

# 过失犯中结果回避可能性的混淆与辨异

邹兵建<sup>\*</sup>

**摘要** 在过失犯领域,有四个不同的理论点被冠以“结果回避可能性”的名号,分别是裸的行为意义上的结果回避可能性、不可抗力意义上的结果回避可能性(结果回避义务意义上的结果回避可能性)、条件关系意义上的结果回避可能性、合义务替代行为意义上的结果回避可能性。所谓裸的行为意义上的结果回避可能性并不符合结果回避可能性的含义。不可抗力意义上的结果回避可能性是过失犯的一个要素,其体系位置和理论功能随着过失犯的理论变迁而发生变化。假定因果关系不影响结果不法,但是在部分案件中会影响行为不法。合义务替代行为理论位于风险实现阶段,旨在解决法所容许的风险与法所禁止的风险交织在一起的风险实现问题,其与假定因果关系是两种不同的理论点。在欠缺结果回避可能性的案件中,通过依次考察行为人的身体举止有无可支配性、行为人有无违反注意义务以及法益所面临的风险状况,可以准确判断出该案欠缺的是何种结果回避可能性。

**关键词** 过失犯 结果回避可能性 不可抗力 假定因果关系 合义务替代行为

## 一、问题的提出

无论是立足于旧过失论还是立足于新过失论,在构建过失犯的成立条件时,都离不开结果回避可能性这个要素。近年来,随着客观归责理论的兴起,我国学者对过失犯中的结果回避可

<sup>\*</sup> 南开大学法学院副教授。本文系国家社科基金青年项目“刑法归因归责中的反事实思维问题研究”(项目编号:18CFX044)的阶段性成果和天津市哲学社会科学规划课题青年项目“刑法因果关系的实证研究”(项目批准号:TJFXQN18-002)的阶段性成果。

能性进行了深入研究,并由此展开了风险升高理论与可避免性理论之争。<sup>〔1〕</sup> 这些研究深化了学界对相关问题的认识,值得充分肯定。不过需要看到,在行为人即便实施了合义务替代行为也无法避免结果发生时不能对结果进行归责,是客观归责理论中的一项具体规则。关于这项规则的适用范围是什么,目前学界还存在一定的争议。然而,我国学者几乎都在没有对这项规则的适用范围做任何讨论的情况下,想当然地将其置于过失犯的语境下展开讨论。其理论依据或许为,结果回避可能性是过失犯成立条件中的重要一环。过失犯在构成要件阶层表现为对结果回避义务的违反,而结果回避可能性是结果回避义务得以成立的前提。<sup>〔2〕</sup> 由此,结果回避可能性成了连接过失犯研究和客观归责理论研究的关键枢纽。

问题是,过失犯中作为结果回避义务之事实前提的结果回避可能性(以下简称“结果回避义务意义上的结果回避可能性”)与客观归责理论中的结果回避可能性(以下简称“合义务替代行为意义上的结果回避可能性”)是同一回事吗? 本文认为,答案是否定的。结果回避义务意义上的结果回避可能性位于行为不法的判断之中。它对假想出来的替代行为只做了事实性的要求(替代行为是行为人原本有可能实施的)。一旦欠缺这种结果回避可能性,就可以否定结果回避义务的存在,从而排除行为不法。而合义务替代行为意义上的结果回避可能性位于结果不法的判断之中。其对假想出来的替代行为不仅做了事实性的要求(替代行为是行为人原本有可能实施的),而且还做了规范性的要求(替代行为是与现实的违法行为同属一种行为类型的、最低限度的合义务行为)。一旦欠缺这种结果回避可能性,就可以认定案件结果不是对行为人所创设的法所禁止的风险的实现,从而排除结果不法。由此可见,无论是在成立条件、体系位置抑或是理论功能上,结果回避义务意义上的结果回避可能性与合义务替代行为意义上的结果回避可能性都存在明显的差异。想当然地将合义务替代行为意义上的结果回避可能性置于过失犯的语境下展开研究,恐怕是将上述两种结果回避可能性混为一谈了。

除了上述两种结果回避可能性外,在过失犯领域,结果回避可能性的概念还被使用于以下三种场合。其一,有学者认为,具有结果回避可能性,是裸的行为得以成立的事实前提。<sup>〔3〕</sup> 本文将其称为“裸的行为意义上的结果回避可能性”。其二,学界通常将不可抗力理解为欠缺

〔1〕 参见周光权:“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”,《法学研究》2005年第2期,第57—65页;车浩:“假定因果关系、结果避免可能性与客观归责”,《法学研究》2009年第5期,第145—163页;陈璇:“论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联”,《中外法学》2012年第4期,第683—705页;庄劲:“客观归责理论的危机与突围——风险变形、合法替代行为与假设的因果关系”,《清华法学》2015年第3期,第75—93页;谢治东:“论结果回避可能性与过失犯的归责”,《政法论坛》2017年第2期,第62—73页;孙运梁:“过失犯的客观归责:以结果避免可能性为中心”,《比较法研究》2017年第5期,第103—119页;周光权:“风险升高理论与存疑有利于被告原则——兼论‘赵达文交通肇事案’的定性”,《法学》2018年第8期,第66—78页;蔡仙:“过失犯中风险升高理论的内在逻辑及其反思”,《清华法学》2019年第4期,第60—75页。

〔2〕 参见(日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第206页。

〔3〕 参见(日)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218页。

结果回避可能性,反过来说,具有结果回避可能性就意味着不可抗力无法成立。<sup>〔4〕</sup> 本文将其称为“不可抗力意义上的结果回避可能性”。不可抗力意义上的结果回避可能性与结果回避义务意义上的结果回避可能性在成立条件上完全相同,二者实际上是同一回事。其三,有学者将行为人的行为与法益损害结果有因果关系但它们的关系不符合条件公式的案件(假定因果关系案件、择一因果关系案件)视为欠缺结果回避可能性。<sup>〔5〕</sup> 本文将其称为“条件关系意义上的结果回避可能性”。综上,在过失犯领域,有四个不同的理论点被冠以“结果回避可能性”的名号,分别是:①裸的行为意义上的结果回避可能性;②不可抗力意义上的结果回避可能性(亦即结果回避义务意义上的结果回避可能性);③条件关系意义上的结果回避可能性;④合义务替代行为意义上的结果回避可能性。

既然如此,理论上自然要研究,这些理论点是否符合结果回避可能性的基本含义? 如果答案是肯定的或是部分肯定的,就需要继续追问,这些不同的结果回避可能性在成立条件、体系位置、理论功能、适用范围上有何异同? 遗憾的是,对于这些问题,目前学界的研究还相当薄弱。<sup>〔6〕</sup> 正是因此,学界经常混淆不同种类的结果回避可能性。这种混乱的状况制约了学界对过失犯和客观归责理论的进一步研究,也阻碍了结果回避可能性理论在司法实践中的适用。在这个背景下,对过失犯中的结果回避可能性展开系统研究,<sup>〔7〕</sup> 辨别不同种类的结果回避可能性之间的异同,澄清它们之间的关系,具有重要的理论意义和实践价值。

## 二、裸的行为与结果回避可能性

日本学者松原芳博认为,在由不属于裸的行为的身体举止引发了法益侵害结果场合,该结果对于行为人而言,可谓无论如何都难以避免。可见,在欠缺裸的行为场合,欠缺结果回避可能性。反过来说,结果具有回避可能性,是裸的行为得以成立的事实前提。不过,松原芳博意识到这种结果回避可能性不同于结果归属中的结果回避可能性。为此,他将前者称为“事

〔4〕 参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第294页。

〔5〕 参见黄荣坚:《基础刑法学(上)》(第3版),中国人民大学出版社2009年版,第178页。

〔6〕 例如,日本学者松原芳博将结果回避可能性分为事实的结果回避可能性和规范的结果回避可能性。(参见松原芳博,见前注〔3〕,第56、217—218页。)这一分类具有启发性。但遗憾的是,松原芳博仅对这两类结果回避可能性作了一个概念上的区分,而未能对它们二者的联系与区别展开深入分析。另外,松原芳博所说的事实的结果回避可能性主要是指裸的行为得以成立的事实前提。而下文将析,裸的行为成立的事实前提并不符合结果回避可能性的基本含义。此外,有学者将结果回避可能性分为事前意义上的结果回避可能性和事后意义上的结果回避可能性。参见(日)高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第88页;程皓:《注意义务比较研究——以德日刑法理论和刑事判例为中心》,武汉大学出版社2009年版,第84页。这种分类虽然有一定的意义,但是过于粗线条了,还不足以揭示结果回避可能性的所有问题点。

〔7〕 除了过失犯涉及结果回避可能性问题外,不作为犯也会涉及结果回避可能性问题。为了避免后者对本文的研究造成不必要的干扰,本文将研究对象限定为过失作为犯领域的结果回避可能性。

