

# 假定因果关系、结果 避免可能性与客观归责

车 浩\*

---

**内容提要：**假定因果关系与结果避免可能性是客观归责领域里两个不同性质的问题，前者不影响归责；后者是否影响归责，要根据“合义务替代行为”的思考方法来确定。只有在遵守义务能避免结果时，才能归责给违反义务的行为人；当遵守义务也不能避免结果时，义务违反与结果之间欠缺内在关联，应排除归责；当结果避免的可能性不确定时，应根据罪疑唯轻原则对行为人做有利认定，视为义务违反关联性欠缺，从而排除归责。客观归责理论的方法论意义，不是条件说或相当因果关系说能够代替的。

**关键词：**假定因果关系 结果避免可能性 合义务替代行为 罪疑唯轻 客观归责

---

## 一、问题的提出

如果没有行为人，结果仍然会由其他人或事件引发时，能否将结果归责给行为人？或者，即使行为人已经履行了注意义务，行为仍然会不可避免地或很有可能引起结果发生时，能否将结果归责给行为人？在刑法理论上，前一个问题被称作“假定因果关系”；后一个问题被称作“结果避免可能性”。二者皆属于因果关系与客观归责的范围，其中，结果避免可能性是过失犯归责的核心问题。以往我国学界对这两个问题并未给予足够重视，近年来，随着客观归责理论的兴起，以及刑法学理论研究精细化的趋势，上述问题开始逐步进入国内学者的视野。<sup>〔1〕</sup>

但是，迄今为止，这两个问题的一些关键部分仍然未得到展开，一些重要疑点仍然未得到澄清，一些重大争议仍然未得到充分的辩论。例如，假定因果关系是否影响归责？尽管学界多数意见持否定态度，但是由于在理由上缺乏系统的说明，因此，始终存在着强大的相反意见。又如，假定因果关系与结果避免可能性的区别究竟在哪里？即使在已有多年积累的国外刑法学界，将二者混淆论述的情形也所在多见。再如，若遵守义务时结果也可能发生，是否还能对违反义务的行为人归责，是过失犯理论的核心问题之一。究竟应该根据罪疑唯轻原则去否定义务违反的关联性，从而排除归责，还是只要行为人提高了结果发生的风险，就应该对其归责？对于如此重要的问题，目前国内学界只能偶尔见到观点的表态，鲜见深入的分析，更缺乏有针对性的辩论。目前

---

\* 清华大学法学院博士后研究人员。

〔1〕 周光权教授于《法学研究》2005年第2期上发表的《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》一文（以下简称《结果》），是国内学界第一次以主题论文的方式讨论相关问题。

国内学界对客观归责理论仍抱有犹豫甚至怀疑的态度,一些学者认为条件说或相当因果关系说已经足以解决问题,无需再引入客观归责理论。由于在宏观上对客观归责理论的方法论意义缺乏正确评价,也必然影响到对结果避免可能性等具体问题的理解。笔者希望在国内已有研究的基础上,对相关问题进一步地讨论,以澄清疑点,明确分歧,促进学界的深度辩论。

## 二、假定因果关系不影响归责

所谓“假定因果关系”,是指当没有行为人,结果也仍然会由其他人或事件引发时,其他人的行为或事件与结果之间的因果关系。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后坠毁,乘客无一生还。在这个案件中,B将因空难而死就是一个假定的因果关系。

刑法理论上的多数意见认为,假定因果关系不影响归责。<sup>[2]</sup>但是,不影响归责的理由,以及假定因果关系的涉及范围,并没有得到系统的说明。仅仅强调说,“追加一些后面的原因,认为它们也有可能导致结果的出现,从而以此来略过行为人的行为是不允许的……一个事实上的发生过程,并不因为有其他一个有可能代替它的,但并未代替它的发生过程的存在,而消失自己的存在和作用”,<sup>[3]</sup>这难以避免进一步的追问,为什么对于一个必将出现的结果,仍然一定要在特定的时间和地点追究特定方式的责任?这导致未被说服的少数学者,仍坚持假定因果关系影响归责的观点。<sup>[4]</sup>因此,有必要对假定因果关系不影响归责的理由及其范围展开进一步的讨论。

### (一) 假定因果关系不影响归责的理由

1. 刑法需要处理也有能力处理的,只能是合法或不法,而不是幸运或不幸。

对假定因果关系不影响归责的非难,往往着眼于被害人的“命运”:既然B反正也是要死于空难,又何必将难以避免、命中注定的“死亡”归责于A?退一步讲,如果A仅仅是将B打成重伤后送往医院,反而使B避开了之后的空难,按照假定因果关系不影响归责的观点,同样也不会免除A故意伤害的责任;可是,从整体和长期的效果看,由于B的受伤而实际上逃过了一死,A的行为相当于救了B一命。既然受伤总强过丧生,为什么依然要固执地追究A的责任?为什么不能从“对B整体上有利”的角度免除A的责任?

对这个问题的回答是,被害人“命运”的幸与不幸,既与行为人无关,也与刑法无关。一方面,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,或者反而从整体效果上给被害人带来了“幸运”,都超出了刑法关心的范围。否则,惩罚的来临就与被害人的整体运势连在一起,像摇奖一样充满了偶然性。如施特拉腾韦特(Stratzenwerth)所言,“这将给行为人以飞鸟的自由”。<sup>[5]</sup>另一方面,司法者的使命,并不是在个案中衡量,与被害人将要遭受的厄运相比,行为人的行为是否加重了其损害程度,而是通过个案维护一般性规范,惩罚破坏规范的行为人。因此,即使B终将会遭遇空难,保护B的身体和生命不受他

[2] 参见陈兴良:《规范刑法学》,中国人民大学出版社2007年版,第135页;张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第165页;周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第144页;这也是德国、日本、韩国和我国台湾刑法学界的通说。Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2003, Rn. 166ff; [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第166页;[韩]李在祥:《韩国刑法总论》, [韩]韩相敦译,中国人民大学出版社2005年版,第128页。

[3] 同上引 Wessels 等书, 边码 161。

[4] [日]町野朔:《因果关系论》,载中山研一等编:《现代刑法讲座》第1卷,成文堂1977年版,第328页。

[5] [德]施特拉腾韦特:《刑法总论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第104页。

人侵犯仍然是有意义的。这里的关键在于，不能因为某种法益终将受损而难以挽救，就放弃对其保护，任其成为犯罪的牺牲品。〔6〕

2. 归责的判断对象，是行为与特定的不法构成要件结果之间的关系，而不是行为与某个抽象性结果之间的关系。

相反的观点认为，根据条件说可以依据假定因果关系排除归责。例如，A在死刑执行前推开执行人员，自己抢先按动电椅按钮杀死了死刑犯B。对这个案例，日本有学者认为，应该否定行为与结果之间的因果关系。因为“不存在没有前者就没有后者的条件关系，换言之，即使没有A的行为也将发生B的死亡结果，故A的行为与B的死亡之间没有条件关系。”〔7〕

但是，这种观点忽略了对归责有意义的“结果”不是一个泛泛的、抽象意义上的结果，而是具体和特定的不法构成要件的结果。在假定因果关系的场合，用来与实际发生的结果做比较的往往是另一个在具体特征和性质上截然不同的结果。例如，遭遇空难而死，在死亡的具体特征上，如死亡的时间、方式和原因等，完全不同于“被他人枪杀而死”，二者之间的共同点，仅仅在于一个抽象的“死亡”结果。再如，被死刑执行人员杀死的性质，是通过国家公权力的审判，经由正当程序，由法律所赋予职责的执行人员代表国家剥夺其生命，而被非执行人员的A杀死，则是一种根本不具有正当化事由的私刑。两种死亡的法律意义截然不同，只是在抽象的“死亡”上具有共性。抽象性结果在刑法上并无意义，是因为刑法规范的任务是在不法构成要件的范围之内保护被害人的特定法益，因此，刑法上的归责只能针对具体的不法构成要件的结果。

如果允许以“B终究要在空难或死刑执行中死亡”的理由辩护，就必然会难以设限地延长到以“从长远看，谁都难免一死”（凯恩斯）的理由辩护；如果站在不法构成要件之外，以其他结果来考察行为人的责任，那就消解了设置构成要件的意义；如果肯定“抽象性结果”的重要性，那实际上是在说，对于整个社会而言，终归是有一个死亡结果，死于谁手和如何死并不重要，可是这样一来，刑法的归责判断就脱逸出专业的范围，进入到没有限制的利益权衡中，最终变成一种在结果的天平上计算利弊得失的经济学手段，放弃了维护正义的本职。

## （二）假定因果关系的范围

1. 基于责任主义原则，其他可能具有替代性的犯罪行为也属于假定因果关系，不影响对行为人的归责。

按照现代刑法理论，即使多人共同实施犯罪，也不能以“法不责众”为由辩解，何况，在其他他人仅仅是打算代替行为人实施犯罪行为的场合，若因此认定行为人无罪，那是“一个明显荒谬的结论”。〔8〕责任主义要求，刑法只能去关注具体地引起结果的行为人，而不是关注在他不去实施该行为时，仍然会去代替性犯罪的其他人。责任主义意味着，在非共同犯罪的场合，每个人只能对自己的行为负责，既不能为他人的行为负责，也不能要求他人为自己的行为负责；在共同犯罪的场合，也须区分正犯与共犯，或主犯与从犯，每个人只能为自己的行为承担对应程度的惩罚。

例如，A不能辩解说，如果自己不去杀B，B也会被另外的仇家C杀死；A也不能辩解说，自己与C共同约定杀死B，如果自己不动手，本来只负责提供工具的帮助犯C也会成为直接下手的实行犯。在著名的“东方快车谋杀案”中，12名凶手先后对被害人下手。如果认为假定的因果关系阻却归责，从而允许人们辩解说“反正A不下手，B也会下手；B不下手，C也会下手；C不下手，D也会下手……”，最后必然又绕回到“……不下手，A也会下手”，这就形成了一个

〔6〕 Frisch, Tatbestandsmaessiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 566.

