为解决生活问题的工具更好地发挥作用。现代风险社会已然催生了此种需求,基于刑事政策理由将部分故意、过失相关要素排除于归责要求之外具有合理性。德国学者认为,这固然构成了对责任主义原则的限制,但风险思想本身为这种限制提供了必要的正当化理由,使其在法治框架内成为必须容忍或部分合法的实践。⁽²⁰⁾根据特定场合犯罪治理的政策性需要,例外地弱化针对客观处罚条件事实的对应主观责任要求,也并非不妥当。例如,一般盗窃行为只有达到“数额较大”的要求才构成犯罪,这里的“数额较大”就属于客观处罚条件。如果要求盗窃行为人对于盗窃对象的价值数额有认识才能予以处罚,刑事法网就可能因为主观明知的认定困难而出现漏洞。

同样是在规范层面上,原因自由行为的“例外模式”理论可以实现刑事归责合理性的满足。“例外模式”认为“行为与责任同时存在”原则并非不能被打破,如果能够在实质意义上肯定行为人的责任非难,就可以承认这一“例外模式”的法律构造。⁽²¹⁾“例外模式”可以细分为两种观点:一种是罪责前置说,认为结果行为仍为构成要件行为,但责任能力的判断时点前置至原因行为时。其背后的理论基础是“权利不得滥用”规则——若因自招风险导致责任能力缺陷,行为人仍然应当负责。⁽²²⁾另一种观点是责任减免事由排除适用说,认为构成要件行为是结果行为,责任能力的判断时点也是在结果行为阶段,只是由于违反了不真正义务⁽²³⁾排除了责任阻却事由的适用,因此行为人仍然要承担责任。⁽²⁴⁾实际上,决策者之所以在行为与责任并不同时存在的情形下坚持作刑事归责,正是基于国民的法感情进行等价值性判断的结果。如果仅因为“行为与责任”不符合“同时性”特征而置法益保护于不顾,不仅会为犯罪分子开通“犯罪通道”,而且有违社会公平正义的价值理念,严重冲击国民朴素的法感情。同样,在行为人过失陷入无责任能力状态造成他人死亡的场合,如果因为行为与责任不同时存在而不追究刑事责任,则会导致刑法所设定的针对他人生命的谨慎义务要求得不到全面贯彻。

(18) 参见梁根林:《责任主义原则及其例外——立足于客观处罚条件的考察》,载《清华法学》2009年第2期,第49页。

(19) 参见储槐植:《刑法例外规律及其他》,载《中外法学》1990年第1期,第22页。

(20) 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第555页。

(21) 参见〔日〕山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第275页。

(22) 参见〔德〕乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第221页。

(23) 赫鲁斯卡提出不真正义务是一种由构成要件规范衍生出来的义务,因为构成要件规范除了要求行为人不得实施法所不允许的行为,还会在原因自由行为等自招风险导致欠缺非难可能性状态的情形中,要求行为人保持充分之能力恪守规范,避免因无责任能力而违反构成要件规范。参见许恒达:《法益保护与行为刑法》,元照出版公司2016年版,第370页。

(24) 参见许恒达:《原因自由行为的刑事责任》,载《台大法学论丛》2010年第2期,第394页。

（二）行为责任与组织责任：一种不可调和的范式冲突

为应对组织体固有责任论对传统行为责任范型理念下单位归责依据的挑战,我国理论界着力通过义务犯概念为单位犯罪寻找独立于自然人犯罪的处罚根基,具体路径是依托不作为犯罪理论实现其与行为刑法观的兼容。在此框架下,单位刑事责任的成立不取决于其是否像支配犯那样直接操控了犯罪事实,而在于其是否违反了特定的“组织体保障义务”,即防止成员利用企业架构实施犯罪的义务。然而,行为责任与组织责任之间存在根本范式上的对立,即使借助规范补强,也难以实现行为责任范型与组织体固有责任论之间的兼容。

首先,义务犯这一理论范畴的理论目的并不清晰。在罗克辛那里,义务犯概念源于行为责任范型理念指导下支配犯概念对正犯归责根据的解释力不足。在身份犯的场合,行为人对犯罪因果进程可能明显起到了支配效果,却囿于身份等条件的限制而无法成立正犯。罗克辛认为,此时正犯成立与否的根本在于是否违背了特定义务而不是支配与否,于是就有了“义务犯”这一概念。⁽²⁵⁾与罗克辛不同,雅各布斯关于义务犯概念的出发点更为宏观,其关注的重点是犯罪主体应对自己的行为负责,本质上都是对规范的违反。

其次,关于义务犯的范围也并未取得共识。除了身份犯,罗克辛将不作为犯也纳入了义务犯中;同时认为,在不真正不作为犯中,即使行为人有特定的义务,但如果是通过作为形式实施犯罪则只能纳入支配犯,而不能纳入义务犯的范围。⁽²⁶⁾雅各布斯教授则根据积极义务和消极义务的区分来为义务犯确定不同的归责基础。积极义务是团结义务,也即每个人有与他人一起“建设一个共同的世界”的义务,违反积极义务的归责基础是“制度管辖原理”,导致的犯罪形态即为“义务犯”。从这个角度来说,雅各布斯对罗克辛的义务犯范围进行了扩大。而所谓消极义务,则是指每个人都要组织管理好自己的活动范围,不能去伤害他人,违反消极义务的刑事归责根据是“组织管辖原理”,导致的是支配犯或者通过组织管辖的犯罪。⁽²⁷⁾就此而言,雅各布斯又对罗克辛的义务犯范围进行了缩小。

