

## 过失犯的结果回避可能性:规范构造与实践运用

杨绪峰

**内容提要:**结果回避可能性的单一定位构造容易割裂实务裁判,且会使得该理论的作用范围和解释力受到限制。引入事前判断与事后判断的视角能够打破原有的对立性思维之桎梏。这并非仅是判断时点的差异,背后承载的是“行为规范与制裁规范相结合”的思考方式。行为规范是为防止引发特定结果而确立的标准行为模式的期待,如果规则的遵守超出了行为人的可能性范围,就不能将结果回避予以义务化;制裁规范所起的作用是树立行为规范的有效性,如果行为规范的遵守对于法益侵害结果的避免是无效的,行为规范的效力就无从谈起。映射到结果回避可能性的构造上,事前的结果回避可能性应作为注意义务的前提问题,囊括注意义务的履行必要性和履行可能性的双重判断,如果其被否定,就不能确立过失犯中的行为规范;事后的结果回避可能性应作为结果归责的问题,本质上是在确认注意义务的履行有效性,如果其被否定,就不能发动过失犯中的制裁规范。通过阐明背后的法理,能够在规范论上对结果回避可能性作出新的解读。

**关键词:**结果回避可能性 过失犯 注意义务 结果归责 规范论

杨绪峰,中国政法大学刑事司法学院讲师。

### 一 问题的提出

在现代过失犯理论中,结果预见可能性和结果回避可能性被公认为是其中的两大支柱。传统的过失犯论(旧过失论)完全从主观方面理解过失,尤为注重作为主观要件的结果预见可能性对过失犯的限定作用。新过失论则认为,即便具有结果预见可能性,但如果履行了结果回避义务,也不应成立过失犯。其理论特色在于,一是主张过失犯在违法性的层面就已经与故意犯有所不同;二是将以结果预见可能性为中心的过失概念变更为以结果回避义务为中心。<sup>[1]</sup> 新过失论重视在客观要件上限定过失犯的成立范围,也启发了

[1] 前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会,2019年)209頁参照。

(修正的)旧过失论重视过失实行行为概念,可以说,二者在过失犯的实质限定上采取了共通的思路。由于不同学说都开始关注过失犯的客观不法,使得结果回避可能性的理论地位得到空前的提升。<sup>[2]</sup> 尤其是近年来,很多学者都敏锐地察觉到,实践中对结果预见可能性的把握并没有那么“具体”,由于对预见对象做抽象的、缓和的理解,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。<sup>[3]</sup> 在此种背景下,强化结果回避可能性在过失犯认定中的实质限定功能,在理论上逐渐成为一种共识。

然而,结果回避可能性在实践中发挥的效果却并不理想。很多受到热议的过失犯案件都涉及结果回避可能性的判断,案件裁判结果在舆论上也经常出现极为割裂的局面。一方面,司法实践中长期存在结果主义的倾向,只要发生死伤结果,司法机关往往有以过失犯罪起诉甚至定罪的冲动;另一方面,有的办案人员基于专业判断对被告人判决有罪或宣告无罪,但在释法说理上力有不逮,不仅占用大量的精力,而且承受了巨大的压力。例如,“货拉拉乘客跳车坠亡案”<sup>[4]</sup>法院判定被告人成立过失致人死亡罪,但舆论观点、学界见解都存在明显分歧。<sup>[5]</sup> 另一起“妻子跳车坠亡案”<sup>[6]</sup>也同样引起社会关注,多数见解认为法院判定被告人成立过失致人死亡罪的裁判结论存在疑问。同样的跳车坠亡案,一旦涉及结果回避可能性的争点,即便是专业人士的分析也存在严重分歧,由此可以管窥实践中该理论的适用现状。在过失犯案件的审查中,很多法官并未意识到要审查结果回避可能性的有无,即便有所提及,也因为说理不够充分有力,存在反驳的余地。如果强行下判,不仅难以发挥裁判的定分止争和价值引领作用,而且有损司法公信力和司法权威。

在过失犯领域,结果回避可能性的构造属于先决性问题,如果不加以明确,会制约学界对过失犯其他重要问题的进一步研究,也妨碍结果回避可能性在实务中的具体运用。我国学界对此问题的研究并不充分,日本学界由于长期存在理论争议,已经形成了多种构造方案,部分方案对我国学界产生了较大影响;同时,我国学界又受德国通说的影响,将结果回避可能性作为结果归责的问题予以解决。<sup>[7]</sup> 学者们经常在不同意义上使用结果回避可能性概念,<sup>[8]</sup>这种含混性也直接影响了结果回避可能性的实务推广,使得这一理论在我国实务中的重要性未得到真正彰显。有的实务人员甚至认为结果回避可能性只有在处理极其个别的案件时才有用武之地,这大大低估了该理论的实践价值。基于此,有必要

[2] 陈兴良教授将过失犯的这一特征准确地概括为“从结果预见可能性到结果回避可能性”。参见陈兴良:《过失犯的规范构造:以朱书平等危险物品肇事案为线索》,《比较法研究》2020年第5期,第29页。

[3] 参见劳东燕:《过失犯中预见可能性理论的反思与重构》,《中外法学》2018年第2期,第318页;大塚裕史「予見可能性の対象の抽象化とその限界」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集(上巻)』(成文堂,2018年)323頁以下参照。

[4] 参见湖南省长沙市中级人民法院(2021)湘01刑终1436号刑事裁定书。

[5] 参见洪晨露:《不作为语境下危险接受归责分析——以“货拉拉跳车案”为例》,《福建警察学院学报》2021年第3期,第50页;叶良芳、袁玉杰:《过失不作为犯结果回避可能性的体系化判断——以货拉拉案为分析样本》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2023年第1期,第78页;田宏杰:《我国犯罪过失客观化思潮的反思》,《中国刑事法杂志》2023年第2期,第65页。

[6] 参见内蒙古自治区阿拉善左旗人民法院(2021)内2921刑初167号刑事判决书。

[7] 参见周光权:《客观归责与过失犯论》,《政治与法律》2014年第5期,第22-26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页。

[8] 参见邹兵建:《过失犯中结果回避可能性的混淆与辨析》,《中外法学》2021年第4期,第984-986页。

对这一问题进行系统研究。本文主要从四个方面展开:一是梳理结果回避可能性的不同构造,对各种方案进行体系性反思,并揭示单一定位构造的内在不足;二是明确对不同构造进行统合的必要性,并检讨可行的统合路径;三是在规范论的框架下,系统阐述事前的结果回避可能性与事后的结果回避可能性的具体构造;四是结合司法案例进行示范说理,以此激活上述方案的实践运用。

