

论过失犯中结果避免可能性理论之演变

蔡 仙*

On the Development of the Theory of Possibility of Avoiding the Result in Negligent Crimes

Cai Xian

内容摘要:将结果避免可能性(“行为人实施合义务行为时,结果能够避免”)作为过失犯要素的思想在过失犯成为一种独立犯罪类型后逐渐出现。但是,在德国刑法理论界,直到规范罪责理论诞生,规范上的结果避免可能性才代替心理上的结果预见可能性成为过失犯的核心要素。在犯罪论体系不断变迁的历史背景下,结果避免可能性的体系性地位也发生了从量刑因素到定罪要素,从罪责要素到不法要素,从因果关系到结果归责,从结果不法到行为不法的变化和争论。如今,作为通说的结果避免可能性理论面临着基于法益保护和一般预防目的而构建的风险升高理论的挑战。但是,基于对刑法中的罪责主义,即“逾越能力则无义务”原则的考量,应当否定为片面追求法益的保护而不当扩大处罚范围的风险升高理论。本文尝试循着过失论体系发展这条线对过失犯中的结果避免可能性理论变迁轨迹进行勾勒,以期为我国刑法理论对结果避免

* 法学博士,苏州大学王健法学院讲师。

本文系教育部人文社科青年基金项目(项目批准号:19YJC820001)的阶段性成果。

可能性的进一步研究以及司法实务界通过考察结果避免可能性要素克服实践中结果责任倾向提供一个理论背景上的支撑。

关键词:规范罪责论 结果避免可能性 结果预见可能性 风险升高 结果责任

一、问题的提出

根据结果避免可能性理论^{〔1〕},对于过失犯的成立而言,即便行为人违反了谨慎义务,其行为造成了法益损害后果,仍然不足够,还要求谨慎义务的违反与结果之间存在特殊的关联,即“当行为人遵守谨慎义务时,结果近乎确定可以避免”。在考察结果避免可能性的必要性上,德日刑法理论界和司法实务界已经基本上达成共识。近十年来,我国刑法理论界也有越来越多的学者对该理论进行了讨论。^{〔2〕}所谓,只有把握住了历史,才可认知现在。^{〔3〕}与国内其他学者从结果避免可能性理论的具体问题,如结果避免可能性与假想因果关系和规范保护目的等范畴的关系、结果避免可能性理论与风险升高理论的争论、结果避免可能性的认定方法和证明标准等问题的讨论不同,为了全面、动态地理解结果避免可能性理论,本文试图以过失犯理论的发展史为大的背景,对结果避免可能性理论的早期思想渊源、产生、(体系地位)变化以及面临挑战的轨迹加以勾勒。曾有学者指出,过失犯,就理论发展而言,可谓整部刑法发展史的缩影。^{〔4〕}相应的,结果避免可能性理论的变迁恰好也是过失犯理论发展史的缩影。由于本文将对该理论进行一个历史概览性的梳理,因此,本文的笔墨只着重于对该理论在德国刑法理论中演进的主要脉络和趋势进行考察和分析,并不对特定历史时期的具体争论和问题展开细致的研究和讨论。这种历史脉络的

〔1〕 刑法理论上,通常与“结果避免可能性”指代同一问题的表述还有“谨慎(注意)义务违反性与结果间的关联”“合义务的替代行为”。

〔2〕 参见陈兴良:《过失犯论的法理展开》,载《华东政法大学学报》2012年第4期,第30—47页。周光权:《结果回避义务研究——兼论过失犯的客观归责问题》,载《中外法学》2010年第6期,第871—884页。周光权:《结果假定发生与过失犯——履行注意义务损害仍可能发生时的归责》,载《法学研究》2005年第2期,第57—65页。刘艳红:《交通过失犯认定应以结果回避义务为基准》,载《法学》2010年第6期,第141—153页。陈璇:《论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联》,载《中外法学》2012年第4期,第683—705页。车浩:《假定因果关系、结果避免可能性与客观归责》,载《法学研究》2009年第5期。张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第294页。孙运梁:《过失犯的客观归责:以结果避免可能性为中心》,载《比较法研究》2017年第5期,第103—119页。

〔3〕 蔡桂生:《德国刑法学中构成要件论的演变》,载《刑事法评论》第31卷第2辑,北京大学出版社2012年版,第1页。

〔4〕 林钰雄:《过失犯构成要件的若干实务问题》,载刘明祥等主编:《过失犯研究——以交通过失和医疗过失为中心》,北京大学出版社2010年版,第36页。

展现,对于从苏俄刑法学向德日刑法学转型的我国刑法理论而言,在全面了解过失犯中结果避免可能性理论的来龙去脉、发展规律以及对相关理论学说进行选择方面,具有重要的现实意义和理论价值。

在历史梳理之前,必须先将本文探讨的结果避免可能性即合义务行为时的结果避免可能性,与广义的、同刑法中结果避免义务相对应的结果避免可能性作区分。如果将行为人最终成立犯罪而承担的刑事责任相对应的违反的刑事义务看作结果避免义务的话,那么,该义务也是以行为人能够避免结果为前提的。但是,这种广义上的结果避免可能性还包含行为的避免(例如排除意志被控制的情形)、正当化前提事由认识错误的可避免、违法性认识错误的可避免以及期待可能性等。^{〔5〕}

二、前犯罪论体系时期:结果避免可能性理论的雏形

过失与故意、意外事件的区分不是天然就有的,而是随着人类生产力水平提升、理性思想不断解放而逐渐出现的。关于过失犯的诞生史,可简单概括为:从远古以客观结果为处罚依据的结果责任时代,到区分故意和非故意并且只处罚故意犯罪的时期,再到过失从非故意情形中分离出来的时期。正如德国刑法学家冯·巴尔指出的:“那些在法律理论中永恒的新观点,不过是此前理论的发展,并不是绝对新颖的、震撼的。”^{〔6〕}结果避免可能性理论虽然是在犯罪论体系成熟后,先是作为德国司法实务界的通说,后来在规范罪责理论出现后又主导刑法理论界,但是,其思想火花在更早的古罗马法时期已经开始迸溅。

(一) 结果责任时代

在远古的结果责任时代,判断犯罪的主要依据是结果,即根据行为人行为所引起的损害结果来评价,而不问行为人的意图及作用状况。^{〔7〕}因此,故意、过失、意外事件是不加以区分的。这是因为远古的人们既不能理性地解释自然,更不能掌控自然,对于他们而言,没有一个事件是孤立的,亦没有所谓的“意外事件”。在这个系统中个人意志基本上没有能动的空间,所以不受重视。^{〔8〕}按照许迺曼(Schünemann)的说法,“只要人类的控制大部分与其体力的直接作

〔5〕 对于这个理解,类似的,例如德国学者汉斯-约阿希姆·贝伦特(Hans-Joachim Behrendt)就认为,刑法中的基本问题是“不可避免一个可避免的危险”,作为刑法教义学基石的三个要素是“危险”“危险的可避免性”以及“危险的不可避免”。Vgl. Hans-Joachim Behrendt, Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht, FS- Jescheck, 1985, S. 303ff.

〔6〕 冯·巴尔:《大陆刑法史:从古罗马到十九世纪》,周振杰译,法律出版社2016年版,第3页。

〔7〕 Duttge, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., § 15 Rn. 43.

〔8〕 参见王钰:《罪责观念中自由和预防维度——以相对意志自由为前提的经验功能责任论之提倡》,载《比较法研究》2015年第2期,第105页。

用范围是相同的,则我们其实并不需要探究他的意识内容,即他的动机、认识及目的,因为他身体上的举止,在一定程度上,是他意识的完整表现。……于是,在人们不了解行为,因为人类还没有学到如何超越自我个别性的界限以及进入他人的意识世界中,‘远古的客观主义’即提供一个看起来很高贵的解决归责问题的方案。”〔9〕

在法律上,早期罗马法如《十二铜表法》(公元前452—450年)中仍然有结果责任、同态复仇的遗迹。〔10〕不过,在《十二铜表法》制定之前的王政时代(公元前753—510年),罪责理论经历了第一个发展,即杀人罪区分为故意(dolus)和偶然(casus)。自此之后,犯罪行为仅仅是“意志作品”(Willenswerk),故意(dolus)是唯一的罪责形式,对结果非故意的引起作为偶然(casus),一般被理解为不值得处罚的行为而归咎于命运。〔11〕这也是责任主义的发源。〔12〕不过,在思想理论上,古希腊哲学家亚里士多德(Aristotle)在其《尼各马可伦理学》中提到,除了处罚作恶的行为外,当一个人对其无知负责时,我们还要因这种无知本身而惩罚他。对此,除了醉酒和不知法律者以外,亚里士多德认为,我们也惩罚其无知是出于疏忽的犯罪者。我们认为他们本不应当无知,因为他们有能力运用必要的谨慎。〔13〕亚里士多德的理论中区分了两种处罚情形:有认识和无认识。由于疏忽导致无知而应予以处罚的情形是刑事上处罚过失犯思想的滥觞。〔14〕另外,对于伦理上的归责,亚里士多德也提出:“在身体的恶之中,受到谴责的是由我们自己的原因造成的恶,而不是我们不能对之负责任的那些恶。如若这样,我们所谴责的其他的恶也是在我们能力之内的。”〔15〕这也是“逾越能力则无义务”这一归责原理可追溯的最早表述。只不过这种能力是“运用必要谨慎的能力”,而非本文主题所探究的“运用必要谨慎之后避免结果的能力”。

〔9〕 许迺曼:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑(贺许迺曼教授六秩寿辰)》,许玉秀等汇编,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第478页。

〔10〕 该法进步的地方在于,一方面,采取同态复仇进行处罚的犯罪范围已经大大减少;另一方面,以协议赎罪作为报复的替代产物,如第八表第2条规定“毁伤他人肢体而未和解的,他人亦得以同态复仇而毁伤其形体。”参见刘海鸥:《论大陆法系侵权法的古代基础——以古罗马(阿奎利亚法)为视角》,载《湖南大学学报(社会科学版)》2007年第5期,第139页。

〔11〕 Vgl. Duttge (Fn. 7), Rn. 44.

〔12〕 Vgl. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895, S. 68-70.

〔13〕 参见亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译,商务印书馆2003年版,第72—73页。

〔14〕 Vgl. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976, S. 161. 有学者认为由于此处缺乏义务观念,对此主张持保留意见。参见徐育安:《亚里士多德于刑法主观归责之影响与启发》,载《东吴法律学报》2009年第2期,第50页。不过Duttge认为亚里士多德所言的“必要谨慎”就是过失犯中义务的起源。Vgl. Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 41.

