

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

王海涛*

内容提要：讨论行政法规范之违反与过失实行行为之认定的关系，对于我国过失犯罪，特别是业务过失犯罪的认定，有重大意义。对此，应当从不同的过失犯构造理论出发，做体系性思考。立足于行为无价值的新过失论，将过失实行行为定义为违反结果回避义务，不仅能合理限制过失不法的范围，理论立场上也更为首尾一贯；而且通过注意义务的类型化，更能贯彻刑法的自由保障功能和法益保护功能。在新过失论的框架下，行政法规范上的义务和刑法上的注意义务在范围、性质上均有不同，但也存在相同之处：前者的危险防止义务是以定型的危险为前提而课予一般人的义务，后者则是以个案事态为前提而课予（处于行为人地位的）一般人的义务。违反不以避免构成要件结果为指向的行政法规范上的义务，并不构成对刑法上注意义务的违反。而违反以避免构成要件结果为指向的行政法规范上的义务，如果该义务对于个案中的结果回避是必要的或不足的，则构成对刑法上注意义务的违反；如果该义务对于个案中的结果回避是不必要的、可替代的，或者会起消极作用，则不违反刑法上的注意义务。

关键词：行政法规范 过失实行行为 新过失论 结果回避义务

我国刑法规定了交通肇事罪、重大责任事故罪等诸多业务过失犯罪，〔1〕除教育设施重大安全事故罪等个别犯罪外，多数关于业务过失犯罪的刑法分则条文，都未明确规定犯罪的行为要件或行为特征，而将行为概括地规定为违反了相关行政法律、法规、规章或规定（以下统称“行政法规范”）。如刑法第133条规定，违反交通运输管理法规，因而发生重大

* 北京航空航天大学法学院博士后研究人员。

〔1〕 业务过失犯罪是指行为人在业务活动中因疏于业务上的注意，导致构成要件结果发生的过失犯罪，与因疏于日常生活中的注意而导致构成要件结果发生的普通过失犯对应。参见陈兴良：《刑法适用总论》上卷，法律出版社1999年版，第183页以下；林亚刚：《犯罪过失研究》，武汉大学出版社2000年版，第237页以下。

事故；刑法第134条规定，在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果。需要反思的是，在认定这类犯罪时，是否只要行为人的行为违反了分则条文所指向的行政法规范，就能认定实行行为，并在其因果地造成构成要件结果时，即肯定客观构成要件的符合性？如果不能做肯定的回答，那么，除违反行政法规范外，还需要满足什么条件？这涉及过失实行行为要件的界定，最终会影响这些业务过失犯罪的成立范围。因此，深入讨论行政法规范之违反对于认定过失实行行为的意义，其重要性不容低估。此外，我国刑法规定的普通过失犯罪，如过失致人死亡罪、失火罪，虽然未要求行为人违反行政法规范，但现实中这类犯罪的实施常伴随对行政法规范的违反，因此，同样需要追问违反行政法规范和过失实行行为之间的关系。

一、国内学界研究之不足

我国早期的过失犯研究主流，将过失实行行为界定为违反刑法上注意义务的行为，并将行政法规范作为刑法上注意义务的渊源或根据。^{〔2〕}至于违反行政法规范是否会以及在何种条件下会违反刑法上的注意义务，仅有个别学者展开了探讨。如周光权教授认为，行政法规范所规定的义务，是以某种危险状态为前提，将预防危险发生所必需的行为予以具体化、类型化的结果；其与刑法上的注意义务具有共通的本质，二者在大多数情况下都是一致的；违反了行政法规范上的义务，基本上能够认定为违反了刑法上的注意义务。^{〔3〕}但是，二者在下述例外情形中是不一致的：违反行政法规范的程度较为轻微，且未造成严重后果的；为避免重大的紧急危险而违反了行政法规范上的注意义务，且引起了小于所避免的危险的危害结果的，都不违反刑法上的注意义务。^{〔4〕}

近年来，我国学者对这一问题做了进一步的探讨。如黎宏教授把过失实行行为界定为具有侵害法益的直接危险或现实危险的行为，认为行政法规范的违反对于过失实行行为的认定没有什么意义，即使是违反行政法规范的行为，若不具有引起结果的直接危险，也不能视为过失犯的实行行为。如行为人以30公里的时速行驶在限速20公里的街道上，被害人想自杀，从路边巷子里突然冲到马路中央，行为人躲闪不及而将被害人撞死的，依据其见解，行为人超速驾车虽然违反了交通法规，但因不具有致人死亡的危险，不能视为交通肇事罪的实行行为。^{〔5〕}刘艳红教授将过失实行行为界定为结果回避义务的违反，但在违反行政法规范与违反结果回避义务之间的关系上，主张借助注意规范的保护目的这一概念工具，从违反行政法规范的行为中“筛选”出违反结果回避义务的行为。依据其见解，违反交通法规的行为，在造成交通法规规范保护目的范围之外的交通事故时，并没有违反结果回避义务，不能视为交通过失犯的实行行为。比如，甲在距离事发地点几十公里处超速驾驶机动车，但在接近事发地点时以正常车速行驶，撞死了突然穿越公路的乙；如果不是之前的超

〔2〕 参见姜伟：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社1992年版，第289页以下；胡鹰：《过失犯罪研究》，中国政法大学出版社1995年版，第75页以下；前引〔1〕，林亚刚书，第115页以下。

〔3〕 参见周光权：《注意义务研究》，中国政法大学出版社1998年版，第55页以下。

〔4〕 同上书，第56页；甘雨沛主编：《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社1991年版，第168页以下。

〔5〕 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6页以下。

速,甲就不会过早到达事发地点并撞上乙;但是,交通法规限制汽车时速的目的是使驾驶人员在出现突发情况时能够及时做出刹车、避让或停车等反应,以防止交通事故,而不是限制汽车过早到达某一地点;因此,对处于该注意规范保护目的范围外的交通事故,行为人欠缺预见可能性、回避可能性,不应承担回避该结果的义务,其违反交通法规的行为不是过失实行行为。反之,违反交通法规的行为,在造成交通法规规范保护目的范围内的交通事故时,由于存在对结果的预见可能性、回避可能性,行为人负有回避该结果的义务,其违反交通法规的行为,就构成了对结果回避义务的违反。〔6〕

