

马永强. 海上交通肇事犯罪认定的形式化症结及教义学纠偏[J]. 中国海商法研究, 2022, 33(4): 39-51

海上交通肇事犯罪认定的形式化症结及教义学纠偏

马永强

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要:当前海上交通肇事犯罪的认定困境,既源于刑法规范的供给不足,更与司法适用中对过失犯刑法教义原理的回应缺失有关。其症结集中体现为海上交通肇事犯罪认定中教义学理论视角缺失带来的海上交通肇事犯罪判断的形式化。由于存在唯结果论的认定误区,当前的司法认定不仅在注意义务违反的认定方面存在形式化与粗放化问题,对于行为与结果之间的规范关联性这一重要的过失犯构成要件的认定,亦存在实质性判断不足的缺失,致使海上交通肇事犯罪的认定缺乏必要宽宥与出罪路径。结合过失犯理论中不法判断实质化与个别化的最新理论进展,应在司法认定中分别建立注意义务违反以及结果避免可能性的规范化及实质化认定标准,完善司法出罪路径,以纠偏当前实务中对于海上交通肇事犯罪认定的形式化症结。

关键词:交通肇事罪;过失犯;结果责任;结果避免可能性;刑法功能主义

中图分类号:D924.3 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2022)04-0039-13

The formal cruxes and dogmatic rectification in the determination of marine traffic accident crime

MA Yong-qiang

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: The current predicament when identifying marine traffic accident crime stems from the insufficiency of criminal law norms and is also related to the lack of response to the doctrines of negligent crime in judicial application. The formalization of maritime traffic crime judgment, brought by the lack of doctrinal theoretical perspective in maritime traffic crime determination, constitutes the core of the cruxes of the predicament. Due to the misunderstanding of consequentialism, current judicial determination not only has the problem of formalization and extensiveness in the determination of the breach of duty of care, but also lacks substantive judgment in the determination of the normative relationship between behavior and result, which is an important element of negligent crime, resulting in the lack of necessary leniency and paths to exoneration in the determination of marine traffic accident crime. Combined with the latest theoretical progress in the substantiation and individualization of wrongfulness judgment in the theory of negligent crime, the normalized and substantive identification standards for the breach of duty of care and the possibility of avoiding result should be established to improve the path to exoneration and to rectify the formal cruxes of the identification of marine traffic accident crime in current practice.

Key words: traffic accident crime; negligent crime; consequential liability; possibility of avoiding result; functionalism in criminal law

一、问题的提出

随着近年来全民海洋意识的增强以及海上交通事故的增多,海上安全问题逐渐受到重视,中国海上交通事故的刑法规制问题开始受到关注:司法实践

中海上交通肇事犯罪的判例显著增加,海事法院也被授权试点审理海事刑事案件,近期中国还正式修订了修订后的《中华人民共和国海上交通安全法》(简称《海上交通安全法》)。在此背景下,如何对海

收稿日期:2022-08-17

基金项目:2022年度中国法学会部级法学研究课题“海上交通肇事犯罪认定的形式化症结及教义学纠偏”[CLS(2022)C40],2020年度国家社科基金一般项目“我国海洋安全视域下刑法维权问题研究”(20BFX063)

作者简介:马永强,男,法学博士,大连海事大学法学院讲师。

员的过失行为公正地定罪量刑以体现刑法适用的精确性,既是海洋法治建设中亟待解决的微观问题,亦关乎“海洋强国”“一带一路”海洋战略及“交通强国”战略的实现。就海上交通肇事犯罪的认定而言,存在以下两大棘手难题。