〔7〕 转引自前引〔2〕，张明楷书，第169页。

〔8〕 Roxin, Strafrecht AT, 2006, § 11, Rn. 59.

对谁也无法归责的循环论证。这显然是荒谬的。因为关键的问题是，“不能由于另一个人已经准备好违反法律，就撤销法律制度（对这一个人）的禁令”。〔9〕基于同样的道理，德国联邦法院做出这样的判决：A参与制定作为被害对象的精神病患者的名单，构成杀人罪的帮助犯，虽然说A不制定该名单的话，仍然会有其他医师制定，但这也不影响对A的归责。〔10〕

2. 基于特定的权限，由他人实施合法行为所导致的结果也属于假定因果关系，不影响对行为人的归责。

这里经常被举到的例子，是上文提到的A抢在死刑执行人员之前按动电椅按钮杀死B，也要追究A故意杀人罪的责任。此外，即使财物所有人本来也打算要砸坏汽车，砍伐树木，烧毁房屋，但是，在没有得到所有人同意的情况下实施的毁坏财物的行为，仍应以故意毁坏财物罪论处，〔11〕因为行为人已经破坏和干扰了他人财产处分的权限。“当立法者仅仅授权特定的个人或者职务人员去实施一种构成要件行为时，同时也就是在划定界限，其他人必须完全遵守这个禁令。如果违背法定的权限……就会形成一种令人不堪忍受的情况。”〔12〕

3. 与行为先后或同时发生的自然事件，也属于假定因果关系，不影响对行为人的归责。

这里经常被举到的例子，是上文提到的即使随后发生了空难，也要追究A在机场杀B的责任。再如，B驾驶的火车因山体塌方而即将撞毁，B必死无疑，杀手A在火车撞毁的一瞬间射杀了B。对这个案例，一些学者认为，应该排除对A的归责，因为A并没有使被害人B的状况变得更糟糕。〔13〕但是，这样的理由并不正确。因为还有一个更重要的原则和B的状况一样，也不会因为存在自然事件而发生改变，那就是法律不允许杀人的禁令。除非有正当化的根据（如正当防卫或执行死刑）或者被害人的同意（按照有些国家刑法典规定，此时构成得同意杀人罪而非杀人罪），否则，任何情形下的杀人都不能逃脱杀人罪的刑事处罚，即使被害人已经奄奄一息。正如罗克辛所说，“当把垂危之人在他临死前的那一刻杀死而有可能不被惩罚时，不得杀人的禁忌就在并非万不得已的情况下被违反了，而这是法秩序难以接受的。”〔14〕同样的道理，A将一座处于大火中的建筑物的尚未烧毁的部分，纵火予以烧毁，虽然没有A的行为，大火也将烧毁一切，但是德国帝国法院仍然认为A构成毁坏财物罪。〔15〕

### 三、结果避免可能性与假定因果关系的区别

按照结果可避免性的程度高低，分为两种情形：结果不可避免与结果可能避免。所谓结果不可避免，是指即使遵守注意义务，结果仍然无法回避，此时，结果的发生几乎是确定无疑的。既然无论行为人遵守义务还是违反义务结果都会发生，说明义务违反与结果发生之间欠缺关联性，要求行为人遵守义务的规范目的就会落空，因此排除对行为人的归责。这是理论上普遍承认的通说。所谓结果可能避免，是指即使遵守注意义务，结果仍然很有可能发生，但也有可能避免，结

〔9〕 Samson, *Hypothetische Kausalverlauef im Strafrecht*, 1972, S. 137.

〔10〕 BGHSt, 1, 321.

〔11〕 当然，这里又涉及到被害人同意的意思表示问题，同意究竟是存在内心即可，还是需要向外显示出来，这影响到同意是否成立，行为人能否以同意作为出罪理由。目前刑法理论的通说是支持后者，也就是所谓的使人知悉理论（*vermittelnde Theorie*）。Vgl. Baumann/weber/Mitsch, *Strafrecht*, 2003, § 17, Rn. 104. 按照这种观点，即使被害人内心同意他人去毁坏自己的财物，在没有表示出来的场合，行为人仍然要被追究责任。

〔12〕 前引〔8〕，Roxin书，边码59。

〔13〕 参见前引〔9〕，Samson书，第110页以下。

〔14〕 前引〔8〕，Roxin书，边码62。

〔15〕 RGSt, 22, 325.

果最后是否会出现，始终是无法确定的。此时能否对行为人归责，尚存在重大争议。

结果避免可能性与假定因果关系本来是两个问题。但是，二者在某些场合有些形似。一方面，就结果必然出现这一点而言，假定因果关系与结果不可避免的情形颇有相似之处；另一方面，在认定结果避免可能性的时候，要运用一种“合义务替代行为”的思考方法：假定行为人遵守义务时，结果是否会出现？这种合义务替代行为的思考方法，在外形上也很类似于一种假定的因果关系。因此，在文献讨论中，经常出现将二者混淆的场景。

### （一）区别

案例 1：B 想逃往国外，A 追至机场将其枪杀；而 B 本来要乘坐的飞机起飞后遭遇空难，乘客无一生还。（假定的因果关系）

案例 2：A 将未消毒的羊毛交给 B 加工，B 因感染病菌而死。事后查明，即使羊毛被消毒，当时的技术也无法消灭该病菌。（结果不可避免）

上述两个案例，是在论及假定因果关系和结果不可避免时，被学者们经常举到的代表性案例。本文就以这两个案例为例证，详细阐明假定因果关系与结果不可避免之间的区别。

1. 假定因果关系比照的是“抽象的结果”，结果不可避免比照的是“具体的特定结果”。与案件中实际发生的结果相比，假定的因果关系中所说的“结果”是一种在抽象意义上会同样出现的结果，而结果不可避免中所说的“结果”，则是一种在具体的、特定的意义上难以避免的结果。

在假定因果关系的场合，用来与实际发生的结果做比照的，其实是另一个在具体特征和性质上截然不同的结果，二者仅仅是在抽象层面上具有共性。相反，讨论结果不可避免时所说的“结果”，是指在同样的事件中，在特定的场景（包括时间、地点等因素），以特定的方式，由特定人造成的结果。简言之，是一个具体的、特定的结果，而不是一个抽象意义的结果。在行为人遵守义务的场合，如果这个特定的、具体的结果仍然会确定无疑地出现时，才能说结果是不可避免的。在案例 2 中，由于当时的技术条件的限制，即使 A 按照法定的消毒程序对羊毛消毒，仍然无法消灭新的病菌，而 B 也仍然会去加工羊毛且因此感染病菌而死，这种死亡方式不会因消毒与否而发生性质改变。因此，这里不可避免的，是一个在具体特征上完全相同的死亡结果。

2. 假定因果关系往往是“替代行为人（或事件）”，结果不可避免则是“合义务的替代行为”。假定的因果关系是指即使没有行为人，其他人或者事件也会引起抽象意义上的相同结果；结果不可避免是说即使行为人遵守了注意义务，这种被替代的合义务行为仍然会不可避免地引起结果。

在案例 1 中，即使没有 A，空难事件也会引起 B 死亡。在假定因果关系的场合，存在一个“替代行为人”，是由他而不再是由原来的行为人引起结果。相反，在结果不可避免的场合，不是去考察一个“替代行为人”，而是考察在行为人不变的情况下，假定存在一个遵守义务的“替代行为”，是否能够避免结果的发生。在案例 2 中，思考问题的方式是，假定 A 履行注意义务，对羊毛进行消毒处理，那么女工 B 死亡的结果是否能够避免？如果在 A 的这种合法的“替代行为”下，结果仍然无法避免，那么就不能对行为人归责。

3. 假定因果关系涉及两个原因力，而结果不可避免其实只有一个原因力。当两个不同的原因力将会导致同一个抽象结果时，理论上把后一个原因力所引导的因果关系称作假定因果关系；而在结果不可避免的场所，对于一个具体的结果而言，始终只存在一个原因力。

在案例 1 中，B 被 A 杀死，与 B 乘飞机遇难而死，这是两个不同的因果关系。前一个因果关系中，A 的杀人行为是 B 死亡的原因力；后一个因果关系中，飞机失事是 B 死亡的原因力。因此，假定因果关系所讨论的问题，其实是说，后面的原因力虽然也能引起相同的抽象结果，但是并不能阻碍前一个原因力的作用。相反，在案例 2 中，B 死亡的真正原因是感染病菌而死，这一

点与A是否遵守消毒义务无关。对于B的死亡而言，A是否遵守义务根本不是什么原因，始终只有病菌才是真正的原因力，因此也始终只存在一个因果关系。

4. 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，但是其中的原因力却是真实存在的，如果没有行为人，假定因果关系必将依照与行为人无关的生活逻辑“真实”地发生；相反，结果避免可能性中的“合义务替代行为”，则是彻头彻尾的“假定”，完全是基于检验规范有效性的目的而人为设计的一个假想的比较。

