

过失犯中预见可能性理论的 反思与重构

劳东燕*

摘要 当前我国通行的以结果的具体预见可能性为中心的过失犯理论,是按故意犯的模式来理解过失犯的产物。过失犯在归责类型上区别于故意犯,二者的归责结构存在重大差异。以故意与故意犯为模板理解过失与过失犯的构造,在体系逻辑上存在缺陷。以预见可能性为重心的归责机制违反以管辖思想为基础的归责原理,它无法有效回应风险社会对刑法归责的功能期待。过失犯的归责结构有必要实现两大转变:从主观归责为重心到客观归责为重心;从结果本位到行为本位。在过失犯的构造中,预见可能性因素应定位于行为归责环节;预见的内容仅限于行为的注意义务违反性及行为所蕴含的不容许风险;在判断能否预见时,需要采取立足于行为时的相对具体化的一般人标准。

关键词 预见可能性 过失犯 客观归责 主观归责 预防刑法

随着风险的普遍化与日常化,过失犯罪在刑法中的重要性与日俱增。但在我国,对过失犯罪的研究并未取得相应的突破性进展,以结果的预见可能性为中心的过失犯理论一直占据通说地位。晚近以来,受日本刑法理论的影响,我国对于过失之实体的理解,开始出现两种见解对立的局面,即将结果的预见可能性作为过失之实体与将违反结果回避义务作为过失之实体的对立。这种对立,随着结果无价值论与行为无价值论的学派之争在我国的展开,渐渐为人们所瞩目。然而,此类学术争论并未对作为通说的过失犯理论形成根本性的冲击。一则,由于深陷在旧过失论(或修正旧过失论)、新过失论与危惧感说之争的泥沼中不可自拔,似乎学术上所

* 清华大学法学院教授。本文系作者主持的国家社科基金项目“风险社会中过失犯罪的归责原理研究”(项目批准号:17BFX072)的阶段性成果。

能做的努力不过是选择其中的一种见解,二则,鉴于苏俄式的四要件犯罪论体系仍有重大的影响力,而我国刑法学界中的“德日派”总体上更为青睐古典或新古典的犯罪论体系,这也使得任何有关重构过失犯的方案都难以为主流理论所认可。诚然,四要件体系与古典或新古典的体系存在这样那样的区别,但在过失犯领域,这三种体系的处理表现出相同之处:过失被当作单纯的主观要素,而故意犯与过失犯的区分只在于主观方面的不同。

主流过失犯理论所面临的疑问在于:为什么应当如此地重视结果的预见可能性?主流理论对于指向结果的预见可能性的重视,其潜在的设定显然是:基于责任主义的要求,过失犯中对行为人的主观归责应当以结果的预见可能性为前提。此种设定能否成立,取决于对两个问题的回答:一是结果的预见可能性是否是对过失犯进行刑法归责的必要条件?二是结果的预见可能性与责任主义之间是什么关系?在此基础上,该理论面临的进一步的疑问在于,这样一种以结果的预见可能性为重心,偏重于主观归责的过失犯的构造,是否合乎当代社会的风险分配机制,从而满足功能上的归责需求?

本文第一、二部分试图解答前述两个疑问,第三部分论述过失犯的归责结构所需要实现的转变,以及与这种转变相适应,对预见可能性因素如何重新定位的问题。在对过失犯中预见可能性理论展开反思性的审视时,本文有意识地将社会结构变迁的维度也整合在其中。无论如何,法教义学始终面临如何在其科学面向与生活之间构建一种交流与衡平的问题;生活一直在变,要解决科学与生活的鸿沟,就要使概念适应于生活。^[1]

需要指出的是,本文并非单纯站在新过失论的立场,对以结果的预见可能性为中心的传统过失论展开批判。实际上,在有关过失犯的争论中,无论采取哪种立场,都会面临预见可能性因素在过失犯刑法归责结构中的定位问题。这一问题本身并不受限于当下的观点之争,而是具有更为一般的意义。尤其是,在新旧过失论之争中,人们对该因素的意义与功能是否应做相同的理解并无统一意见,有鉴于此,对预见可能性理论本身展开反思与重构,对于厘清当前争论中的混乱之处相信也会有所助益。与此同时,透过对预见可能性理论的反思,本文意在从风险社会所要求的风险分配机制与归责原理的角度,对过失犯的归责结构展开必要的检讨,以便为推进过失犯理论的范式转型贡献绵薄之力。

一、为什么如此重视对结果的具体预见可能性?

(一)当前我国主流过失犯理论的特点

我国传统理论对过失的界定,深受前苏俄刑法学说的影响。早期对过失犯的认识,经历了从对过失构成特征的简单法条分析到认识因素和意志因素的过失心理要素的内容描述,再到

[1] 参见陈辉:“德国法教义学的结构与演变”,《环球法律评论》2017年第1期,第158页。

认识特征和意志特征的过失心理构造的法理阐述。^{〔2〕}传统理论将过失理解为行为人主观上的心理态度,试图从认识与意志两个维度,对过失犯的主观根据做统一的解读。这种观点在当前仍有相当的影响力。^{〔3〕}晚近以来,主要是由于受到日本刑法理论的影响,我国有关过失犯的研究逐渐被纳入德日式的理论框架之内,过失的本质被确立为违反注意义务。不过,这种围绕注意义务展开的过失犯研究,往往仍与认识因素与意志因素联系在一起。^{〔4〕}

尽管经历了话语的转变,当前我国刑法理论对过失实体的理解,仍偏重于主观的心理层面。同时,由于将过失分为疏忽大意的过失与过于自信的过失两种,在既有理论的框架中,过失实际上缺乏统一的实体内容:疏忽大意的过失一般被理解为是“应当预见而没有预见”,过于自信的过失则被解读为是“应当避免而没有避免”。^{〔5〕}前者是从对危害结果的预见义务的角度而言,而后者是从对危害结果的避免义务的角度来说,二者的定义角度并不统一。对过失的实体作这样二元分化式的处理,面临着体系性上的重大疑问。为给两类过失找到共同的实体内容,近年来国内学者开始倾向于认为不存在所谓有认识的过失,过于自信的过失中所谓的“已经预见”并非真正的有认识,由于行为人否定了结果发生的判断,从整体上说仍是没有认识结果的发生。^{〔6〕}如此一来,结果的预见可能性,便成为疏忽大意过失与过于自信过失的共同要件。

当前通行的以结果的预见可能性为中心的过失犯理论,基本上等同于日本刑法理论中的旧过失论,而这种旧过失论又对应于德国古典犯罪论体系下的过失理论。它具有三个特点:一是将过失犯刑事责任形成的关键时刻定位于实害结果出现之时,采取的是结果主义的视角。二是结果的预见可能性被认为要求的是具体的预见可能性,即预见的对象是过失犯罪中作为构成要件要素的具体结果,而不是法益侵害结果。^{〔7〕}三是将归责结构的判断重心放在主观因素之上,从而形成一种偏重于主观归责的过失犯构造。按此种过失犯理论,“凡因行为而导致结果发生之时,几乎等于直接进入第三阶段的‘有责性’论究行为人有无主观要素的过失,而主观要素的过失则是以主观的预见可能性为前提,因此,过失犯成立与否,几乎全在于‘主观预

〔2〕 参见陈兴良:“过失犯论的法理展开”,《华东政法大学学报》2012年第4期,第30—34页。

〔3〕 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第6版),北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第113页。

〔4〕 参见陈兴良,见前注〔2〕,第37页。

〔5〕 这种二元性的解读,有时以另一种表述形式出现,即疏忽大意过失的本质是结果预见义务的违反,而过于自信过失的本质是结果回避义务的违反。参见陈兴良主编:《刑法总论精释》(上)(第3版),人民法院出版社2016年版,第350页。

〔6〕 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第291页;黎宏:《刑法学》(第2版),法律出版社2016年版,第203页;郑世创:“过失犯构造问题检讨”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第28卷),北京大学出版社2011年版,第107—108页。

〔7〕 参见陈兴良主编:《刑法学》,复旦大学出版社2003年版,第153页;黎宏:“结果无价值论之展开”,《法学研究》2008年第5期,第127页;张明楷:“行为无价值论的疑问”,《中国社会科学》2009年第1期,第113页。

见可能性’是否存在”。〔8〕近来在我国学界受到青睐的修正旧过失论,虽然引入过失实行行为的概念,但由于仅着眼于法益侵害的危险,拒绝从违反规范的角度去限定行为归责的范围,故并未改变其偏重主观归责的构造。

(二)重视对结果的具体预见可能性之缘由

主流理论所具有的前述特点,显然既与结果无价值论的立场有关,也与特定的犯罪论体系之间存在内在的关联。结果无价值论所采取的“结果→行为”的思路进路,可以较好地解释结果主义的特点。同时,以主客观二分为基础的犯罪论体系,能够在一定程度上说明,为什么会形成一种以主观归责为重心的过失犯构造。无论是传统的四要件论体系,还是在我国接受度较高的古典体系,〔9〕都深受刑法自然主义的影响;这种刑法自然主义立足于因果一元论,“以一种一致但却荒谬之方式将所有事实上在客观层面上无法解决之问题转移至主观层面”。〔10〕不过,单从这二者出发进行来解释,还是会遗留几点疑问:其一,为什么主流的过失犯理论要求预见的对象必须是具体的结果?这一要求无法从结果无价值论的立场中推论得出,因为结果无价值论既然同样适用于结果犯与行为犯,其中的结果自然指向的是法益侵害结果,而非作为构成要件要素的具体结果;古典的犯罪论体系对此的处理也有些大而化之。其二,规范导向的结果归责理论基本上已为我国刑法理论所接受,相应地,立足于因果一元论的刑法自然主义的影响大为削弱,但是,为什么主流的过失犯理论并未受到任何影响?其三,结果无价值论或古典的犯罪论体系充其量给出的是逻辑上的理由,然而,一种理论会仅因为逻辑上的理由而长久占据主流地位吗?

