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

周 光 权*

内容提要:行为人违反注意义务的行为,导致了损害的发生,但是,就当时的情况而言,即使其认真履行注意义务,结果也可能难以避免的,能否追究行为人的过失责任,应当区别不同的情况予以处理。在结果假定会发生的场合,根据条件说,而不需要借助于客观归责理论,就能够确定因果关系的存在;过失构成要件中的结果避免可能性是否具备,根据不同的立场,结论会不同;在因果关系能够肯定,结果避免可能性难以确定的情况下,虽然行为违反注意义务,但如果没有明显增加法益危险,应当排除行为人的过失责任,以无罪处理。

关键词:过失犯罪　因果关系　结果避免可能性　危险增加

一、问题的提起

在当前现代化进程不断加快的社会条件下,道路交通事故、空难、煤矿灾难、火灾、井喷、医疗责任事故、环境污染事故以及其他责任事故频繁发生,每年都造成难以估量的人身和财产损失。根据过失犯的基本理论认定责任事故型犯罪,有效遏制各种责任事故,对于保护生命、财产法益,具有重要意义。

在处理过失犯罪过程中,可能会遇到为数不少的此类案件:行为人的确没有履行注意义务,导致了危害结果的发生,但是,就当时的情况看,即使其严格遵守规则,审慎地履行其预见危险发生的注意义务,结果也可能难以避免。即在行为人违反规则时,假定结果会发生的情况。[1] 此时,能否追究行为人的责任,是否可能成立过失犯,就是需要研究的问题。

例 1,医院的外科医生因为擅离岗位,接听长途电话,而推迟将癌症患者送上手术台做手术,丧失了本可以通过手术救助病人的可能性。但是,即使该患者被及时手术仍然可能性命不保,该外科医生的责任如何(以下简称"外科医生案")?例 2,玩了一夜麻将的司机 A 因过于疲劳,驾驶面包车在高速公路上突然停车睡觉,以 130 公里/小时超速行驶的另一大货车司机 B 急忙刹车,仍然发生了相撞事故,并导致 A 及同车的 C、D、E 共四人死亡。但是,假设 B 以低于限速的 100 公里/小时的速度行驶,由于 A 停车过于突然,B 还是有极大可能会撞死 A 等四人。B 是否应当承担交通肇事罪的刑事责任

---

* 清华大学法学院副教授。

〔1〕 结果假定发生,包括两种情况:一是即使履行注意义务,结果也会发生,这是"合义务的择一举动";二是"假定的因果经过",即使行为人不实施某一行为,也会有其他类似行为产生特定后果。虽然这两种情形都属于结果假定发生的情况,但是,"合义务的择一举动"可以作为不可抗力加以研究,但"假定的因果经过"不可能属于不可抗力的情形。本文所讨论的,仅仅是"合义务的择一举动"这类假定结果会发生时的责任归属问题。

(以下简称“超速行驶撞人案”)?

对于行为人严格履行注意义务(预见义务),结果仍然可能难以避免的情况,目前中国刑法学界并没有仔细探讨。实践中,可能会将类似行为一律以过失犯罪处理,对于大量存在的需要将真实的案件与假定的因果过程进行比较的情况,常被司法人员所忽略。理论上可能出现的另一种倾向是对类似行为一律以不可抗力处理,从而得出无罪的结论。但是,这种“一刀切”的方法或许值得商榷,真正的问题可能要复杂一些。

在本文中,笔者将主要讨论以下三个问题:第一,在结果假定可能发生的场合,刑法上的因果关系能否确定?在中国刑法学没有客观归责理论的情况下,根据因果关系理论能否解决结果的客观归属问题?第二,过失责任中具体的结果避免可能性以及过失责任是否存在?其中要重点讨论的是在行为人违反注意义务的情况下,如何具体地确定其结果避免可能性?第三,如果因果关系能够肯定,在结果避免可能性不好确定的情况下,符合哪些条件才能根据不可抗力理论,免除行为人的责任?