在案例1中，B死于空难事件是一个假定的因果关系，但是这里的“假定”仅仅是针对A实际实施的杀人行为而言的。事实上，空难这个原因力本身是客观发生了的，并不是虚拟出来的，若没有A的介入，空难而死的结果也已经被命运预定。相反，在案例2中，即使羊毛经过消毒，B也会死于病菌，则是为了说明结果不可避免的一个被假想出来的因果关系。这个因果关系若能检验成功，需要假定行为人遵守消毒义务，而行为人遵守义务这一点，恰恰是一个服务于检验目的的虚拟设计。

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；结果避免可能性所使用的“合义务的替代行为”的思考方法，则是要去检验一个义务关联性尚不明朗的因果关系。

在案例1中，B死于A的枪下，A开枪的行为与B的死亡结果之间具有清晰无疑的内在关联。相反，在案例2中，B感染病菌而死，与A违反消毒义务之间，是否具有内在关联，是尚不明朗、有待查清的问题。假定“合义务的替代行为”，正是为了查清这一事实。要想判断结果究竟是可以避免的，还是无法避免的，就必然要借助一种假定的思考方式，通过假定一个合义务的替代行为并与之对比权衡，才能得出答案。

6. 假定因果关系不影响归责，既适用于故意犯也适用于过失犯；结果不可避免时排除归责，主要适用于过失犯。<sup>[16]</sup>

有学者认为，假定的因果关系是指“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”。<sup>[17]</sup>不过，故意和过失并不是界定假定因果关系的关键。例如，A在机场倒车时过失撞死B，也不会因为B的航班之后坠毁而免除A过失致人死亡（或交通肇事）的责任。又如，A和C夜里比赛枪法，都没有注意到标靶后面有流浪汉B在睡觉，A先开枪结果致B重伤，A不能辩解说，即使没有自己的行为，接下来C开枪也会令B受伤。同样，即使他人的合法行为或自然事件使得法益受损的结果必然出现，也不能因此排除行为人之前的过失责任。假定因果关系不影响归责，既适用于故意犯也适用于过失犯。

与此相对，结果不可避免时排除归责，这主要是在过失犯的场合下得出的结论。惩罚过失的行为人，正是因为他明明有避免义务也有避免能力，但是仍然没有避免结果的出现。相应地，当由于行为人个人主观方面的原因无法避免结果时，不法仍然成立，只是排除罪责；当由于客观方面的情况无法避免结果时，说明欠缺义务违反关联性，在不法阶段就排除对结果的客观归责。

在过失犯的场合，之所以要重视义务违反与结果发生之间的关联性（以下简称义务违反关联性），在刑法理论上几种理由：<sup>[18]</sup>（1）有的学者强调“责任的关联”，认为欠缺义务违反关联性就会导致欠缺责任的可谴责性；（2）有的学者强调“违法性的关联”，认为欠缺义务违反关联性就欠缺了“不够谨慎”的不法要素；（3）有的学者强调“构成要件层面上的归责关联”，认为欠缺义务违反关联性就脱离了规范的保护目的；（4）有的判决强调“因果的关联”，认为欠缺义

[16] 至于结果存在避免可能性时能否对行为人归责，是有重大争议的问题，下文专门讨论。

[17] 前引〔2〕，周光权书，第144页。

[18] 这涉及到对结果避免可能性的体系性地位的争议。总结自前引〔2〕，Wessels等书，边码677。

务违反关联性就欠缺了原因性；(5) 有的学者强调“结果无价值的否定”，即欠缺义务违反关联性就欠缺了结果不法。但是无论哪一种观点，都是在为成立过失犯罪必须具备义务违反关联性寻找支撑、提供根据。违反义务与结果发生之间，不能是毫无关联的并列或简单的相加。否则，就是退回到“只要违反禁令，就要对造成的结果负责”中去，而这种已经被淘汰的、无限制的归责态度，是与刑法的基本思想相悖的。<sup>[19]</sup>

近年来，随着客观归责理论的兴起，越来越多的学者同时在过失犯领域和客观归责的主题下讨论结果避免可能性问题。<sup>[20]</sup> 少数学者也会在客观归责的领域里，用“不允许的风险未在结果中实现”替代结果不可避免的表述，并将适用对象从过失犯延伸到故意犯。例如，针对案例 2（羊毛病菌案），罗克辛认为，如果 A 是基于杀人的故意而有意不对羊毛做消毒处理时，虽然创设了一种不被允许的重大风险，但是，这个风险并没有在结果中实现，对 A 也只能按照杀人未遂惩罚。<sup>[21]</sup> 但是，把结果避免可能性和义务关联性的问题完全从过失犯的章节中挪到客观归责的章节中去，改用“风险未实现”的概念来代替，并以之同时统摄过失犯与故意犯的做法，目前还只是少数学者的体系安排，尚未得到学界的普遍认同。

## （二）混淆

### 1. 将假定因果关系误作结果避免可能性问题来思考。

案例 3：A 调整了 B 所驾驶的铁路机车的运行轨道，使火车从并行同向的右轨道转到左轨道，结果导致 B 在左轨道上因前方山体塌方撞崖而死。但无论在哪个轨道上行驶，由于前面已经被塌方堵住，所以 B 都会因为无法及时刹车而撞到山崖而死。

一些学者认为，该案例中的“假定因果关系”可以排除对 A 的归责。<sup>[22]</sup> 因为“修正自然性的因果关系，只有在增大损害或者提前损害发生时间时，才是应当归责的。从法益损害的观点来看，被害人是在左轨道上死亡还是在右轨道上死亡，都是一样的。单纯地修正一个在发生流程上不依赖于行为人意愿控制的自然性事件，显然不能在社会评价上被视为独立的杀人。”<sup>[23]</sup>

但是，这种观点存在疑问。在这个由萨姆松（Samson）提出，并被罗克辛等学者一再引用的案例中，隐含着并非不言而喻的前提性假设。B 死于左轨道还是死于右轨道，真的在法律上毫不重要吗？这并非在研究针尖上的天使数目，而是直接影响到案例的性质、推理的方法以及由此得出的截然相反的归责结论。

罗克辛的论证漏洞在于，如果按照他所说的“被害人是在左轨道上死亡还是在右轨道上死亡都是一样的”，那么就意味着，二者根本就是同一个具体的、特定的结果，都属于“火车撞崖而死”，但这样一来，案例 3 就变成一个结果不可避免的案例。没有 A 的行为，B 会撞崖而死；有了 A 的行为，B 也会撞崖而死，这与案例 2（羊毛病菌案）的状况就完全一样了。由此可见，如果认为被害人死于左轨道或右轨道毫无区别，那么，按照结果不可避免时排除归责的原理，在案例 3 中就应该排除对 A 的归责。这一结论虽然与罗克辛相同，但根本不是由于他所谓的对假定因果关系进行修正，而是运用“合义务替代行为”的方法，在讨论一个结果不可避免的案例时得出的结论。可以看出，主张“假定因果关系有时也影响归责”的学者，虽然还是处在假定因果关系的名义和范围内，但在实质上却有意或无意地把该问题当成一个结果避免可能性的问题去思考。

[19] 前引 [2]，Wessels 等书，边码 678。

[20] 这是绝大多数刑法教科书的设置，同上书，边码 197 以下，边码 675 以下。

[21] 参见前引 [8]，Roxin 书，边码 73 以下。

[22] 参见前引 [9]，Samson 书，第 98 页以下。为了使争议最小化、使讨论更有共识前提，这里将该案例设定为过失犯。

[23] 参见前引 [8]，Roxin 书，边码 61。支持这一观点的国内学者，参见陈兴良：《从因到归责：客观归责理论研究》，《法学研究》2006 年第 2 期；于改之、吴玉萍：《刑法中的客观归责理论》，《法律科学》2007 年第 3 期。

由于这种错位,就会将在结果不可避免时应该排除归责的结论,错误地安在了假定因果关系之上,从而破坏了“假定的因果关系不影响归责”这样一个不允许存在例外的基本原则,而不得不使用一个所谓“修正”的说法。

在笔者看来,认为B死于左右轨道无差别的观点应该被拒绝,因为二者的法律意义并不相同,就此而言,案例3的确是一个假定因果关系的案例,但是也正因为具体死亡结果的差异,才不会因为抽象的死亡结果的相同而排除对A的归责。那么,对左右轨道进行区别的法律意义何在呢?事实上,若B死于右轨道,这仅仅是一个自然的因果关系,是天灾而非人祸,与A毫无干系而只是B命运的“不幸”。相反,若B死于左轨道,则已经脱离了命运的安排,成为A有意识行为的产物,这是人祸而非天灾,已经不再是“不幸”,而是关系到A的“不法”。讨论B之死,不能完全无视A的介入,如果孤立地看待死于左轨道或右轨道这一表面现象,进而得出二者没有差异的结论,那就是将不幸与不法等同起来,是将一个不幸的结果与一个不法的结果在“死亡”的抽象层面上等同起来。因此,人们不应该被所谓“左右轨道”的表象迷惑,而应该洞察到,A通过改变轨道的方式,导致了B的死亡,这与A通过枪杀等其他任何杀人方式导致B的死亡是一样的。如果人们承认,若没有A的枪杀,B也会在右轨道上死于撞崖这一点仅仅是一个假定的因果关系,根本不应该影响到对A的归责;那么人们就应该同样承认,若没有A的扳道B也会在右轨道上死于撞崖,同样是一个不影响归责的假定因果关系。

