

# 过失犯的行为不法与注意义务的功能分析

柏浪涛\*

**摘要** 传统的过失论认为,“避免结果发生”这种规范是行为规范,因此判断行为不法不需要注意义务。然而,该规范仅表达结果不法,不具有行为指引功能和自由保障功能,不能塑成行为规范。唯有确立注意义务的规范,才能塑成过失犯的行为规范。基于此,“实质危险”不能代替注意义务。“法不容许的危险”也不能代替注意义务,其不是论证依据,仅是论证结论。结果不法从属于行为不法。针对行为不法的注意义务与针对结果不法的注意义务存在区别。前者针对抽象危险,后者针对具体危险及其结果。不能因为过失行为的抽象危险缺乏可罚性而否定其不法性。注意能力只是不法评价的前提条件,仅能决定注意义务是否失效,而不能决定注意义务的有无。产生注意义务的实质根据不是利益衡量,而是风险管辖。信赖原则是注意义务的分配规则,而不是预见可能性的判断规则。

**关键词** 过失犯 行为不法 注意义务 行为规范 法不容许的危险

## 一、问题的提出

我国主流理论对过失犯的研究呈现两个特点。第一,侧重研究过失犯的主观要件,绝大多数教科书将过失犯放在主观要件里加以研究。<sup>〔1〕</sup>第二,关于过失犯的客观要件,侧重研究结

\* 华东师范大学法学院教授。本文系国家社科基金一般项目“公共危险防控背景下的监督过失理论研究”(项目编号:20BFX071)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见刘艳红主编:《刑法学》(第2版),北京大学出版社2016年版,第165页;张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第367页;高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第109页。

果要件,而非行为要件。〔2〕可能的原因是,过失犯一般以造成实害结果为处罚条件。然而,在审查顺序上,应先审查是否存在行为不法。若不存在行为不法,则直接得出无罪结论。关于行为不法的审查,结果无价值论所持的修正的旧过失论(以下简称“旧过失论”)认为,若行为对法益造成现实、紧迫的危险,则该行为是过失犯的不法行为。〔3〕(二元的)行为无价值论则认为,在行为造成现实危险的基础上,还需要判断行为是否违反注意义务,是否制造了法不容许的危险;只有得出肯定结论,该行为才是过失犯的不法行为。〔4〕

例如车库通道案,2018年10月16日16时许,被告人任某驾驶小轿车,行驶至某银行大厦地下车库入口下坡通道时,没有注意到通道上躺卧的张某,与其发生碰撞,致其死亡。经查明,任某是该银行的支行职工,该地下车库仅供银行内部职工使用;该通道系机动车单向驶入车道,现场有指示牌规定“禁止行人出入车库”;张某不是该银行职工,案发时无突发疾病、醉酒、吸毒等情况,无法查明张某躺卧此处的动机。〔5〕按照结果无价值论的立场,会认为被告人任某对张某制造了现实、紧迫的危险,存在行为不法;接下来审查主观要件,若任某无法预见有人会躺在地库下坡通道,则按照意外事件作无罪处理。〔6〕然而,行为无价值论会认为,虽然任某在客观上对张某制造了现实、紧迫的危险,但是,任某若不负有“观察通道路面是否躺着人”的注意义务,没有制造法不容许的危险,则其行为没有不法性,基于此直接得出无罪结论,不需要进一步审查结果要件及主观要件。

不难发现,虽然两种理论均可能得出无罪结论,但背后的理由及其体系性地位并不相同。法律是论证的艺术,研究两种理论哪个更合理,更适合我国司法实践,具有重大的理论与实务意义。在理论研究方面,我国当前关于过失犯构造的研究主要依循日本刑法学的旧过失论与新过失论的研究框架。二者均侧重研究结果不法,旧过失论重视结果预见可能性,新过失论重视结果避免可能性。〔7〕而行为不法的指引功能和自由保障功能在该研究框架内没有得到彰显。相应的,在司法实务中,许多判决跳过行为不法的论证,直接论证结果不法及主观要件。〔8〕这种做法不符合体系审查的先后顺序,既不利于塑造国民的行为规范,也不利于保障国民的自由空间。基于这些理论与实务现状,过失犯的行为不法亟待深入研究。

〔2〕 参见黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第198页;付立庆:《刑法总论》,法律出版社2020年版,第214页。

〔3〕 参见张明楷:“论过失犯的构造”,《比较法研究》2020年第5期,第5页。

〔4〕 参见周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第212—213页。

〔5〕 参见任某过失致人死亡案,天津市和平区人民法院刑事附带民事判决书,(2019)津0101刑初277号。

〔6〕 参见张明楷,见前注〔3〕,第18页。

〔7〕 参见陈兴良:《教义刑法学》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第510—516页;付立庆,见前注〔2〕,第210—211页;张明楷,见前注〔1〕,第370—373页;周光权:《刑法总论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第160—167页。

〔8〕 参见任某过失致人死亡案,天津市第一中级人民法院刑事裁定书,(2020)津01刑终471号;李某某过失致人死亡案,上海市浦东新区人民法院刑事判决书,(2018)沪0115刑初983号;额某某过失致人死亡案,内蒙古自治区阿拉善左旗人民法院刑事判决书,(2021)内2921刑初167号。

## 二、“实质危险”无法代替注意义务

我国旧过失论者认为,某个行为只要对法益产生实质危险亦即现实、紧迫的危险,便是过失犯的不法行为,在此不需要考虑注意义务(以下简称“实质危险说”).〔9〕对这种行为不法观需要从行为规范、行为危险的角度逐次展开分析。

### (一)行为规范的要求

旧过失论及结果无价值论承认,刑法规范除了具有裁判规范的属性外,还具有行为规范的属性,〔10〕但是认为故意犯与过失犯违反的是同一个行为规范,例如故意杀人罪和过失致人死亡罪违反的都是“避免死亡结果的发生”.〔11〕这是实质危险说的立论基础。不过,这种看法值得仔细推敲。

第一,虽然故意犯与过失犯的共同规范是“避免危害结果的发生”,但是该规范无法塑成行为规范。其主要理由,一是行为规范应具有指引功能。一个规范在内容上如果缺乏明确性、方向性,则无法发挥指引国民行为举止的功能,国民会无所适从。〔12〕二是行为规范应具有刑罚的威吓功能。一个规范的内容如果不够明确,则无法发挥威吓效果。〔13〕三是行为规范应具有自由保障功能,亦即应当划分清楚国民的自由空间。正因如此,罪刑法定原则要求行为规范具有明确性。根据以上要求,“避免危害结果的发生”无法成为行为规范。一方面,该规范是从结果角度作的要求,不是对行为类型作的要求。该规范只是从事后角度规制一种因果关系,而没有从事前角度描述造成结果的行为特征。〔14〕而且,这里的因果关系表达的是“无 A 则无 B”的条件关系。根据条件关系所寻找的原因是宽泛的、无限制的,对于规制行为而言是没有意义的。〔15〕另一方面,该规范是从反面角度作的要求,是一种消极要求,不是从正面角度作的要求,不是一种积极要求。这种特点导致该规范在内容上缺乏行为特征,无法成为具体的行为规范。例如,班主任对学生甲讲,“你应避免生病”,对学生乙讲,“你应饭前洗手”。对甲的指示不能成为行为规范,而对乙的指示能够成为行为规范。概言之,“避免结果的发生”不能指引人们的行为,因此不能成为合格的行为规范。〔16〕从抽象程度看,“避免危害结果的发生”属于最高层级的刑法规范。对该规范,需要按照故意犯与过失犯的类型进一步具体化。

〔9〕 参见张明楷,见前注〔3〕,第 8 页。

〔10〕 参见张明楷,见前注〔1〕,第 31 页。

〔11〕 参见张明楷,见前注〔3〕,第 9—10 页。

〔12〕 参见(日)高桥则夫:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社 2020 年版,第 188 页。

〔13〕 参见许玉秀、陈志辉合编:《不疑不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,新学林股份有限公司 2006 年版,第 521 页。

〔14〕 Vgl. Georg Freund/Frauke Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2019, § 2 Rn. 33 ff.

〔15〕 Vgl. Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., 2013, § 15 Rn. 667.