一是刑事立法层面关于海上交通肇事犯罪的刑法规范供给严重不足。囿于《中华人民共和国刑法(1997修订)》的时代局限,虽然相关条文中规定了重大飞行事故罪(第131条)和铁路运营安全事故罪(第132条),但却并未规定独立的海上交通事故犯罪^①。如此一来,相关行为的规制只能适用第133条对交通肇事罪的一般规定,而第133条的立法表述及《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(简称《交通肇事罪司法解释》)是以机动车肇事为典范,其入罪条件与量刑幅度均未兼顾船舶肇事的特殊性。由于海上交通事故受自然条件影响极大,在事故起因、主体特质、客观表现以及危害结果等方面均与陆地上的车辆事故存在重大差别,以交通肇事罪及其司法解释来认定相关的海上交通肇事犯罪,极易满足入罪标准,且缺乏出罪路径。这样不仅难以体现宽严相济的刑事政策,还极可能违背罪刑均衡原则,从而阻碍海运行业的长远发展。

二是司法适用层面对于过失犯刑法教义原理的回应存在明显缺失。与中国司法实践中陆上交通肇事犯罪的认定类似,^{[1]142} 囿于中国刑事法治的发展阶段,当前关于海上交通肇事犯罪的实务认定,往往偏重于基于行业规范及损害结果对相关行为形式性地展开评价。例如,仅凭存在海运领域的注意义务违反且船舶碰撞出现严重结果,就将相关行为径直认定为犯罪,而并未认真考察行为人的注意义务违反与结果之间是否存在关联性,或行为人是否具有结果避免可能性。如此一来,近百年来蓬勃发展的过失犯原理在定罪过程中无从适用,海上航运成为“靠天吃饭”的高危行业。一旦船舶碰撞并产生损害后果,从业人员就可能面临职业生涯的断送,承担被刑事法网标签化的不利后果。

在当前立法修正程序尚未启动的背景下,更能产生实效的讨论进路是如何通过理论反思和智识供给为相关犯罪的司法适用提供参照,因此笔者试图仅就第二个难题展开系统性的研究和回应,从刑法

教义学的视角出发,深入分析和反思当前海上交通肇事犯罪认定中教义学理论视角缺失带来的形式化症结。进而,结合海上交通肇事犯罪的特殊性及过失犯教义学的基本原理系统回应相关问题,思考和重估过失犯原理的功能化转向之于个案阐释和定罪科学化的重要意义,以期在立法缺憾得以通过新的立法予以弥补之前,先通过理论层面的观念清理及解释学知识供给服务于相关问题的解决。

二、海上交通肇事犯罪认定的形式化症结

(一) 海上交通肇事犯罪判断的形式化现象举要

鉴于海上交通肇事犯罪的特殊性,以及中国的立法规定本身对海上交通肇事犯罪欠缺规范上的特殊考虑,对该类犯罪的认定本应更加严谨与慎重。但现实情况是,受交通肇事罪认定中长期存在的形式化症结的影响,许多司法判决不免令人扼腕叹息。

1. 刑法中注意义务违反认定的形式化与粗放化

在海上交通肇事犯罪的认定中,注意义务违反是核心的判断要素,基于过失犯归责的原理,理应从刑法专业角度进行独立且实质化的判断。首先,注意义务违反的判断需结合过失犯的规范归责特征来加以考虑。过失并非故意以外的单纯的责任形式,而是应受处罚行为的一种特殊类型,其无论是在不法还是罪责领域,均具有独立的结构。^{[2]387, [3]758, [4]5} 相较于故意犯,过失犯在归责结构上明确地属于一种规范归责,^[5] 其归责重点在于行为人偏离了刑法规范所要求的注意义务,且注意义务违反与结果之间需具有关联性。其中,所谓的注意义务是指,对于一个法忠诚的规范接受者而言,为了避免构成要件结果的发生,在法律上他需要具备什么样的能力。^{[6]329} 进而,既然注意义务违反的判断乃是一种刑法上的规范归责过程,就必须结合刑法规范的保护目标来展开独立判断。考虑到不同法领域的规制目标差异,在认定中应注意避免简单地将行政违法认定为刑事犯罪,^[7] 而应实质化地界定注意义务的范围,以得出更加符合正义理念的认定结论。原因在于,交通肇事罪具有法定犯与自然犯竞合的特征,^[8] 其保护法益并非交通运输管理秩序,而是交通运输场景下不特定或多数人的人身安全,以及与之