## 二 结果回避可能性构造的体系反思

探讨结果回避可能性的构造,首先应了解目前存在哪些代表性方案。由于各方案与学者自身的理论立场相勾连,有必要借助体系性思考的方法对相关问题进行通盘考量。

### (一) 不同构造的特色与分析

关于结果回避可能性的构造,笔者对现存的代表性方案进行了细致梳理。

第一,行为论的方案,主张在欠缺结果回避可能性场合应直接否定行为性。近年来,“行为”概念的讨论被当作是“无谓的思考”,学界认为行为论并非“刑法体系的中心问题”,对其大有“敬而远之”的趋势。<sup>[9]</sup>在这一背景下,松宫孝明教授认为行为概念作为犯罪论体系的起点,在“犯罪即行为”这一意义上仍然是极为重要的。所谓“行为”,是指从社会意义来看,犯罪结果的发生在客观上具有预见的可能,且具有回避的可能。按此观点,行为的认定也要提前考虑预期结果的问题,即只有被规定在构成要件中的结果可以作为行为人“干的勾当”而归责于行为人时,才能够对行为作出定义。显然,在行为论中探讨结果回避可能性问题,已经融合了一定程度的归责判断,按照其本人说法是借鉴了客观归责理论的思考方式。<sup>[10]</sup>由于松宫孝明已明确接受了客观归责理论,<sup>[11]</sup>如果将该立场全面贯彻,在法所不允许的危险实现阶段,结果回避可能性的判断必然与其所主张的行为论中的判断在体系上存在重复架构的疑问,所以这种方案并未在学界引起多大反响。

第二,注意义务违反论或实行行为论的方案,主张欠缺结果回避可能性的场合应否定注意义务的违反或实行行为。可能有观点认为,“实行行为”的表述指代的更多是结果无价值论的立场,而“注意义务的违反”,尤其是“结果回避义务违反”的表述指代的几乎是行为无价值二元论的立场。但是,“实行行为”概念被很多学者认为是不可放弃的重要概念,不光是结果无价值论者,行为无价值论者也在使用这一术语。例如,大谷实教授是行为无价值论者,其直接将“过失犯的实行行为”等价于“客观的注意义务违反”。<sup>[12]</sup>结果无价值论者其实也重视“结果回避义务”这一概念,例如,山口厚教授直接将结果回避义务的违反作为过失犯的要件。<sup>[13]</sup>从本质上来看,“注意义务违反”与“实行行为”的观点在彰显“构成要件行为具有引起构成要件结果发生的危险性”方面具有一致性,并无区分

[9] 松宫孝明『行為』概念と犯罪体系』立命館法学 271・272号(2000年)1510頁参照。

[10] 松宫孝明『刑法総論講義』(成文堂,2017年)52、53頁参照。

[11] 松宫孝明『因果関係と客観的帰属』法学セミナー 761号(2018年)105頁参照。

[12] 大谷実『刑法講義総論』(成文堂,2019年)182頁。

[13] 山口厚『刑法総論』(有斐閣,2016年)246-248頁参照。

的实益,故应将它们归为同一种方案。在这种方案中,结果回避可能性是在作为具体的结果回避义务的前提这一意义上被重视。<sup>[14]</sup> 背后的法理依据是“逾越能力即无义务”,即任何人对超出了其能力范围以外的事不承担义务。<sup>[15]</sup> 结果回避不可能或者困难的场合,因为不能将结果回避予以义务化,所以作为前提,必须先讨论结果回避可能性。于是,具有结果回避可能性时才产生结果回避义务,怠于履行结果回避义务的作为或不作为就是过失犯的实行行为。<sup>[16]</sup> 上述方案在体系性思考上并无明显疑问,因而获得很多学者的支持,但主张者多持单一定位说的立场,这会使结果回避可能性的作用范围过于狭隘,无法有效应对实践中的各类复杂案件。

第三,结果论的方案,主张欠缺结果回避可能性的场合应否定结果。这种方案实际上对“结果”概念进行了重构,其并非指代行为客体的变化,而是指代结果无价值或结果不法。具体而言,结果是“违反法的期待行动,法益的状态出现了‘不良变更’”;而结果回避可能性的判断是探究“当行为人按照法的期待行动时,更好的法益状态是否存在”。上述两种判断的逻辑构造被认为是同一回事。<sup>[17]</sup> 既然可以说“结果”表示结果无价值或结果不法,“结果回避可能性”也可以表示结果无价值或结果不法,只不过是反面来评价的要素,即如果按照法的期待行动,此时法益的状态与违反法的期待行动时没有明显区别,就不能评价为法益状态出现了“不良变更”。<sup>[18]</sup> 这种方案只是少数说,其最大的疑问是关于结果的判断,因为涉及刑法上的否定性评价,已经属于规范判断,在融合了结果回避可能性的判断逻辑之后,会导致事实性因果关系的判断难以获得容身之处。而且,欠缺结果回避可能性即欠缺“结果”的说法,与一般日常用语的含义和逻辑不相符。<sup>[19]</sup>

第四,条件关系论的方案,主张欠缺结果回避可能性的场合应否定条件关系。在结果归责理论尚未得到充分重视时,这种方案便将条件关系理解为行为对结果的支配力,<sup>[20]</sup> 进而认为与结果回避可能性是“一体两面”的关系。由于二者都存在假定的判断,如果对“没有该行为,就不会发生该结果”的条件关系加以否定,即“无论有无该行为,都无法回避该结果”,该行为对结果就没有支配力,这其实就是欠缺结果回避可能性的情形。然而,在结果归责理论日趋完善之后,这种方案就丧失了必要性。所谓条件关系,首先应当明确行为与结果之间事实上的结合关系,而上述方案却考虑有无结果回避可能性,试图对条件关系作规范性限定,这在体系性上存在疑问。<sup>[21]</sup> 条件关系论的任务,应该只限于作为归责限定的第一阶段来划定其最大范围。<sup>[22]</sup> 在区分事实归因与规范归责的背景下,应当尽可能地将条件关系简化为事实关系的判断,即使考虑到处罚欠缺结果回避可能性的

[14] 佐久間修「過失犯の所在と競合——実行行為と因果關係」警察學論集 65 卷 5 号(2012 年)137 頁參照。

[15] 參見[德]烏爾斯·金德霍伊澤爾:《論所謂“不被容許的”風險》,陳璇譯,載陳興良主編《刑事法評論》第 34 卷,北京大學出版社 2014 年版,第 224 頁。