#### 2. 将结果避免可能性问题误作假定因果关系来思考。

案例4:A妨碍了C向落水者B投掷救生圈,B后被海水冲走。事后查明,鉴于C和B之间的距离,以及海浪急流冲击等情况,不排除即使A没有妨碍C的投掷,B也可能抓不到救生圈而被淹死。

在案例4中,依照多数见解,由于即使没有A的妨碍,B抓不到救生圈而死的结果仍然有可能发生,因此按照罪疑唯轻原则,认定结果不是由A造成,排除对其归责。对此,我国台湾学者林钰雄批评道,“只有实际发生的事实部分,才适用罪疑唯轻原则,例如,到底案发当时B与C的距离多远,这是已经实际发生的事情,若最后不明时应对被告为有利的认定。反之,与假设性的事件流程结合的部分,不明时不得径对被告为有利的认定,例如,假设A未阻止C的话,B有无能力在巨浪滔滔之际抓到救生圈,这不是实际发生的事,也不适用罪疑唯轻原则。”〔24〕

但是,这个批评明显是将结果避免可能性的问题误作假定因果关系。假定因果关系不影响归责,是指在实际的因果关系事实清楚的场合,不能根据一个假定的因果关系来排除之前已经事实清楚、确凿无疑的实际因果关系。相反,在结果避免可能性的场合,运用“合义务的替代行为”的思考方法,是为了检验在实际因果关系中,义务违反与结果发生之间的关联性这一尚不清楚而有待查明的问题。在案例4中,“假设A未阻止C的话,B有无能力在巨浪滔滔之际抓到救生圈”并不是一个假定的因果关系,而是在运用一种“合义务的替代行为”的思考方法。罪疑唯轻的对象并不是所谓“A未阻止C”的假设行为,而是已经实际发生的事实——即A的行为与B的死亡结果之间的关联性。至于“假设A未阻止C的话,B有无能力在巨浪滔滔之际抓到救生圈”,在这里仅仅是一种帮助查明事实的方法;对行为人排除归责的结论,并不是根据这一方法得出的,而是根据在这种思考方法的辅助下,仍然无法确证和查清的客观事实得出的。

### 四、结果存在避免可能性时的归责

结果不可避免时排除对行为人的归责,是理论上普遍支持的通说。相反,当遵守义务时结果

〔24〕 林钰雄:《新刑法总则》,台湾元照出版公司2006年版,第163页。

仍然很可能发生时，能否对行为人归责，理论上却充满了争议。

（一）通说观点：结果避免的可能性难以确定时排除归责（可避免性理论）

按照刑法理论上的多数意见，如果在案件中能够有具体的证据表明，即使在行为人遵守义务的情况下结果也很有可能出现，或者说结果可能也难以避免，那么这个结果就不能归责于行为人。简言之，当在具体案件中即使实施合义务的替代行为也无法保证一定会避免结果出现时，就应该排除对行为人归责。<sup>[25]</sup>这种从结果是否可以避免的角度来考虑问题的观点，可以简称为“可避免性理论”。

可避免性理论的立论根据主要在于，按照罪疑唯轻原则，应该排除义务违反与结果发生之间的关联性。结果必须直接源自注意义务的违反。如果行为人切实尽到注意义务，结果就有极大的可能性和极高的概率不会发生时，或者说结果确定可以避免时，那么就可以认为这个结果与义务违反之间存在关联性，就可以依此追究行为人的责任；相反，如果遵守义务时也仅存某种可能性，结果既可能发生，也可能避免，那么就难以证实结果与义务违反之间的必然联系。这种义务违反与结果之间的内在关联是在过失犯罪的场合要求行为人负责的基本前提。当这一点无法证实时，应该按照罪疑唯轻的基本原则，做有利于行为人的假设。

案例 5：卡车司机 A 在从骑车人 B 左边超车时没有保持法定的安全距离 L，B 在向左边转向时摔倒被压在 A 的车轮下。事后发现，由于当时 B 已经大醉，即使 A 保持安全距离超车，本应向右边转向的 B，也有很大可能仍向左转而压在 A 的车轮下。<sup>[26]</sup>

根据可避免性理论，在该案例中，由于 B 已经陷入酩酊状态，即使 A 保持安全车距，仍然存在 B 倒向左边而被 A 压死的可能性，因此应该排除对 A 的归责。

（二）反对意见：行为提高风险时不影响归责（风险提高理论）

与通说相反，一些学者认为，结果在遵守义务时也很可能出现，这一点并不影响对违反义务者的归责。这种看法很早就德国刑法学说史上出现了。<sup>[27]</sup>早期的论证主要是从因果关系的角度展开，认为一个因为违反义务而引起结果的人应该对该结果负责，这与在遵守义务的情况下，该结果也有可能难以避免并无关系。基于因果关系的论证主要有以下两点理由：（1）坚守条件说的立场。能否将结果归责于行为人，只能是以一个已经出现的违反义务的行为作为判断对象，考虑当其不存在时，结果是否仍会发生。相反，把一个在现实中根本未曾出现的、履行义务的行为作为替代品和对比物来推测思考，是不合适也不可行的。从方法论上，这脱离了传统的“不可想象其不存在”的因果关系思考方式，因而是难以接受的。（2）行为并没有失去可谴责性。一个违反义务而造成结果的行为，并不会因为“一个遵守义务的行为也可能造成结果”这一点而失去可谴责性，相反，可谴责性正是考虑到，如果遵守义务的话，结果很可能不出现。这种对法益侵害存在不确定性的机会是不可利用的，也正是这一点构成了行为的可谴责性。<sup>[28]</sup>

上述从因果关系出发考虑问题的思路，存在明显的缺陷：（1）一个行为虽然违反谨慎义务，但是并没有以任何方式升高法益受损的风险，甚至在某种特别的情况下降低了风险，但是也会受到处罚，这显然是不妥当的。（2）可谴责性的概念属于罪责问题，使用它来讨论因果关系，混淆

[25] 这也是德国司法实务界的判决见解，是德国、日本、韩国刑法学界占据通说地位的观点。持这种观点的德国学者，包括 Baumann、Bockelmann、Ebert、Freud、Frisch、Gropp、Krey、Samson、Sternberg-Lieben、Wessels、Welzel 等；韩国学者包括李在祥、金日秀、徐辅鹤等。

[26] BGHSt 11, 1.

[27] Vgl. Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 200f.

[28] Vgl. Binavince, Die vier Elemente der Fahrlässigkeitdelikte, 1969, S. 220 f.; Maurach/Goessel/Zipf, Strafrecht AT, 1989, § 43 Rn. 104f.

了不法和罪责的关系。因此,随着客观归责理论的建立和风行,上述理由很快被放弃了。

但是,这种论点本身却被一些学者坚持下来,以“风险提高”的论证方式重新支撑。在违反义务的行为提高了法益受侵害的风险,明显地超出容许风险边界的情况下,即使该结果在遵守义务时也很可能出现,也不能排除对行为人的归责。这就是近年来在客观归责领域最引人注目也最有争议的所谓“风险提高理论”。<sup>[29]</sup> 风险提高理论的立论根据主要在于,注意义务本身应该是恒定的要求,从被害人的视角出发,应该对法益予以全面的(包括提高侵害风险)保护。

风险提高理论的主要理由可归纳为两点。第一,注意义务的要求不应该受到结果发生概率的影响。在某些场合,即使人们已经非常小心,也难以保证一定会避免危险;但是,这并不会影响人们对人们谨慎行事的要求,法律秩序确定的注意义务,仍然应得到遵守。而通说并没有清楚地说明,为什么一个蕴含着不被允许风险的行为,仅仅因为结果在另一个秩序允许的行为中实现就丧失可罚性。第二,法律不应该使被害人的法益在有可能得到保护的情况下被放弃。在案例5中,尽管一种正确的驾驶行为不一定能避免事故,但的确有可能拯救骑车人的生命,“由于不遵守保持法定距离的义务而超过了许可的风险,从而以在法律上有重大意义的方式,提高了一种致命性事故的风险”;<sup>[30]</sup> 反之,“认为车祸终究难免,所以不可归咎交通违规行为,等于忽视遵守交通规则的作用,忽略了被害人可能因此出现较多的生机”。<sup>[31]</sup> 风险提高论者认为,这种对蕴含不容许风险的行为的纵容,只是带来完全多余的、不必要的个人自由,代价却是牺牲了有效的法益保护。根据风险提高理论,在案例5中,行为人A缩短了法定的车距,超越了允许风险的范围,提高了B死亡的风险,因此应将结果归责于A。

### (三) 本文看法:支持可避免性理论,反对风险提高理论

本文认为,强调义务违反与具体结果之间的内在关联性是必要的,罪疑唯轻原则应该得到坚守,法定的实害犯不能被置换成危险犯,就此而言,可避免性理论更有道理,风险提高理论则存在疑问。

#### 1. 义务违反与结果之间的关联性:能否切断

注意义务当然应该得到遵守,但是风险提高理论仅仅强调这一点并不能得出什么有益的结论。因为在实际生活中,注意义务被违反的时刻很多,但并不是违反义务就一定会被追究责任,往往只有在结果出现的时候,人们才会去审查注意义务。尤其在过失犯中,离开结果奢谈义务,并无实益。过分强调规范义务的遵守,就会忽略,在各国刑法典中,尽管存在少数行为犯的规定,但是绝大多数犯罪都是以结果侵害的发生作为构成要件要素的结果犯。换言之,“整个刑法对于行为的归责标准并非完全建立在行为规范的违反上,而是在基本上还是要斟酌行为在具体事实上所发生的作用如何。”<sup>[32]</sup>