本文认为,就过失犯而言,主流理论如此地看重主观要素的归责意义,如此地重视对具体结果的预见可能,是按故意犯的模式来理解过失犯的直接产物。对于过失与过失犯的构造,能否简单地对照故意与故意犯的构造来展开解读,无疑是一个需要认真斟酌的问题。恰恰是在这个问题上,人们习惯于理所当然地做出同一性的假定。按照结果无价值论与以之为基础的古典体系,故意犯与过失犯在构成要件该当性与违法性阶段被认为并无本质差异,只是在有责性层面,以行为人具有的主观意思是过失或故意而有所区别。行为无价值论与以之为基础的目的主义体系,虽然承认故意犯与过失犯在构成要件层面存在不同,但也并不认为二者在不法类型或归责结构上存在重大区别。此外,客观归责理论尽管发迹于过失论,同样认为故意犯与过失犯可归入统一的不法理论之下。这种将故意犯与过失犯纳入一个统一的上位范畴的做法,明显是受概念法学思维的影响。

〔8〕 陈子平:“过失犯理论与医疗过失初探”,载刘明祥主编:《过失犯研究》,北京大学出版社2010年版,第213页。

〔9〕 参见劳东燕:“结果无价值论与行为无价值论之争的中国展开”,《清华法学》2015年第3期,第60页。

〔10〕 (德)许迺曼:“刑法体系与刑事政策”,王效文译,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译》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第43页。

正是基于此,在对过失的理解上,人们或许存在偏重认识因素还是意志因素的内部差别,但莫不是以故意模板展开理解的。比如,有论者认为,过失是“到达故意这一心理状态的可能性”,故其概念也由故意概念所规定。要成立过失所必须可能认识、预见的事实,和要成立故意所必须认识、预见的事实,二者实际上是相通的。^{〔11〕}再如,另有论者提出,疏忽大意的过失是没有认识的,之所以没有认识,主要是由于行为人在意志上的疏忽,这种疏忽是他的意志特征,也是法律所非难的对象;对于过于自信的过失来说,行为人由于轻率而未能避免结果的发生,这种轻率的意志状况是法律所非难的。^{〔12〕}不止结果无价值论者如此,行为无价值论者也往往以故意概念为对照来理解过失。当黄荣坚教授质疑客观预见可能性对于过失判断的意义时,他这样论证道:“当我们在考虑故意概念的时候,并没有所谓的客观故意,那么为什么在考虑过失概念的时候,会跑出来一个所谓的客观过失呢?别人有没有预见,和行为人有没有故意的问题不相干。相同的道理,别人有没有预见可能性,和行为人有没有过失的问题也不相干。”^{〔13〕}黄教授之所以否定注意义务的违反构成过失的要素,坚持过失的标准是行为人对于犯罪事实的预见可能性,正是由于他在理解过失时,采取的是概念对照的方式。他所指摘的以预见义务的违反作为过失标准的观点的荒谬,显然必须以故意与过失具有同质性为必要前提。

同样地,在对过失犯构造进行理解时,人们也习惯于以故意犯的构造作为对照展开分析。结果无价值论者始终坚持故意犯与过失犯在构成要件与违法性层面的相同性,从而导致“过失”与“行为”及相关的非法构造之间完全没有关联;行为无价值论者尽管承认过失犯的构成要件不同于故意犯,且对主观要件的体系定位不同于结果无价值论者,但往往同样运用“客观要件—主观要件”的模式来解读过失犯。由于非要找到与故意犯相似的主观要件,人们要么直接将客观或主观的预见可能性解读为是过失犯的主观要件;要么虽然承认预见可能性在存在论上是一种“无”,但仍试图通过规范论的构建而认为有认识过失与无认识过失均有主观要件,理由是只有在行为人具有预见可能性的情况下无法预见,才能说明其瑕疵的心理状态。^{〔14〕}但是,首先,预见可能性并非行为人的主观心理态度,而只是相对于理性第三人或行为人自身能力而言的潜在的预见,预见可能性与现实的预见本身不能相等同,正如现实的支配与支配可能性无法相等同一。其次,即使将预见可能性界定为规范意义上的主观要件,也不意味着它能够承担表征主观不法或者主观罪责的功能。试想,倘若预见可能性表征的是主观不法或者主观罪责,则故意犯因已履行预见义务,岂非不具有相应的不法或罪责?

(三)故意犯与过失犯的归责结构之差异

前述按故意犯的模式来理解过失及过失犯构造的做法,其合理性需要建立在这样的前提

〔11〕 参见(日)山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第235页。

〔12〕 参见陈兴良:《口授刑法学》,中国人民大学出版社2007年版,第200页。

〔13〕 黄荣坚:《基础刑法学》(上),台湾元照出版公司2012年版,第380页。

〔14〕 参见王俊:“过失犯的主观不法构成要件研究”,《比较法研究》2016年第6期,第57页。

之上:过失犯与故意犯可归于相同的归责类型,具有相同的归责结构。问题在于,故意犯与过失犯是否属于相同的归责类型?

有关故意的学说中,行为人主观上的意志因素历来受到重视,乃至容认说成为通说,这并非偶然,而恰恰是因为故意(作为)犯对应的是归责论上意志归责的理想类型。意志归责将人的意志作为归责的核心,是否归责的关键不在于行为客观上所招致的为法律所禁止的状态,而在于行为及其结果是否是行为人意志的直接产物。外在的因果流程则是作为这种心理过程的流出物,构成意志支配的对象。因而,来自主体的意志不仅构成行为与行为人之间的连接枢纽,也成为决定行为不法与罪责的关键因素。在意志归责的框架中,行为人的主观认知对归责而言至关重要;只有当行为人在认识到其行为会引起为刑法所禁止的危害后果而仍决意实施行为时,人们才能认定其内心存在恶意而进行谴责。意志归责与目的主义所代表的主观不法论之间具有明显的亲缘关系,二者都是以一种先在于法的精神性存在作为构建的基础,且在方法论上均持一元论立场,认为评价体系的构建完全可以也应当以存在性的事实为基础。正是基于此,建立在意志归责基础上的故意(作为)犯,其不法结构在主观不法论者那里得到清晰的呈现。^[15]同时,意志归责与主观罪责论之间存在内在的逻辑关联,故意犯中,法秩序谴责的正是行为人主观上对意思自由的滥用。

然而,过失犯却难以归入意志归责的范畴。从存在论的角度而言,过失犯主观上不希望甚至是排斥危害结果的发生,该意志非但不能体现行为人的主观恶性,相反恰好体现其主观善性。^[16]将这样的意志作为受法秩序否定的过失之本质来把握有些荒谬,因为刑法不可能既谴责对危害结果的容认意志(故意犯),又谴责对危害结果的不容认意志。过失犯中,重要的不是行为人的意志指向,而是行为本身偏离法规范所期待的理性人标准,从而在客观上给法益带来不容许的风险。换言之,过失并非是一种存在意义上的内心态度,而代表的是一种违反规范期待的不谨慎的行为方式。可见,过失犯对应的是归责论中另一种理想类型:规范归责。在规范归责中,风险概念成为连接事实与规范之间的关键要素,因为风险本身就是由对事实状态的评价而得来。^[17]规范归责以法秩序的客观目的作为出发点,它是目的理性思维的产物,遵循的是新康德主义的方法二元论,属于规范论的范畴。与意志归责将意志作为归责的核心不同,规范归责考虑的核心是对规范的违反。相应地,归责判断的关键不在于行为人实施行为时实际具有的主观意志,而在于其违反规范的行为客观上给法益带来的不当风险。^[18]正是后者构成决定行为不法与罪责的关键要素。这意味着,规范归责的类型在不法上会内在要求采取客观主义的立场,由此便存在着与以客观归责理论为代表的客观不法论之间进行勾联的可