实的结果回避可能性”，而将后者称为“规范的结果回避可能性”。他还强调，这种事实的结果回避可能性是过失犯与故意犯、作为犯与不作为犯得以成立犯罪的共通的、不可或缺的前提。<sup>〔8〕</sup> 这些观点得到了我国部分学者的认同。<sup>〔9〕</sup>

但是，裸的行为成立的事实前提并不符合结果回避可能性的基本含义。实际上，裸的行为成立的事实前提就是指身体举止的可支配性。而身体举止的可支配性，并不等于结果回避可能性。行为人如果不能支配其身体举止，当然也就无法支配由其身体举止所引发的结果。但是，一个结果欠缺可支配性，并不等于该结果欠缺回避可能性。例如，甲随意抛掷硬币，最终硬币落地时正面朝上。显然，在甲抛出硬币的那一瞬间，硬币落地的朝向结果欠缺可支配性。如果认为结果欠缺可支配性等于结果欠缺回避可能性，便不得不认为，硬币落地时正面朝上这一现实的结果必然会发生。这显然不符合实际情况。既然结果欠缺可支配性不等于结果欠缺回避可能性，身体举止欠缺可支配性当然也不会等于结果欠缺回避可能性。因此，裸的行为成立的事实前提不符合结果回避可能性的基本含义。有学者认为，事实的结果回避可能性中的结果不仅包括构成要件结果，而且还包括刑法意义上的行为。<sup>〔10〕</sup> 这种解释方案试图通过对事实的结果回避可能性中的结果做广义的理解来为这一概念辩护。但是这样一来，以欠缺结果回避可能性为由否认裸的行为的存在，其实质就是，以行为必然会发生为由去否认裸的行为的存在，显然自相矛盾。

将裸的行为成立的事实前提理解为一种结果回避可能性，不仅存在理论上的障碍，而且容易误导裸的行为成立与否的判断。例如，日本曾发生过这样一起案件：司机在驾驶火车经过一个铁路道口时没有注视前方，未能发现站在铁路道口的一个小孩，致使小孩被火车轧死。经法院查明，由于这个铁路道口位于转弯处，视野非常不好，司机直到在距离小孩 30 米远的地方才能看见小孩，基于火车当时的速度，即使司机一直注视前方并在看见小孩后迅速采取拉响汽笛、紧急制动等措施，也不可能阻止结果的发生（以下简称“铁路道口案”）。<sup>〔11〕</sup> 本案欠缺结果回避可能性，当无疑问。问题是，本案所欠缺的到底是何种结果回避可能性？对此，理论上存在多种见解。<sup>〔12〕</sup> 有学者认为，“由于驾驶行为不能回避死亡结果的发生，其并不是犯罪行为，从而否定了司机对于小孩死亡结果之态度的行为性”，<sup>〔13〕</sup>亦即以欠缺事实的结果回避可能性

〔8〕 参见松原芳博，见前注〔3〕，第 217—218 页。

〔9〕 参见孙运梁，见前注〔1〕，第 105—106 页。

〔10〕 参见蔡仙：“过失犯中结果避免可能性理论的法理展开——以‘逾越能力则无义务’原则为解释中心”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第 40 卷），北京大学出版社 2018 年版，第 46 页。

〔11〕 参见日本大审院判决 1929 年 4 月 11 日《法律新闻》3006 号，第 15 页。转引自（日）北川佳世子：“交通事故和过失论”，黎宏译，载高铭暄、赵秉志主编：《过失犯罪的基础理论》，法律出版社 2002 年版，第 84 页。

〔12〕 参见西田典之，见前注〔2〕，第 220—221 页；（日）佐伯仁志：《刑法总论的思之道·乐之道》，于佳佳译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 50 页；黎宏：《刑法学总论》（第 2 版），法律出版社 2016 年版，第 200 页。

〔13〕 孙运梁，见前注〔1〕，第 106 页。

为由否定裸的行为的成立。然而,在本案中,司机可以自由地支配其身体举止,其驾驶火车的身体举止当然属于裸的行为。不难发现,这种否定司机的身体举止属于裸的行为的观点明显受到了所谓事实的结果回避可能性概念的误导。

综上所述,裸的行为成立的事实前提不符合结果回避可能性的基本含义,将其称为一种结果回避可能性,会误导裸的行为成立与否的判断。

### 三、不可抗力意义上的结果回避可能性

在不可抗力案件中,法益侵害的结果必然会发生,欠缺回避可能性。因此,可以将不可抗力的反面理解作为一种结果回避可能性,此即为不可抗力意义上的结果回避可能性。下面依次考察不可抗力意义上的结果回避可能性的成立条件、适用范围、体系位置和理论功能。

#### (一)成立条件

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起的,不是犯罪。”其中的由“不能抗拒”的原因引起损害结果的情形,就是不可抗力。<sup>〔14〕</sup>为了使得讨论更具针对性,试举一个被学界公认属于不可抗力的案例:张某驾驶一辆小客车以正常速度沿向下斜坡驶向长江码头,突然总泵皮碗破裂,刹车失灵。张某连踩三下脚刹,并立即拉上了手刹,均未能将车刹住,小客车俯冲落入长江,车上四人淹死,仅张某和一名乘客幸免于难。经技术鉴定,总泵皮碗破裂致使刹车失灵,纯属机械故障。现场勘验还表明,汽车如往左急拐弯,就要坠落在2.85米深的公路上,造成车毁人亡;如向右急拐弯,由于右方有汽车和许多行人,势必会发生撞车和造成多人伤亡(以下简称“刹车失灵案”)。<sup>〔15〕</sup>

首先考察不可抗力的客观特征,具体包括行为特征、结果特征和因果关系特征。在不可抗力案件中,“行为在客观上造成了损害结果”。从行为的归属来看,这个行为是由行为人实施的;从行为的内容来说,这个行为是裸的行为。可见,在不可抗力案件中,行为人实施了裸的行为。不可抗力中的结果,是指抽象结果而非具体结果。“刹车失灵案”被认为欠缺结果回避可能性,并不是说该案实际发生的具体结果无法避免。如果张某在发现刹车失灵后向一旁急打方向盘,就会出现不同的损害结果。只不过,这种结果与现实的损害结果相比会更严重。所以,在抽象结果的意义上,该案被认为欠缺结果回避可能性。关于不可抗力的因果关系,我国刑法第16条做了两项规定。其一,行为人的行为造成了损害结果;其二,引起损害结果的原因是不能抗拒的。根据这两项规定,很容易得出如下推论:引起损害结果的原因即行为人的行为是不能抗拒的。但是,这个推论以“一因一果”为前提条件,而不可抗力案件是“多因一果”的案件,行为人的行为和突然出现的因素都是引发结果的必要条件。“不能抗拒”不是针对行为人

〔14〕 参见陈兴良:“论无罪过事件的体系性地位”,《中国政法大学学报》2008年第3期,第32页。

〔15〕 参见马克昌主编:《犯罪通论》(第3版),武汉大学出版社1999年版,第369页。

的行为而言的,而是针对突然出现的因素而言的。具体而言,在行为人实施其行为的过程中,突然出现了一个不能抗拒的因素,这个因素急剧地增加了行为人的行为所包含的风险,行为人无论采取何种措施都无法大幅地降低风险的程度,最终该风险现实化为损害结果。这意味着,不可抗力案件欠缺结果回避可能性,是绝对的、无条件的。这一点构成了不可抗力意义上的结果回避可能性不同于合义务替代行为意义上的结果回避可能性的重要特征。<sup>[16]</sup>

接着考察不可抗力的主观特征,具体包括认识特征和意志特征。不可抗力案件中的行为人已经预见危害结果的发生。对此,理论上没有太大的争议。<sup>[17]</sup> 需要指出的是,行为人对危害结果的预见,需要发生在不能抗拒的因素出现之后。而且,从不能抗拒的因素出现到损害结果发生之间,需有一个时间间隔。如果欠缺这个时间间隔,行为人来不及做出任何反应,就属于意外事件,而不属于不可抗力。关于不可抗力的意志特征,一般认为,行为人对危害结果的发生持消极、排斥的态度。<sup>[18]</sup> 应当说,在绝大多数的不可抗力案件中,这个论断是可以成立的。但是,在少数不可抗力案件中,行为人内心可能并不排斥危害结果的发生。假如“刹车失灵案”中的司机张某本来就有自杀的倾向,那么他在发现刹车失灵后,对于小客车冲入江中这一危害结果未必会持完全排斥的态度。但这并不妨碍该案成为不可抗力案件。

综上所述,不可抗力案件是这样一类案件:在行为人实施其行为的过程中,突然出现了一个行为人事先无法预见的因素,这个因素急剧地增加了行为人的行为所包含的风险,行为人认识到了这个风险,但是无论如何都无法大幅降低风险的程度,最后该风险现实化为损害结果。相应地,不可抗力意义上的结果回避可能性是指,行为人在认识到其行为包含了高度的风险后,能够通过采取有效措施大幅地降低风险的程度甚至从根本上消除这个风险,从而避免损害结果的发生。

