

# 标准人的心素与注意义务的境界

——与“杨存贵交通肇事案”二审裁定书展开的学术对话

陈璇

**【摘要】**注意义务的标准人由“力素”和“心素”两部分组成,后者指的是法规范期待行为人具有的谨慎态度。相对于力素而言,心素对于有效克服过失犯司法实践中的结果责任倾向发挥着更为关键的作用。标准人心素要解决的核心问题是,在危险俯拾皆是的现代社会中,法秩序能够期待行为人对注意力这一稀缺资源进行怎样的分配和安排。对此,应当采取利益权衡而非社会通常性的思考模式。在具体确定标准人心素的内容时,应遵循以危险信号为基础的“普遍化”检验方法:首先,从结果出发反向逆推,考察怎样的谨慎态度足以有效避免注意能力下降;接着,根据危险信号所预示的危险级别,结合谨慎义务施行后可能对个人自由和社会发展带来的影响,判断该谨慎态度能否成为一项得到理性公民接受的普遍性义务。倡导学者与司法者共同发掘指导性案例,并为之展开常态化的学术对话,有助于刑事指导案例制度的完善。

**【关键词】**注意义务;标准人;心素;利益权衡;刑事指导案例

**【作者简介】**陈璇,中国人民大学法学院副教授,中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员,法学博士。

**【原文出处】**《清华法学》(京),2020.6.73~96

## 一、一份裁定书引发的问题意识

由其鲜明的实践导向所决定,刑法教义学的发展不能脱离对司法判例的密切关注以及与法官判决的互动交流。“判例的一大意义在于渐进地、稳妥地、有理由地、有说服力地演进法律,为法教义学体系输入新问题和新素材。”<sup>①</sup>在法治发达国家,正是学术与判例、学者与法官之间常态而深入的对话,成为推动刑法理论向前发展的一个重要的不竭动力。<sup>②</sup>反观我国的刑法学研究,尽管学者们已经普遍开始重视挖掘中国本土的案例资源作为学术研讨的素材,但人们更多利用的是典型疑难案件的事实部分,与法官在判决中所呈现的意见直接展开论辩和对话的尝试却不多见。当然,之所以如此,一个重要的原因在于,从整体上来看,我国刑事判决的说理性长期以来并不令人满意。就多数判决而言,法官是如何将案件事实涵摄于其所援引的法律条文之下的,在争议

问题上又是如何对不同观点进行比较和取舍并得出结论的,其思考的完整链条和推导的全部环节,往往被遮蔽在了“本院认为”以下的寥寥数语之后,常常隐身于对法条的简单复述之中。面对这样的判决书,要求学者对判决进行有针对性的评析,期待理论和判例开展卓有成效的交流,自然是一种不切实际的奢望。值得注意的是,随着2013年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出“增强法律文书说理性”的总体要求,近年的一些刑事判决书,尤其是重大影响性案件的判决书在说理的翔实度和深入性方面出现了积极的进步。这为理论与实践的对话创造了越来越多的契机。就过失犯领域而言,笔者关注到了由重庆市第五中级人民法院针对“杨存贵交通肇事案”所作出的(2016)渝05刑终字第1060号刑事裁定书。本案的主要案情如下:

2014年3月25日,光大旅行社与禾森公司签订

《租车合同》，约定禾森公司租赁车辆供光大旅行社组织游客前往重庆万盛黑山谷、龙鳞石海旅游。同月29日，原审被告人杨存贵受禾森公司雇佣，驾驶禾森公司安排的川AH1189大型普通客车，搭载光大旅行社组织的游客20余人及导游1名从自贡市到重庆万盛黑山谷景区游玩一天。次日7时许，杨存贵驾车搭载游客及导游从黑山谷景区南门附近出发前往石林景区。当日8时许，车行至禁止大客车通行的石林镇石鼓村长下坡路段时，车辆制动性能下降。杨存贵发现后，在控制车辆的同时告知了正在驾驶右侧、车门内台阶处的导游陈某甲。陈某甲即站到杨存贵右侧，探身用手与杨存贵共同掌握方向盘。当时车速较缓。车上部分乘客见状，便要求打开车门跳车；坐在车内右侧第一排的游客倪某、阮某(本案死者)离开座位，站到陈某甲身后的中间通道上。陈某甲大声招呼不准开车门、不准跳车。其间，车门被短暂打开，倪某、阮某先后跳车，车门随即关闭。该车沿公路缓速下行数十米，平稳行至对向车道外侧一地势平缓处停驻。停车后，阮某在车后方向数十米的道路边被发现头部受伤昏迷在地，倪某在其身旁呼救。2014年3月31日，阮某经抢救无效死亡。经法医学检验鉴定，阮某诊断为呼吸、循环衰竭，特级特重度颅脑损伤、弥漫性轴索损伤、颅底骨折伴脑脊液耳鼻漏、右侧颞顶部急性硬膜下血肿伴脑疝形成、左侧颞骨骨折，符合颅脑损伤致死。

二审维持了一审关于被告人杨存贵无罪的结论，并在裁定书中作了颇为细致的论证。其说理部分主要有三个引人瞩目的亮点：<sup>③</sup>

1. 明确了刑事责任的认定不能依附于行政责任的原则。对于业务过失犯，我国《刑法》大量使用了空白罪状的规定方式。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，将其视为注意义务的实质来源。<sup>④</sup>由此导致司法实践中长期以来广泛存在着对业务过失犯的认定唯行政法规规范马首是瞻、将行政责任与刑事责任相混同的弊病。近年来，不少学者均对此进行了反思和批判。<sup>⑤</sup>本案二审裁定书明确采纳了理论界的相关意见，指出：“交通管理部门是根据交通运输管理

法规认定事故责任，这种认定通常是出于交通行政管理需要，不等同于刑法上的责任；虽然在多数情况下法院会根据案件的具体情况采纳交通管理部门的责任认定，但并不意味所有案件均应当如此，尤其是涉及当事人刑事责任的刑事案件，更不能将行政责任的法律依据直接当作刑事责任的法律依据，而应当根据交通肇事罪的构成要件进行实质的分析判断。”

2. 在注意义务边界划定的问题上，采取了“社会通常性”的实质标准。控方指控，杨存贵所实施的与被害人死亡具有因果关系的行为共有3个：一是行前未检查车辆的行为，二是驶入禁行路段的行为，三是险情发生后处置不当的行为。其中，由于车辆制动性能发生故障是引起车辆失控并致被害人情急之下跳车身亡的首要因素，故杨存贵是否违反了行前检查车辆的注意义务，就成为决定他是否构成交通肇事罪的关键所在。尽管《道路交通安全法》(以下简称《道交法》)第21条载明了行前检查义务，但该条只是笼统地规定：“行驶前应当认真检查车辆的安全技术性能，不得驾驶安全设施不全或机件不符合技术标准等具有安全隐患的机动车。”至于究竟怎样做才算满足了“认真检查车辆的安全技术性能”这一要求，却仍有待司法者结合具体个案进行实质性的判断。对此，本案判决提出：“在现实生活中，车辆行驶前对制动性能的检查，一般是通过驾驶人在本次驾驶的初始阶段直观感知(通常采取起步前后制动数次的方式)，并结合先前驾驶中的直观感知来进行判断。这一惯行作法，从控方收集的万盛客运有限公司安保部部长彭某的证言也能得到确认。因此，道路交通安全法第二十一条对驾驶人设定的检查义务，不应提升到须借助特定技术设备才能检测出来的范围和程度；实际生活中通常采取的试车检查，应当视为符合该条规定的检查方式。”

3. 引入了危险创设和危险实现的归责原理。判决认为：导致乘客跳车死亡的危险来自“打开车门”的行为，而根据现有证据恰恰无法查明究竟是何人打开了车门；被告人驶入禁行路段和将险情告知导游的行为虽然是引起被告人跳车的诱发性条

件,但并未使乘客跳车受伤的危险现实化。首先,尽管杨存贵驾车行驶在设置了大客车禁行标识的路段这一行为违反了交通运输管理法规,但“本案事实存在一个‘驶入禁行路段—制动性能下降——车门打开——跳车——受伤死亡’的过程,从逻辑和常理常识判断,车辆驶入禁行路段最多成为制动性能下降的条件之一(尚不是必要和充分条件),并不能使乘客跳车受伤的危险现实化,断不可能造成乘客从车门跳出并受伤死亡的结果。”其次,杨存贵将车辆行驶过程中发生的险情告知乘车人员的行为是否合法,对此现行法律法规没有规定,行业规范和惯例也不明确。即便认为该行为在客观上引发了乘客的恐慌情绪,但它“并不能使乘客跳车受伤的危险现实化,而是其后介入的‘车门打开’才使这一危险现实化,才与死亡结果具有刑法上的因果关系。”

由此可见,这份裁定书的说理部分涉及过失犯论的多个核心课题,其分析的深入和细腻程度是罕见的,无论从形式还是内容上对于过失犯的司法实践都有着重要的指导意义。囿于篇幅,本文打算将关注焦点集中在上述第二点,即注意义务的边界划定问题上。理由在于:我国过失犯论近年所取得的进步,主要集中在与客观归责理论联系较为紧密的合义务替代行为、规范保护目的、被害人自我答责等部分;但是,作为过失犯“元概念”的注意义务,其理论上的推进幅度总体相对有限。对于注意义务,多数论著要么简单地重复着旧有的形式化认定方法,认为注意义务源于法律、法令、规章制度、习惯以及常理,要么热衷于对一般人标准说和行为人标准说进行比较和选择。<sup>⑥</sup>然而,一方面,对于大量存在于日常生活中的普通过失犯,以及业务过失犯中缺少明确填充规范的情形(如本案中机动车驾驶者的行前检查义务就是如此)而言,注意义务的边界究竟何在,就成为一个无成文法准据可循的开放性问题。所谓“习惯”“常理”为何能成为注意义务的确定依据,又如何个案中对其加以确定,依旧是未解之题。另一方面,如后文所述,对“能为”和“当为”进行二元区分,是设定法律义务的基本前提。所谓一般人标准说和行为人标准说之争,只是在讨论应以什

么人的能力作为设定标准人的基础,却未能涉及法秩序所设想的标准人究竟应当怀有多高水平的谨慎态度这一问题,而后者恰恰才是划定注意义务边界的关键所在。正是由于注意义务的边界在许多情况下是一个既缺少成文法参照、又难觅现成理论抓手的问题,故它在为司法者留下巨大裁量空间的同时,也考验着法律人在个案中独立展开价值平衡和实质分析的能力。也正因为如此,宾丁(Binding)曾感叹道:“和过失犯论比较起来,故意犯论的研究可真是件相对轻松的活儿。”<sup>⑦</sup>