[15] 有关故意犯与过失犯不法归责结构上的差异,详细的论证参见劳东燕:“刑法中的客观不法与主观不法”,《比较法研究》2014年第4期,第76—78页。

[16] 参见李居全:“论英国刑法学中的犯罪过失概念”,《法学评论》2007年第1期,第125页。

[17] 参见吴玉梅:《德国刑法中的客观归责研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第52页。

[18] 参见劳东燕,见前注[15],第77—78页。

能;同时,规范归责的类型在罪责上必然倾向于客观罪责论的立场。罪责论向客观化方向的发展,说到底是与过失犯的强势崛起有关。过失本身强调行为人与设想中的一般人之间的对比联系,属于一种客观性的过错,行为人实际上是因为可谴责地丧失其控制能力而受到惩罚。^[19]

综上,从归责机制的角度而言,意志归责适用的是意思责任,而规范归责涉及的是危险责任。意志归责类型偏向于存在论这一端,而规范归责类型则偏向于规范论那一端。在意志归责的类型中,行为人是由于对因果流程存在主观的意志操控而受到归责,其归责结构以主观层面的归责作为构造之重心,主观要素具有决定不法的作用,同时也充当罪责非难的根据。在规范归责的类型中,行为人则是由于对风险状态具有客观的外在支配而受到归责,其归责结构以客观层面的归责作为构造之重心,客观的风险要素对于不法的成立与罪责的判断至为关键。如果承认意志归责与规范归责在类型学上存在重大的差异,而故意(作为)犯与过失(作为)犯分别属于不同的归责类型,则刑法理论上试图通过统一的不法论与罪责论来把握二者就不合理。应当承认,刑法是一个多中心的思想体系,任何单一的思考模式都不足以解释所有的犯罪;为消解必要的错误纷争,有必要注意通常被名义上的统一性所掩盖的多样性。^[20]说到底,以具体预见可能性为中心的过失犯理论,是生搬硬套地将过失犯纳入意志归责类型而进行解读的产物。既然过失犯不属于意志归责的类型,以之为基础的相关理论便有违体系性思考的基本逻辑。

二、以预见可能性为重心的归责机制之功能缺陷

由于过失犯属于规范归责的类型,与故意犯相比,它更容易受到政治、经济、社会等外部因素的影响;一旦外部环境发生变化,尤其是社会经历结构性的变迁,则过失犯理论首当其冲地会面临调整与重构的需要。本文前述部分的论证,立足于教义学的内部视角,是从体系逻辑的角度,对以具体预见可能性为中心的过失犯理论之不足进行检讨。然而,仅仅是体系逻辑上的缺陷,显然不足以对其构成致命的影响。关键在于,在中国社会日益置身于全球风险社会的今天,此种理论是否合乎当代的风险分配机制与相应的归责原理。因而,此部分立足于功能性的外部视角,围绕其功能上的缺陷来展开反思。

(一) 预防的需求与以管辖思想为基础的归责原理

我国既有的相关研究,往往将过失犯的理论之争定位在体系地位的问题上。这样的解读当然不能算错,但多少给人只见树木不见森林的感觉。由于下意识地刑法视为一个自给自足的体系,未将社会结构变迁的维度真正地整合于其中,围绕过失犯的争论最终往往蜕变成公

[19] 参见劳东燕:“罪责的客观化与期待可能性的命运”,《现代法学》2008年第5期,第53页。

[20] 参见(美)乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第286页。

说公有理婆说婆有理式的无谓争执,似乎根本不存在判断学说合理性的客观标准。然而,刑法理论毕竟不是仅供学者自娱自乐的智识产品,其终究要服务于刑法的社会功能。

在风险社会的背景之下,为有效而合理地管控风险,社会治理机制本身就在发生重大的变化。变化之一便是,预防成为一种独立的国家策略,由此导致整个国家行为的预防走向。对此,正如德国学者所言,“预防性国家行为的扩张和全新定位,不应被看作风行一时的潮流。相反,它们是对社会变迁的政治反应,就此而言,尤其是从这些预防行为的核心内容来看,它们乃是结构性的现象,因此,支撑性的底层结构若不发生改变,预防行为也就不会消失。”〔21〕刑法体系日益地由关注事后的惩罚转向事前的预防,不过是折射社会治理机制发生变化的一面棱镜。可以说,一个预防导向的刑法体系,乃是新的社会治理机制的有机组成部分。正是基于对风险控制及相关的安全问题的关注,才促使刑法体系基本目的的重大调整,从而使其不可避免地走向预防刑法。〔22〕

社会所经历的结构性变迁,要求旧有的社会治理机制做出策略上的调整,而社会治理机制的策略调整又迫使刑法体系发展新的归责原理,建构新的刑法理论。就过失犯的研究而言,在思考如何推进理论的发展时,显然不能仅着眼于合逻辑性,也要关注合目的性或者功能性的问题。如果承认刑法体系的预防走向不可避免,且有其合理性的一面,则在对过失犯的理论进行教义学的构建时,如何将预防性的考虑适度地整合于其中,便是不容回避的命题。因而,要检讨我国主流的过失犯理论,其间的症结在于,以具体预见可能性为构造重心的归责机制,究竟是否合乎新的归责原理,能否有效回应刑法体系的预防需求?

在过失犯中,对结果的具体预见可能性在很长时期之内都被认为是进行刑法归责的核心要件。其背后的实质理由是,人们认为只有可预见的东西才是可支配的,预见可能性意味着支配或支配的可能性,由于支配的另一面是答责,要让行为人对具体的结果答责,前提是其对具体结果具有预见可能性,不然就有失公正。这种归责机制具有两个特点:一是适合于惩罚导向的刑法体系。基本上,由于着眼于事后的惩罚,该机制只考虑归责的正当性基础问题,对如何分配风险才能最为有效地实现预防目的的问题则予以忽视。二是以知行合一的行为人的存在为前提。行为与认知合一的行为人,能够独立地掌控行为因果流程的发展;因而,一旦认定其对于结果具有预见可能性,便意味着对行为及之后的因果流程具有支配或支配可能性,对其进行归责也就变得理所当然。

然而,在风险社会中,一方面,因果关系的作用过程与运作机理变得极为复杂,另一方面,人与人之间的交往为匿名的、标准化的行为模式所主导。在社会分工高度发展的背景下,知行

〔21〕 (德)迪特儿·卡林:“宪法视野下的预防问题”,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第122页。

〔22〕 参见劳东燕:“风险社会与变动中的刑法理论”,《中外法学》2014年第1期,第79—82页。

合一的行为人转变为知行分离的行为人,过失犯中的归责难题由此而凸显出来。^[23]以预见可能性为重心的归责机制,最大的缺陷便在于无法有效应对当代社会所面临的过失犯的归责难题,其所赖以构建的归责原理,即谁对风险有预见或预见可能性,便应对风险所造成的实害结果负责,日益与社会发展的现实相脱节。许乃曼教授曾尖锐地指出:

传统过失概念的现代意义对于危害结果所应负的个人责任概念提供了最佳理论性的说明,但是在实际结果上却是灾难性的,因为工业社会经济活动的现代风险,从来就不是个人可以控制及负责的,而是由许多人的共同作用所引起,很难由单一行为人所应负之个人责任,以及单一行为引起的单一因果关系加以说明。换句话说,现代分工以及技术过程的复杂化,是与针对特定生活范围能够单独掌控、并应单独负责的自主性个人,所设计出来的刑事责任的概念并不相当。^[24]

在风险日益普遍化的今天,结果的预见可能性与支配可能性之间已然无法划上等号:对结果没有预见可能性,不意味着缺乏支配或支配可能性;而对结果具有预见可能性,也不意味着存在支配或支配可能性。

在一个关注事前预防的刑法体系中,对于过失犯的归责而言,以预见可能性为重心的归责机制显得捉襟见肘,既缺乏预防上的有效性,又可能导致归责上的不公正。导致结果的预见可能性在过失犯的归责判断中丧失作用的原因包括:①某些类型的风险太日常化,比如交通领域的风险,以致不能说行为人对于风险的现实化结果缺乏预见可能性。②很多情形中,风险的因果作用机理太复杂,以致行为人难以对风险的现实化结果具有预见可能性。比如环境污染导致居民的身体健康受损,往往是多重因果关系相互交织与共同作用的结果,很难单独分离出某一因素进而独立地检讨该因素与结果之间的作用关系,自然更谈不上要求行为人对风险的现实化过程及其结果承担预见义务。③在风险导致结果出现的过程中,通常存在其他的介入因素,以致难以确定地说行为人对结果具有预见可能性。