## (二)适用范围

不可抗力可以阻却过失犯的成立,自不待言。关键的问题是,它能否阻却故意犯的成立?对此,学界一般持肯定立场,但是没有做出详细解释。<sup>[19]</sup> 从理论逻辑来看,可能的解释路径有二。其一,通说观点认为,在不可抗力案件中,行为人的身体举止超出了意志支配的范围,因而不属于裸的行为。<sup>[20]</sup> 由于裸的行为是过失犯和故意犯共通的要素,根据这一观点,可以推导出不可抗力能够阻却故意犯的结论。其二,理论上普遍赞同,在不可抗力案件中,行为人对

[16] 以往我国学界对此缺乏清晰认识。有学者认为,行为人违反了注意义务,但是即便行为人遵守了注意义务相同的损害结果仍然会发生的场合,也属于不可抗力。参见周光权,见前注[1],第57页脚注1;陈璇,见前注[1],第684页脚注1。

[17] 参见陈兴良:《规范刑法学(上)》(第3版),中国人民大学出版社2013年版,第138页。

[18] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第117页。

[19] 参见张明楷,见前注[4],第294页。

[20] 参见陈兴良:“他行为能力问题研究”,《法学研究》2019年第1期,第126页;陈璇:“生命冲突、紧急避险与责任阻却”,《法学研究》2016年第5期,第149页。

危害结果持消极、排斥的态度,根本不可能成立犯罪故意。<sup>[21]</sup> 根据这一观点,同样可以推导出不可抗力能够阻却故意犯的结论。但是,根据上文对不可抗力特征的分析可知,在不可抗力案件中,行为人既不欠缺裸的行为,也不必然排斥危害结果的发生,因而上述两种解释路径都行不通。

值得注意的是,主张不可抗力可以阻却故意犯的学者普遍赞同,不可抗力意义上的结果回避可能性是过失犯和故意犯的共通要素。反过来说,不可抗力在故意犯场合排除的要素与其在过失犯场合排除的要素应是同一个要素。下文将述,无论是立足于新过失论还是修正的旧过失论,都会赞同,不可抗力排除的是过失犯的实行行为。既然如此,如果认为不可抗力能够阻却故意犯,那么它排除的也应当是故意犯的实行行为。由此,不可抗力意义上的结果回避可能性能否适用于故意犯的问题,就转化为不可抗力能否排除故意犯的实行行为的问题。本文认为,答案是否定的。在不可抗力案件中,行为人无论如何都无法降低其行为所包含的风险,但这并不意味着行为人无法提高其行为所包含的风险。当行为人故意提高其行为所包含的风险时,当然有成立故意犯罪的余地。据此,本文认为,不可抗力无法阻却故意犯的成立。相应地,不可抗力意义上的结果回避可能性,只能适用于过失犯,而无法适用于故意犯。

### (三)体系位置

不可抗力意义上的结果回避可能性在过失犯中的体系位置,与过失犯的理论变迁密切相关。传统的旧过失论认为,过失犯在构成要件及违法性阶层与故意犯完全相同,只是在有责性阶层与故意犯不同。而在有责性阶层,关键要看行为人有无结果预见可能性。不过,在判断有无结果预见可能性之前,需要前置性地判断有无结果回避可能性。如果欠缺结果回避可能性,无需进入结果预见可能性的判断就可以直接否定过失犯的成立。这种欠缺结果回避可能性情形,就是不可抗力。由此可见,在传统的旧过失论中,不可抗力意义上的结果回避可能性属于结果预见可能性的前置性要素,位于有责性阶层之中。

根据旧过失论,只要行为人的行为包含了一定的风险并且其有认识风险的可能性,行为人就需要采取一切可能的措施来消除风险。这种风险厌恶型的刑法立场与现代社会的发展需求完全脱节。为此,在批评旧过失论的基础上,新过失论被创立了出来。新过失论认为,过失犯不仅在有责性阶层不同于故意犯,而且在构成要件阶层也有别于故意犯。行为人的行为是否属于实行行为,并不取决于其危险程度的高低,而取决于其是否违反了结果回避义务。而判断是否违反结果回避义务的依据,是国民在生活和生产过程中逐渐总结出来的行为基准。如果行为人的行为完全符合行为基准,该行为所包含的风险便属于法所容许的风险。由此可见,新过失论在“过失犯的实行行为”“违反结果回避义务”“创设法所禁止的风险”三者之间划上了等号。随着结果回避义务这一要素的提出,不可抗力意义上的结果回避可能性转而以结果回避义务意义上的结果回避可能性的面貌出现,成为结果回避义务得以成立的事实前提。一旦欠

[21] 参见高铭喧等,见前注[18],第117页。

缺这种结果回避可能性,便可以否定结果回避义务的存在,进而否定过失犯的实行行为。由此可见,在新过失论中,结果回避义务意义上的结果回避可能性位于构成要件之中,更为确切地说,位于行为不法的判断之中。

在新过失论的影响下,旧过失论阵营中的部分学者接纳了“结果回避义务”的概念,进而认为过失犯在构成要件阶层表现为违反结果回避义务,在有责性阶层表现为具有结果预见可能性(或违反了结果预见义务)。<sup>[22]</sup> 不过,这些学者并不承认行为基准的刑法意义,也不承认法所容许的风险原理。<sup>[23]</sup> 也就是说,他们同意在“过失犯的实行行为”和“违反结果回避义务”之间划上等号,但是拒绝在它们二者与“创设法所禁止的风险”之间划上等号。这种过失犯理论在本质上仍然属于旧过失论,本文将之称为“修正的旧过失论”。修正的旧过失论既然接纳了“结果回避义务”的概念,当然也会承认作为其事实前提的结果回避义务意义上的结果回避可能性,并且在对它的体系位置安排上与新过失论保持一致。

#### (四)理论功能

在传统的旧过失论中,不可抗力意义上的结果回避可能性位于有责性阶层之中,是结果预见可能性的前置性要素。欠缺这种结果回避可能性,就无法进入结果预见可能性的判断。而在新过失论和修正的旧过失论中,不可抗力意义上的结果回避可能性(结果回避义务意义上的结果回避可能性)位于构成要件阶层之中,是结果回避义务成立的事实前提。欠缺这种结果回避可能性,就可以否定结果回避义务的存在,进而否定过失犯的实行行为,排除过失犯的行为不法。

值得注意的是,尽管结果回避义务意义上的结果回避可能性在新过失论和修正的旧过失论中都是结果回避义务得以成立的事实前提,但是严格来说,它在两种过失论中发挥的作用并不完全相同。在新过失论中,结果回避义务意义上的结果回避可能性只能起到反向排除的作用,而无法起到正向肯定的作用。换言之,在新过失论中,具有结果回避义务意义上的结果回避可能性,是结果回避义务得以成立的必要不充分条件。而在修正的旧过失论中,结果回避义务意义上的结果回避可能性不仅能够起到反向排除的作用,而且还能够起到正向肯定的作用。唯一的例外就是被害人或第三人违反了行为人信赖的情形。如果不考虑信赖原则这个限制性因素,可以说,在修正的旧过失论中,具有结果回避义务意义上的结果回避可能性,是结果回避义务得以成立的充分必要条件。

## 四、条件关系意义上的结果回避可能性

刑法因果关系的判断可以分为归因和归责两个阶段。在结果归因阶段,条件说占据着通

[22] 参见(日)山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第229页;张明楷,见前注[4],第287页。

[23] 参见张明楷:“论被允许的危险的法理”,《中国社会科学》2012年第11期,第112—131页。

说地位。在行为人的行为与结果之间的关系符合条件公式的案件中,只要行为人不实施其行为,特定的法益损害结果就不会发生。由此可见,条件公式体现了结果回避可能性的思想。行为人的行为与结果之间的关系不符合条件公式的案件,可以分为两种情况。第一种情况是,行为人的行为不是导致结果发生的原因。第二种情况是,行为人的行为虽然是导致结果发生的原因,但是由于除了行为人的行为外,还存在另一个处于替补状态的或已经实际发挥作用的原因,行为人的行为对于引起结果的发生而言并非不可或缺。第二种情况就是指假定因果关系案件和择一因果关系案件。在假定因果关系案件和择一因果关系案件中,即便没有行为人的行为,仍然会发生相同的法益损害结果,可谓欠缺结果回避可能性。<sup>[24]</sup> 由于假定因果关系案件和择一因果关系案件与条件说密切相关,本文将这两种案件所欠缺的结果回避可能性称为“条件关系意义上的结果回避可能性”。