## 二、标准人心素的规范内涵与功能定位

### (一)心素:法规范所期待的谨慎态度

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着明确的认识,这就足以说明,他是在现实具备规范遵守能力的条件下侵害法益,所以,我们无需借助任何中间环节即可一步到位地认定其行为的规范违反性。可是,过失犯的特点却在于“不意误犯”,其行为人是在对行为的法益侵害危险缺乏正确认知的情况下引起了损害结果。因此,他在实施危险行为之时也就不可能现实地具备遵守行为规范进而避免法益侵害的能力。这样一来,在过失犯的结果归责链条中就出现了一个空缺。不过,刑法不仅要求公民必须保证自己在现实具备规范遵守能力的情况下避免违反规范,而且还要求公民应当保证自身具有为遵守规范所必要的能力,防止其出现不当的下降。<sup>⑧</sup>尽管过失犯的行为人在实施法益侵害行为当时处于无能力的状态之中,但他本人对于自己陷入此种状态是负有过错的。假如行为人调动必要的注意、集中一定的精力,他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拥有遵守规范的现实能力。因此,一旦确认行为人不当地降低了自身遵守规范的能力,就能够填补过失犯归责链条中的空缺。用于衡量行为人是否不当地降低了能力的标尺,就在于他是否违背了必要的小心谨慎的义务,即注意义务。

既然注意义务要求行为人应当小心地对自己正确认知法益侵害危险的能力加以维护,那么在判断

某一行为是否违反了注意义务时,就有必要首先设定一个标准人,以此衡量行为人是否不当地降低了自身的危险认知能力。置身于行为当时的情境之中,若标准人的认识能力将和行为人一样出现缺失,则说明行为人并未以轻率疏忽的方式降低自身能力,其引起法益侵害结果的行为属于《刑法》第16条规定的意外事件;反之,若标准人完全可以维持其认识能力,则意味着行为人认识水平的下降是因其缺少必要的谨慎和注意所致。要想成功地将某一主体的认知能力保持在为避免结果发生所必要的水平之上,必须具备以下两个要素:其一为“力素”,即标准人需要具备一定的体能和智力条件,这与特定主体的年龄、体质、受教育程度等因素密切相关;其二为“心素”,即标准人应当具有一定的谨慎态度。我们从日常生活的经验中能够体会到,能力条件只是为做成一件事提供了最基本的物质前提,这些能力条件能否充分发挥作用,还取决于人的心理态度。正所谓“骐骥一跃,不能十步”,假如行为主体因为缺少积极进取的意识而无法将其能力调动起来,则最终还是会一事无成。同理,作为忠诚于法规范的公民,标准人也只有心怀一定的谨慎态度,才能促使自己全面调动感知器官、全神贯注地密切关注事态,从而将正确认知事物的能力保持在充足的水平之上。我国的过失犯理论历来偏重于标准人的力素,关于标准人心素问题的研究却显得异常薄弱。但事实上,心素对于注意义务边界的划定有着举足轻重的意义。

首先,从“能为”并不能当然地推导出“当为”。行为人具有多高的行为能力,这纯粹是其个人的一种事实性状,从中并不能当然地推导出他在规范上应当承担多大的义务。<sup>⑨</sup>如果法要求他运用能力去为或者不为某种举动,就必须另行给出理由。换言之,在“能为”与“当为”之间,必须存在一个可供合理界定公民义务范围的规范调节器,用以确定法秩序是否要求公民调动其能力以及要求公民动用多大的能力去满足规范的要求。调节的依据在于消极义务和积极义务的划分,<sup>⑩</sup>及其与《宪法》第33条第2款和第51条共同确立的自由平等原则之间的关系。对于

故意作为犯来说,行为人负有绝对的义务尽其所能避免给他人法益造成损害。因为,根据自由平等原则,一切公民在各自的自由空间之内均平等地享有不受侵犯和干涉的权利。所以,要求公民在对某一危险举动已有正确认识的情况下,调动起全部能力避免积极地将他人法益带入危险境地之中,这本就是自由平等的内在要求和应有之义,而不是从外部对自由平等另行施加的限制。对于任何一名无意违抗行为规范的公民来说,这种仅限于要求人们“害人之心不可有”的命令,并不会对其法律上的自由造成丝毫额外的扣减。在此情况下,确定义务边界的标准就是行为人的实际能力,只要是在其力所能及的范围之内,任何公民都不得主动地侵犯他人的法益。然而,对于不作为犯来说,由于积极义务要求公民在不加害他人的同时还要主动向他人伸出援手,故它的出现就给公民自由带来了某种额外的限制。此时,积极义务的范围就不能如消极义务那般完全以行为人的能力设界,而必须借助保证人地位、社会团结原则等更多的补充性标准来加以限定。过失犯既可以表现为不作为也可以表现为作为,但它总归是以行为人违反了特定的注意义务为其成立根据,而注意义务作为能力维持规范,要求公民除了有遵守行为规范的意愿之外,还必须在社会生活中腾出部分精力、放弃部分自由,小心谨慎地维护自己的认知和行动能力。对于忠诚于法规范的公民而言,这一要求势必给他的日常生活带来一定的负担,使其行动空间受到一定的挤占。因此,注意义务同样也不能仅以行为人的能力为其设定依据,不能要求公民避免其所能预见的一切危险行为。这样一来,我们就需要在预见能力之外进一步为注意义务找到规范性的限制标准。

其次,相较于力素而言,心素对于真正克服过失犯司法实践中的结果责任倾向发挥着更为关键的作用。在已经因为行为人的认知能力下降而发生了损害结果的情况下,司法采取的是从结果反向逆推的思维方式。首先考虑,如欲有效地维护行为人的认知能力进而避免结果的发生,需要行为人采取何种措施;然后,再考察法规范能否期待行为人去采取这

种措施。对于其中第二步的判断来说,行为人的身体、智力条件,即力素固然提供了必要的事实基础,但更具决定意义的问题却在于:行为人应该以何种方式去安排这种能力、以多大的幅度去投放这种能力呢?不妨看一个例子:

[沈某驾车回库轧死人案]1984年7月27日下午,某县城供销社业务员吴某(男,28岁)在外县某乡购买农副产品后,要找地方住宿。该乡保管员田某将吴某安排在该乡汽车库院内小东屋。田某曾对吴某说:“晚上11点左右,汽车还回来。”吴某在小东屋躺了一会儿,因天气太热,便搬到院内睡觉,并用塑料布(长11米左右,宽1.6米)蒙头盖脚睡在地上。晚上11点左右,天下小雨,院内漆黑,司机沈某驾驶46-95895柴油解放车返回,乘车的副司机下车将车库门打开,沈某关灭大灯,只开小灯驶进院内。在调头准备倒车时,左前轮将睡在地上的吴某当场轧死。<sup>①</sup>

对于本案,通说向来认为由于被告人“在当时的条件下不可能预见到会有人冒雨睡在地上”,<sup>②</sup>故其行为属于无法预见的意外事件。<sup>③</sup>的确,在沈某驾车进入院内之时,他对于吴某正睡在院子的地面上一无所知,故缺少避免结果发生的能力。但是,假如沈某事前养成了在夜间驾车返回车库时对车库院内的地面进行认真排查的习惯,不就完全可以防止自己的认识能力下降,也完全可以及时发现吴某睡在塑料布之下的事实吗?这就说明:行为人能够为维护自身认知水平投入多大的能力,是与其谨慎态度的高低成正比的;司法者对行为人谨慎态度所提出的要求越高,行为人需要动用的注意力就越大,也越有可能将自己的认知能力维持在为正确辨别危险事实所必要的水平之上。因此,要论证沈某的行为未违反注意义务,关键的理由并不在于他缺少正确认知危险事实的体能和智力条件,而在于法秩序不能要求他为了防止认知水平下降而处于如此紧张的精神状态、投入如此巨大的精力,以致谨慎小心到每次驾车出入车库前都要对地面的方寸毫厘进行全方位无死角的仔细检查。在本案中,真正对注意义务违反性的成立起到制约作用的,并不是力素,而是心素。

这样看来,《刑法》第16条所谓的“不能预见”,除

了指致害事件确实完全超出了行为人的身体和智力条件这种情形之外,更多地是指行为人即便怀有规范所要求的谨慎态度,他由此激发起的紧张状态也仍然不足以将其认知能力维持在为避免结果发生所必要的水平之上。同理,单纯事实上的预见可能性并不能说明行为人为何有义务必须去预见,它自然也就无法成为刑法向缺乏预见的行为人发出责难的根据。<sup>④</sup>因此,真正规范意义上的“预见可能性”不能被理解为一个片面依赖于能力要素的概念,它本身必须包含规范性的限制要素,即心素在内。确切地说,预见可能性并不是指行为人有能力预见某种法益侵害事实,而是指行为人一旦具有了规范所期待的谨慎态度,就能够调动起自己的认知能力,从而对法益侵害事实的发生有所预料。一旦将力素作为确定注意义务违反性成立与否的唯一变量,而忽视了预见可能性当中标准人心素对于行为人能力所具有的限制性作用,那么在绝大多数情况下,司法者都可以通过无限提高对行为人谨慎态度的要求从而使结果具有预见可能性。这样一来,过失犯认定中的结果责任现象就难以从根本上得以消除。例如,针对有着与“沈某驾车回库轧死人案”高度相似案情的案件,就有法院得出了与通说截然相反的结论:

2016年5月30日18时许,被告人王某某驾驶F28187号大型货车行驶到宾县宾西镇城市公元小区西侧的料场空地时,从道路上的草席上驶过,将躺在草席内的戚某某碾压致死。经法医鉴定,死者符合生前机动车碾压骨盆及双下肢致大出血而死亡。尽管辩护人提出,案发地系一不对外的废弃料场,王某某驶入料场时无法想到草席底下有人,故本案属于意外事件;但法院仍以过失致人死亡罪判处王某某有期徒刑1年,缓刑2年。<sup>⑤</sup>

对于本案,法院之所以能不加任何论证地断言被告人“疏忽大意,未尽到注意义务”,其背后的根源恐怕就在于刑法理论和实务长期以来忽视标准人心素对于力素的制约作用。不少司法者习惯于直接以注意能力的大小去划定注意义务的范围,把原本只关乎“能否预见”的主观说和客观说看成了决定行为人是否“应当预见”的标准。<sup>⑥</sup>有的判决提出:“预见

义务是否合理,取决于预见义务是否具有社会价值,是否能够保障人的生命健康和财产安全”<sup>⑧</sup>这分明就是将法益保护的有效性当成了划定注意义务边界的唯一标准。这一缺失,为司法者通过毫无节制地提高对行为人谨慎态度的要求从而恣意扩张结果预见可能性的范围留下了空间。

“杨存贵交通肇事案”的二审裁定书有关行前车辆检查义务的论述,突破了理论和实务上关于注意义务违反性的通常判断模式,对标准人心素在限制注意义务违反性方面的作用给予了特别的关注,令人耳目一新。本案中,行为人在车辆行驶至石林镇石鼓村下坡路段并濒于失控前,一直没有认识到车辆的制动性能存在问题。在《道交法》缺少对司机行前车辆检查义务的内容作出明确界定的情况下,从客观上来看,假若被告人在行车前不是仅采取一般的起步前后制动数次的方式,而是更加小心一些,找来专门的仪器设备对车辆进行全面检查,那他作为具有A1A2准驾车型资格的司机,只需结合其驾驶经验以及对交通法规的认识,就有可能从检测数据中及时发现车辆的制动率不符合《机动车运行安全技术条件》的规定,从而正确地预见到驾驶该车辆进入景区具有致人死亡的风险。但是,二审裁定书主张“对驾驶人设定的检查义务,不应提升到须借助特定技术设备才能检测出来的范围和程度”,这实际上就是对注意义务标准人的心素作了限制,将行为人应当具备的谨慎态度限定在了通常试车检查方式所体现的水平之上。

