

一、注意义务概述

(一) 义务、法律义务、刑事 法律义务的一般性探讨

权利和义务作为一种社会制度和文化现象，是与法和国家一起产生的。但是，它们作为明确的法学概念被提出来，则是 17 世纪以后的事情。梅因就曾指出：“概括的权利这个用语不是古典的，但法学有这个观念，应该完全归功于罗马法。”〔1〕20 世纪初，英美法理学者们力克权利分析中的形式主义和简单化倾向，注重分析权利概念包含的丰富内容，并把义务和法律关系等概念联系起来研究，深化了对权利、义务的理解。美国分析法学家霍菲尔德甚至把权利和义务视作法律的“最低公分母”以此强

〔1〕 参见〔英〕梅因：《古代法》沈景一译，商务印书馆 1959 年版，第 102 页。

调对权利和义务进行分析的重要性。^{〔1〕}正因为权利义务概念在法学中处于核心地位，因此法学家们对之展开了激烈论争。关于什么是权利，存在着资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、规范说、选择说、手段说等多种观点。^{〔2〕}作为权利的对应概念，义务也被学者们作多种解释。

从义务的实体内容上看，下述三种关于义务的学说具有重要的意义：（1）意思拘束说，即认为义务是由法律所规定的对意思的拘束；（2）责任说，即认为法律义务是指法律关系的主体应从事一定行为或不应从事一定行为的责任；（3）法律拘束说，认为义务是应该实施一定的作为或不作为的法律拘束。对于上述三种见解，我国学者认为，意思拘束说没有分清评价规范和意思决定规范，对意思的拘束不属于义务的问题而属于归责的问题。法律拘束说如果从“拘束”的角度考察则有违背形式逻辑基本常识之虞。反之，责任说把义务看成一种责任，比较正确地反映了义务与责任的关系，但这一学说亦有其不足。^{〔3〕}在我看来，法律拘束说或许更为可取。那么，我们又应该如何理解法律义务这一范畴呢？预言之，法律义务的概念也只不过是法律规范概念的

〔1〕 参见张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 67 页。

〔2〕 参见张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 74 页。

〔3〕 参见冯军：《刑事责任论》，法律出版社 1996 年版，第 35 页。

一个复本而已。凯尔森指出：“一个法律义务的存在不过是法律规范的效力而已，这一规范使制裁有赖于违反法律义务的行为，法律义务不是离开法律规范的事物。法律义务不过是法律规范对某行为在规范中赋予制裁的那个人的关系而已。法律义务的内容是与作为一个不法行为，成为制裁条件的那种行为相对立的（相反的）行为。法律义务是不为不法行为的义务，它是国民服从法律规范的义务。”〔1〕这一见解可谓切中要害。对此我国大多数学者实质上也是赞成的一般认为，法律义务是国家规定并体现在法律关系中的，人们应该和必须适应权利主体而作出或抑制一定行为的负担或约束。〔2〕有人更把“法关系”明确化，指出法律义务是法律上规定的行为人必须履行的约束其行为的任务。〔3〕

在探明义务和法律义务的基础上揭示刑事义务的概念，乃是顺理成章的事情。学者认为，刑事义务是刑事法律上规定的行为人必须履行的约束其行为的任务。〔4〕这一概念虽尚存可商榷之处，但基本是妥贴的。

〔1〕 参见〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》 沈宗灵译 中国大百科全书出版社 1996年版，第 66 页。

〔2〕 参见张文显主编：《法的一般理论》 辽宁大学出版社 1983 年版，第 167 页。

〔3〕 参见冯军：《刑事责任论》 法律出版社 1996 年版，第 37 页。

〔4〕 参见冯军：《刑事责任论》 法律出版社 1996 年版，第 37 页。

（二）注意义务概念辨析

注意，在心理学上是指针对一定对象而使意识集中并始终保持紧张状态。故《辞海》将“注意”一词解释为，心理活动指向和集中于一定对象。^{〔1〕}正如在心理学上研究注意、注意力等会遇到很多阻碍一样，在法律上将“注意”问题阐释清楚也殊为不易。因为注意之观念，除应考虑心理学上的将意识集中于某种对象之外（如开车时应集中注意力于重要对象部分，例如前方左右是否有人或障碍物等），更应考虑所谓“小心谨慎”即采取慎重的行动以远离危险之发生的要素。“注意”一词的上述复杂性决定了由“注意”衍生出来的“注意义务”问题在过失犯乃至整个刑法学理论中的复杂性。

