

注意义务的规范本质与判断标准

陈璇*

内容提要：注意义务本质上是能力维持规范，其机能在于将行为人遵守行为规范的能力维持在一定的水平之上。因此，注意义务概念以行为人有遵守行为规范之心却无遵守行为规范之力为适用前提。从刑法目的、理论思维以及政策效果等方面综合分析，注意义务“标准人”的设定，只能以行为人本人的能力为基础。通过填充规范可以类型性地推断注意义务，也可以划定被容许的风险的边界，但行为人的能力始终是业务过失犯中判断注意义务违反性的“压舱石”。一方面，司法者需要借助个人能力关联性标准对填充规范加以甄别；另一方面，被容许的风险的成立，除了要求行为须符合填充规范，还要求行为人在实施行为时现实地处于欠缺结果避免能力的状态。

关键词：过失犯 注意义务 标准人 被容许的风险

一、问题的提出

过失犯是我国刑法理论研究中长盛不衰的热点，注意义务更是过失犯论的传统重心所在。⁽¹⁾但是，随着域外新旧过失论与客观归责论的引入，我国晚近的过失犯研究，将目光更多投向了过失犯中与归责学说直接相关的合义务替代行为、注意义务的规范保护目的、被害人自我答责等新的学术增长点，也更热衷于对过失犯的体系构造进行宏观的改革尝试，却相对忽视注意义务的规范本质和判断标准这个更具本源意义、与司法实践的联系也极为紧密的问题。

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。

(1) 近二十年来，我国刑法学界以注意义务为题出版的代表性著作，见周光权《注意义务研究》，中国政法大学出版社1998年版；程皓《注意义务比较研究——以德日刑法理论和刑事判例为中心》，武汉大学出版社2009年版；刘期湘《过失犯中的违反注意义务研究》，经济科学出版社2009年版；饶璟《刑法中的医事注意义务研究》，光明日报出版社2016年版。

近年来，不少学者和实务界人士对我国司法机关在认定过失犯时将行政责任与刑事责任相混同的弊端多有指摘。⁽²⁾其实，这一积弊不过是传统注意义务研究的深层病灶显现于外的症状而已。我国过失犯论的通说和判例向来习惯于对刑法以外的成文规范采取全盘拿来的态度，主张在业务过失领域，注意义务的确定依据就是相关领域内法律、法规、职务、业务所规定和要求的义务；在普通过失领域，注意义务则源自日常生活准则或社会规范。⁽³⁾这就引出了一个在理论上亟待回答的问题：刑法以外的法律、法规或规章等填充规范，与过失犯的注意义务究竟是何种关系？同时，众所周知，与故意犯相比，刑法对于过失犯构成要件的规定总体上呈现出开放性的特点，这导致需要由司法者来填补和具体化的空间较大。故欲真正厘清填充规范与注意义务的关系，就不能停留在就事论事的层次，而需要借助规范论的思维以及刑法目的论的视角，追根溯源对注意义务的规范本质展开研讨。

二、能力维持规范与“标准人”的设定

(一) 注意义务的规范本质：能力维持规范

刑法的任务无疑是保护法益。但是，与民法不同，刑法实现这一目标的途径并不是使已然遭受损害的法益恢复原状或者获得赔偿，而是通过对行为人处以刑罚，保证行为规范在将来不再被违反，从而预防性地维护法益的安全。一句话，刑法是通过维护行为规范的效力，间接地实现法益保护。⁽⁴⁾因此，无论故意犯还是过失犯，都是以违反行为规范的方式给法益造成损害或者损害危险的行为。不过，故意犯和过失犯在违反行为规范的方式上，存在重大差别。弄清这一差别及其产生根源，是揭示注意义务本质的关键。

案例 1：保姆甲受雇为一对夫妇照看其两岁的幼子乙。甲因患有高血压，每日需服用降压药硝苯地平片。某日，夫妇二人均外出上班，甲服用降压药后，未如平日那样把药及时锁入抽屉，而是将其放在客厅沙发上，随即进入厨房做饭。乙进入客厅玩耍时，将药当作糖果吃下了半瓶，后经抢救无效死亡。

按照“超出能力所及范围的义务无效”（*impossibilium nulla est obligatio*）的原理，“规范仅以那些由人所实施的、能够以可操控的方式避免造成法益损害的举动方式为其对象”。⁽⁵⁾因此，规范违反性的成立是以行为人具备遵守行为规范的能力为前提的。就故意犯而言，行为人对于法益侵害的危险有明确的认识，这就足以说明，行为人是在有能力遵守行为规范从而可以避免法益侵害的情况下，有意以违背行为规范的方式引起法益侵害。拿案例 1 来

(2) 参见张明楷《交通肇事的刑事责任认定》，《人民检察》2008年第2期，第5页；王良顺《交通事故责任与交通肇事罪的认定》，《甘肃政法学院学报》2009年第6期，第82页；刘艳红《交通过失犯认定应以结果回避义务为基准》，《法学》2010年第6期，第142页；张卫彬、叶兰君《交通肇事罪中的责任认定》，《法学》2012年第11期，第157页以下。

(3) 参见高铭喧主编《刑法学原理》第2卷，中国人民大学出版社1993年版，第94页；马克昌主编《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第353页；林亚刚《犯罪过失研究》，武汉大学出版社2000年版，第115页以下；前引〔1〕，程皓书，第207页；陈兴良《刑法适用总论》上卷，中国人民大学出版社2017年版，第161页。判例中的相关论述，见福建省厦门市湖里区人民法院（2007）湖刑初字第264号刑事判决书；山东省菏泽市中级人民法院（2016）鲁17刑再6号刑事裁定书。

(4) Vgl. Freund, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2017, vor § 13 ff. Rn. 65 ff.

(5) Gössel, Norm und fahrlässiges Verbrechen, FS-Bruns, 1978, S. 46.

说,假设甲是因为雇主曾经克扣其工资而怀恨在心,为实施报复而有意将降压药放置在乙容易接触到的地方,那么,既然甲自始至终都知道该行为具有导致乙死亡的危险,就说明其完全有能力恪守“不得致他人死亡”的禁令,故乙的死亡结果自然可以归责于甲。但是,过失犯的行为人却是在对行为的法益侵害危险缺乏认知的情况下引起损害结果,因此,行为人在实施危险行为时就不可能现实地具备遵守行为规范从而避免法益侵害的能力。仍以案例1为例,假设甲服用完降压药,眼看午饭时间临近,便只顾着去厨房做饭,随手将药瓶丢在沙发上。由于甲在当时根本没有意识到放置药瓶的行为具有致乙死亡的危险,其就没有能力防止自己实施该危险行为。本来,“不知者不为罪”,一旦行为人在实施行为时不具备遵守规范的能力,似乎就难以认为行为人以违反行为规范的方式造成了法益侵害。于是,在结果归责的链条中出现了一个空缺。那么,在这种情况下,认定过失行为具有规范违反性的根据又在哪里?

刑法不仅要求公民必须保证自己在现实具备遵守规范能力的情况下避免违反规范,而且要求公民应当保证自身具有为遵守规范所必需的能力,防止其出现不当的下降。⁽⁶⁾尽管过失犯的行为人在实施法益侵害行为时处于无能力的状态,但其本人对于自己陷入此种状态是负有责任的。一旦行为人调动必要的注意、集中一定的精力,就完全可以使自己对行为的危险性具备正确的认识,也就可以使自己一直现实地具备遵守规范的能力。换言之,虽然“心有余而力不足”常常是使行为人免于对损害结果负责的理由,但如果这种“力不足”的状态恰好是行为人自己不慎引起的,那么由此造成的结果依然可以归责于行为人。于是,行为人不当降低自身遵守规范的能力,就成为成立过失犯不法的前提和根据。而用于衡量行为人是否不当降低能力的标尺,就是其是否违背了必要的谨慎义务,即注意义务。根据上述,可以得出两个基本判断:

首先,注意义务规范并不等同于行为规范。我国学者在论及过失犯的本质时,往往习惯于将过失犯的行为规范违反性等等同于注意义务违反性。⁽⁷⁾然而,根据前文的分析,在过失犯的结果归责中,行为规范与注意义务规范发挥着不同的功能。行为规范的内容是“不得侵害法益”,其功能是防止法益侵害状态的出现。而注意义务的内容是“你应当谨慎地确保自己拥有正确认知法益侵害危险的能力”,其功能并不是直接防止法益侵害结果的发生,而是将行为人避免结果发生的能力维持在一定的水平之上。⁽⁸⁾因此,从本质上说,行为规范是法益保护规范,注意义务则是能力维持规范。

其次,与故意犯相比,过失犯中规范违反的实现方式具有间接性的特点。具体来说,故意犯的行为人是在现实具备规范遵守能力的情况下侵害法益,所以,我们无需借助任何中间环节即可一步到位认定其行为的规范违反性。然而,过失犯的行为人是在欠缺规范遵守能力的情况下侵害法益。因此,对于过失犯,唯有借助注意义务违反这一中介,才能真正说明其行为的规范违反性;唯有将行为人违反注意义务的举动与其后的法益侵害行为结

(6) Vgl. Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, S. 313; Kindhäuser, Zur Funktion von Sorgfaltsnormen, FS-Schünemann, 2014, S. 147.