无论罗克辛还是雅各布斯,提出义务犯概念的理论路径实质上都是试图在行为责任范型的既有框架内借助规范辅助的方式弥补解释力的不足。有所不同的是,罗克辛借助“特定义务的违反”这一规范性要素对行为支配这一存在论刑事归责根基加以辅助;而雅各布斯则走向了彻底的规范论基底,认为个人是在规范指引下的人格体,社会只有在这种规范性框架内运行才是现实的,⁽²⁸⁾从而为行为责任提供更为深层的规范厘清。然而,规范义务考量的引入并不能保证刑事归责的合理性。首先,义务犯概念可能造成罪刑不均衡。罗克辛将不作为犯原则上界定为义务犯,进而作为正犯对待,可能导致负有防止结果发生义务但未对犯罪起到支配效果的帮助犯被纳入正犯范围并科以不合理的处

(25) 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲主译,法律出版社2003年版,第11页。

(26) 参见何庆仁:《德国刑法学中的义务犯理论》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第24卷),北京大学出版社2009年版,第257页。

(27) 参见[德]京特·雅各布斯:《刑法归责体系》,赵书鸿译,法律出版社2024年版,第167-169页。

(28) 参见[德]京特·雅各布斯:《行为·责任·刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第99页。

罚。⁽²⁹⁾其次,义务犯概念还可能导致主观归罪倾向,模糊刑法处罚边界。例如,母亲试图帮助一个她“臆想”中杀害她孩子的“凶手”,把刀递给了她“臆想”中的“凶手”。在这种情况下,虽然客观上没有法益侵害的风险,但是母亲的行为仍然违背了与他人“建设一个共同的世界”的积极义务要求,按照雅各布斯思路,母亲的行为在无法益侵害下仍然成立故意杀人罪的未遂。⁽³⁰⁾

而作为义务犯原理与组织体刑事归责之间的连接范畴,不作为犯概念在这里的运用无视了传统不纯正不作为犯的等价值性要求,在行为责任范型理念下同样面临主观归罪和处罚不适当的责难。不纯正不作为犯的处罚范围应当受到等价值要素的限制,直接体现在一些国家的相关立法当中。⁽³¹⁾不纯正不作为犯之所以能够将事实意义上的“无行为”在规范意义上评价为“有行为”,要害就在于此。而不作为能否与作为等价,评价的基准应当是行为人利用或容忍的起因及其危险的具体性质而非作为义务。具言之,如果说实行行为是对法益侵害具有直接现实危险的行为,那么不论不作为还是作为形式的实行犯,都应具备这一特征。⁽³²⁾而单位组织体不履行“阻止内部成员利用企业进行犯罪”的义务,与组织体成员直接参与实施犯罪行为相比,无论从引起法益侵害的危险程度上,还是从对犯罪进程的把控上,显然都不能同日而语。简言之,义务犯概念下的不作为犯界定实际上并不能为单位组织体刑事归责的当前实践提供真正有力的合理性基础。更为重要的是,在不作为犯层面予以观察,组织体固有责任论将导向组织体成员危害社会行为的单位组织体运行管理机制缺陷作为刑事归责根据,其深层机理上与行为责任范型之间的不兼容性就被充分地暴露了出来。

(三) 并行于行为责任范型的规范归咎刑事责任范型

面对单位固有责任论与行为责任范型之间难以兼容的现状,可以考虑在行为责任范型之外,确立一种补充性的刑事责任范型,即规范归咎刑事责任范型,以确保单位组织体刑事归责的合理性根基。

1. 归咎刑事责任的理念缘起

从广义上讲,无论客观责任范型要求缺陷场合的刑事归责,还是主观责任范型要求缺陷场合的刑事归责,都属于不符合行为责任范型的归责样态,或者说属于行为责任范型的例外。刑法归责例外现象是具有一定规律的、包含内部本质联系和发展必然趋势的普遍现象。⁽³³⁾关于前文以多次犯、客观处罚条件和原因自由行为为例示的、需要借助规范考量补足其合理性的“刑事归责例外”之规律,美国学者罗宾逊系统阐述的“归咎的刑事责任”(Imputed Liability)理论提供了一个重要的解释框架。该理论处理的是行为人未

(29) 参见周啸天:《义务犯理论的反思与批判》,载《法学家》2016年第1期,第150页。

(30) 参见何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第201页。

(31) 如德国《刑法》第13条第1款规定:“依法有义务防止犯罪结果发生而不防止其发生,且其不作为与因作为而实现犯罪构成要件相当的,依本法处罚。”

(32) 参见何荣功:《不真正不作为犯的构造与等价值的判断》,载《法学评论》2010年第1期,第111页。

(33) 参见前注,储槐植文,第21页。

完全具备被指控犯罪全部构成要素却仍需承担刑责的例外情形,此类例外情形所依据的规范性原则独立于刑事责任的基本构成要素,形成了补充性的归责基础,为在缺失部分责任要素的情况下对行为人施加刑罚提供了正当性支撑。⁽³⁴⁾

归咎的刑事责任中最常见的模式是“部分行为责任范型要素+例外的原则=归咎的刑事责任”。其中一个典型的法定情形是“重罪谋杀”。在美国,谋杀罪一般要求故意、明知地杀人或者具有“表现出对人的生命价值的极端冷漠”轻率,但如果在武装抢劫这一重罪过程中发生了意外的杀人,重罪谋杀规则可以加重行为人的主观可责性并允许对其作出谋杀的判决;重罪谋杀规则的共犯方面,则允许所有的共同被告对其同伙的杀人行为承担谋杀罪刑事责任。⁽³⁵⁾重罪谋杀规则是传统谋杀罪的衍生性设置,将传统谋杀罪的可责心态归咎到实施重罪时发生的杀人上,此时的刑事归责被“杀人是重罪的可预见合理结果且是促成基本犯罪时导致的”这一例外原则所支撑。