〔15〕 同前注〔13〕,第74页。

(二) 罗马法时代

在罗马法时代,虽然在公犯中只处罚故意,不处罚偶然事件(包括过失和意外),但是对于私犯来说,非故意的举止也可能属于违法行为。这些在现代被作为刑事犯罪的私犯在当时是由被害人以对违法者提起民事诉讼的方式获得赔偿的。^[16] 对此,不得不提的是被我国学者冠之以“奠定了近现代私法领域中侵权行为法及其过失责任原则基础”的《阿奎利亚法》(公元前 286/287)。^[17] 其突出的地方在于,从偶然事件(casus)中分离出了一个非故意犯,即一个新的术语“过失”(culpa)。在罗马法百家争鸣的“古典时期”(公元前 27 世纪—公元 3 世纪),罗马法学家们对《阿奎利亚法》进行了解释,从《学说汇纂》第 9 卷第 2 章的记录可以看出,该法典规定了许多过失情形:医生在治疗处理时懈怠;骡夫由于没有经验而不能驾驭骡子,造成骡子踏死他人的奴隶;某人骑马但由于不谙骑术或体力不济而不能勒住马^[18];一个剪枝工人在扔下树枝时或一个脚手架工人没有事先警告以避免事故而将一路过的奴隶砸死等^[19]。同样的,该法典也对过失内涵进行了界定:一个谨慎的人能够预见和预防却没有预见和避免,或只是在危险已不可避免时才作出警告。^[20] 这里的过失概念提到了“未避免”的问题,但是,避免的前提依旧延续亚里士多德的思想而被视为“预见”问题。另外,如果将结果避免可能性看作谨慎义务违反性与结果之间的关联,即要求“结果的发生是由于行为人的不谨慎造成”,而非仅仅“由行为人的自然行为造成”的话,那么,乌尔比安《告示评论》第 18 篇的以下论述与之有异曲同工之处:如果你将一个杯子交付加工,而工匠由于不熟练将其弄碎,那么他因不法损害负责。但是如果这不是由于他的不熟练,而是由于杯子本身有裂缝所造成,那么他可以被原谅。^[21] 该评论中提及了工匠的不熟练与不法损害之间的“因果关联”。

(三) 中世纪时期

随着西罗马的灭亡及中世纪的到来,教会法作为这个时期的三大法律支柱之一^[22],有一个与“不合规则”(Irregularität)相关的法律规定^[23],即只要行为

[16] 劳森:《罗马法对西方文明的贡献(上)》,黄炎译,贺卫方校,载《比较法研究》1988 年第 1 期,第 55 页。

[17] 为了对《十二铜表法》加以补充,古罗马共和国时期的《阿奎利亚法》针对财产损害(私犯)进行了专门立法。

[18] 参见《论阿奎利亚法——〈学说汇纂〉第 9 卷第 2 章》,米健译,载《政法论坛(中国政法大学学报)》1991 年第 4 期,第 77 页。

[19] 参见同前注[18],第 73 页。

[20] 参见同前注[18],第 73 页。

[21] 参见同前注[18],第 71 页。

[22] 另外两个是罗马法和日耳曼法。参见苏彦新:《罗马法在中世纪西欧大陆的影响》,载《外国法译评》1997 年第 4 期,第 35 页。

[23] Vgl. Löffler (Fn. 12), S. 138.

人实施了不符合规则的行为,就必须对其结果负责,这也就是所谓的“自陷禁区原则”(Versanti in re illicita)。对此,勒夫勒(Löffler)描述了这一原则,即不仅仅在故意、过失的场合存在罪责,而且行为人实施了不被允许的行为而意外地致人死亡的,也是有责的。^[24]这样一来,过失犯的成立仅要求行为人违反了注意义务,不需要行为人对结果有预见可能性,更不用提要考虑结果避免可能性。

另外,在中世纪,意大利后注释法学派重新发现和复兴了罗马法,超越教会法中的“自陷禁区原则”,并结合罗马私法尤其是《阿奎利亚法》对违反义务时出现意外结果的情形进行了处理。当时可以达成一致意见的是,每一个罪责是意志罪责;罪责是有意识或者无意识的违反义务或违法的举止。^[25]根据后注释法学派及其追随者提出的过失概念:(1) 过失作为意志的法律上因果关系,是一种没有意识到因果关系实现的违法性的有责意志,即未认识到违法性的意志。因此,违法性错误之可避免性为过失奠定了基础。(2) 过失作为意志的事实上因果关系,是一种在不可免责的认识错误情况下实施行为的意志。这种认识错误是对行为的因果关系范围的认识错误,并且在合义务举止时,这种错误是可以避免的。^[26]如果错误、无知通过合义务的谨慎不可避免的话,那么,该错误排除罪责。^[27]在区分过失和意外事件时,根据当时的评注和通说,当事件发生前没有过错时,就是偶然事件;当过错发生在事件之前时,就是过失。^[28]但是,德国刑法学家恩格耳曼(Engelmann)对此表述解释道:这并不意味着,当行为人实施了一个可谴责的行为并造成结果的发生时,结果就应当归属于过失(这是宗教法上的观点);而是说,当行为人实施了作为结果的原因的行为(无论是有责的还是无责的),且该结果通过谨慎(Vorsicht)本来可以并且应当避免时,该事件便可归责于行为人的过失。^[29]在这里,违反谨慎义务与结果之间的关系,即“遵守谨慎时结果能够避免”被看作过失犯的判断要素之一。由于当时仍然将过失理解为一种心理意义上的内容,如无知、错误的意志等,因此,通过谨慎可以避免结果中的“谨慎”仍然只是心理意义上的认识或预见义务,即之后恩吉施(Engisch)提及的“内在谨慎”(心理上的观察、注意),而不包括“外在谨慎”(外在预防措施的采取)。但是,将结果避免可能性看作过失犯成立要素的

[24] Vgl. Löffler (Fn. 12), 1895, S. 139.

[25] Vgl. Engelmann, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 1895, Nachdruck 1965, S. 17.

[26] Vgl. Engelmann (Fn. 25), S. 197.

[27] Vgl. Engelmann (Fn. 25), S. 26.

[28] 原文:Also liegt Casus fortuitus vor, wenn dem Casus „nulla culpa praecessit“, dagegen Culpa, wenn dem Casus „culpa praecessit“.

[29] Vgl. Engelmann (Fn. 25), S. 208-209.

思想已经逐渐形成。

(四) 日耳曼法

日耳曼法域内罪责主义的发展趋势也与罗马法类似,经历了“远古的客观主义”时期,再到区分故意犯和所谓的“无故意之行为”(Ungefährwerken)(没有违法意图的犯罪,由不幸引起的犯罪)^[30],而后者不处罚。之后,在那些受到罗马法影响的日耳曼部落法中,意志作品和意外之外的第三种类型的基础(过失)已经存在。^[31]另外,值得注意的是,教会法时期的“自陷禁区原则”也一直影响到了德国19世纪许多地区的刑法,如《卡洛林那法典》。^[32]之后在《普鲁士普通邦法》第28条的过失犯定义中,以“遵守必要注意和考虑时能够预见结果”作为过失成立的要素;第29条提供了“预见可能性”的证明规则:违法结果越自然以及越通常地产生于行为,那么,行为人越容易能够预见这种关联,该行为本身也就越危险并且越不被允许;即便结果违反行为人意志而产生,也越是必须处罚过失。^[33]这时,仍然是将心理上的对结果预见的可能性作为判断过失的基础。与意大利后注释学派将过失犯可罚性依据看作“意志错误”不同,启蒙时代的思想家克里斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolff)(1679—1754)将该依据看作“认识错误”,即一个可避免的错误。J. S. F. v. 伯默尔(J. S. F. v. Böhmmer)(1704—1772)则要求一个被禁止的**先举止**或者在一个情形中(根据地点、时间、种类和方式)没有运用必要谨慎的行为。^[34]启蒙时代的另一代表人物塞缪尔·普芬多夫(Samuel Pufendorf)(1632—1694)主张回到亚里士多德的思想,将过失看作那些虽然对重要的犯罪构成缺乏“理智的认识”,但是有责地陷入无认识中的情形,即前罪责的情形。普芬多夫和亚里士多德一样将**前罪责**的正当性通过醉酒者明显地解释为“原因自由行为”的法律形象。一般来说,行为人不知道自己在做什么根本不足以成为归责的根据,按照普芬多夫所言,亦即,“一般的规则是,不存在做不可能之事的义务。然而,它必须附加一个条件:一个人没有因自己的过错而削弱或破坏自己的行为能力”。^[35]上述学者通

[30] Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, IV, 1919, S. 9.

[31] Vgl. Duttge (Fn. 7), Rn. 45. 不过有的规定仅要求支付被杀赔偿金等,而身体和生命刑罚仅出现在故意犯罪中。Vgl. Löffler (Fn. 12), 1895, S. 119.

[32] 例如《卡洛林那法典》第36条规定,纯粹的意外仅仅是指那些“损害结果由于允许的行为而纯粹由于意外产生”的情形;根据第37、38条的规定,似乎意外的结果是由不允许的行为引起的刑罚的加重事由;或者举止的不被允许性是过失的加重事由。Vgl. Löffler (Fn. 12), S. 147-148. 另外,该法典也是德国刑法从中世纪的习惯法过渡到当代刑法典的重要法规范。参见陈惠馨:《1532年〈卡洛林那法典〉与德国近代刑法史——比较法制史观点》,载《比较法研究》2010年第4期,第17页。

[33] Vgl. Duttge (Fn. 7), Rn. 54.

[34] Vgl. Duttge (Fn. 7), Rn. 51.

[35] 普芬多夫:《人和公民的自然法义务》,鞠成伟译,商务印书馆2010年版,第70页。

过先行为或者原因自由行为理论来解释过失的思想也影响了现今一些德国学者们,如金德霍伊泽尔(Kindhäuser)等对过失犯构造的看法,并将结果避免可能性看作行为人避免结果的能力。

(五) 评析和小结

在德国古典犯罪论体系形成之前,过失犯经历了一个从无到有的诞生过程,虽然对过失犯本质的认识也在意志罪责和认识罪责之间摇摆,但是,过失犯仍旧被当做一个心理上的缺乏善的意志或者正确认识的问题。建立在心理罪责论基础上的过失论中,结果预见可能性一直是过失犯判断的重要标准。在这个阶段,结果避免可能性概念虽然出现,但是,它并非作为独立于结果预见可能性之外的要素,而是与结果预见可能性密切相关,甚至在当时的历史背景下二者可以相互代替:因为当行为人没有预见到结果时,结果当然不能避免。另外,“逾越能力则无义务”的法理自亚里士多德开始,一直是作为过失犯判断的一个基本的指导原则,例如结果预见可能性标准以及之后的结果避免可能性标准。再者,普芬多夫对“原因自由行为”的解释理论影响了赫鲁施卡(Hruschka)的归责理论^[36],后者将故意和过失区分为“一般归责”和“特殊归责”的做法又影响了主观归责理论的代表人物金德霍伊泽尔^[37]及特佩尔(Toepel)^[38]的过失犯思想。根据他们的过失犯理论,过失犯的成立以行为人具有避免结果的行为能力为前提,虽然在实施行为时,行为人缺乏结果避免能力,但是,如果他们遵守了谨慎规范的话,是能够获得避免结果能力的。简而言之,谨慎义务在刑法上的任务是为行为人提供避免结果的能力,但是,如果即便遵守了谨慎义务,仍然没有能力避免结果的话,那么,再根据逾越能力则无义务原则认定行为人无罪。这种从行为人主观能力入手的解释路径结合了过失犯的构造对结果避免可能性理论的正当性加以分析,在本文看来,与表述含糊或者忽略刑法罪责主义的其他解释路径如“风险实现”或客观归责理论中的“风险升高”相

[36] 作为归责标准的行为人能力在一般归责和特殊归责的区分下处于一种事实上(aktuell)存在或者可能(potentiell)存在的状态。在故意犯中,是否引起规范违反直接由行为人支配;在过失犯中,在违反规范的时刻没有避免的可能性,但是,这是由于行为人没有采取谨慎措施,如果采取了该谨慎措施,那么,在具体情形下,本来可以避免规范违反。在第一种情形下,行为人的行为自由体现在行为本身;在第二种情形下,行为自由体现在辅助行为(Hilfshandlung),通过(未实施)该行为,行为人有责地放弃了规范违反时操控整个过程的可能性。赫鲁施卡将“原因自由行为”看作特殊归责的基础,“本身自由行为”视为一般归责的情形,它们不仅出现在构成要件阶层,还出现在罪责阶层。而当今,原因自由行为问题仅仅出现在罪责阶层。Vgl. Hruschka, Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa, ZStW96 (1984), 661ff.

[37] Vgl. Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, S. 121.

[38] Vgl. Friedrich Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 23.