(7) 参见黎宏《过失犯研究》,载刘明祥主编《过失犯研究——以交通过失和医疗过失为中心》,北京大学出版社2010年版,第4页。

(8) Vgl. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 227.

合起来，才能形成完整的结果归责链条。注意义务违反性之所以属于过失犯的不法构成要件要素，关键即在于它的存在使行为人欠缺结果避免能力的事实状态具备了规范上的可谴责性，从而在法益侵害与行为规范违反之间建立起了内在关联。

从过失犯中规范违反的间接性特点出发，可以推导出以下两个命题：

首先，刑法处罚过失犯给公民自由造成的限制比处罚故意犯更大。当刑法处罚故意犯时，它发出的要求不过是，公民只要具备足够的规范遵守能力就不得违反行为规范。这种仅限于“害人之心不可有”的禁令，对于任何一名忠诚于法规范的公民来说，都不会给其日常的行动自由带来额外的过度负担。可是，一旦刑法将处罚的触角延伸至过失行为，就对公民提出了更高的要求。因为此时，公民只有遵守规范的意愿还不够，还必须努力保持自身遵守规范的能力不下降。这势必要求人们在社会生活中腾出一部分精力、放弃一部分自由，谨慎维持自己的认知水平。正因为如此，为防止对公民自由造成过度妨碍，一方面必须保持处罚过失犯的例外性，即刑法第15条第2款所规定的“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”；另一方面，在客观法益侵害程度相同的情况下，过失犯所受的处罚应轻于故意犯。

其次，注意义务的适用前提是，行为人对于遵守行为规范“有心无力”。故意犯的认定之所以无需借助注意义务概念，是因为在故意犯中并不存在因行为人欠缺规范遵守能力而可能无法归责的问题。我们在日常生活中也不难体会到这样的道理：对于存心要把一件事弄砸的人，根本不存在对其办事能力的强弱进行评价的问题；只有对于本意是把事办好的人，我们才有必要进一步追问，他的办事能力是否达到了理想的水准。同理，探讨规范遵守能力，也始终是以行为人愿意遵守行为规范为前提的。⁽⁹⁾既然故意犯的行为人本来就反对、敌视行为规范，其行为的规范违反性就不存在疑问，没有必要专门考察行为人遵守规范、避免损害结果的能力。只有在过失犯中，由于行为人忠诚于规范的态度并没有改变，故欲将法益侵害结果归责于行为人，就必须肯定行为人对于自己欠缺规范遵守能力负有责任。这时，才有进一步探讨注意义务违反的必要。

（二）注意义务“标准人”的设定：一元行为人标准说

在判断某一行为是否违反注意义务时，需要设定一个“标准人”，以此衡量行为人是否不当降低了自身的危险认知能力。设定标准人的关键问题是：如何确定该标准人的先天资质和后天素养，是以某个抽象的一般人为准，还是以具体个案中的行为人为准。对此，我国的通说和判例主张的是将一般人标准和行为人标准相融合的所谓折中说，认为应当“以主观标准为根据、以客观标准作参考”。⁽¹⁰⁾近年来，有学者赞同新过失论所倡导的二元注意义务标准说（以下简称“二元标准说”），主张注意义务违反性的判断具有不法和责任的

(9) Vgl. Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 63; Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 36.

(10) 参见高铭喧、马克昌主编《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2017年版，第116页。相同的观点参见赵秉志《过失犯罪的基础理论问题探讨——以注意能力和注意义务为中心》，载高铭喧、赵秉志主编：《过失犯罪的基础理论》，法律出版社2002年版，第27页；黎宏《刑法学总论》，法律出版社2016年版，第195页。相关判例参见湖北省武汉市中级人民法院（2010）武刑终字第00012号刑事判决书；广东省汕头市龙湖区人民法院（2015）汕龙法刑初字第254号刑事判决书。

双重意义：在不法阶层应采一般人标准，在责任阶层则应以行为人为标准。⁽¹¹⁾

笔者认为，标准人的设定只能以行为人本人的能力为基础，一般人标准并无合理性与存在的必要。理由如下：

1. 标准人之争只涉及“力素”而无关“心素”

有学者担忧，如果采取行为人标准，就“会出现行为人是否具有预见能力，完全由行为人自己说了算的局面。如在‘他平常就是个稀里糊涂的人，不可能预见会发生这样的后果’的场合，法律就对其无能为力”。⁽¹²⁾这种看法忽视了标准人设定中“力素”与“心素”的区分，误以为行为人标准说是将行为人的能力和行为人对法益的态度一并纳入标准人的设定中。

所谓标准人是由“心素”和“力素”两部分组成的，前者是指对法益安全谨慎负责的态度，后者则是指维持自己认知水平的能力。法律义务是对特定人为或者不为某种举动的期待，发出这种期待的主体只能是法规范，而不可能是某个人。⁽¹³⁾这是因为，要求公民对法益抱有足够尊重的态度，是法秩序基于规范目的和政策考量对所有社会成员发出的统一要求。所以，将为维护法益安全所必需的谨慎态度作为标准人的“心素”，乃标准人设定的基本前提；失去了这个前提，注意义务的判断就毫无规范标准可言。一贯草率莽撞的人并没有因为视听感官受损或者体能智商低下而出现能力不济的状况，他只是长期以来不愿积极调动自身的精力去予以关切，放任自己形成了怠于小心谨慎的习性。既然这类人欠缺的不是注意能力，而是时刻提醒自己细心谨慎的决心，那么，无论是一般人标准还是行为人标准，都会毫无疑问地判定其偏离了标准人尺度。

2. 注意义务标准的个人化乃刑法目的之内在要求

首先，民法、刑法对于注意义务标准的设定存在差别。

二元标准说之所以在不法阶层的注意义务判断中坚持一般人标准，很大程度上是基于法益保护的考量。即，纵然行为人缺少认识与避免损害结果的能力，但既然其造成的损害结果不能由被害人承受，那么，在行为人的行为违反客观注意义务的情况下，仍有必要在不法阶层明确宣示该举动属于符合过失犯构成要件的违法行为，并赋予受侵害者实施正当防卫以自保的权利。⁽¹⁴⁾但是，二元标准说忽视了刑法为实现法益保护所采取的手段有其独特性，而正是这一特点决定了刑法对注意义务的认定无法与民法完全一致。

保护法益免遭不正当侵害，是民法、刑法共同的诉求。民法实现这一目标的手段主要是为被害人提供恢复法益或者获得赔偿的可能。在专业分工日益复杂、危险源不断增多的

(11) 参见高巍《论注意义务的判断基准》，载前引〔7〕，刘明祥主编书，第119页以下；童伟华《交通过失基本犯构造论纲——以中日两国比较为视点》，《法学论坛》2010年第3期，第17页以下；吕英杰《论客观归责与过失不法》，《中国法学》2012年第5期，第126页以下；周光权《行为无价值论的中国展开》，法律出版社2015年版，第201页，第208页。这也是目前德国过失犯论的主流学说。Vgl. Vogel, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2007, § 15 Rn. 153 ff.

(12) 前引〔10〕，黎宏书，第195页。

(13) Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV, 1919, S. 512, 516; Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, § 5 Rn. 34.

(14) Vgl. Schüenmann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 515; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für das gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II), ZStW 94 (1982), S. 271.