对于注意义务的概念，学术界有如下几种见解：

第一，结果预见义务说。即把注意义务与结果预见义务之间划等号。认为注意义务是行为人主观上预见结果发生可能性的义务。这是旧的过失理论的立场。这一理论指出，如果行为人有结果预见可能性，当然就应当承担为规避结果而采取行动的义

〔1〕 参见《辞海》上海辞书出版社 1979 年版，第 2099 页。

务。^{〔1〕} 日本曾有判例赞成这种观点：“过失犯之成立乃系由于行为者对于行为之结果虽可能认识且应予认识，然因违背注意义务，且欠缺注意而未予认识，以致使其结果发生也。”^{〔2〕}

第二，结果回避义务说。即把注意义务与结果回避义务等而视之。日本学者藤木英雄即持此见解。他指出：“所谓注意义务从客观上来看，能不能说这种行为是有过失的一个标准；具体地说，为了规避结果，不仅要把必须做些什么作为结果发生之后的结论加以考虑，而且还要把行为的时间作为标准时间来加以考虑。这种注意义务就叫做结果回避义务”。^{〔3〕} 我国学者也多倾向于此种观点。如学者指出注意义务即是指为避免发生危害社会的结果而在法律上认为应为必要的作为或不作为的义务，这种注意义务是人们参与社会共同生活、进行社会交往、从事社会生产、维护社会的稳定和秩序所必不可少的共同行为准则。^{〔4〕}

〔1〕 参见〔日〕西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》李海东等译，中国法律出版社、日本成文堂1997年联合出版，第253页。

〔2〕 参见洪福增：《刑事责任之理论》台湾刑事法杂志社1988年版，第264页。

〔3〕 参见〔日〕藤木英雄：《公害犯罪》丛选功等译中国政法大学出版社1992年版，第57页。

〔4〕 参见甘雨沛等主编：《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社1991年版，第161页。

第三，结果预见义务与结果回避义务说。这可以说是一种折衷说的立场。认为注意义务是法律法令及社会日常生活所要求的为一定行为或不为一行为时应当慎重留心，以避免危害社会结果发生的责任。^{〔1〕}另有学者认为，注意义务是规范性的结构。行为者对符合构成要件的结果有预见，是注意义务的基本规范结构；把行为者应根据其所预见，采取相应的避免措施的规范要求，包括在注意义务的内容之内。^{〔2〕}日本学者井上正治也认为结果预见义务与结果回避义务都是注意义务的题中之义。^{〔3〕}

上述诸主张，孰优孰劣？这是我们必须作出的回答。一般来说，注意义务还是应该作为主观方面的义务来把握。例如，我国学者就在过失犯罪的意志因素中的注意力努力范畴探讨注意义务问题。^{〔4〕}因此，结果预见说还是有一些道理的。按该说，如果有预见可能性当然就可以说是有过失反之如果没有预见可能性也就没有过失可言了。对此日本学者藤木英雄评价道：“从这个意义上讲我以为，

〔1〕 参见胡鹰：《过失犯罪研究》中国政法大学出版社1995年版，第72页。

〔2〕 参见甘雨沛等著：《外国刑法学》北京大学出版社1984年版，第367页。

〔3〕 参见洪福增：《刑事责任之理论》台湾刑事法杂志社1988年修订版，第271页。

〔4〕 参见姜伟：《犯罪故意与犯罪过失》群众出版社1992年版，第282页。

有无结果预见的可能性，明确成了注意义务，或者说成了能否构成过失犯的焦点……不过，这种见解作为追究过失责任的一个方面，人们似乎担心还怕达不到目的”。〔1〕西原春夫也指出，对于有认识的过失，即认识到结果发生可能性的同时主观上否定了这种可能性而造成的过失，由于他已尽了预见义务，所以，把预见义务作为包含有认识的过失在内的过失整体的注意义务就不妥当了，即预见义务不能说是能够覆盖全部过失的注意义务。〔2〕这当是精当之见。

