

注意义务比较研究

——以德国刑法理论和刑事判例为中心

程皓 / 著



武 汉 大 学 刑 法 学 博 士 文 库



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

Criminal Law

武汉大学刑法学博士文库

注意义务比较研究

——以德国刑法理论和刑事判例为中心

WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

注意义务比较研究:以德国刑法理论和刑事判例为中心/程皓
著. —武汉:武汉大学出版社,2009.7

武汉大学刑法学博士文库

ISBN 978-7-307-07005-9

I. 注… II. 程… III. 注意—义务—对比研究 IV. D917.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 065487 号

责任编辑:白绍华 责任校对:刘欣 版式设计:支笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:cbs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:武汉珞珈山学苑印刷有限公司

开本:880×1230 1/32 印张:10.5 字数:287千字 插页:2

版次:2009年7月第1版 2009年7月第1次印刷

ISBN 978-7-307-07005-9/D·893 定价:21.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

武汉大学
刑法学
博士文库

编委会

顾问
马克昌

主任
林亚刚

委员（以姓氏笔画为序）

刘艳红

许发民

林亚刚

莫洪宪

康均心

武汉大学刑法学博士文库，《武汉大学刑法学博士文库》

武汉大学刑法学博士文库，《武汉大学刑法学博士文库》

《武汉大学刑法学博士文库》总序

武汉大学刑法学博士文库，《武汉大学刑法学博士文库》

《武汉大学刑法学博士文库》以出版武汉大学刑法学博士研究生的学位论文，促进刑法学的研究，扶植刑法学新生力量为宗旨。

刑法是国家的基本法律之一，刑法学是研究刑法所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的法律科学。它既有深邃的理论，又与司法实践具有极为密切的关系。所以刑法学的研究，一直为法学工作者所重视。1979年《中华人民共和国刑法》公布后，发表和出版了大量的刑法学论文和著作。80年代中期以后，几所法学院系招收了刑法学博士研究生，给刑法学的研究注入了新鲜血液。一些博士生年轻有为，思想敏锐，功底扎实，研究深入，所撰博士论文，对刑法理论的研究具有相当深度。一本一本的博士论文出版成书，使刑法学的研究生生机勃勃，呈现更加繁荣的景象。

武汉大学刑法学博士生是从1987年开始招生的。这些博士生都很注意学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。但由于学术著作出版较难，致使有些论文未能付梓；研究成果无法与读者见面，实在令人惋惜。有鉴于此，遂筹措刑法学基金，用于资助优秀刑法学博士论文的出版。同时考虑到过去我们的几位博士生虽然出版了几本博士论文，但由于各自为战，分散在不同的出版社出版成书，未能集结一起，形成一股学术力量，因而与武汉大学出版社洽商，设立《武汉大学刑法学博士文库》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版两三本刑法学博士论文，积土成山，集腋成裘，经过若干年，便可形成一套洋洋可观的丛书，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武汉大学刑法学博士文库》，由武汉大学法学院法律系刑法学教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。希望我们的刑法学博士生，在攻读博士学位期间，认真学习，刻苦钻研，锐意进取，勇于探索，写出高质量的博士论文，使这套文库不断有优秀著作问世。

最后需要说明：《武汉大学刑法学博士文库》是由刑法学基金资助，在武汉大学出版社大力支持下出版的。刑法学基金是关心我校刑法学发展的校友、校外有识之士与刑法教研室的老师捐款成立的。没有这些同志的资助和出版社的支持，就没有这套文库的出版。对于他们的贡献，我们会铭记于心，永志不忘。这里谨向为建立刑法学基金出资出力的同志们和武汉大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

1997年春于珞珈山

序 言

在 20 世纪的刑法学中,无论是在理论上还是在实践中都没有哪个领域展开了像过失犯领域那样活跃的讨论。尽管就目前各国刑事立法的状况而言,过失犯仅仅是作为例外而被处罚的犯罪,而且在刑法理论上,对过失犯罪的研究也远不及故意犯罪。但是伴随社会的飞速发展,特别是高科技领域的日新月异,人们逐渐认识到因不注意而酿成大祸,产生深刻被害的情况在逐渐增多。甚至,从侵害法益的观点来看,过失犯的有害性有时会远远超过故意犯。如何应对伴随社会发展而带来的危险,如何合理地界定过失犯的界限,保护稳定的社会秩序,是摆在当代刑法学者面前的重要课题。如果说过失犯是 21 世纪的现代型犯罪,那么过失犯理论的发展就决定了 21 世纪刑法理论发展的未来。