二、结果假定发生场合的因果联系

行为人实施了违背注意义务的行为,但是,即使其遵守了规则,也不能避免相同结果的发生,此时,违背注意义务的行为和危害结果之间是否存在因果关系,是一个有争议的问题。

(一)因果关系否定论

有的日本学者认为:即使行为人违反注意义务的行为导致了损害后果,但是,在结果假定可能发生的场合,不能避免相同结果的,应否定因果关系的存在。例如,在例 2“超速行驶撞人案”中,B 在驾驶汽车时,与前面的汽车相撞了,但是,即使其遵守了高速公路的限速规定,与 A 车保持法定的车距,也仍然难以避免发生撞车事故的,就不存在条件关系,因为此时必须考虑“假定的原因”的存在。而一旦考虑假定的原因,就会出现没有 B 的行为,也会有与 A 汽车相撞事故这样的结果,这和条件关系的典型公式“没有某一行为,就不会有相应的危害结果”并不符合,B 的行为对于 A 等四人的死亡,没有支配力,这种场合就没有因果关系。[2] 山口厚教授更是指出:没有甲的行为,结果仍然发生的,当该结果发生的避免可能性欠缺,处罚类似行为,不会收到抑止法益侵害结果发生的效果,就谈不上处罚正当化的问题,条件关系当然就不能确定;此外,条件关系的内容是要发挥限定刑事责任的功能,它是和事实的、自然科学的概念不同的范畴。[3]

日本学者野村稔比照不作为犯的因果关系理论,来否定假定结果会发生场合的因果关系。在他看来,在假定的因果经过中,条件关系存在;而在本文所讨论的“合义务的择一举动”中,条件关系并不存在。例如,假设法律规定汽车超车时,与自行车必须保持 1.5 米的距离,货车驾驶员甲无视这一规定,在 0.75 米的间隔下超车,正好骑自行车的乙倒下被甲的车压死。如果甲按照规定保持 1.5 米的距离乙也会被压死的,由于甲的行为只能在过失的范围内讨论,在过失犯的场合,作为其客观方面的行为应当考虑为不作为,即有义务遵守超车距离的规定,而没有遵守。因此,在此场合,在超越自行车的时候,社会一般观念认为有必要隔开一定距离,以防止接触。所以,没有隔开一定距离的超车行为是应当取缔的行为。在此意义上,本案与不作为的因果关系的场合相同,将被期待的作为纳入假定判断之中是应当被允许的。其结果是,社会一般观念上期待的行为(作为),也就是说,在本案中,作为社会一般观念的内容的,符合作为义务态度的 1.5 米的间隔距离达到的情况下,实施了超车行为,然而仍然不幸地会发生伤亡后果,我们对甲的行为就无法提出期待。那么,在这种情况下,就应当否定因

〔2〕 参见[日]町野朔:《因果关系论》,载中山研一、藤木英雄等编:《现代刑法讲座》(第 1 卷),成文堂 1977 年版,第 328 页。

〔3〕 参见[日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁 2001 年版,第 51 页。

果关系。[4]

在德国的刑法理论中,一般根据客观归责理论来否定结果假定发生场合的因果关系,即根据客观归责理论,在过失犯罪情况下因违反义务所造成的结果,即使不违反义务,而行为同样不可能完全避免出现这种结果的可能性的,并不存在客观归责问题。[5]

客观归责的理论基础是从刑法规范中推导出来的认识:只有当行为危害了被保护的行为客体,且符合构成要件的结果中的危险被实现,由人的行为所造成的结果才可能存在客观归责问题。

客观归责理论试图根据刑法的需要来限制因果关系的存在范围,将刑法中的原因行为归结为对被保护法益"危险的增加",是结果的客观归责的基础;这种风险的增加因一系列导致危害后果发生的事件而具体化,并在结果发生时达到顶峰。

按照客观归责理论,一方面,在其他可选择的行为具有同样的危险时,否定因果关系的存在。例3,医生甲在知道病人乙对奴佛卡因过敏的情况下,为乙注射了可卡因,结果造成了病人的死亡(以下简称"医生注射可卡因案")。如果能够确定注射同样剂量的奴佛卡因病人必死无疑的话,就可以排除医生的行为与病人死亡之间的因果关系。Roxin 曾经讨论了这样一个案例(例4):卡车司机甲未保持安全距离,而超越一辆自行车,车间距离只有75公分。在超车时,原本已经酩酊大醉的骑自行车者乙,因为醉得厉害而瞬间向左闪,以至于跌落于车座后轮底下被车碾过。事后确定,即使司机审慎地履行注意义务,保持安全距离,以乙酩酊大醉的程度,车祸仍然可能发生(以下简称"卡车司机撞死骑车人案")。[6]