上述国内学界的相关探讨,在笔者看来,均有不尽如人意之处。

首先,周光权教授的见解值得检讨。行政法规范上的义务以某种定型的危险事态为前提,〔7〕而刑法上的注意义务以个案中的危险事态为前提。两者在下述情形中是一致的,即行政法规范预设的定型危险在具体个案中完整再现,为避免该定型危险而设定的行政法规范上的义务,就会成为个案中避免结果的适当措施,也就完整地升格为刑法上的注意义务。反之,如果行政法规范预设的定型危险与个案中的具体危险并不相同,两者就会不一致。这时刑法上的注意义务会比行政法规范上的义务更宽缓或严格,前者会出现“即使违反(行政)规则也不能认定为过失的情形”,〔8〕后者会出现行为人要付出比行政法规范所要求的更多努力,才会被视为履行了刑法上的注意义务的情形。〔9〕周光权教授仅仅概括地强调两种义务基本上是一致的,却没有阐明两者一致的根据所在以及差异,是不妥当的。

其次,黎宏教授相关探讨所立足的前提值得批判。黎宏教授将过失实行行为界定为具有侵害法益的直接危险的行为,完全忽视了过失行为迥异于故意行为的特征,即过失行为并非意图实现构成要件结果,而只是偶然引发了该结果。并且,黎宏教授界定过失实行行为的方法,如后文所述,不仅无法为个案中过失实行行为的判断提供明确的标准,也不能为行为人提供事前的行为指南;与将过失实行行为界定为违反结果回避义务的见解相较,其劣势甚为明显。黎宏教授从上述有缺陷的过失实行行为定义出发,认为行政法规范的违反与过失实行行为的认定之间不存在关联,这一结论也令人质疑。

最后,刘艳红教授对这一问题的探讨与其立足的新过失论立场存在着不易觉察的冲突。刘艳红教授主张违反行政法规范的行为能否视为结果回避义务的违反(即过失实行行为),取决于该行为造成的结果是否在注意规范的保护目的范围内,其实质上是以后(行为后)发生的结果向前溯及认定是否存在结果回避义务以及是否存在对该义务的违反。这种立足于事后的思考,无法为行为人提供事前的行为指南,与其声称的新过失论立场并不吻合。因为新过失论以行为无价值为根基,为给行为人提供明确的行为指南,从事前(行为时)而非事后认定结果回避义务。〔10〕在新过失论的框架下,对于违反行政法规范的行为,只要

〔6〕 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。

〔7〕 这里是指行政法规范中以避免危险为目的的义务(如不得驾驶有安全隐患的机动车),而非指行政法规范中以避免危险为目的的义务(如机动车应当悬挂牌照)。

〔8〕 [日]桥爪隆:《过失犯》下,《法学教室》第276号(2003年),第43页。

〔9〕 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第698页。

〔10〕 同上书,第693页,第698页;[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第398页。

处于行为人地位的一般人在事前能够预见其会引起构成要件结果，就能肯定结果回避义务的存在；行为人对行政规范的违反即构成了对结果回避义务的违反，即使其造成的结果在注意规范的保护目的范围外，也不过是在因果关系的层面否定违反注意义务与结果之间的因果关联。^[11]因而，刘艳红教授的相关见解不能令人信服。

综上，关于行政规范之违反与过失实行行为之认定的关系，我国学界展开的探讨存在诸多不足。笔者认为，其根源在于没有在彻底厘清不同的过失犯构造的基础上，^[12]对这一问题做彻底的体系性思考；因而，不仅无法为问题的解决提供清晰、合理的标准，也容易造成具体结论与自身立场相互矛盾。值得注意的是，最近国内有学者主张以客观归责理论来改造传统的新过失论，并将行政规范之违反与过失实行行为之认定的关系问题，放在客观归责理论的过失犯构造下进行体系性思考。^[13]关于该学者的主张及其存在的问题，后文将予展开，在此不再赘述。

二、过失犯构造体系下的检视

由于不同的过失犯构造对过失实行行为有不同的定义，关于行政规范之违对于过失实行行为之认定的意义，也会有不同的理解。因此，对这一问题，必须放在过失犯的构造下，进行体系性思考。

（一）旧过失论之见解

旧过失论是从结果无价值论对过失犯构造的理解。其忠实地贯彻了“违法是客观的，责任是主观的”这一原则，认为侵害同一法益的过失犯罪和故意犯罪在构成要件阶段、违法性阶段不存在区别，二者的区别仅仅在责任阶段才被论及；过失被看作与故意并列但更轻微的责任形式，即故意是具有对结果的认识、预见，而过失是存在对结果的（具体）预见可能性，却因不注意而没有预见。^[14]根据该见解，如果行为人意志支配下的行为和构成要件结果之间存在因果关系，且不存在违法阻却事由，就能肯定构成要件符合性和违法性。^[15]

在旧过失论的框架下，确定是否具备过失实行行为时，只需确定行为人的行为是否因果地造成了构成要件结果。至于其是否违反了行政规范，在非所问。如汽车驾驶人停车时，没有注意到坐在后排座位的乘车人突然打开了后车门，导致其他驾车者撞上车门受伤的，持旧过失论的山口厚教授完全没有考虑驾车人对交通法上义务的违反，而是以其造成了其他交通参与人的伤害为由，肯定了过失实行行为及过失不法的存在；但同时以驾驶人对乘车人会突然打开车门并造成交通事故缺乏预见可能性为由，否定了责任的存在。^[16]

[11] 参见〔德〕カール・エンギッシュ（Karl Engisch）：《刑法における故意・过失の研究》，庄子邦雄、小橋安吉译，一粒社1989年版，第438页。

[12] 过失犯的构造是依据犯罪的一般成立要件，构建过失犯成立要件所形成的理论体系。参见〔日〕上嶋一高：《过失》，载西田典之、山口厚、佐伯仁志主编：《注释刑法 第1卷 总论》，有斐阁2010年，第541页。