〔16〕 Vgl. Thomas Weigend, Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, FS Gössel, 2002, S. 131.

第二,“避免危害结果的发生”落实到故意犯中,其规范内容便是“在认识到危害结果可能发生的情况下,禁止意欲制造它”。其中存在“意欲制造危害结果”的要素,表明其内容具有明确性和方向性。<sup>[17]</sup>在“避免危害结果发生”的基础上增加“意欲”要素,便能塑成行为规范。

第三,过失犯中不存在“意欲制造危害结果”的要素,而仅有“避免危害结果的发生”。后者仅表达了结果不法,而行为规范应当蕴含行为不法。只有回答了“如何避免危害结果的发生”,才能塑成行为规范。特别是疏忽大意的过失,由于行为人没有认识到危害结果的发生,对其提出“避免危害结果的发生”的要求是没有意义的,因为命令规范的适用应以行为人认识到规范内容为前提。<sup>[18]</sup>为了回答“如何避免危害结果的发生”,必须向行为人提出注意义务,将其作为行为准则,以此界定危险的范围,如此才能勾勒出完整的行为规范。例如,潘某组织多人帮忙收割自家地里的玉米,杜某驾驶货车负责装运玉米,在倒车时,未注意观察车后情况,轧死在地里捡拾玉米的潘某。<sup>[19]</sup>司机杜某的确违反了“避免死亡结果的发生”这一规范,但是这只能说明杜某制造了不法结果。唯有指出杜某违反了注意义务“倒车时应查看车后是否有人”,才能说明杜某实施了不法行为。在此,“倒车时应查看车后是否有人,以避免危害结果的发生”便是具体的行为规范。概言之,一个规范要成为具有指引功能的行为规范,必须从事前角度明确确定遵守者面临的具体情景。<sup>[20]</sup>只有规定“履行具体的注意义务,以避免危害结果发生”,才能成为行为规范。<sup>[21]</sup>

旧过失论认为,由于故意犯与过失犯违反的行为规范相同,因此二者的构成要件也是相同的。例如,《刑法》第115条第1款规定放火罪,第2款规定:“过失犯前款罪的,处……”这表明放火罪与失火罪的构成要件是相同的,区别仅在于责任要素。<sup>[22]</sup>这种看法将构成要件定位为客观构成要件,否认故意、过失是主观构成要件,亦即认为故意、过失不是不法构成要件要素,而是责任要素。<sup>[23]</sup>然而,以上观点实际上是心理责任论的观点。心理责任论认为,责任的本质是制造违法行为的有缺陷的心理活动。<sup>[24]</sup>心理责任论将故意、过失等心理事实与责任等同视之。这种做法将评价对象与评价本身混为一体。责任是对违法事实的否定评价。违法事实是评价对象,责任判断是评价本身。这便是违法与责任的对应原则。汉斯·韦尔策尔(Hans Welzel)便指出,“故意是责任要素”这种观点将责任视为一种特定的心理态度;其实,某种心理态度可以具有责任,但它不是责任本身。<sup>[25]</sup>规范责任论的进步在于区分了评价对象

[17] 参见高桥则夫,见前注[12],第188页。

[18] 参见(日)井田良:《刑法总论的理论构造》,秦一禾译,中国政法大学出版社2021年版,第104页。

[19] 参见杜某过失致人死亡案,内蒙古自治区阿拉善左旗人民法院刑事判决书,(2022)内2921刑初19号。

[20] Vgl. Freund/ Rostalski (Fn. 14), § 2 Rn. 42.

[21] Vgl. Karl Engisch, Zur „Natur der Sache“ im Strafrecht, FS Schmidt, 1961, S. 102.

[22] 参见张明楷,见前注[3],第12页。

[23] 参见张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第87页。

[24] 参见(德)李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第257页。

[25] Vgl. Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 4. Aufl., 1961, S. 40.

与评价本身。规范责任论的首倡者莱茵加尔德·弗兰克(Reinhard Frank)便指出,责任的本质在于从规范角度对心理事实进行价值评价,亦即对心理事实的可谴责性或非难可能性。<sup>[26]</sup>概言之,故意这种心理事实是责任评价的对象,是表示主观违法事实的主观构成要件,而不是所谓的“责任要素”。因此,放火罪与失火罪的主观构成要件显然是不同的。《刑法》第115条第2款规定是一种引证罪状,仅仅是为了避免重复描述而援引了放火罪的客观构成要件。不能以该款规定为由,认为放火罪与失火罪的构成要件完全相同。

## (二) 危险样态的特征

除了主观构成要件不同之外,故意行为与过失行为的客观危险样态也不相同。前田雅英认为,过失行为对法益制造的危险在程度上轻于故意行为对法益制造的危险。<sup>[27]</sup>然而,这种看法值得推敲。例如,甲蓄意谋杀王某,向王某开枪,子弹从王某的耳边飞过。又如,猎人乙在擦枪时,不慎触动扳机,子弹从李某的耳边飞过。从客观的危险程度来讲,甲、乙的子弹都是从他人的耳边飞过,很难说,乙制造的危险要轻于甲制造的危险。故意行为的危险与过失行为的危险虽然在程度上不存在必然的差异,但是在样态上有所不同。故意行为具有目的性,对危险流具有支配性,因此危险流具有方向性和明确性。过失行为缺乏目的性,对危险流缺乏支配性,因此危险流具有任意性。<sup>[28]</sup>上述案例中,甲对王某制造的危险具有支配性和方向性,乙对李某制造的危险具有任意性。

正因如此,在遵守“避免危害结果的发生”这一规范方面,对故意犯和过失犯的要求有所不同。由于故意行为的危险具有支配性和方向性,因此,行为人只要不意欲制造危害结果,就能避免危害结果的发生。由于过失行为的危险具有任意性,因此,要避免危害结果的发生比较困难。结果无价值论者也认为,在结果避免可能性的程度上,过失犯低于故意犯。<sup>[29]</sup>其内在原因便是,故意行为的危险具有支配性,而过失行为的危险具有任意性。因此,要避免过失行为危险导致危害结果,最有效的办法就是完全杜绝这种危险,否则只要存在这种任意性的危险,就有可能演变成危害结果。然而,如此一来,国民的自由空间会遭受明显不当的限缩,正常的生活状态将难以为继。例如,只要在道路上驾驶机动车,就存在轧死人的危险。要避免这种死亡结果,最有效的办法是禁止在道路上驾驶机动车。然而,若采取这种“零风险”措施,则国民的出行自由会受到严重不当的限制。可行的办法是,确立一些注意义务,只要驾车时遵守这些注意义务,那么制造的危险一般是可预料和可控制的危险,而非完全任意的危险。

旧过失论者认为,由于故意犯和过失犯中均存在违反结果避免义务,因此,根据结果避免义务无法区分故意犯与过失犯的不法行为。<sup>[30]</sup>然而,通过以上分析可知,虽然根据“避免结果的发生”无法区分故意犯与过失犯的不法行为,但是根据行为规范的要求及危险样态的特

[26] Vgl. Reinhard Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 11 f.