## (二) 责任原则、被容许的风险与注意义务的统一性

以上思考可以进一步为我们带来以下三方面的启示:

1. 心素是保障责任原则能够在过失犯领域内得到贯彻的关键

“超出能力所及范围的义务无效”(impossibilium nulla obligatio est),历来是用于保证责任原则得以贯彻的一个经典原理。<sup>⑨</sup>可是,就过失犯而言,仅仅强调“能力”本身并不足以合理地界定过失犯刑事责任的范围。因为,如前所述,注意义务的主旨不在于命

令行为人根据其当下既有的能力消极地避免伤及他人法益,而在于要求他抖擞精神、防止懈怠,努力将其能力维护在一定的水平之上。相应地,与故意犯不同,过失犯的可谴责性不在于行为人在实施危险行为当时现实地具有认识能力,而在于行为人在实施该行为之前,本来能够采取措施挖掘自身的潜力,将其认知能力一直保持在为避免实施该行为所必要的水准之上。<sup>⑩</sup>如果不对行为人为维持自身能力所应该具有的积极态度加以限制,那么正所谓“有条件要上,没有条件创造条件也要上”,从理论上讲,只要行为人足够小心,都有可能调集和激发起充足的注意力以防止其认识能力下滑,都有可能使原本的无能力状态变为有能力状态。这样一来,对于过失犯而言,就几乎不存在什么“超出能力所及范围”的义务要求了。因此,欲在过失犯领域内真正践行责任原则,必须改变以往过失犯论重力素轻心素的状况,着力为标准人的心素发展出一套合理可行的确定方法。

2. “被容许风险”的思想,其实质就在于以心素限定注意义务违反性的成立范围

韦尔策尔(Welzel)较早地提出,用于划定注意义务范围的要素主要有二:一是智识性要素(intellektuelles Moment),即某一举动的法益损害性(在客观上)是可预见的;二是规范性要素(normatives Moment),即能够为人们预见的危险行为几乎无处不在,故为免过失处罚范围扩张过甚,有必要将违反注意义务的行为限定于逾越了交往规范或者社会相当性之边界者。<sup>⑪</sup>该观点随后得到了德国主流刑法理论的普遍认同。即便是自称“创造了一个全新的过失不法理论”的现代客观归责论,<sup>⑫</sup>事实上也承袭了这一思路。因为,按照罗克辛(Roxin)的说法,客观归责的风险创设阶层主要包含两项核心要件,一是要求行为制造了值得关注的风险,二是要求行为创造的风险必须受到法秩序的禁止。前一要件对应于传统过失犯论中的预见可能性,即智识性要素;后一要件则明显相当于上述的规范性要素。<sup>⑬</sup>如前所述,为防止司法者通过不断提高对行为人谨慎态度的要求从而不受约束地肯定结果的预见可能性,必须对行为人在

法律上应有的谨慎态度加以限制。一旦行为人的谨慎态度已经达到了法秩序的基本要求,则他在此情况下出现的认知能力下降的状态,就不再具有规范上的可谴责性,故不能认定其违反了注意义务。对于业务过失犯来说,从行为人遵守了相关社会领域内的成文规范这一点,大体可以推断,行为人已经满足了法秩序对其谨慎态度的基本要求。由此可见,被容许风险得以成立的根本理由在于,行为人现实具有的谨慎态度已经与注意义务标准人的心素完全吻合,从而导致法规范认为行为人能力发生减损已不再是可归责于他本人的一种过错。在此情况下,既然注意义务违反性这个用于填补过失归责链条空缺的要素已经归于消失,那么行为人在欠缺必要能力的条件下所引起的法益损害结果,也就随即失去了规范上的可非难性。因此,被容许的风险,是一种专属于过失犯领域的免责事由。<sup>⑤</sup>行为符合社会规范这一事实,只是用于认定被容许风险的一种表面性和推断性的依据,却远不是其实质根据所在。<sup>⑥</sup>

3.“心素”的独立存在,保证了注意义务适用的统一性

学界对行为人标准说的诘难之一,就是认为它会导致是否违反注意义务完全由行为人说了算的局面。<sup>⑦</sup>殊不知,一般人标准说和行为人标准说之争,只是涉及力素,即应当为注意义务的标准人配置何种能力条件的问题,却丝毫不牵涉心素,即标准人应具有何种谨慎态度的问题。法规范可以承认公民的能力有大小,却不能容忍公民敬畏规范的态度有差别。所以,对行为人应有之谨慎态度发出期待的主体,只能是法规范,而不可能是某个人。正是由于心素始终是由法秩序统一设定的,其内容不会因为不同的行为人而有任何差异,故即便在力素的问题上主张行为人标准说,也不会使注意义务的平等和一致性减损分毫。

三、认定标准人心素的总体思路:利益权衡模式的确立

(一)对社会通常性模式的反思

纵观民法和刑法理论,在标准人心素的问题上,

大体存在着利益权衡和社会通常这两种思考范式。<sup>⑧</sup>其中,社会通常性模式试图将法秩序对行为人谨慎态度所提出的要求,限制在相关社会领域中通行习惯的范围之内。作为社会相当性思想的创立者,韦尔策尔一直奉行这样的理念,即“刑法上的价值判断必须关注那些在社会实践中发挥着作用的社会行为规则,而不能寄希望于对利益或者风险进行脱离现实的数学计算”。<sup>⑨</sup>据此,韦氏提出:“并非一切根据理性的判断会对法益造成危险的行为都违反了注意,否则的话,几乎所有社会领域内的行为都不能实施了。……只有当产生危险的行为超越了‘交往中正常的’或者‘社会相当的’限度时,才能认为该行为违反了注意。”<sup>⑩</sup>金德霍伊泽尔(Kindhäuser)亦指出:“注意义务源自交往习惯、特定职业的要求以及日常生活的普遍期待。”<sup>⑪</sup>德国法院的诸多判例以及当代的一些权威教科书也认为,行为人应当予以多高程度的注意,这取决于相关交往圈(Verkehrskreis)内的一般理性人通常会怎么做,以及行为人所属的社会角色要求他怎么做。<sup>⑫</sup>如前所述,“杨存贵交通肇事案”二审裁定书明显采用了社会通常性的思考路径。法院主张被告人未违反行前车辆检查义务的理由是,被告人已经采取了“实际生活中通常采取的试车检查”方式。但是,社会通常性模式存在重大疑问:

首先,“通常”并不必然代表“正当”,单纯的经验事实不能成为规范评价所遵循的标准。事实是刑法规范赖以发挥其机能的基础,但仅从事实存在本身当中并不能推演出规范的要求,<sup>⑬</sup>故刑法体系、概念和学说的构建应当以刑法自身的规范理性和价值目标为指引。对于这一点,现代刑法理论大致已达成了一致。不可否认,与自然事实不同,人的社会生活时刻都处在一定规则和价值观念的支配和引导之下。从这个角度来看,社会生活的确具有一定的“规范性”。然而,社会中的规范和价值,毕竟是先于刑法而存在的一种状态。由社会生活需要的复杂多样所决定,社会规范所追求的目的未必与刑法规范完全契合,故某一行为是否具有社会的通常性、是否与特定社会角色的期待相吻合,这对于刑法来说仍然

是一个规范判断之前的事实问题,它所涉及的仅仅是刑法评价的素材与对象,而非规范评价的结论。<sup>⑧</sup>同理,在某一社会领域内,人们对于可能发生的危险通常会采取何种防范措施、一般会给予多高程度的小心注意,这些习惯或者通例只是客观调查所获得的经验事实,它们无法不经任何筛查和甄别就自动成为注意义务的内容,<sup>⑨</sup>其正当性还需要经过规范价值的独立审核。当某一地区或者行业内部散漫成风、怠惰泛滥时,如果因此而发生了严重伤亡事故,我们就不能以低水平的谨慎态度是司空见惯的常态为由,否定行为的注意义务违反性。<sup>⑩</sup>

其次,社会通常性提供的至多只是一种直觉性和浅表性的论据,它本身无力触及注意义务的核心。社会通常性模式在思维方法上与社会相当性理论一脉相承。社会相当性理论最致命的缺陷不在于它所得出的结论不恰当,而在于它对于问题的分析总是流于粗浅的表层,始终没能抽丝剥茧、披沙拣金地切中真正的要害。譬如,社会相当性理论只能以浅显而笼统的方式说:虽然在固定站点停靠的火车在一定程度上限制了旅客的人身自由,尽管出于管教目的对孩童进行的体罚会引起身体伤害,纵然遵守规则的体育竞技以及合乎医疗行业规范的治疗行为也会导致他人伤害的结果,但由于此类行为均处在社会秩序和道德观念所能接受的范围之内,故不成立非法拘禁罪或者伤害罪。<sup>⑪</sup>可是,只要我们将思考的深度往前推进一个层次,就会发现,在所谓“社会秩序和道德观念”帷幕的背后其实隐藏着多种更为复杂而精确的出罪根据。火车运营之所以不成立非法拘禁罪,归根结底是因为这种对人身自由的限制事先得到了乘客的同意;合规的体育竞技和治疗措施之所以无罪,根本原因在于该行为符合被害人自陷风险、被害人承诺或者推定被害人承诺的要件;以责打方式管教小孩的行为,其出罪理由则在于成立管教权这一正当化事由。<sup>⑫</sup>总之,“什么是社会相当的,这取决于法的各项评价和原理——而不是相反”。<sup>⑬</sup>

同理,即便社会通常性模式能够在过失犯的个案中得出恰当的结论,最终能够有力和稳定支撑该

结论的实质性理由也绝非习惯、通例本身。我们不妨追问:为什么有学说和判例会选择将社会通常的行为方式作为划定注意义务边界的标尺呢?许多法社会学者曾经不约而同地将习惯与维护行为预期以及保障社会生活的稳定性联系在了一起。马克斯·韦伯(Max Weber)主张,为了使社会生活显现出一定的稳定性,人们需要对他人的行为作出预期,而使预期成为可能的一个基本条件就是人们的社会行动具有某种反复出现的固定模式。<sup>⑭</sup>按照卢曼(Luhmann)的观点,只有当人们能够依循一定的预期去行动时,才能免于频繁进行利害权衡之苦,从而最大限度地减低社会成本。然而,现代社会的复杂化却加剧了人们规范性预期之间的冲突,故法律系统的功能就在于有选择地稳定部分规范性预期,从而促进社会信任的形成,有效降低未来世界的复杂性,最终实现人们自由行动和选择空间的最大化。<sup>⑮</sup>既然“以过去的事物为指向,可以使世界简单化,……只有在熟悉的世界信任才是可能的”,<sup>⑯</sup>那么当某个社会领域内已经约定俗成地形成了一套相对固定的行为准则时,若刑法能尊重这既有的惯例,则人们便可以稳定地相信,只要按照自己所熟知的通常法则行事,就能免于身陷囹圄之虞。这无疑有助于维系人们对彼此行动的基本与其与合理信赖。所以,社会通常性模式的背后其实有着更深层次的考量,即:在可预见的危险俯拾皆是的现代社会中,应当最大限度地稳定人们的规范预期,<sup>⑰</sup>避免以刑罚手段打破既存的社会信任,导致人们的行动空间归于萎缩。可见,选择以社会通常性作为确定谨慎义务范围的标准,这终究不过是对行动自由和法益安全这两者进行权衡后得出的结论。如此一来,社会通常性模式无论就其结论的稳固性还是就其作为一种分析方法的科学性来说,均处在风雨飘摇之中。我们不禁要问:既然社会通常性归根结底还是依赖于利益权衡的判断,那么利益权衡的天平会在任何情况下都一直朝习惯所代表的行为自由一方倾斜吗?在社会通常性只是一种表面论据的情况下,难道不应该彻底转变思考的模式,直抵利益权衡这一带有根本性和终极性的分析路径吗?