更重要的是,即使违反了义务且有结果出现,也不能直接归责于义务违反人。因为关键的审查是,义务违反与具体结果之间是否有内在关联。之所以强调这一点,是由惩罚过失犯的规范目的所决定的,刑法要求人们遵守注意义务去避免结果的出现,这种规范性命令的真正意义在于,

[29] 明确主张“风险提高”理论的德国学者中,以 Roxin 为领军人物,包括 Burgstaller, Jescheck, Weigend, Kahlo, Kienapfel, Koehler, Otto, Rudolphi, Schaffstein, Schuenemann, Stratenwerth, Volk, Wolff 等。在我国大陆刑法学界,主张客观归责理论也支持风险提高理论的学者,参见前引 [2], 陈兴良书,第 136 页;反对客观归责理论,但在实质上又采用风险提高标准的,参见前引 [1], 周光权文。日本刑法学界主张客观归责理论的学者很少,包括山中敬一、振津隆行等。风险提高理论在韩国刑法学界遭到了普遍的批判。参见前引 [2], 李在祥书,第 136 页。在我国台湾地区,支持风险提高理论的学者包括林东茂、许玉秀、林钰雄等,批评者有黄荣坚等。

[30] 前引 [8], Roxin 书,边码 88。

[31] 林东茂:《刑法综览》,台湾一品文化出版社 2007 年版,第 95 页。

[32] 黄荣坚:《刑罚的极限》,台湾元照出版公司 2000 年版,第 165 页。

人们应该努力避免那些可以避免、能够回避的事情；而不是说，去避免那些不可避免、无法回避的事情。如果遵守义务也不一定能避免结果，违反义务也不一定能造成结果，这就说明义务要求是无效的，规范本身已经不能表现出防止结果发生的品质，此时，法律再以一个无效的规范去要求人们行事，显然就丧失了正当性。离开了结果避免可能性，独立地要求遵守义务就成了一种“绝对命令”。

相反，风险提高理论以一种“将实害犯更改成危险犯”的方式，切断了这种义务违反与结果之间的关联性。按照风险提高理论，只要能证明违反义务导致风险升高，就可以对结果归责。但是，这样一来，“法律实质上并不是在惩罚一个对法益有侵害的行为，而是在惩罚一个对法益有侵害危险的行为”。<sup>[33]</sup>而对危险行为的惩罚，只有在危险犯的构成要件下才具有合理性，并不能被任意扩展到实害犯の場合。

案例6：外科医生A因为擅离岗位，接听长途电话，而推迟将癌症患者B送上手术台做手术，B最终死亡。但是，即使B及时手术仍然可能性命不保。

对此，有学者按照“具体危险明显提高”的标准，认为只要A的行为提高了B可能死亡的风险，就应该对A进行归责。<sup>[34]</sup>然而，刑法意义上的归责并不是泛泛的道德评价，而是必须具体到哪一个构成要件的归责。但是，在现行刑法体制下，对医生行为的惩罚从未以具体危险犯的立法方式出现，而是以实害犯的形式规定在第335条医疗事故罪中。该条规定，“医务人员由于严重不负责任，造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的，处3年以下有期徒刑或者拘役。”如果仅仅由于“提高了死亡风险”就对A归责的话，那就相当于把构成要件中的“造成死亡或身体损害”置换成“造成死亡或身体损害的风险”。<sup>[35]</sup>这种对构成要件基本要素的篡改，是以一种与实定法相抵触的方式将实害犯的性质变更成危险犯，显然是不能允许的。<sup>[36]</sup>

针对“将实害犯置换成危险犯”的批评，风险提高论者的回应闪烁其词。例如，罗克辛反驳说，实害总是要通过风险行为来实现的，回避风险行为也就是在预防实害，“而且，在合义务的替代行为的案件中，一种被提高的风险就已经落实在一种构成要件的结果中了”。<sup>[37]</sup>这个反驳的意图很明显，罗克辛试图强调，他并没有离开结果只谈回避风险的义务，而是对二者并重，是在谈一个由于违反义务而落在结果之中的风险。但是，可避免性理论已经通过“合义务替代行为”这样的思考方法，通过遵守义务在允许风险范围内行事时结果也可能出现的对比，令人信服地证明违反义务的风险提高与结果出现之间很可能并不必然具有所要求的那种内在关联。当这样一个被精确提炼出的问题摆在眼前的时候，风险提高论者就必须针对这一点进行回应，即为什么这种内在关联性是不重要的，才能将人们关心的重点转移到风险提高上来。但是罗克辛和其他风险提高论者并没有这样做，反而给人们一种印象，似乎风险提高理论已经圆满地回答了关于义务违反

[33] 前引[11]，Baumann等书，边码87。

[34] 前引[1]，周光权文。对这个案例需要澄清的是，所谓“及时手术仍然可能性命不保”，如果指的是患者在手术成功后仍然因癌症而死，那就是一个假定因果关系的问题；如果指的是即使及时手术仍然无法取得手术成功，那才是这里需要讨论的问题。

[35] 在国外，相关问题会考虑的构成要件是过失致人死亡罪，也同样是实害犯。

[36] 德国联邦最高法院认为，当无法确定患者是否会在一项合乎规范的手术中活得更久时，对于违反规范的医生而言，只能宣布无罪（BGH Strv 1994, 425）。不过，医疗问题比较特殊，对医生的谨慎注意义务的确应该有最严格的要求，用可避免性理论直接排除对医生的归责的确有点疑问，这也是被风险提高论者重点攻击之处。最近，有学者提出根据被害人同意理论来解决的思路，即对于患者来说，之所以会同意接受手术治疗，前提当然是医生会谨慎认真地遵守义务规范；如果医生做不到这一点，患者就不会给出同意。Vgl. Arzt, Ueber die subjective Seite der objektiven Zurechnung, Schluechter-GS, 2002, 168. 笔者认为，在坚持可避免性理论的前提下，在医疗案件的特殊场合用同意欠缺的理由对医生归责，是一个妥当的补充性方案。

[37] 前引[8]，Roxin书，边码93。

关联性的质疑。然而实际情况并非如此。

风险提高论者面临着两难困境：一方面，如果对义务违反与结果之间的关联性采取无视的态度，仅仅强调义务违反和风险提高而漠视结果，就会陷入到“将实害犯置换成危险犯”、“将禁止风险提高作为一种绝对命令来要求”〔38〕的批评之中；另一方面，若想摆脱这种批评，表明重视结果的姿态，又面临着“一个与义务违反缺乏必然关联性的结果，为什么能归责于义务违反人”这样的质疑，进而势必不由自主地被逼退到可避免性理论的阵营中。罗克辛的反驳并没有从逻辑上而仅仅是在语言表述上不停地将“风险提高”与“结果出现”链接起来，例如，“如果行为人超越了允许的风险，并且出现了禁止的风险所作用的结果，那么，这个结果作为一种禁止风险的实现，就是可以归责的”等等，〔39〕似乎这样就表明了风险提高与结果之间的关联，然而当“合义务的替代行为”已经在逻辑上证明这种关联性是不确定的时候，修辞上的掩饰就显得苍白了。这大概只能证明，对风险提高论者来说，义务违反关联性的质疑“的确是难以反驳的。”〔40〕

## 2. 罪疑唯轻：所疑之“事”究竟为何

可避免性理论认为，风险提高理论明确地违反了罪疑唯轻原则。义务违反与结果发生之间究竟有无必然联系，当这个问题保持在不明状态时对行为人归责，明显是有违罪疑唯轻原则的。〔41〕

针对这个批评，风险提高论者主要有两个反驳。第一个是，不应该把整个风险切割成允许和不允许两个部分，然后单独对超出允许界限的不允许的部分进行因果性证明。〔42〕但是，这仅仅是用另外一种表达方式拆解反对意见，转移争论焦点而已，并没有从根本上回应关于违反罪疑唯轻原则的质疑。因为所谓两个部分的风险，并不是人为的切割，而是在将违反义务的行为人与遵守义务的行为人（在允许的风险范围之内行事）进行对比时自然出现的效果。纠缠于此并没有多大意义。因为，无论是切割风险还是从整体上去考察风险，都无法澄清这个疑点：该结果是否是该风险的实现？在遵守义务也可能出现结果的情况下，这个风险（无论是升高后的整体风险，还是仅仅升高部分风险）与结果之间的关联性，是无法被证实的；而在这种情况下仍然坚持归责，那就违反了罪疑唯轻原则。

另一个反驳是，风险提高理论并没有违反罪疑唯轻原则，而是对这一原则的适用范围有不同看法。例如，耶赛克认为，“只有对违反注意义务的行为是否导致危险显著增加存在疑问时，始可适用罪疑唯轻原则。”〔43〕由此可见，双方能够形成共识之处是，在结果不确定发生这样的案件中，的确会有罪疑唯轻的问题；双方的争议点在于，适用罪疑唯轻原则时，所“疑”之事究竟为何。

这里再以案例5（卡车司机案）加以说明。一些风险提高理论的支持者认为，“只有针对有待澄清的事实情况，也就是实际发生的事实部分适用罪疑唯轻原则，例如，在案例5中，卡车与自行车的距离多少，这是实际发生的事情，理论上适用罪疑唯轻原则，但因该案超车距离已经被鉴定确定，没有最后无法判明的罪疑唯轻问题。反之，假设A保持安全距离的话，B是否仍会因酒精浓度影响而左倾于轮下亡命，这是并未发生的假定因果关系，在不明时不应该依此对被告为有

〔38〕 Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 493.