作为过失犯核心内容的注意义务,是认定过失犯成立和判定刑事责任轻重的关键因素。然而,由于各国刑法都鲜有明文规定过失犯注意义务的内容,因此如何界定注意义务的范围和判断标准,历来都是各国刑法学者所争论的焦点。从目前情况来看,关于注意义务的性质、地位、内容以及判定标准、限制条件等方面的刑法理论尚存在诸多争议,至今仍未形成统一见解。这种论争对繁荣学术、推进理论发展固然具有积极作用,却为司法实践认定犯罪带来了一定困扰。因此,有必要厘清这些理论争议,并对注意义务的各方面内容进行重新界定,为司法实践准确定罪量刑提供可参考依据。

比较而言,外国刑法理论特别是德、日刑法理论关于过失犯理论的认识是较为成熟的,其中对注意义务的研究也是比较深入的,对某些问题的探讨,体现了其具有细致性、深入性的一贯传统。特

别是在注意义务的限制理论,例如,在允许危险的法理、危险分配的法理、信赖原则、监督·管理过失中的注意义务、医疗过失中注意义务的认定、过失公害犯罪中注意义务的认定、共同过失正犯问题、客观归属理论与过失犯的认定等方面,都形成了比较成熟的理论体系。而这些问题在我国刑法理论中尚有很多空白,有很多值得学习和借鉴之处。因此,加强对注意义务的比较研究,借鉴和吸收外国刑法理论关于注意义务理论的合理内核为我所用,对完善我国刑法过失犯理论、准确认定过失犯和正确量刑有着重要的理论价值和实践意义。

首先,该课题具有重要的理论价值。注意义务问题是过失犯理论中的核心问题,对这一问题的认识和理解,直接关系到对过失犯的认定结果。而且,从学说之争来看,德、日刑法理论显然比我国刑法理论要激烈得多,可以说是一种百家争鸣、百花齐放的景象。深入了解并合理借鉴德、日刑法理论关于注意义务问题的理论,对于形成和繁荣我国刑法理论的学术之争是非常有意义的。

其次,该课题具有重要的实践意义。注意义务问题是一个实践性很强的课题,司法实践对过失犯的认定,主要就是围绕注意义务违反与否来进行的。这一课题其中涉及的诸多理论和学说对于实践来讲,都是非常重要的。比如说,信赖原则,直接关系到行为人在造成危害结果的场合,是否具有刑法上预见可能性的认定;再比如,在行为人本人的注意能力超越一般人的注意能力时,是否能要求该行为人发挥其过剩的注意能力,等等。这些都是认定是否成立过失犯所要解决的实际问题。因此,对这一课题进行深入的研究,有利于为司法实践认定过失犯提供有益的指导。而且通过介绍德、日刑法理论和司法实践的做法,也可以为我国司法实践解决实际问题提供新的思路。

目 录

第一章 注意义务概论	1
第一节 注意义务的概念	1
一、外国刑法学者关于注意义务的界定	1
二、我国刑法学者关于注意义务的界定	4
三、对刑法中注意义务概念的重新界定	5
第二节 注意义务的性质	7
一、注意义务性质的争议	7
二、注意义务性质的界定	13
第三节 注意义务根据	15
一、外国刑法学者关于注意义务根据的观点	15
二、我国刑法学者关于注意义务根据的观点	22
三、注意义务根据理论的分析与界定	25
第二章 注意义务构造论	28
第一节 注意义务的内容	28
一、德国刑法学者关于注意义务内容的理解	28
二、日本刑法学者关于注意义务内容的学说	36
三、我国刑法学者关于注意义务内容的争论	52
四、对过失犯罪中注意义务内容的重新界定	54
第二节 注意义务的前提	59
一、德、日刑法理论关于注意义务前提的观点	60
二、德、日刑事判例关于注意义务前提的立场	84