另一方面,行为未最终导致不被允许的危险时,因果关系也不能确定。刑法理论要求,行为除制造不被允许的危险之外,还需要该危险被实现;反过来,如果危险虽然实现了,但并非不被允许,那么仍然不可归责。例5,某毛笔制造厂老板,将一些中国山羊毛笔交给女工加工,根据规定,加工这些毛笔必须消毒,但老板没有这么做,四个女工因为感染炭疽杆菌而死亡。事后发现,即使使用所规定的消毒剂消毒,仍然无法杀死在当时欧洲并不曾有过的炭疽杆菌病毒(以下简称"山羊毛笔案")。因为行为人应该履行的义务是无效的义务,因此虽然违反义务而造成了危险,但由于该危险在当时的条件下无法发现,要维持工业社会的发展,就必须允许这样的危险存在,所以该危险谈不上不被允许。当然,如果老板故意使女工受感染而死亡,可能成立故意杀人罪;如仅出于过失,则完全不可进行客观归责。[7]

(二)因果关系肯定论

为数不少的学者认为,行为人即使遵守了规则,也不能避免相同的结果,此时,违背注意义务的行为和危害结果之间是否存在因果关系,应当比照"假定的因果经过"理论来处理,这可以称为"假定因果关系类似说"。[8]

在行为人"故意地"实施危害行为的场合,假设没有类似行为,结果也会发生的,一般作为刑法上的"假定因果关系"问题加以讨论。例如,将一座处于烈火中的建筑物的未烧毁部分纵火予以烧毁,仍然构成故意毁坏财物罪,即使已经燃起的大火在很短的时间内将烧毁一切。又如,精神病医生通过药物杀害了某一名病人,假设医生不杀他,其长期饱受折磨的家属也会实施类似的杀害行为。再如,欺骗被害人,但假设被欺骗者在未获得虚假信息的情况下也会"自愿"将财物交付给诈骗者。对于类似案件,在大陆法系刑法理论中,能否确定行为和后果之间的因果关系,一直是有争议的问题,这就是假

[4] 参见[日]野村稔:《刑法总论》,全理其译,法律出版社2001年版,第140页。

[5] 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第351页。

[6] 参见许玉秀:《客观与主观之间》,作者发行,1997年版,第263页。

[7] 同上书,第260页。

[8] 类似的观点,请参见[日]大冢仁:《刑法概说·总论》(第3版),有斐阁1997年版,第180页。

定的因果关系问题。多数学者认为,条件关系是具体的、特定的联系,没有行为人的特定行为,法律所禁止的结果就不会发生,从这个意义上看,条件关系仍然是存在的。

在笔者看来,就"假定的因果经过"而言,在假定结果可能发生的场合,行为人的危害行为和结果之间的具体因果经过,是可以确定的。不能以假定的因果经过排斥客观归责,行为人不能以有"替代行为人"为由,主张他的行为不可归责。例如,地震中杀人的 A,不能认为如果自己不杀人,被害人也会被其他人所杀或者在灾害中丧生,而否认 A 杀人的行为是制造风险的行为。即使依实际情况而有其他候补的行为人,例如东西也会被其他人偷走或者会被债权人要走,总之被害人的财物是保不住的,也不能排除原行为的构成要件符合性。例如,杀了别人原本要杀的牛,砍了别人原本要砍的树,杀了被判处死刑、即将被交付执行的死刑犯就是如此。对此,耶塞克正确地指出:对这些存在犯罪故意的案件,就存在因果关系而言是不容置疑的,且司法也始终是肯定的。[9] 由于行为人主观上往往有犯罪的直接故意,对行为人的归责并不困难。

对于解决过失时假定情形下的因果关系问题,学者们曾经提出各种见解:有的学者强调,需要考虑是否在没有相关行为的情况下仍然可能出现法律上等价的结果;有的更注重分析具体的因果关系的结构。大陆法系理论通说一般认为应当肯定条件关系。就例 1"外科医生案"而言,从死亡后果出发,因果关系只能回溯到外科医生当时的违反注意义务行为,而和外科医生符合注意义务的行为之间,只存在假想的联系。在例 2"超速行驶撞人案"中,B 即使遵守了法定的车距和车速,也仍然难以避免发生撞车事故。既然是 B 撞了人,没有他的行为,就不会有撞车事故,行为和后果之间就存在条件关系。能够适用条件关系公式的,仅限于现实发生的具体结果和导致该结果发生的个别行为之间的关系。[10]