[13] 参见吕英杰：《论客观归责与过失不法》，《中国法学》2012年第5期。

[14] 参见佐伯仁志：《过失犯论》，《法学教室》第303号（2005年），第37页。

[15] 参见前引〔12〕，上嶋一高文，第542页。

[16] 参见〔日〕山口厚等：《刑法理论の展望》，成文堂2000年版，第208页。

（二）新过失论之见解

新过失论是立足于行为无价值论对过失犯构造的理解。其认为过失不法不完全在于因果地造成法益侵害这种结果无价值，而且在于行为自身违反了（外在的）注意义务或偏离了社会生活中的行为基准，即行为无价值。因此，过失犯与故意犯不仅应在责任阶段加以区别，而且在违法性阶段和构成要件阶段也应当加以区分。^{〔17〕}根据该见解，过失犯的本质在于违反结果回避义务或偏离社会生活上所要求的基准；^{〔18〕}即使存在结果的预见可能性，若没有结果回避义务的违反，也应当因行为不法的欠缺而否定过失不法。^{〔19〕}在新过失论中，过失实行行为被描述为偏离了社会生活所要求的行为基准，而行政法规中的不少义务是为了防止危险而创制的，是在相应的社会活动领域中应当遵循的行为基准。因此，在新过失论的框架下，行政法规的违反对于认定过失实行行为，具有特别重要的意义。但在新过失论内部，对于二者之间联系的强弱存在不同的理解。

一种见解特别强调行政法规上的义务和刑法上注意义务的一致性。其主张，违反行政法规中以定型危险为前提的命令规范、禁止规范，原则上即可认定违反了刑法上的注意义务，并肯定过失实行行为的存在。这是因为，刑法没有，也不可能对过失犯的注意义务作具体、明确的规定，如果由个案中的法官根据行为的具体情形在事后确定行为人应负的注意义务，则无法为行为人提供应当如何行为的准则；从保障国民的预测可能性以及实现刑法的一般预防功能来看，如此做法存在缺陷。而对伴随着危险的生活关系进行规制的行政法规，是为防止抽象、一般的危险转化为具体的危险而强制规范对象实施特定作为或不作为的规则，展示了与客观注意义务相关联的某种行为规范；从保障国民的预测可能性的角度来看，其不可避免地要成为判断刑法上注意义务的根据；因此，行为人只要遵守了行政法规上的注意义务，原则上就应当免于承担刑事责任；相应的，只要违反了以定型危险为前提的行政法规，即使是为了避免紧急的危险，原则上也应肯定对刑法上注意义务的违反；属于紧急避险情形的，可在违法性阶层否定其违法性。^{〔20〕}

另一种见解对行政法规上的义务与刑法上注意义务的一致性，表现出相对谨慎的态度。其将过失实行行为界定为违反外在注意义务的行为，并把外在的注意义务大致上区分为不实施危险行为的义务和在危险状态中采取特定防范手段的义务，而这些义务都是为回避构成要件的实现所必需的。^{〔21〕}在此基础上，其认为行为人违反行政法规的情形分为两种：其一，被违反的行政法规服务于美学的考量、财政的考量等，该规范所禁止的事项

〔17〕 参见前引〔14〕，佐伯仁志文，第37页。

〔18〕 因而在这个意义上，新过失论也被认为是基准行为说。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208页。

〔19〕 在上世纪六、七十年代，随着森永奶粉案判决的确定，日本刑法学界发展出了超新过失论（新新过失论）。超新过失论仍然以结果回避义务为中心，只是作为该义务前提的结果预见可能性，只要达到对结果的发生抱有某种程度的不安感、危惧感就足够了（参见前引〔18〕，西田典之，第209页）。超新过失论实质上是新过失论的一个分支，而且其在行政法规之违反与结果回避义务之违反的认定上，和通常的新过失论看不出太大的区别（参见〔日〕板仓宏：《结果预见可能性，注意义务》，载西原春夫等编：《判例刑法研究》第3卷，有斐阁1980年版，第204页以下）。因此，本文不对超新过失论做单独阐述。

〔20〕 参见〔日〕佐久间修：《过失犯における刑罚法规の明确性——构成要件の过失と行政取缔法规の关系について》，载森本益之、加藤久雄、生田胜义编：《刑事法学の潮流と展望》，世界思想社2000年版，第199页以下。

〔21〕 参见前引〔11〕，カール・エンギッシュ书，第347页以下。

是无害的，或者所命令的事项不具有回避构成要件实现的性质，则违反该类规范不产生违反刑法上注意义务的问题。其二，被违反的行政法规范将防止危险行为或在危险状况中防止危害发生的手段强制地规定为义务，则违反该类规范基本上应当被认定为违反了刑法上的注意义务；但是，下列情形除外：立法者创制行政法规范时犯了错误，比如，基于错误的感染理论而颁布的防止疫病流行的行政法规范；或者，如果遵守行政法规范会发生预期的危险，比如，在交通领域，相对人先违反交通法规，行为人继续遵守交通法规会发生交通危险。行为人在这些例外情形中违反行政法规范，引起构成要件实现的，与其说违反了刑法上的注意义务，毋宁说是对刑法上注意义务的履行。^[22]

（三）修正的旧过失论之见解

所谓修正的旧过失论是综合考虑旧过失论和新过失论见解的结果。一方面立足于旧过失论的立场，把过失理解为在责任阶段才加以考虑的内心缺陷。另一方面听取了新过失论的批评，认为传统的旧过失论把与结果具有因果关联的行为都作为实行行为，会将所有遵守行政法规范却造成法益侵害的行为都评价为不法，从而不当扩大过失不法的范围。由此，修正的旧过失论主张将过失实行行为理解为具有实质的、不被允许的危险的行为，从而在责任阶段之前的构成要件阶段就限定过失犯的成立范围。^[23]