^① 结合中国相关司法解释的规定,可以将发生在中国领海及内水等水域的交通肇事行为,统称为“海上交通肇事行为”。广义的海上交通事故包括与生产作业相关的安全责任事故以及船舶交通运输事故,其中安全生产事故可以由重大责任事故罪予以调整;狭义的海上交通事故仅指船舶交通运输事故,既包括以船舶碰撞为代表的交通肇事事故,也包括船舶设施的触碰、浪损、触礁、搁浅等事故。

相关联的财产安全。这一法益性质决定了必须对交通肇事罪中的注意义务违反进行严格限定。只有在后果上可以危及“不特定或多数人”安全的行为,才能构成本罪的行为方式。因此,行政违法未必能够为刑事违法的确定提供实质根据,当直接根据交通事故认定书来确定刑事责任分配具有实质不合理性时,要求刑事责任的确定完全从属于行政责任可能会导致定性错误。^[9]特别是在海上交通肇事领域,若不考虑个体情况,过分强调法定犯特征,出罪空间将被极大缩减,因而必须进一步考虑如何将前置法层面专业细致的海事技术规则与过失犯教义学原理整合,以凸显定罪过程的公正性。

若以此为理解标尺,结合司法实践中对相关案件的认定情况,注意义务违反的判定显然过于形式化,以至于在许多情形中,注意义务违反认定对过失犯成立的限制性功能无从发挥。

案例一:2018年6月27日1时许,被告人李某在未持有有效船员证书的情况下,在禁渔期驾驶未取得船名且未经登记、检验的渔船,载着九名船员从滨州港出海捕鱼。当日2时15分许,李某独自驾驶渔船行驶到东经118°9.304、北纬38°15.212,与散货船“碧海159货”(简称159船)会遇时盲目左转,致使两船相撞,渔船侧翻,造成159船4人死亡。经山东海事局认定,李某驾驶的渔船承担事故主要责任^①。

如以上案例所示,法院在审理此案时,认定行为人李某的注意义务违反体现为“未持有有效船员证驾驶无证船舶出海”,成立交通肇事罪。然而,在该案中,李某本人具有总吨位200吨以下船舶的船长证书,具有驾船资质,亦有驾船能力,有长达16年的船长经验。而且,该案的辩护意见指出,李某“盲目”左转与159船不当照射其驾驶室的错误引导方式存在直接因果关系,并且159船还存在狭水道航行未靠右行驶、未使用安全航速等事实,因而不能排除船舶发生碰撞是双方的操作错误共同导致。但在判决书中,法官并未就这一辩护意见展开论证,而是直接援引山东海事局关于李某驾驶的渔船负事故主要责任的认定。该案判决反映了司法实务中对于注意义务违反的认定的形式化倾向。

第一,法官以行为人李某未持有有效船员证驾驶无证船舶出海作为是否存在交通肇事罪中注意义务违反的判断依据,这是一种对于注意义务的形式

化判断。如前所述,判断一项义务是否属于刑法中的注意义务,其判断标准应与刑法的规范保护目的相协调。前置法和行业规定所确定的规范性要求,必须基于刑法的规范保护目的重新加以理解。^[10]为了更明确地界定刑法中的义务要求,应基于注意规范的内容及其正当化根据,细致检验特定法益侵害结果的防止是否属于特定注意规范的调整范围。^[11]因此,对于作为交通肇事罪客观构成要件的“违反交通运输管理法规”,应当结合该罪法益来进行实质解释。从法益侵害风险的创设角度看,即便特定行为违反了抽象意义上的交通运输管理法规,但若该特定行为并未创设法所不容许的风险,就不属于刑法中过失犯的注意义务违反。^[12]¹⁰⁶⁷⁻¹⁰⁶⁸ 在该案中,李某虽未持有有效船员证驾驶无证船舶出海,却是具有16年船长经验的业内人士,具备驾船资质和驾船能力,同时并无证据证明该渔船处于不适航状态。因而就结果发生而言,李某在驾驶时未持有船员证或驾驶无证船舶,仅属于对海事行政法领域管理规定的违反,不具有刑法评价意义。