这种观点乍看是没有问题的。不过,实际上,由于在认定因果关系时总是从事实上已经发生的案件的因果过程的具体形态和方式出发,所以,在行为人违反注意义务,结果假定可能发生的场合,实际上发生的和想象的因果过程完全相同的情况下,人们也只是循环论证:行为之所以被视为有因果关系,因为正是这个行为是发生结果的根据。

按照耶塞克等学者的思路,解决假定的因果关系问题的正确做法是,不要问根据当时的情况即使没有因果关系的行为是否也会发生那种结果,因为对一行为的条件质量(Bedingungsqualitaet)而言仅仅取决于,根据我们的经验知识,依据因果法则(Kausalgesetz),行为是否确实导致了结果的发生。因此,根据符合法则的联系来研究具体案件是必要的,其方法是,探讨是否就是这样一种行为,如同它在具体的案件中所表现的那样,根据我们的经验,引起了这样的结果出现。对条件理论意义上的因果关系而言仅仅取决于,在紧接着行为之后是否产生对外界的改变,且这种改变根据我们知晓的自然法则与行为是存在必然联系的,并作为符合构成要件的结果。此时,条件关系的公式对判断假定的因果关系没有任何益处,有益处的只是专家们的内行判断。[11] 但是,由于不同的内行专家对同一事态会有不同看法,按照耶塞克的观点,可能会导致因果关系成为不可确定的问题,因果关系的客观性就可能丧失。

(三)本文的主张

笔者认为,在行为人违反注意义务导致损害时,如果履行注意义务的行为仍然可能导致危害后果的,特定的、具体的因果关系仍然应予肯定。

解决假定条件下的因果关系确定问题,考虑条件说就基本可行,不需要借助于客观归责理论。

有的时候,根据客观归责理论讨论假定情况下的因果关系,可能得出不正确的结论:(1)按照客观

---

[9] 参见前引[5],汉斯·海因里希·耶塞克等书,第 343 页。

[10] [日]平野龙一:《刑法总论Ⅰ》,有斐阁 1972 年版,第 135 页。

[11] 前引[5],汉斯·海因里希·耶塞克等书,第 345 页。

归责理论,在其他可选择的行为具有同样的危险时,否定因果关系的存在,前述的例 3“医生注射可卡因案”就是如此。我国学者李海东也持这种观点,他主张:“在过失的情况下,当行为人违反规则的行为导致了一个结果的发生,但可以证明,这一结果即使行为人没有违反规则也肯定会发生时,客观可归咎性应当予以否定。如在一个三十公里时速区内以四十公里时速驾车的司机将一个突然奔上公路中的人压死。在这种情况下,即使当时时速为二十公里,同样会导致那人的死亡。因此,这一结果的发生不应归咎于这一超速的驾车行为”。[12] 然而,正如有的学者指出的,在这种情况下,根本就不应该排除医生行为与病人死亡结果之间、驾车人超速行驶和行人死亡之间的因果关系,只是在证明医生、司机无罪过的情况下,可以排除他们的刑事责任。[13] (2)还有学者指出,在结果假定发生的场合,应当肯定过失行为和危害结果之间的因果关系。不过,在特殊情况下,也有排除因果关系的可能。行为人虽然违反了注意义务,导致了损害后果,但如果因果流程中的条件并未被“取代”,而仅仅被“修正”,则该修正行为不能被当作制造危险的行为。持这种观点的学者还举例说(例 7),在一段因山崩而遭岩石堵塞的双轨道上,甲开动电动火车,因刹车不及撞上岩石而死亡,甲撞上岩石的地点是在右车道,甲之所以行驶在右车道上,是因乙违反铁路运营安全规程,调整铁道道岔,从左边调整到右边,但左右的道路都被堵塞(以下简称“铁路职工错误扳道案”)。在这个例子中,乙的行为可能使甲死亡的地点有所改变,但是,并没有因此使甲撞上岩石的机会增加,如果乙不违反注意义务,错误调整车道,并不能因此排除甲撞上岩石的危险,所以乙的行为没有使得甲的状况变得更坏,因而对其不能进行客观归责。[14] 但是,笔者认为,这种观点并不正确,行为人违反注意义务并导致损害后果时,虽然因果流程中的条件并未被取代,但确实被修正了,没有该行为,结果就不会发生,修正条件的行为应当被视作具体的实行行为,至于行为人是否要被追究过失责任,则是另外要讨论的问题。