比,它不仅在理论体系上具有内在自洽性,而且遵循了刑法中罪责主义这一价值取向。

三、犯罪论体系下:结果避免可能性理论之嬗变

自李斯特、贝林创建三阶层犯罪论体系这一百多年以来,结果避免可能性理论经历了从古典犯罪论体系下被法院作为刑法上因果关系问题,到新古典犯罪论体系时引起理论学界激烈讨论,到目的行为论时逐渐成为理论学界通说,直至目前不断地受到风险升高理论挑战的过程。同样的,理论学界对结果避免可能性的不同态度,也是在通过对过失犯本质不断探索、甄别的过程中形成的。

(一) 古典犯罪论体系中:作为实务通说的结果避免可能性理论

古典犯罪论体系时期,贝林(Beling)等学者确立了犯罪成立的三个要件:构成要件该当性、违法性和有责性。^[39] 由于该犯罪论体系建立在经验主义^[40]和自然主义^[41]的基础上,“违法是客观的、责任是主观的”这一命题被奉为金科玉律。^[42] 因此,该体系中,在构成要件阶层,只接受经验上可以掌握的事实,因果关系只接受条件说(经验上可以捕捉的相续条件),即纯粹的因果律;在罪责阶层,故意过失作为纯自然主义的经验问题,采取心理责任理论,即罪责只存在于行为人与客观意义上的行为之间的心理联系中,是现实在心理上的反映。^[43] 当一个行为从心理上来看是错误的,即行为人的行为意愿受到谴责时,那么,该行为就是有责的。^[44] 主张类似观点的还有费尔巴哈(Feuerbach)。^[45] 在当时,过失犯被认为包含三个要素:违反谨慎义务、行为与结果之间的因果关系以及

[39] Vgl. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, § 2, S. 7.

[40] 根据经验主义,知识来自感官经验,凡不来自经验的知识,都是无效的;凡不能验证的知识,都是无用的知识。参见林东茂:《刑法综览》,中国人民大学出版社2009年版,第36页。

[41] 根据自然主义,自然界存在一个客观因果律,可以决定结果发生的现象,也因此对法益破坏的客观状态而言,是一种不涉及行为人主观认识的物理性检验。Vgl. v. Liszt, Deutsche Reichsstrafrecht, 1881, S. 117f. 转引自李圣杰:《交通事故中过失行为的刑法处遇思考》,载刘明祥等主编:《过失犯研究——以交通过失和医疗过失为中心》,北京大学出版社2010年版,第289页。

[42] 参见陈兴良:《期待可能性的体系性地位——以罪责构造的变动为线索的考察》,载《中国法学》2008年第5期,第88页。

[43] Vgl. Beling (Fn. 39), S. 10.

[44] 根据贝林的见解,将责任定义为“错误的心理过程”可以解决过失犯心理状态缺乏一个积极的犯罪想象的问题。Vgl. Beling (Fn. 39), S. 6, 11.

[45] 费尔巴哈指出,过失的主观方面在于,有违法的意思决定,但不以发生犯罪为其意思的目的。参见冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国方正出版社2010年版,第58—59页。

行为人对结果的预见可能性。^[46] 易言之,根据当时的心理罪责理论,过失犯的核心是一种应当预见、能够预见而没有预见结果的心理。

从刑法理论体系内部逻辑的自洽性来看,结果避免可能性要素在主张纯粹客观不法的古典犯罪论体系中应当很难找到其一席之地。这一点体现在古典犯罪论体系大势已去但仍坚持客观不法论的学者施彭德尔(Spendel)的思想中。^[47] 根据其观点,只有预见可能性才是过失犯的核心要素,至于当行为人遵守注意义务时结果能否避免,对于过失的成立与否根本没有任何意义,只是在量刑上面或许有一定的影响。例如,在经典的卡车司机案^[48]中,他认为,行为人创设了危险并造成了结果,当然成立不法。该案中的特殊情况,即“当司机保持合法距离时,结果仍然会发生”并没有为危险超车行为的合法性提供根据,恰好它也说明了,通常情况下保持 1—1.5 米的做法在本案中也是具有违法性的。^[49] 可见,他已经将法益损害结果的引起作为证立不法的唯一因素。在罪责阶段,他也通过结果预见可能性对过失犯的成立进行了限制,只是在该案中,因为这种违规行为客观上可能引发致人死亡的事故,所以,行为人对于结果是具有预见可能性的。^[50]

在司法实务界,在过失犯问题上,当时德国帝国法院的看法与古典犯罪体系所主张的一样,将结果预见可能性看作过失判断的核心标准^[51]。但是,帝国法院在判决中经常通过“刑法上的因果关系”范畴对结果避免可能性进行判断。

[46] 例如,根据费尔巴哈的过失犯论,过失犯成立的主观方面包括:有违法的意思决定,但不以发生犯罪为其意思的目的,且其一,违反其知晓的避免即使没有犯罪意图也同样成为犯罪原因的义务(努力义务、谨慎义务);其二,不管任意地为或者不为一定的与违法行为的产生具有因果关系的行为;其三,行为人要么已经知道这种因果关系,要么在适度谨慎情况下应当知晓这种因果关系。参见同前注[45],第 59—60 页。根据李斯特的过失犯论,违背义务,未预见其行为的事实或法律意义的,属于过失犯罪。参见李斯特等:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社 2006 年版,第 302 页。

[47] 值得注意的是,施彭德尔对结果避免可能性理论的相关论述是在 20 世纪 50 年代左右,当时,目的行为论也已经盛行。但是,由于他的客观不法理论仍源于古典犯罪论体系,因此,此处将其作为古典犯罪论体系的一个代表加以讨论。Vgl. Spendel, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW65 (1953), S. 519.

[48] BGHSt. 11, 1. “卡车司机案”:行为人在笔直开阔、约 6 米宽的道路上驾驶一辆载货卡车。在同一驾驶方向的右侧,被害人骑着一辆自行车。行为人以 26—27km/h 的速度超过骑自行车的人。拖车车厢的边缘距离骑车人左边胳膊肘大约 75cm。按照规定,要求的合法距离是 1—1.5m。在超车过程中,骑车人的头部被卷进拖车右边的后轮轮胎,接着被压过去,当场死亡。之后,从死者体内抽取血样,发现其血液内酒精含量为千分之 1.96。事后查明,鉴于被害人当时的醉酒状态,即便卡车司机在超车时保持合法的距离,事故也很有可能仍然会发生。

[49] Vgl. Spendel, Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt- BGHSt 11, 1, Jus 1964, S. 16.

[50] Vgl. Spendel, a. a. O., S. 19.

[51] Vgl. Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, 1913, S. 21.

例如在药剂师案(1886年)^[52]、奴夫卡因案(1926年)^[53]、山羊毛案(1929年)^[54]等案件中,帝国法院都考察了“当行为人实施合义务行为时,结果是否能够避免”的问题。这种在因果关系框架下处理结果避免可能性的做法一直延续至今。不过,在个别案件如烟花案中,帝国法院又认为店主让其儿子看守商店的行为与被害人被烟花烧伤的结果之间存在因果关系,因为如果店主没有让他的儿子卖烟花的话,那么,不幸就不会发生了;但是,这个不幸不能归责于父亲不谨慎的举止,因为即便是他遵守义务地向儿子做了说明,他的儿子也会作出和事实上同样的行为,损害也会以同样的方式发生。^[55]后来,帝国法院区分自然意义上的因果关系和刑法意义上的因果关系的做法尤其受到了主张区分归因和归责的刑法学者的批判。

(二) 新古典犯罪论体系:从结果预见可能性到结果避免可能性

虽然古典犯罪论体系所主张的客观不法理论对于实践法治国有重大的意义,但是,古典犯罪论体系存在致命的缺陷:一方面,在不法上,具体类型化的不法的成立以及正当化事由的判断都离不开行为人的主观心理要素^[56];另一方面,在罪责上,心理责任理论未考虑影响责任大小的各种附随情况、归责能力,并且无责任存在时,也可能有故意和过失。^[57]对此,在保留古典犯罪论体系基本构架的基础上,以新康德的价值哲学为依归的新古典犯罪论体系兴起。在构成要件要素上,一方面承认了具有价值判断的规范构成要件要素,另一方面承

[52] Vgl. RGSt. 15, 151-155. “药剂师案”:某一药剂师一开始根据医生的处方向病人出售了某种含磷的药物。但此后,应病童母亲的恳求,药剂师在未按要求向医生咨询的情况下又多次出售了该药。结果病童服药后因磷中毒而死亡。但是即便药剂师当时向医生提出咨询,医生也会同意他继续出售该药物。

[53] Vgl. RG, Urt. v. 15. 10. 1926-1 D 555/26. “奴夫卡因案”:某一医生在对病人实施麻醉时,未按规定使用奴夫卡因,而是为其注射了可卡因,由此导致病人死亡。但事后的专家鉴定表明,鉴于该病人的特殊体质,即便遵守规定使用了奴夫卡因,病人可能仍然难逃一死。

[54] RGSt 63, 211. “山羊毛案”:某一画笔制造厂的厂主购进一批中国的山羊毛,并且在未按照要求对山羊毛进行事先消毒的情况下将之交给工人加工。结果四名女工因感染山羊毛中的炭疽菌而死亡。事后查明,由于当时允许使用的消毒剂并不足以完全杀灭羊毛中的病菌,故即使厂主事先对羊毛实施消毒,被害人也还是可能染病身亡。

[55] RG. III D 497/29. “烟花案”:被害人由于放烟花的方式不正确而受伤。烟花的销售商因为过失致人伤害而被控告;他在离开商店之前让他的儿子销售烟花,并且没有告诉他儿子在销售的时候应当告知买者正确使用烟花的方式。事实上,被告人的儿子已经告知了买者正确的使用方法。帝国法院认为父亲无罪,因为被告人的儿子的行为是符合规定的,并且在那天也保持了通常的谨慎,因此,被告人自己不应当对事故承担责任。Vgl. Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, in: August Hegler (Hrsg.), Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Bd. I, 1930, S. 584.

[56] 参见陈璇:《德国刑法学中结果无价值与行为无价值的流变、现状与趋势》,载《中外法学》2011年第2期,第372页。

[57] 参见弗朗克:《论责任概念的构造》,冯军译,载冯军主编:《比较刑法研究》,中国人民大学出版社2007年版,第129—150页。

认了特殊的主观要素,如犯罪意图、倾向等;在违法性上,承认了超法规的阻却违法事由;在罪责上,从法规范出发,提出了“可非难性”的价值标准,承认期待可能性,因而采取了“规范罪责理论”。

具体到过失犯理论上,对过失犯的理解也超越了从过失犯诞生之始将其作为纯粹心理上的问题的传统观念,摆脱了纯粹自然主义的桎梏,从而转向从法律及规范的视角出发。有学者认为心理罪责论过度沉迷于探求心理上的问题,将故意作为核心的、首要的,甚至是唯一的责任形式,缺乏对外在事件内涵的理解,也不可能将无认识的过失和所谓的不履行职责犯评价为有责等。^[58] 心理罪责理论这种主观主义的标准与法律和生活相割裂,而责任问题是一个法律上的问题,责任概念应当从法律概念演绎出来。^[59] 不同于故意犯更接近于一种道德评价,即正义性的视角,对过失犯的处罚更接近于利益的实质评价,即纯粹目的性的视角^[60]。值得注意的是那些对规范过失概念的形成发挥了重要推动作用的学者们。戈尔德施密特(Goldschmidt)从法规范义务的视角对过失犯进行重构,认为在过失犯中,法规范要求行为人能力和特殊义务时,应当避免死亡结果^[61],亦即强调了过失犯中“避免结果”的义务,不过这种结果避免可能性仍然是仅以结果预见可能性为前提。埃克斯纳(Exner)则明确将结果避免可能性与预见可能性相分割,认为预见可能性是过失犯的一个标准,但只是其中一个,而非唯一的过失标准^[62],亦即可能即便行为人预见结果也难以避免结果。另外,他还认为,当行为人引起了一个可能并且应当避免的权利损害时,就是过失。“应当避免”和“可能避免”涉及过失犯的界限问题。^[63] 对此,宾丁(Binding)和恩吉施也表示同意。宾丁强调“不可避免的权益损害”或者说“未经证明避免可能性的事故”必须被划入意外事件的范畴。^[64] 恩吉施认为,虽然故意和过失的成立在具备结果避免可能性上是共通的,但过失犯独特的地方在于,行为人没有采用必要的谨慎义务避免构成要件的实现。谨慎义务包括内在谨慎和外在谨慎,结果预见只是内在谨慎所要实现的。^[65]

虽然从法规范视角来看,结果避免可能性成为过失犯的本质,但是,上述学

[58] Vgl. Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 6.