在修正的旧过失论的框架下，行政法规范之违反对过失实行行为之认定的意义，被看得很淡，至少在其文字的表述上是这样（如后所述，事实并非如此）。如平野龙一教授认为，判断过失实行行为是否存在标准，是有无导致结果发生的实质危险，而非是否偏离了社会生活中必要的行为基准（包括行政法规范）。比如，在限速30公里的道路上以时速50公里的速度驾车。对此，不能以行为违反了交通法规上的行为基准为由，肯定过失实行行为，而应当根据以时速50公里行车是危险行为而认定过失实行行为。^[24]同样的，行为人饮酒后驾车，尽管违反了禁止饮酒驾车的交通法规，但不能以此认定过失实行行为，而应在综合考虑驾驶者是否已经醉酒、驾车技术的好坏等客观因素的基础上，当能够判定该驾车行为具有引起交通事故的实质危险时，才能认定过失实行行为。^[25]我国持修正的旧过失论的学者也持大体相同的见解。^[26]

（四）客观归责理论之见解

客观归责理论通常认为，不仅法益侵害的结果，而且过失实行行为都应当在过失犯的构成要件中进行讨论，^[27]但是过失犯的构成要件和故意犯的场所相同，只有通过客观归责理论才能得到说明。即，客观构成要件由两部分构成：是否创设了不被允许的危险和危险是否在构成要件结果中实现。如果没有创设不被允许的危险，在逻辑上就应当认定欠缺构成要件符合性，从而欠缺过失不法。比如，年轻人请女友出来约会，结果女友在约会地点被从天而降的陨石砸死；行为人开车完全符合交通规则，但仍然伤害了其他撞向汽车的人。如果创设了不被允许的危险，但危险没有在构成要件结果中实现的，也应当否定构成要件

[22] 参见前引[11]，カール・エンギッシュ书，第437页，第439页。

[23] 参见[日]桥爪隆：《过失犯》上，《法学教室》第275号（2003年），第76页。

[24] 参见[日]平野龙一：《犯罪论の诸问题（上）》，有斐阁1981年版，第98页。

[25] 同上书，第100页。

[26] 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第269页。

[27] 参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第714页。

符合性以及过失不法。比如,事故的受害人不是死于事故中的伤害行为,而是死于医院的火灾。^[28]在客观归责理论的框架下,过失实行行为相当于创设不被允许的危险,对其的判断也被定位为关于危险创设的判断。^[29]我国有学者在以客观归责理论重构过失不法时,一方面将过失实行行为界定为制造不被允许的危险;另一方面对新过失论中的注意义务概念进行了扬弃,在抛弃结果回避义务这一概念的同时,在客观归责理论的框架下保留了客观注意义务概念,并将客观注意义务作为协助进行危险判断的资料;其明显呈现出将新过失论和客观归责理论折中的色彩。^[30]

因此,客观归责理论将防止危险的行政法规范,作为重要的判断危险的标准。违反行政法规范对于肯定不被允许的危险的创设,即过失实行行为的存在,是具有重要意义的推定证据。这是因为,在许多生活领域中,尤其是在道路交通领域中,立法者发布了禁止危险的抽象规定;一般来说,违反这些规定就会创设某种不被允许的危险,比如,禁止超速的规定就会成为认定过失致人死亡行为的根据;但是,上述推定在例外情形下可被推翻,因为在纯粹概念上是危险的在具体案件中却是不危险的;例如,在一个开阔的十字路口,以其他情况下符合规定的驾驶方式进行的超车,本身并不是危险的,这种危险只有通过被超车人的某种严重过错才能出现时,违反规定的超车行为就不能被视为创设了对被超车人生命有重要法律意义的危险。^[31]至于前述我国学者所主张的带有折中色彩的见解,由于其将行政法规范上的义务等同于刑法上的客观注意义务,从而必定认为违反行政法规范就是违反客观注意义务,但与此同时,又认为违反客观注意义务不一定制造刑法所不允许的危险,^[32]所以,在违反行政法规范是否意味着制造了不被容许的危险的判断上,其最终结论和一般的客观归责理论没有任何区别。

三、关于过失实行行为的本文见解

从上述讨论可以看出,只有先考察不同的过失犯构造对过失实行行为的界定的合理性,才能有意义地讨论行政法规范之违反与过失实行行为之认定的关系。上述讨论对过失实行行为的界定,大致可分为三类:以旧过失论为代表,采取结果无价值论立场,没有赋予过失实行行为以具体内容,而将其形式地理解为法益侵害过程的起点;以修正的旧过失论和客观归责理论为代表,采取结果无价值论立场,赋予过失实行行为以具体内容,^[33]将其定

[28] 参见前引[27],罗克辛书,第715页。

[29] 参见[日]山中敬一:《犯罪论の机能と构造》,成文堂2010年版,第135页。

[30] 参见前引[13],吕英杰文。

[31] 参见前引[27],罗克辛书,第716页。

[32] 参见前引[13],吕英杰文。

[33] 有学者以客观归责理论中危险制造判断是事前判断为由,认为客观归责理论框架下的过失犯论是立足于二元的行为无价值论立场(参见前引[13],吕英杰文)。在笔者看来,这是有问题的。因为结果无价值还是行为无价值的立场判断,主要是看将行为定义为对法益的侵害,还是对规范或规范上义务的违反。以平野龙一教授的观点为例,其将过失实行行为定义为对法益存在实质的、不被容许的危险的行为,并主张在事前判断危险(参见[日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第85页)。对此,没有人会否认其是立足于结果无价值立场的过失论。而客观归责理论将过失实行行为定义为对法益制造了不被允许的危险的行为,故应当视为立足于结果无价值立场。

义为引起、创设实质的、不被允许的危险的行为；以新过失论为代表，从行为无价值论定义过失实行行为，将其理解为违反了结果回避义务。以下，笔者分别讨论其优劣。

（一）旧过失论存在的问题

像旧过失论那样，将过失实行行为形式地理解为因果过程的起点，即便行为符合行政法规或者在社会生活中是完全正常的，只要造成了法益侵害，就被评价为不法，会带来以下两个问题：