面对风险日益普遍化的现实,为有效地预防不可欲的风险,防止集体的不负责任的现象的产生,当代的预防刑法逐渐形成了这样一种归责原理,即风险属于谁的管辖范围,谁便需要对风险及由此产生的结果来负责。“对创设风险的这种管辖,是基于这个原则:任何一个对事实发生进行支配的人,都必须对此答责,并担保没有人会因为该事实发生而遭到损害。支配的另一面就是答责。按照这一原则,任何人都必须安排好他自己的行为活动空间,从这个行为活动空间中不得输出对他人的利益的任何危险。”^[25]当然,风险的管辖范围只是作为归责的必要条件。归责与否的判断,除查明风险属于谁的管辖范围之外,还需审查行为人对属于其管辖范

[23] 参见(德)许迺曼:“过失犯在现代工业社会的捉襟见肘”,单丽玫译,载许玉秀、陈志辉合编:《不感献身法与正义: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524页。

[24] 同上注,第519页。

[25] (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101页。

围内的风险是否尽了合理的管理责任。判断是否尽了合理的管理责任,在于行为人实施行为时是否遵守了行为基准,其行为所带来的风险是否在可允许的范围之内。

以管辖思想为基础的归责原理的出现,深刻地影响了刑法归责的基本结构。这一点在过失犯中体现得尤为明显。让制造风险的人原则上应当对风险现实化的结果负责,无论是从预防效果考虑还是从归责公正性的角度而言,都是最优化的选择。由此,法益侵害不再是整个刑法归责结构的关注重心(或者至少不是唯一的关注重心),对于刑法归责而言,更重要的是,避免法益受到侵害是属于谁的义务,或者说属于谁的负责范围。对于归责机制上的这种变化,雅各布斯教授给过精到的论述,人们不是期待着每个人都避免各种利益侵害,而仅仅是期待这些负责的人和仅仅在其所负责并充分关心的范围之内;对于每个人的义务来说,这就是“不得破坏你作为非侵犯者的角色”,“非侵犯”在刑法上不是指“不要成为侵犯的原因”,而是指“不要为侵害负责”。〔26〕根据此种归责原理,刑法要惩罚的“只是那些实施了某一行动而侵害了他人的权利、根据规范联系要对行为的后果负责的人。”〔27〕相应地,一个制造容许风险的人,即使对结果具有预见可能性,也不会受到归责;反之,一个制造禁止风险的人,即使对具体结果缺乏预见可能性,也可能会被归责。

以预见可能性为重心的归责机制与当代以管辖思想为基础的归责原理之间,存在明显的抵牾之处。这种抵牾根源于二者之间存在的重大差异:①从归责构造来看,前者偏重于主观归责,重视对行为所引发之结果的具体预见可能性;后者偏重于客观归责〔28〕,强调风险是否处于行为人的管辖范围之内。②从构建基础来看,前者以因果论为基础,关注的重心在于是否存在法益侵害的行为事实及后果,整个归责机制都围绕是否造成法益侵害而构建;后者以归责论为基础,关注的重心在于谁有义务防止特定的法益受到侵害,整个归责机制都围绕管辖范围或答责范围而构建。③从关系维度来看,前者以“主体—客体”的关系作为构建的出发点,关注行为人与行为所指向的客体之间的纵向作用关系;后者以“主体—主体”的关系作为构建的出发点,关注社会中不同主体之间横向的风险分配关系。④从判断根据来看,前者以经验事实的因素(即预见可能性)作为归责判断的主要根据;后者以纯规范的因素(即管辖或答责)作为归责判断的主要根据。⑤从理论范式来看,前者属于存在论的范式,是将教义学的构建与刑事政策的目标设定相分离的“李斯特鸿沟”〔29〕的产物;后者属于规范论的范式,是自觉地将预防目的与教义学的构建相整合的目的论思维的成果。

〔26〕 参见(德)G·雅各布斯:“刑法保护什么:法益还是规范适用?”,王世洲译,《比较法研究》2004年第1期,第100页。

〔27〕 (德)根特·雅各布斯:“刑法教义学中的规范化理念”,冯军译,载中国人民大学刑事法律科学研究中心编:《现代刑事法治问题探索》(第1卷),法律出版社2004年版,第86页。

〔28〕 此处所谓的客观归责,指的是客观构成要件层面的归责,而非非客观归责理论。

〔29〕 参见(德)克劳斯·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4—7页。

(二)传统归责机制之不足及相应调整方案之检讨

与当代以管辖思想为基础的归责原理相对照,以预见可能性为重心的归责机制具有如下特点:偏重主观归责;以因果论为基础;以主客之间的作用关系为出发点;经验事实因素作为归责判断的主要根据;属于存在论的范式。这种归责机制的不足主要表现为:

其一,它对预见可能性因素的重复审查有违体系逻辑的基本要求。照理说,以预见可能性为重心的归责机制既然将预见可能性当作过失的实体内容,将之定位于主观归责层面的要素,则预见可能性理应只在判断是否存在主观过失时发挥作用。但实际上,支持者往往同时也将预见可能性适用于客观层面的因果关系与结果归责的判断,以之作为限缩客观归责范围的重要考量因素,甚至当作相当性标准的核心内容;但凡缺乏预见可能性的情形,便得出否定因果关系或结果归责的结论。比如,西田典之教授提出,在撞倒的汽车后备箱里有人被关在里面因而死亡的、在失火的房子中正巧有小偷潜入里面而被烧死的,按照其所主张的经验的相当性说,这些均属于经验法则上的稀有情况,应否定存在因果关系,不承担过失责任。基于此,他承认因果关系的判断与预见可能性的判断大部分是相互重合的。^[30]然而,相同的内容在不同的要素中重复进行审查,这明显违背体系建构的基本要求。相当因果关系理论中的相当性的概念,其核心内容就是客观的预见可能性,如果在客观的结果归责层面考虑相当性,之后又在过失的认定中考虑预见可能性,就会产生重复审查的问题。在不同的要素中重复审查相同的内容,不但有悖于体系经济的要求,也会形成自我矛盾的风险。^[31]

在处理具体的个案时,重复审查的明显弊端在于,似乎将争点定位在哪个阶层或要素上都可以,不仅存在体系定位含糊化的问题,也不必要地增加案件审查中的复杂性。比如,出租车司机X在黄灯跳动时,没有减速慢行,而是以时速30至40公里驾车驶入左右方向的视线并不清楚的交叉路口,结果撞上了A驾驶的汽车,造成出租车上的乘客B、C一死一伤,当时,A无视红色信号灯正跳动,且以远超过限速以70公里每小时的车速驶入。在就该案(以下简称出租车司机撞车案)展开分析时,持旧过失论的松原芳博教授便认为,对于该案,可以理解为,不能认定,认识到A之前的X的行为与结果之间具有相当因果关系,或者不能认定,X对于结果具有具体的预见可能性;也可以理解为,该案属于在认识到A之后的时点,X不存在事实上的结果避免可能性的情形。^[32]然而,交叉路口减速慢行的注意规范,其规范保护目的便在于确保其他驾车人员与行人的人身与财产安全,X未遵守这一注意规范,由此而发生交通事故,怎么能认为他的行为与结果之间没有相当性,或者对于结果缺乏具体的预见可能性?无论是从经验法则还是从结果发生的盖然性来看,此种情形下导致人员伤亡的结果都难以说不相当,更不能说对结果缺乏具体的预见可能性。若是此种情形还缺乏预见可能性,则交通肇事类案

[30] 参见(日)西田典之:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第237页。

[31] 参见蔡圣伟:《刑法问题研究(二)》,元照出版有限公司2013年版,第25页。

[32] 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220页。

件中,行为人的预见可能性几乎都可以据此而排除。在该案中,真正的问题其实是行为的义务违反性与结果之间是否存在规范上的关联,或者说结果避免可能性的问题,因为即使 X 合乎注意义务而行为,即以 10 至 15 公里的车速驶入交叉路口,也难以确定结果是否可以避免。由于不能确定这一点,难以认为减速慢行还是有效的注意义务,故只能排除对 X 的结果归责。可见,该案的争点仅涉及的是客观上的结果归责,而并非预见可能性的问题。

其二,它经常在体系定位的问题上陷入认识误区,以主观理论来解决客观归责层面的问题。以预见可能性为中心的过失犯理论,无疑是一种“因果的教义学(Kausaldogma)”,即将犯罪看成是作为法益侵害来予以把握的原因引起过程。^[33] 由于建立在因果论的基础之上,而这种因果论又深受早期刑法自然主义的影响,致使整个归责机制中客观归责的部分被畸形地弱化,无法发挥必要的过滤机能。采取主流理论的论者,有时会将结果避免可能性的问题也归结为预见可能性的问题,其缘由便在于此。以德国的卡车司机超车案^[34]为例,国内有论者在分析该案时,便是将讨论重心界定为行为人对结果有无具体预见的问题。他这样论证道:如果从一般人的立场来看,在事故当时的间隔(75 厘米)上超车,撞上被害人的可能性极小,且行为人在当时也无法预见被害人处于醉酒的话,应当说,行为人无法预见自己的行为会发生致使被害人死伤的结果,故没有过失;相反,如果行为人意识到按事故当时的间隔超车,极有可能使一般人摔倒,且从被害人的姿势等来看,其有可能处于异常状态,应当说,行为人对于他人死伤具有预见,对于所发生的结果,应承担过失责任。这样说来,对于该案,完全可以从行为人对结果有无预见方面来说明其应否承担刑事责任。^[35] 然而,卡车司机以违规的间隔距离超车,难以想象其主观上对结果的发生没有预见可能性。此类案件中,真正的问题在于,若是行为人的行为合乎注意义务能否避免结果的发生,也就是结果避免可能性或者说合义务替代行为的问题。行为的义务违反性与结果之间是否存在规范上的关联,显然属于客观归责层面的问题,而并不涉及主观归责。这一归责要素,源自于过失犯中被容许之危险的存在。^[36]