[16] 大谷實『刑法講義總論』(成文堂,2019 年)183 頁參照。

[17] 小林憲太郎『因果關係と客觀的歸屬』(弘文堂,2003 年)32 頁參照。

[18] 小林憲太郎「過失(下)」判例時報 2317 号(2017 年)33 頁參照。

[19] 佐伯仁志『刑法總論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013 年)58 頁參照。

[20] 町野朔『刑法總論講義案 I』(信山社,1995 年)153-154 頁參照。

[21] 西田典之著=橋爪隆補訂『刑法總論』(弘文堂,2019 年)103 頁參照。

[22] 曾根威彥『刑法における実行・危険・錯誤』(成文堂,1991 年)31 頁參照。

行为根本起不到抑制法益侵害的效果,也应该在规范性因果关系的判断中进行。

第五,结果归责论的方案,主张欠缺结果回避可能性的场合应否定结果归责。不同的结果归责理论方案内部又存在着差异。日本很多学者认为,欠缺结果回避可能性的场合应否定因果关系的相当性;<sup>[23]</sup>德国通说则认为,应否定注意义务的违反与结果之间的规范关联,我国很多学者也是采取此种观点。<sup>[24]</sup>特别是德国的客观归责理论在我国流行之后,很多学者都将结果回避可能性问题定位于危险实现阶段的义务违反关联性之判断。亦即,在行为人违反注意义务造成危害结果的场合,只有当危害结果的发生与行为人对注意义务的违反之间存在关联时,才能将危害结果归责于行为人;即便行为人实施了符合注意义务的行为(合义务替代行为),仍无法避免危害结果发生的,则无须对危害结果负责。在危险现实化理论中处理结果回避可能性问题,是日本逐渐兴起的观点。<sup>[25]</sup>该理论根据“实行行为的危险性是否向结果现实地转化了”这一基准展开对因果关系的判断,虽然吸收了客观归责理论的方法论,<sup>[26]</sup>但并未完全照搬其判断框架,日本学者在判例的基础上发展出危险现实化理论,开始与德国的客观归责理论“分道扬镳”。客观归责理论以危险的创设、危险的实现为基本判断框架,这与日本学界结合实行行为与因果关系的判断框架相对应。德国并未发展出“实行行为”概念,构成要件的客观面一直被认为存在相当大的无限定性,针对这种现状,罗克辛(Claus Roxin)教授所提出的客观归责理论可谓是“一剂良方”。客观归责理论本身是以构成要件客观面的限定为主题,在此限度内,与日本实行行为概念肩负着相同功能。如井田良教授所言,客观归责理论在危险创设判断上,为了使实行行为的判断基准更具体化,存在可供参考的内容;在危险实现判断上,为了使规范的因果关系判断基准更具体化,也存在可供参考的内容,但没有必要放弃日本学说中的实行行为概念和因果关系理论。<sup>[27]</sup>笔者亦赞同此种观点,重视危险现实化理论,将过失犯原有的概念工具都予以保留,等于说释放了“预见可能性”“结果回避可能性”“注意义务违反”的功能,这使得结果回避可能性的二元构造成为可能。如此,结果回避可能性的作用将得到进一步凸显,而非仅仅局限于义务违反关联性的判断上。

## (二)单一定位构造的内在不足

在学界,将结果回避可能性定位于结果归责的判断环节或定位于注意义务违反判断环节的两种对立性观点占据了主导地位,除此之外,还存在一些具有特色但属于少数说的方案。这些方案的共同特征是,对结果回避可能性的构造持单一定位的立场,这使得结果回避可能性的作用范围和解释力受到很大限制。例如,有学者指出,结果回避可能性欠缺

[23] 成瀬幸典「結果の回避可能性と過失」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』(有斐閣,2003年)17頁;杉本一敏「相当因果關係と結果回避可能性(一)」早稲田大学大学院法研論集97号(2001年)94頁参照。

[24] 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37-38页;蔡仙著:《过失犯中的结果避免可能性研究》,法律出版社2020年版,第109-120页。

[25] 井田良「刑法における因果關係をめぐって——相当因果關係説から危険現實化説へ」慶応法学40号(2018年)1-2頁参照。

[26] 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013年)73頁参照。

[27] 井田良「刑法における因果關係をめぐって——相当因果關係説から危険現實化説へ」慶応法学40号(2018年)16頁参照。

的场合,客观的注意义务本身无法得到承认,所产生的结果只是不可抗力。<sup>[28]</sup> 如果只是在不可抗力意义上发挥结果回避可能性的作用,结果回避可能性考察的就只是注意义务的履行可能性或作为可能性,而在多数过失犯案件中,并不会存在结果回避可能性判断的疑问,这样一来,结果回避可能性的判断就会被悬置,只有在极为特殊的案件中才启用。同样地,如果只用结果回避可能性解决义务违反关联性的问题,也会使其作用范围变窄。可以说,实务中结果回避可能性的影响力没有真正发挥出来,主要是受到单一定位构造的影响。

考虑到上述问题,如果在单一定位的构造中“加塞”其他类型的结果回避可能性问题,又会在体系性思考上存在疑问。以相当性因果关系说的方案为例,认为缺乏结果回避可能性时应否定因果关系相当性的观点,看似“无所不包”,但“相当性”的判断要么立足于事前判断,要么立足于事后判断,这种对立至今无法调和。其中主观说主张,以行为时行为人认识到或者可能认识到的情况作为判断基础;客观说主张,以行为时业已存在的所有情况以及行为后发生了的、一般人可能认识到的情况作为判断基础;折中说主张,以行为时一般人可能认识到的情况以及行为人特别认识到的情况作为判断基础。<sup>[29]</sup> 折中说曾是学界通说,但近年来客观说的观点日趋有力,两种学说已经不相上下,本质上是事前判断与事后判断思考方式的对立。

立足事前判断的思考方式,其判断依据只能是行为时一般能够认识的情况,“相当性”的认定会求诸于“基于事前判断的行为的危险性”;立足事后判断的思考方式,其判断依据包括裁判时所查明的全部客观情况,“相当性”的认定会求诸于“基于事后判断的因果经过的通常性”。基于事前判断的、以行为对结果的贡献程度为中心的观点,与基于事后判断的、以因果经过的通常性为中心的观点,属于两种不同的思考方法。这也决定了单一定位的构造,只能是偏向事前判断或事后判断的一元判断构造,只能用于解决实践中结果回避可能性某一种类型的问题。然而,实践中结果回避可能性不仅涉及事前判断的案例类型,也涉及事后判断的案例类型,单一定位的构造无法与不同案例类型完全兼容,无论采取上述哪种代表性方案,都只能在各自的案件类型中发挥作用而无法替代,这也是为什么注意义务违反论的方案与结果归责论的方案这么多年都能“分庭抗礼”的原因。

### 三 结果回避可能性构造的路径选择

单一定位的构造使不同方案之间呈现竞争关系,难以相容却又无法否定彼此。这不仅会造成理论上的自说自话,还会加剧实务裁判的割裂,原因在于思考路径出现了偏差。

#### (一)从“对立论”走向“统合论”的必要性

关于结果回避可能性的构造,各种代表性方案之间由于理论立场相异,长期以来被认

[28] 福田平「過失犯の構造とその問題点——目的的行為論との関連をふまえて」現代刑事法 2 卷 7 号(2000 年)40 頁参照。

[29] 西田典之著=橋爪隆補訂『刑法総論』(弘文堂,2019 年)108 頁参照。

为存在“天然的对立”(下称“对立论”)。德国在20世纪50、60年代对结果回避可能性的构造之探讨较为兴盛,目前其主流观点认为,结果回避可能性应作为结果归责的问题予以解决。一旦采纳客观归责理论,就意味着结果回避可能性被“圈定”在危险实现阶段,作为一个派生的审查规则,用于评估注意义务违反与具体结果发生之间的关联性,不太可能再去兼容其他的构造。<sup>[30]</sup>这也能够解释为什么我国学者接受德国通说方案后就会轻易地否定其他方案。相较而言,日本关于结果回避可能性构造之争更为激烈,原因在于,一是日本关于结果回避可能性的研究表现为“实务先行于理论”。早期判例认为,缺乏结果回避可能性否定的是行为与结果之间的因果关系;<sup>[31]</sup>但后来有判例在肯定结果回避可能性的同时,通过信赖原则否定了注意义务违反,<sup>[32]</sup>为学者们在注意义务违反框架内处理结果回避可能性问题提供了契机;此后也有判例绕开信赖原则的讨论,直接通过否定结果回避可能性进而否定注意义务的违反。<sup>[33]</sup>结果回避可能性的构造之争很大程度上归结于实务判例的分歧,最终在理论上形成了两大阵营,即究竟应将结果回避可能性作为因果关系的判断问题,还是作为注意义务违反的判断问题。二是根源于行为无价值论与结果无价值论之争。日本学界关于过失犯的构造也存在新过失论与旧过失论。越是推崇结果无价值论立场的旧过失论,越倾向于在因果关系中处理结果回避可能性问题,也越倾向于反对注意义务违反论的方案,这在很大程度上加剧了“对立论”的紧张局面。