日本学者西原春夫对结果回避说也提出了一些质疑。他指出，结果回避义务说的主张在于，必须通过结果回避措施和行为的客观方面相联系来认定义务的内容。这种观点强调，注意义务就是必须具有的“谨慎态度”和“无过错态度”的义务。但是，由于这里所要求的谨慎态度即应有的回避结果发生的态度指向的是外部的行为，那么按照这种理解，注意义务也就成了必须行为的义务了。这样的话，“注意”一词就偏离了原来所属的主观方面判断用语的范围了。不仅如此，如果把这些应当采取的结果回避措施的义务视为注意义务，那么注意义务不外是

〔1〕 参见〔日〕藤木英雄：《公害犯罪》，丛选功等译，中国政法大学出版社1992年版，第58页。

〔2〕 参见〔日〕西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》李海东等译，中国法律出版社、日本成文堂1997年联合出版，第254页。

作为义务，那么过失犯与不作为犯之间的区别也就消失了。^{〔1〕}因此，虽然说从实务的角度看，结果回避说在实践中比较适合于认定过失的程序，但它仍有不妥当之处。

如何判断过失犯罪中注意义务的内容，的确是一件棘手的事情。因为它涉及到过失犯以外的其他问题。因此，不能完全从过失论的立场来判断。当然，从过失认定过程这一角度作一番分析，也有助于辨析注意义务的概念。从实务的角度看，认定犯罪过失的出发点，是已经发生了结果这一事实，在此基础上考虑采取什么样的措施才能回避结果的发生。在认定行为人是否可能避免发生危害后果时，是沿着这一顺序进行的：有无预见结果发生的义务、是否预见结果发生、有无预见回避结果发生的义务、是否回避结果发生。因此，对于过失犯罪来说，将注意义务仅仅概括为结果预见义务或结果回避义务都是不妥当的。注意义务应当涵括结果预见义务和结果避免义务。所谓预见义务，就是指行为人根据案件发生时的具体情况所负有的应当预见自己的行为可能引起危害结果发生的义务；而避免义务则是指行为人所负有的避免因自己的行为而发生危害结果的义务。预见义务和避免义务统一于注意义务之

〔1〕 参见〔日〕西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》李海东等译，中国法律出版社、日本成文堂1997年联合出版，第253页。

中,它们之间既有联系又有区别。我国学者指出对于绝大多数过失犯罪来说,预见义务是避免义务的前奏和先决条件,而避免义务则是预见义务的延伸。^{〔1〕}因为倘行为人未预见到结果发生的可能性,自然谈不上防止和避免结果发生的问题。而另一方面,法律要求人们去预见可能发生的危害结果又不是单纯为了预见而预见,其最终归宿仍是要防止造成损害。只有这样认识注意义务,才有可能把握该概念的真谛。对此,日本学者井上正治正确地指出:“关于过失行为含有违反‘预见结果义务’与‘回避结果义务’一点,应予肯定。吾人首先必须预见结果,如已预见结果,则必须回避发生结果。预见结果及回避结果,皆系注意义务。然而,如无预见,则无从避免,同时,纵有预见,如不为回避,则亦无意义。因此,如欠缺预见时,虽或不发生回避义务,然在未尽注意其预见结果义务一点上,即不能免却违反注意义务之非难。再者,纵已尽其预见结果之义务,然在未尽结果回避一点上,亦应受违反注意义务之非难。”^{〔2〕}