归咎的刑事责任作为刑事归责合理性的分析路径,尝试为脱离常规的刑事归责提供统一的解释或者支持,在自愿醉酒、重罪谋杀、共犯责任、严格责任、身份犯、持有型犯罪、不作为犯等方面具有明显的启发作用。尽管在不同具体场合的归咎原则上有所差异,但是背后实质上均体现了功利主义的哲学思维,即追求“国民的最大幸福”或“公共福利”;⁽³⁶⁾基于刑事政策这一规范层面的考量因素决定是否作刑事归责。

2. 规范归咎刑事责任范型的确立

归咎的刑事责任还有一种更为彻底的规范化归责形式——刑事归责不再强调以具备可谴责之罪过的危害行为为基础,而是以职责义务的确证为目标的政策性刑责归属。⁽³⁷⁾虽然不能完全脱离客观危害行为、危害结果及其因果关系,也不能完全不考虑现实履职的可能性,⁽³⁸⁾但是从归责根据上讲,此种几近纯粹意义的规范性刑事归责,是可以与行为责任范型形成并列关系的刑事归责形式。这种归责模式超越了“部分行为责任范型要素+例外的原则=归咎的刑事责任”的既有模式,可称其为“规范归咎刑事责任”。

美国刑法中的“组织体官员规则”(the Responsible Corporate Officer Doctrine,简称RCO原则)就是其典型例证。该规则主张,当单位负责人通过其行为诱发或促进了实行犯的违法行为时,即使无法证明其存在具体的不法行为或明确的犯罪意图亦可追究其刑事责任。因果理论为该归责模式提供了法理支撑。⁽³⁹⁾例如,在“United States v. Park案”中,法院判定:即便无法确证被告知晓违法行为的发生,其基于职位所承担的、采取预防措施或及时纠正不法行为的职责(应履行而未履行)已构成追究其刑事责任的充分因

(34) 参见[美]保罗·H.罗宾逊:《归咎的刑事责任》,王志远、陈琦译,知识产权出版社2016年版,第92页。

(35) 参见前注,保罗·H.罗宾逊书,第13、23页。

(36) See Francis B. Sayre, *Public Welfare Offenses*, Columbia Law Review, Vol.33:55, p.73 (1933).

(37) See Kushner A., *Applying the Responsible Corporate Officer Doctrine Outside the Public Welfare Context*, Journal of Criminal Law & Criminology, Vol.93:681, p.705-710 (2003).

(38) See Kathleen M. Boozang, *Responsible Corporate Officer Doctrine: When is Falling Down on the Job a Crime?*, Saint Louis University Journal of Health Law & Policy, Vol.6:76, p.98 (2012).

(39) 参见前注,保罗·H.罗宾逊书,第14页。

果关联,故被告须对被诉行为担责。⁽⁴⁰⁾ 规范归咎刑事责任视野下的“组织体官员责任”,并不要求被归责者知情并有所行为,更倾向于因其对他人的危害行为及其结果存在预防职责上的失职而归咎刑责,旨在强化职责履行的谨慎义务要求。

根据“规范归咎刑事责任”理念,单位刑事责任可以理解为以组织体自身存在与犯罪行为具有因果关系的管理缺陷为基础的单纯规范性责任归咎。其明显的理论和实践优势有三:其一,单位刑事归责的规范归咎理论可将组织体固有责任论贯彻到底,真正实现单位犯罪与组织体成员犯罪相分离;其二,规范归咎的刑事责任以因果论为基础,将组织体自身的管理缺陷作为单位承担刑事责任的基础,不再区分单位意志和自然人意志,更加具体明确,可操作性强;其三,规范归咎的单位刑事责任的组织体固有结构缺陷来代替对单位组织体犯罪意志的推定,使企业组织体的刑事评价直面组织体自身固有的结构缺陷,有助于促进公司治理中的组织分权、分工、分层等方面的结构性优化。

值得注意的是,在我国公共安全刑事保障及组织体刑事责任领域备受关注的监督过失责任,实质上体现了与规范归咎刑事责任相同的归责合理性进路。有学者以“监督过失”界定单位组织体刑事责任,提出当单位成员在履职中造成法益侵害,且此侵害可归咎于单位的管理疏漏时,该成员自身构成故意或过失犯罪,而单位则需承担监督过失的刑事责任。⁽⁴¹⁾ 然而,此时监督过失归责理论的运用与前述不作为犯归责路径异曲同工,归责根基都是“义务”,而过失犯在责任构造上本就可以视为不作为犯的一种特殊类型。因此,组织体刑事归责的监督过失责任理论同样也面临义务犯、不作为犯与行为责任范型难以融合的境地。不仅如此,组织体的监督过失归责理论还显然与传统行为责任范型理念所要求的“犯罪构成是刑事责任唯一根据”相冲突。追本逐源,监督过失本身所认定的主观罪过心态日益脱离事实,实已成为某种规范要求的表达,⁽⁴²⁾ 与作为事实特征的构成要件概念发生脱节。换言之,监督过失理论的关键不在于确认监督者主观心态的具体过失,而在于体现了一种刑法上“风险防控优先”的价值取向,是刑法体系因应社会现实发展而在保持自身逻辑一致性方面作出的必要让步。借由拉长因果链条追究监督者责任、降低预见可能性门槛,促使高危行业领域监督管理者对生命健康等不容有失的法益保持必要的敬畏之心,并通过事前采取充分的预防措施来避免损害,以此平衡国家经济发展需求与个体基本法益保障之间的关系。就此而言,监督过失毋宁说是一种政策性的刑事归责形式,并不以典型的客观危害行为和主观罪过存在为归责基础。

三、规范归咎刑事责任范型的实践展开

以 RCO 原则为代表的规范归咎刑事责任范型,属于并列于行为责任范型的单纯规范性刑事归责范式。就刑事归责的规范性本质而言,将规范归咎刑事责任的理念运用于

(40) See *United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).