第一，混淆了不法与责任的区别，在结论上并不妥当。比如，在能见度很差的转弯处，正常驾驶汽车的甲，撞上了违规侵入其行车路线的车辆，致其驾驶者乙受伤。根据旧过失论，由于甲造成了法益侵害，其行为应当被评价为违法，只是因其缺乏对结果的预见可能性，在责任阶段其责任被否定。^[34]再比如，年轻人与其女友约好在某地点见面，其女友在约会地点被陨石砸死。根据旧过失论，这也是符合构成要件和具备违法性的致人死亡情形，仅由于行为人缺乏过失的罪责而不构成过失犯罪。^[35]将遵守交通法规的驾车、约会恋人这种合法行为或社会生活中完全正常的行为，先评价为违法，而后在责任阶段排除责任，这不只是判断不经济的问题，^[36]而且是在法秩序中错误地定位这些行为。上述行为均应当是法秩序赞同的，在区分不法与责任的犯罪论体系中，自始即为合法行为。旧过失论将其评价为违法但欠缺责任，是将其定位为法秩序虽然反对但不得不容忍的行为，从而混淆了刑法中不法与责任的界限。

第二，在个别情况下会不当扩大过失犯的成立范围。比如，流浪汉 A 连续好几天多次到 X 住处大门口的垃圾箱寻觅食物，由于 X 往该垃圾箱内丢弃了变质食物，导致吃了该变质食物的 A 中毒身亡。^[37]根据旧过失论的见解，A 造成流浪汉中毒身亡，具备了构成要件符合性和违法性；在能够肯定行为人对结果的预见可能性时，将以过失致人死亡追究其刑事责任。这就不当地扩大了过失犯的成立范围。正如有学者所言，法规范不应当禁止向垃圾箱丢弃变质食物，因为垃圾箱本来就是为了丢弃这些废弃物而存在的。^[38]

（二）修正的旧过失论和客观归责理论的缺陷

只要认同刑法的目的是保护法益，那么刑法禁止的行为，不论是过失行为还是故意行为，都必须是对法益具有现实危险或实质危险的行为。在概念上把过失实行行为的特征阐释为给法益造成了实质的或不被允许的危险，这在逻辑上能够自圆其说。但像修正的旧过失论、客观归责理论那样，将其作为对过失实行行为要件的理解，却是不恰当的。因为与故意行为不同，过失行为不具有实现构成要件结果的意图，结果的发生具有偶然性；将过失实行行为要件理解为制造了实质的或不被允许的危险，其向一般民众提供的行为准则以及向司法机关提供的裁判基准都是模糊的。如以过失致人死亡罪为例，则实行行为要件的内容只能是具有引起他人死亡的现实或实质危险的行为。但是，这对于本来就没有造成他人死亡的意图的行为主体而言，没有提供任何方向性的行为指南，司法机关也很难依照这

[34] 参见 [日] 井田良：《变革の时代における理论刑法学》，庆应义塾大学出版会 2007 年版，第 148 页。

[35] 参见前引 [27]，罗克辛书，第 713 页。

[36] 参见周光权：《结果回避义务与交通肇事罪——兼论与客观归责论无关的过失论》，载前引 [5]，刘明祥主编书，第 325 页。

[37] 参见 [日] 井田良：《刑法总论の理论构造》，成文堂 2005 年版，第 112 页。

[38] 同上。

一模糊的标准判断行为人的行为是否具有实质的或不被允许的危险。〔39〕

正是鉴于上述问题,修正的旧过失论在实质的或现实的危险概念之下发展出形形色色的下位标准,并显示出向以行为无价值为根基的新过失论靠近的倾向。首先,以平野龙一教授为例。他认为过失实行行为的实质危险,应理解为客观的预见可能性,即一般人站在行为人的立场上能否(在事前)预见行为会导致结果发生。〔40〕依据该见解,客观预见可能性及实质危险能否被肯定,取决于行为人在行为时是否采取了适当的结果避免措施。〔41〕但是,正如有学者指出,平野龙一教授使用的是和新过失论相同的判断标准。〔42〕其次,前田雅英教授把过失实行行为的实质危险具体化为广义的相当性;〔43〕即,以行为时的情形为基础,在一般人看来该行为引起法益侵害在社会经验法则的范围内具有相当性。〔44〕依据该见解,行为人饮酒后超速驾驶机动车,因不注意前方而发生碰撞事故的,饮酒驾车、超速行驶、不注意前方,在社会经验法则的范围内与交通事故都存在相当性关联,均应被视为过失实行行为。但是,这一主张不仅无法从客观上限定过失犯的成立范围,〔45〕而且由于其思考的是行为通常具有的危险性,从而也无法从根本上摆脱对行政法规等规则的依赖。

与修正的旧过失论相对,客观归责理论虽然将过失实行行为定义为创设了不被允许的危险,但在危险的判断上,毫不讳言对法律规范、法律之外的社会交往规范等规则的依赖;尽管其承认违反这些规范并不一定创设不被允许的危险,但也是将之作为例外情况加以对待。〔46〕而在不存在上述形式的规则时,客观归责理论甚至将“不同的标准人物”的行为作为危险判断的标准。比如,一名打扫烟囱的工人或安装暖气片的工人在自己的专业工作中造成法益侵害时,就应当采用一个认真和审慎的打扫烟囱工人或暖气片安装工人的行为作为标准,如果其活动在标准人物确立的范围内,则应认定没有创设不被允许的危险,否则,就应当肯定行为人创设了不被允许的危险。〔47〕这种判断标准的选定,和新过失论中行为基准的设定,已无多大区别。

至于在客观归责理论框架下吸收客观注意义务以重构过失不法的见解,虽在构思上别出心裁,但也问题重重。其一,从新过失论的客观注意义务中剔除了结果回避义务后,客观注意义务的内容就只剩下结果预见义务;并且,其只能作为判断主观瑕疵意思的基础,而无法成为判断外在的法益侵害危险的资料。其二,该见解排除结果回避义务概念的理由