其三,它无法将风险分配方面的目的性考虑容纳其中。从刑事政策的预防目的出发,如何在不同主体之间合理分配风险以求得最佳的预防效果,是在构建过失犯归责机制时必须考虑的问题。然而,由于固守存在论的范式,以主客之间的纵向作用关系作为构建的出发点,这使得以预见可能性为重心的归责机制难以容纳风险分配方面的目的性考虑。于是,就很可能出现这样的局面,即根据此种归责机制得出的归责结论却是有违刑事政策的目标的。这正是“李斯特鸿沟”的处理方式所固有的缺陷所在,它导致二元评价标准的出现,“亦即在教义学上是正

[33] 参见陈璇:《刑法中社会相当性理论研究》,法律出版社 2010 年版,第 6 页。

[34] 关于该案的事实,参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国最高法院判例:刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社 2012 年版,第 11 页。

[35] 参见黎宏:“过失犯研究”,载刘明祥主编:《过失犯研究》,北京大学出版社 2010 年版,第 33 页。

[36] 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”,《中外法学》2012 年第 4 期,第 683 页。

确的东西,在刑事政策上却是错误的;或者在刑事政策上正确的东西,在教义学上却是错误的。”〔37〕如果承认处罚过失犯的重点,意在填补保护法益的漏洞,则以预见可能性为重心的归责机制明显不利于保护法益的任务的实现,有违刑法设立过失责任制度的宗旨。以监督过失的理论为例,从刑事政策合目的性的角度考虑,监督者与管理者本身处于能够更有效地预防与管控风险的位置,所以有必要让其在防止法益受到侵害方面承担更重大的责任。然而,以预见可能性为重心的归责机制,却使得对监督者与管理者进行归责变得相当困难。在监督过失与管理过失的情形中,通常会介入直接责任者的行为或其他作用因素,要求行为人对最后的结果存在具体的预见可能性几无可能。由是之故,支持者往往也不得不承认,在监督过失与管理过失的事例中,仅止于在例外的情况下才能肯定过失的存在。〔38〕对监督者与管理者的这种纵容,显然严重背离刑事政策的预防目标。

其四,在一些情形中,根据预见可能性为重心的归责机制所得出的结论可能有违归责的正当性要求。一方面,它可能将不应归责的情形也进行归责。有论者便明确指出,预见可能性的标准对于特定行业的从业者特别不利,一旦将其作为过失的核心要素,将使得业务过失的成立变得相对容易,比如体育竞技的场合便是如此。〔39〕另一方面,它可能将应当归责的情形却排除在归责的范围之外;尤其是,在处理上位者与下位者之间的风险关系时,往往作出不公平的分配安排。在涉及监督过失的情形中,以预见可能性为重心的归责机制明显作了不利于直接责任者的风险分配与归责安排,依据这种归责机制,监督者与管理者经常得以逃避刑事责任的追究,而直接责任者却总是避免不了被归责。可见,以预见可能性为重心的归责机制,不仅在合目的性上存在疑问,也缺乏基本的正当性。

其五,预见可能性的概念太具有可锻性,它本身难以承担作为整个归责机制之核心要素的任务。首先,对何谓具体的预见可能性的界定存在诸多的争议。究竟预见的对象与范围是什么,是仅限于构成要件结果还是也包括因果关系的基本部分与其他构成要件要素,抑或同时需要包含负面构成要件所涉及的事实,是否要求预见到特定的被害对象,以及预见到何种程度等,即便在支持者的阵营内也并未达成基本的共识,而完全是一笔糊涂账。尽管人们都说的是具体的预见可能性,但其指涉的含义与范围往往各不相同。比如,有的论者将预见的内容理解为刑法分则规定的作为构成要件要素的具体结果,并认为具体结果是相对的,不一定很具体;〔40〕有的论者将预见的内容理解为包括对构成要件结果的预见,以及行为与结果之间因果关系的重要部分(或称因果进程的基本部分),〔41〕这也是日本通说与判例所持的观点〔42〕;有

〔37〕 罗克辛,见前注〔29〕,第14页。

〔38〕 参见山口厚,见前注〔11〕,第246页。

〔39〕 参见周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第163页。

〔40〕 参见张明楷,见前注〔6〕,第288页。

〔41〕 参见黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第197页。

〔42〕 参见松原芳博,见前注〔32〕,第224—225页。

的论者认为,预见可能性的对象是该当于某一犯罪类型全部不法构成要件之事实,包括涉及负面构成要件的相关事实;〔43〕有的论者提出,过失犯中针对结果的预见可能性的内容,只要与故意犯进行联动研究即可,即预见可能性的内容是“作为故意犯有认识或者预见之必要的事实”,并进一步要求对具体的被害客体存在预见可能性;〔44〕还有的论者提出,过失犯中预见的内容不仅应当及于特定的、实际受到侵害的具体对象,还必须存在高度的预见可能性。〔45〕其次,相关论者在处理具体个案时,往往会不自觉地采用与其对预见可能性内容的界定不相一致甚至相矛盾的理解。比如,西田教授一方面明确要求预见可能性必须及于实际受害的具体对象,且必须存在高度的预见可能性,另一方面,在对一起因酒店住客躺在床上抽烟引起火灾,并由于酒店内未安装自动喷淋装置与隔火帘,火势蔓延造成32人死亡的案件进行分析时,却又认为结果发生的概率高低不能左右具体的预见可能性,无论是放火还是失火,问题均在于,对于一旦发生火灾之时的结果的预见可能性,故不需要连起火原因本身也存在预见可能性,他因而肯定行为人对于所发生或扩大的火灾事故的结果具有预见可能性。〔46〕在此,西田教授实际上已然对预见可能性的内容做了缓和的理解,无怪乎同样持具体预见可能性说的山口教授会提出批评,认为西田的主张导致过失的责任内容变得空洞,其见解其实是将过失犯中的预见可能性作为结果回避义务的起因来把握,此种做法“割断了预见可能性与引起构成要件该当事实全体(特别是构成要件的结果)之间的关联性。”〔47〕不难发现,预见可能性因素完全成了一个变色龙,没有确定的内涵与外延。试图让这样一个充满弹性的概念,来承担过失犯归责机制之核心要素的任务,不仅无法有效限缩过失犯的处罚范围,也会导致过失犯的归责判断变得任意。

对于以预见可能性为重心的归责机制的不足,人们已有所意识与反思,这导致了各式调整方案的出台。这些方案大致可归为两类:一是引入过失实行行为的概念,二是对预见可能性因素做缓和的理解。

第一类方案主要是借鉴日本的修正的旧过失论。所谓的修正,主要是在既有的结果预见可能性因素之外,引入过失实行行为的概念,以强化客观层面的归责限定功能。但这样的调整方案无法发挥预期的效果。这是因为,修正的旧过失论单纯从导致结果发生的可能性的程度来界定过失实行行为,拒绝从行为基准或违反规范的角度去进行限定,这就使得过失实行行为的概念在过失犯的归责判断中起不到多少作用。不可否认,在过失犯的行为归责判断中,结果出现的可能性或概率本身的确是应予考虑的因素,但它只是辅助用来判断在规范上相关风险是否允许的事实依据之一。在我国,过失犯只有在出现实害结果的情况下才涉及刑事责任的问题,而一旦行为导致结果的发生,便总是表明这样的事实:行为本身存在引起法益侵害的现

〔43〕 参见黄荣坚,见前注〔13〕,第377页。

〔44〕 参见(日)桥爪隆:“过失犯的构造”,王昭武译,《苏州大学学报》2016年第1期,第128—129页。

〔45〕 参见西田典之,见前注〔30〕,第235—237页;山口厚,见前注〔11〕,第236页。

〔46〕 参见西田典之,见前注〔30〕,第248页。

〔47〕 参见山口厚,见前注〔11〕,第245—246、237—238页。

实危险。对此,有论者曾尖锐地指出,根据修正旧过失论,过失犯之实行行为总是跳不出附随于构成要件结果之怪圈,其说理在方法上有循环论证与颠倒归责顺序的嫌疑,无法为过失实行行为的认定提供任何确切明晰之标准;故而,直接以行为是否具有发生结果之实质危险来认定实行行为,为无意义之同义反复。^[48]