[27] 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第185页。

[28] 参见柏浪涛:“构成要件错误的本质:故意行为危险的偏离”,《法学研究》2018年第3期,第142页。

[29] 参见张明楷,见前注[1],第368页。

[30] 参见张明楷,见前注[3],第8页。



征,能够区分故意犯与过失犯的不法行为。相反,旧过失论在此会得出不妥当结论。例如向猪圈抛物案,某村村民甲住在独家小院,后院有个猪圈。某晚,甲从二楼向猪圈扔一袋饲料,未料有个流浪汉乙在猪圈,被砸死。根据旧过失论,甲的行为在客观上侵害了乙的生命,属于不法行为,制造了不法结果;在责任阶层,由于缺乏结果预见可能性,甲不存在过失,属于意外事件。然而,将甲的行为认定为不法行为,意味着该行为具有刑法的违法性或禁止性。那么,甲以后还能否向自家猪圈扔饲料?旧过失论的回答是,可以扔,但不能砸死人。问题是,要避免砸死人,甲就必须履行查看猪圈是否有人的义务。然而,要求甲向自家猪圈扔饲料时,负有查看猪圈是否有人的义务,明显侵犯了甲的自由。根据行为无价值论,甲不负有该项注意义务,因此甲的行为不是不法行为,基于此直接得出无罪结论。在该案中,旧过失论认为,意外事件的无罪理由是缺乏有责性。<sup>[31]</sup>实际上,意外事件的首要无罪理由是缺乏不法性。

### (三)危险程度的要求

旧过失论者认为,关于过失犯,不需要根据注意义务来控制行为本身,只需要要求行为人将行为的危险性降低至通常不可能导致危害结果的程度。<sup>[32]</sup>例如超速案,在限速40公里的道路上,甲以时速60公里驾车行驶,撞死从路边突然跑出来的小孩。刑法评价的对象不应是甲的超速驾驶行为,而是“以时速60公里驾车撞死小孩”。刑法只禁止直接导致危害结果的危险行为,至于是否违反“禁止超速”的义务,则只是判断危险程度的资料。换言之,甲的不法行为是直接导致小孩死亡的高度危险行为。甲应当将车速降至不可能导致死亡结果的程度。至于应否“低于时速40公里”,则只是判断这种危险程度的参考资料。<sup>[33]</sup>不难看出,这种观点是根据危险的程度来决定危险行为是否具有不法性,亦即行为制造了具有导致结果的紧迫危险时,便是不法行为。然而,这种观点(以下简称“紧迫危险说”)值得推敲。

第一,这种观点仅从“避免结果发生”的角度考察过失行为,仍将过失犯的行为规范视为“避免结果发生”。如前文所述,这种观点不符合过失犯关于行为规范的明确性要求。并且,按照这种观点,甲以时速60公里超速驾驶,若没有撞死小孩,则甲的行为属于合法行为。这种结论显然不妥。行为的不法性应当以行为本身的准则或规范来判断,而不应以是否造成结果来判断。<sup>[34]</sup>

第二,紧迫危险说的理论依据是行为功利主义,认为应当根据行为功利主义判断行为不法。<sup>[35]</sup>然而,行为功利主义不能成为衡量行为不法的依据。行为功利主义认为,行为的正确与否应根据行为本身所带来的结果的善与恶来评判。规则功利主义认为,行为的正确与否应

[31] 参见张明楷,见前注〔1〕,第384页。

[32] 参见(日)山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第245页。

[33] 参见(日)曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第118页。

[34] 参见(德)韦尔策尔:《目的行为论》(增补第4版),陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,第48页。

[35] 参见张明楷:“行为功利主义违法观”,《中国法学》2011年第5期,第113页。

根据规则所带来的结果的善与恶来评判。<sup>〔36〕</sup>按照行为功利主义,每个行为都应该追求效用最大化,国民应当选择效用最大化的行为,而不是其他可供选择的行为。<sup>〔37〕</sup>例如,当十字路口无人无车时,司机可以闯红灯;当十字路口有人有车时,司机不能闯红灯。然而,根据规则功利主义,应当考察遵守规则所产生的最大效用。如果“禁止闯红灯”的规则得到普遍遵守,则整体上会显著减少交通事故的发生。可见,行为功利主义仅仅是“算个别的账”,而规则功利主义“算的是总账”,显然“算总账”更“划算”,因此应当遵守规则。

不过,规则功利主义有理想的规则功利主义与现实的规则功利主义。前者要求规则得到绝对遵守,不能有任何例外。后者认为在满足特定条件下允许存在例外。<sup>〔38〕</sup>判断行为不法应采取现实的规则功利主义。例如送医案,甲开车送心脏病发作的母亲去医院,在路口无人无车时可以闯红灯。结果无价值论者认为,制造数不清的例外,那么规则就无法成为规则。<sup>〔39〕</sup>然而,现实的规则功利主义制造的例外,是制度化的例外,而非个别化的例外。例如,上述送医案所制造的例外,已经被制度化为违法性阻却事由亦即紧急避险。

第三,紧迫危险说认为,司机只需要将危险降至不可能发生结果的程度即可,因此不需要设立“禁止超速”的义务。然而,“将危险降至不可能发生结果的程度”也是一种义务。这种义务貌似对行为人的要求不高,实则要求很高,会不当地限缩行为人的自由。这是因为,“将危险降至不可能发生结果的程度”是法官事后的视角判断,或者是第三方的“天眼”视角判断,而不是行为人在行为时的视角判断。采用法官事后的视角判断,属于“事后诸葛亮”,判断结论(应将危险降至某个程度)是行为人在行为时所无法预知的,这对行为人不公平。若采用行为人在行为时的视角判断,则行为人必须诚惶诚恐“心中没底”地不断降低危险。例如,在超速案中,甲为了确保将危险降至不可能发生危害结果的程度,确保不会撞死从路边突然跑出来的小孩,只好将车速降至20公里。如此一来,甲的正常驾车自由便不当地受到限制。法律不能对司机提出如此高的期待。只要司机按照允许的速度驾驶,此时产生的风险便属于“剩余的风险”,亦即容许存在的无法消除的额外风险。<sup>〔40〕</sup>所以,为了保障行为人的行为自由,应当为其确立行为准则或注意义务,如此才能明晰行为人的自由空间。

归纳言之,仅用“制造实质危险”来界定过失犯的行为不法,既无法满足过失犯行为规范的明确性要求,也无法满足自由保障功能。唯有确立注意义务方能满足这些要求。因此,关于过失犯行为不法的判断,“实质危险”无法代替“注意义务”的功能。这一点,也符合我国刑法第15条的规定。其中的“应当预见”表示的便是一种预见义务。可见,实质危险说不符合刑法第15条关于预见义务的规定。

〔36〕 参见(澳)J. J. C. 斯玛特、(英)伯纳德·威廉斯:《功利主义——赞成与反对》,劳东燕、刘涛译,北京大学出版社2018年版,第15页。

〔37〕 参见(美)劳伦斯·索伦:《法理词汇》,王凌峰译,中国政法大学出版社2010年版,第40页。

〔38〕 同上注,第41页。

〔39〕 参见张明楷:“论被允许的危险的法理”,《中国社会科学》2012年第11期,第122页。

〔40〕 参见(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:“论所谓‘不被容许的’风险”,陈璇译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第34卷),北京大学出版社2014年版,第226页。

### 三、“容许危险”无法代替注意义务

实质危险说是旧过失论及结果无价值论的观点。而在新过失论及行为无价值论内部,存在“法不容许的危险”理论(以下简称“容许危险理论”)。该理论认为,过失犯的行为不法是指行为制造了法不容许的危险。关于容许危险的地位,行为无价值论内部存在两种观点。第一种观点认为,关于过失犯的行为不法,只需要根据客观归责理论中“制造法不容许的危险”判断即可,“违反注意义务这一要件并没有超越一般的客观归责标准,而且比后者更为模糊,所以是不必要的”,亦即“容许危险”可以代替“注意义务”(以下简称“替代理论”)。<sup>[41]</sup>第二种观点认为,“制造法不容许的危险”是违反注意义务的一种效果,因此“容许危险”是个没有必要存在的概念。<sup>[42]</sup>此外,还有折中观点认为,注意义务仅是协助判断容许危险的一个资料。<sup>[43]</sup>结果无价值论对容许危险持否定态度,因为其用实质危险来判断过失犯的行为不法。<sup>[44]</sup>“容许危险”究竟能否代替“注意义务”,是否具有独立价值,需要细致论证。

#### (一)“法律重要意义”的剖析

替代理论的第一项理由是,“行为在法律上是否具有重要意义”可以代替注意义务。例如流星砸死案,甲约女友乙在某地见面,不料乙在该地被流星砸死。甲没有实施不法行为,不是因为违反了某种注意义务,而是因为制造了法律上具有重要意义的危险。<sup>[45]</sup>所谓在法律上没有重要意义的行为,是指具有社会相当性的生活行为,例如劝说他人散步、洗澡、走楼梯等。这些行为一般来说没有危险,即使有危险,危险也很小,为法律所忽略。<sup>[46]</sup>

然而,“在法律上不具有重要意义”或“具有社会相当性”实际上属于论证结论,而非论证依据。例如劝坐飞机案,甲劝说乙乘坐飞机,希望飞机失事导致乙死亡。乙便乘坐飞机,飞机果真失事导致乙死亡。“重要意义”的观点会认为,甲无罪的理由是,“劝人乘坐飞机”这种行为在法律上不具有重要意义,是一种生活行为,具有社会相当性。然而,如果甲知道飞机上被人安装了炸弹,仍劝乙乘坐飞机,飞机爆炸导致乙死亡,那么按照这种观点,由于“劝人乘坐飞机”是法律上不具有重要意义的行为,因此对甲应作无罪处理。这种结论显然不妥当。不难发现,决定甲的劝说行为是不是不法行为,不是看其行为是否具有“重要意义”或“社会相当性”,而是看甲是否故意或过失地制造危险。正如乌尔斯·金德霍伊泽尔(Urs Kindhäuser)所言:“不是社会相当性的概念‘做主决定了’行为欠缺刑法上的重要性,恰恰相反,是行为在刑法上的意义划

[41] Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band. I, 5. Aufl., 2020, § 24 Rn. 12.