现代社会，如果采用个别化的注意义务判断标准，势必导致受害者因举证负担过重而索赔无门，也必将损害公民对社会交往安全的信赖。因此，降低举证难度、提高个人在风险面前获得救济的机会，就成为现代民法所奉行的价值取向。无论是在大陆法系还是在英美法系，当代各国侵权法几乎无一例外呈现出过错客观化、责任严格化的发展趋势。⁽¹⁵⁾ 在此情况下，民法上过失的道义非难色彩逐渐褪去，利益平衡的功能日趋强化。正如美国学者所言：“法律正在做的是以社会责任的概念取代个人过失的思想。过失本身也由于过失责任的客观化而发生了变化。这意味着从日益扩大的侵权行为法领域中消除道德因素。”⁽¹⁶⁾ 如前所述，与民法不同，刑法只有经由维护行为规范的效力才能间接达到保护法益的效果，而行为规范要真正发挥行为导向功能，离不开规范对象对规范的理解与接受，于是，刑法必须将关注重心置于行为人及其遵守行为规范、避免损害结果的能力之上。现代综合型犯罪论体系一改古典犯罪论体系仅将不法对应于评价规范的传统，将行为规范也纳入不法的规范基础当中，从而使不法阶层也承担起了认定结果归责的任务。在这一背景下，不法的判断必须体现出维护行为规范的效力这一刑法所特有的价值追求，⁽¹⁷⁾ 故不允许根据一般人标准将欠缺预见与避免损害结果能力之人的举动也认定为过失不法行为。

其次，个人化的注意义务标准才真正与一般预防目的相契合。

行为规范的形式效力和实际效能，不可混为一谈；一般预防在立法和司法两个层面的实现形态，也应加以区分。立法者关注的是一般正义的实现，故其眼中的规范对象必然是略去了具体资质、模糊了个体差异的抽象人。然而，停留在立法层面的行为规范具有高度的概括性和抽象性，其距离真正实现引导行为、预防犯罪的效果还很远。要使公民切实依循行为规范的要求，还须求助于以个案为基础的司法层面。在刑事司法中，归责判断之所以是认定犯罪成立与否的关键，是因为它能够确定国家在何种条件下可以通过处罚行为人来达到预防犯罪的目的。而归责判断之所以与一般预防目的的实现紧密关联，是因为它能够那些无法为人所操控从而也无法为行为规范所调整的偶然事件，排除在刑罚制裁之外。⁽¹⁸⁾ 所以，在司法层面，一般预防的实现方式已不再是向公民提出抽象规则，而是通过个案中的归责判断将行为规范的适用条件清晰地展现在公民面前。⁽¹⁹⁾ 假如法官不以行为人而以抽象第三人具有结果避免能力为由对行为人予以归责，就无异于向其他公民宣示“你应当在某个第三人的能力范围内谨慎行事。”这便意味着：一方面，公民有可能需要为不受他控制的事件负责，而这与归责的基本理念相左；另一方面，该归责判断也根本没有提出具有操作可能的行动指南，而这势必使国民陷于无所适从的困境。

(15) 参见王泽鉴《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第241页以下；朱岩《侵权责任法通论·总论》，法律出版社2011年版，第292页；郑永宽《论侵权过失判定标准的构造与适用》，《法律科学》2013年第2期，第133页；刘文杰《论侵权法上过失认定中的“可预见性”》，《环球法律评论》2013年第3期，第75页。

(16) [美]施瓦茨《美国法律史》，王军、洪德、杨静辉译，法律出版社2018年版，第259页。

(17) Vgl. Weigend, Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, FS-Gössel, 2002, S. 142.

(18) Vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 13 ff.

(19) Vgl. Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 67 ff; Stratenwerth, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, FS-Jescheck, Bd. 1, 1985, S. 294 ff; 前引〔17〕, Weigend文, 第141页; Duttge, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2017, § 15 Rn. 96.

3. 二元标准说既叠床架屋又前后矛盾

首先,注意义务违反是确定过失犯结果归责的关键环节,而归责所涉及的只能是结果是否为某人的作品、能否由该人承担责任,⁽²⁰⁾故注意义务判断所针对的只能是案件中具体的行为人,而不能是与案件无关的拟制的第三人。可是,在“行为人与一般人在预见能力上完全一致,二者皆可预见”的情形中,二元标准说必须经过不法和责任两阶层的注意义务审查,方能得出行为违反注意义务的结论;在“行为人能力低于一般人,仅一般人能预见”的情形中,二元标准说也要迟至责任阶层才能认定行为人无罪;对于这两种情形,一元标准说则可以一步到位直接得出相应的结论。可见,在行为人标准之前安插一个一般人标准,既无助于归责判断目的的实现,也起不到节省后续检验工作量的作用。

其次,对于“行为人能力高于一般人,仅行为人能预见”的情形,二元标准说不得不承认,欲得出合乎刑事政策需要的结论,须例外地直接进入对行为人能力的考察。⁽²¹⁾但是,二元标准说为此付出的代价是极为沉重的,因为它不得不面对其理论逻辑一贯性的崩塌。二元标准说在理论建构上具有双层次的特点,即它分别在不法和责任这两个阶层为注意义务的认定设立了前后相继的双重检验机制。可是,当一般人标准可以根据案件处理的现实需要而被裁汰时,我们还能称之为二元标准中独立的一元吗?⁽²²⁾这难免让人对二元标准说的理论根基产生怀疑。

4. 注意义务标准的个人化无碍于社会进步

注意义务标准的个人化会引发一种忧虑,即它可能导致越是知识水平高、业务能力强的人,被认定为过失犯的可能性越大;越是平庸无能之辈,被认定为过失犯的可能性反而越小。⁽²³⁾这不仅违反法律面前人人平等的原则,而且最终将阻碍社会的发展和进步。但是,这种看法似是而非。

首先,个人化标准的施行不会导致公民遭受法律制裁的可能性随着其个人能力的提升而增高。这是因为,虽然法律对能力强者的期待要高于能力弱者,但就能力强者本人来说,这种期待只是要求其去做自己正常能力所及之事。由该人的超常能力所决定,其满足较高期待所需投入的精力,与平常能力者满足一般期待所需付出者并无差别,故个人化标准并不会给特别能力人施加额外负担,使其陷入如履薄冰的境地。

其次,个人化标准并不意味着,只要行为人欠缺维持自身认知水平的能力,就一概可以免责。这是因为,根据承担过失的原理,若行为人预见到或者有可能预见到自己会因为能力不济而在从事某一危险活动的过程中发生误判,却依然承担该项活动,那么,由于他对自己在欠缺预见与避免损害结果能力的状态下引起法益侵害负有过错,故仍可以认定行为人违反了注意义务。⁽²⁴⁾可见,能力弱者在行为时固然欠缺维持必要认知水平的能力,但

(20) Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn. 1.

(21) 参见前引〔11〕,吕英杰文,第127页; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 132; 上引 Roxin 书,第24节边码61。

(22) Vgl. Castaldo, Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts, GA 1993, S. 503; Ros-talski, Normentheorie und Fahrlässigkeit, GA 2016, S. 81.

(23) 参见前引〔3〕,马克昌主编书,第355页;前引〔10〕,黎宏书,第195页;前引〔14〕,Schüenmann文,第515页; Schroeder, in: LK-StGB, 11. Aufl., 1994, § 16 Rn. 148.