第二类方案在于对预见可能性因素做缓和的、抽象化的理解。从过失犯理论的发展来看,主要有三种具体的路径:一是改变预见对象,将预见可能性理论中的“结果”不是理解为指向实际受到侵害的行为客体,而是界定为构成要件结果。二是引入中间项。也即,将预见可能性理解为不是对实际结果的预见,而是对中间项的预见。比如,日本有判例认为,只要对防火、防灾体制所存在的不足能够预见就可以了,不要求对发生火灾具有预见。^[49]此外,在日本著名的“森永奶粉事件”中,对婴儿死伤结果的预见可能性的判断,也让位于对奶粉内有毒物质混入的预见可能性的认定。^[50]三是区分自然事实上的预见可能性与规范意义上的预见可能性。西原春夫教授认为,信赖原则是为了从事实的自然的预见可能性中选择出刑法的预见可能性的原则,从一般人的立场来看监督者对被监督者会采取适当行动的信赖是相当的场合,即使自然事实肯定预见可能性,也可以在刑法上认为不存在预见可能性,将其从过失责任中排除。^[51]尽管具体途径不同,此类方案通过对预见对象做抽象的、缓和的解读,导致预见可能性的具体内容被掏空,从而在实质上接近抽象的预见可能性的立场。

三、预见可能性因素在过失犯构造中的重新定位

在风险社会的背景下,鉴于以预见可能性为重心的归责机制所存在的功能性缺陷,过失犯的归责结构势必需要实现调整与转变。在此基础上,刑法理论进一步面临对预见可能性因素在过失犯的构造中如何重新定位的问题。

(一)过失犯归责结构需要实现两大转变

风险社会中社会治理机制的变化,要求发展一种以管辖思想为基础的归责原理。这种归责原理紧扣规范保护目的思想,而不再以预见可能性为重心。据此,归责判断的关键不在于行为人是否对相应的侵害结果具有预见可能,而只要求结果是在规范所预防的损害的类型范围之内,或者说是规范所禁止的危险的现实化就可以。如何立足于这种归责原理来构建过失犯的归责机制,以合乎预防的目的,同时又不至于突破惩罚正当性所要求的基本保障,成为过

[48] 参见郑世创,见前注[6],第114页。

[49] 参见黎宏:《日本刑法精义》(第2版),法律出版社2008年版,第223页。

[50] 参见(日)西原春夫:“过失认定的标准”,载(日)西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色:日本法学家论日本刑事法》,李海东等译,法律出版社1997年版,第260页。

[51] 参见(日)甲斐克刚:“过失犯的基础理论”,冯军译,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10-11页。

失犯研究所面临的新课题。在过失犯的归责判断中,将关注的焦点从对具体结果的可预见与否,转移到行为人的义务范围以及所违反的注意规范,不仅有助于合理限定行为人所需负责的结果的范围,也有助于克服预见可能性理论所存在的缺陷。与此相应,过失犯的归责结构需要实现两大转变。

首先,实现从主观归责为重心到以客观归责为重心的转变。这意味着两点:一是客观构成要件,主要是行为客观上所带来的不当风险与风险现实化后所产生的结果,对于过失犯归责的意义要远大于行为人主观方面的要素。二是确定归责关系时所采取的视角,是基于理性的观察者,即虚拟出来的“理性第三人”。^[52]这直接根源于过失犯的性质,因为“过失不可避免地含有与个人无关的和不公平的关于责任和谴责的判断。对过失行为人的判决,不是以他实际上做了什么为基础,而是以行为人偏离一个合理的人的虚构的行为标准的程度为基础的。”^[53]归责结构上的这种重大变化,仅限于过失犯的领域,而不包括故意犯。客观归责理论之所以能够在过失犯中大行其道,正是由于它契合过失犯归责结构从主观向客观转变的需要。人们一般认为,是客观归责理论削减了主观构成要件在该当性判断中的重要性,使得构成要件层面的判断重心由主观要件转移至客观要件。^[54]实际上,客观归责理论只是表明,客观层面的归责构造应当采取何种框架并运用哪些规则来展开判断,它本身并不构成驱使构成要件层面判断重心转移的动力。构成要件判断重心的转移乃是以管辖思想为基础的归责原理的产物,后者的盛行又与社会的结构性变迁所提出的预防需求有关,是刑法理论功能化发展的结果。

值得指出的是,日本的主流刑法理论虽总体上仍持旧过失论的立场,但从其发展出过失实行行为的概念与开始从危险的现实化的角度来界定结果归责来看,可以说也恰好暗合了这种功能化的趋势。过失实行行为概念的勃兴与结果归责理论领域的实质化发展,本身便是归责重心正向客观层面转移的明证。当然,本文并不认为,过失实行行为概念是解决过失犯行为归责问题的理想方案。

其次,实现从结果本位到行为本位的转变。这包含两个内容:一是相对于构成要件结果而言,行为要素对于过失犯的归责更具决定性;二是过失犯归责的关键时点是在行为时而非结果时。在一个以客观归责为重心的归责结构中,构成要件结果对于过失犯不法的成立仍然具有重要的意义,但这并不意味着要采取结果主义的立场。“不论是基于正义或是刑罚的威吓效果,都同样要求,过失犯刑事责任成立的关键时刻,应该是在危险形成的时候,而不是等到危害结果出现。”^[55]一方面,由于过失行为大多不会引起实际的危害后果,结果主义导向的过失观念,将使人们将结果的避免寄希望于侥幸,无法为行为人提供足够的反对动机,由此而影响刑

[52] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn.56.

[53] (美)乔治·P·弗莱彻:《刑法的基本概念》,王世洲主译,中国政法大学出版社2004年版,第151页。

[54] 参见林钰雄:《新刑法总则》(第3版),元照出版有限公司2011年版,第177页。

[55] 许迺曼,见前注[23],第521页。

罚的威慑与预防效果。在风险社会中,这样纵容人们的侥幸心理,势必使众多的法益暴露于各式冒失行为的威胁之下,严重背离刑事政策的预防目标。另一方面,对于实施相同过失行为的行为人而言,如果刑事责任的有无完全决定于偶然的事实,即结果的引起与否,则这样的归责也难言公平。因为如此一来,一个只有轻微过失但偶然造成严重后果的行为人势必会受到重罚,而一个具有重大过失但侥幸未造成严重后果的行为人却得以逃避处罚。

将归责判断的关键时点放在行为之时,不会使过失结果犯变成危险犯。所谓的结果犯,仅仅意味着它的不法包含制造风险与风险实现而产生结果两个环节;至于归责的关键时点是定位在行为时还是结果时,与结果犯的性质并无干系。从预防的角度而言,期待人们在主观上形成反对动机的时刻必然只能定位在行为实施的当时(或之前),即制造风险的环节,这是由刑法规范作为决定规范的性质和功能所决定的。决定规范对人们的行为具有命令与引导的作用,但无论是对于故意犯或是过失犯而言,决定规范都需要通过作用于行为人的主观意志这一中介,才能发挥行为引导方面的效果。而只有行为本身属于行为人主观意志可控制的对象,行为完成之后的发展流程则犹如离弦之箭,不再属于行为人主观意志可控制的范围。也正是基于此,有论者明确提出,一旦行为归于完结,事实流程进入自然发展阶段,决定规范就失去了用武之地,故决定规范只涉及行为制造法所不容许之危险的过程,即行为无价值;它无法涵盖行为结束之后危险最终实现为结果的过程,即结果无价值。^[56]这意味着,将归责判断的关键时点放在行为之时,是刑法规范作为决定规范在逻辑上的必然推论。

(二)对预见可能性因素的法教义学重构

思考预见可能性因素在过失犯构造中的定位问题,必须与过失犯归责结构的前述两大转变相结合。只有这样,对预见可能性因素的定位才能合乎当代以管辖思想为基础的归责原理,并满足刑法体系的预防走向提出的规范需求。这便涉及如何在法教义学层面展开重构的问题。

在此之前,本文想要确认两个基本前提。其一,对预见可能性因素的定位,需要遵守体系构建的基本原则,即相同内容不应当在不同要素中进行重复的审查。旧过失论者有时也承认,其所持立场将使作为罪责过失之核心的预见可能性的判断,与因果关系及危险的现实化的判断之间存在重合的一面,^[57]但是,却在未加论证的情况下将考量因素上的重合视为无关紧要。本文认为,这种为固守过时的条条框框而罔顾体系构建原则的做法并不可取。除非否认不法与罪责之间的区分意义,不然,在两个阶层中对预见可能性因素进行重复审查便有失妥当。其二,不应按故意的模式来理解过失的内容。既然过失并非一种主观的心理状态,而是指

[56] 相关论者在做这样的断言时,是针对故意的结果犯而言,笔者认为该断言也适用于过失犯。参见陈璇:“论主客观归责间的界限与因果流程的偏离”,《法学家》2014年第6期,第104页。