[42] 参见金德霍伊泽尔,见前注[40],第226页。

[43] 参见吕英杰:“论客观归责与过失不法”,《中国法学》2012年第5期,第122页。

[44] 参见张明楷,见前注[39],第112页。

[45] Vgl. Roxin/ Greco (Fn. 41), § 24 Rn. 11.

[46] Vgl. Roxin/ Greco (Fn. 41), § 11 Rn. 55.



定了社会相当性的边界。”〔47〕概言之，“在法律上不具有重要意义”是论证结论，而非论证依据。回到上文流星砸死案，甲的约会行为之所以是法律上没有重要意义的行为，是因为甲没有故意或过失制造危险。甲没有过失制造危险，是因为甲对流星坠落这种事件没有注意义务。

## （二）行为不法的价值与结果归责的条件

替代理论的第二项理由是，违反注意义务的行为往往产生的只是抽象危险，然而，结果归责的归责对象应是产生具体危险的行为；应根据结果归责中关于归责对象的条件来衡量违反注意义务，亦即判断注意义务的违反是为结果归责服务的，不能孤立地判断注意义务的违反。〔48〕然而，这种看法值得商榷。这里涉及行为不法与结果不法的关系，需要细致梳理。

一方面，行为不法具有独立存在价值。结果不法就故意犯罪而言，主要涉及既遂与未遂的问题，并不涉及犯罪成立问题。决定犯罪成立的是行为不法。结果不法就过失犯罪而言，的确涉及犯罪成立问题，亦即过失行为只有导致实害结果一般才值得处罚。在此，结果不法只是处罚条件；不能认为，没有结果不法，则行为没有不法性；行为的不法性与可罚性是两个不同的问题。韦尔策尔便认为，行为是否具有不法性，并不取决于是否引起不法结果，发生不法结果的意义仅在于不法行为具有了刑法的重要性或可罚性。〔49〕例如，司机甲在街边倒车时，没有履行观察车后情况的义务，车辆快要撞向行人乙，在最后一刻，行人丙拉了乙一把，避免了被撞。虽然甲的行为没有导致不法结果，但不能因此认为甲的倒车行为缺乏不法性。因此，沃尔夫冈·弗里施(Wolfgang Frisch)认为，行为是否创设了危险，不是结果归责的问题，而是构成要件行为符合性的问题；在认定行为属于构成要件行为的基础上，才能开始讨论结果归责问题，该问题是构成要件行为与结果之间的联系问题。〔50〕

另一方面，结果不法不具有独立性。陈璇认为，结果不法具有独立性，例如横穿马路案，司机甲完全遵守交通规则驾车行驶，行人乙突然横穿马路，与甲的车辆相撞，乙死亡；甲的行为没有不法性，但不能说乙的死亡结果是正当的，这个死亡结果是法律消极评价的法益侵害结果，是法律所反对的。〔51〕言下之意，该死亡结果属于不法结果。金德霍伊泽尔也认为，虽然甲的行为是被容许的，但是这对结果不法没有影响，“行为合法”的意义仅在于不法结果无法归责于行为。〔52〕换言之，乙的死亡属于不法结果，只是该不法结果不能归责于甲的行为，因为甲的行为缺乏不法性。

然而，这种观点值得斟酌。法规范的评价存在两个层级。第一个层级是，评价“法益是否遭受了损害”。第二个层级是，为了预防这种法益损害，需要提出“应为”规范；违反“应为”规范导致的法益损害，具有不法性，也称为法益侵害性。上文横穿马路案中，行人乙的死亡结果仅

〔47〕 参见金德霍伊泽尔，见前注〔40〕，第229页。

〔48〕 Vgl. Roxin/ Greco (Fn. 41), § 24 Rn. 12.

〔49〕 Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S. 136.

〔50〕 Vgl. Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 66 f.

〔51〕 参见陈璇：《刑法归责原理的规范化展开》，法律出版社2019年版，第100页。

〔52〕 Vgl. Urs Kindhäuser, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, GA 1994, S. 216 f.

属于第一个层级的法益损害结果,而不属于第二个层级的具有不法性的法益侵害结果,因为司机甲没有违反“应为”规范。法规范均反对发生两个层级的结果,但是这里的“反对”是有差别的。对第二个层级的法益侵害结果,法规范的“反对”具有“禁止”的法律效力,因为通过“应为”规范运行,这种法益侵害结果具有可避免性、可禁止性。但是,对第一个层级的法益损害结果,法规范的“反对”只是一种“不希望”,只是表达一种“遗憾”,不具有“禁止”的法律效力。所以,第一个层级的结果可以称为法益损害结果,但不能称为“不法结果”。所以,克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)也认为,“在刑法中,不存在没有行为不法的结果不法”。<sup>[53]</sup> 概言之,行为不法具有独立性,而结果不法应从属于行为不法。<sup>[54]</sup>

### (三)作为义务与注意义务的辨析

替代理论的第三项理由是,将过失犯理解成违反注意义务,容易给人一种错误印象,亦即将过失的作为犯解释成不作为犯。<sup>[55]</sup> 通常认为,在过失的作为犯中,行为人没有履行注意义务。这种说法存在规范逻辑上的错误。实际上,在过失的作为犯中,例如在使用火柴时,不是命令实施一个遵守注意义务的行为,而是禁止实施一个不谨慎的行为。<sup>[56]</sup> 旧过失论也批评道,将过失行为理解成违反注意义务,会取消过失犯中作为与不作为的区别,<sup>[57]</sup> 或者增加过失犯与不作为犯的区分困难。<sup>[58]</sup>

关于注意义务与作为义务的关系,需要以过失的不作为犯为分析样本。例如救生员案,游泳馆负责看护的救生员甲沉迷玩手机,没有注意到水中的乙腿抽筋及呼救声,没有施救,乙溺亡。甲构成过失的不作为犯。甲构成不作为犯,是因为甲没有履行作为义务,亦即阻断危险、救助乙。甲构成过失犯,是因为甲没有履行注意义务,亦即观察发现泳池中的危险,并避免危险现实化为结果。

在过失的不作为犯中,注意义务与作为义务是交叉重合的关系。第一,注意义务中的预见义务。理论上将该预见义务也称为内在义务。<sup>[59]</sup> 上文救生员案中,甲只要沉迷玩手机,不观察水中情况,便违反了预见义务。由于此时没有顾客产生溺亡危险,因此尚不产生救助义务,亦即尚不存在不作为。正因如此,就过失的不作为犯而言,没有履行注意义务中的预见义务是没有履行作为义务的起因。例如,正因为甲没有注意到泳池中乙的危险,导致甲没有履行救助义务。第二,注意义务中的避免义务。理论上将该避免义务也称为外在义务,是指应当避免危险及结果的发生。<sup>[60]</sup> 而作为义务是指应当阻断危险及防止结果发生。就此而言,二者的内

[53] Vgl. Roxin/Greco (Fn. 41), § 10 Rn. 96.

[54] Vgl. Welzel (Fn. 49), S. 136.

[55] Vgl. Roxin/Greco (Fn. 41), § 24 Rn. 12.

[56] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, § 9 Rn. 6.