(24) 参见前引〔1〕,程皓书,第127页。

其往往只需稍有自知之明，只需对相关活动的危险性略有了解，就能预见到自己一旦参与其中即可能陷入力有未逮的境地，故不可低估其成立过失犯罪的可能性。

三、填充规范的机能之一：简化注意义务的司法判断

既然如上文所述，注意义务的规范本质是能力维持规范，那么注意义务违反的成立，就必须以个案中具体行为人不当降低自身遵守规范的能力为实体依据。不过，在实务操作层面，出于司法判断经济性的考虑，有必要借助实定的填充规范来推断注意义务违反。由于交通运输、工业生产等本来就是伴随有一定危险因素的专业技术领域，在这些领域内存在着各种为保障生命健康安全而制定的操作规程与规则。遵守此类规范往往是行为人维持预见与避免损害结果能力的必要条件。一旦行为人有意识地违反相关安全守则，基本上就能推断其对自己预见与避免损害结果能力的下降负有责任。例如，当煤矿矿井中的瓦斯积聚到一定浓度时，一旦生产作业中出现火花，就将不受控制地发生瓦斯爆炸。可见，矿井内积聚高浓度瓦斯这一状态，将使人们避免爆炸发生的能力大幅下降。国家安全生产监督管理总局发布的《煤矿安全规程》在第三编第三章专门规定煤矿应当安装矿井通风设施和瓦斯抽采系统，就是为了预先排除这种使避免危害结果能力下降的事实状态，从而将作业人员防控事故发生的能力维持在一定的水平之上。因此，行为违反填充规范这一事实，就能够成为推断行为人违反注意义务的类型化依据。它既能使司法裁判获得相对明确的成文规范依据，也可以免去法官逐一探求每个具体行为人的预见能力之劳。但是，由空白罪状的解释原则和注意义务的规范本质所决定，行政法规规定的义务并不等于刑法上的注意义务，其并不能无条件地成为注意义务来源。

（一）空白罪状的基本解释原则

当今的社会经济生活不但因专业分工的细化而日益复杂，并且处在频繁、快速的变动中，具有相对稳定性和简洁性的刑法，难以独自对一切值得处罚的行政不法行为均作出巨细无遗的规定。在这种情况下，立法者在创制相关行政犯罪状时，就不得不采取委任立法的方式，将部分犯罪构成要件内容的确定委托给处在社会管理一线的行政法规。不过，由于行政管理法规的规范目的未必与刑法的目的完全契合，⁽²⁵⁾“刑法作为唯一规制犯罪与刑罚的部门法，具有独立的规制对象和范围，具有相对于其他法律而言独立的价值观念和评价机制”，⁽²⁶⁾故任何受到空白罪状指示的行政法规，都并非当然能够确定犯罪构成要件的内容；它必须经过刑法自身价值和目的的检验与评价。

（二）根据填充规范推断注意义务的前提：能力关联性

既然刑法对于空白罪状所援用的行政法规有独立的评价，而注意义务的实质机能在于将行为人遵守行为规范的能力维持在为保护法益所必需的水平之上，那么，业务过失犯的罪状所指示参照的具体行政法规在多大范围内能够确定注意义务的内容，就取决于该规范与行为人能力之间的关联性。只有当行为违反了与维持预见和避免损害结果的能力相

(25) Vgl. Kudlich, Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung, FS-Otto, 2007, S. 378 f.

(26) 肖中华 《空白刑法规范的特性及其解释》，《法学家》2010年第3期，第65页。

关的规范时，才能推断其具有注意义务违反性。

在业务过失犯领域，我国司法实践之所以长期以来存在着唯填充规范马首是瞻的倾向，就是因为对注意义务与填充规范之间的关系缺乏正确认识。例如，在交通肇事罪的审判实践中，经常出现刑事责任认定过度依赖道路交通安全责任认定的情况。即，在出现重大交通事故的情况下，只要查证行为人违反了交通运输管理法规，只要交通管理部门出具的《交通事故责任认定书》认定行为人对事故负全部或者主要责任，法院就往往认定行为人成立交通肇事罪。⁽²⁷⁾可是，既然刑法第 133 条中的“违反交通运输管理法规”是关于注意义务违反的规定，而注意义务违反的本质是行为人因怠于谨慎而导致自身预见与避免损害结果的能力出现下降，那么，某一举动是否属于交通肇事罪的构成要件行为，其关键就不在于该行为是否在形式上违反了某项交通运输管理法规，而在于它是否通过违反交通运输管理法规削弱了行为人预见与避免损害结果的能力。道路交通安全法、道路交通安全法实施条例所追求的目标并不局限于防范交通事故。道路交通安全法第 1 条宣示，制定该法的目的有三：一是维护道路交通秩序；二是预防和减少交通事故，保护合法权益；三是提高道路通行效率。因此，我们在判断交通肇事罪中“违反交通运输管理法规”这一要素时，就不能将道路交通安全法和道路交通安全法实施条例的规定照单全收，而必须仔细甄别哪些规定与维持行为人预见和避免损害结果的能力有关，哪些规定只是为了实现行政管理方面的目标。⁽²⁸⁾只有当行为人违反的是前一类规定时，才能认为其行为具备了交通肇事罪的行为不法。结合司法实践的现状来看，以下两种典型情况值得关注：

1. 事故后逃逸

案例 2：2014 年 2 月 8 日 1 时 05 分，被害人钟某甲无机动车驾驶证醉酒驾驶二轮摩托车搭载被害人钟某乙由新地村路口驶出，右转弯往何屋底环形岛方向行驶时，追尾碰撞由被告人祝某甲驾驶的由新地往何屋底环形岛方向在慢车道行驶的小货车尾部右侧，造成钟某甲、钟某乙受伤，经送医院抢救无效两人均死亡及两车损坏的交通事故。事故发生后，祝某甲未报警，未抢救伤员，驾车逃逸。交警大队根据道路交通安全法实施条例第 92 条第 1 款的规定，认定祝某甲对此事故负主要责任。法院认为，被告人祝某甲与他人发生交通事故致二人死亡后，其为逃避法律责任，驾车逃离现场，依法认定祝某甲负事故主要责任，其行为已构成交通肇事罪。⁽²⁹⁾

道路交通安全法第 70 条第 1 款规定：“在道路上发生交通事故，车辆驾驶人应当立即停车，保护现场；造成人身伤亡的，车辆驾驶人应当立即抢救受伤人员，并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部门”。道路交通安全法实施条例第 92 条第 1 款规定：“发生交通事故后当事人逃逸的，逃逸的当事人承担全部责任。但是，有证据证明对方当事人也有过错的，可以减轻责任。”道路交通安全法实施条例之所以赋予事故后逃逸情节以决

(27) 参见谭滨、赵宁、瞿勇《我国刑法分则中空白罪状的解释规则探讨——兼以交通肇事罪中的责任认定为例析》，《政治与法律》2012 年第 1 期，第 158 页；王飞跃《论道路交通事故责任认定中几对关系的区分》，《政治与法律》2016 年第 6 期，第 142 页。

(28) 参见刘艳红《注意规范保护目的与交通过失犯的成立》，《法学研究》2010 年第 4 期，第 142 页以下；王海涛《行政法规范之违反与过失实行行为之认定——基于新过失论的阐释》，《法学研究》2014 年第 2 期，第 163 页以下。

(29) 见广东省吴川市人民法院（2014）湛吴法刑初字第 262 号刑事判决书。

定事故责任划分的超级权重，是因为当事人在事故后逃逸，往往会造成伤者因得不到及时救治而致残致死，现场得不到保护而使事故原因调查举步维艰等恶果。条例制定者认为有必要通过严苛的责任分配予以威慑，以警示当事人在事故后不要逃逸。由于逃逸时交通事故已经发生，故法律设定事故后不得逃逸这一义务的用意，仅在于试图将事故损害减至最低程度并确保事故调查处理顺利进行，而不可能是预先防范行为人预见与避免事故的能力出现下降。所以，单纯违反事故后不得逃逸的义务，并不足以使行为人的行为具备注意义务违反性，自然也就不足以使其行为符合交通肇事罪的构成要件。就案例2来看，既然追尾事故完全是由被害人钟某甲无证醉酒驾驶所致，被告人祝某甲未以任何违反安全驾驶规则的方式降低自己预见与避免追尾事故的能力，就不能机械套用道路交通安全法实施条例第92条第1款的规定，以事故后逃逸情节来认定被告人构成交通肇事罪。

2. 无证套牌驾驶

案例3：2015年1月18日，钟某戊驾驶无号牌二轮摩托车（搭载钟某乙）从湛江市雅沙糖业有限公司往青平方向行驶；20时50分左右，行至X676线6KM+900M时，追尾碰撞被告人温某庚驾驶的大货车（假牌），造成钟某戊、钟某乙死亡的交通事故。肇事后，被告人温某庚驾车逃逸。交警大队所作《道路交通事故认定书》对交通事故原因的分析是：钟某戊无机动车驾驶证驾车上路且不保持安全车距，其行为是造成事故的主要原因；温某庚无机动车驾驶证且使用伪造、变造的机动车号牌上路行驶，其行为是造成事故的次要原因。鉴于温某庚驾车发生交通事故后逃逸，认定温某庚承担事故主要责任，钟某戊承担事故次要责任，钟某乙无责任。被告人温某庚违反交通运输管理法规，无机动车驾驶证驾驶套牌车辆，发生重大交通事故，致二人死亡，负事故主要责任，且肇事后逃逸，其行为构成交通肇事罪。⁽³⁰⁾