(41) 参见前注,黎宏文,第 87 页。

(42) 参见黄荣坚:《基础刑法学》(第 3 版上),元照出版公司 2012 年版,第 433 页。

单位组织体的归责考量,具有理论和实践上的合理性。归结而言,规范归咎刑事责任是特定情况下以法定义务未得到有效履行为正当基础的规范化刑事责任赋予,目的在于强化特定主体的社会责任,不受被追诉人的行为是否符合责任范型要求、是否同时具有主观罪过、具有何种主观罪过等传统归责考量的限制。除可运用于单位组织体刑事归责外,规范归咎刑事责任范型至少还可以在以下三个问题上予以展开。

(一) 单位犯罪场合直接负责的主管人员的刑事归责

在传统刑法语境下,单位犯罪中直接负责的主管人员的刑事归责有以下三个关键考量因素:一是单位犯罪是否成立。长期以来,我国单位犯罪的主体关系结构被界定为“一个刑事责任,两个刑罚承担者”,即单位犯罪两罚制。这种情况下,包括直接负责的主管人员在内的相关自然人的刑事责任均被理解为单位犯罪刑事责任的“分担”;也因此,直接负责的主管人员的刑事责任是以单位犯罪成立为前提的,是一种依附性的刑事归责。二是该主管人员是否在单位中担任一定的职务。在2001年最高人民法院印发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中,这一要求表述为“一般是单位的主管负责人,包括法定代表人”;相较之下,2019年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部印发的《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》将其范围扩大到“单位实际控制人、主要负责人或者授权的分管负责人、高级管理人员等”。三是该主管人员是否在犯罪过程中发挥作用。这里的作用主要是行为加功作用,一般是指对单位犯罪起决定、批准、组织、策划、指挥、授意、纵容等作用;而根据2019年《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》的规定,直接负责的主管人员可以扩大到对危害行为予以事后追认的负责人员。概言之,当前理论采“职责+行为作用”的综合标准,依附于单位犯罪成立与否来确定应负刑事责任的直接负责主管人员的范围。

将直接负责的主管人员的刑事责任完全依附于单位犯罪成立的观点存在弊端,可能令单位犯罪制度沦为相关自然人逃避罪责的工具,进而产生处罚缺漏。同时,依附性处罚模式导致单位犯罪中的自然人在量刑上往往比单纯自然人犯罪轻,⁽⁴³⁾从而违反了法律面前人人平等原则。而从行为加功意义上的作用考量,是将直接负责的主管人员的刑事归责建基于“行为责任”,⁽⁴⁴⁾这不仅在规范意义上与共犯责任形成重叠,从而在排除原有共犯责任与法条竞合之间形成不必要的争议;而且与“使单位组织体自觉承担起规制、防止其成员在与单位职责、业务相关的活动中危害社会的社会责任”的规范目的相悖离。

如果说对于对单位犯罪起决定、批准、组织、策划、指挥、授意、纵容、默许等作用的主管人员,尚可以纳入共犯责任范畴,从而获得行为责任论逻辑上的归责合理性,那么在危害行为实行当时没有同时起到主客观作用的事后追认场合,则很难获得同样的逻辑支撑。首先,事后追认无法满足行为责任范型所要求的行为与责任同时存在的原则。事后追认场合的关键缺陷在于行为发生时并不存在与行为人后续主观故意相对应的刑法危

(43) 参见谢治东:《单位犯罪中个人刑事责任研究》,法律出版社2014年版,第302页。

(44) 参见王良顺:《单位犯罪论》,中国人民公安大学出版社2008年版,第219页。

害行为。其次,共犯行为之所以应当受到刑事追责,是因为对于他人的危害社会行为起到了实质性的助力作用,而事后追认发生在危害行为之后,自然无法对危害社会行为的进程起到助力作用。

相比之下,对单位直接负责的主管人员采取规范归咎刑事责任的归责进路,将其界定为以未履行与犯罪行为具有因果关系的法定或组织体义务为前提的责任归咎,具有合条文逻辑、破除传统理论障碍以及满足刑事政策需要三方面的优势。第一,在规范归咎的意义上界定单位直接负责的主管人员并厘定归责范围,使其与行为责任意义上的其他直接责任人员相区分,显然更符合现行刑法的条文逻辑。第二,规范归咎意义上的刑事归责界定,可以解释对包括事后追认在内的所有主管人员类型均予以追诉的做法,而不被行为责任范型理念所羁绊。第三,更为重要的是,规范归咎意义上的单位直接负责的主管人员的刑事责任立足于依法合规的组织体经营管理结构优化,直面相关主管人员的监管失职,在刑事政策意义上显然更具现实针对性;而且通过直接负责的主管人员和其他直接责任人员归责根据上的区分,可以避免行为责任同化所带来的“违反刑法平等适用原则”的质疑,为直接负责的主管人员带来更大的从宽处遇余地。

(二) 负有直接责任型危险驾驶罪的司法适用

在我国《刑法》第133条之一“危险驾驶罪”中存在一种特殊的刑事归责设定,即“负有直接责任型危险驾驶罪”:对“从事校车业务或者旅客运输,严重超过额定乘员载客,或者严重超过规定时速行驶”“违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品,危及公共安全”两种危害行为负有直接责任的机动车所有人、管理人,按照危险驾驶罪追究刑事责任。这里的刑事责任形式和归责范围问题的理论和实践意义巨大。

从条文逻辑上讲,负有直接责任的机动车所有人、管理人显然并非危险驾驶行为的实行犯,而应当是并未直接实行“超载超速”“违规运输危险化学品”行为的责任主体,而且范围仅限于机动车所有人和管理人。按照行为责任范型,如果不能论以实行犯,则可以通过共犯、不作为犯以及间接正犯等归责形式,为机动车所有人和管理人的归责提供合理性。