三、我国刑法理论关于注意义务前提的观点	95
四、对过失犯罪中注意义务前提的重新界定	97
第三节 注意义务的标准	100
一、德国刑法学者关于注意义务标准的争论	100
二、日本刑法学者关于注意义务标准的争论	111
三、我国刑法学者关于注意义务标准的争论	122
四、对过失犯罪中注意义务标准的重新界定	125
第三章 注意义务限制论	128
第一节 允许危险的法理与注意义务的限制	128
一、允许危险的法理之概述	128
二、允许危险的法理在德国的形成与演化	129
三、允许危险的法理在日本的继受与发展	140
四、允许危险的法理与注意义务的限制	144
第二节 危险分配的法理与注意义务的限制	148
一、危险分配的法理之概述	149
二、危险分配的法理在日本刑事判例中的表现	152
三、危险分配的法理与注意义务的分担	159
第三节 信赖原则与注意义务的限制	166
一、信赖原则的发展历程	166
二、信赖原则的法律意义	180
三、信赖原则的具体适用	188
第四章 注意义务类型论	200
第一节 注意义务的基本类型	200
一、普通的注意义务与特殊的注意义务	200
二、成文的注意义务与非成文的注意义务	207
三、单一的注意义务与复数的注意义务	208
四、单独的注意义务与共同的注意义务	209

五、直接的注意义务与间接的注意义务	215
第二节 监督·管理过失中的注意义务	216
一、监督·管理过失的基本理论概述	216
二、企业灾害领域的监督·管理义务	228
三、产品事故领域的监督·管理义务	256
四、监督·管理过失与信赖原则适用	262
第五章 注意义务的其他问题	270
第一节 结果回避措施的效力问题	270
一、问题的提出	270
二、德国判例、理论的解决思路	271
三、日本判例、理论的解决思路	276
四、笔者的观点	283
第二节 违反注意义务的行为竞合问题	286
一、单一行为人违反注意义务行为的竞合	286
二、数个行为人违反注意义务行为的竞合	299
参考文献	306
后 记	318
补 记	322

第一章 注意义务概论

第一节 注意义务的概念

什么是注意义务？刑法上的注意义务究竟指的是一种怎样的义务？这是研究注意义务最基本的课题。因此，对刑法上注意义务的概念作出准确的界定是深入研究注意义务各项问题的起点。本节拟从各国学者对注意义务的界定入手，揭示他们对注意义务概念理解的差异，并提出笔者自己对注意义务概念的界定。

一、外国刑法学者关于注意义务的界定

外国刑法学者，特别是德、日等传统大陆法系学者（以下简称德、日刑法学者，或者德、日学者），一般都侧重从注意义务所包含的内容入手展开对注意义务的界定。归纳起来主要有以下几种观点：

第一种观点认为，注意义务是指使精神紧张而预见结果可能发生的一种主观心理义务。这种主张一般由立于旧过失论立场的学者所倡导。例如，日本学者平野龙一教授指出：“所谓注意义务的违反，是指欠缺精神紧张的状态。”^①松宫孝明教授也指出，过失犯

① [日] 平野龙一著：《刑法概说》，东京大学出版会 1977 年版，第 84 页。

所特有的注意义务是指集中意识、收集情报的义务。^① 内藤谦、中山研一、山口厚、曾根威彦等学者均持这种主张。

第二种观点认为,注意义务是指采取某种措施以回避结果发生的客观行为义务。这种主张一般由立于新过失论立场的学者所倡导。例如,日本学者井上正治教授指出:“所谓注意义务,是指应当回避结果的意识·无意识的谨慎态度,即结果回避义务。”^② 藤木英雄教授也指出:“这里所谓的注意义务,专指对法益惹起的过程能否认定为过错行为的定型把握的标准。”“即,注意义务的内容是在具体情况下为了防止结果发生而实施所要求的适当作为·不作为。”^③ 另外,意大利学者杜里奥·帕多瓦尼教授也将注意义务界定为客观行为义务。根据他的论述,所谓注意义务就是指:“人类社会生活中的相互联系,要求人们在进行各种可能涉及他人利益的活动时,必须采取适当的预防措施以避免危害这些利益,并将发生这种危害的危险限制在社会所能忍受的范围内。”^④ 相比前面两位日本学者的界定来说,帕多瓦尼教授的界定内容丰富,富于特色。它不仅包括了注意义务的内容(必须采取适当的预防措施以避免危害这些利益),还包括了注意义务的来源(人类社会生活中的相互联系的要求)、注意义务的条件(进行各种可能涉及他人利益的活动)、注意义务的限度(将发生这种危害的危险限制在社会所能忍受的范围内)。