由此看来,前述的第三种见解应当说是恰当的,它对注意义务的概括较为全面,揭示了注意义务的

〔1〕 参见陈忠槐:《过失犯罪研究》中国社会科学出版社1995年版,第15页。

〔2〕 参见洪福增:《刑事责任之理论》台湾刑事法杂志社1988年版,第272页。

核心内容。^{〔1〕}目前大陆法系国家的多数刑法学者认为，注意义务，是以认识和预见构成要件结果的义务为核心的，它包含两种义务，即作出预见所必要的行为义务和作出作为或不作为以防止发生结果的义务。^{〔2〕}因此，把注意义务分为结果预见义务和结果回避义务，乃是今日通说的立场。^{〔3〕}笔者也赞同这种主张，认为注意义务，乃是行为人在为一定行为或不为一定行为时，当依法律法规及社会生活之基本要求，保持谨慎小心，以有效防止危害社会结果发生的责任。

学者认为，英美刑法是经验型刑法，重司法实务而轻理论归纳，这与大陆法系之理论型刑法迥然不同。^{〔4〕}因此，在英美刑法中，很难看到对过失犯定义的研究，更谈不上对注意义务概念的深入挖掘。但是，英美刑法理论并未完全忽略此问题。英国学者曾指出：“一个导致某事件发生的人可能全然没有注意到结果，他可能没有预见到他的行为会产生某种结果。这种结果可能是无害的，也可能是有害的。”

- 〔1〕 参见赵秉志主编：《刑法争议问题研究》，河南人民出版社 1996 年版，第 322 页。
- 〔2〕 参见〔日〕福田平、大塚仁：《日本刑法总则讲义》李乔等译，辽宁人民出版社 1986 年版，第 75 页。
- 〔3〕 参见〔日〕大塚仁：《犯罪论的基本问题》冯军译 中国政法大学出版社 1993 年版，第 244 页。
- 〔4〕 参见储槐植：《美国刑法》（第二版）北京大学出版社 1996 年版，第 2 页。

如果是有害的，就引起了对它是否有法律责任的问题……如果一个神志清楚的人不能这么做，那么，行为人就没有责任，该危害就应当搁置不问。但是，如果神志正常的人能够避免该危害，那就有责任问题，该危害行为的实施者就被说成是犯有过失罪。“过失”一词表示并且只能用于表示值得谴责的粗心大意。”〔1〕这段话显然不是对过失犯罪定义的完整揭示，更没有明确指出注意义务问题。但它却指明了过失的实质要害在于欠缺认识，未尽注意义务。而英美学者劳森也说过：“过失中包含着注意的义务。”〔2〕而对注意义务真正内涵的探究，学者们往往兴趣不大，这是英美重判例、重经验型刑法的特质所决定的，横加指摘显然不当。

（三）注意义务的特性

注意义务是一种法律义务，行为人违反了这种义务，发生危害结果的，就构成过失犯罪。〔3〕我们必须从这一前提出发来认识注意义务的性质问题。

〔1〕 参见〔英〕塞西尔·特纳：《肯尼刑法原理》王国庆等译 华夏出版社 1989 年版，第 42 页。

〔2〕 在温菲尔德的《民事侵权行为法》第一章中劳森曾如是说。参见前引《肯尼刑法原理》第 42 页之注释一。

〔3〕 参见陈兴良：《刑法哲学》中国政法大学出版社 1993 年版 第 184 页。

笔者认为注意义务有以下特性：

其一，注意义务是沟通行为人与过失犯罪的桥梁。没有注意义务，未违反注意义务，则谈不上过失行为，更谈不上行为人过失犯罪刑事责任的承担问题。我国台湾地区学者由此指出：过失犯罪之行为人，只因违背在日常社会活动中客观必要之注意义务，而在不情愿之心态下，造成法益之破坏或危险。^{〔1〕}因此，注意义务实际上框定了行为人在刑法上进行选择的行为模式。刑法以注意义务为核心来界定犯罪故意与犯罪过失，并进而确定过失犯罪人的刑事责任。因此，注意义务实质上处理的是人与行为的关系，并通过调整人与行为的关系来调整人与人的关系。