我国有学者一方面重视德国通说方案,一方面又考虑其他方案的合理性,在构造上有所摇摆,这多少受到了“对立论”的影响。也可以说,“对立论”是长期以来学界固有的认识,在通说看来,关于结果回避可能性的构造,不同方案之间必然属于“择一的思考”。<sup>[34]</sup>但单一定位的构造存在内在不足,有必要重新思考对立方案的统合可能性(下称“统合论”)。理由在于:其一,新旧过失论对立呈现出消弭倾向,使得“对立论”的原有根基发生重大变化,这为“统合论”的路径扫除了理论障碍。长久以来,新旧过失论的对立一直给人难以调和的印象,学者们将这种对立的核心归结为对构成要件的该当性、违法性的理解等方面。亦即,是以引起构成要件结果(法益侵害)为其内容的立场(结果无价值论),还是在关注构成要件结果的同时,仍将违反结果回避义务也视为其重要内容的立场(行为无价值论)。<sup>[35]</sup>随着(修正的)旧过失论对过失实行行为的提倡,二者的对立有缓和的迹象。而近年来,部分(修正的)旧过失论者也开始重视结果回避义务问题,并视其为一种独立的义务。于是,通过结果回避可能性被肯定的结果回避义务违反,也被作为肯定构成要件该当性的要件。<sup>[36]</sup>如此一来,原有的对立在判断内容上已经看不出外在的区别,如

[30] 参见谢治东:《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64页。

[31] 大審院昭和4年4月11日判決,法律新聞3006号15頁参照。

[32] 最高裁判所昭和48年5月22日判決,最高裁判所刑事判例集27卷5号1077頁参照。

[33] 最高裁判所平成4年7月10日判決,判例時報1430号145頁参照。

[34] 岡部雅人「過失犯における『結果回避可能性』について」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集(上卷)』(成文堂,2017年)469頁参照。

[35] 山口厚『新判例から見た刑法』(有斐閣,2015年)61頁参照。

[36] 山口厚『刑法総論』(有斐閣,2016年)246頁参照。

学者所指出的,“两说的对立走向了消弭”。<sup>[37]</sup> 结果回避可能性的单一定位构造所呈现的“对立论”,也会因旧过失论开始重视结果回避义务概念而有了反思的契机。以往旧过失论侧重预见可能性要件,结果回避可能性只能置于结果归责环节发挥作用,但现在完全可以同新过失论一样接受注意义务违反论的方案,因为理论立场的对立造成结果回避可能性构造之对立有了消解的可能性,“统合论”的路径选择变得明朗。其二,结果回避可能性构造探讨的终极目的是服务于司法实践,不应冒着割裂实务裁判的风险继续主张“对立论”。结果回避可能性的构造之“对立论”,在理论上或许有一定意义,但贯彻到实务中则容易让人无所适从。理论上的对立最好止步于理论,而不能进一步延伸到实践中去割裂实务。日本关于结果回避可能性构造的争议带来的启示是:“对立论”越激化,理论上所衍生的方案就会越多,这会进一步加剧实务裁判的割裂。目前来看,缺乏结果回避可能性的场合否定的是注意义务之违反还是结果归责,颇有“水火不容”的感觉。为了防止对立引起的实务割裂,“统合论”是最好的思路。越倾向于“统合论”,结果回避可能性在实务中的作用范围和解释力就会越强。“对立论”之所以长期占据通说地位,是因为未找到合适的统合路径,即便是坚持“对立论”中某种方案的学者,内心恐怕也会赞同如果能够将对立的方案一并统合,对结果回避可能性在实务中的发展会更有利的见解。所以,“应否统合”的疑问背后实际上更应当解决的是“如何统合”的问题。

## (二)二元区分的构造路径选择

尽管“统合论”是正确的思考路径,但结果回避可能性并非就要持多元区分的构造。我国有学者注意到结果回避可能性概念存在多个“面相”,包括裸的行为意义上、不可抗力意义上、条件关系意义上、合义务替代行为意义上的结果回避可能性,并指出除了裸的行为意义上的结果回避可能性之外,其他三种意义上的结果回避可能性均符合结果回避可能性的基本含义。<sup>[38]</sup> 这种统合路径虽然凸显了结果回避可能性的“多义性”,但未能揭示背后的逻辑关系,也未能提供法理上的支撑。如韦塞尔斯(Johannes Wessels)教授所言:“所有这些对于问题的解决的寻求,背后都是一个正确的思考,即在过失行为构成要件情况中,造成结果和违反谨慎义务之间不能是无关系的并列,换言之不能是简单的相加。”<sup>[39]</sup> 结果回避可能性的构造看似有很多代表性的方案,但每种方案的支持者很可能已经在该方案内置入了与其他方案相同的内涵,将多种方案简单地并列在一起,看似统合了各种对立性观点,但会导致判断的重复和逻辑的混乱。

“统合论”的难点在于找到合适的统合路径,否则最终的方案如同“沙上建塔”,容易招致“对立论”的批判。松原芳博教授借助“事实”和“规范”这样一对范畴,认为结果回避可能性包括事实的结果回避可能性和规范的结果回避可能性。前者是作为犯、不作为犯、故意犯、过失犯“行为”所共通的不可或缺的前提,欠缺事实的结果回避可能性场合,否定的是行为本身;后者研究的是如果遵守注意义务能否避免结果的问题。欠缺规范的

[37] 大塚裕史「過失犯論の近時の動向」法学教室 395 号(2013 年)6 頁。

[38] 参见邹兵建:《过失犯中结果回避可能性的混淆与辨异》,《中外法学》2021 年第 4 期,第 1004 页。

[39] [德]约翰内斯·韦塞尔斯著:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社 2008 年版,第 401 页。

结果回避可能性场合,否定的是结果归责的问题。<sup>[40]</sup>然而这种统合路径在日本支持者寥寥,原因在于,该方案在过失犯中的意义极为有限,因为过失犯中绝大多数与结果回避可能性有关的问题仅涉及规范的结果回避可能性,事实的结果回避可能性并无多大用武之地,即便用于审查注意义务的履行可能性,由于实际上也是站在一般人的立场来进行判断,本身带有规范判断的色彩,很难说是纯事实意义上的判断。那么,这种统合也就名不副实了。

面对“如何统合”的棘手问题,山中敬一教授引入了“事前判断”与“事后判断”这一对视角。<sup>[41]</sup>在其看来,欠缺结果回避可能性在理论上有两种解释途径,其一是作为注意义务前提的结果回避可能性被否定,注意义务由此被否定,也就不存在所谓的注意义务违反;其二是注意义务本身并没有被否定,是遵守了注意义务以后仍然无法防止结果发生。作为注意义务前提的结果回避可能性与遵守注意义务结果的回避可能性,正好对应于“事前的结果回避可能性”和“事后的结果回避可能性”的区别。<sup>[42]</sup>由于分别对应事前判断与事后判断,对判断基础资料的采集也就不同。前者采集的是行为时一般能够认识的情况,因此它是以行为人实施某种行为时,一般人认识到的事实为判断基础,危害行为实施完毕后的事态等不能作为判断资料;后者采集的是裁判时所查明的全部客观情况,因此所有相关联的事实都纳入判断范围。<sup>[43]</sup>这种统合路径采取的是二元区分的构造,它打破了单一定位构造背后的对立性思维桎梏,将看似矛盾的裁判说理予以整合,使得对结果回避可能性的研究不再拘泥于构造之争,从而得以“抽身”去探讨更深层次的问题。