对于日本学者野村稔所提出的将“合义务的择一举动”下的因果关系问题比照不作为进行处理的主张,我认为并没有多少合理性。不作为的因果关系是不实施某种作为和危害结果之间的联系,在此,需要加入假定判断,即“如果实施一定被期待的作为的话,就不会发生该结果”。但是,在“合义务的择一举动”的场合,在能够确定现实的因果关系的场合,没有必要加入假定判断,然后对现实的因果关系进行否定。在前面举到的例子中,行为人违反注意义务的行为现实地导致了损害后果,此时,按照条件说的通行公式进行判断即已为足,没有必要将“如果履行注意义务将会如何的假定”加入因果关系的判断中。

在假定履行注意义务结果也会发生的“合义务的择一举动”中,应当一律肯定条件关系的存在。

三、结果避免可能性与过失犯的成立

一般而言,行为人负有预见结果发生和避免结果发生的注意义务,并且有条件、有能力预见、避免结果的发生,而没有预见和避免,造成损害后果的,就应当成立过失犯罪。

但是,在行为人履行注意义务结果仍然发生的场合,行为人可能难以避免结果的发生,一般就不能要求行为人承担对于该结果的过失责任。比较成问题的是:在实践中,这一理论上的假设并不总是能够贯彻到底。因为如果行为人遵守了注意义务会不会同样导致结果的发生,有时候不能根据假设做出绝对的回答。在这种情况下,要判断过失是否存在,有不同的解决方案。较为缓和的立场主张:只要存在疑虑,就应该做出有利于被告的判断,认定其无罪;反对的意见则认为,只要遵守注意义务有避免结果发生的可能,而非结果绝对不能避免,就可以认定行为与结果之间的因果联系,确定行为人

[12] 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社 1998 年版,第 57 页。

[13] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社 1998 年版,第 132 页。

[14] 前引[6],许玉秀书,第 257 页。

的过失责任,做出有罪判决。以下对这两种立场略加分析。

(一)较为缓和的立场

根据较为缓和的立场,在结果假定会发生的场合,容易得出过失责任不存在的结论。这是德国刑法理论与判例中占通说地位的观点。

因果关系概念的任务,只是表明在进行法律评价时可能予以考虑的所有事实。而能否实现违法和责任的归属,需要在更大的可能性范围内来确定。

在过失导致结果的场合,对行为人并不愿意看到的结果的责任归属,被作为对结果和因果过程的客观可预见性来看待,而且责任往往被否定。

过失犯的成立,要求有危害后果发生。对过失犯的客观归责,首先要考虑根据条件说的一般原理所确定的因果关系。但是,对于责任归属的可能性而言,预先确定没有行为人的行为,结果便可能不会发生还是不够的。如果发生结果的特殊前提条件,恰恰存在于行为人行为的违法注意义务方面,这种结果才能从客观上归属于行为人。因为过失行为人的不法,只存在于违反注意义务之中。

违反注意义务的行为人虽然因其行为引起了该当构成要件的结果,但是,如果该结果即使在不违反注意义务的情况下行动时,也同样可能发生,应当否定违法性联系,这就应当定性为"合法的择一举动"。例如,对于例 1"外科医生案",如果该患者被及时手术,其性命仍然"可能"(而非必然)不保,就可以排除医生的过失责任。又如,例 3"医生注射可卡因案",如果他注射的真是奴佛卡因,病人同样"可能"死亡。这些即使行为人遵守了规则,也极有可能会造成危害结果的情况,就可以免除过失责任。

因此,较为缓和的立场认为:如果不能够解释,在不违反义务情况下行为,结果是否肯定地被避免,那么,对这些案例的解决仍然存有疑虑。根据得到判例认可的通说:如果不能肯定在不违反注意义务情况下结果将会被避免,必须根据"存疑时有利于被告"的原则,宣判其无罪。因为在遵守注意义务,结果可能发生,也可能不发生的情况下,对行为人违反注意义务所实施的行为的定性,就存在选择,在这种选择中,犯罪行为不容易被证实,此时就保护被告人而言,维持诉讼领域的法安全是至关重要的。

此外,对于前述的例 4"卡车司机撞死骑车人案",过失否定论者根据较为缓和的立场提出了两种主张:一种认为,只有在确定履行了注意义务,结果即不发生时,才可以将结果归责于违反义务的行为。由于这一点往往难以确定,对被告人应当无罪释放,这是实务上的见解。另外有人认为,因为在结果假定可能发生的场合,行为人是否制造了不被允许的危险,并不明确,因此应依无罪推定原则释放行为人。