## (二)利益权衡是过失归责的内在要求

利益权衡模式主张,是否应当设立某项谨慎义务,取决于该义务所维护的利益和设置该义务所需支付的代价之间的对比关系。所以,学界针对该模式提出的一个最为常见的批判就在于,认为它所奉行的“成本—收益”思维,以功利计算抛弃了过失责任的道德性,消解了注意义务判断中的“对”“错”之分。在美国侵权法上,利益权衡模式的典型代表就是以经济分析法为其基础的“汉德公式”(Learned Hand Formula of Negligence)。“汉德公式”由美国法官勒尼德·汉德在1947年“美利坚合众国诉卡罗尔拖船公司”(United States v. Carroll Towing Co.)一案的判决中首次提出。<sup>⑩</sup>该公式以数学语言阐释了法律上确定注意义务的一条思路,即:如果损害发生的几率为P,可能发生之损害的严重程度为L,行为人为预防该损害所需支出的成本为B,那么当 $B < P \times L$ (即预防成本小于损失几率乘以损失金额)而行为人未采取预防措施时,就应当认为其违反了注意义务,成立过失责任。<sup>⑪</sup>这一理论虽然得到了波斯纳(Posner)等法经济学者的积极倡导,但以弗莱明(Fleming)为代表的诸多学者都对汉德公式提出了批判,其核心理由在于:传统的侵权法植根于个人的道德性,它旨在实现个人之间的公平,而非增进广泛的社会政策或者福利;侵权行为法的理念在于维护个人自由并合理地分配损害,而不是单纯计较于成本效益的微积分,不能使侵权行为法上的善良管理人沦为冷血、精于计算的经济人。<sup>⑫</sup>

但笔者认为:利益权衡模式的引入,是过失责任自身特点的内在要求;由注意能力的相对“稀缺”所决定,在注意义务的认定中,与利害比较思维完全绝缘的公平归责是不存在的。

众所周知,法律之所以能够就某一损害事实向行为人发出谴责,关键在于该事实对于行为人来说具有可避免性。如前所述,一旦行为人在行为当时已经现实地具备了避免法益侵害的能力,由于不实施侵害行为并不会对行为人应有的自由和利益造成任何损失,故基于法治国的自由平等原则,法律有理由绝对地禁止他侵犯他人的法益,对此无需进行任

何利弊权衡。可是,注意义务概念适用的前提恰恰是行为人在行为当时缺少结果避免能力,故法律对于过失行为发出的谴责,就只能针对行为人降低了自身遵守行为规范的能力这一事实。然而,在现实生活中,人们在致力于维护既有法益安全的同时,又总是需要不断地从事各种活动以维持社会的正常运转,改善自己和他人的生活条件。正所谓“顾此失彼”,每一个人在特定时刻所能够动用的精力总是有限的,而任何一项活动都会从人们身上分走一部分的体力和脑力,使人无法将注意力百分之百地集中在看护和照顾既有法益之上。这就意味着,注意能力的下降是社会生活中无法完全消除和避免的事实。有能力而主动侵害他人法益的行径,在任何情况下都不允许上演;但因为注意力“左支右绌”导致在无能力的状态下误伤他人的法益,却在一定程度上是人类社会不得不忍受的现象。既然法律不可能对一切注意能力下降的状态都予以谴责,那就必须考虑怎样才能合理地分配行为人有限的注意力。具体地说:从规范的角度来看,我们何时能够期待行为人减少甚至彻底放弃其他活动,将自己的精力专注在避免他人法益受损上,何时又可以容忍行为人缩减为维护法益安全所投放的注意力,腾出更多的精力去从事其他活动呢?一旦涉及对稀缺资源的分配,我们就不能不对分配所涉的多个需求方进行掂量和比较。

事实上,过失所覆盖的,是位于典型的规范违反行为(即故意行为)与完全无罪过行为这两者之间的大片过渡地带,它构成了违法行为最为边缘的部分。由此决定,尽管过失同属过错形式之一,但与故意不同,它“并非真正有着清晰内涵的道德领域”;<sup>⑬</sup>过失归责关于行为“对”“错”的界分不可能像故意归责那般黑白分明、善恶截然,而必然需要斟酌、平衡众多的因素。

## (三)利益权衡并未缩减对生命的保护

山口厚认为:“在被允许的危险中,危险性与利益性的比较和判断有重要意义,这种比较、判断伴随着困难,存在着不适当滥用的危险,对此必须保持警惕。首先,生命侵害的危险与其他利益之间的衡量

在很多时候成为问题,对此应该确认这样一点:在一定程度上存在对生命侵害的危险的场合,只有在保护的利益是他人的生命等极为有限的场合,这种对于生命侵害的危险才可能成为‘被允许的危险’。可以说,认为生命、身体利益之外的法益保护利益优越于对生命侵害的危险,这一判断通常来说是不可能的。也就是,比如说认为场所移动的利益凌驾于对生命侵害的危险等,通过具体的衡量来进行这样的判断是不当的。”<sup>⑥</sup>的确,一提到利益衡量,我们就会很自然地联想到以“两利相权取其重,两害相权取其轻”著称的紧急避险。<sup>⑦</sup>至少就攻击性紧急避险而言,人们公认没有任何其他法益的价值能够高于生命,故凡是以他人生命为代价保护其他法益的避险行为,都无法通过利益衡量的检验。<sup>⑧</sup>

然而,注意义务中的利益权衡完全不能与紧急避险相提并论。因为,紧急避险是一种典型的赋权事由,故一旦在生命法益和其他法益发生冲突时做出有利于后者的权衡,就意味着被害人的生命彻底失去了法律的保护,行为人则相应获得了杀死被害人的权利。可见,在紧急避险中,之所以禁止做出任何不利于生命法益的权衡,就是因为被害人并未以违法的方式挑起利益冲突的情况下,法秩序绝不能容许任何公民手握无辜之人的生杀大权。可是,如前所述,被容许的风险所引发的法律后果却是免责,而非赋权。此处的利益权衡纵然作出了倾向于行为自由一方的决定,也始终未将被害人的生命置于不受法律保护的境地,更不曾授予行为人以杀害他人的权利。它仅仅是在行为人有限的注意能力不足以实现保障法益安全与维护行动自由两全的前提下,令行为人因专注于其他活动而无力有效避免致人死亡的状态获得了一定的谅解和宽恕,仅仅是将此种情形下对生命的保护责任更多地分配给了被害人自己或者社会的其他安全保障机制。因此,严格地说,在注意义务的利益权衡中,被拿来和行为自由作比较的其实并不是生命法益本身,而是特定的生命安全保障方式,即通过要求行为人维持其注意能力从而避免致人死亡。可见,在注意义务的判断中运用利益权衡思维,绝不意味着对生命价值的贬低

和蔑视。<sup>⑨</sup>

#### 四、判断标准人心素的具体准则:“普遍化”的检验方法

##### (一)澄清利益权衡模式的误区

1. 行为所追求的具体目的不属于权衡所要考量的因素

在支持利益权衡思路的学者当中,有一种颇为流行的观点主张:在划定谨慎义务的边界时,应当对危险行为追求实现的利益与该行为可能危及的利益这两者进行比较;总的来说,行为追求实现的利益越重大,法律对行为人提出的谨慎要求就越宽松,反之则越严格。恩吉施(Engisch)提出,放在注意义务利益衡量天平上加以比较的两端,一面是“行为所追求之目的的意义大小(是为了救人性命还是只为了去除外貌上的瑕疵);另一面则是法益侵害所造成之影响的大小(是只可能导致身体的轻伤害,还是可能致死)”。<sup>⑩</sup>例如,在紧张严酷的战争环境下,要保证大批伤员能够得到及时救治,就不能要求外科医生还要像在正常条件下那样严格恪守每一项医疗规程。<sup>⑪</sup>许内曼(Schünemann)进一步以行为目的的具体内容为标准,将注意义务判断中的利益衡量划分为以下四种情形:①奢侈行为(Luxushandlungen)。由于该类行为所追求的是高度个人化的利益,故只有当它完全不会给他人造成危险,或者其危险性在采取一定的安全措施后能够被彻底消除时,才能得到容许。②社会通常的行为(sozialübliche Handlungen)。只要行为的危险性保持在较微弱的程度之上,使得通常的预防措施足以遏制住它,则该行为即可获得容许。③对社会有益的行为(sozialnützliche Handlungen)。由于该类行为能够带来重大的利益,故即便它含有通常预防措施所无法排除的适量危险,也应当予以容忍。④为社会不可或缺的行为(sozial-notwendige Handlungen)。纵使该类行为包含着巨大的危险,而且缺少有效可行的风险防范措施,也必须对其加以容忍。<sup>⑫</sup>与此相仿,弗里施(Frisch)亦指出:“要想知道制造和升高了风险的行为何时能得到容忍何时又不能,我们就必须对实施该危险行为所能实现的利益以及禁止该危险行为所可能带来的利益

(特别是受危险行为威胁的法益)这两者进行权衡。”“一个制造了风险的行为,可能会因为它是必不可少的、受人欢迎的、对社会有益的或者普遍平常的而得到容忍。”<sup>⑤</sup>

但笔者认为,行为追求实现的具体利益的性质和大小,不能成为决定行为人谨慎义务高低的因素。理由有二:

其一,谨慎义务的作用在于为人们应当如何维护自身的注意能力提供统一的标准,而不在于引导人们如何去选择具体的行动目标。按照《宪法》第51条的规定,只要不对国家、社会、集体和其他公民的利益造成侵害,究竟选择实施仅求一己之利还是泽被亿兆黎民的行为,这完全是公民个人的自由,国家应当平等地予以尊重,而不能采取强制性的手段横加干预。注意义务作为能力维持规范,其职责仅在于将公民的注意能力维持在必要的水平之上,从而避免其行使自由的举动不当地误伤他人利益;注意义务标准人心素的功能也仅仅在于,为公民行使自由时应当具有的谨慎态度提出统一的规范性要求,从而将法益所面临的危险控制在社会可以接受的限度之内。至于公民实施某类行为的终极目的是否以及在多大程度上有利于社会,这并不是也不可能成为注意义务关心的问题。<sup>⑥</sup>否则,假如针对同一种行使自由的行为,国家根据个体追求的目的为不同行为人设置了宽严程度迥异的注意义务,那不仅会使能力维持规范适用的平等和普遍性荡然无存,而且无异于以追究法律(特别是刑事)责任的方式强行插足公民的选择自由。<sup>⑦</sup>所以,在公路上驾驶汽车,不论行为人是为了消遣兜风,还是为了赶往办公室上班,抑或是为了前去参加志愿的公益活动,司机应当遵守的交通注意规则并不会有任何差别;就豢养动物的行为来说,不论行为人是为了拥有宠物做伴解闷,还是为了从事国家级重点项目的科学研究,要求饲养者小心看护以防动物伤害他人的谨慎义务也是完全一致的。

其二,若过失行为在紧急状态下保护了重大的利益,则其出罪的实质根据不在于缺少注意义务违反性,而在于成立正当化事由。按照阶层式犯罪论

体系的基本逻辑,即便认定某一行为违反了注意义务,也只是肯定了它符合过失犯的构成要件而已,该行为仍有可能在后续的违法性阶层中因成立正当化事由而最终归于无罪。<sup>⑧</sup>例如,醉酒的甲驾驶机动车将突发脑溢血的乙送往医院救治。一方面,尽管该驾驶行为意在救人于危难之中,其目的殊值肯定,但这并不能使行为人谨慎驾驶的义务有丝毫降低,故甲醉酒驾车的行为依然符合危险驾驶罪的构成要件。另一方面,如果从乙发病的情况以及驾驶时路面的交通状况来看,能够认定甲是在不得已的情况下保护了较大的利益,则可以根据紧急避险排除行为的违法性。<sup>⑨</sup>再拿前述恩吉施所举的战时外科医生案来看:首先,如果外科医生因为时间紧迫而不得已省去了部分按照规程本该采取的安全措施,从而在挽救了伤员生命的情况下又导致其因严重感染而致残,那么由于过失行为以牺牲伤员较小的利益为代价换取了他本人的另一较大利益,符合伤员的意愿或者可推定的意愿,故成立被害人承诺或者推定的被害人承诺。其次,若外科医生为了争取时间抢救重伤员甲的生命,不得已已在救治轻伤员乙的过程中忽略了本该对他采取的安全措施,导致乙伤残,则该行为可能成立阻却违法的紧急避险。可见,以上持利益权衡立场的学者是将本应在过失犯违法性阶层中进行的利益衡量判断,错置在了注意义务违反性之中。<sup>⑩</sup>

## 2. 严格的数字量化不是利益权衡模式的发展方向

在科学主义浪潮的冲击下,出于对自然科学之客观性和精确性的推崇,人文社会类学科出现了朝自然科学的语言和表达方式靠拢的倾向。“自然科学的成就也诱使许多人借用这些领域的方式和包装,他们希望自己的东西看上去是‘科学的’,好像技术术语、数字、图、表、独特的手段等本身就足以确保成功。”<sup>⑪</sup>汉德公式最引人注目之处就在于,它采用数字的语言对注意义务利益权衡中的各项要素进行了严格量化的处理,使整个权衡的分析过程具备了客观和精确的外观。但是,这种微积分式的计算方法能否胜任过失的司法判断,却值得怀疑。

首先,注意义务利益权衡所需考量的要素不可能实现完全的定量化。对不同对象进行量化比较的前提是,我们能够为这些对象找到共通的统一尺度。然而,“在经济分析所依赖的定价市场并不存在的领域,经济分析的用武之地是存在疑问的”。<sup>④</sup>既然在现代社会,不存在对生命、健康、自由等人身利益进行交易的合法市场,那么这些利益就根本无法还原为货币价值。像波斯纳那样不加论证地断然将一个小手指定价为“1万美元”的做法,<sup>⑤</sup>总是令人难以接受。就公式中的B(即预防措施的成本)来说,汉德公式在运算时往往只考虑预防措施耗费的经济成本,例如自来水公司为防止水管冻裂致害而将管道埋得更深所需支付的费用,高尔夫球场为防止高尔夫球飞出场地伤人而架设篱笆所需花费的金钱等。可是,对于行为人来说,动用更多的注意能力、采取更为严格的预防措施,除了会增添可计算的经济负担之外,更会造成其他非物质性利益的损失。比如,行为人会因此而不得不牺牲休息娱乐的自由、放弃学习深造的机会等等,这些都是难以用纯粹经济价值来加以衡量的。

其次,注意义务违反性判断的功能,不仅在于事后确定行为人的法律责任,而且在于为国民提供事前的行动指南。然而,汉德公式所进行的复杂数学运算却远远超越了普通公民的理解和认知能力,以它作为注意义务的认定标准势必造成过失判断失去基本的可预测性。“也许我们在事后可以对这种‘成本—收益’关系进行计算,但行为人能否把该关系作为行为指令来加以遵守,他是否有能力进行此种计算,他是不是一直要担心法官会对他的计算方法作出修正呢?这些都是存在疑问的。”<sup>⑥</sup>

## (二)义务的“普遍化”与危险信号的分级

康德(Kant)曾经为如何辨别某项准则正当与否提出过一个重要的命题:“我绝不应当以其他方式行事,除非我也能够愿意我的准则果真成为一个普遍的法则。”<sup>⑦</sup>这就意味着,一条准则是否正当,取决于它是否符合人类普遍的实践理性。假如某一准则能够普遍性地适用于所有人而不产生矛盾,那它就是正当的;反之,如果某一准则一旦被普遍适用即自相

矛盾、自我取消,那它就无法成立。罗尔斯(Rawls)的无知之幕理论,之所以要假定参与选择和设计社会制度的各方主体对其个人未来的禀赋、才能、命运和社会地位等特殊事实均一无所知,也是为了保证经由这一协商程序制定的规则能够摆脱偶然因素和个体私欲的干扰,从而最大限度地为每个人的理性所接受。<sup>⑧</sup>不论如何,在现代法治社会中,任何一项可能对公民自由造成限制的法律义务要具有正当性,前提是它能够得到理性公民的自愿接受,从而成为一项可以普遍适用的法则。这个道理也同样适用于注意义务。法秩序对行为人谨慎态度所提出的某种要求是否正当,关键在于一旦将该要求推而广之地适用于每一公民,则由此导致的生活状态和社会景象究竟能否为处在“无知之幕”背后的理性人所接受。在注意义务的普遍化判断中扮演重要角色的,是危险信号及其分级化的处理。

安全地生存与自由地发展,是人类永恒的两大需求。为了生存,人不得不动调充足的力量去抵御来自自然界和社会内部的各种风险;为了发展,人又需要投入大量的精力和资源去不断提升社会的物质与精神生活水平。一方面,生存固然是发展的前提;但另一方面,人又不可能仅仅为了安全甘于苟活,从而放弃追求更高理想、实现至善生活的机会。既然人时刻处在形形色色、大大小小的风险的包围之中,那么假如我们不作区分地试图将一切危险都片甲不留地赶尽杀绝,就势必陷于处处分兵设防、终日疲于应对的境地,根本无暇谋求个人发展和社会进步。“试图追求绝对安全的想法必然会导致自由的彻底丧失”,<sup>⑨</sup>所以“在一个有着一定自由的社会当中,没有任何一项义务会要求每个人必须每时每刻都守卫在他人的身旁”。<sup>⑩</sup>为了最大限度地兼顾安全生存和自由发展,必须对无处不在的危险作出轻重缓急的划分,并为之配以大小不同的防控力度和预防开支。危险指的是某种不幸事件发生的可能性。作为一种只有通过预测性思维才能确定的事实,危险是无法被我们的感知器官所直接认识的。因此,人类总是不得不求助于危险所散发和显露出来的各种信号,才能间接地辨别它的存在。<sup>⑪</sup>随着生活经验和科

学知识的积累,人们对于灾害、事故发生前的某些先兆渐渐形成了较为固定的认识,并且逐步将这些信号的强弱程度与实际危险的大小以及应当投放的排险成本密切地联系起来。于是,只有当特殊的信号作为动因出现在行为人面前时,法律才有理由敦促行为人改变正常的能力分配方案,动用更多的注意力去获取对危险事实的正确认知。<sup>⑧</sup>

信号预示的危险越异常、重大和急迫,则利益权衡的天平就越往法益安全一边倾斜,法秩序也越是期待行为人以更为慎重的态度关注危险的动向,将原本用于从事其他活动的精力更多地分出来以供维护自身认知和防范危险的能力之用。<sup>⑨</sup>一则,由于这时严重灾害或者事故的发生已经成为较大概率的事件,故集中精力采取措施既为保护人的基本生存条件所必要,也是把“好钢用在了刀刃上”,提高了社会抗制风险的整体效率。二则,重大灾害或者事故毕竟不是社会的常态,而是发生频率相对较低、持续时间也相对较短的极端事件。为了应对这罕见的特殊事态,即便临时打断人们的正常生活,要求公民牺牲其他行动自由、全力以赴预防风险,也不会对社会发展带来致命性的冲击。在此情况下,对行为人的谨慎态度提出较高的要求、对注意能力的分配作出相对有利于风险防控的安排,就能够得到理性公民的普遍认同。反之,如果危险信号尚未显现或者预示的危险极为微弱,那就表明,重大损害虽然在理论上存在着出现的可能性,但从已有的经验来看距离它现实发生还十分遥远。这时,如果要求行为人动用巨大的精力严防死守,那么尽管也有可能凑巧制止住个别按照经验难以提前预知的严重损害,可是一旦将之普遍化,它所带来的生活模式却无法为人们所接受。首先,公民行动自由会遭受持久性和常态性的剥夺。既然在毫无危险征兆的情况下,每个公民也被课以“宁可十防九空,不可失防万一”的谨慎义务,那么人人都必将时刻如履薄冰、如临深渊,只能守着可能遭受危险的法益惶惶不可终日。这样一来,公民就无异于生活在牢笼之中,宪法为其规定的各项行动自由也势必沦为一纸空文。其次,谨慎义务所欲达成的目的本身也会受到反噬。之所以向公

民发出严苛的注意要求,其本意是为了周全地保护重大法益的安全。可是,一则,以持续的紧张去应对小概率的事故,这不仅是对人的宝贵能力资源的极大浪费,而且长期张而不弛的状态也将导致人们身心疲惫,反而会降低风险预防的效率。二则,当人们为了专心防范某种危险而普遍放弃科学研究、技术开发和物资生产的时候,生命、健康法益难免“出得龙潭,又入虎穴”,又会面临疾病、饥饿等其他更多的风险。因此,这样的谨慎义务将使个人和社会陷于绝境,它无法成为获得理性公民同意的普遍性法则。