首先,在负有直接责任型危险驾驶罪场合,将机动车所有人、管理人的刑事归责解读为“共犯责任”是我国当前的通行观点。⁽⁴⁵⁾然而这并不妥当,共犯责任解读实际上将这里的刑事归责设定理解为针对“超载超速”“违规运输危险化学品”共同犯罪的注意性规定。那么,有必要特别针对上述两种情境作注意性提示吗?从现实必要性的角度看,“超载超速”“违规运输危险化学品”之类的运营行为,多人参与或者存在雇佣关系的可能性更大;相比而言,追逐竞驶更接近于亲手犯,相关共犯往往是并行的共同正犯。就此而言,如果要处罚狭义共犯(教唆犯和帮助犯),需作注意规定的恰恰应当是追逐竞驶的场合,而非“超载超速”“违规运输危险化学品”的场合。

其次,间接正犯的归责范围过于狭窄,缺乏现实针对性,不利于刑事政策目的的实

(45) 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2024年版,第226页。

现。根据当下的刑法理论,机动车所有人、管理人利用主体不适格或利用不知情的他人或者强迫他人“超载超速”“违规运输危险化学品”,可以被评价为间接正犯。如此理解下的《刑法》第133条之一第2款就成为间接正犯的注意规定,看似对“负有直接责任”的内涵起到了充实性的作用,但其作用可能仅限于逻辑层面。事实上,上述第一种情况通常不会出现,因为不适格的主体不太可能驾车上路运营;而就市场运营的一般事理而言,利用不知情的他人或者强迫他人实施运营性危险驾驶行为的现实可能性也较低。因此,若将其作为间接正犯的注意规定,不论如何界定《刑法》第133条之一第2款的规范目的,其发挥的作用都微乎其微。

最后,负有直接责任型危险驾驶罪的不作为犯归责思路,实际上与单位犯罪场合将单位组织体的刑事归责理解为不作为犯一样,始终无法跳出能否与直接实施危险驾驶行为“等价值”的魔咒。而且,即使可以在不作为犯意义上处罚机动车所有人、管理人,可作用的范围也非常有限,对实现法条规范目的的作用也同样微弱。

在负有直接责任型危险驾驶罪的研究成果中,已经有学者注意到传统行为责任范型运用的不合理性——失之过窄可能放纵犯罪,失之过宽则可能不当扩大刑法的打击范围;并且提出,关于该罪的规范目的,可以认为系为促成上述两类人员与机动车驾驶人之间的监管关系,以实现风险分配法理基础上对“超载超速”“违规运输危险化学品”所关联之公共安全风险的有效管控。⁽⁴⁶⁾规范归咎责任意义上的刑事归责在这一问题上的运用,显然更有利于实现上述规范目的。其一,监督过失责任不同于传统的过失犯罪和不作为犯罪,其本质上属于规范义务赋予的需要,已经进入规范归咎刑事责任范畴。其二,依行为责任范型理念束缚下的监督过失责任,无论是不作为犯的等价值性要求还是过失基准行为所要求的“具有法不容许的危险”,都将使负有直接责任的机动车所有人、管理人的刑事归责范围受到过度限制,不利于分配风险责任以有效管控公共安全风险这一规范目的实现。

(三) 拟制型犯罪的刑事归责

法律拟制,或是将不同行为按照相同的行为处理,或是将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理。⁽⁴⁷⁾在我国现行刑法中,符合法律拟制特征的犯罪大量存在,如虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票行为中的“让他人为自己虚开”“介绍他人虚开”,抢劫罪中的“携带凶器抢夺”和《刑法》第269条规定的“转化的抢劫罪”,以及聚众斗殴罪、虐待被监管人罪、非法拘禁罪、刑讯逼供罪中的转化型故意伤害罪、故意杀人罪等规定。不同于直接在完全不符合行为责任范型的情形下根据强化特定类型主体社会责任的需要所作的单纯规范化刑事归责,拟制型犯罪外观上更多地表现为“将A视为B”,从而实现法律效果上的相同对待。

关于拟制型犯罪的正当性,理论上并未取得一致。否定论或者质疑论的理由主要有

(46) 参见李凯:《危险驾驶罪中“直接责任”的规范解析与教义展开》,载江溯主编:《刑事法评论》(第48卷),北京大学出版社2024年版,第418页。

(47) 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》(下),高等教育出版社2024年版,第676页。

四点：其一，拟制型犯罪设定了一个与原犯罪构成地位同等的例外性犯罪构成，造成原罪构成以形式合法的名义被虚置；其二，拟制型犯罪使法益侵害大致相当的两类行为受到相同的否定性评价，是对实质罪刑法定所要求的罪刑均衡的内在破坏；其三，拟制型犯罪侧重社会保护机能，与现代刑法限制国家权力恣意、重视个人自由价值的法律追求相悖；其四，拟制型犯罪设定违反主客观相统一原则。⁽⁴⁸⁾持肯定论的学者则认为，法律拟制是避免法条冗繁的有效途径、维护法律稳定的重要技术、解决法律适用疑难问题的捷径，而且并不必然导致否定论所担心的问题。⁽⁴⁹⁾

正因为正当性层面并未取得共识，在拟制型犯罪的范围问题上也存在颇多争议。例如，对于按照抢劫罪定罪处罚的“携带凶器抢夺”，张明楷教授认为这一规定属于法律拟制。⁽⁵⁰⁾司法实务也持这一立场，根据2005年最高人民法院发布的《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》，“携带凶器抢夺”转化型抢劫罪的成立，客观上只要求行为人“携带”凶器，并不要求其显露凶器，更不要求其威胁使用或使用凶器。如此一来，“携带凶器抢夺”转化型抢劫罪与普通抢劫罪就具有了不同的构成要件，显属法律拟制。但对此的反对观点指出，“携带凶器抢夺”属于注意规定，其转化型抢劫罪的成立应当以符合《刑法》第263条中普通抢劫罪的构成要件为前提，客观上要求行为人携带凶器实施抢夺，而且要显露、威胁使用甚至使用携带的凶器，主观上则要求行为人应当具有使用凶器的目的。⁽⁵¹⁾无独有偶，对于通常被理解为法律拟制的结果型转化犯，如“刑讯逼供致人伤残、死亡的依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪从重处罚”，有将其解读为故意形态的结果加重犯者，⁽⁵²⁾有将其解读为间接加重处罚之犯罪类型者⁽⁵³⁾。