(二)严格的立场

根据严格的刑法立场,在结果假定会发生的场合,除非极其特殊的情况,一般不会得出过失责任不存在的结论。这是意大利刑法学的立场。

过失犯的成立,要求具备三个基本的要素:一是违反客观的注意义务,即要求行为人遵守规则、保持谨慎和自重;二是在遵守规则的情况下,危害结果具有避免可能性;三是行为人本人的能力决定其能够履行注意义务,具有遵守规则的期待可能性。

在这里值得特别讨论的是第二个问题:是否存在结果避免的可能性,即如果遵守规则,危害结果是否就能够被避免?每一个预防性规则实际上都是一种手段性的命令,其目的在于通过规定特定的措施防止发生某种结果,因此,只有发生的结果属于规则试图防止的结果时,才可能对主体进行谴责。

不过,有时会出现这样的情况:违反规则所引起的损害后果,即使遵守规则的合法行为也"绝对地"、"必然地"不能避免,而非"可能"不会避免。例 6,长期以来病人 A 都在一个药房的药剂师 B 那里按处方拿某种有毒的药品进行治疗,并且 A 肯定有该药的处方,因为并不存在中断治疗的明显理由,药剂师 B 就在没有看病人处方的情况下给了病人 A 一些那种有毒的药品,结果病人 A 因该毒性发作

而死(以下简称“药剂师案”)。由于具体的结果避免可能性绝对地不存在,即使药剂师看了处方,结果也肯定会发生,其行为并不符合过失的全部成立条件,应当做无罪处理。

在上述情况下,尽管结果的发生的确属于预防性规则意欲防止的“危险的具体化”,但由于遵守规则结果同样不可避免,防止该结果实际上不是预防性规则的目的。当然,在这种情况下,必须将因不遵守规则的行为而引起的实际后果,与遵守规则也会发生的推定的结果进行认真比较。只有遵守规则“肯定”,而不是“可能”也会发生同样的结果,才可以排除行为人主观上的过失。[15] 例如,在例 1“外科医生案”中,由于患者被及时手术,只是性命可能不保,而非绝对会死。外科医生及时履行注意义务就有可能防止死亡后果的发生,其没有履行注意义务避免死亡后果的行为,就应当承担过失责任。在例 2“超速行驶撞人案”中,B 低于限速行驶,由于 A 停车过于突然,B 还是肯定会撞死 A 等四人,死亡结果绝对会发生,对 B 就应当排除交通肇事罪的刑事责任。

(三)折中说

根据折中说,过失犯是否成立,取决于过失行为的构成要件是否齐备;而对于结果的避免可能性是否存在是过失犯构成中的基本内容。遵守注意义务结果仍然不能避免的,是否就属于不具有结果避免可能性,是否能够一律排除过失责任,必须要考虑行为是否使被保护法益的危险升高这一问题。

危险增加理论认为:如果遵守规范的命令而结果仍然发生,虽然行为人违反规则的行为实现了危险,立法者可能因为这种危险是他所允许的,而不予归责,过失责任就无从谈起。但如果行为人已经逾越了被允许的危险,他不但制造了危险,也实现了被禁止的危险,则因为行为人的行为增加了危险,仍然可以被归责。在具体的案件中,如果行为已经逾越了法律所能够容忍的危险限度而增加了危险,就属于制造了被禁止的危险,甚至实现了危险,因此必须予以归责。

例如,牙医甲为乙女拔牙并全身麻醉,乙女死于心脏衰竭。乙女事先曾告知甲其有心脏病,但牙医未依规定找麻醉师而自己擅自进行麻醉。事后确定,乙的心脏病即便麻醉师也无法检验出来,而乙女只可能因麻醉手术而延长死亡时间。在本案中,牙医未曾会同麻醉师即已经增加不被允许的危险。此外,医生未依照一般行政规章而采用非正统的医疗方法,导致病人死亡的,如果事后证实,依照一般行政法规的规定采取治疗方法,危险就可以防止的,自然应以医生的行为违背归责增加危险加以归责。