第二,法官仅根据事故认定书来形式性地得出结论,并未实质性地考虑李某实施的左转行为对于船舶碰撞结果的发生是否具有刑法上的重要性,因而未能就李某是否存在刑法中的注意义务违反给予妥当评价。一方面,必须明确事故认定书的法律性质。根据《海上交通安全法》第85条第2款以及《中华人民共和国刑事诉讼法》第54条第2款的规定,事故认定书仅是一种可供参考的证据材料。^[13]由于海上交通事故调查的特殊性,在事故发生后进行二次的司法调查并不现实,故在裁判时确实需着重参考事故认定书所确定的案件事实,但法官仍肩负从刑事法专业的角度来进行规范评价的责任^②。机械僵化地根据行政法意义上的责任认定书来得出刑事实体法层面的判决结论,无视刑法规范的保护目的与信赖原则的基本法理,很可能带来不公正不妥当的结果。另一方面,刑事违法性和行政违法性的尺度标准并不相同,认定犯罪需要考虑前置法,但不能从属于前置法。虽然第133条关于交通肇事罪的规定,明确要求犯罪的成立必须“违反交通运输管理法规”,但并非所有违反交通运输管理法规的行为均在本罪的调整范围之内。刑法的认定必须在考虑前置法的基础上,基于

① 参见山东省滨州市沾化区人民法院(2019)鲁1603刑初6号刑事判决书。

② 实际上,《海上交通安全法》进一步确定了事故认定书的可诉性,这也佐证了裁判者应就此展开专业判断。

本罪的保护法益来进行实质性判断。亦即,只有可能使不特定或多数人的的人身法益以及与之相关联的财产法益遭受法益侵害风险的过失行为,才属于“违反交通运输管理法规”的实行行为。以《国际海上避碰规则》的规定为例,其中关于“避免紧迫局面”的规定,即与刑法上的法益侵害问题相关,可以作为参照性的理解标准。基于信赖原则对注意义务违反的限定要求,若有相当的理由信赖被害人或第三方会采取恰当行动,即便行为人的行为在与被害人或第三方的不恰当行动之共同作用下导致了法益侵害结果的发生,行为人也不应被追究过失责任。^[14]由于李某在左转时有理由信赖 159 船可以履行合理的避碰义务,在 159 船负有避免碰撞的义务且有证据证明其实施了在狭水道航行未靠右行驶、未使用安全航速、不当照射李某驾驶室的不当行为的情形下,应认为李某的行为不构成注意义务违反。由此可见,本案判决仅简单依赖根据前置法所得出的事故认定结论,而未考虑刑法中注意义务理解的实质标准,仅以事故造成 159 船 4 人死亡的结果,来左右李某在行为时是否存在注意义务违反的事中判断,将不当混淆过失犯和意外事件之间的界限,使犯罪认定陷入结果责任主义的泥潭。^{[1]143-144}

综言之,由于判决书未对相关问题进行严谨分析,很容易引发对相关判决唯结果论、过于形式化和粗放化的质疑。若不考虑特定犯罪保护法益的具体内容、行为本身的危险程度等刑事违法性的关键因素,而是径直引用行政执法部门的责任认定标准,就可能产生与刑法专业认定结论相冲突、不当扩大犯罪成立范围的结果。^{[15]147} 必须认识到,“前置法定性、刑事法定量”的思路存在过于形式化与缺乏精确性的危险。^[16]就更为严格的刑事责任认定而言,其与行政责任、民事责任的认定标准存在重大差异^①。前置法规范在刑法认定中仅具有参考和过滤作用,若其与刑法规范及认定标准存在抵牾,则应以刑法的认定思路为准。