〔39〕 只要仔细观察他在阐释“风险提高理论”和应对论敌时的反驳，就可以看清这一点。参见前引〔8〕，Roxin书，边码88以下。

〔40〕 前引〔2〕，Wessels等书，边码199。

〔41〕 Vgl. Gropp, Strafrecht AT, 2005, § 12, Rn. 54; Sch/Sch/Sternberg-Lieben, Strafgesetzbuch, 2001, § 15, Rn. 179.

〔42〕 Vgl. SK-Rudolphi, vor § 1, Rn. 68.

〔43〕 [德]耶赛克、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703页。

利的认定。”〔44〕总之，按照风险提高理论的反批评，可避免性理论考虑结果是否会在遵守义务时发生，这不仅不是在适用“罪疑唯轻”原则，反而违背了“假定的因果关系不影响归责”原则。

在笔者看来，这种反批评才真正是搞错了问题的对象。一方面，假定因果关系不同于“合义务的替代行为”。“合义务的替代行为”尽管在外形上近似于假定的因果关系，但是并不像后者那样去否定一个义务关联性已经清楚无疑的因果关系，而是要去检验一个义务关联性尚不明朗的因果关系。在案例5中，运用“合义务的替代行为”的思考方法，是为了检验在实际因果关系中，A的义务违反与结果发生之间的关联性这一尚不清楚而有待查明的问题。“合义务的替代行为”在这里仅仅是一种帮助思考归责问题的手段，对A排除归责的结论并不是根据它得出的，而是根据在这种思考手段的辅助下仍然无法查清的基本事实得出的。

另一方面，就罪疑唯轻所疑之“事”究竟为何而言，上述反批评也有“把水搅浑”之嫌。这里不妨先来看一个双方都没有争议的经典案例，以此作为对比，或将有助于问题的澄清。

案例7：A和C都不约而同地向B开枪，B被一颗子弹击中头部而死，另有一颗子弹击中他的胳膊，但是无法查明A和C谁发射了那颗击中头部的子弹，谁发射了那颗击中胳膊的子弹。

在这个案例中，刑法理论都普遍承认，依照罪疑唯轻原则，得出A和C都是故意杀人未遂的结论。〔45〕此案例中没有争议的基本事实是，B死于击中头部的那颗子弹，但是无法查明的核心事实是，究竟是哪一个行为人引起了这个基本事实。而只有这个与行为人有排他性连结关系的核心事实才是定罪的关键，因为刑法要惩罚的不是一个孤立的事实，而是引起这个事实的人。再来看案例5。B被压死在车轮之下，这仅仅是一个现象，除了能够说明压死B的车轮属于A之外，并不能直接提供更多的东西。例如，若B有意钻到A的车轮下自杀，就显然不能要求A对此负责。因此，B死于A的车轮之下，就如同上个案例中B死于击中头部的子弹一样，都不是需要查明的核心事实。这里的核心事实是，B被压死在车轮下这个事实，究竟是由A不遵守义务所引起的，还是由B自己醉酒所引起的？

接下来就要分成两步：（1）如果这个核心事实被查明确实是由B自己醉酒引起的话，也就是说，如果无论A遵守义务保持安全车距还是违反义务缩短了车距对B而言都无影响，他都会在醉酒的状态下直接倒向左侧的车轮的话，对A而言，压死B就是不可避免的事情，那么当然就要直接根据前面提到的“义务违反关联性”的原理，直接排除对A的归责，B只能自负其责。（2）当这个核心事实无法查明，只能根据“合义务的替代行为”得出结论说，在A遵守义务时，处于酩酊状态的B也有可能向左侧摔倒在车轮下的时候，就会面临两种选择：要么对核心事实做有利于被告的认定，即将B的摔倒归责于B的醉酒；要么对核心事实做不利于被告的认定，即将B的摔倒归责于A的缩短车距。此时，若承认罪疑唯轻原则，就会做出对A有利的认定，排除对A的归责。

罪疑唯轻所疑之“事”，其实是在实际因果关系中，A的违反义务与结果出现之间的关联性。与此相对，批评可避免性理论对“假设A未阻止C的话，B有无能力在巨浪滔滔之际抓到救生圈”以及“假设A保持安全距离的话，B是否仍会因酒精浓度影响而左倾于轮下亡命”之类的事

〔44〕前引〔24〕，林钰雄书，第163页。

〔45〕这个案例的基本雏形出自考夫曼（Arthur Kaufmann, Eb. Schmidt—FS, S. 211），后来作为说明罪疑唯轻原则的一个经典案例被各种教科书广泛引用和改编。参见前引〔2〕，Wessels等书，边码168。原来的案例是，猎人A和猎人C不约而同地向护林人B开枪。其中一颗子弹击中了B的头部，另一颗子弹击中了B的心脏。每一枪都是立即致命的。然而无法证明的是，哪一枪先击中B，哪一枪是在B已经被前一枪打死后才击中了B。因此根据罪疑唯轻原则，应对A和C做有利的认定，都只能判处故意杀人未遂。这个案例从不同角度修改，都能用来说明罪疑唯轻原则。本文所采用的变种的案例，同样要依照罪疑唯轻原则，得出A和C都是故意杀人未遂的结论。

实误用罪疑唯轻原则，根本是犯了一种对假设的靶子开火的“稻草人谬误”。只要正确理解可避免性理论，就会了解，这里并没有主张对上述假定事实运用罪疑唯轻原则，这些假定事实并不是罪疑唯轻所疑之事，而是作为一种对比性的思考手段，让罪疑唯轻所疑之事，也就是在实际的因果关系中的义务违反与结果的关联性，更加清楚地表现出来。

### 3. 对风险提高判断标准及其实践意义的质疑

主张风险提高理论的学者，常常以事后检验作为风险提高的检验标准，并以此作为一种为风险提高理论辩护的理由。例如，周光权教授认为，“对危险是否明显增加，应进行事后判断……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。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。”<sup>[46]</sup>但是，这种检验本身及其辩护力都是靠不住的。

例如，在医疗案件的场合（案例6），按照风险提高理论，几乎就不可能有任何能够保证精确、安全的手术实施。因为对于重大的过失，义务违反与结果之间的关联性是显而易见的，并不需要争论；而对于其他轻微的过失，在离开结果单独考虑时，判断其是否提高了风险，具有很大的任意性。这种事后判断很难站在一个“中立的、客观的立场”，因为“人们太容易倾向于，从结果的实现反推到风险提高的结论上去”。<sup>[47]</sup>这样一来，结果与风险就成了两个虽然在事实上难以证明其关联，但在印象上又能互相支持的东西，所谓风险提高的判断沦为一个循环论证。

再如，针对学界一直争议不休的案例5（卡车司机案），许乃曼（Schuenemann）提出，“必须事后检验事前所违反的注意义务，依照目前所知道的情况，是否在刑事政策上也能被视为预防结果发生的有效方法。毫无疑问的，这些规范在刑事政策上也是有意义的，这些规范虽然不能百分之百地排除结果的发生，但是已经减轻发生的几率……因此，用罪疑唯轻来批评风险提高理论是错误的：在检验注意规范是否在事前的观察看起来也是有意义的时候，正好是在问由于事件流程有无法弄清楚细节而应该透过注意规范来准备一种安全带。”<sup>[48]</sup>

但是，在笔者看来，这种辩护不过是在对几组都是正确的观念进行组合嫁接之后得出的错误结论，尽管它很具有迷惑性。一方面，注意规范在刑事政策上应当有效是对的，但是在个别案例中因为适用罪疑唯轻原则而否认归责并不会影响到规范的一般性效力。<sup>[49]</sup>大多数的场合下，由于驾车者未保持安全距离超车而刮撞到骑车者的因果关系是清楚的，对此，“必须保持安全距离”恰好是行之有效的规范；至于在个别案例中，难以查清醉酒的骑车者倒在车轮下与驾驶者违规驾车是否有关，这根本不会影响到“必须保持安全距离”的一般预防效果，因为没有一个驾驶者会存在侥幸心理，期望自己正好撞到的是一个醉酒的骑车者，可以利用罪疑唯轻原则来躲避处罚，从而放心大胆地逾越安全距离的边界。另一方面，“在事件流程有无法弄清楚细节时应该透过注意规范来准备一种安全带”，这种说法最多只适用于危险犯的立法根据，但是对于要求结果的实害犯而言，这种说法就是在彻底地否认罪疑唯轻原则了。

此外，基于实践中的重要意义，前文已在理论上阐述过的一点有必要重申。那就是必须尊重我国刑法现行规定，不能脱离法律条文现状，将刑法本来没有规定“足以发生危险”而是规定必须“导致出现……结果”才能惩罚的实害犯，依照个人的理论偏好或受国外立法影响，置换成只

[46] 前引〔1〕，周光权文。关于风险提高的判断标准更详细的阐述，参见前引〔8〕，Roxin书，边码94。

[47] 前引〔38〕，Koriath书，第492页。

[48] [德]许乃曼：《论客观归责》，陈志辉译，《刑事法杂志》1998年第6期。

[49] 正如在那个著名的案例7中，由于查不清楚谁发射的致命一枪，若两个开枪者都是出于故意，只能都认定为杀人未遂；如果开枪者都是出于过失，只能都认定为无罪。这些根据罪疑唯轻得出的被普遍认同的结论，并不会反过来证明禁止杀人的规范是无效的。