其二，注意义务的来源具有广泛性，但无论注意义务的根据是什么，一旦它在特定案件中成为约束行为者的责任，注意义务就成了法律义务，就成为行为人采取行动时应当遵循的模式。

其三，注意义务具有可履行性。注意义务的基本内容是预见结果发生或回避结果发生，这是国家约束行为人之行为的基本要求，这一要求的实现有一个基本前提，即行为人本身（或至少是社会平均人）能够满足该要求。如果某一个注意要求过高，即使是特定业务行为人囿于当前的科学技术水平亦无

〔1〕 参见林山田：《刑法通论》台湾三民书局1990年版，第244页。

法为足够之注意，则该注意对普通人而言就难以成为一项注意义务。而行为人基于行为当时的情况，履行了一般人所应履行的具体的结果预见义务或结果回避义务，纵使具体的危害仍然发生，也不能要求行为人负过失责任。

其四，注意义务不能给行为人带来利益。义务的履行可能为权利主体带来利益，但是，义务主体并不能从履行义务的自身行为中直接获得利益，只能从其他义务主体也履行义务的相应行为中获得利益〔1〕。仅以汽车驾驶为例，司机在道路上有环顾前后左右，观察行人之注意义务，则该注意义务的履行并不能直接为司机带来利益。汽车司机可能会因为履行注意义务而放慢行驶速度，承受时间上甚至经济上的损失。汽车司机要获得利益，必须仰赖其他注意义务主体（如其他司机）也履行注意义务，以防止道路阻塞或发生交通事故。由于注意义务的履行本身并不能给行为人带来利益，所以在违反注意义务谋取行为人自身利益时，注意义务的履行可能与行为人的意愿发生冲突。

其五，注意义务可能被履行也可能不被履行。我国学者正确地指出，由于刑事义务可能与行为人的意愿发生冲突，所以当行为人意图通过违反刑事义务获取利益时，刑事义务就可能不被履行。〔2〕刑事

〔1〕 参见冯军：《刑事责任论》法律出版社1996年版，第38页。

〔2〕 参见冯军：《刑事责任论》法律出版社1996年版，第38页。

义务是如此，属于广义刑事义务范畴的注意义务自然也具备这一特性。现代社会环境污染严重、交通几近瘫痪、公害案件日益增多即可印证此点。

其六，注意义务不被履行，义务人应承担一定的后果。首先，需要义务人说明理由，在义务人完全不能说明理由或其理由不具备合理性时，注意义务的不履行就成为要求行为人承担过失犯罪刑事责任的一个前提。对此，英美学者指出，在过失犯罪中，被告人如果有足够的谨慎，他就能够发现事情的真实情况，从而防止自己触犯法律。因此，在一定意义上，可以说是他把定罪的灾祸加在自己头上。^{〔1〕} 而把“定罪的灾祸加在自己头上”的前提显然是行为人违反特定的注意义务。

（四）注意义务与过失犯罪的本质

过失犯罪，按通常的见解，是指应当认识并能认识犯罪结果发生的事实，由于疏忽而未认识；或已有所认识但又轻信或容忍，致使犯罪结果最终发生的情形。

在故意犯罪中，行为人主观上是明知自己的行为会对社会造成危害，而希望或放任结果的发生。在

〔1〕 参见〔英〕塞西尔·特纳：《肯尼刑法原理》，王国庆等译，华夏出版社1989年版，第57页。

过失犯罪中，行为人主观上对危害社会结果的发生是持否定态度的，即不希望也不放任。但这并不表明过失行为实施者对危害结果完全一无所知，处于心理真空中。“过失并不是无因而致的事件 乃是重要的心理活动”。〔1〕在疏忽大意过失中，行为人依其自身条件如不懈怠肯定会对结果有所认识；在过于自信过失中，行为人在已有认识的前提下如谨慎行事，危害结果肯定不会发生。在这两种过失犯罪中，行为人对犯罪结果都持不注意或不充分注意的心态。这种心态实际上是一种潜意识的东西，〔2〕表现为行为人对法律或道德、常识所要求的注意义务的忽视或违反（即疏忽或轻信）这就是过失犯罪主观方面的意识因素。从意志因素上讲，在过失犯罪中，行为人都希望犯罪结果不发生，具有不意误犯和事与愿违的特征。