〔39〕 参见〔日〕高桥则夫:《规范论与刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第73页以下。

〔40〕 参见前引〔33〕,平野龙一书,第85页。

〔41〕 例如,行为人当时采取了避免结果发生的必要措施,但因为对方违反信赖原则而导致结果发生的,在平野龙一教授看来,由于欠缺对结果的客观预见可能性,作为过失实行行为要件的实质危险并不存在。参见前引〔33〕,平野龙一书,第85页以下。

〔42〕 参见〔日〕西原春夫:《过失犯的构造》,载中山研一、西原春夫等主编:《现代刑法讲座》第3卷,成文堂1979年版,第11页以下。

〔43〕 狭义的相当性是要考虑行为后的介入情形,从而判断行为引起法益侵害是否具有相当性,其对应的是因果关系问题。参见〔日〕前田雅英:《过失犯论的现代的课题——战后理论的展开を踏まえて》,《法学教室》146号(1992年),第33页。

〔44〕 同上。

〔45〕 参见前引〔8〕,桥爪隆文,第44页。

〔46〕 参见前引〔27〕,罗克辛书,第716页以下。

〔47〕 同上书,第720页以下。

是其体现了行为无价值立场；^[48]但在笔者看来，这是混淆了该义务的不同含义。新过失论中的结果回避义务是体现行为无价值立场的、针对行为的义务，而修正的旧过失论所采用的可同时适用于故意犯和过失犯的结果回避义务，则是体现结果无价值立场的、针对结果的义务。以在交叉路口超速驾车撞死行人为例，前者是指在车辆撞上行人之际应当采取何种措施（如降低车速）的义务，而后者是指不应当让车撞上行人并致其死亡的义务。^[49]其三，将新过失论中的客观注意义务和行政法规范、条理、习惯上的义务混为一谈，^[50]是值得商榷的。新过失论确实认为行政法规范、条理上的义务是刑法上注意义务的渊源，但并非将前者等同于后者，而是认为后者是将个案中避免结果的必要措施义务化；违反客观注意义务，即没有采取必要的措施，已经对法益制造了不被允许的危险；由此，客观注意义务不再是协助危险判断的资料，而是可以替代危险判断的概念。因此，有学者说违反结果回避义务足以揭示整个过失犯的核心内容，判断过失不法根本不需要客观归责理论，^[51]是恰如其分的。其四，其在不被允许的危险的判断上，极其依赖法律规范以及社会交往规范等形式的规则，^[52]从而没有超越也无法超越从行为无价值立场进行判断的藩篱。

故而，从结果无价值立场定义过失实行行为的见解，要么为了追求判断标准的清晰性，在其理论的内核引入了规范违反或义务违反的因素，向以行为无价值为根基的新过失论靠近；要么为了保持其结果无价值论的本来面貌，使判断标准继续处于模糊状态。

（三）新过失论的妥当性

新过失论关于过失实行行为的理解，笔者认为是可取的，理由如下：

首先，与旧过失论相比，新过失论将过失实行行为界定为违反结果回避义务，合理地限定了过失不法的成立范围。前述合法驾车致违法相对方受伤的案例，根据新过失论，能在构成要件阶段否定行为人对注意义务的违反，从而否定过失不法，而不会像旧过失论那样，将行为人的行为评价为违法。此外，因实施社会认可的、无可争议的行为而造成法益侵害的，如前述向垃圾箱内丢弃变质食物而导致流浪汉中毒身亡的案例，根据新过失论，即使行为人有对结果的（主观）预见可能性，但其向垃圾箱内丢弃变质食物的行为并没有违反客观的注意义务，因此，行为人的行为不具备过失不法，从而无法成立过失犯。^[53]相反，旧过失论则会认定过失犯的成立。

其次，与修正的旧过失论、客观归责理论相比，新过失论在立场上更为一贯，也更能贯彻刑法的自由保障功能和法益保护功能。新过失论从行为无价值论出发，将过失实行行为理解为违反结果回避义务，且在具体判断中以具体情形中一般人为避免结果发生所能采取的 necessary 措施为基准，和行为人实际实施的行为相对照，从而判断是否偏离了基准行为以及是否违反了刑法上的注意义务；其从立场到方法是一以贯之的。此外，在新过失论的框架下，通过整理行政法规范或者积累司法判决，推动刑法上注意义务的类型化，不仅使得刑法要求一般民众遵守的行为准则明确化，有利于保障民众的预测可能性，而且能够引导

[48] 参见前引 [13]，吕英杰文。

[49] 参见前引 [12]，上野一高文，第 546 页以下。

[50] 参见前引 [13]，吕英杰文。

[51] 参见前引 [36]，周光权文，第 327 页以下。

[52] 参见前引 [13]，吕英杰文。

[53] 参见前引 [37]，井田良书，第 112 页。

一般人避免实施侵害法益的行为,通过积极的一般预防促进对法益的保护。^[54]比如,在“康兆永、王刚危险物品肇事案”中,我国司法机关根据道路交通法规以及危险化学品安全管理法规,对危险品运输中发生交通事故后应当承担的注意义务进行了类型化,认为相关从业人员有紧急救助受伤人员、防止其他交通参与人靠近、紧急求援以及协助抢险救灾的义务,若怠于履行这些义务,就应当对由此造成的特别严重后果承担过失责任。^[55]通过这种注意义务的类型化,不仅为从业人员提供了行为指南,也为司法机关判断犯罪成立与否提供了明确标准。相比于依据所谓实质的、不被允许的危险进行判断,其优势甚为明显。