要“足以发生危险或者明显提高危险”就可以惩罚的具体危险犯。

例如，在各种交通事故发生的现场，义务违反与结果发生之间的关联性是关键问题。一方面，在实践中，各种危险驾驶和不谨慎驾驶的行为，从风险提高理论的角度去评价，大多提高了风险。例如，疲劳驾驶、超速驾驶、占路驾驶、违章停车、驾驶时接打手机或查看信息等等，如果这些行为毫无危险的话，交通管理法规就不会将其列入禁止之列。另一方面，从我国刑法的条文规定来看，交通领域的刑事不法，仅仅限制在实害犯的场所。不同于有些国家和地区将违规驾驶的行为本身单独设为犯罪，<sup>[50]</sup>我国刑法只在第133条规定了与违规驾驶有关的交通肇事罪，且明确说明，只有在致人伤亡或重大财产损失时，才成立该罪。<sup>[51]</sup>实践中，一些交通事故的出现，往往是行为人和被害人共同作用的结果。在行为人一边，可能有疲劳驾驶、超载驾驶甚至酒后驾驶等违反义务的情况，而在被害人一方，可能也有闯红灯、穿入高速公路等突发性的违规行为甚至是疾病突发的情况。此时，需要考虑的是，在司机遵守规则、履行注意义务的情况下，该事故是否可能避免？如果仅仅考虑行为人一方的义务违反提高了事故发生的风险，就将结果归责，这就混淆了刑事责任与行政责任的区分，造成刑事责任的扩大化。

案例8：在不足10米宽的混行道路上，B骑自行车在冰雪路面上骑车不稳，在向左歪倒的过程中，被A所驾驶的机动车挂倒碾压致死。经查明：A驶入自行车道15厘米（该道路未划分机动车和非机动车分道线，按照交通法规的规定，距路边1.5米的范围应是非机动车的行驶区域）。<sup>[52]</sup>

案例8几乎就是案例5的翻版。但值得注意的是，在《刑法学的现代展开》一书中，周光权教授针对该案例的分析似乎又采取了与《结果》一文相异的立场。作者认为，“交通行政管理上的责任，和刑法上所讲的责任不是同一层次的概念……在行为人超速行驶、无证驾驶、驾驶报废车辆或者未经年检的车辆上路正常行驶，但由于被害人快速横穿马路或者骑自行车逆行，导致交通事故的，司法机关不能据此认定行为人构成交通肇事罪，因为机动车驾驶者违反交通管理法规的行为，与危害结果的发生之间，没有刑法上所讲的因果关系。”<sup>[53]</sup>因此，在案例8的场合，“机动车驶入自行车道15厘米，A的行为从行政管理上看，违反了交通运输管理法规。但是，从刑法上看，即使A有过错，也并非必然导致被害人死亡，由于特殊的环境，以及事件的发生过于突然，属于A无法预见也无法避免的情况，应该按照不可抗力进行处理”。<sup>[54]</sup>不过，既然是“并非必然导致被害人死亡”，那就是说明存在导致死亡的可能性，因此不是一个“结果不可避免”的情况，而是属于“遵守义务时结果也可能发生”的状况；按照风险提高理论的看法，违规驶入自行车道15厘米，绝不同于普通的无证驾驶，而是已经实质上提高了刮撞到自行车的风险。但是，作者的论述明显没有采用风险提高理论，而实际上在运用一种可避免性理论的思路了。

#### （四）小结

对违反义务的行为人应如何归责，涉及到结果避免可能性的问题，本文的结论和根据如下：

（1）如果行为人遵守义务结果也不可避免时，应排除行为人的过失责任，理由是不具备义务违反

[50] 如德国刑法第316条规定，“行为人酒后或处于醉酒状态而驾车上路，处1年以下自由刑或者罚金。”我国台湾地区刑法第185条之3也有类似规定。

[51] 按照最高人民法院发布的《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，一般情况下，至少有1人死亡或3人重伤，才能成立该罪；而当有酒后驾驶、无证驾驶、超载驾驶等可能导致危险升高的行为时，重伤1人即可成立。这表明《解释》认为，一些导致危险提高的行为可以在一定程度上折抵结果；但是反过来也说明，无论如何，《解释》还不敢篡改立法，认为只要有这些提高危险的行为，即使没有任何人伤亡的结果，也能成立该罪。

[52] 该案例引自王立：《交通肇事罪研究》，载陈兴良主编：《刑事法判解》第7卷，法律出版社2004年版，第3页。

[53] 陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社2006年版，第461页。

[54] 前引[53]，第462页。

与结果之间的关联性；(2) 如果行为人遵守义务结果也有可能发生时，由于义务违反与结果之间的关联性是否存在无法确定，此时应根据罪疑唯轻原则对行为人做有利的认定，即认为关联性不存在，从而排除对其归责。

## 五、余论：客观归责理论的方法论意义

本文对假定因果关系和结果避免可能性问题的讨论，是在客观归责的理论背景下进行的。近年来，经过一些学者的不懈努力，客观归责理论的影响力在国内刑法学界逐渐扩张。<sup>〔55〕</sup>同时，反对的声音也不在少数，例如，周光权教授认为，“即使没有客观归责理论，似乎并不妨害我们对于因果关系是否存在进行判断；只要实质地理解类型化的实行行为概念，客观归责理论似乎也是不需要的。”<sup>〔56〕</sup>在《结果》一文中也有同样的看法，“在确定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。在有的时候，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”。

但是，这样的批评值得商榷。一方面，对于“不正确的结论”而言，客观归责理论有时候可能蒙受了“不白之冤”，被错误地“归责”。例如，对于前文所举的案例3（左右轨道案），周光权教授提出，“有的学者认为……在这个例子中……A的行为没有使得B的状况变得更坏，因而对其不能进行客观归责。但是，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，虽然因果关系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。”<sup>〔57〕</sup>的确，正如本文在前面所分析的，因为混淆了假定因果关系与结果避免可能性问题的区别，所以“不能对A归责”确实是一个“不正确的结论”。但是，这个错误并不能归咎于客观归责理论本身。假定因果关系与结果避免可能性是客观归责理论的两个下位规则，如果有学者将个别案例与一般规则的涵摄关系搞错，不能证明规则本身有错误。

客观归责理论与其说是一种单一的理论，毋宁说是一个包摄众多归责规则的集合体，像一只“有无数触角的巨大章鱼”<sup>〔58〕</sup>，或者说是“一个不断膨胀的超级范畴”<sup>〔59〕</sup>。正如许乃曼所指出的，“今天许多出现在客观归责这个标签下的想法，出自完全不同的刑法体系支持者。”<sup>〔60〕</sup>例如，本文讨论的结果避免可能性的问题，存在“可避免性理论”与“风险提高理论”两种在思路和结论上都相互对立的观点，但是，支持这两种观点的学者，基本上都是在客观归责的领域之内展开辩论。因此，在这样一个庞大、多元化也因此注定不可能完美的理论阵营面前，将客观归责的标签仅仅贴到某一个学者身上，或者将对个别学者关于某一下位规则的观点的批评，引申为对整个客观归责理论的反对，都是将缺点夸大化，却将问题简单化了。

另一方面，应该清醒地看到，既然在客观归责理论内部，各种下位规则的地位和重要性在支持者之间也存在巨大争议，那么，试图抓住其中任何一点来对客观归责理论进行反驳，都不可能

〔55〕 这方面的论文，如前引〔23〕，陈兴良文；前引〔23〕，于改之等文；倪培兴：《解读客观归责理论》，《中国刑事法杂志》2007年第1期；许发民：《风险社会的价值选择与客观归责论》，《甘肃政法学院学报》2008年第5期。专著方面，如许永安：《客观归责理论研究》，中国人民公安大学出版社2008年版；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；王扬、丁芝华：《客观归责理论研究》，中国人民公安大学出版社2006年版。

〔56〕 前引〔2〕，周光权书，第157页。

〔57〕 前引〔1〕，周光权文。

〔58〕 前引〔48〕，许乃曼文。

〔59〕 前引〔6〕，Frisch书，第31页。

〔60〕 前引〔48〕，许乃曼文。

是一种有效和有益的做法。更有建设性的讨论是，跳到客观归责理论之外，将其看作一个思潮，在方法论上进行整体评价。当然，这个任务已经超出了本文的容量，需要另文专门探讨，在此只能以余论的方式简单说明。

1. 客观归责理论提供了一种对构成要件进行实质解释的终极根据，这是条件说或相当因果关系理论无法提供的。

批评者认为，“只要实质地理解类型化的实行行为概念，客观归责理论似乎也是不需要的。”问题在于，如何实质地理解类型化的实行行为？对此，罗克辛的回答是，“正是从一种结果的造成中，得出一个构成要件的行为”。〔61〕在客观归责理论的框架下，“构成要件行为”不再是一种没有实际意义的形式名称，而是可以用“制造法所不允许的风险”得到实质的内涵。这一定义方法与国内一些学者用“对法益有实质的侵害危险”来定义实行行为相比，多了“法所不允许”的界限，从而正确地传递了限制刑法过度干预公民行动自由的理念。在这个意义上，客观归责理论早已跨越因果关系的范畴，成为一种实质的构成要件理论。这种功能，是条件说或相当因果关系说无法取代的。