假定因果关系案件和择一因果关系案件只是对案件中的因果关系做了特殊要求,而没有对罪过形式提任何要求。学界在阐释它们时通常都是举故意犯的例子。例如,B想飞往国外,A追至机场将其枪杀,而B本来要乘坐的飞机起飞不久后坠毁,飞机上的乘客无一生还(以下简称“机场杀人案”)。<sup>[25]</sup> 不过,它们同样可以是过失犯的案件。例如,准备乘坐飞机的乙在去往机场的路上遭遇车祸,被肇事司机甲开车撞死,而乙本来要乘坐的飞机在起飞不久后坠毁,飞机上的乘客无一生还(以下简称“车祸案”)。由此可见,条件关系意义上的结果回避可能性既可以适用于故意犯,也可以适用于过失犯。

至于条件关系意义上的结果回避可能性的理论功能与体系位置,不能一概而论。择一因果关系案件是结果不法中的一个问题点,其理论功能是质疑条件说的正确性。而假定因果关系案件的理论功能和体系位置更为复杂一些,它不仅是结果不法中的一个问题点,同时也是行为不法中的一个问题点。也就是说,与择一因果关系案件相比,假定因果关系案件有着更为丰富的刑法教义学内涵。限于文章篇幅,本文在此仅分析假定因果关系案件的理论功能与体系位置,而这个问题可以从结果不法和行为不法两个角度加以展开。

### (一)假定因果关系与结果不法

假定因果关系被引入刑法学之中,旨在对条件说提出质疑:在假定因果关系案件中,行为人的行为与结果具有因果关系,但是它们之间的关系并不符合条件公式,这说明条件说会在假定因果关系案件中得出错误结论。<sup>[26]</sup> 这个质疑能否成立,取决于以下两个具体的问题:其一,在假定因果关系案件中,行为人的行为与结果有无因果关系?其二,在假定因果关系案件中,行为人的行为与结果之间的关系是否符合条件公式?

考察行为人的行为与结果有无因果关系,其实就是考察行为人的行为是否在引发结果的因果流程中发挥了作用。在假定因果关系案件中,行为人的行为显然在引发结果的因果流程

[24] 参见松原芳博,见前注[3],第54页;黄荣坚,见前注[5],第178页。

[25] 参见车浩,见前注[1],第146页。

[26] Vgl. Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 20 ff.

中发挥了作用。诚然,在“车祸案”中,假如没有甲的肇事行为,乙也会死于随后发生的空难,但这只能说明乙的死亡结果不可避免,而不能据此否定甲的肇事行为所发挥的作用。“一个事实上的发生过程,并不会因为存在一个有可能代替它但实际上并没有代替它的发生过程的存在,而消失自己的存在和作用。”〔27〕值得注意的是,假定因果关系案件与超越因果关系案件实际上是同一种案件,只是二者的观察角度不同。理论上普遍赞同,在超越因果关系案件中,超越因果关系会中断另一个因果关系。〔28〕这进一步印证了,在假定因果关系案件中,行为人的行为与结果具有因果关系。

接下来的问题是,在假定因果关系案件中,行为人的行为与结果之间的关系是否符合条件公式?从总体上看,肯定论者主要有两种论证思路。但在本文看来,这两种思路都存在的问题。

第一种论证思路是,运用条件公式时只能考虑“那些仍然保留的、事实上也已经完成的情节”,而不得添加假设情况(以下简称“特定原因说”)。〔29〕但是,在假定因果关系案件中,假定原因是一种客观存在的原因。它被称为“假定原因”,只不过是因为它处于替补状态而没有实际发挥作用。只要没有行为人的行为,假定原因便会自动替补上去发挥作用。可见,假定原因发挥作用是“若无前者”即没有行为人的行为这个假设前提所引起的真实效果,而不是被凭空假想出来的。特定原因说将“若无前者”这个假设前提所引起的真实效果排除在条件公式的考察范围之外,实际上就已经放弃了条件公式。〔30〕

第二种论证思路是,运用条件公式时所需考察的结果是具体结果而非抽象结果,而假定因果关系案件中的相同结果是指抽象层面的相同结果而非具体层面的相同结果(以下简称“具体结果说”)。〔31〕根据具体结果说,在大多数假定因果关系案件中,行为人的行为与结果之间的关系符合条件公式。但是需要看到,假定因果关系案件仅要求真实结果与假定结果在抽象层面一致,并不意味着真实结果与假定结果在具体层面必然不同。当真实结果与假定结果在具体层面也完全相同时,行为人的行为与结果之间的关系便不符合条件公式。例如,医生甲制定了一份将于第二天被处以枪决的精神病患者名单,如果甲不制定该名单,其他医生也会在同一天制定一份内容完全相同的名单(以下简称“名单案”)。在该案中,现实结果与假想结果在具体层面上完全相同,因而甲的行为与名单上的精神病人被枪决的结果之间的关系不符合条件公式。这说明,具体结果说不足以彻底消除假定因果关系案件对条件公式的质疑。换言之,条件

〔27〕 Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, § 4 Rn. 12.

〔28〕 参见张亚军:《刑法中的客观归属论》,中国人民公安大学出版社2008年版,第200页。

〔29〕 参见黎宏,见前注〔12〕,第94页。

〔30〕 Vgl. Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-FS, 1961, S. 209.

〔31〕 参见车浩,见前注〔1〕,第147页。

公式在假定因果关系案件中可能会得出错误结论。<sup>〔32〕</sup>

在确认了假定因果关系不影响结果归因之后,还需要讨论假定因果关系能否影响结果归责。结果归责所要解决的问题是,在具体的案件中,能否将与行为人的行为有因果关系的法益损害结果归属到行为人的头上?这之所以会成为一个问题,是因为在有些案件中,在行为人的行为引发结果的因果流程之中,介入了其他人的行为或事件,或者介入了法所容许的风险。换言之,只有在那些存在介入因素的案件中,才有可能先肯定结果归因后排除结果归责。而假定因果关系案件中,并不存在这些介入因素。因此,在假定因果关系案件中,没有理由拒绝将与行为人的行为有因果关系的法益损害结果归属到行为人的头上。由此可见,假定因果关系不仅不影响结果归因,也不影响结果归责。

## (二)假定因果关系与行为不法

通说观点认为,假定因果关系不影响行为不法。不过,学界始终未能给这一结论提供具有充足说服力的理由。第一种常见的理由是:“不允许某种法益因为是不可挽救的而成为犯罪的牺牲品。”<sup>〔33〕</sup>如果坚持这种观点,便不得不认为,在欠缺合义务替代行为意义上的结果回避可能性的案件中,也需要追究行为人的刑事责任。第二种常见的理由是:“法律制度不能由于另外一个人已经准备好违反法律就应当收回自己的禁令。”<sup>〔34〕</sup>如果其中的“另外一个人”是指与行为人有互动关系的人,那么法律制度由于另一个人已经准备好违反法律就收回自己的禁令,并非毫无可能。正当防卫制度和信赖原则都在一定程度上体现了这种思想。如果其中的“另外一个人”是指与行为人毫无关系的人,那么上述论断大体上可以成立,但它只能适用于假定原因是他人违法行为的假定因果关系案件,而无法适用于假定原因是他人合法行为或自然事件的假定因果关系案件。第三种常见的理由是:“立法者只能根据日常经验和一般观念来确定哪些行为很可能或者必然会对他人的利益造成侵害,从而通过立法加以一般性禁止。至于在个案中,被禁止的行为并没有加重被害人的‘不幸’程度,或者反而从整体上给被害人带来了‘幸运’,都超出了刑法关心的范围。”<sup>〔35〕</sup>如果这一解释能够成立,紧急避险就无法成为一种正当化事由。

本文认为,学界之所以未能给假定因果关系不影响行为不法这一结论找到充足的理由,归根到底是因为这个结论本身是不准确的。尽管在通常情况下,假定因果关系不影响行为不法,但是在一些特殊的场合,假定因果关系会影响行为不法。其中的一种特殊场合,就是风险降低

〔32〕 需要指出的是,条件说和条件公式并不是完全对应的关系,由条件公式错误论推导不出条件说错误论。只要对条件公式进行必要的修正,便可以确保其在假定因果关系案件中得出正确结论。因此,假定因果关系虽然能够否定条件公式的正确性,但不能否定条件说的正确性。详细讨论请参见邹兵建:“条件说的厘清与辩驳”,《法学家》2017年第1期,第86—88页。

〔33〕 Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., 2004, § 8 Rn. 42.

〔34〕 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 11., Rn. 59.