[59] Vgl. Hold von Ferneck, Die Idee der Schuld, 1911, S. 3.

[60] Vgl. Hold von Ferneck, a. a. O., S. 17.

[61] 具体论述为:法规范要求(1)你不应当引起他人的死亡。(2)你应当避免死亡结果,当你有能力和特殊义务时。因此,相应的谨慎义务不仅在于通过认识到你的意志行为在因果上可能引起结果来避免结果,而且在于只要有能力并且具有特殊义务,就应该通过这样的认识来避免结果。Vgl. Goldschmidt (Fn. 51), S. 27.

[62] Vgl. Exner (Fn. 58), S. 192.

[63] Vgl. Exner (Fn. 58), S. 179.

[64] Vgl. Binding (Fn. 30), S. 449-450.

[65] Vgl. Engisch, Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 280.

者最初讨论结果避免可能性时并没有将其界定为本文要研究的“合义务行为时,结果能否避免”的问题,而更可能是一种广义上的结果避免可能性。直到埃克斯纳在1930年的《过失的共同作用》一文中明确提出“**罪责关联中断**”,即合义务行为时结果不能避免的情形是多种过失共同作用问题中的一种情形:损害结果虽然是由行为人违反义务造成的,但是,也是由行为人与另一个人共同作用而造成,这使得行为人即便遵守了义务,结果仍然会发生。^[66]在他看来,这里欠缺的是答责。因为在过失犯意义上,只有在合义务举止会避免结果时,结果才能说是可避免的。”^[67]

与埃克斯纳将过失以及结果避免可能性定位于罪责阶层不同的是,恩吉施已经将过失看成不同于故意的构成要件上的内容了^[68],且将“合义务行为时,结果能否避免”的判断纳入构成要件中与因果关系相并列的“**风险实现**”要素中。在奴夫卡因案中,他认为,如果使用正确的麻醉剂,结果仍然会发生的话,那么“使用可卡因中蕴含的**风险的实现**”不能施加于被告人较“使用奴夫卡因中蕴含的**风险的实现**”更多的不利。证立该结论的正确视角在于独立于因果关系的**风险实现的构成要件**。^[69]

(三) 目的行为论体系:从罪责要素到不法要素

从20世纪30年代起,作为古典和新古典犯罪论体系基础的客观不法理论受到了韦尔策尔(Welzel)所创设的目的行为论的挑战。^[70]根据他的观点,法规范能够要求或禁止的,并不是单纯的因果进程,而只能是受到目的性操控的行动或该动作的不作为。在以“行为目的性”作为整个犯罪论体系基础的情形下,他将不法的重点由结果转移到行为上来,以道德违反为基础的行为无价值是独立于以法益侵害为基础的结果无价值的**不法的核心组成部分**。^[71]在韦尔策尔看来,刑法最根本和直接的任务是保护社会道德,只有通过对社会道德的维护才能更有效地实现法益保护。^[72]在不法的构造上,故意和过失已经相互

[66] Vgl. Exner (Fn. 55), S. 583.

[67] Vgl. Exner (Fn. 55), S. 577, 583.

[68] Vgl. Engisch (Fn. 65), S. 266.

[69] Vgl. Engisch, der Arzt im Strafrecht, Monatsschrift f. Kriminalbiologie u. Strafrechtsreform, 1939, S. 428.

[70] 根据他的目的行为论,由于目的性的基础是意志能力,即在一定范围内对因果介入事实产生的后果加以预见,进而有计划地操控该因果介入事实朝实现目标的方向发展的能力,故具有目标意识的、引导因果事件发展的意志就构成目的行为的支柱。目的性的意志属于行为的一个组成部分。汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论——刑法理论的新图景》,陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,前言,第2页。

[71] 同前注[56],第376页。

[72] 同前注[56],第376页。

区分开来,故意中存在一种现实的^[73]目的性,过失是潜在的目的性^[73],因为“规范只能对一个目的性的举动加以要求或禁止”^[74]。在故意犯和过失犯中,规范的具体类型以及具体要求也不同:故意犯中,规范针对的是行为人意图通过其行为实现什么东西,该类规范是要禁止人们去实施一种行为;过失犯中,规范涉及的是对行为手段的选择和运用,而不论行为人通过该手段意图实现的目标是什么(目标应当是合法的,否则就是故意犯罪了)。规范要求行为人选择和运用行为手段时,其目的性操控必须符合某种最低程度的要求,即必须给予“在交往中必要的注意”。^[75]正如他的学生尼泽(Niese)所指出的,韦尔策尔对过失犯的解释其实已经悖离他所谓的^[76]目的行为论这一“物本逻辑”结构,因为过失犯中的“潜在的目的性”其本质包含规范的评价成分。^[76]

对于结果无价值,在目的行为论者看来,由于结果的发生或不发生大多依赖于偶然,因此,结果无价值被驱逐出不法领域,被视为与不法无关的客观处罚条件^[77]。按照杰林斯基(Zielinski)的说法:“不法仅仅是义务违反的目的性行为,结果或结果无价值在不法中不具有任何机能。”^[78]按照目的行为论的一贯逻辑,既然结果是一种客观的处罚条件,那么,谨慎义务违反性与结果之间的主观联系,即结果避免可能性的判断便是多余的,但事实上并非如此。韦尔策尔及他的多数弟子们都没有否认结果避免可能性是过失成立的要素。施特拉腾韦特(Stratenwerth)认为,“事件流程的可支配性(可预见性和可避免性)是首要责任领域的边界”。^[79]尼泽指出,一个通过违反义务的行为造成的损害结果只有在下列情况下才是违法的,即行为人“在保持谨慎时可以避免结果的引起”。^[80]雅各布斯(Jakobs)早期也主张,在这种情形中,条件引起了结果,在没有该条件时,该结果也可能由其他替代条件引起。如果希望法能够实现结果的避免,那么在那些情况下,法律规定就是无用的。^[81]

由于所谓的“因果流程的操控和支配可能性”以及结果避免可能性都是过于抽象的标准,以至于在细化为具体规则后,目的行为论者们的最终结论也不

[73] 潜在的目的,是指某人本来能够通过目的活动避免一个结果。Vgl. Niese, Finalität, Vorsatz Fahrlässigkeit, 1951, S. 43.

[74] 参见同前注[70],第2页。

[75] 参见同前注[70],第6页。

[76] Vgl. Niese (Fn. 73), S. 43.

[77] Vgl. Zielinski, Handlungsunwert und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 205.

[78] Vgl. Zielinski (Fn. 77), S. 5.

[79] Vgl. Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, FS Eb. Schmidt, 1961, S. 391.

[80] Vgl. Niese, Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht, JZ 1956, S. 460.

[81] Vgl. Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 24.

同。(1) 在韦尔策尔那里,结果避免可能性问题涉及的是“结果的出现必须完全是对注意义务违反的实现”。如果尽管结果是由违反注意义务的行为所引起的,但即便行为人在实施行为时符合了注意义务,该结果还是会发生,那么,根据他的观点,就不能认为结果的出现是对注意义务违反的实现。在埃克斯纳举出的奴夫卡因等案件中,他认为,排除的不是因果关系,而是构成要件所要求的结果发生与注意义务违反之间的关联。^[82] 这种观点也被之后许多德国学者所采纳。另外,在判断结果避免时,他采取通说所主张的“近乎确定可以避免”标准。(2) 尼泽借助“社会相当性”概念对结果避免可能性问题加以说明,认为只有在履行谨慎义务时可避免的结果引起才是社会不相当的,并且因此符合构成要件且违法;那些即便运用了必要谨慎仍然不可避免的结果引起因有社会相当性而不重要。^[83] 但是,他对于如何具体认定结果避免可能性没有进一步展开。(3) 施特拉腾韦特坚持结果无价值对不法成立是无意义的,因为事前不确定这样的结果会发生,具有法益损害倾向的行为才能被禁止。^[84] 因此,在他看来,对结果承担的责任,是通过对产生结果的危险承担责任而得以体现。符合构成要件的结果基本上只能归责于制造或增加了可能导致结果发生的不被允许的危险的行为人。^[85] 并且,根据他在认识论上的主张,“当行为人遵守谨慎规范时,结果能否避免”的判断是一个假设的因果流程,其在认定中十分复杂,因此,属于原则上不可查明的事实,不适用“存疑有利于被告原则”。只有真实的事实才属于原则上可查明的。^[86] 因此,他的主张是一种风险升高理论,这也影响了之后普珀(Puppe)从概率因果关系的视角分析谨慎义务违反性关联的看法。^[87] 普珀将谨慎义务违反性看作结果发生的一个原因,即依自然法则为结果发生的充分条件中的必要组成部分。^[88] 因此,根据普珀的过失犯因果关系认定方法,一个完整的因果关系包含两个步骤:第一个步骤,行为人自然物理上的行为与结果之间的因果关系;第二个步骤,行为的性质即“谨慎义务违反性”与结果之

[82] 参见同前注[70],第48—49页。

[83] Vgl. Niese (Fn. 73), S. 61.

[84] Vgl. Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStrR 79 (1963), 238f., 242ff.

[85] 参见施特拉腾韦特:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第100、404页。

[86] Vgl. Stratenwerth, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 227ff.

[87] Vgl. Puppe, Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW99(1987), S. 595ff.

[88] Vgl. Puppe, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung- BGH, NJW 1982, 292, Jus 1982, S. 660ff.

间的因果关系,即想象“谨慎义务违反性”不存在时,结果是否会发生。^[89]但是,这种判断谨慎义务违反性关联的情形仅适用于涉及自然事件的案件。如果在具体案件中出现了第三人的话,例如卡车司机案,她会将该情形看做多重因果关系问题。^[90]对于谨慎义务违反性与结果发生的因果关系的证明上,她提出在那些缺乏精确的因果法则(如人的行为以及心理)以及难以查明因果关系的领域(如医学领域),也不能因此放弃对结果的归责,而是认为“对于结果的解释,概然性解释已足”^[91],即谨慎义务的违反提高了法益损害发生的概率即可。这就是所谓的建立在概然性因果关系理论基础上的风险升高理论。

(四) 新古典暨目的论综合体系:双重标准下的结果避免可能性

由于以目的行为论为基础的一元行为无价值论存在种种弊端,一方面,仅仅依据人的主观意志来认定不法,违反了行为刑法原则,并有引向思想刑法和过分限制公民自由的危险;另一方面,结果并不是客观处罚条件,而是不法的必要组成部分,且结果的出现并不完全取决于偶然的因素,而是人的行为的作品。^[92]逐渐地,在不法领域,学界走向了结果与行为无价值二元不法论。在犯罪论体系上,当前德国刑法理论界的通说,是由新古典体系和目的论体系所确定的框架,即目的行为论对原来的新古典体系的构造进行了局部改造,将原先定位为罪责要素的故意和过失转移到构成要件阶层。^[93]在过失论中,恩吉施和韦尔策尔的过失见解,即将过失中的客观谨慎义务违反定位为不法构成要件的做法也成为通说。不法阶层的过失还包含客观的结果预见可能性和客观的结果避免可能性的判断。在罪责阶层,除了原有的判断要素——责任能力之外,还要判断行为人是否具有注意能力(主观的预见能力和避免能力)或者期待可能性。例如,耶塞克/魏根特(Jescheck/Weigend)指出,当过失行为的客观方面可能被认定时(不法构成要件),然后才能够探讨,根据行为人的智力、教育、灵活性、能力、生活经验、社会地位等,一般的注意要求和预见要求能够满足。^[94]

[89] Vgl. Puppe, Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung—Teil 2, ZJS 6/2008, S. 492f.