我国学者也注意到了这种区分,但由于赞同德国通说方案,认为上述分类并无理论上的实益,只是迎合了“对行为采事前判断视角,对因果关系采事后判断视角”的主张。<sup>[44]</sup>这种观点显然低估了统合路径的理论价值。事前的结果回避可能性是行为规范问题,事后的结果回避可能性是制裁规范问题,二者正好对应于哈特(H. L. A. Hart)的初级规则与次级规则的区别。<sup>[45]</sup>如果将结果回避可能性的构造与行为规范、制裁规范对接上,通过深挖背后的法理,完全能够在规范论上作出新的解读。

### (三)对二元区分构造的进一步反思

上述二元区分的构造提供了很好的统合路径,但当前的观点仍存在以下不足。

其一,体系性思考尚不够彻底。在支持客观归责理论的同时也支持事前的结果回避可能性,这等于变相放弃了客观归责理论。一方面,如果将客观归责理论视作结果归责的

[40] 松原芳博『刑法総論』(日本評論社,2017年)284-287頁参照。

[41] 山中敬一「結果の回避可能性と過失」平野龍一編『刑法判例百選Ⅰ総論』(有斐閣,1984年)38頁参照。

[42] 山中敬一「過失犯における『回避可能性』の意義」研修704号(2007年)7頁参照。

[43] 参见周光权:《行为无价值论与客观归责理论》,《清华法学》2015年第1期,第137页。

[44] 参见蔡仙:《过失犯中结果避免可能性理论的法理展开》,载陈兴良主编《刑事法评论》(第40卷),北京大学出版社2017年版,第46页。

[45] 山中敬一虽然采取了事前的结果回避可能性与事后的结果回避可能性的构造,但没有在规范论上进行完整的阐述。在此之后,只有高桥则夫教授的说理与规范论紧密联系,对不同类型的结果回避可能性的实质予以了言明(参见[日]高桥则夫著:《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86-102页)。但对此问题的说理还有进一步完善的空间。

理论,那么它本身就属于事后判断,此时嵌入的事前结果回避可能性就显得格格不入。另一方面,如果将客观归责理论视作实质的构成要件理论,按照罗克辛的设想,“传统过失理论所尝试理解的注意义务的违反、可预见性、认识可能性及避免可能性等概念都是多余的,并且都可以废弃不用”,<sup>[46]</sup>那么,事前的结果回避可能性以及结果回避义务的判断也就显得多余了。由于德国客观归责理论中没有事前结果回避可能性的容身之处,学者倘若支持客观归责理论,又赞同事前的结果回避可能性与事后的结果回避可能性这种二元区分的构造,在体系上存在龃龉。例如,高桥则夫教授支持德国版本的客观归责理论,也同时支持事前的结果回避可能性与事后的结果回避可能性,但在危险创设阶段却未提及事前的结果回避可能性的判断规则。<sup>[47]</sup>不得不说,“预见可能性”“结果回避可能性”“注意义务违反”等概念工具在我国已有一定的使用传统,且规则相对完善和精细;相较而言,客观归责理论中创设法所不允许的危险之判断则显得过于粗糙,在理论界也饱受诟病。<sup>[48]</sup>要想在危险创设阶段容纳事前的结果回避可能性之判断,不可避免地要对客观归责理论进行改造。从这个角度而言,如果支持事前的结果回避可能性,配套支持危险现实化理论,在体系性思考上可能更为连贯。

其二,具体构造上尚不尽完善。当前的观点对事前的结果回避可能性的理解存在偏差,仅将其视作注意义务(结果回避义务)的履行可能性,<sup>[49]</sup>这使得“统合论”的价值被大打折扣。从文义上来看,将事前的结果回避可能性理解为“行为时行为人是否有采取必要回避措施的可能性”并无不妥,然而进一步将其解读为注意义务的履行可能性则过于狭隘。因为行为人即便具有履行可能性,如果采取回避措施本身是不必要的,行为也不可能作出行动,此时当然也没有采取回避措施的可能性。而且,如果将事前的结果回避可能性局限于注意义务的履行可能性,所能适用的情形就都与结果回避能力有关,无形中排斥了该理论在很多案件中的适用可能。统合论若只是将注意义务的履行可能性置换为“事前的结果回避可能性”之表述,且二者适用范围完全一致,那么就很难从中发觉事前的结果回避可能性独特的存在意义。故而,笔者主张,事前的结果回避可能性中还应囊括注意义务的履行必要性之判断。在某些场合,即便具有注意义务的履行可能性,但由于缺乏(客观的)结果预见可能性,无法意识到结果回避措施的履行必要性,就不可能要求行为人履行注意义务,也就不存在所谓的注意义务之违反。

## 四 结果回避可能性构造的规范展开

事前的结果回避可能性与事后的结果回避可能性并非仅是判断时点的区别,实际上

[46] [德]克劳斯·罗克辛:《客观归责理论》,许玉秀译,我国台湾地区《政大法学评论》第50期,第19页。

[47] 高橋則夫『刑法総論』(有斐閣,2018年)133-136頁参照。

[48] 参见[德]英格博格·普珀:《客观归责之体系》,隗佳译,载赵秉志等主编《当代德国刑事法研究》(第3卷),法律出版社2019年版,第90-91页;王海涛:《制造法不允许的危险:质疑与检视》,《国家检察官学院学报》2020年第1期,第62-64页。

[49] 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(成文堂,2007年)94頁;川端博=日高義博=大塚裕史「過失犯論の課題と展望(鼎談)」現代刑事法2卷7号(2000年)24頁参照。

反映的是行为规范与制裁规范的区别,而后者的区别正好对应于哈特的初级规则与次级规则的区别。哈特提出的“法律规则说”以奥斯丁(John Austin)的“法律命令说”为主要批判对象,认为将法律视为主权者的强制命令并不能成功揭示“法律科学之关键”,法律应是初级规则与次级规则的结合。初级规则是要求人们实施或不得实施某种行为的规则。这些规则源自于社会的需要,用来保证一种令人满意的生活方式,是科以义务的规则;次级规则是为了确保初级规则得到执行而产生的规则。由于初级规则存在不确定性、静态性、无效率性三个主要缺陷,需要在次级规则中分别通过承认规则、变更规则、审判规则加以补救,是授予权力的规则。<sup>[50]</sup> 简言之,初级规则是指明一定态度的规范,与个人应当实施或者禁止实施的行动相关联;次级规则是决定初级规则妥当性的规范,其运作方式不仅导致了具体行为或变动的规则,也产生了责任或义务的创设或改变。哈特的“初级规则与次级规则结合”的思考方式,可以与刑法中“行为规范与制裁规范的结合”相对应,并进一步体现在事前与事后的结果回避可能性的构造上。

### (一)事前的结果回避可能性的规范构造

哈特虽然批评了法律命令说,但也承认其出发点是正确的,即“凡有法律之处,人类的行为在某个意义上就不是随意的,或者说是‘具义务性的’”。所不同的是,法律命令说强调的是“某人被强迫(was obliged)去做某事”,而法律规则说强调的是“某人有义务(had an obligation)去做某事”。<sup>[51]</sup> 将初级规则理解为义务规则,为事前的结果回避可能性的审查提供了法理依据。