归根到底，法律拟制的相关理论并不能有效供给拟制型犯罪的正当化需求。应该说，法律作为典型的人类精神创造物，其本身即带有脱离事实的虚拟性格，所以法律拟制的存在具有不可避免性。在传统的理论中，英美法系简单地将法律拟制定性为虚假之物，大陆法系则力图藉由形式上的技术操作来对其予以证立；但两者均回避对法律拟制的实质性考察问题。⁽⁵⁴⁾有观点认为，法律拟制之所以被设置，一是基于法律经济性考虑，避免重复，二是基于两种行为对法律侵害的相同性和相似性。⁽⁵⁵⁾然而，这种莫基于简单“事实—虚构”的理性主义二分法叙事之上的法律拟制认知，缺乏富有逻辑性与体系性的说服力。⁽⁵⁶⁾

(48) 参见李凤梅：《刑法立法拟制研究》，载《北京师范大学学报（社会科学版）》2013年第4期，第105页。

(49) 参见刘宪权、李振林：《论刑法中法律拟制的法理基础》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2014年第4期，第76-78页。

(50) 参见前注^④，张明楷书，第864页。

(51) 参见王志祥、王艺丹：《“携带凶器抢夺”性质的刑法教义学分析》，载《南都学坛（人文社会科学学报）》2018年第5期，第67页。

(52) 参见吴允峰：《刑讯逼供“致人伤残、死亡”的性质——故意形态的结果加重犯之提倡》，载《法学》2016年第8期，第150页。

(53) 参见邓毅丞：《结果型转化犯法律属性新探》，载《法商研究》2015年第5期，第125页。

(54) 参见谢潇：《法律拟制的哲学基础》，载《法制与社会发展》2018年第1期，第92页。

(55) 参见前注^④，张明楷书，第678页。

(56) 参见前注^④，谢潇文，第101页。

当前的法律拟制理论逐渐走向价值和利益这一落脚点,开始追问“相似事物等同对待”的实质性理由。⁽⁵⁷⁾此中明显包含了一种实质的规范目的考量。在实质合理性层面寻求拟制型犯罪的归责正当性根据,可以借助规范归咎刑事责任论以获得更为妥当、周延的把握。如前文所述,规范归咎刑事责任范型是根据社会治理的现实需要,为强化特定类型社会主体在特定社会生活场域下的社会责任和义务履行而作的特别刑法设定;立法者将不同行为的法律效果等同对待,可视为强化社会责任的立法选择。如此一来,事实层面的单纯技术性说理导致的拟制型犯罪正当性不足问题可得以解决。同时,规范归咎刑事责任范型也为解决拟制型犯罪的性质争议提供了更具基础性的实质支撑。如,由于刑事责任的规范归咎原本就是行为责任范型的例外,因此不用顾虑其是否违反主客观相统一或者责任主义原则;同样基于其例外性,从行为刑法观出发对“携带凶器抢夺”“结果型转化犯”性质再界定的路径在源头上就是不必要或不合理的。

四、规范归咎刑事责任范型的适用限制

必须保持警惕的是,相较于传统刑法理论以行为主客观事实作为刑事归责的基础,以及既有归咎刑事责任论对行为责任范型的规范补强,规范归咎刑事责任范型几乎走向了纯粹的规范层面,其对刑罚权的限制作用显然被弱化了。因此,在将规范归咎刑事责任适用于刑事治理实践时,必须采取谨慎谦抑的态度,遵循以下要求,以确保其适用的科学性与合理性。

(一) 义务配置的合理性

根据规范归咎理念进行刑事归责,意味着基于民众福祉、特定群体利益保护、特定场合风险防范等政策需要,对特定类型的社会主体提出特定义务要求。此处的义务要求本身首先应当符合比例原则,否则就会造成义务赋予过度,不利于培养义务主体对法律的尊重与遵从,进而削弱刑事政策目的的实现效果。

根据合理义务配置原则的要求,立法者应当谨慎设定纯粹规范归咎刑事责任的法条。首当其冲的问题是对单位组织体的责任归咎原则上不能扩大到与其业务、经营活动范围无关的领域。立法者不能在杀人、强奸等个人意志强主导的罪名下设定处罚单位的条款,因为要求单位组织体,尤其是企业组织体如此深入地关照个人的意志决定,显然是过度的义务要求,直接影响到社会组织体核心存在目的的实现。

对于司法者而言,也不应轻易地将性质不明的规则设定界定为规范归咎刑事责任,从而导致对民众义务的过度配置。有见解将最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部颁布的《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》中的“二次饮酒”条款视为法

(57) 参见赵春玉:《法律拟制正当性的诠释学思考》,载《北大法律评论》(第17卷第1辑),北京大学出版社2017年版,第75页。

律拟制。⁽⁵⁸⁾固然,被告人在公安机关依法检查时,为逃避法律追究,在呼气式酒精含量检测或者抽取血样前又饮酒,将造成其酒驾时血液酒精含量不能准确测定的法律难题;将“二次饮酒”条款视为不允许反驳的法律拟制,将使有意逃避法律追究的人无处可逃。但从刑事归责根据上讲,这样的理解显然是不妥当的。其一,酒后驾车被查时饮酒,不能等同于驾驶时处于醉酒状态;其二,逃避追究刑事责任的行为并没有与醉驾等值的危险性,将违反不得逃避刑事责任追究义务要求的行为与醉驾行为等值评价没有事实基础;其三,违法后逃避追究往往是涉事人员的本能反应,此时通过提高否定评价等级强化接受司法追究的义务,难以取得实际效果。实际上,“二次饮酒”条款是证明责任倒置的设定。原则上允许直接将二次饮酒后的数值作为入罪的依据,但这并不否认酒驾二次饮酒人员可以根据之前的充分证据,证明自己驾车时尚未达到醉酒状态。