[57] 参见(日)桥爪隆:“刑法总论之困惑一”,王昭武译,《苏州大学学报》2015年第1期,第113、116页;桥爪隆,见前注[44],第121-122页;松原芳博,见前注[32],第214页。

偏离客观的行为基准,故意犯与过失犯具有不同的构造,将故意犯的相关研究照搬到过失犯的做法就缺乏基本的合理性,也容易犯刻舟求剑的错误。

在过失犯中,就预见可能性因素的定位而言,它涉及四个具体问题:一是如何界定预见可能性因素在过失犯构造中的体系地位;二是预见可能性中要求预见的对象与范围究竟是什么;三是对预见可能性进行判断时是立足于行为时存在的事实,还是裁判时查明的全部事实;四是对于能否预见的判断是采纳一般人标准还是行为人标准。

第一,预见可能性因素应定位于客观归责层面的行为归责环节,是判断能否进行行为归责的必要前提。

归责概念的意义,在于确定某一事件是属于自然事件还是人的作品。无论是客观归责或是主观归责,都服务于这一中心任务。鉴于预见可能性并非行为人所具有的主观心理状态,而是相对于理性第三人而言的客观上的认定,故该因素理应置于客观归责的层面。归责并不需要对结果具有认知为前提,也不是只有作为意志之直接产物的行为才能归责给行为人。但凡属于应该控制且能够控制的事态,均可视为是相应行为人的作品。这也是胡萨克教授主张用控制原则来取代行为原则的实质根据所在。^[58]哈特曾指出,对结果具有认知是自我控制能力的充要条件这一古老的认知形式,与大多数科学家、法律人与普通人对于人的自我控制能力的看法不符;行为人对其行为的结果没有认知,并不意味着他就不可能制止它,没有理由表明,为什么人们不应该为行为之前未想到或未考虑到的情况及其危险而负责。^[59]从刑法规范作为决定规范的角度而言,当人们认知到行为具有导致结果的不容许风险时,理所当然地会被期待产生行为抑制动机;同时,当人们意识到自己的行为偏离理性人的行为基准,其虽对行为所蕴含的不容许风险缺乏现实的认知,此时要求其产生行为抑制动机也并不为过。就后一情形而言,倘若规范上期待行为人产生抑制动机,则其必须本来能够预见到行为所蕴含的不容许风险才行;否则,便无从要求行为人产生抑制动机。将客观上根本不可能对相应风险有所预见的行为,在刑法上归责给行为人,既缺乏归责的公正基础,也达不到任何预防的效果。

作为行为归责必要前提之预见可能性,与相当性的内容存在对应关系。诚然,若是作为结果归责的标准,相当性理论所包含的经验法则判断与相当可能性,都是空洞的概念,但这不意味着该理论不包含合理的成分。它对行为归责的判断具有重要意义。一个根据一般的经验法则不太可能导致构成要件结果发生的行为,难以被认为是在构成要件效力范围内制造了法所不容许的风险;相应地,自然也无法被认定存在客观的预见可能性。就此而言,正如许玉秀教授所指出的,相当理论对客观归责理论的贡献,是在界定“实施构成要件行为”上面,即在于确定是否制造了不被容许的风险上面,所谓具有法律上重要性的风险,即是客观上足以导致构成

[58] 参见(美)道格拉斯·胡萨克:《刑法哲学》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第35—37页。

[59] See H. L.A. Hart, "Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility", in *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by A. G. Guest, London: Oxford University Press, 1961, pp.42—44.

要件实现的风险。^{〔60〕}凡是客观上不足以导致构成要件实现的风险,也就是说如果风险不具有相当性,便会否决预见可能性的存在,由此也就产生排除行为归责的效果。在此种意义上,行为本身的相当性与客观的预见可能性可谓是行为归责的存在论基础,它是使归责具备正当性的必要前提。

第二,预见可能性中要求预见的内容只限于行为的注意义务违反性及行为所蕴含的不容许风险,至于危险的现实化流程及实际发生的具体结果则不属于预见的范围。

新过失论主张的注意义务违反与客观归责理论中所谓制造法所不容许风险的学说,都指向的是过失犯的行为归责,二者其实是一个硬币的两面,只不过,前者着眼于形式的视角,而后者立足于实质的视角。只有以客观上违反注意义务规范的行为方式所创设的风险,才能够归入不容许风险的范围。此处所称的注意义务,仅止于具有刑法品质的注意义务;无论是法定的特别规范还是合同约定或专业的伦理或管理规范,其所课予的注意义务,都要进行有无此种刑法品质的个别判断。^{〔61〕}而是否具有刑法品质关联性的判断,无疑需要结合刑法所保护的法益,看相关注意义务规范有无避免法益侵害风险的作用。可见,一旦将预见可能性定位于行为归责的环节,则应当预见的对象必然包含行为的注意义务违反性及行为所蕴含的不容许风险。所谓行为所蕴含的不容许风险,当然是指向法益侵害的风险,在具体个案中,这样的风险势必会与构成要件结果之间存在内在的关联。但这只是在抽象的、类型化的意义上而言,行为本身是否存在不容许风险,与构成要件结果实际发生与否无关。是否蕴含不容许风险,是就行为本身的性质而言。就一个已然制造不容许风险的行为而言,即便客观上没有造成现实的法益侵害,也无法否认行为本身的风险的存在。这意味着,行为所蕴含的不容许风险,是与具体的现实化的结果相切断的。

除了行为的注意义务违反性及行为所蕴含的不容许风险之外,危险的现实化流程及实际发生的结果不属于应当预见的范围。也即,指向实际侵害对象的具体结果与相应的因果发展流程,不应归入客观预见义务的范围。这是因为,首先,法规范只能期待行为人对行为当时所存在的事实情状进行预见,而不可能要求行为人跨越时空去预见之后才发生的具体因果流程,更不可能要求其预见未来才出现的指向特定侵害对象的具体结果。要求行为人如事后诸葛亮一般预见到未来的事态发展,是一种规范上的苛求。尤其是,在因果作用机制变得极为复杂的风险社会,期待人们预见具体的因果流程怎么发展、往什么方向发展,预见最终的侵害落到哪个具体的行为对象身上,更是显得罔顾现实。其次,刑法理论上一般并不认为因果关系属于犯罪故意所明知的范围,也不会特别研究对“因果进程的基本部分”的认识这一问题,既然如此,凭什么在认定过失时要求行为人对因果流程的基本部分承担预见义务?如果认为在故意犯中,因果关系的错误并不会产生阻却故意的效果,在过失犯中,对具体因果流程缺乏认知或产

〔60〕 参见许玉秀,《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第23页。

〔61〕 参见林钰雄,见前注〔54〕,第511页。

生误认,自然也不可能导致过失的阻却。最后,过失犯中,特定结果是否可归责于行为人,并不取决于其对实际发生的具体结果有无预见可能,而取决于行为人所制造的风险与实现的结果是否在构成要件的效力范围之内,相关风险是否是注意规范的保护目的所要防止的风险类型,导致结果现实化的风险与行为人所制造的不容许风险是否同一,以及注意义务违反与结果之间是否存在合义务关联等规范性因素。换言之,在结果归责的环节,即风险实现的判断中,无需考虑预见可能性的因素。风险实现与否的判断,关键在于,从裁判时查明的事实来看,行为所制造的不容许风险是否一直对最终结果的发生发挥着现实的作用力。

第三,对预见可能性进行判断时应当立足于行为时存在的事实,而不应以事后查明的全部事实作为判断的基础。

无论是从归责的公正性还是有效性的角度,都要求立足于行为当时的事实,去判断行为人对行为的注意义务违反性及行为所蕴含的不容许风险是否具有预见可能。一方面,以事后查明的事实为基础来判断行为人能否预见,容易产生因结果严重而反过来认定行为人具有预见可能的弊端,从而过于扩大过失犯的处罚范围。以事后查明的事实为基础来判断行为人能否预见与应否预见,势必过于限制人们的行为自由。另一方面,立足于过失责任的机能,以行为当时的事实为基础来判断行为人能否预见,有助于预防目的的有效实现。过失责任的机能是,确保对于普遍期待的(保障可辨认性和屏蔽风险的)安全标准的遵守。^[62]这意味着,法规范对人们提出的首要期待,是通过遵守安全标准来避免法益侵害结果的发生,而不是在罔顾安全标准之后再设法采取措施避免结果的发生。安全标准为法益的保护提供了至关重要的第一道屏障。它的基本宗旨是保护法益,但并不着眼于避免对特定行为对象的法益侵害,而是立足于规则功利主义的根基,从一般意义上有利于屏蔽法益侵害的风险而言。基于此,安全标准本身并不内在需要与特定行为对象实际所遭受的具体结果相关联。期待行为人遵守安全标准,就等于要求行为人产生行为抑制动机,其前提必然是,立足于行为当时已然存在的事实情状,行为人对行为的注意义务违反性及行为所蕴含的不容许风险具有预见的可能。只有这样,刑法规范作为决定规范才能起到应有的行为指导作用,对相关行为人进行的制裁,也才能有效发挥一般预防的效果。