一方面,作为初级规则注意义务的确立必须具有在人们行动之前给予提示、指引的功能。“为了实现一般预防的刑罚目的,要求公众遵守规范,就有必要在行为时点提前告知公众行为适法、违法的界限究竟在哪里。”<sup>[52]</sup> 通过施加义务表明哪些场合的行为是被允许的,哪些场合的行为是难以接受的,这样能够确保拥有不同价值观的国民结成规范共同体,经营其安定平稳的共同生活。另一方面,说某人“有义务”或“负担义务”虽然隐含着规则的存在,但被规则当作标准的行为模式并非总是能够科以义务。如哈特所言,只有当人们遵从某规则的一般要求是持续且强烈的,而且对那些违反或有违反之虞的人所施加的社会压力是强大的时候,才能将此规则当作是科以义务。<sup>[53]</sup> 由于行为规范是为防止引发特定结果而树立的标准行为模式的期待,如果规则的遵守超出了行为人的可能性范围,这种期待就不可能是持续且强烈的,期待落空所施加的社会压力也不可能是强大的,此时就不能将结果回避予以义务化。为此,需要考察事前的结果回避可能性,即在具体的状况下行为人是否有实施避免结果行为的可能性。过失犯的结果回避义务本身是为了避免结果发生而对行为人施加的法律义务,在欠缺事前的结果回避可能性场合,强加结果回避义务在法律上是没有意义的,因此结果回避义务并不存在。

事前的结果回避可能性作为行为规范的注意义务之前提,讨论行为人是否有实施

[50] 参见[英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第149-157页。

[51] 参见[英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第138-139页。

[52] 参见周光权著:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第86页。

[53] 参见[英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第143页。

避免结果行为的可能性,在这个意义上,有的学者将其称为“行为回避可能性”也未尝不可。<sup>[54]</sup> 不过,以往对事前的结果回避可能性的理解过于狭隘,只将其限定为注意义务的履行可能性之判断。在具体状况中,判断行为人履行注意义务是否可能,不仅取决于行为人是否有采取结果回避措施的能力,还应当以对法益侵害危险的事前可预见性为前提。如果从一般人的立场看来,行为人没有必要采取结果回避措施,即没有结果回避义务的履行必要性,哪怕其具有充分的结果回避能力,也不应当将结果回避予以义务化。事前判断作为前提,设定了能够进行事后判断的基本范围,事后判断不能超出该范围,否则就违反了社会一般人的预测可能性,丧失了罪刑法定原则所发挥的为国民提供基本的行动预期之功能。<sup>[55]</sup> 因此,事前的结果回避可能性囊括了注意义务的履行必要性和履行可能性的双重判断。这在我国刑法中亦能找到实定法支撑,《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。”以往,学者只是借由“不能抗拒”的规定解读出不可抗力意义上的结果回避可能性,这指代的其实只是注意义务的履行可能性,<sup>[56]</sup> 实际上,“不能预见”的规定同样能够解读出注意义务的履行必要性。

在注意义务履行必要性的判断中,(客观的)预见可能性起到了关键性作用。<sup>[57]</sup> 预见可能性不是通过大致有无的形式予以追问,而是通过与应采取的结果回避措施的关系相对地被确定。低程度的预见可能性对应弱的结果回避措施,而高程度的预见可能性对应强的结果回避措施(甚至包括立即中止该行为)。(客观的)预见可能性与结果回避义务存在相关关系。由此,根据应采取的结果回避措施的内容,即使结果发生的可能性比较低也没有关系,因为结果发生的可能性低,也可以要求承担与该低水平相对应的注意义务。<sup>[58]</sup> 由于行为时一般人都没有结果的预见可能性,而预见可能性起到赋予结果回避必要性的作用,既然采取结果回避措施本身是不必要的,行为人原本就不会被要求作出行动,也就谈不上未采取措施时违反注意义务。因此,注意义务的履行必要性的判断逻辑是:没有(客观的)结果预见可能性→不具有采取结果回避措施的必要性→不具有事前的结果回避可能性→不存在注意义务(即不存在注意义务之违反)。

在注意义务的履行可能性的判断中,结果回避能力成为审查的重点。事前的结果回避可能性经常被解读为注意义务的履行可能性或结果回避能力或他行为能力,原因在于这些概念具有一定的关联性。如学者所言,“回避可能性”与“回避能力”或“他行为能力”实际上是一体两面,因为行为人有他行为(合法行为)的能力,所以才有避免不法行为的可能性;而不法结果是由不法行为所导致的,从而有避免不法结果的可能性,即能力是

[54] 仲道祐樹「行為概念と回避可能性の関係(2・完)——ドイツにおける否定的行為論を中心に」比較法学 43 卷 3 号(2010 年)134 頁参照。

[55] 参见李世阳著:《规范论在刑法解释中的作用》,法律出版社 2020 年版,第 2 页。

[56] 参见邹兵建:《过失犯中结果回避可能性的混淆与辨析》,《中外法学》2021 年第 4 期,第 988 页。

[57] 客观的预见可能性不同于主观的预见可能性,它是以行为人所处的社会生活领域的一般人作为基准的预见可能性。对新过失论而言,如果一般人可能预见结果发生,便产生避免该结果发生的注意义务。所以,客观的预见可能性是科以结果回避义务的前提。(橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣,2020 年)202-203 頁参照。)

[58] 井田良『変革の時代における理論刑法学』(慶応義塾大学出版会,2007 年)150-151 頁参照。

可能性的实质基础。<sup>[59]</sup> 也正是在侧重“回避能力”的意义上,有学者指出注意义务本质上是能力维持规范,注意义务违反性的成立应以行为人具备遵守行为规范的能力为前提,“只有在行为人具有忠诚于法秩序的意愿但遵守行为规范的能力不济的情况下,才有进一步分析其行为是否违反注意义务的余地”。<sup>[60]</sup> 行为时如果行为人没有履行注意义务的可能性,就不能苛求其履行注意义务;既然没有要求行为人履行注意义务,也就谈不上未采取措施时违反注意义务。因此,注意义务履行可能性的判断逻辑是:没有注意义务的履行可能性→不具有事前的结果回避可能性→不存在注意义务(即不存在注意义务之违反)。

## (二)事后的结果回避可能性的规范构造

刑法规范由行为规范与制裁规范构成,刑罚的发动除了揭示刑法上的行为规范,也揭示违反行为规范时应科予刑罚的制裁规范。如果说行为规范作为初级规则,创设了一般人行为预期的状态,那么,制裁规范作为次级规则,目的就在于维持行为规范,树立规范是“有效力的”这一权威。哈特的法律规则说重视义务的观念,认为应当从内部观点去解读这一义务。从外部观点来看,行为规范之所以能够发挥行动指引的功能,是因为能够预测到违反行为规范可能会遭受惩罚。但这只是从外部观察者的角度看待这些行为规范,观察者所做的不过是从外部记录“某个社会群体接受此等规则”的现象,类似于对义务的预测性分析或外部事实陈述,他自己不一定接受该规则,而仅仅说出他人接受该规则的事实。<sup>[61]</sup> 行为规范无法真正奠定规范的有效性或权威性,外部陈述(法规范具有普遍实效的事实)只是内部陈述(法规范中某规则是有效的)的前提,从内部观点来看,说某个既存的规则是有效的,就是肯定该观察者在司法实践中已经自觉接受该规则的指导,成为法规范中的一员,其身份也由此转变为内部参与者。对于内部参与者而言,规则获得了内部成员共同的认可,才能确保规范是有效的,当落实到作为内部成员的法官的裁判中,就具有了权威性地位。因此,制裁规范所起的作用是树立行为规范的有效性或权威性。