(二) 责任赋予形式的法定性

规范归咎刑事责任范型的实践运用必须以立法者专门设定相关的刑事责任条款或者现行立法为规范归咎留下合理空间为前提。虽然美国的 RCO 原则最初是由司法实践逐渐发展形成的一项刑事归责形式,但这并不意味着纯粹的规范刑事归咎可以较为宽松地通过司法解释扩大其适用范围。为避免刑事义务要求的无限蔓延,规范归咎刑事责任的法定性应被强调。

一方面,法定性原则要求立法对适用规范归咎刑事责任的情形予以明确规定。根据对单位犯罪起追认、纵容、默许等作用的主管人员进行刑事归责的规范归咎刑事责任本质界定,应在第六章“妨害社会管理秩序罪”第一节“扰乱公共秩序罪”中针对性地增设一条“直接负责的主管人员监管失职罪”,建议规定为:公司、企业、事业单位、机关、团体直接负责的主管人员未履行或者未适当履行法定监管义务,对单位成员在单位业务范围内实施的应当承担刑事责任的危害社会行为负有直接责任时,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。作为单位犯罪刑事治理整体规则体系的一部分,这一罪名的设定将在实体法上实现直接负责的主管人员刑事责任与组织体、参与实施危害社会行为的直接责任人员刑事责任的分离。

另一方面,法定性原则要求刑法对某一具体罪名的拟制性规定不能被任意扩大适用至其他罪名或其他情形。如,《刑法》第 205 条第 3 款规定,虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票行为,是指为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。其中的“让他人为自己虚开”“介绍他人虚开”并不具有典型“虚开”行为的特征,属于典型的法律拟制。⁽⁵⁹⁾鉴于其刑事责任规范性归咎属性,《刑法》第 205 条之一“虚开发票罪”就不应包含上述两种行为类型。再如,《刑法》第 388 条规定的对斡旋受贿的处罚,也属于拟制型的刑事责任归咎,在没

(58) 参见王振华:《酒驾后检测前再次饮酒行为的法律分析——兼评法律推定与法律拟制》,载《上海法学研究》2019 年第 5 卷,第 93 页。

(59) 参见蔡道通:《虚开发票罪中“虚开”行为的规范解释与立法论反思》,载《中国应用法学》2024 年第 4 期,第 65 页。

有明确规则设定的情况下,不应当将此种处置扩大适用至非国家工作人员受贿和职责滥用竞合的场合,如商业银行工作人员受贿后违法发放贷款的,仍应当按照牵连犯从一重罪处断的原则予以处理。

(三) 刑罚配置的适当性

规范归咎的刑事责任基本包含两种样态:一是把单纯怠于履行社会职责的无行为状态作刑事归责,二是对不同的行为作相同的法律效果评价。

就第一种情况而言,其刑事责任的正当化根据不在于应受社会谴责的“行为恶”,而在于实现某种社会性需求所作的责任归咎,因此,对于因违反特定政策性义务而被归咎刑事责任的主体,其“群体特殊性”在于责任的认定可基于政策目标的需要进行灵活调整。因此,对此类主体的刑罚不宜过重,以轻罪化处理更为妥当。⁽⁶⁰⁾或者说,重要的不是将这类主体投入监狱,而是通过刑事否定评价促使其承担起社会责任,此目的有时通过恢复性的犯罪处遇措施或者单纯的罚金刑适用即可达成。反观现行刑法对负有直接责任型危险驾驶罪的刑罚设定,仍采取自由刑附加罚金的配置模式,显然没有考虑到此种刑事责任的规范归咎属性及其刑罚轻缓化的政策需求。

对于第二种情况,即将A行为与B行为作拟制性责任归咎的情形,同样须根据“强化社会责任”这一正当性基点考虑刑罚调整的适当性。以聚众斗殴致人重伤、死亡为例,《刑法》第292条第2款规定,对其“依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚”,这里的条文逻辑允许其所包含的所有情况均适用与故意伤害、故意杀人一样的刑罚,但这显然存在不当之处。聚众斗殴场合下的拟制型加重责任归咎,意在强化聚众斗殴组织者、参与者对于他人生命、健康的谨慎义务,所以在这一设例中按照故意杀人罪作刑事否定评价本无可厚非;但是此时如果像典型的故意杀人罪那样首选“死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”,显然就存在可疑之处了:具体场合下的致死因素往往较为复杂,有时连行为人本人都难以认知,适用如此严厉的惩罚显然有强人所难之嫌。因此应当明确的原则是:拟制型刑事责任归咎只是行为性质刑事否定评价上的等价值化,并非刑罚严厉程度上的等同化。司法者应当根据具体情况,在拟制归咎罪名的法定刑幅度内作出适当的选择。

此外,关于《刑法》第17条第2款中的故意杀人、故意伤害、抢劫是否包含拟制犯罪的情形,从而使得14至16周岁的未成年人承担刑事责任这一问题,有观点从单纯的法律拟制界定出发得出肯定结论⁽⁶¹⁾。若立足于拟制型刑事责任的规范归咎属性及其强化社会责任目的,则可以发现其存在不妥之处。14至16周岁未成年人正处于成长的“未完成阶段”,即使其对事物的认识足够清晰明确,也不能说其对自身行为有充分的控制能力,反而是冲动与激情不断动摇着其脆弱的犯罪抑制心理。因此,对于已然开始实施违

(60) See Samuel W. Buell, *The Responsibility Gap in Corporate Crime*, Criminal Law and Philosophy, Vol.12:471, p.482 (2018).