道路交通安全法第19条第1款规定“驾驶机动车，应当依法取得机动车驾驶证。”第16条规定，任何单位或者个人不得伪造、变造或者使用伪造、变造的机动车号牌。首先，机动车驾驶证制度旨在通过统一训练和考核，保证驾驶者具备安全驾驶技能，故取得驾驶证的义务的确在一般意义上与确保行为人具有预见和避免交通事故的必要能力相关。但是，在具体个案中行为人无证驾车是否违反了注意义务，却需要区分不同情形进行分析：（1）如果行为人既未取得驾驶证，也不具备必要的驾驶技能，由此导致其在驾车过程中因缺乏预见能力而造成交通事故，那么，根据承担过失的原理，既然行为人明知自己因欠缺足够技能而可能在实施危险行为的过程中欠缺注意能力，就不应冒然实施该危险行为。由于行为人对于自己在无注意能力的状况下引起事故这一点本来就有过错，故可以认定其行为符合交通肇事罪的行为构成。（2）如果行为人虽未取得驾驶证，但经过了必要培训并已实际具备驾驶能力，则应进一步区分两种情形：其一，若行为人在行车过程中通过醉酒、超速、超载等违规行为，使自己本来充足的预见与避免损害结果的能力出现下降，则应肯定行为人违反了注意义务。其二，若行为人在行车过程中未以任何不当方式降低自己预见与避免损害结果的能力，则应否定注意义务违反性的成立。其次，道路交通安全法第8条、第9条规定，机动车只有经公安机关交通管理部门登记并取得号牌后方可上路行驶。尽管根据该

(30) 见广东省廉江市人民法院（2016）粤0881刑初32号刑事附带民事判决书。

法第10条的规定,车辆登记制度也发挥着确保机动车符合安全技术标准的功能,但没有登记的机动车未必就不具备安全性能,故这一制度主要是出于“识别车辆和行政管理的需要”,⁽³¹⁾与驾驶者是否具备充分的驾驶技能并无必然联系。因此,仅从无证套牌驾驶这一事实并不能推断出行为人违反注意义务,法官仍需具体考察行为人是否以不当方式降低了自身预见与避免损害结果的能力。

结合案例3进行分析。从交警大队和法院查证的事实看,被害人钟某戊未保持安全车距是造成追尾事故的唯一原因,没有证据证明被告人温某庚存在欠缺驾驶能力、未保证车辆安全装置齐全等有可能降低其预见与避免损害结果能力的情况。法官仅依据无证套牌驾驶以及事故后逃逸这两点就径行认定温某庚违反注意义务,并不合理。⁽³²⁾在司法实践中,有的被告人在无证驾驶的同时,还存在所驾驶的机动车已经达到报废标准⁽³³⁾或者车辆安全设施不全⁽³⁴⁾等事实。在此情况下,若机动车的安全性能已严重缺损,那么,这将直接影响驾驶者在紧急状况下察觉危险并及时避让、制动车辆的能力,故可以据此认定行为符合“违反交通运输管理法规”的构成要件。

(三) 根据填充规范推断注意义务的例外

业务过失犯中注意义务违反的成立,不仅要求行为人在形式上违反空白罪状所援引的填充规范,而且要求行为人因此在实质上出现能力欠缺的状况。一旦确定行为人违反的行政法规范与维持其预见和避免损害结果的能力有关,通常就可推断行为人违反了注意义务。但是,填充规范毕竟由人制定,它无法做到在一切个案中均与维持行为人能力的需要相契合。填充规范对行为人能力的维持,有时可能不足,有时则可能多余。这将使得根据填充规范推断注意义务的效果在例外情形下归于消失,现分述如下:

1. 填充规范对于行为人能力的维持“力不从心”。填充规范在对注意义务加以类型化的同时,也对注意义务进行了限定(见本文第四部分的论述)。它虽然在正常情况下能够将行为人的能力维持在为避免损害结果发生所必需的水平之上,可是一旦出现超越填充规范作用范围的特殊情形,它就无力保证行为人能够具备预见与避免损害结果的能力。此时,即便行为人遵守了填充规范,其能力还是会出现下降。在这种情形下,随着填充规范实际效能的丧失,行为人欠缺能力的状态已不再具有规范上的避免可能性和可谴责性,从而也就不存在行为人成立过失不法的余地。⁽³⁵⁾

2. 填充规范对于行为人能力的维持“多此一举”。原则上说,只要行为人违反填充规范,其能力就会下降。但在某些情况下,尽管行为人违反填充规范,但行为当时的特殊因素或者行为人采取的其他措施,却使得行为人的实际能力并没有减弱,损害结果的发生完全是由其他原因所致。

案例4:被告人牛某某超载驾驶一辆制动、安全设施完好的载重货车,在坡度仅约6度的下坡道停车。牛某某拉起手刹、挂八档,并在车轮前垫上石头,随后离开车辆去吃饭。

(31) 参见李朝晖《论交通肇事罪的实行行为》,《法学》2014年第3期,第144页。

(32) 类似的判例见辽宁省大石桥市人民法院(2014)大刑初字第00331号刑事附带民事判决书。

(33) 见广东省肇庆市中级人民法院(2016)粤12刑终374号刑事判决书。

(34) 见山东省临清市人民法院(2016)鲁1581刑初145号刑事判决书。

(35) 相关案例和详细论述参见陈璇《论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联》,《中外法学》2012年第4期。

被告人约 25 分钟后回来，发现车辆已滑坡，并造成两人死亡。模拟现场实验发现：相同状况的实验货车，装载同样重量后驻停在相同位置，也采取相同的制动情形，却未发生自行溜坡的情况。⁽³⁶⁾

道路交通安全法第 48 条规定“严禁超载”，是为防止因车辆超重而导致司机控制车辆平衡和及时制动的能力出现下降。但是，就案例 4 来说，既然在模拟现场实验中，相同重量的实验车辆在相同条件下未出现滑坡，就说明在案发当时，对超载禁令的违反很可能并未现实地降低行为人通过正常的制动和安全措施避免事故的能力。在此情况下，应当根据“疑罪从无”的原则，否定注意义务违反的成立。既然行为人的实际能力并没有因其违反填充规范而受到影响，那就表明在此情形下，填充规范原本具有的维持行为人能力的功能已完全为其他因素所代行；对于保障行为人避免损害结果的能力来说，该填充规范已成拮据枝节。因此，违反这种徒有虚名的填充规范的行为，就不再具有实质的注意义务违反性。既然损害结果是在行为人具备合理预见与避免损害结果能力的情况下发生的，那就只能认为，该结果非注意义务所能防止，故不可将结果归责于行为人。

四、填充规范的机能之二：划定被容许的风险的边界

（一）被容许的风险的本质：针对能力欠缺状态的归责排除事由

道路交通、工矿生产等活动要满足社会经济的需要，就不可避免地带有一定风险，而且这种风险会随着运输和生产活动效率的提升而增高。假如完全按照个人预见与避免损害结果能力的标准来确定注意义务，相关活动的运行效率必然只能徘徊于极低的水平上。例如，司机控制车辆的能力会随着行驶速度的提升而降低。就某个汽车司机来说，或许在道路上以每小时 4 公里的速度行驶，的确能够基本排除自身反应、避让以及制动车辆能力出现下降的可能，从而能够完全避免发生事故的危險。可是，这种与徒步行走相差无几的速度，将使发展机动车运输事业的意义荡然无存。这就说明，在技术进步与危险增多相生相伴的现代社会，“个人在行使法律赋予他的许多自由的同时，已无法做到使自己避免实施具体危险举动的能力完全不受限制；……在这种风险领域中，注意义务的要求与正常情形下的相比就必须有所修正”。⁽³⁷⁾ 为保障经济与科技的正常发展，有必要容忍公民在从事风险业务时预见与避免损害结果的能力在一定范围内出现下降，从而使其不至于瞻前顾后、裹足不前。作为安全守则的行政法规范，可以为从事相关活动的人员提供相对明确的心理预期，使其知晓在多大范围内不必担心自己会因为注意能力的下降而承担刑事责任。这就是刑法理论中所说的被容许的风险。所谓被容许的风险，并不是指某种法益侵害的危險或结果得到法秩序的认可，而是指行为人的注意能力在一定范围内出现下降并不具有规范上的可谴责性。可见，填充规范的另一重要作用在于，将行为人欠缺能力状态的可谴责性控制在合理的范围内。

需要注意的是，只有当“行为符合与维持能力相关的填充规范”和“行为人的能力现实地处于欠缺状态”这两项要件同时具备，才有认定成立被容许的风险的可能。理由如下：

(36) 参见黄应生、刘涛《关于对运输货车自行滑坡造成他人死亡如何定性处理问题的研究意见》，载张军主编：《司法研究与指导》总第 2 辑，人民法院出版社 2012 年版，第 102 页。

(37) Kindhäuser, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, GA 1994, S. 216.