有批评者认为,采纳新过失论对过失实行行为的定义,会在过失犯认定中过于讲求形式要件,即,容易以违反某种规则为由认定过失实行行为。^[56]这其实是对新过失论的误解。如前文所述,行政法规范上的义务并不等于刑法上的结果回避义务,其他法律上的义务必须通过刑法的审查才能成为刑法上的注意义务。这在新过失论中是通说,相应的批评不具有说服力。至于有批评者认为,新过失论会将过失犯全部理解为不作为犯,从而混淆过失犯和不作为犯的界限。^[57]这种批评也是不能成立的。正如陈兴良教授所言,违反客观注意义务并不一定是不作为,而要看是以作为方式还是不作为方式违反结果回避义务;比如,非法行医致使就诊人死亡的,该客观注意义务的违反是以作为方式实施,而扳道工因疏忽未能履行扳道职责,导致火车相撞的,该客观注意义务的违反是以不作为方式实施。^[58]所以,在新过失论的框架下,过失犯仍可以划分为作为犯和不作为犯。

四、新过失论框架下行政法规范之违反与过失实行行为之认定

在新过失论的框架下,违反行政法规范,只有同时违反了刑法上的注意义务(结果回避义务),才能肯定过失实行行为。这就需要深入讨论行政法规范上的义务与刑法上注意义务的关系。

(一) 行政法规范上的义务与刑法上注意义务的关系

1. 二者之间的关联

不少行政法规范是为了防止危害结果的出现而制定的。其基于科学法则或社会经验,禁止实施某一社会生活领域中的某种类型化的危险行为,或者命令实施某种类型化的防止危险的行为。若违反该禁止规范或者命令规范,实施了类型化的危险行为,或者没有实施类型化的防止危险的行为,就如学者所言,应当被视为刑法上注意义务被违反的一个证明标志。^[59]相反,若遵守行政法规范中为防止危险而规定的义务,则应被视为刑法上注意义务被履行的证明标志。在这个意义上,行政法规范上的义务和刑法上的注意义务是相通的。而且,像道路交通这种社会领域,由于行政法规范考虑了几乎所有能够预想的危险类型,

[54] 参见前引[37],井田良书,第123页;前引[36],周光权文,第337页。

[55] 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第8期,第27页以下。

[56] 参见山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第227页;前引[5],黎宏文,第7页,第10页。

[57] 参见前引[5],黎宏文,第8页。

[58] 参见前引[1],陈兴良书,第87页。

[59] 参见前引[9],耶赛克等书,第698页。

所以，为防止这些危险而课予交通参与人的义务，就比以往更加合理、广泛。因此，在具体个案中，行政法规范上的义务和刑法上的注意义务发生分歧的几率会越来越小。^[60]

2. 二者之间的区别

行政法规范上的义务与刑法上的注意义务有两点重大差异：其一，范围不同。正如刘艳红教授对交通法规中注意规范的划分，^[61]在当前的行政法规范中，既有以保护他人法益不受侵害为目的的义务，也有以保护行为人自身法益不受侵害为目的的义务，更有以确保行政管理秩序为目的的义务。而刑法以保护法益为目的，只能把有助于保护他人法益的措施义务化。不涉及保护他人法益的义务，自始不会成为刑法上的注意义务。其二，性质不同。行政法规范上的义务是针对定型性危险设立的，即一般事态中一般人所应承担的作为或不作为义务，具有相对的稳定性。而刑法上的注意义务是针对个案的具体危险确立的，即具体事态中处于行为人地位的一般人所应承担的义务，会受到以下特别事由的影响：一是个案中涉及行为危险性的特别情形。比如，个案中出现的危险超出了行政法规范预设的危险，履行行政法规范上的义务无法防止结果的发生，那么，刑法会向行为人提出比行政法规范更严格的要求；行为人若仅仅履行行政法规范上的义务，就会违反刑法上的注意义务。^[62]二是行为人关于因果关系的特别认识。比如，驾驶者已经认识到在特定时刻学童会从某一建筑物涌向道路，或者已经知道刹车不太灵敏的，就会被课予比不具备该特别认识的一般人更严格的注意义务。这在当前的新过失论中基本上已无争议。^[63]

（二）行政法规范之违反与过失实行行为之认定

行政法规范对避免构成要件结果的作用不同，则违反行政法规范对认定违反刑法上注意义务的意义，也会不同。

1. 违反与避免构成要件结果无关的行政法规范

与避免构成要件结果无关的行政法规范有两类：一是为保护行为人而设置的规范，如我国道路交通安全法中摩托车驾驶人应当按规定戴安全头盔的规范；二是单纯为确保行政管理而设置的规范，如我国道路交通安全法中机动车应当悬挂牌照、放置交通标志的规范。这两类规范中的义务天然不具有避免构成要件结果发生的作用，仅仅违反这类行政法规范，不会给法益造成不利影响，因而不能认定为违反了刑法上的注意义务。

2. 违反与避免构成要件结果有关的行政法规范

与避免构成要件结果有关的行政法规范有两类：一是为避免法益遭到侵害而设置的规范，如我国道路交通安全法中禁止饮酒后或服用毒品后驾驶机动车的规范；二是当初为确保行政管理而设置，但已转化为具有避免法益侵害效果的规范，比如机动车靠右行驶的规范。违反这两类行政法规范之义务，可以划分为以下四种基本类型进行处理：

[60] 参见前引 [19]，板仓宏文，第 205 页。

[61] 参见前引 [6]，刘艳红文。

[62] 考虑到我国刑法限定了业务过失犯的注意义务来源，只要遵守了行政法规范，即便未采取行政法规范之外的避免结果的必要措施，也不能认定为违反了刑法上的注意义务。因此，在我国刑法中，即便遵守了行政法规范，也有可能违反刑法上注意义务的情形，只适用于普通过失犯。这一点从立法论角度或许值得批评，但从解释论的角度应当坚持。

[63] 参见前引 [9]，耶赛克等书，第 693 页；前引 [37]，井田良书，第 123 页以下。

第一,行政法规范上的义务对于个案中的结果回避是必要的,甚至是不足的,^[64]则违反该义务意味着违反刑法上的注意义务。比如,在狭窄、混乱的道路上,以法律允许的速度驾驶机动车无法确保安全,车速必须大大低于法定限速才能防止交通事故发生时,^[65]为避开构成要件结果的出现,行为人仅履行行政法规范上的义务还不够,还需要做额外的努力。行为人若连这种尚不足够的义务也怠于履行,而以超过法定限速的速度驾车,则认定其没有采取避免结果的必要举措,从而违反了刑法上的注意义务,实属当然之理。