[57] 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215页。

[58] 参见郑超:“过失犯的实行行为性与规范构造”,《政治与法律》2023年第5期,第88页。

[59] Vgl. Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 2. Aufl., 1930, S. 271 f.

[60] A. a. O., S. 275 f.

容是相同的。二者是对同一事项的不同表述。山口厚便认为,避免义务与作为义务是相同的义务,二者没有区别,因此在过失犯中区分作为犯与不作为犯没有特别意义。<sup>〔61〕</sup>就此而言,对二者没有必要进行区分。

通过上述系列分析可知,“容许危险”与“注意义务”的关系是,“注意义务”是论证依据,“容许危险”是论证结论。用“法不容许的危险”来论证行为的不法性,存在循环论证之嫌。循环论证的一种表现是,前提当中已然包含结论(待推导的命题)。这种论证不会有创造性。<sup>〔62〕</sup>“因为行为制造了法不容许的危险,所以行为具有不法性”,这种推论中,“制造法不容许的危险”实际上是“不法性”的另一种表达,因为“不法性”就是在表达法对危险的一种禁止态度。这种推论属于用同义命题推导同义命题,类似于“因为他的行为违反了法律的禁止性规定,所以他的行为具有不法性”,这属于同义重复描述,并未揭示实质根据,不具有创造性。

#### 四、注意义务的注意内容

通过以上分析,能够明确,注意义务是判断过失犯行为不法的必需要件,不能被“实质危险”及“容许危险”所代替。接下来需要辨析注意义务的注意内容。我国主流理论认为,注意义务是指结果预见义务和结果避免义务。<sup>〔63〕</sup>新过失论重视其中的结果避免义务。<sup>〔64〕</sup>然而,这种注意义务是针对结果不法而言的,其注意内容是预见并避免具体危险现实化为实害结果。这是一种具体化的注意义务。而针对行为不法的注意义务与此并不相同,其注意内容是预见并避免行为制造抽象危险。这是一种类型化的注意义务,也称谨慎义务或行为准则。学界对这种注意义务及其内容研究不多,因此需要深入剖析。

##### (一)抽象危险说之提倡

针对行为不法的注意义务的注意内容是行为对法益制造抽象危险,而非具体危险(以下简称“抽象危险说”)。其主要理由是,第一,具体危险是指向结果不法的危险,能够解释结果不法,但是不能解释行为不法。如前文所述,行为不法是行为本身的特征,具有独立性,不受结果不法所左右。例如,甲在街边倒车,此时甲负有注意义务,应当查看车后方是否有人。甲若不履行查看义务而倒车,则制造了一种危险。即使甲倒车没有撞死人,也不能否认该危险的存在。第二,抽象危险是一种类型化危险,能够发挥行为规范的指引功能,从而塑成行为规范。具体危险的形成取决于许多具体条件。例如,甲不查看后方而在街边倒车,这种抽象危险要演变为具体危险,需要有个人碰巧站在车后方。一方面,这个具体条件带有偶然性。若考虑这种偶然因素,则无法塑造行为准则“在街边倒车时必须履行查看义务”,因为行为准则需要具有普

〔61〕 参见山口厚,见前注〔32〕,第245页。

〔62〕 参见(德)托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第269页。

〔63〕 参见高铭暄等,见前注〔1〕,第112页;付立庆,见前注〔2〕,第211页。

〔64〕 参见周光权,见前注〔7〕,第167页。

遍效力,不能受偶然因素所左右。另一方面,这种偶然因素是通过事后判断得出的结论。甲在倒车时没有履行查看义务,则意味着不知道后方是否有人。“后方有人,撞死了人”,是法官事后做出的判断,是为了结果归责所做的判断。为了结果的认定,所做的判断属于事后判断,而为了判断行为的危险,只能进行事前判断亦即行为时判断。<sup>[65]</sup>

上述抽象危险说可能遇到的第一项质疑是,如果认为针对行为不法的注意内容是抽象危险,而针对结果不法的注意内容是具体危险现实化为实害结果,那么从抽象危险如何“跳跃”到具体危险?实际上,抽象危险与具体危险并非截然对立的两种危险。虽然一般是从抽象化程度划分这两种危险,但是从紧迫程度也能划分这两种危险,亦即抽象危险是一种较为缓和的危险,具体危险是较为紧迫的危险。<sup>[66]</sup>既然可以从紧迫程度划分抽象危险与具体危险,那么二者完全可以呈现前后发展关系。

上述抽象危险说可能遇到的第二项质疑是,过失犯的实行行为应是对法益制造具体危险的行为,而抽象危险说不符合过失犯关于实行行为的要求。实际上,这种质疑主要是概念界定问题。过失犯的实行行为要求对法益制造具体危险,主要是为了认定结果不法及结果归属。<sup>[67]</sup>因此,在认定结果归属时,过失犯的行为可称为“实行行为”。然而,在认定过失犯的行为时,应先认定行为的不法性,确认行为具有不法性后,再认定行为的结果归属功能。在认定行为的不法性时,过失犯的行为宜称为“不法行为”。

上述抽象危险说可能遇到的第三项质疑是,该说实际上是危惧感说,具有危惧感说的不足。危惧感说又称“新新过失论”,是指在预见可能性的程度方面,不要求是具体的预见可能性,只要求是抽象的预见可能性,亦即只要具有危惧感、恐惧感、不安感即可。<sup>[68]</sup>该说的不足在于,行为人仅具有抽象的预见可能性,便证立结果不法及责任。然而,上文所述的抽象危险说仅是证立过失犯的行为不法。对于结果不法的证立,要求的注意内容是预见并避免具体危险现实化为实害结果。因此,抽象危险说与危惧感说并不相同。

## (二) 过失行为的不法性与可罚性

针对上述观点,结果无价值论认为,过失行为没有造成实害结果,仍然认为行为制造了抽象危险,进而认为行为具有不法性,那么,“按照这个逻辑,过失犯也应当处罚未遂犯,但各国刑法并非如此”。<sup>[69]</sup>言下之意,既然各国刑法不处罚过失犯的未遂犯,便表明“过失犯的行为不法是制造抽象危险”的观点缺乏立法依据。

然而,这种推论值得斟酌。在此,需要厘清过失行为的不法性与可罚性的逻辑关系。“行为具有不法性”是“行为具有可罚性”的必要条件,但不是充分条件。行为是否具有可罚性或需

[65] Vgl. Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 6.

[66] 参见张明楷:“危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷”,《政法论坛》2012年第6期,第137页。

[67] 参见杜宇、毕海燕:“论过失犯实行行为的识别”,《清华法学》2023年第1期,第129—130页。

[68] 参见(日)大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第181页。

[69] 张明楷,见前注[3],第9页。



罚性,还受制于其他因素,如人身危险性、预防必要性及刑事政策等。但是,不能因为行为不具有可罚性,就认为行为不具有不法性。过失犯的不法行为仅制造危险,未制造实害结果的,是否具有可罚性,是争论激烈的问题。传统理论在讨论该问题时常使用“过失犯的未遂”的表述。<sup>[70]</sup>实际上,这种表述是一种“语言陷阱”,因为所谓未遂,是与既遂相对而言的,一般要求存在意欲因素,而过失犯不存在意欲因素。准确的表述应当是“过失犯的行为危险”。结果无价值论认为,过失犯的不法行为制造了实害结果才值得处罚,仅制造危险则不值得处罚。<sup>[71]</sup>实际上,过失犯的不法行为仅制造危险,对此予以处罚的立法例并不鲜见。例如,德国《刑法典》第328条规定,违反行政法义务,运输放射性材料,足以危害他人健康的,处5年以下有期徒刑;过失犯本罪的,处3年以下有期徒刑。类似条文规定为数不少,我国刑法也有类似规定。例如,交通肇事罪的不法行为之一是醉酒驾驶。以往,仅醉酒驾驶,未致人死亡的,不值得处罚。现今,仅酒醉驾驶,便值得处罚,构成危险驾驶罪。这表明,交通肇事罪的不法行为(醉酒驾驶)本身具有可罚性,亦即醉酒驾驶仅制造了抽象危险也具有可罚性。通过以上分析可知,各国刑法是否处罚过失犯的不法行为有其特殊考量,因此不能根据各国的立法规定来否定过失犯行为不法的独立价值。