2. 客观归责理论的出现，将构成要件的判断重心与判断起点，从主观部分转移到客观部分，对于我国当下的犯罪论体系变革具有重要的启发意义和推进功能，这同样也是条件说或相当因果关系理论无法实现的。

在上个世纪30年代自威尔哲尔（Welzel）提出目的行为论之后，故意进入构成要件阶层，打破了“客观违法性”的传统局面，开启了主观不法与客观不法并重的新纪元。而自从1970年由罗克辛起草蓝图的客观归责理论诞生后，局面又再度被扭转。按照罗克辛的说法，“人的意志针对的如果不是刑法上有意义的客体，则客观构成要件就不符合，之所以否认行为人的故意，正是因为先否认了客观构成要件，因此客观归责理论间接限缩了故意的范围，使得故意犯的重心由主观判断转移到客观判断的部分”。〔62〕这实际上意味着，在主观不法与客观不法的角力中，借助客观归责理论，客观构成要件的判断被推到了前台，占据了上风。在这个意义上，客观归责理论对当前我国刑法学界正在发生的犯罪论体系更替的巨变，具有推波助澜的重要意义。

笔者曾经撰文指出，传统四要件犯罪构成理论在体系上的重大缺陷之一，在于它并不是一个有内在关联性和位阶性的体系，而是仅仅处于体系形成的初级阶段，主、客观要素任意和平面地罗列，呈现出一种“要素集合”的状态，从而导致逻辑顺序的混乱和整体机能的残损。〔63〕因此，要改变这种“平面化”的缺陷，就要着力提倡要素之间的位阶化或者递进性，特别是“客观判断先于主观判断”〔64〕。其实，周光权教授也是“客观先于主观”的积极倡导者，其在《犯罪构成理论：关系混淆及其克服》一文中指出，“在中国目前流行的犯罪论体系中，缺乏评价的层次性，主观要件和客观要件同等重要，在平面式结构中看不出哪一个要件需要优先评价，也就无法防止人们先判断主观要件符合性是否存在。这种理论构架的直接后果就是人们在考虑主观要件之后才考虑客观要件，容易将没有法益侵害但行为人主观上有恶性的身体动静认定为犯罪，从而人为扩大未遂犯的成立范围，刑法就可能在某些问题上无可避免地陷入主观主义的陷阱之中”。〔65〕就这一立场来说，作者似乎本应该善待而不是反对客观归责理论。

〔61〕前引〔8〕，Roxin书，边码46。

〔62〕〔德〕罗克辛：《客观归责理论》，许玉秀译，《政法法学评论》第50期。

〔63〕参见车浩：《犯罪构成理论：从要素集合到位阶体系》，载陈兴良主编：《犯罪论体系研究》，清华大学出版社2005年版，第85页以下。

〔64〕参见陈兴良：《论犯罪构成要件的位阶关系》，《法学》2005年第4期。

〔65〕周光权：《犯罪构成理论：关系混淆及其克服》，《政法论坛》2003年第6期。

当然，客观先于主观的含义，在德国和我国并不完全相同：德国的犯罪论体系基本架构已经完成，在通说认为构成要件阶层既包括客观要素也包括主观要素的前提下，客观归责的意义是，在构成要件阶段，用客观不法限制主观不法；在我国，（新）古典三阶层犯罪论体系的架构还处在铺设期，目前更多的是在强调一个中立、客观的构成要件阶层应该先于主观化的责任阶层。尽管有这种差别，但是，作为客观归责理论核心思想的“客观先于主观”的方法，对于破除现行四要件理论中要素任意排列、缺乏逻辑顺序的弊端，无异于一场“及时雨”，是一笔重要的理论资源，具有强大的启发意义和推进功能。这一点，是局限于因果关系领域中的条件说或相当因果关系理论无法企及的。

3. 客观归责理论的抱负，是在归责问题上努力摆脱自然科学的压抑，提供刑法学特有的规范性判断的概念工具，廓清刑法学与自然科学以及其他社会科学的界限。

作为德国早期和日本现在流行的思考方式，条件说或相当因果关系理论的实质，是把在自然科学或其他社会科学领域中已经被普遍承认的概念，在刑法学领域中又赋予格外的、特殊的含义：即将自然意义上的“因果关系”改造成刑法意义上的“因果关系”；将自然意义上的“条件”改造成刑法意义上的“条件”。强调刑法学意义上的“因果关系”不同于自然意义上的“因果关系”；强调刑法学意义上的“条件”不同于自然意义上的“条件”，<sup>[66]</sup>在此基础上展开论证。

然而，因果关系和条件，这些概念和方法，本来是自然主义和科学实证主义观念的产物。而上述方法论的起源和本质，也正是自然主义和科学主义。只是，随着理论的发展，人们发现单纯依靠自然科学解决不了法律问题，于是开始努力想在自然科学的概念基础上加以改造，才有了所谓刑法上的因果关系和条件之说。但是，显而易见的是，这种改造是不彻底的。一方面，在一个自然科学问题的躯体上披上了几件社会科学规范性思考的外衣，本质上仍然无法摆脱自然科学的窠臼，相反，将事实问题与规范问题揉杂在一起，更加模糊了区分的界限，使得判断成为一种任意性的思考。

另一方面，要回答像本文中讨论的“假定因果关系为什么不影响归责”，以及“结果不可避免时为什么排除归责”之类的问题，只能用“事实——价值”，“形式——实质”的二元框架才能得到合理的解决。第一步，在事实和形式审查的层面，采用条件说去判断因果关系：若没有行为人的行为，结果是不可能出现的，因此存在因果关系。但是，归因仅仅是一个必要的前提，却不能对归责提供充分的直接根据，而必须要进入第二步，也就是价值和实质审查的阶段。在这个阶段，通过回答“为什么假定因果关系不影响归责”和“为什么结果不可避免时排除归责”的问题，进而最终完成归责的任务。而要想回答这些问题，就必须阐明义务关联性的必要性，运用合义务替代行为的思考方法，以及贯彻罪疑唯轻原则等，这些都已经是大面积甚至根本性的规范性思考而与事实无关了。仅仅依靠因果关系的事实本身，或者在因果关系的基础上加入一些规范性思维的只言片语（诸如“经验性法则”、“相当性”、“重要性”之类在任何学科中都随处可见的表述），显然是不够用的。

概言之，“条件说”只能解决事实问题，却解决不了规范性问题；“相当因果关系说”并没有独立地发展出一种法学、特别是刑法学专用的思考方式和规范性概念，而不过是在自然科学思考的轨道上喷放了一点规范性思考的迷雾，反而使得问题更加难以辨清；而客观归责理论的贡献，正是在承认自然性的因果关系的基础上，就此切断自然科学的事实审查的方式，进一步独立地迈

[66] 例如，日本学者山口厚认为，“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”。转引自前引〔2〕，周光权书，第144页。但是，这种区分是在一个本来被各个学科普遍接受的常识性概念的内涵之中，生硬地赋予刑法学的含义，反而给人造成这样的印象：刑法学并没有能力提出自身特有的概念工具，只能以这种专横的方式改造既有常识。

入规范性审查的阶段。这一步，是在努力保留之前的事实判断的单独性和纯粹性的前提下（条件说）迈出的，是在承认自然科学意义上的因果关系和条件说的重要性的基础上，又将其冷静地搁置一边，使其仅仅成为刑法学专业性思考的一个必要的前提，而非核心问题。这种从事实到价值的清晰转轨，为刑法学规范性思考的特质赢得了独立性和尊严。

---

---

**Abstract:** Hypothetical causation and possibility of avoiding result are two issues in the field of objective attribution theory. There exist certain similarities between them in appearance, but the two concepts are not only distinct in the basic nature but have different thinking methods and conclusions as to whether the result can be attributed to the perpetrator.

Hypothetical causation means that even without the act conducted by the perpetrator, the result would still be triggered by other people or events. Hypothetical causation will not affect the attribution. Firstly, what criminal law need to and also has capability to handle, are only legal or illegal cases, rather than lucky or unlucky ones. Protection on some legal interest can not be given up solely because they would be ultimately damaged or difficult to be saved. Secondly, target of attribution is the relationship between the perpetrators' act and the result as a specific constitutive requirement rather than an abstract one.

Possibility of avoiding result can be divided into two kinds of situations, that is, inevitable result and possible result. The former refers to the result which will still occur even if fully complying with the prudent duties. The latter refers to the situation whether the result will finally appear or not is uncertain. The former rejects the attribution, and whether the latter affects the attribution depends on the thinking method of "an alternative behavior of performing duties".

There exist following differences between hypothetical causation and possibility of avoiding result. Firstly, hypothetical causation makes reference to "abstract results" while the inevitable result makes reference to "concrete particular result". Secondly, hypothetical causation normally assumes "an alternative perpetrator (or event)", while the inevitable result is "an alternative behavior of performing duties". Thirdly, hypothetical causation involves two causes, while there is actually only one cause for inevitable result. Fourthly, the cause for hypothetical causation is real in fact, while the "alternative behavior of performing duties" is a thorough assumption. Fifthly, in the case of hypothetical causation, the previous causation is undoubted, while in the case of possibility of avoiding result, the correlation between the result and the violation of duties is always unclear. Sixthly, hypothetical causation does not affect attribution and can be applied both in intentional and negligent offences, while inevitable result will reject attribution and is mainly applied in negligent offences.

**Key Words:** hypothetical causation, possibility of avoiding result, alternative behavior of performing duties, risk-increasing theory, objective attribution theory

---

---