〔35〕 车浩,见前注〔1〕,第146页。

案件。风险降低案件是指,行为人为了救助被害人而实施了一个行为,该行为给被害人带来了一定的损害,但是如果行为人不实施这个行为,被害人就会遭受一个与实际损害隶属于同一种风险、但相较而言更为严重的后果。例如,行为人甲眼看一块石头将要砸中乙的头部,便伸手挡了一下石头,使之改变方向,最后砸中了乙的肩部(以下简称“挡石案”)。在本案中,甲无需为乙肩部受伤的结果承担刑事责任,对此理论上没有任何争议。不过,对于这一结论是如何得出的,学界存在两种不同的观点。一种观点认为,甲的行为没有增加乙所面临的风险,因而没有创设法所禁止的风险,欠缺故意伤害罪的构成要件行为。<sup>[36]</sup>另一种观点则认为,甲的行为具有故意伤害罪的构成要件该当性,但是该行为使得乙免遭更为严重的后果,符合紧急避险或推定的被害人同意的成立条件,因而欠缺违法性。<sup>[37]</sup>实际上,这两种观点排除的都是行为不法。只不过,前一种观点是在构成要件阶层排除行为不法,而后一种观点是在违法性阶层排除行为不法。无论是说“甲的行为没有增加乙所面临的风险”,还是说“甲的行为使得乙免遭更为严重的后果”,其依据都在于,如果没有甲的行为,石头便会砸中乙的头部。而石头砸中乙的头部并没有真实发生,是一种假定因果关系。由此可见,在风险降低案件中,假定因果关系会影响行为不法。

或许有学者会提出如下质疑:假定因果关系案件要求假定结果与真实结果完全相同,而在风险降低案件中,假定结果和真实结果并不相同。因此,不能以风险降低案件为例来反驳假定因果关系不影响行为不法这一结论。本文认为,这个质疑只是看到了问题的表象,而没有把握住问题的实质。诚然,在典型的假定因果关系案件中(例如“机场杀人案”和“车祸案”),真实结果和假定结果是相同的。但是,假定因果关系案件的本质特征,不在于假定结果和真实结果的一致性,而在于假定因果关系这一因果流程没有真实发生。以往学界所得出的假定因果关系不影响行为不法的结论,并不仅限于真实结果和假定结果相同的情形。不妨对“机场杀人案”作如下修改:A在机场将正准备登机的B打成重伤,B被紧急送往医院,错过登机,而B本来要乘坐的飞机在起飞不久后失事,所有乘客无一生还(以下简称“机场伤人案”)。那些主张假定因果关系不影响行为不法的学者在分析本案时,同样会以此为由主张A构成故意伤害罪。<sup>[38]</sup>这足以说明,在讨论假定因果关系能否影响行为不法时,假定结果与真实结果是否一致并非决定性的因素。排除掉结果一致性的要求后,风险降低案件完全符合假定因果关系案件的成立条件。

需要追问的是,为什么假定因果关系在通常情况下不影响行为不法,但是在风险降低案件中能够影响行为不法呢?一种解释是,行为人的行为如果涉及到对自然因果性的修改,那么只有在其增大了法益损害的程度或者提前了损害发生的时间时,才需要承担刑事责任。<sup>[39]</sup>而

[36] 参见陈璇,见前注[1],第691页。

[37] Vgl. Urs Kindhäuser, Risikoverhöhung und Risikoverringerung, ZStW, 2008(3), S. 495 ff.

[38] 参见车浩,见前注[1],第146页。

[39] Vgl. Erich Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 96 ff.

在风险降低案件中,行为人的行为既没有增大损害的程度,也没有使损害发生的时间提前,因而没有在整体上恶化被害人的状况。<sup>[40]</sup>但这个解释是行不通的。在“机场伤人案”中,与假定结果相比,真实结果显然没有在整体上恶化被害人的状况,但是行为人需要为B的重伤结果承担刑事责任。另一种可能的解释是,在风险降低案件中,行为人已经认识到假定因果关系的存在;而在一般的假定因果关系案件中,行为人没有认识到假定因果关系的存在。但是这个解释并不符合实际情况。因为,在一般的假定因果关系案件中,行为人完全有可能已认识到假定因果关系的存在。例如,在行刑者A即将对死刑犯B执行电刑时,被害人的父亲C推开行刑者A而亲手按下了电椅的按钮,死刑犯B因此死亡(以下简称“电椅案”)。在本案中,行为人显然已经认识到了假定因果关系的存在,但是其按下电椅按钮的行为仍然构成故意杀人的既遂。

本文认为,只有从风险的角度理解假定因果关系,才能清晰地把握其与行为不法之间的关系。在假定因果关系案件中,法益面临着两种风险:其一是真实原因所包含的风险(以下简称“风险I”),其二是假定原因所包含的风险(以下简称“风险II”)。在客观层面,风险I和风险II相互对立,二者有且只有一个能够现实化。在实际进程中,风险I得以现实化,从而阻止了风险II的现实化。在主观层面,行为人的主观心理状态存在三种情况,据此可以将假定因果关系案件分为三类。在第一类案件中,行为人只认识到了风险I的存在,而没有认识到风险II的存在(以下简称为“意外型假定因果关系案件”)。“机场杀人案”“机场伤人案”“车祸案”都属于这类案件。在第二类案件中,行为人同时认识到风险I和风险II的存在,并且其行为在客观上阻止了风险II的现实化,但是其行为目的在于追求风险I的现实化,而非阻止风险II的现实化。换言之,风险I的现实化与风险II的未现实化是目的与附随效果的关系(以下简称为“侵害型假定因果关系案件”)。“电椅案”便属于这类案件。在第三类案件中,行为人同时认识到风险I和风险II的存在,并且以阻止风险II的现实化作为其行为目的。换言之,风险I的现实化与风险II的未现实化是手段和目的的关系(以下简称为“救助型假定因果关系案件”)。“挡石案”便属于这类案件。在意外型假定因果关系案件和侵害型假定因果关系案件中,作为假定原因的风险II并没有影响行为人的行为,因而不能将其纳入到评价行为不法时所需考虑的因素范围之内;而救助型假定因果关系案件中,作为假定原因的风险II影响了行为人的行为,因而需要将其纳入到评价行为不法时所需考虑的因素范围之内。正是因此,假定因果关系在意外型假定因果关系案件和侵害型假定因果关系案件中不能影响行为不法,但是在救助型假定因果关系案件中能够影响行为不法。

## 五、合义务替代行为意义上的结果回避可能性

理论上普遍赞同,在行为人违反了注意义务并引发了法益损害结果的场合,如果即便行为

[40] Vgl. Claus Roxin(Fn. 34), § 11 Rn. 61.

人遵守了注意义务也无法避免相同结果的发生,说明该结果欠缺回避可能性,因而不能对该结果进行归责。为了检验某个结果有无回避可能性,需要运用合义务替代行为理论。为此,本文将这种结果回避可能性称为“合义务替代行为意义上的结果回避可能性”。下面依次考察合义务替代行为意义上的结果回避可能性的成立条件、体系位置、理论功能、适用范围,并在此基础上分析其与假定因果关系的异同。

### (一) 成立条件

关于合义务替代行为意义上的结果回避可能性的成立条件,有两个问题值得讨论。其一,被假设出来的合义务替代行为需要满足哪些条件?其二,如何理解合义务替代行为意义上的结果回避可能性中的“结果”?

有学者明确指出,合义务替代行为必须与现实的违法行为同属一种行为类型;并且,如果有多个与违法行为同属一种行为类型的合法举动可供选择,则应将其中最低限度的合义务行为作为替代行为。<sup>[41]</sup> 本文赞同这一结论。下文将述,合义务替代行为理论旨在通过考察案件结果是否为对法所容许的风险的实现,来反面推断案件结果是否为对法所禁止的风险的实现。在这个考察过程中,合义务替代行为需要最大程度地包含法所容许的风险。而只有当合义务替代行为无限接近违反注意义务的边界时,它才能最大程度地包含法所容许的风险。

关于合义务替代行为意义上的结果回避可能性中的“结果”到底是抽象结果还是具体结果,理论上存在针锋相对的两种观点。<sup>[42]</sup> 本文赞同抽象结果说。当我们说一个案件欠缺合义务替代行为意义上的结果回避可能性,其实包含了两种情形。第一种情形是,如果行为人遵守了注意义务,仍然会发生相同的结果。第二种情形是,如果行为人遵守了注意义务,会发生一个在法益损害程度上更为严重的结果。只有将合义务替代行为意义上的结果回避可能性中的“结果”理解为抽象结果,才能合理地解释为何上述第二种情形也属于欠缺结果回避可能性的情形。

### (二) 体系位置

时至今日,理论上普遍承认,合义务替代行为理论是客观归责理论中的一个子理论,位于构成要件阶层。客观归责理论可以分为风险创设(行为不法)和风险实现(结果不法)两个阶段。那么,合义务替代行为理论位于其中的哪个阶段?对此,通说观点认为,合义务替代行为理论位于风险实现阶段(以下简称为“风险实现说”)。<sup>[43]</sup> 不过,也有个别学者认为,合义务替代行为理论位于风险创设阶段(以下简称为“风险创设说”)。其理由是,合义务替代行为理论的法理基础是法所容许的风险原理。当事后查明的各种事实表明,即使合义务替代行为也无力避免结果时,就说明违反注意义务的行为并不具有规范所预想的侵害法益的能力,那么行为

[41] 参见陈璇,见前注[1],第696页。

[42] 主张抽象结果说的,参见林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,第129页;庄劲,见前注[1],第82页。主张具体结果说的,参见车浩,见前注[1],第149页。

[43] Vgl. Claus Roxin(Fn. 34), § 11 Rn. 88 ff.