### (三) 注意义务与注意能力

关于注意义务的内容,当前一种有力的观点认为,注意义务在本质上是一种能力维持规范,亦即将行为人遵守行为规范(避免结果发生)的能力维持在一定水平之上;注意义务的内容是“你应当小心谨慎地确保自己拥有正确认知法益侵害危险的能力”。<sup>[72]</sup>注意义务的本质,不是告诉行为人应当“注意什么”,而是要求行为人必须“保持注意”。<sup>[73]</sup>概言之,注意义务的“义务”是维持避免结果发生的能力的义务。对这种观点(简称维持能力说)需要仔细考证。

维持能力说的第一项理由是“超出能力则义务无效”(ultra posse nemo obligatur)的原理,以此凸显注意能力的重要性。<sup>[74]</sup>然而,该原理表达的是,若超出履行能力,则无需对违反义务承担不利后果。该项原理有时被表述为“超出能力则无义务”。<sup>[75]</sup>给人的印象是,有无能力能够决定有无义务。然而,有无能力是实然范畴的事实判断,有无义务是应然范畴的价值判断。根据新康德主义,从“实然”并不能推导出“应然”,也不能否定“应然”,价值世界是个相对独立的世界。<sup>[76]</sup>所谓“能力越大,则责任越大”,仅仅是一种社会责任的宣传提倡,而非法

[70] 参见廖正豪:《过失犯论》,三民书局股份有限公司1993年版,第139页。

[71] 参见张明楷:《未遂犯论》,法律出版社1997年版,第16页。

[72] 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138页。

[73] 参见刘鹿鸣:“风险升高理论与过失犯的归责转向”,载江湖主编:《刑事法评论》(第46卷),北京大学出版社2022年版,第163页。

[74] 参见陈璇,见前注[72],第137页。

[75] 参见(德)罗斯塔夫斯基:“规范论与过失”,马寅翔译,载赵秉志等主编:《当代德国刑事法研究》(第2卷),法律出版社2017年版,192页。

[76] 参见(德)G. 拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第7页。

律依据。这是因为,“能为”代表自由,“应为”代表不自由,自由不能等于不自由。<sup>〔77〕</sup> 京特·雅科布斯(Günther Jakobs)认为,如果不考虑行为人的控制能力,则行为规范将失去效用。<sup>〔78〕</sup> 这只是表达,缺乏能力,则规范无效,但并不意味着不存在规范。“义务规范是否存在”与“义务规范是否有效”,是两个不同的概念。不能因为义务规范无效,便认为不存在义务规范。申言之,不能认为,若无注意能力,则无注意义务;而应认为,若无注意能力,则违反注意义务的行为不具有不法性。因此,“具有注意能力”只是对“违反注意义务”进行不法评价的前提条件,而“负有注意义务”才是不法评价的主体性条件。

此外,旧过失论认为,舍弃行为人的能力,脱离具体的预见可能性,用注意义务设立行为基准必定是不明确和缺乏现实意义的。例如,某路口的红灯信号被树荫完全遮蔽,一般司机不可能知道有红灯,行为人驾驶车辆致人伤亡。在这种场合,不可能根据一般的行为基准判断驾驶人是否有过失。<sup>〔79〕</sup> 言下之意,若行为人缺乏预见能力或预见可能性,则设立注意义务是没有意义的,因此不需要设立注意义务。然而,“能为”只能决定“应为而不为”的评价效果,亦即当不具备“能为”条件时,对“应为而不为”的评价结论是不具有不法性。但不能因此认为,不必存在“应为规范”,亦即“能为”不能决定“应为”。换言之,如果司机在当时情况下无法预见红灯信号的存在,那么其闯红灯的行为不具有不法性。但是,不能因此认为没有必要设立红灯信号规则。

维持能力说的第二项理由是,注意义务规范不等于过失犯的行为规范,行为规范的功能在于防止法益侵害状态的出现,而注意义务规范的功能并不在于直接防止法益侵害结果的发生,而在于将行为人避免结果发生的能力维持在一定水平;行为规范是法益保护规范,注意义务规范是能力维持规范。<sup>〔80〕</sup> 如果行为违反注意义务规范,但未导致法益侵害,则不值得刑法关注,因为这种违反注意义务规范并未转化为违反行为规范。<sup>〔81〕</sup>

这种看法将过失犯的行为规范理解为“避免法益侵害结果的发生”。但是,如前文所述,行为规范应具有指引性和明确性。“避免结果发生”缺乏明确性和方向性,仅表达了结果不法,无法塑成行为规范。只有回答了“如何避免结果的发生”,才能成为行为规范。为此,必须向行为人提出注意义务的具体要求,才能描述出完整的行为规范。因此,注意义务规范是过失犯行为规范的内在要素,二者并非对立或并列关系,而是部分与整体的关系。所以,不能用行为规范的功能之一“防止法益侵害结果的发生”来要求或衡量注意义务规范,不能因为注意义务规范不能直接防止法益侵害结果的发生,便降低注意义务具体内容的功能价值。

〔77〕 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153页。

〔78〕 Vgl. Günther Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 66.

〔79〕 参见张明楷,见前注〔39〕,第116页。

〔80〕 参见陈璇,见前注〔51〕,第51页。

〔81〕 参见刘鹿鸣,见前注〔73〕,第163页。

## 五、注意义务的实质根据

通过以上论述可知,针对行为不法的注意义务是应当预见并避免行为对法益制造抽象危险。问题是,这种注意义务的产生根据是什么?目前,主流理论认为,注意义务主要有三项来源根据:一是法律规定,二是职务、业务规定,三是公共生活准则。<sup>[82]</sup>然而,这种来源根据属于形式性列举,并没有揭示注意义务的实质根据。因此,对注意义务的实质根据需深入探究。

### (一)社会角色理论的检视

社会角色理论认为,一个人在社会结构中担任某种社会角色,其按照社会角色做出的行为即使蕴含危险,也属于容许的危险。<sup>[83]</sup>这是因为,在一个匿名交往的社会,不可能按照具体个人的个别化能力提出交往要求,只能按照一定标准提出交往要求,这个标准主要是通过社会角色来构造。例如,一名生物学专业的大学生,临时在餐馆做服务员,根据自己的专业知识发现蔬菜沙拉中含有有毒物质,但仍端给顾客。在此不能期待该大学生使用自己的专业知识去发现有有毒物质。其行为符合服务员的角色要求。<sup>[84]</sup>社会角色理论主要是用来说明“容许危险”的实质根据,也被用来说明注意义务的实质根据。

对该理论,主流的批判意见是,若该服务员已经发现有有毒物质,则刑法能够期待其避免危害结果的发生;其故意不避免,则构成故意杀人罪。在此,行为人承担什么职业角色并不重要。<sup>[85]</sup>然而,这种看法是就故意犯罪而言的。问题是,假如该服务员没有发现有有毒物质,是否构成过失致人死亡罪?对此,需要判断该服务员是否负有发现有有毒物质的注意义务。结论应该是否定的,因为根据职业角色,作为负责端菜的服务员,不负有发现有有毒物质的注意义务。由此可见,社会角色理论对过失犯注意义务的判断,似乎具有一定的说服力。

然而,用社会角色理论来说明注意义务,仍是形式化的描述,并未揭示实质根据。按照社会角色理论,角色具有稳定性,由此产生的注意义务也应具有稳定性;在承担同一种角色的前提下,不应该有时具有注意义务,有时又没有注意义务。然而,身为司机,有时候可以根据信赖原则免除一定的注意义务。社会角色理论对此无法予以合理解释。其背后原因在于,社会角色理论是以匿名交往的社会为模型,由此提出标准化的交往要求。这是站在宏观角度观察社会结构,是社会学中系统论的观点。然而,刑法教义学在分析具体个案时,需要考察具体行为人在具体处境中的义务。一般化或类型化的社会角色只能提供一种参考标准,但不能直接决定义务的有无及其具体内容。

[82] 参见高铭暄等,见前注[1],第112页;黎宏,见前注[2],第194页;付立庆,见前注[2],第213页。

[83] Vgl. Günther Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung, ZStW 89(1977), S. 19 ff.