不可否认,这种以危险信号为标准对注意能力进行分配的思考方法,并不能保证由此确定的谨慎义务能够万无一失地防患未然。因为,将一定的征兆与特定大小的危险相联系,这只是当前历史条件下人类有限经验得出的结论,它不可避免带有漏洞与局限。完全可能存在这样的情况,即对于某种重大的危险来说,尚缺少预示其来临的显著先兆,或者相关的信号虽然存在但尚未被人们认知和关注。这就意味着,当危险事实上已经步步逼近时,注意义务却因为预警信号的缺失而依然选择允许人们将注意能力分散在其他的活动之中。但是,既然除了按照人类关于危险的既存经验去分配有限的的能力资源外,我们到目前为止还没有找到其他能够更好地平衡安全生存与自由发展这两大利益诉求的模式;那么,一旦关于危险及其先兆的现有经验存在错漏,由此导致的损害就不可归责于任何个人,只能作为社会发展和知识积累过程中不得不付出的代价而由全体社会成员共同忍受和负担。

### (三)“普遍化”检验方法的具体展开

[赵某某过失致人死亡案]2016年9月5日9时10分许,被告人赵某某在未接受专业操作培训,亦未取得收割机操作资格的情况下,驾驶xxx号收割机在博乐市青得里镇夏吾尔台三村苏某家玉米地里收割玉米。因未实地下车进地清场,将正在玉米地里干活的被害人苏某碾死。在审理过程中,赵某某辩称,因驾驶室视线高度为3米,玉米高度也有3米,正常身高的人在收割机前根本无法看到被害人,且收割机作业时声音巨大,驾驶人员不可能听到人的叫喊声,

故致人死亡的行为属于意外事件。法院以过失致人死亡罪判处被告人有期徒刑3年,缓刑4年。<sup>①</sup>

[林某甲过失致人死亡案]2013年7月13日下午,被告人林某甲与妻子李某带着孙子林某乙、林栋及外孙史某、刘某某、刘某乙(2003年11月17日出生)到曹县魏湾镇崔庄南水库划船时,未给孩子穿游船管理所给的三件救生衣。刘某乙坐在无防护措施的船头将腿耷拉在船外踢水玩,不慎掉落水中死亡。在审理中,林某甲辩称,自己完全是基于对游船管理者安全保障和救援措施的充分信任才带孩子们去划船,刘某乙的死亡结果已经完全超出了他的预见能力,其行为属于意外事件。法院以过失致人死亡罪判处林某甲有期徒刑1年6个月,缓刑2年。<sup>②</sup>

关于注意义务标准人心素的判断,应当遵循以下思路展开:

第一步:借助事后假定性的思维来确定,何种谨慎态度才能有效防止注意能力下降。“归责判断是对某一事件进行复述和重建的一系列步骤,它们是通过以假设的事件流程去替换现有事件流程的思维来展开的。关键的归责标准是避免可能性,但由于这种避免可能性恰恰在已经发生的事件中并未显现,所以它只有借助非现实性的条件从句才能得以展现。根据假定性的思维,如果在行为人选择实施合法替代举动的前提下,作为归责对象的现实事件能够得以避免,那他就需要为其违法之举以及犯罪结果承担刑事责任。”<sup>③</sup>涉及过失犯罪的案件,均表现为行为人现实具有的谨慎态度不足以将其注意能力维持在为避免结果发生所需要的水平之上。因此,虽然从发生学的逻辑来看,整个事件的顺序是“特定的谨慎态度→能力水平不足→未避免结果发生”,但规范的考察却应当采取反向逆推的思维顺序,即:“避免结果发生→要求何种能力水平→要求何种谨慎态度”。我们应当首先从已经发生的损害结果出发,假设如果要最为有效地避免该结果发生,那么行为人需要将自己的注意能力保持在多高的水准之上,为此他又应当抱有怎样的谨慎态度。

需要注意的是:若单纯从防止结果发生的效果来说,假定行为人完全不实施危险行为(例如不去驾

驶收割机收割玉米、不带孩子坐船畅游水库等),这当然能够从源头上根本杜绝注意能力的下降和损害结果的发生。但是,在确定何种谨慎态度能有效维持注意能力时,我们的假定性判断却必须以允许行为人实施该举动为前提。因为:其一,从事收割作业、陪亲人泛舟游玩,都是公民行使其自由的活动。故注意义务的判断应当首先尊重这一自由,暂不从根本上取消该项自由作为注意义务的一个参考选项,而是在许可实施该行为的前提下去考虑行为人应当具备的谨慎态度。其二,刑法中有大量的结果加重犯都表现为某种故意的基本犯罪行为过失引起了加重结果,例如故意伤害致人死亡。在这种情况下,基本行为本来就是一种受到严格禁止的故意违法之举,按照法律它从一开始就不该出现,而且一旦伤害行为不存在,自然就能最有效地避免死亡结果。但我们在判断是否成立结果加重犯时,却并没有因此而将“不实施故意伤害行为”作为注意义务的一个可能选项,而是始终以该行为为前提,探讨行为人在实施伤害行为的过程中对于死亡结果是否违反了应有的谨慎义务。在缺少过失的情况下,故意伤害罪的行为人同样可能因为意外事件而无须为死亡结果负责。既然在结果加重犯中,注意义务的判断尚且以保留危险行为为前提,那么当危险行为是公民行使自由的活动时,就更没有理由把禁止从事该行为作为注意义务的选项。

第二步:从规范角度判断,该谨慎态度能否成为一项普遍化的法则。危险信号所预示的危险越重大,法益安全利益在与行动自由利益进行比较的过程中所能获得的权重就越大,法秩序也就越迫切地要求守法公民以较高的谨慎态度保持或者激发自身的结果避免能力。可见,标准人心素不是一个有着严格和确定边界的分类概念(Klassenbegriff),而是一个用于反映流动中的生活事实、具有可进行层级划分(abstufbar)之要素的类型概念(Typusbegriff)。<sup>④</sup>前文对汉德公式所进行的反思已经表明,对谨慎义务利益权衡中的变量进行严格的数字化量化是不可行的,故必须容忍判断中存在一定的模糊性,<sup>⑤</sup>必须赋予法官以一定的自由裁量和规范评价的空间。但是,我

们可以对这些变量的不同情形作出尽可能细致的区分。在此需要考虑以下问题:

(1) 行为人所能感知的危险信号是什么, 该信号所预示之危险的严重性和迫切度几何? 这里有两个因素需要考虑: ① 信号的含义。按照其对应的危险程度, 危险信号大体可以分为以下三个级别: I 级: 说明风险指数尚未溢出日常生活的范围, 诱使损害发生的关键性因素尚不具备, 故结果离现实发生还相当遥远。II 级: 指示有异常风险的苗头显现, 发生灾害或者事故的现实性已经存在, 但还有一定的迟滞和缓冲期。III 级: 预示着异常风险已经迫在眉睫, 只要无强有力的阻碍因素介入, 则损害将迅速成为现实。② 信号的可辨识度。即便从现有的经验来看, 信号与特定程度的危险之间的关联性是明确的, 但信号只有在为人感知之后, 才能成为促使其集中精力防范风险的动因, 而从信号发出到信号被感官接收的过程却未必一帆风顺。所以, 还需要考察信号在传达到人的感官的过程中, 是否受到了其他因素的干扰或者屏蔽, 以致行为人最终接收到的信号与实际的危险状况大相径庭。

(2) 面对信号所预示的危险, 如果将谨慎义务普遍适用于所有人, 则由此形成的生活状态能否为理性人所接受? 这又取决于以下两方面因素: ① 谨慎义务对人们行动自由的限制将达到何种程度, 是暂时限制还是持久剥夺? ② 谨慎义务的施行是否会诱发其他危险, 其严重程度如何?

如果第二步判断得出的结论是该谨慎态度能够成为一项普遍化的义务, 则说明行为人实际具有的谨慎态度落后于标准人的心素, 可以认定他违反了其应尽的注意义务。反之, 如果判断的结论是该谨慎态度无法普遍化, 则说明它无法成为衡量行为人是否违反注意义务的标准。这时, 应当适当牺牲法益保护的有效性, 将先前假定的谨慎态度向下调低一个档次, 然后再从第一步开始检验, 照此往复直至得出能够普遍化的谨慎义务为止。如果最终确认, 没有任何一种谨慎要求可以兼具结果避免能力和可普遍适用性, 那就说明即使标准人也无法防止注意能力的下降, 故行为人并未违反注意义务。

我们可以把“赵某某过失致人死亡案”和前述“沈某驾车回库轧死人案”放在一起进行分析。这两个案件的共同之处在于, 只要行为人事先对车辆可能经过的区域进行了检查, 就可以正确地认识到行为的致死危险, 进而避免损害结果的发生。但是, 由于两个案件在事发前征表出的危险信号截然不同, 故法律对两名被告人的谨慎态度所发出的期待也存在显著差异。对于“沈某驾车回库轧死人案”来说, 之所以不能要求被告人在驾车回库时以高度的谨慎去详细排查院内地面的情况, 理由在于: 沈某开车进入车库时, 有人睡在空地上这一危险事实并没有通过明显的信号传达出来。某些外在的征兆反而对危险事实起到了遮蔽作用: 其一, 与一般居家的院落不同, 车库院子的地面是用于车辆往来通行, 而不是供人们睡觉的地方; 其二, 当时天正下雨, 即便在炎热的天气下, 也鲜有人会冒雨在露天场所睡觉。故此案发现场各种迹象反映出的危险水平, 与在无人的空旷地带开车无异(相当于上述 I 级风险)。如果将这种高度的谨慎态度作为注意义务广泛适用, 那就意味着, 人们即便在没有人烟的旷野、公路上驾驶, 也必须先下车对将要驶经的地面进行小心翼翼、不厌其烦的检查。如此一来, 车辆驾驶活动就几乎寸步难行, 这无异于给现代高速运输工具以及人们驾驶和搭乘汽车出行的自由判处了死刑。因此, 由该义务的普遍化所导致的社会状态, 是每一个理性公民都无法接受的。在“赵某某过失致人死亡案”中, 被告人在驾驶收割机的当时, 确实可能会因为驾驶室视线高度、玉米高度以及收割机的噪音等因素而没有能力及时发觉被害人。但是, 秋收时节的玉米地, 本来就是忙于收割的农民经常来往出入的地方。于是, 对于赵某某来说, 就出现了一个异乎寻常的危险信号。它预示着, 和在空旷无人地带驾驶车辆的情况不同, 此刻发生碾压事故的几率已经大为提高(至少已达 II 级风险)。法律随之也有理由要求被告入必须倍加小心, 不惜投入较多的注意力和时间确保及其经过的区域无人在场。由于该谨慎要求只是在个别时候为防止特殊的死伤风险所设, 故其普遍化并不至于对人们的自由造成持久的剥夺。