第三种观点也认为,注意义务是回避结果发生的义务,但是与第二种观点不同的是,这种观点仍然认为注意义务是一种主观心理义务,而非客观行为义务。具体来讲,就是主观上应当“考虑”

^① 参见[日]松宫孝明著:《刑法总论讲义》,成文堂2004年第3版,第205页。

^② 转引自[日]平场安治:《过失犯的构造》,载《井上正治博士还历祝贺·刑事法学的诸相》(上),有斐阁1981年版,第311页。

^③ [日]藤木英雄著:《过失犯の理论》,有信堂1969年版,第38页。

^④ [意]杜里奥·帕多瓦尼著:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,中国人民大学出版社2004年注评版,第195页。

采取客观回避措施的心理义务。这一观点为日本学者西原春夫教授所主张。他在其教科书中写道：“所谓不注意就是指违反注意义务的内部态度。关于注意义务的内容有种种见解的对立，本书认为是应当回避犯罪事实实现的义务（以下称为结果回避义务）。当然，过失犯中的注意义务与不作为犯中的作为义务不同，是应当采取内部态度的义务，因此要注意的是，这里所谓的结果回避义务不是应当采取一定的结果回避措施（为回避犯罪事实客观的作为·不作为）的义务，而是应当考虑、关注采取这种措施的义务。”^①

第四种观点认为，注意义务是一种客观行为义务与主观心理义务的统一体。这种观点认为注意义务同时包括作为客观行为义务的结果回避义务，与作为主观心理义务的结果预见义务。这一观点无论是在德国刑法学界，还是在日本刑法学界，都可以说是一种主流观点。例如，德国学者耶赛克教授指出：“处罚过失行为的每一种法规，均要求每个人使用客观要求的注意义务，这种注意义务是避免构成要件的实现所必须的。”而“由一般的注意要求产生的首要的注意义务，在于认识被保护的法益所处危险和正确的评价。因为，为避免损害所采取的所有措施，均依赖于对迫近危险的种类和程度的认识”。同时，“从危险的认识可能性中产生了避免发生构成要件该当结果而应当采取的适当的外在行为义务”。^②日本学者团藤重光、大塚仁、福田平、大谷实、佐伯千仞、内田文昭、吉川经夫、佐久间修、野村稔、西田典之等人也都持这种观点。另外，韩国学者李在祥教授也主张这一观点，他指出：“注意义务的内容在于认识（预见）可能通过具体的行为发生的保护法益的危险且为了防止结果的发生而采取适当防御措施。因此，注意义务将预见

① [日] 西原春夫著：《刑法总论》，成文堂 1977 年版，第 174 页。

② [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》（总论），徐久生译，法律出版社 2001 年版，第 691、692、695 页。

义务与避免结果义务作为其内容。”^①

二、我国刑法学者关于注意义务的界定

与外国刑法学者相比,我国刑法学者更侧重从义务的概念蕴涵方面入手,展开对注意义务的界定。归纳起来,主要有以下几种界定:

第一种界定认为:注意义务是指为避免发生危害社会的结果,而法律上认为应当为必要的作为或者不作为的义务。^②

第二种界定认为:“注意义务是指法律法令及社会日常生活中所要求的为一定行为或不行为一定行为时应当谨慎、留心,以避免危害结果发生的责任。”^③

第三种界定认为:“注意义务是指行为人作为时应当注意有无侵害某种法益,不作为时应当注意有无违反某种特定的法律义务的责任。”^④

第四种界定认为:“注意义务是指犯罪过失成立所必需的,法律规范或社会规范所要求的,行为人在危险行为中,对于行为的危害结果应当预见或者应当避免的责任。”^⑤

此外,我国台湾地区的刑法学者也对注意义务作了各种界定,

① [韩]李在祥著:《韩国刑法总论》,韩相敦译,中国人民大学出版社2005年版,第165页。

② 参见甘雨沛、杨春洗、张文主编:《犯罪与刑罚新论》,北京大学出版社1991年版,第161页。

③ 胡鹰著:《过失犯罪研究》,中国政法大学出版社1995年版,第72页。持相同观点的还请参见林亚刚著:《犯罪过失研究》,武汉大学出版社2000年版,第114页;赵秉志主编:《犯罪总论问题探索》,法律出版社2002年版,第301页。