第二,行政法规范上的义务对于个案中的结果回避是过剩的,则违反该过剩义务应认定为未违反刑法上的注意义务。比如,行为人以5公里左右的时速驾驶车辆在交叉路口右转时,只注意了自己的左侧(在日本机动车靠左行驶),而没有确认自己右后方的安全,结果与从其右侧方驶来的、违法从行为人车辆前方横向通过的电动自行车相撞,造成骑车人重伤。^[66]依据日本的交通法规,驾驶人驾车右转时负有减速慢行、发出右转信号、确认自己车辆左右两侧安全的义务。但是,本案行为人履行了减速慢行、发出右转信号的义务后,通常就可以信赖从后面驶来的机动车驾驶人会遵守交通法规,从右转车辆的左后方通过或暂时停车,而不是从该车辆的右前方横向通过。^[67]也就是说,在此种场合,确认自己右侧的安全对于避免交通事故是不必要的、过剩的义务。在行为人为避免交通事故而采取了必要措施(减速慢行、发出右转信号)时,即使其未履行确认右侧安全的义务,也不能认定为违反了刑法上的注意义务。

第三,行政法规范上的义务虽然有利于个案中结果的回避,但是现实中该义务具有可替代性;行为人虽然违反了该义务却采取了替代性的必要措施时,应认定行为人未违反刑法上的注意义务。例如,唐某为防止葡萄园被人偷盗或被牲畜破坏,在葡萄园边上架设了一条通电的裸体铝线;为防止发生触电事故,唐某安装了自制的触电保安器;后倪某到该葡萄园偷摘葡萄,碰到了通电的电线,却因触电保安器失灵而触电身亡。^[68]当时的行政法规范明确规定禁止个人私设电网,^[69]以防止私设电网危害公共安全。但是,如果个人私设电网后,安装了正规厂商制造的、质量有保障的触电保安器,并按照规定的方法安装、测试,从事前看完全能避免触电事故发生时,即便发生了触电事故,也不应认定行为人违反了刑法上的注意义务。也就是说,就个案中的结果回避而言,行政法规范禁止私设电网的义务具有可替代性。行为人违法私设电网后,若采取了上述适当的替代措施,则不应认定其违反了刑法上的注意义务。但是,本案行为人安装的触电保安器系其自行制造,在功能上并不可靠,应当认定其没有采取避免结果的必要措施,违反了刑法上的注意义务。

第四,行政法规范上的义务在个案中不利于结果的回避,违反该义务不能被认定为违反了刑法上的注意义务,而应被认定为对刑法上注意义务的履行。有两种情形属于此种情况:其一,行政法规范建立在已被证明是错误的、过时的理论或经验上时。比如,防治传

[64] 当然以存在客观的预见可能性为前提,以下几种情形均同,不再一一说明。

[65] 参见前引[12],上野一高文,第561页。

[66] 参见[日]山口厚:《基本判例に学ぶ刑法总论》,成文堂2010年版,第130页。

[67] 同上书,第131页。

[68] 参见最高人民法院应用法学研究所编:《人民法院案例选》第3辑,人民法院出版社1995年版,第22页以下。

[69] 《水利电力部、公安部关于严禁在农村安装电网的通告》(1983年)第3条规定,严禁私人安装电网圈拦房舍、园地、谷仓、畜圈、禽舍等。

染病的行政规范建立在被证明是错误的疾病传播理论上，在个案中履行该行政规范上的义务，无法避免结果的发生，则违反该行政规范就没有违反刑法上的注意义务。其二，行政规范本身没有错误，但存在只有违反该行政规范上的义务才能避免结果发生的特别事由，此时若违反该义务，则不构成对刑法上注意义务的违反。比如，行为人驾车依法行进在自己的线路上，而无视道路中心线的相对方车辆，侵入了行为人的行车线路；如果行为人继续向前行驶，肯定会和相对方车辆相撞；为避免事故发生，行为人越过中心线向右侧避让；此时应当视为行为人履行了刑法上的注意义务，尽管这违背了日本交通法上应当向左侧避让的规定。^[70] 作出如此结论是因为，处于行为人地位的一般机动车驾驶者，为避免碰撞事故发生，一般都会采取紧急向右侧避让的措施；行为人的举动并未逾越这个范围，因而没有违反刑法上的注意义务；即使从事后看该行为造成的危害结果要大于其欲避免的结果，也应否定过失不法。

Abstract: The research on the relationship between violations of administrative regulations and the determination of acts of negligent crime is of great significance to the determination of negligent crimes, especially crimes of vocational negligence. For this reason, it is essential to adopt a systematic approach to this issue by taking into consideration of different theories of negligence. The new theory of negligence, which is based on the concept of anti-value acts, defines the act of negligent crime as breach of the duty of result avoidance. By doing so, it not only reasonably limits the scope of illegality, but also helps to maintain the consistency of theoretical standpoint. Moreover, by paying more attention to the categorization of the duty of care, this theory is also conducive to the realization of the functions of safeguarding freedom and protecting legal interests. Within the framework of new theory of negligence, the duty under administrative regulations differs in nature and scope from the duty of care under criminal law while at the same time shares some common characteristics with the latter: the former is an obligation based on typical risks whereas the latter is an obligation based on risks in specific case. The breach of a duty under administrative regulations that does not aim at result avoidance does not constitute a breach of the duty of care under criminal law. The breach of a duty under administrative regulations that aims at and is necessary or inadequate for result avoidance constitutes a breach of the duty of care under criminal law. However, if the duty is unnecessary, replaceable or deleterious to result avoidance, then the breach of such a duty does not constitute a breach of the duty of care under criminal law.

Key Words: administrative regulations, act of negligent crime, new theory of negligence, the duty of result avoidance

[70] 参见前引 [19], 板仓宏文, 第 207 页。