在刑法上,如果行为规范的遵守对于法益侵害结果的避免是无效的,制裁规范维持行为规范的期待就会落空,行为规范的“效力”就无从谈起,因为内部参与者不会将这种初级规则当作正面指示,并自觉以强大的社会压力加以支持,发动制裁规范也无法强化内部参与人对法秩序的忠诚及信赖。既然遵守行为规范本身对于法益侵害结果的避免是无效的,从制裁规范的角度而言,就不会认为这一规范具有有效性,行为人当然不会因此被科以刑罚,这其实就是事后的结果回避可能性的判断逻辑。所谓事后的结果回避可能性的判断,是指在违反注意义务的前提下,假设实施了符合注意义务的行为,同一侵害结果是否就不会发生;由于它是以行为后通过鉴定等方式明确的全部情况为基础所进行的客观判断,从这个意义上来说是“事后的”判断。为了承认过失犯的成立,必须从规范上评价

[59] 参见李文健著:《罪责概念之研究:非难的实质基础》,1998年作者自版,第83页;陈兴良:《他行为能力问题研究》,《法学研究》2019年第1期,第120页;蔡仙著:《过失犯中的结果避免可能性研究》,法律出版社2020年版,第41-42页。

[60] 参见陈璇:《注意义务的规范本质与判断标准》,《法学研究》2019年第1期,第137、148页。

[61] 参见[英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第161页。

结果是违反注意义务行为之产物。为此,仅仅存在注意义务违反行为与结果之间的“事实关联”还不够,还需要实现注意义务违反行为的固有危险所指向的结果,即要求注意义务违反行为与结果之间具有“规范关联”(义务违反关联性)。缺乏事后的结果回避可能性的场合,所实现的危险只是一种被允许的危险,而不是注意义务违反行为所固有的危险,因此不能将结果归责于注意义务之违反。

在事后的结果回避可能性的判断中,“合义务替代行为”是重要的分析工具,其判断方法是:行为人实施了符合注意义务的行为,同一侵害结果能否避免;若无法避免,则无须对危害结果负责。因此,事后的结果回避可能性本质上是在确认注意义务的履行有效性,即履行注意义务对避免结果有无确定性(或显著性)效果。由于结果归责的判断属于规范上的评价,它的目的不是解释违法行为在事实上如何引发了结果,而是从一个纯粹规范的角度去说明刑法上的责任归属,所以允许采用“假设未发生项思维”。司法者需要借助这种判断区分“不法”与“不幸”,行为人只对不法行为而非不幸事件承担责任。为此,这种判断需要将现实的已发生因果流程与假设的未发生因果流程进行比较,剥离出“宿命之桎梏”的那一部分,进而判定结果应当由谁负责。如果实施了符合注意义务的行为,结果仍然发生的场合,避免该结果发生就是不可能的,刑法即使将这样的行为作为处罚对象,也无法达到抑制法益侵害的效果。<sup>[62]</sup> 既然履行注意义务对法益保护没有确定性(或显著性)效果,注意义务违反行为与法益侵害结果发生之间就不具有规范上的关联,也就不能将法益侵害结果看作是违反注意义务的“杰作”,法益侵害结果也就无法归责于注意义务之违反。因此,事后的结果回避可能性的判断逻辑是:没有注意义务的履行有效性(即缺乏义务违反关联性)→不具有事后的结果回避可能性→法益侵害结果无法归责于注意义务之违反。

## 五 结果回避可能性构造的实践运用

结果回避可能性的理论方案最终要面向实务,特别是为法官的裁判说理提供助力。就实务判决来看,有的法官在裁判说理时虽然没有直接阐明结果回避可能性理论,但也在间接地运用该理论的基本思想。<sup>[63]</sup> 以下将以“货拉拉乘客跳车坠亡案”为例,针对其中涉及的结果回避可能性问题展开专门探讨。

基本案情是,货拉拉有限公司的签约司机周某通过平台接到被害人车某的搬家订单并按时到达约定地点。因车某拒绝其付费搬运建议,且等候装车时间长、订单赚钱少,周某心生不满。约半个小时后,周某搭载车某出发,但未提醒坐在副驾驶位的车某系好安全带。为节省时间,周某未按平台推荐路线行驶,而是自行选择了一条相对省时但人车稀少、灯光昏暗的偏僻路线。行驶约一刻钟后,车某发现周某偏离导航路线并驶入偏僻路

[62] 山口厚『問題探究 刑法総論』(有斐閣,1998年)9頁参照。

[63] 参见广东省汕尾市中级人民法院(2016)粤15刑终字第32号刑事判决书;新疆伊犁州奎屯市中级人民法院(2016)新4003刑初字第99号刑事判决书。

段,四次提示偏航,周某态度恶劣,与车某发生争吵。车某心生恐惧,把头伸出窗外要求停车。周某发现车某用双手抓住货车右侧窗户下沿,上身探出了车外,可能坠车,其打开了双闪,但未制止或采取制动措施。随后,车某从车窗坠落,因头部与地面碰撞致重度颅脑损伤而死亡。<sup>[64]</sup>

法院认为,被告人周某系有多年驾龄的签约司机,存在过失行为,且过失行为与被害人车某的坠亡结果之间具有刑法上的因果关系,构成过失致人死亡罪。但也有舆论认为周某不构成犯罪,主要理由之一是本案缺乏结果回避可能性。这些否定结果回避可能性的观点分为两类:第一类观点认为,从周某与车某发生口角到车某坠车所经过的时间不超过1分钟,而车某将上身探出车外直至坠亡所持续的时间很可能只有十几秒,甚至几秒钟。周某并没有预见到车某会自行跳车,在这么短的时间内不可能立即作出反应进行紧急制动或拉拽车某以阻止其坠车,所以周某不存在过失实行行为或注意义务违反行为。第二类观点认为,即使周某采取了有效的结果回避措施,也无法避免车某坠亡的结果发生。根据本案公安部门的侦查实验,如果实验对象主动将上半身探出车窗,均能够完成坠车动作。这意味着即便周某紧急制动,车某在极短时间内将上半身探出车外跳车,也非常有可能导致同一坠亡结果。那么就不应将车某的死亡结果归责于周某,周某的过失行为与车某的坠亡结果之间不具有因果关系。