接下来看“林某家过失致人死亡案”。从本案发生的死亡结果反推,要想避免刘某乙落水,最保险的方式是在此之前就将其带离船头,使之处在自己身体的实力控制之下。根据危险信号的级别,可以对有监护责任者看护儿童的情形分成以下三种情形来分析:①家长甲周末带着6岁的幼子乙到公园的一处草坪玩耍。由于甲平日经常带孩子来此地散心,对草坪及周边的情况十分熟悉,而且草坪被维护得十分平整干净,并无沟壑、洼地或者尖锐异物,故此时不存在异常的危险信号。从能够感知的外在征兆来看,该场景下乙的生命健康所面临的风险处在极为抽象和低微的水平,与正常条件下吃饭、学习、运动时无异。一旦法律要求甲此时也必须寸步不离地将乙紧紧控制起来,那么甲就几乎需要24小时无间歇地将乙守护在自己的臂膀之间。这样一来,不仅监护者与乙都将彻底失去行动自由,而且家长也根本无法腾出足够的精力去为子女营造更好更安全的生活环境和成长条件,这是无法为理性人所接受的。因此,只要行为人此时做到了防止孩子脱离自己视野所及的范围,即可认为他满足了法律对其谨慎态度的期待。②家长甲带着其幼子乙到野外踏青,来到一处陌生的灌木丛,这里地面起伏不平、杂草丛生;或者甲带着幼子乙在小区的一处空地玩耍,这里平常时常会有送快递的三轮摩托车驶过。野外的灌木丛并非人们惯常出入并有专门人员负责打理维护的场所,这说明此处可能潜伏着导致孩子突然跌入深坑、被动物袭击或者被石块枝叶划伤的现实可能。同样,既然小区的这块空地常有摩托车经过,那就表明此处存在着车辆快速进出将奔跑嬉戏中的孩子撞倒的隐患。在此情况下,不要求行为人必须以持续的身体控制去实施保护。但可以要求甲必须在乙进入灌木之前先对这里的情况进行认真排查;可以要求他必须保证乙在自己触手可及的空间范围内活动,并且密切关注周围车辆行人的情况。③在“林某甲过失致人死亡案”中,“案发现场位于面广水深、荷塘水库,……事发时刘某乙等三人并排坐在船头面朝外腿在船外耷拉着踢水玩,没有穿戴救生设备,没有安全防护设施,附近水域亦没有专业紧急

救援设施,结合当时的行为环境和受害人的危险动作”,<sup>④</sup>稍不留神刘某乙随时可能掉入水中。这一高度异常的危险信号反映,离溺水事故的发生已近在咫尺。当此特殊的危急时刻,法律有理由要求监护人即刻放下其他一切活动,以最高级别的谨慎态度全力保护刘某乙的安全,即要求他第一时间将刘某乙置于自己的贴身保护之下。既然被告人并没有做到这一点,就说明其现实的谨慎态度落后于标准人的心素。

最后来讨论“杨存贵交通肇事案”。首先,如前文所述,站在事后的立场从结果反推,若杨存贵事前养成了每次出车前都不忘使用技术设备检查车辆制动性能的习惯,就可以将注意能力维持在能及时察觉危险因素所必要的水平之上,从而避免事故的发生。但是,此前车辆并未显现出可能发生制动障碍的征兆,甚至在事发当日,从出发一直到险情出现之前车辆已经行驶了近1个小时,且以山区道路为主,其间不可避免地会使用刹车制动,也都没有出现异常。这就说明,从当时既有的危险信号来推断,客车发生致人死亡事故的危险处在最低级别,与正常合规驾车的风险概率相当。如果法律要求本案被告人在面对该水平的危险时也必须将自己的谨慎态度调至最高级别,那就意味着所有车辆驾驶者每次发动汽车上路前,都必须无一例外地找来平板或者滚筒式制动检验台等专门仪器对汽车的制动性能进行全面检测。且不说如此大量的检测所需支出的经济成本,光是频繁检验所消耗的时间就足以导致机动车驾驶活动近乎限于停滞,这对于公民的出行自由和社会的正常运行来说都是难以承受的代价。所以,法律期待行为人具有的谨慎态度,不能高至每次出车前均用仪器进行制动性能检测的程度。

接下来,就只能考虑将要求行为人具有的谨慎态度调低至一般行前检查方式的水平之上。起步前后制动数次的方法之所以有可能成为确定标准人心素的依据,关键不在于它具有社会通常性,而在于它能够最大限度地实现保障交通安全和维护行车自由这两者之间的平衡。一方面,按照现有经验来看,启动汽车后踩踏制动踏板进行数次制动尝试,基本上

能够通过刹车的声音和力量感有效地辨别汽车制动性能是否存在可能影响行车安全的异常情况。另一方面,这种简便省时的测试方法也不会给行车自由带来过分的限制。故只要行为人事前以这种方式对汽车的制动性能做了检查,就应当认定他已经具备了法秩序所期待的谨慎态度。

然而,对于过失犯来说,不被容许之风险的成立,是以我们确定下来的谨慎要求能够避免结果的发生为前提的。且不说在本案中,对于检察院指控的杨存贵行前未对客车的制动性能作任何检查的事实,缺少充分的证据;即便证明杨存贵行前连起步前后制动数次的检查都未进行,也未必能认定其成立过失犯罪。我们还需要进一步考察注意义务的结果避免可能性问题。对此,刑法学界素来存在“确定能够避免说”和“危险升高理论”之争。本案的二审裁定书采取了确定能够避免说的立场,因为它认定被告人无罪的理由之一在于:“该车并非完全不能制动,而是制动率下降;此种情况下,驾驶员在事发前对车辆检查时,不能发现该车制动率下降的可能性存在。……即便杨存贵进行了事先检查,也不必然能够发现故障。”按照裁定书的想法,只有当合义务的行为“必然”,也就是百分之百地确定能够防止结果发生时,才能将结果归责于被告人;只要存在合义务行为同样无法成功维持行为人能力的可能性,则不论其大小如何,均应一概否定结果归责的成立。在这个问题上,笔者持不同的见解。我认为,在假定行为符合注意义务的条件下,若合义务替代行为的结果避免可能性达到了占据优势,即超过50%的程度,即可认定注意义务违反性与法益侵害结果具有关联。<sup>⑥</sup>据此,要最终确定本案的结果归责,可能还需要进行更为细致的技术调查和规范分析。如果能够认定在行为人履行了行前检查义务的情况下,虽然不能必然地发现制动故障,但成功发现故障的可能性超过了无法发现故障的几率,那就可以将结果归责于违反谨慎义务的行为,反之则不可。

## 五、总结与余论

本文的研究得出以下三方面的基本结论:①作为注意义务违反性判断的关键,标准人由“力素”和

“心素”两部分组成。相对于力素而言,心素对于有效克服过失犯司法实践中的结果责任倾向发挥着更为关键的作用。②标准人心素的核心问题是,在危险俯拾皆是而注意能力相对有限的现代社会中,法秩序能够期待行为人对注意力这一稀缺资源进行怎样的分配和安排。对此,应当采取利益权衡而非社会通常性的思考模式。③在确定标准人心素的内容时,应遵循以下的判断思路:首先,从结果出发反向逆推,考察怎样的谨慎态度足以有效避免注意能力的下降;接着,根据危险信号所预示的危险级别,结合谨慎义务施行后可能对个人自由和社会发展带来的影响,判断该谨慎态度能否成为一项得到理性公民接受的普遍性义务。

随着刑事案例指导制度的施行,指导性案例在刑事司法实践中扮演了越来越重要的角色。真正能够跻身于指导性案例之列者,应当满足以下标准:一是能够集中反映某一类型的疑难争议问题;二是说理论证在形式上足够规范,在内容上深入透彻;三是有助于确立应有的司法理念,纠正实践中存在的误区。“杨存贵交通肇事案”的二审裁定书,对刑法理论近年来的最新研究成果进行了积极的吸纳和回应,其说理部分针对过失犯的多个重大问题展开了难得一见的详细论证。该裁定书不仅破除了对行政法规规范和行政责任的过度依赖,而且强化了注意义务、结果归责等原理在过失犯判断中的地位,从而朝着消除过失犯认定中的结果责任痼疾、合理限制过失犯处罚范围的方向进行了有益的尝试。结合上述三个标准来看,尽管“杨存贵交通肇事案”并不是一个由官方确认的指导性案例,但其二审裁定书却无疑树立了一个具有标杆意义的范例。重视指导案例的“自发秩序”,<sup>⑦</sup>倡导学者与司法者共同发掘具有典型和指导意义的判例,并且有意识地与之展开常态性的学术对话,这对于理论与实践之间形成良性互动、对于我国案例指导制度的完善都是大有裨益的。本文选取该裁定书作为对话的对象,不仅旨在就本案所反映的注意义务标准人问题展开深入探讨,也希望冀能借此为促进理论和判例之间的深入交流作出抛砖引玉的尝试。

## 注释:

①王洪亮:《德国判例的编纂制度》,载《法制日报》2005年3月10日,第11版。

②Vgl. Hans Joachim Hirsch, Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis, FS-Tröndle, 1989, S. 19; Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band. I, 5. Aufl., 2020, § 7 Rn. 85g. 德国学者在纪念联邦最高法院诞生50周年时曾指出:“在过去的50年间,德国法取得的成就举世公认,联邦法院的判例为此发挥了决定性的作用。……最高法院判例所带来的各种思想启示,为我们法教义学的进步作出了重大贡献。司法实践与理论文献相互促进,立法对实务与学术取得的成果从善如流,这些共同锻造出了一种极负盛誉的法治文化。”Claus-Wilhelm Canaris u. a., Vorwort der Herausgeber, in: dies.(Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band. IV, 2000, S. V.

③参见重庆市第五中级人民法院刑事裁定书,(2016)渝05刑终字第1060号。

④参见高铭暄主编:《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;姜伟:《罪过形式论》,北京大学出版社2008年版,第231页;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,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,参见“乔伟过失致人死亡案”,福建省厦门市湖里区人民法院刑事判决书,(2007)湖刑初字第264号;“李某甲犯故意杀人罪、过失致人死亡罪案”,山东省菏泽市中级人民法院刑事裁定书,(2016)鲁17刑再字第6号。

⑤参见张明楷:《交通肇事的刑事责任认定》,载《人民检察》2008年第2期,第5页以下;王良顺:《交通事故责任与交通肇事罪的认定》,载《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》,载《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》,载《法学》2012年第11期,第157页以下;王海涛:《行政规范之违反与过失实行行为之认定——基于新过失论的阐释》,载《法学研究》2014年第2期,第162-163页;李朝晖:《论交通肇事罪的实行行为》,载《法学》2014年第3期,第143-146页。

⑥参见赵秉志:《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》,载高铭暄、赵秉志主编:《过失犯罪的基础理论》,法律出版社2002年版,第42页;同前注④,姜

伟书,第238页;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18页;陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开I》,中国人民大学出版社2015年版,第199、207页。

⑦Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band. IV, 1919, S. 336f.