根据我国学者李海东的观点,在结果假定会发生的场合,过失犯只有在根据以下标准判断危险得到增加时才能成立:第一,可以证明该违反注意义务的行为会导致对行为对象比正常危险更高的危险;第二,这一行为义务旨在防止危害结果的发生;第三,这一注意义务设立本身旨在即使危险的实现不能百分之百地加以肯定也应加以遵守。[16] 但是,这种观点并未提供明确的判断标准,其可能导致在结果假定发生的情况下,违反注意义务的行为,都使得危险增加,从而一律成立过失犯罪的结论。

在这方面,耶塞克的主张可能更具有建设性: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是不能肯定的,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能否导致危险显著增加仍有疑问的,才可以适用“无罪推定”的原则,这是危险增加理论的要求。成为构成要件该当结果原因的危险增加行为,即使尽了注意义务结果仍然不能被排除的,也必须予以处罚。[17]

笔者认为,根据违反注意义务的行为是否进一步增加危险,来判断结果能否避免,确定过失的构成要件是否具备,原则上是正确的做法。但是,上述关于危险增加的各种说法,都还有进一步明确的

[15] 前引[13],杜里奥·帕多瓦尼书,第 221 页。

[16] 前引[12],李海东书,第 149 页。

[17] 前引[5],汉斯·海因里希·耶塞克等书,第 703 页。

必要,后文将对此详加分析。

(四)本文的主张:具体判断危险是否明显增加

在笔者看来,在行为人违反注意义务,但假定结果会发生的场合,能否对行为人追究过失责任,必须考虑行为人的行为是否可能实质地、明显地导致法益危险增加。如果存在导致明显的"危险增加"的可能性,应当认定过失犯罪的存在;如果危险是否实质地、明显地被增加无法确定,应当根据刑法第 16 条的规定,认定行为在客观上虽然造成了损害结果,但不是出于过失,而是由于不可抗拒的原因所引起的,不是犯罪。

虽然笔者的观点和前面的折中说很接近,但笔者试图对危险增加理论的判断规则进一步明确化。危险增加理论,是指危险只有递增到一定量的时候,国家刑罚权的介入才是正当与必要的;危险递增判断的一般基础是,行为可能导致的危险度越大,规范处罚所欲要求的危险实现的现实性就越小。[18] 就笔者所讨论的话题而言,违反注意义务的行为所导致的后果,即便履行注意义务也可能会发生的,如果行为明显增加了法益的危险,值得以过失犯处罚的理由就更为充分。

究竟如何判断行为是否明显增加了危险,是一个值得特别讨论的问题。笔者认为,同时强调以下几点是比较重要的:(1)违反注意义务的行为能够比较容易地得到证实,而且已经对行为对象带来了较之通常的危险明显要高的危险。这样,例 3"医生注射可卡因案"、例 5"山羊毛笔案"、例 6"药剂师案",都由于行为并未给对象带来比通常的,即履行注意义务行为所可能导致的危险更高的危险,从而否定过失犯的成立。(2)对危险是否明显增加,应进行事后判断。以例 2"超速行驶撞人案"为例,根据事后的鉴定报告分析,由于 A 停车过于突然,B 即使彻底履行注意义务,结果也极有可能会发生的,就不能追究 B 的过失责任。又以例 4"卡车司机撞死骑车人案"为例,事后针对自行车驾驶者醉酒的情况,两车之间确实的距离,卡车的行车速度等资料,评估如果行为保持在被容忍的危险限度内,是否被害人的危险会降低,亦即被害人活命的机会是否会增加。如果根据事前已存在的规则和事后所获知的证据材料判断,降低结果危险的禁止规定应该是在很大程度上有用的,则行为人就应该被归责;反之,如果证明禁止规定在具体情况下是基本上无用的,或应该是无用的,则行为人不可归责。而在这种规范论的观察方法之下,自然科学的、统计学的比较结论也可以作为参考。这很接近于刑法学传统上的"新过失论"的立场,也是一种基于社会相当性上的考虑。[19] (3)遵守注意义务所要保全的法益重大,相关规则对于保护法益显得特别重要。例如,对于虽无证驾驶,但履行注意义务的情况,因为有驾驶证并不能保证不出交通事故,所以规定有照驾驶的目的,不在于强制驾驶人遵守交通规则驾车,避免造成死伤后果,而是为了行政管理上的便利,因此虽然无证驾驶,但危险只是稍微有些增加。所以,不能在假定结果会发生,但仅仅因为行为人无证驾驶,就认为法益危险显著增加,就进行主观的归责。在例 7"铁路职工错误扳道案"中,在当时情况下,无论是否错误扳道,被害人死亡都绝对难以避免,禁止扳道的规则对于保护法益而言,既不充分,也不重要,法益危险不会因铁路工人的错误行为而明显增加,对铁路工人就不能以过失犯论处。(4)对于违反注意义务的行为,对特别危险有特别注意义务的业务上之人在任何时候都明显地、谨慎地尽量避免实施。(5)在违反注意义务的当时,被害人是否存在明显过错,使得即便是遵守注意义务的人要避免这种危险也显著困难。例如,甲超速行驶,撞死了乙,但事后查明,乙近期一直与其丈夫闹离婚,于情绪非常激动之时,在公路上飞奔,即使甲保持谨慎,在限速内行驶,死亡结果也无法避免。对于被害人过错程度与危险增加理论的关系,Krümpelmann 提出了补充判断规则。对于可能有合法的替代行为时的假设情况,需要视"行为人对于具体实现的危险是否必须负责"来加以判断,亦即依"行为人的义务和被害人保护请求权之间的规范关系"来决定。此时,不需要做"行为人如果履行义务就会如何"的假设判断,而是以一个正常情况