[90] 具体来说,不仅要考察司机未保持合法超车距离的行为是否为结果发生的合乎法则的原因,还要考察骑车人醉酒的行为是否是结果发生的合乎法则的原因。只要骑车人在清醒状态下,根据自然法则,司机违反谨慎义务的行为仍然会确定造成结果,那么,司机未保持合法超车距离的行为就是结果发生的合法则的原因。

[91] Puppe (Fn. 87), S. 603.

[92] 参见同前注[56],第384—386页。

[93] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeinteil I, 2006, § 7, Rn. 23.

[94] 根据该教科书观点,不法构成要件由三个要素决定:实现构成要件危险的认识可能性、基于该危险认识而客观要求的注意的行为和因违反注意而发生该当构成要件的结果。参见耶塞克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2009年版,第677—678页。

在对结果避免可能性问题的讨论上,同时处在新古典暨目的论综合体系框架下的学者耶塞克/魏根特和韦塞尔斯(Wessels)都主张过失须经过客观的结果避免可能性的判断和主观的避免能力的判断。根据韦塞尔斯的观点,过失犯在性质上就是以构成要件实现的可以避免行为为前提条件;过失行为人受罚,是因为他未避免被违反的结果,虽然他在客观上有义务且在主观上有此能力。^[95] 易言之,结果避免可能性是过失犯成立的条件。而这个结果避免可能性在韦塞尔斯看来,分为主观上的可避免性和客观上的可避免性。如果主观上——个人情况方面的不可避免性成立,就将只是消除责任谴责;如果客观上的不可避免性成立,则在构成要件的层面上就已经排除义务违反性关联,由此排除对结果的归责。^[96] 当然,如果即便行为人遵守了谨慎义务,结果仍然会发生的话,只能单独对违反特殊规定承担相应的法律后果。但是,耶塞克/魏根特和韦塞尔斯在结果避免可能性理论和风险升高理论的抉择的态度上,仍有所差异。耶塞克/魏根特虽然同样认为过失犯中违法性联系是以“在符合注意义务情况下行为的,结果能够被避免”为前提,但是,在具体认定时,如果不确定在不违反谨慎义务的情况,结果是否近乎能被避免,他认为仍然应当遵从一个折中理论。“根据该理论,如果违反注意义务能够得到证实,已经对行为客体带来了较之通常的危险明显较高的危险时,就应当肯定结果的客观归责,因为,为了避免结果的发生,如果遵守注意义务能否导致该结果不能肯定的,可能的注意义务仍然必须予以重视。如果对违反注意义务的行为是否导致危险显著增加仍有疑问的,始可适用‘无罪推定’原则。”^[97] 相反,韦塞尔斯认为,通说对风险升高理论提出的其违反存疑有利于被告原则、违反法律将结果犯转化为具体的危险犯是难以反驳的^[98],因此主张通说。

(五) 目的理性指导下的客观归责体系:通说面临的挑战

尽管之前的“因果主义”和“目的主义”在具体内容方面有很多不同,但是,二者一致的是,它们都是从实在的现实情况(造成或者对行为的操纵)出发的,并且由这些实在的现实情况引导出体系构造。^[99] 易言之,二者都建立在“物本逻辑”基础上。相反,罗克辛(Roxin)发展出来的犯罪原理体系选择的是另一条道路,即目的理性犯罪论体系,它追问的是社会的目的、刑法和刑罚的功能(任务),并且,根据位于这些目的之后的刑事政策的价值决定来建造这个体

[95] 参见韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第402页。

[96] 参见同前注[95],第402页。

[97] 参见同前注[94],第703页。

[98] 参见同前注[95],第110页。

[99] 参见罗克辛:《德国犯罪原理的发展与现代趋势》,王世洲译,载《法学家》2007年第1期,第154页。

系。^[100] 与目的行为论主张截然相反的是,行为的客观面而不是主观面决定行为的不法。这是因为不法的结构能够从刑法的任务即法益保护中发展出来,根据罗克辛的说法,法益保护只有通过如下的方式才是可能的:禁止为法益创造不被容许的风险,并将实现这种风险作为一种不法行为而归属给行为人。^[101] 相较于以往的刑法理论,目的理性指导下的客观归责理论的两个不同点在于:第一,不法是从行为人行为的客观方面来判断的,通常与行为人的主观认识、能力无关。不过,行为人具有“特殊认识”被看作是例外。相应的,允许的风险的判断标准是依照一般人天生所具有的能力而定的。^[102] 第二,客观归责视角下的行为人不是基于个案中真实的、具体的行为人,而是基于虚拟出来的“客观理智第三人”。具体来说,对于结果归责而言,行为人必须创造出一个按照客观理智第三人判断确实存在的非容许风险,并且此风险也必须以客观理智第三人得以理解的方式实现为侵害结果,而与行为人的主观认知或态度无关。^[103] 在过失犯理论中,罗克辛摒弃了传统的通过谨慎义务违反、结果预见可能性和结果避免可能性等标准判断过失的做法,提出了通过可容许的风险或者信赖原则等方式在过失构成要件中创设出确定的构造。^[104] 他认为,“制造不容许的风险”可以取代传统上对过失行为的定义,而且可以更精确地描述过失行为。这样一来,无论是故意还是过失都可以通过“创设并实现法所不允许的风险”这一客观归责理论来判断。

在客观归责理论的基础上,罗克辛专门撰文对通说结果避免可能性理论进行了批判,认为该理论难以对法益进行有力的保护,而应当采取风险升高理论。^[105] 根据他的风险升高理论,在类似卡车司机案中,问题的关键在于区分奠定构成要件基础的谨慎义务违反和构成要件上不重要的谨慎义务违反。^[106] 区分的方式在于,根据具体事实判断,结果出现的机会是否由于行为人错误的行为而被提高了。从他的主张来看,允许的风险是那些确定不会升高法律容许风险的行为。因此,在不确定合义务举止会保持风险还是降低风险时,都认定违反谨慎义务时存在风险升高。^[107] 易言之,只要没有证明违反谨慎义务的行为

[100] 参见同前注[99],第154页。

[101] 参见罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第72页。

[102] 参见同前注[9],第518页。

[103] 参见周滢沂:《从客观转向主观:对于刑法上结果归责理论的反省与重构》,载《台大法学论丛》2014年第4期,第1471—1472页。

[104] 同前注[101],第29页。

[105] Vgl. Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, 74ZStW (1962), S. 411 ff.

[106] Roxin (Fn. 105), S. 431.

[107] Vgl. Roxin, Grundlagenprobleme, 1973, S. 131.

没有提高风险,就应当认定存在风险升高。并且,根据他的见解,风险升高的证明不是一个经验事实问题,也不需要采用“存疑有利于被告”原则。由于该风险升高理论不仅会造成即便是微不足道的风险升高,也会导致归责,而且是将“不具备风险升高”这一事实的证明责任转移给被告人,因此,目前没有学者主张这种意义上的风险升高理论。

为了克服罗克辛的风险升高理论存在的问题,同样主张客观归责并从一般预防刑事政策出发的许迺曼(Schünemann)将罗克辛所主张的风险升高看作是一个事实和假设的举止之间自然主义也即统计上的比较(naturalistisch-statistische Vergleich),而把自己的风险升高理论界定为一个“与评价有关的比较”^[108]。具体来说,这种规范上的风险升高理论是指只要从事后来看规范仍然对于降低不被允许的结果是合适的(仍然有利于降低结果出现的风险),纯粹可能的替代举止的因果关系就不能阻止结果归责。换言之,法官需要判断,基于事后的认知,事前的规范是否继续是一个有效的降低结果发生风险的规范,还是说已经不合适了。^[109]两种风险升高理论在卡车司机案中的不同分析路径在于,根据自然意义的风险升高,即便遵守注意义务(保持1 m的距离)相对于违反义务(保持0.5 m的距离)仅有1/1000的救助可能性,也可归责。但是,在许迺曼看来,根据规范意义上的风险升高理论,从事后视角来看,事前可认知的规范仅仅在如下情形下是有意义的,即遵守该规范会明显地降低危险。^[110]不过值得注意的是,许迺曼在分析奴夫卡因案中大量地考察了“禁止使用可卡因”这一谨慎规范的目的,是降低肺栓塞的危险,降低心跳停止的危险,还是降低麻醉手术中的一般死亡危险。这种分析思路与一些学者主张仅从“规范保护目的”视角解决类似案件的做法趋同。根据规范保护目的理论^[111],在此类案件中,应当在具体个案中考察,行为人因违反谨慎义务造成的法益侵害结果是否落在谨慎规范保护范围。因此,许迺曼所谓的规范的风险升高理论其实是跨越了罗克辛提出的传统的以概率变化衡量风险的风险升高理论与规范保护目的理论这两种理论。

值得注意的是,并非主张客观归责理论的学者都会在此问题上主张风险升

[108] Vgl. Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeitsdelikt und Gefährdungsdelikt*, JA 1975, StR S. 172.

[109] 类似的观点, Vgl. Dehne-Niemann, *Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung: Zur normtheoretischen Reformulierung der »Risikoerhöhungstheorie«*, GA 2012, S. 89 ff.

[110] Vgl. Schünemann (Fn. 108), S. 173.

[111] Vgl. Ranft, *Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? Zugleich eine Kritik der Formel vom »rechtmäßigen Alternativverhalten«*, NJW 1984, S. 1425 ff. Vgl. Krümpelmann, *Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten*, FS-Jescheck, 1985, S. 313ff.

高理论。例如,弗里希(Frisch)则明确反对风险升高理论,并认为,为了达成风险升高理论在刑事政策上所追求的——绝对是有意义的——目标,我们需要过失实害结果犯以外的其他犯罪,也就是那些专门处罚这类重大错误行为或是通过重大错误行为明显提高危险的犯罪。但只要处罚仍存有一个实害结果(作为不法结果)为要件的犯罪,那么一旦发生的结果不可能被定性成不法时,处罚的可能性便被排除。^[112]而得出两种不同结论的关键在于,罗克辛和许迺曼过于强调刑法的法益保护和一般预防功能,以至于通过风险升高理论扩大了过失犯的处罚范围。

(六) 主观归责理论体系:作为主观能力的结果避免可能性

罗克辛系统性地发展出客观归责理论之后,其理论也开始受到诟病,例如它忽略主观要件对不法成立的作用;公式中运用的危险概念以及如何理解“风险实现”都未能解释清楚,以至于这种形式的危险实现并不能起到限制结果归责的作用^[113];创造风险只不过是设定一个在行为当时可能成为引起结果发生之原因的条件的另一个说法^[114]。尤其是在客观归责理论中,不法上的人被设定为不是具体的行为人,而是脱离了行为人主观认识和社会一般人的社会一般人。在这一点上,客观归责理论受到了主张主观归责理论学者的反对。如金德霍伊泽尔(Kindhäuser)认为,不法和罪责所涉及的都是法益侵害可否归责于具体行为人的问题,结果归属的判断根本不能脱离具体行为人的主观认识和能力。另外,作为罗克辛客观归责理论构建基础的法益保护和一般预防刑事政策也受到了批判,因为如果犯罪论体系将以预防为导向的基本观念作为其基础的话,刑法甚至将会和警察法相似,完全服务于对危险的预防,而忽略了刑法罪责之非难必须是与过去的行为相联系的。^[115]

反对客观归责理论的金德霍伊泽尔放弃了传统的客观构成要件和主观构成要件二分法,认为在审查行为人是否犯罪时,需要先后考虑两个内容,即归属对象和归属理由。^[116]归属对象是指结果不法,是通过举止规范的目标即法益保护来确定的;归属理由是指行为不法,考察的是规范接收者在多大程度上必须运用实现合规举止的能力,即用以确定法益侵害之可避免性的行为能力

^[112] 参见弗里希:《客观之结果归责》,蔡圣伟译,载《刑事法评论》第30卷第1辑,北京出版社2012年版,第248页。

^[113] Vgl. Struensee, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, S. 101f.