第四,对于能否预见的判断,应当采纳一般人标准,但对一般人标准需要做相对具体化的处理。

在判断能否预见时理应采取一般人标准。与故意不同,过失的成立始终是与第三人相对照而言,并内在以这种对照关系作为构建的逻辑基础。缺乏与第三人的对照,便不可能成立所谓的过失。个别化的过失理论认为在确定是否违反必要的注意时,只需要考虑具体行为人的个别能力,而不需要求助于具备平均认知的标准人格,其缺陷不仅在于使不法与罪责的区分

[62] 参见金德霍伊泽尔,见前注[25],第325页。

不复存在,^[63]更在于其忽视过失结构中的这种对照关系。过失的存在,始终需要以一个标准的规范接受者的形象的存在为前提。问题只在于,这样一个标准的规范接受者的形象应当如何来界定。可以肯定,所谓的一般人标准不是在抽象的意义上而言,即完全无视年龄、性别、教育背景、职业经历等因素,不然,过失结构中所内含的对照关系便难以有效地展开。德国的主流见解认为,在判断能否预见时,应当以(医生、汽车司机、税务顾问等)相应的交往圈中具有洞察力者的相应标准人格通常所具有的认识,或者他们通过可期待的询问或者具有可期待的注意力时能获得的认识为准。^[64]这样的见解大体能够成立,但仍失之于抽象,需要进一步地具体化,也即需要将行为人身上的可能影响预见能力的某些特殊因素考虑进去。比如,一个刚拿到驾驶证的行为人,人们能够期待他所具有的谨慎与认识能力,显然要区别于有熟练驾驶经验的从业人员。此时,与行为人相对照的标准的规范接受者的形象,应当定位于缺乏驾驶经验的新手,设想后者在具体的情境中是否能够预见。

一旦对一般人的标准做相对具体化的处理,便可合理地解决行为人具有特殊认知的过失类案件。举例来说,医生甲偶然得知患者乙对某种特殊的药物过敏,而这种过敏本来极为罕见,难以为一般的同行医生所认识;但是,甲在之后的治疗过程中因疏忽而忘记这一点,仍让乙服用该药物致使乙因药物过敏而死亡。该案中,要认定医生甲是否偏离安全标准,是否本来能够预见行为的危险性,与之相对照的不应是对该特殊药物的过敏缺乏认知的一般医务人员,而应当是与医生甲一样对该特殊药物过敏具有认知的理性同行,设想后者如果处于甲的情境中,能否遵守安全标准,能否预见到行为的危险性。

对一般人标准做相对具体化的处理,可能会面临两点质疑:一是它会导致能力越高的人越容易被归责,而能力越低的人越容易免于被归责;二是具体化的程度难以合理地把握,这可能导致无限度的具体化,以致与行为人的形象完全地合一。对这两点质疑,并非没有办法来解决。就前者而言,如果行为人的认知与控制能力高于同行业中相应标准人格所具有的能力,此时仍就低以该标准人格作为对照的第三方,就可以避免能力越高越容易被归责的问题;同时,如果行为人的认知与控制能力低于同行业中标准人格所具有的能力,而这种能力的低下是由其自身可谴责的原因所导致,此时就高以该标准人格作为对照的第三方,便能够解决能力越低越容易免于被归责的问题。就后者而言,在对标准的规范接受者的形象进行界定时,要求除行为人具有特殊认知的事实性因素之外,只允许考虑那些对行为人的认知能力与控制能力构成消极影响(而这种消极影响非基于行为人先前的过错所导致)的特定因素,就可以合理地把握具体化的程度,防止无限度的具体化的倾向。

综上,以客观预见义务的面目出现的预见可能性,只是作为结果避免义务的前提而存在,或者确切地说,是作为履行安全标准的必要前提,它本身并不具有独立的意义。就过失犯的不

[63] 参见(德)耶塞克、魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第264页。

[64] 参见金德霍伊泽尔,见前注[25],第331页。

法与罪责而言,决定性的因素始终在于,行为人在能够预见且应当预见的情况下,却没有避免构成要件的实现,而并非其单纯地有无履行预见义务。将预见可能性因素定位于客观归责层面的行为归责环节,并将预见的内容限于行为的注意义务违反性及行为所蕴含的不容许风险,同时要求采取立足于行为时的一般人标准的立场,并不违背责任主义的要求,也不会导致所谓的结果责任。故意犯与过失犯属于不同的归责类型,而罪责是针对不法而言,相应地,对故意犯与过失犯在罪责内容也应按类型化的思路来理解。故意犯对应的是主观的罪责论,而过失犯对应的是客观的罪责论。对于过失犯而言,罪责的考察重心不在于行为人是否是在具有选择自由的情况下做出不当的行为决意,而在于行为人有没有按法规范所期待的那样运用自身的认识能力与控制能力。^[65]相应地,客观罪责论所谓的可非难性,并非意指行为人对主观意思自由的滥用,而指向的是其未按法规范之要求而遵守安全标准并避免法益侵害结果的发生。过失犯中,行为人毫无疑问存在此种意义上的罪责。

此外,对预见可能性因素的前述定位,也并不违背我国刑法对于过失犯的立法规定。我国《刑法》第15条规定,“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的,是过失犯罪。”但该规定不能成为维护传统过失犯理论的立法依据,因为其中“危害社会的结果”并不等同于构成要件结果,更不指向与特定行为对象相关联的具体结果。《刑法》第14条规定的是故意犯罪的定义,由于故意犯罪同时包括结果犯与行为犯,结合该条中有关“明知自己的行为会发生危害社会的结果”的规定,可推知两个条款中的“危害社会的结果”,均指抽象意义上的法益侵害结果。陈兴良教授正是以此为据,而认为我国刑法理论中存在容纳过失危险犯的余地。^[66]相应地,第15条中的“预见”,完全可以也应当理解为是对抽象的法益侵害结果的预见,即对行为可能导致构成要件实现的风险的预见。只有这样,才能保持第14条与第15条中“危害社会的结果”概念在意义上保持同一性。第14条是关于故意犯罪的定义,而故意犯罪不限于结果犯,也包括行为犯,基于此,该条中的“危害社会的结果”势必只能解释为是抽象的法益侵害结果。

四、结 论

1. 我国主流过失犯理论重视结果的具体预见可能性,是按故意犯模式来理解过失犯的产物。过失犯在归责类型上不同于故意犯,二者的归责结构存在重大差异;故意犯对应于意志归责的类型,而过失犯对应于规范归责类型。以故意与故意犯为模板理解过失与过失犯的构造,存在体系逻辑上的缺陷。

[65] 参见劳东燕,见前注[19],第50—59页。

[66] 参见陈兴良:“过失犯的危险犯:以中德立法比较为视角”,《政治与法律》2014年第5期,第12—13页。

2. 当代刑法体系的预防走向要求适用一种以管辖思想为基础的归责原理。以预见可能性为重心的归责机制有违这样的归责原理,无法有效回应风险社会对刑法归责的功能期待。这样的归责机制既缺乏预防上的有效性,又可能导致归责上的不公正。

3. 过失犯的归责结构需要实现两大转变:从主观归责为重心到客观归责为重心;从结果本位到行为本位。预见可能性因素在过失犯构造中的定位,必须与这种转变相结合。

4. 预见可能性应被定位于客观归责层面的行为归责环节,预见的内容仅限于行为的注意义务违反性及行为所蕴含的不容许风险,在判断能否预见时,应采取立足于行为时的一般人标准的立场。

Abstract: The mainstream opinion in the field of negligent crime in China focuses on the foreseeability of a concrete result, and it is the product of understanding negligent crime according to the model of intentional crime. Negligent crime is distinguished from intentional crime in the type of imputation, and thus there is a great difference in their imputation construction. To understand the content of negligence and the construction of negligent crime, in the light of intention and intentional crime, must be faced with a dogmatically systematic flaw. The imputation mechanism, focusing on the factor of foreseeability, runs counter to the principles of imputation on the basis of the thoughts of creating-risk, and it cannot meet the need of functional expectation for imputation in a risk society. The imputation structure of negligent crime needs to achieve a shift in two aspects, including from subjective-centered imputation to objective-centered imputation and from result-orientation to conduct-orientation. In the systematic construction of negligent crime, the factor of foreseeability should play a role in the stage of conduct imputation; its content is only limited to the violation of duty and the prohibited risk inherent in a conduct; in determining whether the actor can foresee them, people should adopt the relatively concretizing standard of a reasonable person at the moment of conduct.

Key Words: Foreseeability; Negligent Crime; Objective Imputation; Subjective Imputation; Preventative Criminal Law

(责任编辑:车 浩)