人就没有创设法所禁止的风险。<sup>〔44〕</sup>

本文赞同风险实现说,反对风险创设说。首先,法所容许的风险原理是指,只要行为人遵循了注意义务,其行为便处于绝对安全的领域。即便该行为引发了法益侵害的结果,也不能追究其刑事责任。<sup>〔45〕</sup>而判断有无合义务替代行为意义上的结果回避可能性,是以行为人已经违反了注意义务为前提的。因此,法所容许的风险原理无法成为合义务替代行为理论的法理基础。其次,风险创设阶段和风险实现阶段承担着不同的规范功能,因而在判断时点上也应有所不同。风险创设阶段不仅承担着裁判规范的功能,而且还承担着行为规范的功能;而风险实现阶段仅承担裁判规范的功能。因此,在风险创设阶段,应当采用行为时的判断,以确保国民享有真正的行动自由;而在风险实现阶段,应当采用事后判断,以确保判断结论的准确性。如果在风险创设阶段采用事后的判断,那么很有可能将在通常情况下不具有危险性的行为认定为创设了法所禁止的风险,从而对行为人进行结果归罪。最后,判断有无合义务替代行为意义上的结果回避可能性,是以行为人的行为与结果之间具有条件关系为前提的。而条件关系的判断位于风险实现阶段。如果将合义务替代行为理论置于风险创设阶段,那么在考察行为人的行为是否具有构成要件该当性时,不得不在风险创设和风险实现两个阶段来回穿梭,从而造成理论体系的混乱。

### (三)理论功能

通说观点认为,合义务替代行为理论的功能是,通过检验注意义务的违反与结果的发生之间是否存在规范关联,来考察刑法规范在特定案件中是否有效(以下简称“规范效力说”)。<sup>〔46〕</sup>如果一个案件欠缺结果回避可能性,就说明刑法规范在这个案件中是无效的,此时就不能将结果归责于行为人违反注意义务的行为。<sup>〔47〕</sup>

本文认为,规范效力说看似很有道理,实则难以成立。刑法规范是立法者在总结日常经验的基础上做出的一般性规定,其是否有效并不直接体现在它能否在具体案件中避免结果的发生。如果说欠缺结果回避可能性就说明刑法规范是无效的,那么,在以“机场杀人案”“车祸案”“电椅案”为代表的假定因果关系案件中,由于欠缺结果回避可能性,就不得不认为,“不得故意杀人”“不得交通肇事”等刑法规范在这些案件中是无效的,因而需要排除对行为人的结果归责。这显然是有问题的。退一步而言,如果认为在欠缺合义务替代行为意义上的结果回避可能性的案件中刑法规范是无效的,那么应当直接否认行为人的行为不法,而不应先肯定其行为不法然后再否定其结果不法。换言之,如果在合义务替代行为理论的功能问题上采纳规范效

〔44〕 参见陈璇,见前注〔1〕,第702—704页。值得注意的是,陈璇教授在后来发表的文章中改变了观点,承认了合义务替代行为理论位于风险实现阶段。参见陈璇:“论过失犯中注意义务的规范保护目的”,《清华法学》2014年第1期,第38页。

〔45〕 参见黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,中国人民大学出版社2009年版,第134页。

〔46〕 参见(德)许迺曼:“关于客观归责”,陈志辉译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第555—556页。

〔47〕 参见车浩,见前注〔1〕,第154—155页。

力说,那么在合义务替代行为理论的体系位置问题上就应当采纳风险创设说。而根据上文的分析可知,风险创设说存在难以克服的缺陷,是不可取的。

在本文看来,只有从风险的角度去理解合义务替代行为理论,才能深刻地把握其理论功能。合义务替代行为理论位于风险实现阶段,这一阶段旨在解决的问题是,法益损害结果是否为对法所禁止的风险的实现?在有些案件中,这个问题是比较容易回答的。例如,一家画笔厂的厂长违反规定,将没有事先予以消毒的山羊毛交给女工进行加工。四名女工因此感染上炭疽坏疽杆菌而死亡。后来的调查表明,规定的消毒措施对当时欧洲尚不知道的这种病菌不起任何作用(以下简称“山羊毛案 I”)。在本案中,行为人的行为给被害人带来了两种风险,一种是因感染炭疽坏疽杆菌而生病或死亡的风险,另一种是因感染常规病菌而生病或死亡的风险。结果查明,本案结果实现的是前一种风险。由于规定的消毒措施对炭疽坏疽杆菌不起作用,应当认为,前一种风险是法所容许的风险。因此,本案结果是对法所容许的风险的实现,不能对结果进行归责。<sup>[48]</sup>

可是,在另外一些案件中,法所容许的风险和法所禁止的风险交织在一起,此时不易判断结果是对哪种风险的实现。例如,卡车司机在驾驶卡车超越一辆自行车时违反了至少保持 1.5 米距离的规则,不慎将骑车人轧死。事后查明,由于骑车人当时处于醉酒状态,晃动得厉害,即便司机在超车时保持了 1.5 米的距离,也仍然会将骑车人轧死(以下简称“违规超车案”)。<sup>[49]</sup>在本案中,从事实的维度看,司机的行为只给骑车人带来一种风险,即被卡车轧伤或轧死的风险。可是,从规范的维度看,这个风险实际上包含了两种不同的成分:一种是法所容许的风险(保持 1.5 米距离时超车的风险),另一种是法所禁止的风险(因减少了距离而增加的风险),两种不同性质的风险完全交织在一起。在这种情况下,结果到底是对何种风险的实现?合义务替代行为理论便旨在解决这类问题。根据这个理论,如果行为人即便遵守了注意义务,相同的法益损害结果仍然会发生,就说明结果并非对法所禁止的风险的实现,从而排除对行为人的结果归责。简言之,合义务替代行为理论的功能是,解决法所容许的风险和法所禁止的风险交织在一起的案件的风险实现问题。

根据法所容许的风险和法所禁止的风险发生交织的原因不同,可以将合义务替代行为案件分为两类。在第一类案件中,从事实的维度看,行为人的行为只创设了一种风险;只不过,从规范的维度看,这种风险既包含了法所容许的成分,也包含了法所禁止的成分(以下简称“本体论的合义务替代行为案件”)。前述“违规超车案”便属于这类案件。在第二类案件中,从事实的维度看,行为人的行为创设了两种不同的风险,其中一种是法所容许的风险,另一种是法所禁止的风险;只不过,由于科技水平有限,无法查清楚结果实现的是何种风险,因此,在认识论层面,这两种风险交织在了一起(以下简称“认识论的合义务替代行为案件”)。不妨把“山羊毛案 I”做以下改动:一家画笔厂的厂长违反规定,将没有事先予以消毒的山羊毛交给女工进行

[48] Vgl. Claus Roxin(Fn. 34), § 11 Rn. 74.

[49] Vgl. Claus Roxin(Fn. 34), § 11 Rn. 88.

加工。四名女工因此感染上病菌而死亡。后来的调查表明,山羊毛上不仅含有常规病菌,而且还含有当时欧洲尚不知道的炭疽坏疽杆菌。并且,规定的消毒措施虽然可以杀死常规病菌,但是对炭疽坏疽杆菌不起任何作用。由于当时的科技水平有限,无法查清女工到底是因为感染了何种病菌而死亡。(以下简称“山羊毛案Ⅱ”)。在本案中,炭疽坏疽杆菌和常规病菌是两种不同的风险,前者属于法所容许的风险,后者属于法所禁止的风险。但是由于无法查清女工到底是因为感染了何种病菌而死亡,在认识论层面,法所容许的风险和法所禁止的风险交织在了一起。

合义务替代行为理论的逻辑是,在无法通过查明案件事实来正面判断案件结果是否为对法所禁止的风险的实现时,通过考察法所容许的风险能否现实化为与案件结果相同的结果,来反面推断案件结果是否为对法所禁止的风险的实现。其具体的思路是:在行为人遵守了注意义务时,行为人的行为只包含了法所容许的风险,此时如果仍然会发生与案件结果相同的结果,就说明案件结果是对法所容许的风险的实现,进而说明案件结果不是对法所禁止的风险的实现。需要指出的是,这种推断并不一定完全符合事实真相。一方面,法所容许的风险可能构成法所禁止的风险的替补原因,就像在假定因果关系案件中,假定原因构成真实原因的替补原因。因此,法所容许的风险可以现实化为与案件结果相同的结果,并不当然意味着案件结果就是对法所容许的风险的实现。另一方面,有可能会同时出现法所容许的风险和法所禁止的风险都在导致结果发生的因果历程中发挥了作用并且其中任何一种风险均可以单独导致这种结果发生的情形(类似择一因果关系案件)。因此,即便案件结果实现了法所容许的风险,也并不当然意味着案件结果就没有实现法所禁止的风险。