1. 能力维持规范的适用，以行为人实际欠缺结果避免能力为前提

如本文第二部分所述，行为规范与注意义务是不同层次的概念，二者在归责判断中发挥着不同的功能。行为规范的目的在于保护法益，注意义务的目的则在于保证行为人具备为遵守行为规范所必需的能力。一旦行为人以违反行为规范的决意实施法益侵害行为，即可确定其是在具备避免损害结果能力的情况下违反行为规范，此时没有必要再去考察其行为是否违反能力维持规范。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。

正因为注意义务的适用需要满足“行为人有遵守行为规范之意却无遵守规范之力”的前提，故仅有行为客观上与注意规范相契合这一事实，并不足以排除不法。因此，并非只要行为符合填充规范，就一概可以成立被容许的风险。被容许的风险的成立，以行为人在行为时现实地处于欠缺结果预见与避免能力的状态为先决条件。^[38] 具体来说：（1）若行为人有意违反行为规范，则由于注意义务的适用前提不存在，故不论行为是否符合填充规范，均不影响不法的成立，此时并无被容许的风险存在的余地。（2）唯有当行为人愿意遵守行为规范，只是因为欠缺必要能力而引起法益侵害结果时，才具备注意义务的适用前提。在此情况下，若行为已完全符合注意义务的要求，则意味着行为人对于其“有心无力”状态的出现并无过错，故结果不可归责于他，此时成立被容许的风险。

案例5：O 驾驶汽车行驶至一十字路口时，交通信号灯显示其可以通行，左侧行人及车辆应驻足等待。但是，驾驶摩托车的 P 却不顾红灯已亮，执意横穿马路。O 心想，“对这些不守交通规则的人就得给点教训”，便以原车速继续向前行驶，结果正好与 P 的摩托车相撞导致 P 死亡。

“不得造成他人伤亡”是一条普遍适用的行为规范；为确保自己具备避免发生碰撞事故从而造成人员伤亡的能力，机动车驾驶者在驶经交叉路口时应减速甚至停车，在集中注意力确定无人或车辆通行后再继续行驶。不过，对于车流量、人流量较大的城市主干道交叉路口，如果要求每一位司机都如此谨小慎微，势必大幅降低道路交通运行效率。于是，国家在此处多设有交通信号灯或者交通警察，并于道路交通安全法第 44 条明确规定“机动车通过交叉路口，应当按照交通信号灯、交通标志、交通标线或者交通警察的指挥通过”。这一规定在统一组织通行秩序的同时，也将机动车驾驶员的注意义务限制在一定范围内，使得只有因不服从交通信号灯指示或者交警指挥而导致的能力下降状态，才具有过失犯的可归责性。在案例 5 中，若 O 是在按照信号灯指示通行的过程中冷不防遇到 P 违法横穿路口，从而刹车不及将其撞死，那么，尽管 O 避免事故发生的能力在当时出现了下降，但这种下降并非注意义务要防止的对象，由此引发的死亡结果也不具有规范上的可谴责性，故其属于被容许的风险。但在本案实际的情况中，当 O 发现 P 正在横穿路口时，其避免事故发生的能力并无丝毫下降。这就说明，O 是在具备避免事故发生能力的情况下有意违反行为规范，故不能以其行为符合交通管理法规为由认定成立被容许的风险。

2. 认定被容许的风险时，不能抛开行为人遵守行为规范的实践能力

归责判断是刑法确定其禁止范围进而实现一般预防目的的关键一环。既然只有与行为

[38] Vgl. Duttge, „Erlaubtes Risiko“ in einer personalen Unrechtslehre, FS-Maiwald, 2010, S. 142 ff.

人避免法益损害的能力相对应的那部分危险才能成为刑法的禁止对象，那就足以证明：被容许的风险的范围，必然与行为规范及其规制对象的能力密不可分；风险能否得到容许，本来就是一个必须与行为人主观归责能力相挂钩的判断，脱离个人遵守行为规范的能力，仅凭客观构成要件，并不足以确定某一风险的法律属性。正如案例5所示，一旦行为人是具备遵守行为规范之能力的状态下引起法益侵害，行为的规范违反性就已经确凿无疑。这时，没有任何理由仅因行为符合填充规范就不对行为加以谴责，也没有任何理由固守纯粹客观的立场来否定通过刑罚发挥一般预防功能的必要性。⁽³⁹⁾

按照本文将注意义务理解为能力维持规范的见解，风险的法律属性自始与行为人是否现实地具备结果避免能力不可分离，填充规范仅在行为人缺乏能力的前提下才具有决定被容许的风险是否成立的功能。这样一来，长期困扰刑法学界的特别能力问题便可以从根本上迎刃而解。

关于特别能力问题，以现代客观归责论为代表的被容许的风险的通说，⁽⁴⁰⁾走的是一条先对行为人的现实能力状态置之不理，继而又想方设法吸纳行为人能力因素的曲折之路。这种处理具有两个鲜明的特点：其一，高度依赖填充规范。某种法益侵害风险能否得到容许，取决于它是否符合交通运输、工业生产等业务领域中的成文规则。⁽⁴¹⁾其二，判断的客观性与一般性。是否成立被容许的风险，仅仅涉及客观构成要件和行为的一般属性，其与行为人的主观能力以及个案的具体情况无关。⁽⁴²⁾罗克辛曾明确指出：“一旦行为人处在被容许之风险的范围以内，那么即便他对已经发生的风险实现结果持积极追求的态度，也不能认为他实施了有目的的杀人行为。”⁽⁴³⁾可见，被容许的风险理论试图创设出一个完全脱离并优先于主观能力、统一适用于故意犯和过失犯的不法排除事由。然而，该说在以下这类案件中势必陷入困局。

案例6：1990年6月17日至1996年7月29日，被告人X为达到虚构事实骗取事故对方第三人责任保险金的目的，先后10次蓄意造成交通事故。在其中7次事故中，被告人采取如下作案方法：X驾驶车辆在即将行驶到一十字路口处时打开左车灯，但在到达路口前便左转驶入一加油站。正如X已经预见和希望的那样，其后方的驾驶者都误以为他要等到抵达十字路口处时才会左转，故在X驶入加油站的一刻均因刹车不及而与X发生追尾事故。⁽⁴⁴⁾

法院审理本案时遇到的争议问题是：X的行为本身并无违反交通法规之处，那么，他有意利用该行为制造交通事故的做法，是否成立德国刑法第315b条的危害道路交通安全罪。如果遵循通说的判断逻辑，既然X的行为在客观上完全符合交通法规，就可以认为该行为

(39) Vgl. Murmann, Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung, FS-Herzberg, 2008, S. 140.

(40) Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 7/4b; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 15 Rn. 146; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 46. Aufl., 2016, Rn. 258. 近年来，被容许的风险理论在我国刑法学界也得到许多学者的支持。参见前引〔3〕，林亚刚书，第191页；姜伟《罪过形式论》，北京大学出版社2008年版，第298页以下；冯军《刑法问题的规范理解》，北京大学出版社2009年版，第137页；陈兴良《教义刑法学》，中国人民大学出版社2017年版，第512页。

(41) 参见前引〔20〕，Roxin书，第10节边码38；Frister, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2018, 10/10.

(42) Vgl. Duttge, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2017, § 15 Rn. 105.

(43) Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, FS-Honig, 1970, S. 149.

(44) Vgl. BGH, NJW 1999, S. 3132.