[84] Vgl. Günther Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl., 2008, S. 97 ff.

[85] 参见陈璇,见前注[51],第89页。

## (二) 利益衡量理论的考证

当前主流理论认为,“容许危险”的实质根据是基于功利主义的利益衡量理论。卡尔·恩吉施(Karl Engisch)认为,为了实现法秩序所允许的目的,可以允许国民制造危险,但是要综合衡量所追求的目的的实现可能性,以及制造危险的行为侵害法益的可能性。<sup>[86]</sup> 前田雅英指出,被容许的危险的大小与该行为所带来的价值成正比,与该行为对法益造成实害的可能性成反比。<sup>[87]</sup> 喻浩东指出,利益衡量应以制度利益为核心。<sup>[88]</sup> 基于同样的原理,利益衡量理论也成为注意义务的实质根据,是否设立某项注意义务,取决于维护该项义务的利益与设立该项义务所付出的成本之间的比例关系。<sup>[89]</sup> 然而,上述看法值得进一步探讨。利益衡量理论并不能成为注意义务的实质根据,仅是一种佐证(辅助理由)。

第一,从“实然”不能推导出“应然”,“应然”只能从另一个“应然”推导出。<sup>[90]</sup> 利益衡量只是一种“实然”的论证,而注意义务是一种应然规范,从利益衡量无法推导出注意义务。注意义务只能从另一个义务规范推导出。例如,甲好好学习会考上大学,但不能据此推导出“甲有义务好好学习”。亦即依据功利主义的效用论无法推导出义务。

第二,依据效用推导义务,会侵害他人的权利。利益衡量理论认为,为了追求较大利益,可以牺牲较小利益。这意味着,这种义务的形成与履行,并非出自个体的自主意愿,而是来自集体的强制。<sup>[91]</sup> 然而,刑法的基本机能是承认个人的主体地位,保障个人的自由与人权。如果一味追求公众安全利益最大化,那么有可能侵犯个人利益。例如,紧急避险的正当化根据是通过利益衡量保护优越利益。但是,如果一味保护优越利益,则会强制性牺牲第三人的利益。譬如,甲为了避免大雨淋湿自己身上的名贵西装,夺过一旁衣衫褴褛的乙的雨伞。按照利益衡量,甲可以成立紧急避险。这种做法显然侵犯了乙的人格尊严。<sup>[92]</sup>

第三,需要利益衡量的场合一般是存在利益冲突的场合。然而,许多场合并不存在利益冲突,但依然存在注意义务。例如,游泳馆的救生员负有观察泳池中顾客状况的义务。在此不存在利益冲突,不需要利益衡量,但依然产生注意义务。归纳言之,利益衡量并非产生注意义务的实质根据,而是一种辅助理由,亦即在产生注意义务后,可以通过利益衡量论证,设置该注意义务会带来哪些“好处”,以此佐证和补强设置注意义务的合理性。

## (三) 风险管辖理论的提倡

注意义务本质上是一种风险管辖义务。该义务的来源根据是自我负责的义务,亦即每个

[86] Vgl. Engisch (Fn. 59), S. 288.

[87] 参见前田雅英,见前注[27],第181页。

[88] 参见喻浩东:“被容许的风险——法理表达与实践展开”,《法制与社会发展》2022年第6期,第147页。

[89] 参见金焱:“论过失犯注意义务的具体化”,《清华法学》2022年第6期,第85页。

[90] 参见(奥)汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),雷磊译,法律出版社2021年版,第7页。

[91] 参见周漾沂:“风险承担作为阻却不法事由——重构成容许风险的实质理由”,《中研院法学期刊》第14期(2014年),第192页。

[92] 参见黎宏:《刑法总论问题思考》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第351页。



人的责任领域是自己的行动范围,有义务避免侵害他人的法益。<sup>[93]</sup> 约翰·密尔(John Stuart Mill)的危害性原则也认为,一个人自由的界限是不侵害他人的利益,在保障社会成员不受侵害方面,每个人都负有义务;如果对他人的利益造成危害结果或者危险,那便超出了自由的界限。<sup>[94]</sup> 申言之,一个人在社会生活中,既享有自由空间,也负有在自由空间内管辖风险的义务。由该风险管辖义务便产生对危险源的管辖义务。该管辖义务主要包括三项义务类型。第一项义务是对自己危险行为的管辖义务。第二项义务是对自己的危险物的管辖义务。第三项义务是对他人危险行为的管辖义务。除此之外,如果行为人对危险源没有管辖义务,但是自愿管辖危险事项,那么基于这种自愿也产生管辖义务。这种管辖义务的根据在于尊重自主权。行为人既然自愿管辖危险事项,那么刑法对此应予以尊重。这种管辖义务主要存在于两种情形。第一,职务、业务关系。行为人若自愿从事某项职务、业务,则意味着对该职务、业务涉及的危险事项负有管辖义务。若违反此类注意义务,则构成业务过失。第二,自愿保护关系。行为人若自愿保护他人,则意味着对对方的危险事项负有管辖义务,由此产生注意义务。

### 1. 安全规则

在社会各个领域,一般都存在成文或不成文的安全规则。这些安全规则可以成为注意义务的参考依据。关于安全规则的价值,罗克辛认为,违反安全规则仅仅制造了抽象危险,在具体场合有可能变得不危险,因此违反安全规则的行为并不一定制造了法不容许的危险,亦即并不一定具有不法性。<sup>[95]</sup> 不可否认,若十字路口无人无车,则司机闯红灯的确不会制造具体危险。但是,不能因此认为司机的这种行为缺乏不法性。一方面,如前文所述,过失犯的行为不法是指制造抽象危险,而非具体危险。不能仅用是否制造具体危险来衡量行为的不法性。具体危险的价值在于结果归责及结果不法。不能将结果不法的判断条件用于判断行为不法。另一方面,如前文所述,行为的不法性与可罚性是“两码事”。不能因为可能不处罚这种“闯红灯”行为,便认为该行为是合法的。

关于安全规则的效用,张明楷认为,行业规范、技术规范等安全规则,有时具有滞后性,甚至是错误的,不能成为过失犯行为不法的依据,因此没有必要根据注意义务来塑造行为基准。<sup>[96]</sup> 对该看法需要仔细甄别。不可否认,安全规则只是行为人判断自己行为是否属于危险行为的方法之一,仅是行为人判断自己有无注意义务的参考依据,而不是注意义务本身。<sup>[97]</sup> 亦即,违反安全规则并不必然违反注意义务。<sup>[98]</sup> 但是,不能据此认为注意义务没有塑造行为规范的功能。换言之,判断一个事物的某种方法失效,不意味着这个事物便失去价值功能。如前文所述,通过注意义务来塑造行为规范,具有不可或缺的价值。

[93] Vgl. Heribert Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 6.

[94] 参见(英)约翰·密尔:《论自由》,尹丽莉译,煤炭工业出版社2017年版,第79—86页。

[95] Vgl. Roxin/Greco (Fn. 41), § 24 Rn. 16.