不过,这一点并不当然构成对合义务替代行为理论的批评。因为,运用合义务替代行为理论解决风险实现问题,本质上属于一种规范推断。在事实无法查清楚的情况下进行规范上的推断,当然会面临着结论与事实真相不符的风险。关键的问题在于,这种规范推断在刑事政策上是否妥当。本文认为,合义务替代行为理论在法所容许的风险可以现实化为与案件结果相同的结果的前提下,排除对行为人的结果归责,一定程度上体现了罪疑从无的思想,在刑事政策上具有妥当性。

#### (四)适用范围

关于合义务替代行为理论的适用范围,学界存在一定的分歧。有学者认为,合义务替代行为理论仅适用于过失犯。<sup>[50]</sup> 很多学者在没有对合义务替代行为理论的适用范围作任何讨论的情况下直接将其置于过失犯的语境加以讨论,实际上是默认了它仅适用于过失犯。<sup>[51]</sup> 也有学者认为,合义务替代行为理论不仅可以适用于过失犯,也可以适用于故意犯。<sup>[52]</sup> 合义务

[50] 参见车浩,见前注[1],第150—151页。

[51] 参见陈璇,见前注[1],第683—686页;孙运梁,见前注[1],第103—104页;蔡仙,见前注[1],第60—62页。

[52] 参见山口厚,见前注[22],第54页。

替代行为理论可以适用于过失犯,当无疑问。关键的问题在于,其能否适用于故意犯?本文认为,这个问题可以转化为两个更为具体的问题:其一,在故意犯案件中,能否出现法所容许的风险和法所禁止的风险交织在一起的情形?其二,如果前一个问题的答案是肯定的,在这类案件中,是否应当以欠缺合义务替代行为意义上的结果回避可能性为由排除对行为人的结果归责?

先来看第一个问题。本文认为,答案是肯定的。不妨把“山羊毛案Ⅱ”做以下改动:一家画笔厂的厂长对厂里的女工怀恨在心,意图杀害女工,便故意违反规定,将没有事先予以消毒的山羊毛交给女工进行加工。四名女工因此感染上病菌而死亡。后来的调查表明,山羊毛上不仅含有常规病菌,而且还含有当时欧洲尚不知道的炭疽坏疽杆菌。并且,规定的消毒措施虽然可以杀死常规病菌,但是对炭疽坏疽杆菌不起任何作用。由于当时的科技水平有限,无法查清楚女工感染的到底是常规病菌还是炭疽坏疽杆菌(以下简称“山羊毛案Ⅲ”)。显然,“山羊毛案Ⅲ”属于故意犯案件,而且,在该案中,法所容许的风险和法所禁止的风险交织在一起。

再来看第二个问题。上文已析,以欠缺合义务替代行为意义上的结果回避可能性为由排除对行为人的结果归责,是一种规范推断,体现了罪疑从无的思想。那么,这种有利于被告人的政策优惠可否适用于故意犯案件中的被告人呢?显然,这不是一个事实层面的对错问题,而是一个规范层面的选择问题。随着刑事归责的不断精确化,结果归责已从考察行为人的行为与结果之间的关联的阶段,进入到考察行为人的行为所包含的法所禁止的风险与结果之间的关联的阶段。在前一阶段,山羊毛案Ⅲ的刑法因果关系是明确的;而在后一阶段,山羊毛案Ⅲ的刑法因果关系存在疑问。作为一项有利于被告人的原则,罪疑从无不仅可以适用于过失犯,而且也可以适用于故意犯。而合义务替代行为理论正是在罪疑从无思想的指导下处理刑法因果关系存疑案件的一种理论。既然如此,没有理由反对将其适用于以“山羊毛案Ⅲ”为代表的刑法因果关系不明的故意犯案件。据此,本文认为,合义务替代行为理论既可以适用于过失犯,也可以适用于故意犯。

### (五)与假定因果关系的异同

合义务替代行为案件与假定因果关系案件在外形上高度相似,且二者都属于结果不法中的问题点。为此,它们有无异同便成为学界争论的一个焦点问题。一种观点认为,它们是同一种案件,或者说,合义务替代行为案件是假定因果关系案件的一种特殊类型(以下简称“相同说”);<sup>[53]</sup>另一种观点认为,它们是两种不同的案件,二者存在本质的区别(以下简称为“相异说”)<sup>[54]</sup>。尽管这两种观点的争论非常激烈,但是在本文看来,目前学界对这个问题的讨论还存在明显的不足。

相同说阵营的学者倾向于将假定因果关系理解为一种思维方法,并通过揭示合义务替代行为案件也采用了这种思维方法来说明合义务替代行为案件实际上是假定因果关系案件中的一种特殊类型。“在检验注意义务的结果避免可能性时运用的方法其实归根

[53] 参见陈璇,见前注[1],第688—696页;庄劲,见前注[1],第80—85页。

[54] 参见周光权,见前注[1],第57页脚注1;车浩,见前注[1],第149—152页。

结底并未、也不可能跳出假定因果关系的思维模式,只不过它根据规范目的的要求对这种假定因果关系进行了一定的限制。”<sup>〔55〕</sup>“合法替代行为实际上未曾发生,以假想的合法替代行为的结果决定现实的结果归责,不正是假设因果关系的思维吗?”<sup>〔56〕</sup>本文认为,这里所说的“假定因果关系的思维”或“假设因果关系的思维”,就是指反事实思维。<sup>〔57〕</sup>反事实思维是指这样一种思维方式:在众多已经发生了的事实因素中,在想象中改变其中一个事实因素而使其他事实因素保持不变,并推断出由此带来的变化。不难发现,结果回避可能性的概念天然地采用了反事实思维。也就是说,无论是何种意义上的结果回避可能性,都采用了反事实思维。这一点构成了合义务替代行为案件与假定因果关系案件的共同之处。然而,主张相同说的学者将假定因果关系等同于反事实思维本身,从而将合义务替代行为案件与假定因果关系案件的异同问题,错误地置换成合义务替代行为案件有无采用反事实思维的问题。这种论证思路是不能成立的。

相异说阵营的学者为了论证己方的观点,需要清楚地揭示合义务替代行为案件与假定因果关系案件到底存在哪些差异。截至目前,我国学界对这个问题做出最为深入论述的当属车浩教授。他将合义务替代行为案件与假定因果关系案件之间的差异归纳为以下六点:①假定因果关系案件比照的是“抽象的结果”,而合义务替代行为案件比照的是“具体的特定结果”;②假定因果关系案件需要假设没有行为人的行为,而合义务替代行为案件需要假设行为人实施了符合注意义务的行为;③假定因果关系案件涉及两个原因力,而合义务替代行为案件只涉及一个原因力;④在假定因果关系案件中,假定因果关系的“假定”仅仅是针对行为人引导的因果关系而言的,其中的原因力是真实存在的,而在合义务替代行为案件中,“合义务替代行为”则是彻头彻尾的假定;⑤假定因果关系不影响归责,是指不能根据一个假定的因果关系来否定之前已经清楚无疑的因果关系,而合义务替代行为理论则是要去检验一个义务关联性尚不明确的因果关系;⑥假定因果关系案件既可以是故意犯也可以是过失犯,而合义务替代行为案件只能是过失犯。<sup>〔58〕</sup>

在上述六点论断中,除了第二点和第六点可以部分成立外,其余四点都难以成立。第一,上文已析,无论是假定因果关系案件还是合义务替代行为案件,比照的都是抽象结果。第二,在通常情况下,假定因果关系案件和合义务替代行为案件的确在假设的内容上有所不同。这是因为,假定因果关系案件采用了减法式反事实思维,而合义务替代行为案件采用了替代式反

〔55〕 陈璇,见前注〔1〕,第689页。

〔56〕 庄劲,见前注〔1〕,第81页。

〔57〕 反事实思维(counterfactual thinking)是由美国心理学家丹尼尔·卡内曼(Daniel Kahneman)于1982年最早提出来的心理学概念。参见 Daniel Kahneman and Amos Tversky, “The simulation heuristic”, in Daniel Kahneman, Paul Slovic and Amos Tversky(eds.), *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 201—208.