上述第一类观点通过否定注意义务的履行可能性,否定了事前的结果回避可能性,进而认为被告人不存在注意义务的违反。然而,其判断时点过晚,在车某已经将上身探出车外时,再要求司机周某采取结果回避措施,显然是不可能做到的。笔者认为,预见可能性不是通过大致有无的形式予以追问,而是通过与应采取的结果回避措施的关系相对地被确定,即使结果发生的可能性比较低,也可以要求行为人承担与该低水平相对应的注意义务。由于车窗处于开启状态,当司机知道未系安全带的乘客起身离开座位时,不管乘客跳车与否,基本上都会觉得这样的行为可能存在坠落的危险。被告人周某系有多年驾龄的司机,对未系安全带时起身离开座位的动作可能存在的危险应当十分清楚。由于存在一定程度的结果预见可能性,周某就具有采取结果回避措施的必要性,例如关闭车窗或要求乘客系好安全带等。周某可采取的结果回避措施很多,有的措施实施起来并不费力,无需延迟至车某上半身已伸向车窗外的时点考察结果回避可能性。在车某起身时周某就应当对坠落结果存在一定程度的预见可能性,也就具有了相应程度的注意义务,此时具有事前的结果回避可能性。上述第二类观点通过否定注意义务的履行有效性(义务违反关联性),否定了事后的结果回避可能性,进而认为车某的死亡结果无法归责于被告人。但由于判断时点过晚,以至于影响了注意义务履行有效性的判断结论。在预见可能性的范围内,周某完全可以在更早的时点采取制止或制动措施。当未系安全带的车某起身离开座位时,其人身法益已经处于实质的、不被允许的危险当中,周某可以通过言语提醒、关闭车窗或紧急停车等有效措施避免后果发生,但周某只是打开了双闪,未采取有效的结果回避

[64] 本案的分析仅立足于二审法院查明的事实,具体案情详见湖南省长沙市中级人民法院(2021)湘01刑终1436号刑事裁定书。限于行文篇幅,笔者仅分析本案中争议最大的结果回避可能性问题。

措施。二审法院在裁判说理中也强调了这一点。因此,本案也不存在欠缺事后的结果回避可能性的问题。

与“货拉拉乘客跳车坠亡案”不同,“妻子跳车坠亡案”的判决结论则存在疑问。被告人额某某驾驶车辆行驶过程中,与坐在后排的妻子朝某某因“去吃火锅还是去看望女儿”问题而发生争吵,当车辆行驶至某处时,朝某某突然自行打开后车门跳车而不幸坠亡。被告人的辩护人提出,“本案的发生被害人有重大过错……被害人突然跳车后被告人始料不及,并且及时停车急救拨打 120 呼叫救护车为被害人争取宝贵的时间”,<sup>[65]</sup>这其实涉及结果预见可能性和结果回避可能性的说理,只是没有充分展开。法院没有采纳这一见解,判决额某某过失致人死亡罪。然而,判断被告人是否违反注意义务,首先需要论证被告人有采取措施的必要,此时应当以存在(客观的)结果预见可能性为前提。被告人确实能够把车门锁死,但如果没有注意义务的履行必要性,也不能对被告人科以注意义务。在一般人看来,双方争吵的内容并不会导致跳车,也无证据证明被告人对妻子存在威胁、恐吓等加害行为,针对妻子跳车坠亡的结果不存在(客观的)预见可能性。既然一般人都没有结果的预见可能性,就不能苛求行为人采取结果回避措施,也就谈不上未采取措施时违反注意义务。因此,本案可以根据事前的结果回避可能性出罪。

## 六 结 论

关于结果回避可能性的构造,存在行为论、注意义务违反论(或实行行为论)、结果论、条件关系论、结果归责论等多种代表性方案。行为论、结果论、条件关系论的方案因在体系性思考上存在较大疑问,在学界并未引起多大反响,而将结果回避可能性定位于注意义务违反的判断环节或结果归责判断环节的两种对立性方案,则占据了理论界和实务界的主导地位。这些方案的共同特征是,对结果回避可能性的构造持单一定位的立场,但这不仅容易割裂实务裁判,而且会使结果回避可能性的作用范围和解释力受到很大限制,故有必要思考对立方案的统合可能性。“统合论”的难点在于找到合适的统合路径和法理依据。哈特的“初级规则与次级规则结合”的思考方式,可以与刑法中“行为规范与制裁规范的结合”相对应,并进一步体现在事前与事后的结果回避可能性的构造上。事前的结果回避可能性作为注意义务之前提,囊括了注意义务的履行必要性和履行可能性的双重判断。前者的判断逻辑是:没有(客观的)结果预见可能性→不具有采取结果回避措施的必要性→不具有事前的结果回避可能性→不存在注意义务(即不存在注意义务之违反);后者的判断逻辑是:没有注意义务的履行可能性→不具有事前的结果回避可能性→不存在注意义务(即不存在注意义务之违反)。事后的结果回避可能性以“合义务替代行为”作为分析工具,其判断逻辑是:没有注意义务的履行有效性(即缺乏义务违反关联性)→不具有事后的结果回避可能性→法益侵害结果无法归责于注意义务之违反。通过与行为规范、制裁规范相联系,在规范论上能够对结果回避可能性作出新的解读。

[65] 参见内蒙古自治区阿拉善左旗人民法院(2021)内 2921 刑初 167 号刑事判决书。

---

---

## Result Avoidance Possibility in Negligent Crimes - Normative Structure and Practical Application

[ **Abstract** ] Result avoidance possibility is an indispensable element of negligent crimes. With regard to its structure, there are many representative schemes, such as the theory of behavior, the theory of violation of the duty of care ( or the theory of perpetrating act ), the theory of result, the theory of conditional relation, and the theory of result imputation. Although various kinds of schemes fully demonstrate the problem consciousness of the theorists, they have left many questions in systematic thinking unanswered. The single-positioning structure can easily split the practical judgment and greatly limit the scope of application and explanatory power of result avoidance possibility, so it is necessary to consider the possibility of integration of the above opposing schemes. The difficulty of the “integration theory” lies in finding a suitable integration path and a legal basis. The introduction of the perspective of *ex-ante* judgment and *ex-post* judgment can break the existing shackles of oppositional thinking, which is not only a different point of judging time but also the “combination of behavior norms and sanctions norms” thinking behind it. A behavior norm is the expectation of the standard behavior pattern established to prevent specific results. If compliance with the rule exceeds the actor’s range of possibility, the result avoidance cannot be made obligatory. The purpose of sanction norms is to ensure the effectiveness of behavior norms. If the compliance with behavior norms is ineffective in avoiding the result of infringement on legal interests, the effectiveness of behavior norms is out of the question. Reflected in the structure of result avoidance possibility, the *ex-ante* result avoidance possibility should be regarded as the premise of the duty of care that includes the dual judgment of the necessity and possibility of the performance of the duty of care. If it is negated, the behavior norms in negligent crime cannot be established. The judgment logic of the necessity of the performance of the duty of care is no ( objective ) foreseeability of the result  $\rightarrow$  no necessity of taking the result avoidance measures  $\rightarrow$  no *ex-ante* possibility of avoiding the result  $\rightarrow$  no duty of care. The judgment logic of the possibility of the performance of the duty of care is no possibility of performing the duty of care  $\rightarrow$  no *ex-ante* possibility of result avoidance  $\rightarrow$  no duty of care ( namely no violation of the duty of care ). The *ex-post* possibility of result avoidance should be regarded as an issue of result imputation, which is in essence the confirmation of the effectiveness of the performance of the duty of care. If it is negated, the sanction norms in negligence crimes cannot be applied. It takes the “legitimate alternative behavior” as the analytical tool, and its judgment logic is no effectiveness of the performance of duty of care  $\rightarrow$  no *ex-post* possibility of avoiding result  $\rightarrow$  no attribution of the result of legal interest infringement to the breach of duty of care. By clarifying the legal theory behind it, the possibility of result avoidance can be interpreted in a new way in normative theory.

---

---

(责任编辑:王雪梅)