(61) 参见赵春玉:《相似构成要件的等同评价:刑法中拟制的对象——以刑法第267条第2款和第269条为例》,载《法制与社会发展》2013年第4期,第122页。

法犯罪活动的14至16周岁未成年人,再通过拟制型责任归咎施加新的社会责任要求,显然对其赋予了过高的义务。

(四)可谴责性判断的人性化

刑事责任的规范归咎并非凭空存在的价值评判,而必须以可观察到法益侵害事实作为归责的前提。对于拟制型的规范归咎而言,问题比较简单明了,把A行为与B行为在法律评价上作等值化对待,A行为事实存在是作B行为属性归咎的前提。对于无行为事实存在的单纯刑事责任归咎,则必须以因果关系存在作为客观前提,即要求证明义务主体未能有效履行社会责任与相关危害行为实施或者侵害结果出现之间具有因果关系。如,只有单位组织体自身存在与成员违法犯罪行为有惯常性因果关联的组织体缺陷,不当制造或提升了法所不容许的风险,才可以追究单位的刑事责任。

尽管部分刑事责任规范归咎可以不考虑罪过形式,但这与完全不考虑主观罪过之可谴责性的严格责任不同;规范归咎的主观边界必须由义务履行的可行性来划定。法律不能苛求不可能之事,故应将主体客观上难以履行义务的情形排除在归责范围之外。此处的“可行性”,核心在于履行特定义务的难易程度,而非通常理解的、回避结果所需的事实或物理能力。⁽⁶²⁾在既有经验认知下,该可行性判断主要针对的是违反义务的行为本身(如企业防止内部人员违法),而非最终危害结果,如尽管企业管理者负有采取措施阻止或纠正其监管对象违法行为的责任,但在由于客观存在的社会结构因素或者物理空间因素使得义务履行成为不可能的情况下,强行根据所发生的后果作刑事责任归咎显然是不妥当的,也难以取得正向的治理效果。

同样基于法不强人所难这一人性化考虑,信赖原则应当被充分激活并运用于规范归咎刑事责任。在复杂风险场域中,风险防范往往不再是单一主体的责任,而是要求参与其中的不同主体发挥不同作用;因此,即使特定风险场域下的特定主体充分履行了自身的风险防范避免之责,也未必能够阻止致害风险的发生;即使特定主体没有履行义务,致害风险也未必会发生。此时的刑事归责显然不能简单逆向推导,还需考量通过刑事否定评价是否能在普遍意义上起到强化风险防范义务意识的作用。信赖原则由此发端,意指在可以充分信赖其他参与主体能够履行风险避免义务或者保护自身的情况下,不再对其进行刑事归责。前文提到的“郑某等侵犯公民个人信息案”没有追究单位组织体和直接负责的主管人员的责任,其合理性某种意义上便可以借助信赖原则予以证成。

五、结 论

刑事归责本质上属于规范评价性的社会活动,即通过刑事否定评价和制裁施加,对社会主体提出或者确证行为规范要求。为了限制刑罚权的滥用,近代法治先贤们强调法的客观性,将存在论意义上的行为责任范型确立为刑事归责的唯一根据。但随着社会生

(62) 参见姚诗:《作为可能性概念的规范展开》,载《政治与法律》2023年第5期,第120页。

活关系的不断变迁,越来越多的不完全符合行为责任范型要求的危害样态被例外地施加了刑事责任,如不作为犯、身份犯、原因自由行为、多次犯、客观处罚条件等。“归咎的刑事责任”理论为此种例外的刑事归责提供了系统的“刑事归责例外规律”,而对此种类型刑事归责合理性起补足性作用的,正是刑事古典学派力求排除的规范性考量因素。但即使如此,也不能为单位组织体刑事责任等归责样态提供完全合理的正当化根据。在超越归咎的刑事责任“部分行为责任范型要素+例外的原则=归咎的刑事责任”既有模式意义上,以规范归咎刑事责任范型来证成组织体归责的合理性更加具有可行性。将规范归咎刑事责任作为与行为责任范型并列的刑事归责形式,可以在单位犯罪场合下对直接负责的主管人员的刑事归责、负有直接责任型危险驾驶罪认定、拟制型犯罪的正当性解读等问题上发挥更加周延的解释作用。但是,必须从义务配置的合理性、责任赋予形式的法定性、刑罚配置的适当性、可谴责性判断的人性化等四个方面,对规范归咎刑事责任范型的实践运用加以限制,以确保刑事归责范围的妥当性和法安全保障的有效性。

Abstract: To restrict the abuse of penal power, early legal theorists emphasized the objectification of law, establishing the ontological paradigm of behavioral liability as the sole basis for criminal imputation. However, numerous patterns of imputation exist in practice that do not fully conform to this paradigm, such as habitual offenders, *actio libera in causa*, and objective conditions of punishment. The theory of imputed criminal liability provides a systematic ‘jurisprudence of exceptions to criminal imputation’. Substantively, it supplements the rationality of imputation by utilizing normative considerations that the classical school of criminal law sought to exclude. Nevertheless, it still fails to provide a fully sufficient justification for the imputation of liability to organizations. Establishing the paradigm of normative imputation in criminal liability, represented by the RCO principle, as a basis for criminal imputation parallel to the behavioral liability paradigm, can not only effectively justify the rationality of organizational imputation but also provide a more comprehensive explanation for issues such as the criminal imputation of directly responsible managers in units, the crime of dangerous driving by those directly responsible, and the justification of constructive offenses. Although the normative imputation in criminal liability possesses normative rationality in essence, to ensure legal security, its application must be restricted in four aspects: the rationality of obligation allocation, the statutory nature of liability assignment, the appropriateness of penalty allocation, and the humanization of culpability judgment.

(责任编辑:王 楷)