^[114] 金德霍伊泽尔:《客观归责——可能性与界限》,2013年3月13日中国人民大学法学院名家法学讲坛演讲,第11页(未刊稿)。

^[115] 参见帕夫利克:《最近几代人所取得的最为重要的教义学进步?——评刑法中不法与罪责的区分》,陈璇译,载《刑事法评论》,北京大学出版社2014年版,第308页。

^[116] 参见金德霍伊泽尔:《犯罪构造中的主观构成要件——及对客观归属学说的批判》,蔡桂生译,载《刑事法评论》第30卷第1辑,法律出版社2012年,第183页。

(不法阶层)和动机能力(罪责阶层)的标准,它考察的是刑罚的目标,即刑法上举止规范效力的维护(积极一般预防标准)。考察行为人的行为能力和动机能力的原因在于,遵守规范的前提是规范接收者在现实中能够将应为之事转化为其意为的能力。行为人在身体上和智力上能够实现应为之事,即行为能力的问题;行为人必须能够认识到其应为之事并且具有实施应为之事的动机,即动机能力的问题。“虽然行为能力并未对结果不法作出限制,但它却为避免结果不法的义务,及刑法上结果不法的可归责性划定了成立的范围。”^{〔117〕}在金德霍伊泽尔看来,过失犯中的这种对行为能力的期待被称为注意规则(谨慎规则)。“从注意规则中可以推导出一个普遍适用的归责原则,即如果某人一旦给予达到了可期待程度的注意,就能具备行为能力,那他就不能以自己欠缺遵守规范的行为能力为由免责。”^{〔118〕}但是,缺乏行为能力的并非一概可以免于责任,“只有当行为人本人对他自己无行为能力的状态不负责任时,他才能免责”。^{〔119〕}这一理念也延续了普芬多夫和赫鲁施卡将过失犯归责视为一种特殊归责的理念,即在违反规范的那一刻,行为人是缺乏行为能力的。但是,这种行为能力的缺乏是可归责于行为人的,尤其当他能够通过遵守谨慎义务获得时。不过,法律对行为人的结果避免能力的要求不是漫无边界的。例如,在卡车司机案中,虽然行为人能够通过不作为的方式避免结果的发生,但是,法律并没有提出这样的要求,而是为了社会公众的利益,仅要求行为人遵守超车时的规定,以此来避免结果的发生即可。但是,如果行为人即便遵守了法规范所期待的谨慎和注意仍然不具备结果避免的能力,那么,根据“逾越能力则无义务”原则,结果也不可归属于行为人。可见,在金德霍伊泽尔的主观归责体系下,结果避免可能性是作为行为人主观上的结果避免能力即行为能力的一种而出现的。

特佩尔(Toepel)对过失犯的分析延续了金德霍伊泽尔的模式,区分了归责对象和归责标准,并指出过失犯的归责标准在于:未实施的预防措施必须是一个在具体情形下能够为行为人创造避免违反举止规范(结果发生)这一能力的充分条件。不过,相对于金德霍伊泽尔提出的行为能力这一较为笼统的标准,特佩尔提出了一个“理性的可计划性”(rationale Planbarkeit)的具体标准。根据该标准,当行为人能够通过遵守必要的谨慎而理性、有计划地支配整个流程时,行为人便处于能够创造必要行为能力的地位。“理性的可计划性”包括避免结果的理性可计划性以及引起结果的理性可计划性。前者是排除归责的标准,后者是实现归责的标准。但是,对于前者而言,这种“可计划性”仍然在于:在实

〔117〕 参见金德霍伊泽尔:《论所谓“不被容许的”风险》,陈璇译,载陈兴良主编:《刑事法评论》第34卷第1辑,北京大学出版社2014年,第224页。

〔118〕 参见同前注〔117〕,第225页。

〔119〕 参见同前注〔117〕,第224页。

施行为之前,行为人作为一个理性的人必须能够认识到,通过其完全合义务的举止,在已有的事实情形下,不会引起与同一被害人有关的构成要件该当结果。易言之,行为人对“他实施合义务行为时,能够避免结果”有所认识。根据他的观点,规范保护目的的问题其本质也是一个“理性的可计划性”问题。例如,在讨论遵守限速规定时,规范保护目的学说会主张,限速规定的目的不在于“推迟肇事车辆出现在事故现场的时间”,但是,在特佩尔看来,问题的关键在于,行为人在决定超速行驶的那一时刻,难以预见到未来的某一时刻、某一地点会突然出现一个违反交通规则的行为人。因此,事故不能够通过在特定时间和地点理性地加以计划来避免。^[120] 由于根据“理性的可计划性”理论,过失犯判断的标准是行为人能够理智地认识到“通过谨慎义务能够避免结果的发生”,因此,该理论也涉及行为人的认识,与传统的结果预见可能性理论易混淆。对此,特佩尔不仅批判了结果预见可能性理论在划定过失犯归责上的固有缺陷(标准不明确、仅仅是一个数据上的概率),还提出了“理性的可计划性”理论不同于结果预见可能性理论的地方在于:在对预见可能性进行判断时,行为人被当作一个事件发生的旁观者。旁观者只能拥有理论上的认知。如果他认识到了事态发生的所有可能性,那么,该认知就会存在。理性的可计划性判断取决于一个事实上的认知^[121],尤其在于“通过遵守谨慎义务能否避免结果”这一内容上的认识。不过在本文看来,由于预见判断时所处立场和视角不同,预见的内容必然有所差别。所以,特佩尔的“理性的可计划性”理论与预见可能性依旧有着千丝万缕、不可切断的联系。

(七)术语分析

从上述对结果避免可能性理论发展史的梳理来看,单是结果避免可能性的术语表达就存在多种,如德国法院的“刑法意义上的因果关系”,恩吉施的“风险实现”,韦尔策尔的“谨慎义务违反性在结果中的实现”以及特佩尔的“理性的可计划性”等。在本文看来,这些表述都未能真正地说明结果避免可能性理论背后的法理。首先,由于“风险实现”这一概念的内涵模糊不清,以至于结果避免可能性理论受到了一些学者的指责,认为该理论的本质就是对一种诉诸“公平衡量”的法感情的修饰。^[122] 另外,“风险实现”的具体内涵到底是什么?它与事实上的因果关系之间到底存在什么样的区别?行为人违反注意义务的行为不就是创造了风险,该风险引发结果的发生,不正是“风险实现”吗?其次,“谨慎义务违反性在结果中实现”这个表述的内涵也亟须解释。谨慎义务违反性只是

[120] Vgl. Toepel (Fn. 38), S. 199.

[121] Vgl. Toepel (Fn. 38), S. 207.

[122] Vgl. Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S. 119. Roxin, (Fn. 105), S. 421. Puppe (Fn. 89), S. 142.

存在论意义上的行为的一种属性,它如何能够转化并实现成为一种自然意义上的结果?从语义学上来看,这种说法过于抽象,模棱两可。最后,至于“理性的可计划性”概念,如果将预见可能性的范围扩大到“结果发生的具体方式”,以至于包含了“行为人遵守谨慎义务,结果能否避免”的话,那么,特佩尔的理论 with 结果预见可能性理论没有差别。但是,考虑到实际生活中,行为人在具体行为时,通常不会对如此细致、具体的因果流程加以假设和认识,因此,没有必要一定将该内容看作行为人认识的对象,而应当承认认识能力(对应“内在谨慎”)之外的外在谨慎措施对避免结果的能力的独立影响。换言之,在那些场合,不是行为人预见能力上有缺陷,而是因为外在的预防措施真的难以避免结果。相较于其他学说,在本文看来,结果避免可能性理论的本质就是金德霍伊泽尔所提及的行为人采取谨慎措施时避免结果的能力问题,它与刑法中的罪责原则密切相关。至于将结果避免可能性问题看作因果关系来处理的方案,本文会在后文对结果避免可能性进行体系性定位时加以分析。

四、结果避免可能性理论变迁之嬗变规律

以上梳理了自过失犯诞生以来结果避免可能性理论变迁的过程。从在这个过程中,我们有必要提炼、总结出结果避免可能性理论变迁的规律,而这一规律的总结涉及结果避免可能性理论存在的正当性、犯罪论体系中的定位及其判断标准等重要问题。

(一) 结果避免可能性取代结果预见可能性成为过失犯的核心要素

随着规范罪责理论的兴起,心理罪责理论衰落,过失犯的本质不再被认为是行为人心理上“对事件真实危险认识错误”(认识责任理论)或者“缺乏一个善良的意愿”(意志责任理论),而在于行为人违反了刑法所关心的“任何人不得侵害他人”的禁令。从这个禁令中产生了一个要求行为人“采取充分的避免(侵害)活动”的义务。并且,对于行为人而言,避免侵害是可能的,且可以期待。按照杜特格(Duttge)的说法,这就是所谓的“价值评价上的亏损、缺陷”(Mangel an Wertschätzung)。^[123] 在心理罪责理论框架下,无论是采认识责任论,还是意志责任论,结果预见可能性都是认定过失犯的主要标准。结果预见可能性作为唯一标准的问题在于,随着工业社会的到来以及社会分工的细化,在很多场合,例如医疗、道路交通领域,即便行为人对于结果具有预见可能性,但仍然不能以此作为判断过失犯的唯一依据。况且,从规范罪责理论的视角来看,过失犯也是违反了刑法上的结果避免义务,对于结果的完全避免而言,结果预见只是实现结果避免的内在谨慎义务,还需要外在谨慎义务的履行,即通过预防措施来

[123] Vgl. Duttge (Fn. 7), Rn. 85.

履行。由此,只有结果避免可能性标准才能更完整地证立过失犯的本质。不过,值得说明的是,结果预见可能性仍然在判断过失犯的过程中扮演着重要的角色。即在那些反常规、非典型的因果经过中,亦即,对于行为人而言根本难以预见的危险,即便转化为法益损害结果,行为人不应当对结果负责,因为当行为人对于结果的发生缺乏预见可能性时,必然欠缺避免结果的能力。

(二) 结果避免可能性的体系地位之争

在我国,由于罗克辛的客观归责理论率先引入,我国刑法学者将客观归责理论作为结果避免可能性必然的理论背景^[124],这一点是不恰当的。从本文来看,在犯罪论体系不断变迁以及不同学者见解殊异的背景下,结果避免可能性是否被纳入犯罪论体系内,以及纳入犯罪论体系之后又被定位为犯罪论体系中的哪个阶层以及某个阶层的哪个要素,这些问题的答案都是不同的。而不同的回答将直接影响到过失犯中的定罪量刑^[125]。另外,体系问题研究也有利于以后相关案件的适用以及得出同样的结论。^[126]

第一,从量刑要素到定罪要素的变化。古典犯罪论体系时期的罪责理论属于心理罪责理论,结果预见可能性成为过失犯判断的核心标准甚至是唯一标准。此时,从法理上来说,通过合义务行为判断结果能否避免的观点在纯粹不法理论体系中没有一席之地,例如施彭德尔所主张的结果预见可能性理论^[127],甚至在他看来,结果避免可能性对于法官量刑有多大意义,以及在多大程度上可以作为一个正当的刑罚减轻事由,仍然需要进行特别的检验和论证。^[128]即结果避免可能性可能只是一个量刑时考虑的情节。随着埃克斯纳、戈登施密特等学者赋予过失犯以规范性色彩之后,过失犯被定义为“引起了能够且应当避免的法益损害”的行为时,结果避免可能性成为过失犯的核心要素。缺乏结果避免可能性时,不能成立过失犯。

第二,从罪责关联到不法关联的变迁。新旧古典犯罪论体系下,故意和过失都属于罪责要素,因此,作为过失犯要素的结果避免可能性也是在罪责阶层进行判断的。例如,埃克斯纳就将结果避免可能性的问题看作谨慎义务违反性与结果之间的罪责关联。在韦尔策尔目的行为论提出之前,恩吉施已经将过失看作构成要件上的问题,结果避免可能性作为“风险实现”的一个问题,当然也

^[124] 例如周光权教授认为,如果一个学者承认结果避免可能性具有重要性,那么也能够认为他主张新过失论,也主张客观归责论。参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第167页。

^[125] Ulsenheimer (Fn. 122), S. 68.