没有制造法所不容许的风险,因而不符合危害道路交通安全罪的客观构成要件。但是,这一结论至少在多数人看来是不可接受的。于是,通说的支持者们不得不对自己的学说进行调整或者修正,以将行为人的特别能力纳入归责判断,较具代表性的解决方案有两种:

其一,设置例外。有学者提出:“客观构成要件的刑事政策机能在于确定容许和禁止的外部界限,只要主观上的特别认知对于确定这一界限来说是必要的,那么它在客观构成要件中就有意义。”⁽⁴⁵⁾ 据此,如果行为人是在对危险因素具有超常认知能力的情况下实施危险行为,那么尽管该行为完全符合填充规范,也应例外地认定其制造的风险不为法所容许。⁽⁴⁶⁾ 德国联邦最高法院对案例6的判决,就大致采取了这一立场。法院认为:本来,只要行为人的交通行为完全合规,他就没有对交通安全造成任何不被允许的威胁,行为人单纯期望或者容忍由该行为引起事故的心态并不足以使其成立危害道路交通安全罪。但是,“如果行为人是有意地制造了事故,情况就大不一样了。当某人为了利用其他交通参与者的疏忽或者误判引起交通事故,以便于获得损害赔偿,从而实施某种在具体情境下本身是正确的驾驶行为时,他就是以一种有违交通目的的不适当方式使用车辆。……只要确定行为人是蓄意制造事故,就必然意味着,他不再只是停留于心怀恶念的阶段,而是已将其值得谴责的思想转化为引起事故发生的现实行为”。⁽⁴⁷⁾

试图以例外的方式引入行为人的特别能力,说明论者也意识到,归责判断要想真正实现划定行为规范禁止范围的刑事政策目标,终究无法绕开行为人的能力这一关键因素。但是,倘若像客观归责论者那样以客观构成要件来独自承担宣示行为规范内容的重任,就必须让客观构成要件囊括归责所需的全部要件。可是,将构成要件划分为客观和主观两部分,就是因为人们对于判断犯罪的思维形成了一个基本共识,即应当首先确定行为人认识或者应当认识的对象是什么,然后考察行为人是否认识或者是否能够认识该对象。既然如此,预见可能性作为人之于认识对象的某种主观联系,应当是在客观构成要件已经齐备的前提下才需要进一步判断的要素,而不是客观构成要件自身的组成部分。⁽⁴⁸⁾ 以满足刑事政策需要之名,将行为人能力因素纳入客观构成要件,势必使原本可以而且应当由其他阶层分担的判断任务全部堆积在客观构成要件之中,这对于后者而言实在是难以承受之重。⁽⁴⁹⁾

其二,引入团结义务。何庆仁从社会角色说的立场出发主张“角色是权利和义务的集合体,既然权利和义务是可以相对化的,角色没有理由一直维持自己绝对的地位。一般情况下,只要符合社会对角色的期待,即无不法归责之虞;但是,如果一个符合角色要求的行为,将损害一个更值得保护的利益时,角色也可能会退缩。……符合角色要求的行为原本是

(45) Greco, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum „Problem“ des Sonderwissens, ZStW 117 (2005), S. 553 f.

(46) 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142页; Frisch, Objektive Zurechnung des Erfolges-Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgsszurechnung, JuS 2011, S. 118.

(47) BGH, NJW 1999, S. 3133.

(48) Vgl. Burkhardt, Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung-Zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven“, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 106.

(49) 关于设置例外这一思路的弊端,参见陈璇《论客观归责中危险的判断方法——“以行为时全体客观事实为基础的一般人预测”之提倡》,《中国法学》2011年第3期,第150页以下;庄劲《客观归责还是主观归责?——一条“过时”的结果归责思路之重拾》,《法学家》2015年第3期,第59页。

没有不法性的行为，限制其行为的根据只能是刑法中的团结义务（也称为连带义务）”。⁽⁵⁰⁾何庆仁的见解摆脱了主客观之争的窠臼，通过借用团结义务概念为特别能力的引入，提供了一个颇具新意和理论深度的论证可能。不过，团结义务能否为问题的解决提供足够令人信服的依据，似乎有待商榷。

一则，就理论逻辑而言，在社会角色说看来，违反规范是犯罪的核心本质，这里的规范并不是以保护法益为目的的行为规范，而是旨在维系社会同一性的社会角色期待。可是，在行为人并未违反社会角色期待的情况下，该说却出于维护生命等重大法益的考虑，使行为人的特别能力成为证成客观归责的要素，这势必与社会角色说的出发点发生冲突。尽管论者希望通过引入团结义务，避免使自己沾染上利益论的色彩，但由于“犯罪的成立以行为违反规范为前提”的基本原则仍然不可动摇，故该说在援引团结义务时，仍然需要说明行为人违反了何种具体的规范。就拿案例5来说，社会角色说需要回答的一个问题是：如果O的行为成立故意杀人罪，他违反的规范究竟是什么？按照该说的逻辑，O起先面对的规范是“作为一名机动车驾驶者应当合乎交通规则地驾驶机动车”；随后，在P的生命将因O的角色行为而遭遇急迫危险时，基于团结义务，又出现了一个效力位阶高于前一规范的新规范“不得伤及他人生命”。于是，O成立故意杀人罪的根据就在于，他在负有团结义务的情况下违反了“不得伤及他人生命”的规范。然而，这分明是一个追求法益保护目的的行为规范。可见，社会角色说最终仍难逃脱法益保护思想的影响。

二则，从哲学基础来看，社会角色说强调，只有当角色行为针对的是生命以及重大身体健康利益时，才能根据团结义务认定特别认知者成立犯罪。⁽⁵¹⁾以罗尔斯的正义论为分析框架，社会角色说的这一设想大致可以概括为：处于无知之幕后理性人原则上都不赞同对社会角色行为加以限制，不论该行为是否侵害法益；只有在受损法益过于重大的例外情形下，人们才愿意承担团结义务从而停止实施社会角色行为。但问题在于，根据无知之幕的原理，由于处在原初状态中的理性人对供他们选择的各种正义原则的特殊事实，以及自己将会具有何种目的、倾向、个性等等都一无所知，故他们倾向于选择那些能够保证自己及后代人的生活起点不因社会或自然的偶然因素而遭受致命挫折的正义原则。⁽⁵²⁾由此决定，团结义务的成立是以存在着某种既不受扶助者也不受被扶助者控制的意外风险为前提的。⁽⁵³⁾这是因为，一方面，若风险是由遇险者自行引起的，那么原则上没有人会愿意为其承担牺牲义务；另一方面，若某人给他人制造了风险，那么停止行为、避免损害，这本来就是其应当履行的基本义务，而不是承担舍己助人的团结义务。可见，危险制造者与团结义务的承担者不能为同一主体。既然社会角色行为的实施者，在没有遭遇任何意外风险的情况下对他人法益造成威胁，那么原则上，不论所涉法益是处在最高还是相对较低的位阶，原初状态中的理性人从一开始就不会同意对该行为予以容忍。因此，与社会角色说的预设相反，公民拒绝忍受社会角色行为造成的法益损害，恰恰是原则而非例外。

(50) 何庆仁《特别认知者的刑法归责》，《中外法学》2015年第4期，第1047页。

(51) 同上文，第1048页。

(52) 参见[美]罗尔斯《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社2009年版，第106页。

(53) 被公认为以社会团结原则为基础制定的两项法律制度，即紧急避险和德国刑法第323c条规定的不予救助罪，就足以说明这一点。

客观归责论从开始极力排斥行为人能力要素,到后来采用种种变通手法承认行为人能力的归责意义;这一事实说明,无论是纯粹的客观视角还是单纯的填充规范,均不足以回答风险能否被容许的问题。结合能力维持规范的原理来看,客观归责论的症结一目了然。特别能力要素之所以在归责判断中始终难以被排除,其根本原因在于:一旦行为人的结果避免能力未出现缺损,作为能力维持规范的注意义务即不复有其立足之地。这时,不论行为是否符合填充规范,都必须以行为人本人的实际能力为准将结果归责于他。客观归责理论的缺陷在于,它忽视了注意义务和被容许的风险的专有适用前提,误以为二者可以超脱于行为人的具体能力而统一适用于故意犯和过失犯。事实上,只有在需要考虑注意义务的场所,才可能出现被容许的风险。被容许的风险的成立,取消了行为人能力缺失状态的可谴责性,它是一个专属于过失犯的归责排除事由。