[18] 前引[12],李海东书,第 138 页。

[19] 陈兴良主编:《刑法学》,复旦大学出版社 2003 年版,第 150 页。

下的被害人所能要求的程度来判断。例如,如果一个没有喝醉的被害人当卡车司机过近超车时,通常会向右闪,而不致被撞倒,也就是说如果在正常情况下,是否保持安全距离并不重要时,则例4“卡车司机撞死骑车人案”中的卡车司机不可以过失犯进行归责。[20] 对这一问题,耶塞克更是一针见血地指出:某人对结果的发生不负责任,尽管其与结果之间存在因果关系。“这种结论是基于这样一种评价性决定,例如相对于被害人的自我损害而言,它将行为人对因果关系的帮助退到了次要的地位”。[21] (6)最后,结果的发生,即使在履行结果预见义务的情况下也肯定地、绝对地、必然地不能避免时,违反注意义务所导致的后果,当然不能认为是明显增加了法益危险,此时必须排除过失责任,肯定不可抗力的存在,不能追究行为人的刑事责任;如果不能够确定,在不违反义务情况下行动,结果是否能够肯定地被预见和避免,行为人又存在前述的使法益危险增加的情形,那么,原则上,对违反注意义务的行为人应当以过失犯论处,即必须综合考虑行为人违反注意义务,造成损害后果,以及假设其遵守注意义务,结果就很可能避免的一系列情况。而不能轻易照搬德国刑法学理论,认定为证明上有困难的情况,根据“存疑时有利于被告”的原则做无罪处理。因此,就过失责任的排除而言,笔者更愿意坚持意大利刑法学意义上的严格立场。

因此,本文的最终结论是:在行为人没有履行注意义务,发生了损害,但即使其履行注意义务结果也假定可能发生的场合,应当根据行为是否实质地增加了法益危险,来确定是按照过失犯处理,还是根据不可抗力认定为无罪。对类似行为,简单地一律认定为过失犯罪,或者一律作为无罪处理,都是不太妥当的。

Abstract: Chances were that the consequence still occurs even if one performed his duties well under certain circumstances. Therefore, it is fair to distinguish the different cases to determine whether to investigate his fault liability. According to different position, there are different answers to whether there is possibility to avoid the consequence. Under the circumstance that the causation exists but the possibility to avoid the consequence is uncertain, the one, who breached the duty of care but did not obviously increase the danger of the legal interest, should be exempted from fault liability and pronounced innocent.

Key words: negligent crime, causation, the possibility to avoid the consequence, increase the danger

[20] 转引自前引[6],许玉秀书,第266页。但是,过于考虑被害人是否存在过错的不合理之处也是比较明显的:它将被害人因行为人保持安全距离而可能活命的机率,只当作一种反射的作用,而不是当作规定安全距离的目的。因为一个完全没有瑕疵的“理想的驾驶者”并不存在,因此,一定的安全距离对所有的自行车骑车人而言,不管他是否喝酒,是否有病,年纪多大,或者是否稳重,都是最低的保障,那么,即便是醉酒的骑车人也应该受安全距离的保障。违背安全距离规定的汽车驾驶者往往容易被归责。

[21] 前引[5],汉斯·海因里希耶塞克等书,第338页。