认识过失行为人的心理状态，有助于说明过失行为的来源和动力，也使过失和故意得以区分。不过，也必须指出，过失的行为人之所以在法律上应负责任，不在于行为人主观上没有预见或没有认识，而在于行为人的行为背离了法律和道德、常理所要求的注意义务 以致于其行为对社会造成了危害。因

〔1〕 参见〔奥〕弗洛伊德：《精神分析引论》商务印书馆 1986 年版，第 50 页。

〔2〕 参见陈兴良：《刑法哲学》中国政法大学出版社 1992 年版 第 41 页。

此，仅把过失看作心理状态是错误的，在这一点上，哈特正确地指出：“在普通英语乃至法律英语中，当某人因过失而导致危害时，如果我们要说这个人已经过失地实施了行为，我们将不会因此而仅仅描述他行为时的心理结构。”〔1〕对过失必须在更深的层次上进行行为样态的分析，过失是“行为人没有奉守任何有理智的正常人本来可以遵循的行为准则，而这一准则就是要求行为人采取预防措施，以免造成危害。无论从法律还是非法律的意义讲，‘过失’这个词总是和没有做应当做的事情发生着本质的联系。‘过失’不是一种诸如‘他的内心一片空白’之类的直接说明心理内容的措施。”〔2〕在哈特看来，应当依据一定的行为准则来判定行为人的过失行为。这一准则就是行为人是否实施违反注意义务的行为。由此可见，判断行为人的行为是否构成过失，仅对其主观认识和意志态度作出评价是不够的，还必须考虑行为人的意志态度是否转化为违反注意义务并对社会造成危害的行为。换言之，过失犯罪的本质不在于行为人是否从主观上因出于疏忽或懈怠而使其对行为结果未能预见或未加注意，关键在于其违反注意义务并实施了危害社会的行为。从这

〔1〕 参见〔英〕哈特：《惩罚与责任》，王勇等译，华夏出版社1989年版，第140页。

〔2〕 参见〔英〕哈特：《惩罚与责任》，王勇等译，华夏出版社1989年版，第141页。

个意义上讲，是否违反注意义务是解读过失犯罪的关键，也是过失犯本质之所在。

把过失犯的本质界定为违反注意义务是德、日刑法理论中的通行见解。在日本刑法中，所谓过失犯，是指不认识也不容忍构成要件的结果，由于不注意，即由于违反注意义务引起结果的犯罪。^{〔1〕}这就把过失犯的本质说得极为清楚，也使过失犯和故意犯的界限泾渭分明。这种把过失犯的本质界定为违反注意义务的观点，许多大陆法系国家刑法学者都是赞同的。德国学者柏林指出，所谓过失，乃指行为者在意思决定过程中，虽应履行法秩序所课因认识结果之发生，而必须阻止自己实行违法行为之义务，但因懈怠此义务而未形成可以阻止该行为的意思的情形而言。^{〔2〕}大塚仁则明确地指出：“对于过失来说，本质性的东西不是使他人负伤的结果，而是懈怠了社会生活上必要的注意这种行为的性质。”^{〔3〕}德国法院判例曾指出：“所谓过失，乃系行为者对于行为时，客观的事情及其个人的知识能力所应履行的义务，欠缺注意，因而未能预见发生，‘如加以注意即可预见’的结果之情形或行为者虽

〔1〕 参见〔日〕福田平、大塚仁：《日本刑法总则讲义》李乔等译，辽宁人民出版社1986年版，第74页。

〔2〕 转引自洪福增：《刑事责任之理论》，台湾刑事法杂志社1988年版，第262页。

〔3〕 参见〔日〕大塚仁：《犯罪论的基本问题》冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第229页。