④ 陈兴良、周光权著:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第240页。

⑤ 张小虎著:《犯罪论的比较与建构》,北京大学出版社2006年版,第333页。

例如,陈朴生教授认为:“称注意义务,指在社会生活上所要求于平均人(如平均驾驶人、平均医师)之客观的注意义务及具体的行为人以其能力为标准所要求之主观的注意义务,系法的义务,即应认识(预见)构成要件之结果之义务,以预见义务为其骨干。”^①林山田教授则认为注意义务是一种社会共同生活中为社会所共同认可的行为准则。他指出:“任何人参与社会共同生活之各种活动,均应谨慎从事,以避免其行为发生危险,而破坏他人之法益。行为人假如违背此一社会共同生活中社会所共认之行为准则,而不保持依据客观情状所应有之注意,此即构成行为之客观注意义务违反性,制造法律所不允许之风险,故具有行为不法。依据客观情况而可认定行为人为特定行为时,客观上应保持相当之注意程度,行为人为之即负有注意义务。”^②

三、对刑法中注意义务概念的重新界定

从上述中外学者对注意义务的界定方式来看,外国刑法学者,特别是德、日刑法学者与我国刑法学者对注意义务概念的界定存在明显不同之处。德、日刑法学者很少直接对注意义务的概念作出界定,而多是侧重对注意义务内容、体系地位等问题进行阐述。我国刑法学者则秉承了我国学术界所具有的探求精确概念定义的传统,对注意义务的概念、定义作了较为明确的界定。从语义学的角度来讲,所谓“概念”,就是指对客观事物的一般性、本质性特征的抽象概括。因此,依笔者之见,我国刑法学者对注意义务的界定更符合概念界定的规范。

当然,即使在我国刑法学者的界定中,上述几种定义也各有不足之处。例如,我国大陆刑法学者的第一种观点以及我国台湾地区刑法学者林山田教授的观点都将注意义务界定为一种客观行为义

^① 陈朴生著:《刑法专题研究》,台湾三民书局1988年版,第317页。

^② 林山田著:《刑法通论》(下册),作者发行(增订七版)2001年版,第161~162页。

务。这种认为“应当为必要作为或不作为的行为义务，也是注意义务”的观点，有利于将传统刑法理论关于注意义务的理解从过去的主观心理义务的窠臼中解放出来，有利于扩展注意义务的研究视野，有利于从新的角度诠释过失犯的构成。但是，如果将注意义务完全等同于行为义务，那么就是从一个极端走向了另一个极端，其片面性是显而易见的。上述第二种观点将注意义务界定为包括结果预见义务与结果回避义务，而且也概括了注意义务的来源形式，是较为全面的，因此也为多数学者所采用。但是，这种观点仍留有一些遗憾。即，这一定义没有揭示出刑法中注意义务的特殊性质，也就是说，这种定义中的注意义务也可以是指民法上的注意义务或者行政法上的注意义务，没有反映出刑法中注意义务的特征。上述第三种观点虽然也将注意义务界定为结果预见义务与结果回避义务，^①但是就这一概念本身来讲，不符合定义的基本要求——定义项不得包括被定义项。而且，该观点没有对“注意”一词的本质含义——究竟是心理注意，还是行为注意——作出明确的界定。上述第四种观点既指出了刑法上注意义务的特性，又指出了注意义务的根据，以及注意义务内容等本质特征，可以说是上述四种观点中最为全面的定义。但是，笔者认为仍存在以下缺陷：其一，构成犯罪过失的必要条件不是注意义务，而是注意义务的违反。这一点从刑法分则条文对过失犯的规定就可以看出。其二，混淆了犯罪过失与过失犯罪的不同。该观点将注意义务界定为成立犯罪过失的必要条件。既然如此，那么，作为犯罪主观要素的犯罪过失成立的必要条件，注意义务就应当是一种主观的心理义务，具体来讲，就是预见结果发生可能的义务以及基于此而考虑、决定实施某种回避措施的义务，而不是论者所主张的“既是对于行为人在危险状态下保持谨慎、紧张，以形成回避、防止危害结果发生动意的要求；又是赋予行为人在这种状态下保持谨慎、紧张，以实施回避、防止危害

^① 陈兴良、周光权著：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社2006年版，第240页。