[96] 参见张明楷,见前注[3],第10—11页。

[97] 参见韦尔策尔,见前注[34],第45页。

[98] 参见许泽天:《刑法总则》(第3版),新学林出版股份有限公司2022年版,第518页。

关于安全规则的地位,西田典之认为,将安全规则作为注意义务来塑造行为基准,就会导致业务过失致死罪成为违反注意义务的行为的结果加重犯。这显然不妥。<sup>[99]</sup>然而,一方面,结果加重犯的成立前提是基本犯具有可罚性。而违反注意义务的行为仅具有行为的不法性,不一定具有可罚性。另一方面,当违反注意义务的行为具有可罚性,此时将业务过失致死罪视为前者的结果加重犯未尝不可。例如,违反禁止醉驾的义务,在我国具有可罚性,构成危险驾驶罪。由此过失导致他人死亡的,则构成交通肇事罪。张明楷便认为,可以将交通肇事罪视为危险驾驶罪的结果加重犯。<sup>[100]</sup>

## 2. 义务分配与信赖原则

如果危险的产生涉及到两个人,则需要分析哪个人的行为违反了注意义务。此时涉及注意义务的分配问题。对此需要依据信赖原则加以处理。信赖原则,是指行为人能够信赖他人履行注意义务,他人因未履行注意义务而导致的结果,不能归责于行为人,因为行为人没有违反注意义务。例如闯红灯相撞案,司机甲看到绿灯,能够信赖面对红灯的司机乙停止行驶,乙驾车闯红灯,与甲驾驶的 vehicle 相撞,该结果不能归责于甲。<sup>[101]</sup>虽然司机甲负有观察路况、谨慎驾驶的注意义务,但是在本案具体情境中,此时注意路况的义务应当分配给乙,而不能分配给甲,亦即此时甲不负有观察对面司机是否会闯红灯的注意义务。

关于信赖原则的功能定位,第一种观点认为,信赖原则是用来说明预见可能性,亦即当行为人能够合理信赖被害人会做出适当行为时,通常认为行为人对被害人的不适当行为缺乏预见可能性。<sup>[102]</sup>例如,在上文闯红灯相撞案中,基于信赖原则,司机甲无法预见司机乙竟然闯红灯。然而,审查顺序应是,先判断行为人是否违反预见义务,如果违反了预见义务,接下来评价违反预见义务的行为是否具有不法性,此时需要考察预见可能性;若缺乏预见可能性,则违反预见义务的行为不具有不法性。信赖原则首先决定的是预见义务的分配,而非预见可能性的有无。第二种观点认为,信赖原则是用来说明行为的危险性,亦即根据信赖原则,行为人的行为便缺乏实质危险(现实紧迫的危险),进而不属于不法行为。这主要是旧过失论的观点。<sup>[103]</sup>例如,在上文闯红灯相撞案中,基于信赖原则,司机甲的向前行驶行为没有危险性,不是不法行为。问题是,旧过失论是从存在论角度理解危险,行为只要在客观上具有现实紧迫危险,就是不法行为。基于此,司机甲驾车向前行驶,会与司机乙的车辆相撞,在客观上存在现实紧迫危险,因此应属于不法行为。而旧过失论又认为,基于信赖原则,甲的向前行驶行为没有危险。这种判断显然属于价值衡量,这种危险观属于规范论范畴的危险观,已经与旧过失论所持有的存在论范畴的危险观不相一致。实际上,旧过失论者也承认,“与信赖原则密切相关的是

[99] 参见(日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第210页。

[100] 参见张明楷,见前注[66],第139页。

[101] Vgl. Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 65), § 33 Rn. 30.

[102] 参见西田典之,见前注[99],第223页。

[103] 参见(日)桥爪隆:“过失犯的构造”,王昭武译,《苏州大学学报(法学版)》2016年第1期,第125页;张明楷,见前注[1],第389页。

危险分配的法理。危险分配的法理所讨论的是,在认定过失犯时,对加害人与被害人应分别提出什么注意义务”。<sup>[104]</sup>亦即,注意义务的分配决定了危险的分配。质言之,如果不借助注意义务的分配法理,则无法说明,原本客观存在的危险为何又变得没有危险了。

关于信赖原则的判断依据,赫里伯特·舒曼(Heribert Schumann)认为,信赖原则的判断依据是自我负责原则,亦即一个人只需要对自己的行为负责,只要自己的行为没有违反注意义务,就不需要根据他人的行为来调整自己的行为。<sup>[105]</sup>按照这种观点,司机只要自己没有闯红灯,即使看到他人已经在闯红灯,也能够信赖他人会退回去,亦即自己可以继续向前行驶。这种结论显然不妥当。

自我负责原则是注意义务的主要产生根据。然而,信赖原则主要解决的不是注意义务的产生问题,而是注意义务的分配问题,具体而言是注意义务的免除问题。信赖原则的判断依据应是利益衡量,亦即如果必须一直注意他人可能的不当行为,那么正常的社会交往便难以为继。<sup>[106]</sup>在此需要衡量将注意义务分配给哪一方,社会效用会更大。需要提醒的是,这里采用利益衡量,并不意味着利益衡量是产生注意义务的实质根据。利益衡量只是分配注意义务或免除注意义务的一种方法标准。

回到文首车库通道案,作为司机,任某的确负有观察路况、保护行人安全的注意义务。但是,在该案的具体情境中,注意义务应分配给谁,需要利益衡量。一种分配方案是将注意义务分配给被害人张某,亦即张某应注意车库入口通道不是适合躺卧之处,禁止在此处躺卧。这种分配不会增加张某额外的成本,履行该义务是很容易的,并未侵蚀张某的自由或利益。另一种分配方案是将注意义务分配给被告人任某,亦即任某应注意入口通道路面是否有人躺卧。这种分配意味着每位司机每次进入地库下坡通道时,均须履行该项义务。这无疑给每位司机增添了过重的注意力成本,侵蚀了司机“在地库通道通行无阻”的利益。经过权衡,不应将注意义务分配给司机。基于此,被告人任某不存在违反注意义务的问题,其行为不属于不法行为,因此可直接得出无罪结论。此后,不需要再论证结果不法及预见可能性的问题。实务机关将本案的论证重点放在结果预见可能性上,判断被告人主观上有无过失心理。<sup>[107]</sup>这种论证思路实际上是旧过失论的观点,忽视了行为不法及注意义务的论证,不利于发挥注意义务的行为指引功能和自由保障功能。

## 六、结 语

认定过失犯的不法行为体现了不同的危险观。在相互交往、密切分工的现代社会,国民要

<sup>[104]</sup> 张明楷,见前注[1],第390页。

<sup>[105]</sup> Vgl. Schumann (Fn. 93), S. 6 ff.

<sup>[106]</sup> Vgl. Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004, § 15, Rn. 68.

<sup>[107]</sup> 参见任某过失致人死亡案,见前注[8]。

想自由地工作与生活,例如驾车出行、生产作业等,必然会输出风险。将这些客观危险一概予以禁止,既是不可能的,也是不可欲的,必须对其予以界分。结果无价值论以结果为导向进行界分,只要危险不具有导致结果的可能性,便不予禁止。由此,行为人义务将危险降低至不可能导致结果的程度。这种要求若是法官事后的视角判断,则属于“事后诸葛亮”,对行为人不公平。这种要求若是行为人在行为时的视角判断,则行为人只好“心中没底”地不断降低危险,如此便不当地限缩了国民的自由空间。其症结在于,结果无价值论采取了自然主义的危险观,“人”在其中缺乏主体性地位,只是自然因果流程中的一个“风险因子”。行为无价值论采取规范主义的危险观,以人本主义为导向,为了保障国民的行为自由,依据注意义务确立行为准则,以此界分客观危险,行为只要没有违反注意义务,所制造的危险便是法所容许的危险,不具有不法性。注意义务本质上是风险管辖义务。该义务来自自我负责的原则。在自我负责这一原则下,人的主体性地位既能得到保障,人的自由与义务也能达至有机统一。

---

**Abstract:** The traditional theory of negligence suggests that the norm “to avoid the occurrence of results” is a behavioral norm, meaning that the unlawfulness of an action does not require consideration of the duty of care. However, this norm only indicates the unlawfulness of the result and lacks the function of guiding behavior or protecting freedom, and thus cannot form a behavioral norm. Only by establishing the norm of a duty of care can the behavior norm of negligence be shaped. Consequently, “substantial danger” cannot replace the duty of care, nor can “legally impermissible risk” replace it, as it is not an argument but a conclusion. The unlawfulness of results is subordinate to the unlawfulness of actions. There is a distinction between the duty of care regarding the unlawfulness of actions and that regarding the unlawfulness of results. The former addresses abstract danger, while the latter concerns specific dangers and their results. The abstract danger of negligent actions, lacking punishability, does not negate their unlawfulness. The capacity for attention is merely a precondition for assessing unlawfulness, determining only whether the duty of care is invalidated, not its existence. The substantive basis for the duty of care is not the weighing of interests but the management of risk. The principle of reliance is a rule for the allocation of the duty of care, not a criterion for assessing foreseeability.

**Key Words:** Negligence Offences; Illegal Act; Duty of Care; Behavior Norm; Legally Impermissible Risk

---

(责任编辑:车 浩)