(二) 从被容许的风险的本质得出的两点认识

第一,“被容许的风险”这一称谓具有相当的误导性,它并没有准确反映该不法排除事由的实质。在传统的刑法理论术语中,“容许”就是“合法”“正当”的同义语,它基本上出现在违法阻却事由领域,例如“容许规范”“容许性构成要件”等。所以,有学者认为将被容许的风险置于构成要件判断之中,会混淆构成要件与违法性的界限,故主张应将被容许的风险定位为违法阻却事由。⁽⁵⁴⁾但是,客观归责论者认为被容许的风险与违法阻却事由有根本差异:违法阻却事由只能根据个案的具体情况个别地进行利益衡量,其成立不影响犯罪类型的轮廓;被容许的风险的容许性则建立在抽象利益衡量的基础上,其可以超越具体个案普遍地对犯罪类型的成立加以限定。⁽⁵⁵⁾

笔者认为,被容许的风险的确不应归入违法阻却事由,但客观归责论者的辩驳也没有切中二者的本质区别。就违法阻却事由而言,行为人实施的危险行为及其造成的法益侵害结果,均得到了容许规范的合法化,这就使得正当防卫等行为不仅是无罪行为,而且是受到法秩序积极肯定的权利行使行为;相应地,遭受侵害的一方负有忍受义务。⁽⁵⁶⁾然而,在被容许的风险所涉及的情形中,行为人造成的结果自始至终都是受到法律消极评价的法益侵害结果。例如,即便汽车司机是在合规行驶的过程中由于完全不可预见的原因致人死亡,也不能说该死亡结果是正当的。⁽⁵⁷⁾这是因为,交通法规允许司机以一定的速度行车,绝不等于法律授予他以该车速实施杀人或者伤害的权利。所以,司机的行为之所以不成立不法,并不是因为该法益侵害风险和结果本身获得了容许,而是因为该风险和结果虽为法所反对却无法归责于行为人。“被容许的风险中的容许,对于构成要件举动结果不法并无影响,它只是说明行为人缺乏避免实现构成要件举动的能力。更确切地说,它使得行为人无能力避免实现构成要件的状态不再具有违反注意义务的属性,并由此产生了阻却归责成立的效果。”⁽⁵⁸⁾

(54) Vgl. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 286 ff.; Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1975, 8/78, 9/30ff; Maiwald, Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung, FS-Miyazawa, 1995, S. 470, 477; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 14 Rn. 119.

(55) Vgl. Roxin, Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, FS-Maiwald, 2010, S. 723.

(56) Vgl. Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, FS-Bockelmann, 1979, S. 167 f; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, vor § § 32 ff. Rn. 10.

(57) 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124页。

(58) 前引〔37〕, Kindhäuser文,第216页。

第二，制造被容许的风险的举动，可以成为引起不真正不作为犯中作为义务的先行行为。即便司机是在完全遵守交通法规行车的情况下猝不及防地撞倒了一名突然横穿马路的行人，也可以认定司机具有对被害人的保证人地位。这是因为：一方面，在被容许的风险中，损害结果并未得到正当化。正当防卫人之所以在实施了符合防卫限度的反击后，对不法侵害人不负有防止其重伤或者死亡的作为义务，是因为只要防卫手段本身合法，由其带来的风险和结果就均为防卫权所覆盖，可以一体地享有正当化的效果。⁽⁵⁹⁾可是，被容许的风险只是表明，行为人的能力缺失状态不被谴责，故在该状态下引起的法益损害结果无法归责于他。但是，这并不意味着，造成损害结果是行为人拥有的一项正当权利。因此，法律必须尽可能阻止损害结果现实发生。一旦行为人恢复了避免损害结果的能力，法律就有理由要求其及时采取措施防止损害结果出现或者扩大。另一方面，给他人造成被容许的风险与单纯发现他人遇险，这两种情形的法律意义不可同日而语。有学者提出，既然合法驾车的司机对于事故的发生毫无责任，那么路人的死伤于他而言就完全是偶然的不幸事件；针对该意外事件中的受害人，司机至多承担与德国刑法第323c条不予救助罪相对应的责任，而不应负有与故意杀人罪、故意伤害罪相对应的保证人义务。⁽⁶⁰⁾笔者对此持有异议。在单纯见危不救的场合，行为人是完全置身于危险状态之外的第三者，其未对被害人的法益造成任何侵犯；但在被容许的风险的场合，行为人毕竟以自己的行为侵入了他人的权利空间。由这一区别所决定，两种情形下行为人与被害人的法律关系应有所区别。最能反映这一点的，莫过于法律对两类紧急避险权的划分。公民为摆脱自身面临的险境，在不得已的情况下既可以将危险转嫁给第三人，也有权直接针对（未实施不法侵害的）危险制造者进行反击。前者是攻击性紧急避险，后者是防御性紧急避险。法律为二者设定的限度条件有重大区别：攻击性紧急避险的成立，要求受保护的利益必须明显高于受损害者；但对于防御性紧急避险，只要损益不过分悬殊，避险行为即可被正当化。⁽⁶¹⁾由此可见，危险制造者需要承担的忍受义务，明显重于与危险无关的第三人。这就意味着，遇险者有权从危险制造者那里获得的救助，也远比能从无关第三人那里获得的要多。所以，要求被容许的风险的制造者承担比偶然发现他人遇险之人更重的作为义务，是由二者在法律地位上的差异所推导出的必然结论。⁽⁶²⁾

结 论

本文的研究结论可以概括如下：

1. 注意义务有别于行为规范，后者为法益保护规范，前者则是能力维持规范。注意义务的功能在于，将行为人遵守行为规范的能力维持在一定的水平之上。因此，只有在行为

(59) Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, § 7 Rn. 112; Kindhäuser, in: NK-StGB, 5. Aufl., 2017, § 32 Rn. 92.

(60) Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, § 32 Rn. 167.

(61) Vgl. Günther, in: SK-StGB, 7. Aufl., 2000, § 34 Rn. 40; Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl., 2017, § 34 Rn. 86.

(62) 当然，被容许的风险的制造者，其保证人地位也并非毫无限定。一旦相关的风险和后果进入被害人自我负责的领域，行为人对被害人的保证人地位即归于消灭。例如，在司机合法行驶的过程中，万念俱灰的被害人自寻短见闯入公路，司机刹车不及将其撞伤。既然被害人已通过自己的行为明确表示自愿放弃生命，也就免除了他人对其可能负有的救助义务，从而也就解除了司机的保证人地位。

人有遵守行为规范之意但欠缺遵守行为规范之力时，才有考察注意义务的余地。

2. 注意义务的判断应当采取一元行为人标准，在德国刑法理论中颇为流行的注意义务双层判断法（二元注意义务标准说）并不可取。

3. 用于填充空白罪状的法律、法规、规章等规范，既可以类型性地推断注意义务，也可以划定被容许的风险的边界。但是，具体行为人预见与避免损害结果的能力，依然是业务过失犯中注意义务违反性判断的“压舱石”。首先，只有与维持行为人预见和避免损害结果能力相关的填充规范，才有资格成为注意义务的来源。其次，填充规范对注意义务的推断效果，会在个案中因填充规范对于维持行为人能力“力不从心”或者“多此一举”而被否定。最后，以被容许的风险为由出罪的真正根据，不在于危险行为获得了概括性的容许，而在于行为人能力缺失状态的可谴责性被否定。

Abstract: The criminal law requires citizens not only to avoid violations of norms in the case of realistic compliance, but also to ensure that they have the necessary capabilities to comply with norms. The actor's improper reduction of his or her ability of compliance with norms is the basis and premise for the establishment of a negligent crime. And the criterion used to determine whether an actor has improperly reduced his ability is whether he has violated the duty of care. From the perspective of the nature of the norm, the duty of care is different from code of conduct, the latter is the norm of legal interest protection, whereas the former is the norm of ability maintenance. The function of the duty of care is to keep the actor's ability to comply with the code of conduct above a certain level. An analysis from the points of view of the purpose of criminal law, theoretical thinking and policy effects shows that the monobasic individual standard of the perpetrator should be adopted in the judgment of duty of care. The double-layered duty of care judgment method, which is quite popular in criminal law theory, is not desirable. The laws, regulations, rules and other norms used to fill the blank facts of crime can not only typologically infer the duty of care, but also define the boundary of the allowed risk. However, the specific actor's ability to foresee and avoid is still the "ballast stone" in determining the violation of duty of care in professional negligence crime. On the one hand, only the filling specification related to the maintenance of the capabilities for prediction and avoidance is eligible to be a source of duty of care. On the other hand, the allowed risk can be established only when "the behavior is consistent with the filling specification related to the maintenance of his/her capacity" and "the perpetrator's capacity is actually absent".

Key Words: negligent crime, duty of care, standard person, allowed risk