⑧Vgl. Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, S. 313; Friedrich Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 34ff.; Urs Kindhäuser, Zur Funktion von Sorgfaltsnormen, FS-Schünemann, 2014, S.147.

⑨参见冯军:《刑法的规范化诠释》,载《法商研究》2005年第6期,第64页;劳东燕:《责任主义与过失犯中的预见可能性》,载《比较法研究》2018年第3期,第50-51页。Vgl. Urs Kindhäuser, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, GA 1994, S. 209f.; Björn Burkhardt, Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung zugleich ein Beitrag wider die “Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven”, in: Jürgen Wolter/Georg Freund(Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 119; Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 33.

⑩关于消极和积极义务之分的历史由来及理论基础, Vgl. Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 162ff., 175f.

⑪参见马志忠:《刑法疑案详解》(上),群众出版社1989年版,第107页。

⑫同前注④,高铭暄主编书,第117页。

⑬参见高铭暄、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118页。

⑭Vgl. Kindhäuser(Fn. 9), S. 209 Fn. 43.

⑮参见黑龙江省宾县人民法院刑事判决书,(2016)黑0125刑初字第257号。

⑯参见覃剑峰、安军:《刘康辉故意伤害案——争抢买单致人重伤的刑事责任》,载《人民司法》2010年第10期,第66页。

⑰同前注④,山东省菏泽市中级人民法院刑事裁定书。

⑱Vgl. Joachim Hruschka, Zwei Axiome des Rechtsdenkens, FS-Reimers, 1979, S. 459ff.

⑲Vgl. Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S.228.

⑳Vgl. Hans Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, 1961, S. 17; ders., Das

Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 132.

①[德]骆克信:《客观归责理论》,许玉秀译,载《政法法学评论》第50期(1994年),第19-20页。

②Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band. I, 4. Aufl., 2006, §24 Rn. 11ff.

③参见陈璇:《注意义务的规范本质与判断标准》,载《法学研究》2019年第1期,第152页。

④可见,“被容许的风险”这一称谓其实具有相当的误导性,它与真正得到法秩序容许的法益损害行为,即正当化事由在性质上完全不同。所谓被容许的风险,实际上是一种不能得到积极评价,但也不应归责于行为人个人,而应由全社会共同忍受和分担的风险,它毋宁被称为“被忍受的风险”。

⑤参见李希慧、刘期湘:《论犯罪过失中注意义务的实质标准》,载《现代法学》2007年第1期,第110页;黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第195页;同前注④,陈兴良书,第160页。Vgl. Bernd Schünemann, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, FS-Schaffstein, 1975, S.163.

⑥参见冯珏:《汉德公式的解读与反思》,载《中外法学》2008年第4期,第512页。Vgl. Gunnar Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S.77, 89. 雅各布斯(Jakobs)的客观归责理论同时并用了这两种思考模式。他将被容许的风险分为两类:一类以利益权衡为基础;另一类则根源于“历史的正当性”(historische Legitimation)或曰社会相当性。Vgl. Gunther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 7/35ff., 7/47.

⑦Makoto Ida, Welzels Einfluss auf die ostasiatische Strafrechtsdogmatik, in: Wolfgang Frisch u. a.(Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, 2015, S.206.

⑧Welzel(Fn. 20), S. 132.

⑨ Urs Kindhäuser, Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, Jahrbuch für Recht und Ethik 2(1994), S.345.

⑩ Vgl. RGZ 126, 329(331); BGH 7, 307(309f.); BGH 37, 184; BGH NStZ 2005, S.602; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S.578; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, §17 Rn. 25; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Aufl., 2017, Rn. 943.

⑪ Vgl. Claus Roxin, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, GS-Radbruch, 1968, S. 260ff.

⑫ Vgl. Gunnar Duttge, "Erlaubtes Risiko" in einer person-

alen Unrechtslehre, FS-Maiwald, 2010, S. 141; Thomas Rönnau, Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz, JuS 2011, S. 313; Urs Kindhäuser, Straf- Recht und ultimaratio- Prinzip, ZStW 29 (2017), S. 388f.

⑬ Vgl. Lothar Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 101f.

⑭ Vgl. Stefan Grundmann, in: Münchener Kommentar BGB, 8. Aufl., 2019, BGB §276 Rn. 60; Gunnar Duttge, in: Münchener Kommentar StGB, 4. Aufl., 2020, §15 Rn. 118.

⑮ Vgl. Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58(1939), S. 518ff.

⑯ Vgl. Hans Joachim Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74(1962), S. 89ff.

⑰ Urs Kindhäuser, Welzels Konzeption sozialer Adäquanz-normtheoretisch betrachtet, FS-Rengier, 2018, S.58.

⑱参见郑戈:《法律与现代人的命运:马克斯·韦伯法律思想研究导论》,法律出版社2006年版,第79页。

⑲参见[德]卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海人民出版社2013年版,第82页以下。

⑳[德]卢曼:《信任:一个社会复杂性的简化机制》,瞿铁鹏、李强译,上海人民出版社2005年版,第26页。

㉑Vgl. Günther Jakobs(Fn. 26), 7/37.

㉒United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169(2d Cir, 1947).

㉓See Keith N. Hylton, Tort Law: A Modern Perspective, Cambridge University Press, 2016, p.113.

㉔参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第471页;王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第246页。See William E. Nelson, The Moral Perversity of the Hand Calculus, 3 Saint Louis University Law Journal 759(2001).

㉕同前注⑩,冯珏文,第525页。

㉖[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第247页。我国也有学者提出过类似的想法,同前注⑥,黎宏文,第15页;张明楷:《论被允许的危险的法理》,载《中国社会科学》2012年第11期,第120页。

㉗也的确有学者明确将注意义务判断中的利益权衡与紧急避险中的利益衡量作同等理解。Vgl. Rolf Dietrich Herzberg, Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, JuS 1996, S. 380 Fn. 18; Michael Pawlik(Fn. 10), S. 337ff.

㉘参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第221

页;同前注<sup>⑬</sup>,高铭喧、马克昌主编书,第140页。

<sup>⑭</sup>有民法学者虽然赞成利益权衡的模式,但又认为它不能完全适用于刑法,理由是“刑法保护的法益一般而言都是重大的法益,因而一旦预见(或应该预见)到自己行为会给这些法益带来不利影响,行为人就应采取适当的措施避免这种不利影响的实现”。同前注<sup>⑮</sup>,冯珏文,第530页,脚注<sup>⑯</sup>。然而,无论哪一法域当中的过失判断,都必须面对注意能力相对有限的事实,都不可能要求行为人在任何时候均应动用全部的注意能力去消除一切可预见的危险,故而也都需要考虑如何对行为人的注意能力进行合理分配的问题。这一点不会因为在不同的部门法中而有任何差异。所以,民刑二法中的过失判断都不可能摆脱利益权衡的思维。

<sup>⑰</sup>Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S.288.

<sup>⑱</sup>同上注,第304页。

<sup>⑲</sup>Vgl. Bernd Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 576.

<sup>⑳</sup>Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 156, 139. Vgl. auch Wolfgang Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S. 262ff.; Peter Frisch, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973, S. 98ff.; Joachim Vogel, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2007, §15 Rn. 216ff.; Claus Roxin/Luís Greco (Fn. 2), § 24 Rn. 39.

<sup>㉑</sup>Vgl. Ralf Kaminski, Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 1992, S. 24; Wiebke Schürer-Mohr, Erlaubte Risiken, 1998, S. 86; Makoto Ida, Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, FS-Hirsch, 1999, S. 237; Michael Pawlik(Fn. 10), S. 337 Fn. 487.

<sup>㉒</sup>Vgl. Gunnar Duttge(Fn. 26), S.431.

<sup>㉓</sup>Vgl. Kristian Kühl(Fn. 30), §17 Rn. 77ff.; Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2018, 14/40; Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, vor § 32ff. Rn. 95ff.

<sup>㉔</sup>我国最近已经出现了相关的判例,参见韩锋、王星光、杨柳:《为送亲属就医醉驾构成紧急避险》,载《人民司法》2020年第3期,第24-26页。

<sup>㉕</sup>值得注意的是,弗里施在其后来的著作中似乎意识到了这一点。他随即主张,在认定风险能否得到容许时所进行的利益权衡,应当只考虑一般行为自由的利益;至于行为在此之外进一步追求实现的个别具体利益,则应放在正当化事由

的利益衡量判断之中去考量。Vgl. Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 76.

<sup>㉖</sup>[美]哈克:《科学主义的六种标签》,刘杰译,载《科学技术哲学研究》2010年第5期,第4页。

<sup>㉗</sup>同前注<sup>㉖</sup>,冯珏文,第517页。

<sup>㉘</sup>参见[美]波斯纳:《法律的经济分析》(上),蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第212页。

<sup>㉙</sup>Stefan Grundmann(Fn.34), BGB § 276 Rn. 63.

<sup>㉚</sup>[德]康德:《道德形而上学奠基》,杨云飞译,邓晓芒校,人民出版社2013年版,第24页。

<sup>㉛</sup>参见[美]罗尔斯:《作为公平的正义——正义新论》,姚大志译,上海三联书店2002年版,第27页。

<sup>㉜</sup>Gunnar Duttge(Fn. 26), S.4.

<sup>㉝</sup>Günther Jakobs(Fn. 9), S.31.

<sup>㉞</sup>Vgl. Eberhard Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, S.58; Gunnar Duttge(Fn. 26), S. 410f.

<sup>㉟</sup>Vgl. Friedrich Nowakowski, Zur Theorie der Fahrlässigkeit, JBl 1953, S. 511; Friedrich-Christian Schroeder, Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, JZ 1989, S. 779; Joachim Renzikowski(Fn. 19), S.228 Fn. 65; Thomas Weigend, Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, FS-Gössel, 2002, S.135.

<sup>㊱</sup>由于现行《刑法》中成立过失犯罪的主要是侵害生命和重大健康法益的行为,故以下在谈到危险时,均假定是生命、重大健康遭受了威胁。

<sup>㊲</sup>参见新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院刑事裁定书,(2017)新27刑终字第31号。

<sup>㊳</sup>同前注<sup>㊱</sup>,山东省菏泽市中级人民法院刑事裁定书。

<sup>㊴</sup>Urs Kindhäuser, Zur Logik der Zurechnung, Anmerkungen zum Straftatmodell Joachim Hruschkas, Jahrbuch für Recht und Ethik 27(2019), S. 398.

<sup>㊵</sup>Vgl. Ingeborg Puppe, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, GS-Armin Kaufmann, 1989, S. 25ff.; dies., Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl., 2014, S. 58ff.

<sup>㊶</sup>Vgl. Michael Pawlik(Fn. 10), S. 340.

<sup>㊷</sup>同前注<sup>㊱</sup>,山东省菏泽市中级人民法院刑事裁定书。

<sup>㊸</sup>详细的论证参见陈璇:《论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联》,载《中外法学》2012年第4期,第698-702页。

<sup>㊹</sup>参见周光权:《刑事案件指导制度:难题与前景》,载《中外法学》2013年第3期,第497页。