^[126] Vgl. Schünemann (Fn. 108), S. 131.

^[127] 当然,不容忽视的是,德国法院在实务中一直以来是通过“刑法上的因果关系”来判断结果避免可能性问题的。

^[128] Vgl. Spendel (Fn. 49), S. 20.

是在不法上进行判断。到目的行为论出现后,学界普遍接受了将故意和过失从罪责层次分离出来的观点,原属于罪责要素的故意和过失取得了主观构成要件与罪责形式的双重地位。在这个大的理论变迁背景下,作为罪责关联的结果避免可能性成为不法层面上的谨慎义务违反性关联、违法性关联、行为与结果之间的印象关联等。^[129] 将结果避免可能性理论的讨论定位于构成要件阶层是现在通行的做法。不过值得注意的是,虽然多数学者在不法的构成要件阶层探讨此问题,但也有个别学者主张将结果避免可能性的问题转移到违法性阶层。^[130] 由于这个问题涉及不同学者在行为论以及客观归责理论具体问题上的不同立场,在此不予展开。

第三,从因果关系到结果归责的趋势。结果避免可能性理论首先是被德国司法实务所接受的。德国帝国(联邦)法院自19世纪末以来一直都将结果避免可能性问题视为异于自然因果关系的刑法上的因果关系来处理。例如在卡车司机案中,联邦法院认为“当同样的结果在正确超车时会发生,或者基于显著的事实,根据法官的内心确信不能排除,那么,被告人创设的条件对于结果的发生而言不具有刑法上的意义。在这种情形下,不能肯定行为与结果之间的因果关系”。^[131] 之后,在刑法理论界,普珀也是从因果关系的视角来分析结果避免可能性理论的,即将谨慎义务违反看作行为的一个要素,其应当属于因果解释的必要组成部分,并且根据“想象其不存在”的公式来判断。但是,将结果避免可能性看作过失犯因果关系的做法也备受诟病。正如埃克斯纳指出,义务违反性是非现实的东西,不能引起某种结果,引起结果的只能是原因。因果关联不应该被否认。^[132] 类似的,罗克辛也认为,“根据等价理论,在这种情形下,因果关系是存在的。至于是否是刑法上或者法律上重要的因果关联,是另一个归

^[129] 具体的理论学说, Vgl. Ulsenheimer (Fn. 122), S. 1ff.

^[130] 主要存在两种情形:第一种,例如在鲍曼(Baumann)2006年的教科书中,他主张,无论是在故意还是过失中,客观的不可避免性应作为正当化事由。这是因为他主张采价值无涉的因果行为论,即刑法上的行为是由意志控制的身体举动,不关心意志的内容。在因果行为论的基础上,他将纯粹的行为、结果和因果关系放在构成要件阶层,而将与违法性(整体不法)有关的客观归责的内容,包括义务违反关联、规范的保护目的等放在违法性阶层。不过,在2016年的最新版教科书中,结果避免可能性作为客观归责方面的内容又被安置在构成要件阶层。Vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 9, Rn. 6. 第二种,客观归责理论日益从构成要件阶层向违法性阶层扩张。主张将义务违反性关联扩展到违法性阶层的学者认为,义务违反性关联必须考虑所有与不法相关的情节,否则,自陷禁区原则仍然在违法性阶层保留结果责任的残余。如同结果责任出现在构成要件阶层一样,在违法性阶层的结果残余也是违反立法者意图的,典型的如“假想承诺”情形,当然这个问题又涉及假想承诺的体系定位问题。Vgl. Schlehofer, „Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen: Insbesondere zur Frage des Unrechtsanschlusses bei hypothetischer Einwilligung, FS-Puppe, 2011, S. 958.

^[131] BGHSt. 11, 1(7).

^[132] Exner (Fn. 55), S. 584.

责要素,与因果关系无关”。^[133] 阿图·考夫曼(Arthur Kaufmann)明确指出,将假设因果关系纳入因果关系认定中,造成了难以解决的矛盾:其一,让被告人承担了因果关系的证明风险;其二,因果关系是一个存在论上的事实,不可能既存在又不存在。^[134] 对此,本文认为,归因与归责的区分是构成要件理论发展的必然趋势。因果关系并非如新康德主义所主张的仅仅是一种纯粹逻辑现象,纯粹依据“想象不存在”的条件公式进行判断,而不需要经验基础^[135];相反,它是以事实发生作为基础的。非现实概念(如“过失”“违反义务”“违反交通规则”)不能引起结果,其本身不能作为原因,作为原因的只能是具体的、现实的举止。^[136] 至于结果避免可能性是主观归责上的问题还是客观归责上的问题,都涉及谨慎义务能否发挥避免结果功能(或者说行为人是否能够借助谨慎义务避免结果)这一评价问题,因此,归因和归责二者之间不应当混淆。

第四,结果不法与行为不法的争论。如果行为人实施了符合谨慎义务的行为,结果仍然不能避免的话,那么,是排除结果不法还是行为不法呢?在此问题上,当今学者仍然未能达成统一的意见。^[137] 根据阿图·考夫曼从民法学说中引入的“假想的结果原因”理论,在合义务替代行为的场合,法益损害对象本身即蕴含了损害发生的内核,因而,法益的价值受到减损,甚至于没有价值了。^[138] 因此,在结果不可避免的场所,不存在行为上的结果非价。^[139] 同样的,根据克吕泊曼(Krümpelmann)的观点,在个案中会出现谨慎义务不能发挥其保护作用,以至于谨慎义务欲实现的“保护目的”与实际的“保护作用”之间发生割裂。虽然结果是由行为人违反谨慎义务的行为引起的,但是不存在一个重大相关的注意义务违反。虽然客体在“事实上受到了损害,并且在抽象意义上仍然是‘法益’,但是,不再受到保护或者保障规范的保护,以至于这种法益损害不能代表‘结果非价’”。^[140] 类似的,萨姆松(Samson)以**缩减生命**来定义侵害生命法益的构成要件结果,即比照两个死亡时间点。换言之,如果行为人仅仅是修正了

^[133] Roxin (Fn. 105), S. 412.

^[134] Vgl. Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, FS-Schmidt, 1961, S. 217 f.

^[135] Vgl. Arthur Kaufmann a. a. O., S. 209.

^[136] Vgl. Ulsenheimer (Fn. 122), S. 101ff.

^[137] 对此,我国学者也存在摇摆不定的地方。我国学者陈璇在2012年的《论过失犯注意义务违反与结果之间的规范关联》一文中将结果避免可能性归为危险创设,而非危险实现的问题;在2014年的《论过失犯中的注意义务的规范保护目的》一文中又将“合义务替代行为”放到结果无价值(危险实现)中。参见陈璇:《论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联》,同前注〔2〕,第704页;陈璇:《论过失犯中注意义务的规范保护目的》,载《清华法学》2014年第1期,第38页。

^[138] Vgl. Arthur Kaufmann (Fn. 134), S. 227.

^[139] Vgl. Arthur Kaufmann (Fn. 134), S. 228.

^[140] Küper, Überlegung zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, FS-Lackner, 1987, S. 267.

风险发生方式,而没有加速结果的形成或使得法益保护的状态变差,即不应成为该当客观构成要件的结果。^[141]但是,根据另外一些学者如金德霍伊泽尔的观点,在“遵守安全规则也无法避免某种结果”这种“被容许的风险”的场合并不否定结果不法的成立,只能排除行为不法。这是因为,“正当防卫权使行为人获得了伤害不法侵害人的权利,但在被许可的速度范围内高速驾车的行为人,却并不具有杀死其他交通参与者的权利。因此,与正当防卫对不法侵害人造成的伤害不同,在道路交通中对某人造成的死亡后果具有客观上的结果不法。实际上,被容许的风险只能排除行为不法的成立”。^[142]这种见解是值得赞同的,因为在无防卫权利的情况下,任何人造成他人的伤亡这一结果都应当受到负面的评价。而且,从否定结果不法的观点来看,这些学者在界定构成要件结果时已经纳入了许多规范评价的要素,使得构成要件结果范畴承载了过多的归责上的任务,以至于会得出这样荒谬的结论:对于过失造成一个病危的病人死亡这一结果不应该进行消极性的评价。

(三) 主客观结果避免可能性标准之争

对于过失犯的认定采主观认定标准,还是客观认定标准,在德国理论界一直存在争论。作为过失成立要素的结果避免可能性认定标准,从理论逻辑上来讲,也存在这样的问题。与现有通说将故意和过失同时定位于构成要件和罪责阶层的做法不同,新旧古典犯罪论体系下的过失犯模式只是限于罪责阶层的一阶层过失模式,关于过失成立的标准只是围绕结果预见可能性或者结果避免可能性是进行个别化判断(主观标准)还是一般化判断(客观标准)进行讨论。前者是指按照行为人的特殊能力、知识和资质本可以避免损害;后者则是按照一般模型而不考虑行为人的个别情况,避免可能性是指“一般的人可以避免什么”。当今关于过失犯标准的讨论则主要围绕着采一阶层过失论(构成要件阶层上的个别化判断),还是二阶层过失论(构成要件阶层上的一般化判断,罪责阶层上的个别化判断)。二阶层过失论也是现在的通说。^[143]采客观标准说或者二阶层过失论的学者通常从以下三个要点对个别化判断标准进行批判:第一,个别化的标准不能更好地对法益进行保护。因为个别化标准会造成一些人刻意疏忽,不去关心事态的发生,由此以缺乏结果避免能力来免责。第二,一般化标准认为,责任的程度根据个别资质升高或者降低,违反了法的“客观化趋势”。^[144]从维护法治国的角度来看,将客观与主观、行为与行为人分开,并且遵循先客观后主观、先行为后行为人的判断顺序,这不仅是犯罪认定过程清晰性

[141] Vgl. Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 100.

[142] 同前注[117],第226页。

[143] 参见同前注[95],第402页。

[144] Vgl. Exner (Fn. 58), S. 187f.