〔58〕 参见车浩,见前注〔1〕,第149—151页。

事实思维。<sup>〔59〕</sup> 不过,在有些案件中,“假设没有行为人的行为”与“假设行为人实施了符合注意义务的行为”在内容上完全相同。例如,扳道工甲在原本不需要调整轨道时调整了轨道,使乙所驾驶的火车从并行同向的右轨道转到左轨道,导致乙在左轨道上因前方山体塌方撞崖而死。事后查明,由于前方两个轨道都已经被塌方堵住,无论火车在哪个轨道上行驶,乙都会因为无法及时刹车撞到山崖而死(以下简称“扳道工案”)。在本案中,“假设没有行为人的行为”与“假设行为人实施了符合注意义务的行为”都是指假设甲没有调整轨道。第三,与假定因果关系案件一样,合义务替代行为案件也存在两种不同的原因力。在认识论的合义务替代行为案件(例如“山羊毛案Ⅱ”)中,行为人的行为创设了两种不同的风险,因而有两种不同的原因力。在自体论的合义务替代行为案件(例如“违规超车案”)中,从事实的维度看,行为人的行为只创设了一种风险,似乎只有一种原因力;但是,从规范的维度看,这种风险既包含了法所容许的成分,也包含了法所禁止的成分,因而也存在两种不同的原因力。第四,正如在假定因果关系案件中,“没有行为人的行为”是被假设出来的,而假定原因是客观存在的;在合义务替代行为案件中,“行为人实施了符合注意义务的行为”是被假设出来的,而行为人的行为所包含的法所容许的风险是客观存在的。所以,在真与假的问题上,二者并没有本质区别。第五,学界之所以要讨论合义务替代行为案件与假定因果关系案件的异同,就是因为它们在外形上高度相似而在理论功能上截然不同。将二者不同的理论功能加入到对它们异同的讨论中,难免有循环论证的嫌疑。<sup>〔60〕</sup> 第六,合义务替代行为案件与假定因果关系案件在适用范围上确实有所不同,前者要求法所允许的风险与法所禁止的风险交织在一起,而后者没有这个要求。不过,这两类案件既可以是故意犯,也可以是过失犯。在这一点上,二者并无区别。

本文认为,假定因果关系案件与合义务替代行为案件是两种不同的案件,二者的本质区别体现在案件中的法益所面临的风险状况不同。在假定因果关系案件中,法益面临着两种不同的风险,一种风险是由行为人的行为所创设的,另一种风险是由其他人的行为或事件所创设的;两种风险在客观层面上是相互独立的,通过查明事实可以正面判断出案件结果是对何种风险的实现。而在合义务替代行为案件中,法益也面临着两种不同的风险,不过它们都是由行为人的行为所创设的,其中一种是法所容许的风险,另一种是法所禁止的风险;两种风险交织在了一起,无法通过查明事实正面判断案件结果是对何种风险的实现。

根据这一本质区别,不仅可以推导出二者在假设内容和适用范围上的差异,还可以清晰地辨别被讨论的案件到底是假定因果关系案件还是合义务替代行为案件。例如,在“扳道工案”中,行为人是否需要为被害人的死亡结果承担刑事责任,与该案到底是假定因果关系案件还是

〔59〕 在心理学上,根据假设内容的不同,可以将反事实思维分为加法式反事实思维、减法式反事实思维、替代式反事实思维三类。其中,加法式反事实思维是指在假设中添加一个未发生过的事件,减法式反事实思维是指在假设中减去一个已经实际发生了的事件,替代式反事实思维是指在假设中用一个未发生过的事件去替代一个已经实际发生了的事件。参见 Neal J. Roese and James M. Olson, “The Structure of Counterfactual Thought”, *Personality and Social Psychological Bulletin*, Vol.19, No.3, 1993, pp. 312—319.

〔60〕 参见陈璇,见前注〔1〕,第 690 页。

合义务替代行为案件密切相关。该案中的法益面临着两种风险:一是火车在右轨道撞崖的风险,二是火车在左轨道撞崖的风险。这两种风险相互独立,没有交织在一起,所以本案属于假定因果关系案件。上文已析,假定因果关系不影响结果不法;至于其是否影响行为不法,则取决于被讨论的案件属于何种假定因果关系案件。在“扳道工案”中,行为人不知道若火车继续在右轨道上行驶必然会撞崖,亦即不知道假定因果关系的存在,因而该案属于意外型假定因果关系案件。在意外型假定因果关系案件中,假定因果关系不影响行为不法。所以本案中的行为人既有行为不法又有结果不法,需要承担刑事责任。

## 六、结 语

在过失犯领域,有四个理论点被冠以“结果回避可能性”的名号,分别是裸的行为意义上的结果回避可能性、不可抗力意义上的结果回避可能性(结果回避义务意义上的结果回避可能性)、条件关系意义上的结果回避可能性、合义务替代行为意义上的结果回避可能性。为避免发生混淆,有必要对它们是否符合结果回避可能性的基本含义以及它们的成立条件、体系位置、理论功能、适用范围展开系统研究。作为裸的行为成立的事实前提,身体举止的可支配性不等于结果回避可能性。因此,所谓裸的行为意义上的结果回避可能性并不符合结果回避可能性的基本含义。而其他三个理论点则完全符合结果回避可能性的基本含义。

不可抗力意义上的结果回避可能性(结果回避义务意义上的结果回避可能性)采用了替代式反事实思维,它对假想出来的替代行为只做了事实性的要求(替代行为是行为人原本有可能实施的)。它只能适用于过失犯,而无法适用于故意犯。不可抗力意义上的结果回避可能性的体系位置和理论功能随着过失犯的理论变迁而发生变化。在传统的旧过失论中,它位于有责性阶层之中,是结果预见可能性的前置性要素;而在新过失论和修正的旧过失论中,它位于构成要件阶层之中,是结果回避义务得以成立的事实前提。

条件关系意义上的结果回避可能性采用了减法式反事实思维,具体包括假定因果关系和择一因果关系两种情形。它既可以适用于故意犯,也可以适用于过失犯。假定因果关系不影响结果不法,但是在部分案件中会影响行为不法。根据行为人的主观心理状态的不同,可以将假定因果关系案件分为意外型假定因果关系案件、侵害型假定因果关系案件、救助型假定因果关系案件三类。在前两类假定因果关系案件中,假定因果关系不能影响行为不法;但是在救助型假定因果关系案件中,假定因果关系能够影响行为不法。

合义务替代行为意义上的结果回避可能性采用了替代式反事实思维,它对假想出来的替代行为不仅做了事实性的要求,而且还做了规范性的要求。它位于构成要件中的结果不法即风险实现阶段,其理论功能是解决法所容许的风险与法所禁止的风险交织在一起的案件的风险实现问题,而非检验刑法规范的效力。合义务替代行为意义上的结果回避可能性既可以适用于过失犯,也可以适用于故意犯,但是只能适用于法所容许的风险和法所禁止的风险交织在一起的案件。合义务替代行为案件与假定因果关系案件是两种不同的案件,二者的本质区别

体现在案件中的法益所面临的风险状况不同。

在欠缺结果回避可能性的案件中,判断该案欠缺的是何种结果回避可能性,可以按照下面的步骤展开。首先,考察行为人的身体举止有无可支配性。如果答案是否定的,那么该案欠缺裸的行为。如果答案是肯定的,则进入第二步,考察行为人是否违反了注意义务。如果答案是否定的,那么该案欠缺的是不可抗力意义上的结果回避可能性(结果回避义务意义上的结果回避可能性)。如果答案是肯定的,则进入第三步,考察法益所面临的风险状况。如果法益面临两种不同的风险,并且两种风险是相互独立的,通过查明案件事实便可正面判断出案件结果是对何种风险的实现,那么该案属于假定因果关系案件;如果法益面临两种不同的风险,并且两种风险交织在一起,无法通过查明案件事实正面判断案件结果是对何种风险的实现,那么该案属于合义务替代行为案件。

**Abstract:** In the field of negligent crimes, there are four different theories labelled as “the possibility of avoiding the consequence”. They are the possibility of avoiding the consequence in the sense of pure behavior, the possibility of avoiding the consequence in the sense of force majeure, the possibility of avoiding the consequence in the sense of conditional relationship, and the possibility of avoiding the consequence in the sense of legitimate alternative behavior. The so called possibility of avoiding the consequence in the sense of pure behavior does not conform to the meaning of the possibility of avoiding the consequence, while the other three theories conform to its meaning. The possibility of avoiding the consequence in the sense of force majeure is one of the elements of negligent crimes. Its systemic position and theoretical function change with the change of the theory of negligent crime. The hypothetical causality cannot affect the result illegality, but it can affect the behavior illegality in some cases. The theory of legitimate alternative behavior is located in the stage of result illegality. Its function is to solve the problem of risk realization in cases where the risks permitted by law and those prohibited by law are intertwined. It is different from the hypothetical causality. In cases where there is no possibility of avoiding the consequence, we can accurately tell what kind of the possibility of avoiding the consequence is lacked by examining whether the actor’s physical behavior is controllable, whether the actor violates the duty of care, and the risk situation faced by legal interests.

**Key Words:** Negligent Crimes; Possibility of Avoiding the Consequence; Force Majeure; Hypothetical Causality; Legitimate Alternative Behavior

(责任编辑:车 浩)