与缜密性的要求,更是现代法治国防止刑罚恣意发动、维护公民自由的保障。^[145]况且,对能力超出一般人水平的责任进行追究,实际上是一种对于道德的强制推行,不符合法治国理念下的个人主义精神。^[146]第三,如果义务取决于具体行为人能力的话,那么就不存在统一的法规范,而应针对每个人制定单独的法规范。

那么,主观判断的一阶层过失论是否真的存在上述所言的弊端呢?答案是否定的。一百多年前,埃克斯纳就已经对前两个问题进行了回答。首先,当行为人对自己行为的性质缺乏理解和认识并且判断能力薄弱,那么,也不能达到集中保护法益的效果。况且根据个别标准,即便在行为时没有能力,也不一定无罪,因为存在一种“承担的过失”。此时,责任以及有责的行为事实上是在造成损害以及无责的行为之前发生的,亦即“有责的过往将其阴影投入无责的当前”。^[147]其次,尽管自然人的资质和能力有差别,但是,一般化标准会使得不同的人同等对待,这不符合法概念和古老原则——分配正义。不同的人区别对待才是符合正义的。由于民法中涉及谁最终负担一次性形成的损害,刑法中涉及由于义务违反而对行为人进行的谴责,民法中一般能力的欠缺是实体损害根据,刑法中主张能力的欠缺消除了国家的每一个刑罚诉求,因此,民法中存在一个一般人的假设,而刑法中不可能存在过失假设,其问题在于“可能认识”,而非“必须认识”。“客观化趋势”在民法中与刑法中的“个别化原则”相对。^[148]埃克斯纳的回答至今仍旧能够有力地反驳二阶层过失论。至于第三个质疑,在主观归责论下,它也是不能成立的。虽然规范是客观的,但是在不同的案件中,人各有殊异,规范课以受规范者义务,命其达到规范所预设的世界状态,必然以受规范者有可能履行义务为前提^[149],而不是一个无关紧要的一般人。另外,正如金德霍伊泽尔所指出的,通说以及客观归责理论所主张的两阶层过失论体系中的“标准的规范接收者”构想在内部存在过滤效应上的功能失调^[150]:如果具体行为人不具备避免结果的能力,那么,先进行一个客观上的判断是多余的;如果具体行为人具有结果避免的能力,而客观上一般的人不具有避免能力,难道具体行为人不应该承担责任了吗?答案当然是否定的,否则的话,法益难以得到充分的保护。况且,这也符合具体行为人的能力水平,并没有对他有所苛求。

[145] Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl. 1919, S. 111. 转引自韦尔策尔:《目的行为论导论:刑法理论的新图景》,陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第126页。

[146] 参见高巍:《论注意义务的判断基准》,载刘明祥等主编:《过失犯研究——以交通过失和医疗过失为中心》,北京大学出版社2010年版,第114页。

[147] Vgl. Exner (Fn. 58), S. 186ff.

[148] Vgl. Exner (Fn. 58), S. 190ff.

[149] 同前注[103],第1478页。

[150] 参见同前注[116],第192页。

对此,罗克辛也对过失犯的客观标准进行了修正,要求超出一般人结果避免能力的行为人承担刑事责任。^[151]对客观标准的这种修正其实离主观标准已经不远了。

另外,在德国司法实务中,具体案件中对结果避免可能性的考察都是鉴定机关一次性得出的,并不存在一个“先一般人判断后个别判断”的区分。因此,在本文看来,只存在结合个别行为人的主观结果避免可能性的判断,不存在一般化的结果避免可能性。即便是主张客观归责理论的许迺曼也承认,“由于任何人都只能运用他自己的,而不是别人的认知和认识能力,故从一开始就从某个想象出来的理想观察者的认识基础出发去建构行为规范,这从一般预防的角度来看毫无意义”^[152]。因此,不存在忽略行为人的知识背景、专业技能、特殊认知等个别化因素的一般理性人的能力。当然,也要避免“可能性”的判断陷入“具体情境中行为人的特定举止和最终的结果是必然的,不可避免”的传统决定论的困境。

(四) 风险升高理论对通说的挑战

相对于结果避免可能性理论要求的“近乎确定避免”标准,风险升高理论降低了该证明标准。从历史发展来看,虽然风险升高理论大张旗鼓地被提出是从20世纪60年代开始,但实际上,德国帝国法院“曾一度借助证明责任的倒置而行‘明修栈道,暗渡陈仓’之计”^[153]。例如,在山羊毛案中,根据帝国法院的判决,如果行为人无法证明合义务的行为近乎确定不能避免结果的发生,那么,就推定合义务的行为能够避免结果的发生。直到罗克辛捅破了这层“不利于法益保护的”窗户纸后,许多其他学者也纷纷提出了结论类似但论证思路不同的风险升高理论。据现有的风险升高理论者的出发点以及论证模式的不同,可以将风险升高理论基本上分为三种类型:(1) 刑事政策指导下的风险升高理论。这类风险升高理论以法益保护、一般预防的刑事政策为导向,通过“允许风险”要素,将结果犯中“避免结果”这一规范目的调整为“风险降低”。代表学者有德国学者罗克辛和许迺曼。(2) 作为概率因果关系的风险升高理论。该理论认为注意义务违反性关联(结果避免可能性)的判断是一种假设的因果流程,并且难以得出一个绝对肯定的答案,因此,注意义务违反性关联只是一个概然性的判断。代表人物有德国学者施特拉腾韦特和普珀。(3) 举证责任倒置视角下的风险升高理论。例如在德国帝国法院时期的做法。另外,阿图·考夫曼也将“缺乏结果避免可能性”的情形等同于“排除违法性事由”,降低控方对结果避免

[151] Vgl. Roxin (Fn. 93), § 24, Rn. 57.

[152] Vgl. Schünemann, Über die objektive Zurechnung GA 1999, S. 216ff.

[153] 陈璇:《论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联》,同前注[2],第700页。

可能性的证明标准。^[154] 在上述的历史梳理中,我们可以看到,风险升高并不是特定犯罪论体系或者过失犯论下得出的结论,目的行为论下既有主张“近乎确定避免”标准的,也有主张风险升高标准的,同样还有主张新古典暨目的性体系和客观归责理论的。无论是哪种类型的风险升高理论,其背后涉及的核心问题是法益保护及自由保障之间^[155]、刑事政策及刑法体系之间^[156]、规范理论和刑罚目的之间的相互协调^[157]。

另外,对于主张结果避免可能性还是风险升高在德国实务界的风向也似乎发生了变化。虽然德国实务界自1957年卡车司机案开始,一直采纳该案中已经确定的要求控方证明“当行为人遵守谨慎义务时,结果近乎确定不会发生”的理论。但是,在1980年的腹膜炎案^[158]中,有学者指出,德国联邦法院为了对严重医疗失误进行刑法上的制裁,其判决向风险升高理论迈进了一大步。因为在该案中,只有将维持生命的可能性而非生命延长的确定性作为德国《刑法》第222条规定的目的时,才能够作出有罪的判决。^[159]

即便如此,结果避免可能性理论作为通说的地位依旧未被撼动,德国联邦法院作出的上述判决受到了批判。这是因为,从实践操作上来看,诸多风险升高理论根本难以提出一个统一的判断风险升高的标准,不同标准的适用势必会造成司法裁判上的不公平。^[160] 从法理上来看,风险升高理论的确将刑法规范要求避免的实害结果转化为具体危险,以至于在该理论背景下,结果这一奠定不法的要素沦为客观处罚条件。从刑事政策的角度来看,依风险升高理论普遍地处罚过失犯也不能够真正地实现法益保护的效果,因为在具体案件下,行为人的确缺乏避免结果的能力;况且,要保证公民在未来遵守相关谨慎义务的话,还可以通过其他法律途径,例如治安罚或者民事赔偿等实现。

[154] Vgl. Arthur Kaufmann, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, FS-Jescheck, 1985, S. 273 ff.

[155] 松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第219页。

[156] Vgl. Schünemann (Fn. 108), S. 171.

[157] Vgl. Dehne-Niemann (Fn. 109), S. 98.

[158] BGH, NStZ 1981, 218. 基本案情:在一次阑尾切除手术后,医生没有考虑到病人的腹膜炎症状;后续手术五天之后才进行,但是已经不能拯救14岁的学生。如果能在恰当的时间做手术,该女学生“高度概然性”地可能存活,虽然确定的是仅能存活一天。由于没有延长这一天的生命,德国联邦法院以过失致人死亡判决医生有罪。

[159] 该判决作出之后,在其他医疗领域的案件中,德国法院也作了类似的判决。Vgl. Krümpelmann, Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, GA 1984, S. 494.

[160] Vgl. Krümpelmann, a. a. O., S. 491.

五、总结:对我国过失犯理论发展的启示

随着将过失的本质确立为违反注意义务,我国过失理论最终完成了从苏俄刑法学话语到德日刑法学话语的转变,从而使得我国刑法中的过失理论获得了生命力^[161],作为过失犯成立要件的结果预见可能性和结果避免可能性也备受关注。在日本刑法理论体系下,虽然新过失论和旧过失论分别以结果避免可能性和结果预见可能性作为过失犯的核心问题,但是,逐渐地,有旧过失论者如日本学者山口厚也承认在过失实行行为判断中应加入“当行为人遵守谨慎义务时,结果能否避免”的考量。^[162]日本司法实务对新旧过失论进行了折中,也将结果避免可能性看作过失犯成立的要素之一。^[163]那么,我国理论界以及司法实务界在对德日刑法过失犯理论进行继受、消化时应该注意哪些问题呢?本文认为,可以从以下三个方面入手:

第一,只要承认过失犯违反的是一个法规范要求的避免结果义务,即承认过失是一个规范性概念,那么,就不能简单地将过失犯的本质看作心理意义上的结果预见可能性。因此,没有必要一直坚持通过排除结果预见可能性要素来排除卡车司机案中卡车司机的刑事责任。^[164]毫无疑问,当卡车司机违反了超车规定进行超车时,行为人对结果的发生必然具有预见可能性。当然,也没有必要完全否定结果预见可能性要素在限制过失犯归责中的作用。尤其在非典型的因果流程场合,也可以通过结果预见可能性标准排除责任。

第二,在我国刑法话语进行转变的背景下,风险升高理论和结果避免可能性理论的争论也是我国刑法学界的热点问题。考虑到过度考虑一般预防的刑事政策可能会违反刑法中的罪责主义以及有损刑法解释和适用的稳定性,在对“当行为人遵守谨慎义务时,结果能否避免”进行判断时,就应当采取结果避免可能性理论,即“近乎确定避免”标准。因为无论是从哪一个立场出发得出风险升高理论,其最终都违反了罪责主义,即违反了“逾越能力则无义务”这一基本法理,并且,“风险升高”的标准并不统一。

第三,我国司法实务对过失犯的认定仍然简单地以解释法条为核心,而未能在对过失犯的法理进行充分讨论下进行,这尤其体现在作为过失犯的交通肇事罪认定上。虽然我国《刑法》第16条规定“行为在客观上虽然造成了损害结果,但是不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引

[161] 参见陈兴良:《过失犯论的法理展开》,同前注〔2〕,第30页以下。

[162] 参见山口厚:《从新判例看刑法》(第2版),付立庆等译,中国人民大学出版社2009年版,第61页。

[163] 参见同前注〔162〕,第54页。

[164] 参见黎宏:《过失犯研究》,载刘明祥等主编:《过失犯研究——以交通过失和医疗过失为中心》,北京大学出版社2010年版,第33页。

起的,不是犯罪”,并且,在刑法分则中,诸多条文在规定过失犯时都使用了“违反……法规/规章制度/规定的,因而发生……事故或者造成……后果”的用语,从而表明过失犯的成立必须具备义务违反与结果发生之间的特殊关联,即结果避免可能性^[165],但是,在司法实务中,针对被告人提出的“结果不能预见”“结果不能避免”等抗辩事由^[166],法官只是在个案中以欠缺结果避免可能性为由排除行为人的刑事责任,一些案件中是将“不可预见”和“不可避免”作为量刑情节酌情处理,更多案件中则忽略了被告人这一抗辩事由,由此导致了在过失犯的认定上存在一种结果责任的倾向^[167]。为了克服这种结果责任的倾向,也有必要在判断过失犯时加入结果避免可能性的考察。

(审稿编辑 徐 成)

(校对编辑 邵博文)

[165] 参见陈璇:《论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联》,同前注[2],第684页。

[166] 如“董某某交通肇事案”“李某某交通肇事案”“陈某某等交通肇事案”“杨某祥等重大责任事故案”“伍某甲重大责任事故、重大劳动安全事故案”“欧阳某甲故意伤害案”“王某某非法采伐、毁坏国家重点保护植物案”“胡中伟、王成斌等故意伤害案”“姜顺祥玩忽职守案”等。

[167] 其具体表现为:简单地将“违反交通法规”作为过失犯的实行行为;将自然意义上的条件关系作为(刑法上的)因果关系;刑事诉讼程序中采“存疑从有”的原则。参见蔡仙:《反思交通肇事罪认定的结果责任》,载《政治与法律》2016年第11期,第142页。