2. 行为与结果之间规范关联性要件判断缺失

并非只要存在注意义务违反,就必然成立过失犯,还需考察注意义务违反与结果之间的因果关系,特别是实质性地判断违反注意义务的行为与结果之间是否存在规范上的关联。在现实生活中,在过失引起结果的过失犯场合,引起结果的行为往往不止

一个。若在认定中忽略了行为与结果之间的关联性,则可能过分放宽对过失实行行为的理解,一切违反行政规章或者日常生活中的注意义务的行为,都被理解为过失犯的实行行为,这会导致过失犯的成立范围过于扩大。^[17]因此,裁判者必须就注意义务违反行为与结果发生之间的规范关联性展开判断,以作出终局性的风险分配,这具体体现为结果预见可能性和结果避免可能性的认定。

然而,实践中对于肇事行为与损害结果之间的关联性认定存在全面缺失的现象。不仅结果预见可能性和结果避免可能性的判断要件并未被纳入裁判者的考量中,海上交通事故发生过程中自然因素的所占比重也未得到合理评价,这助长了唯结果论的认定思路,可能违背法律不施予行为以其能力所能掌控的结果以外的义务这一过失犯基本法理。特别是在海上交通肇事犯罪的认定场合,常常涉及不可避免的自然条件,不能期待行为人与不可抗拒的宿命相对抗。

案例二:2016年9月29日18时40分许,恰逢“鲇鱼”台风过境出现晨昏蒙影,能见度不足,被告人王岳康无证驾驶“粤东莞货 0989 轮”,行经福鼎市龙安流江锚地附近水域,碰撞锚泊工程船“浙甬工浚 905 轮”(其右舷并靠同公司泥驳船“浙甬工驳 9051 轮”),造成并靠船“浙甬工驳 9051 轮”缆桩断损,“浙甬工浚 905 轮”沉没,该船 17 名船员落水后死亡。发生碰撞后,王岳康径直驾驶船舶离开现场,当行驶至莲花域下游水域时,该轮收听到甚高频无线电话通报疑似该船发生碰撞,19 时 50 分许返回事发水域。但该船因救生小艇故障无法参与救援,在未报警和未向当地海事部门报告的情况下,驶往福鼎市沙埕港八尺门水域锚泊。经鉴定,17 名船员均符合船舶事故致生前入水导致溺水死亡。经宁德市海事局认定,“粤东莞货 0989 轮”负事故主要责任,“浙甬工浚 905 轮”负事故次要责任,“粤东莞货 0989 轮”值班水手王岳康是事故主要责任人,“浙甬工浚 905 轮”值班水手王某 1 是事故次要责任人^②。

在以上案例中,行为人王岳康实施了右舷并靠同公司泥驳船“浙甬工驳 9051 轮”致使船舶发生碰撞的行为,确实存在注意义务违反。然而,详细阅读判决书则可发现,在该案中,“粤东莞货 0989 轮”驾

^① 这一差异也在中国司法实务判决中得到肯认,参见《陈全安交通肇事案》,载最高人民法院中国应用法学研究所:《人民法院案例选》(2008年第3辑),人民法院出版社2008年出版,第12页。

^② 参见福建省福鼎市人民法院(2017)闽0982刑初269号刑事判决书。

驶人员不适任且驾驶台未保持有效值班,出港航行过程中瞭望疏忽、未充分判断碰撞危险并谨慎驾驶并非是导致碰撞结果发生的唯一原因,“浙甬工浚905轮”锚泊期间亦未遵守锚泊值班规则。不仅如此,最为重要的碰撞原因实际上来自自然因素,法官在裁判文书中明确指出:第一,肇事船舶“粤东莞货0989轮”属于大型载货轮船,两船相撞时,肇事船舶反击力明显不大,导致驾驶人员不易察觉;第二,事发时恰逢“鲇鱼”台风刚过境,且天已经黑了,能见度明显不足,足以影响驾驶员的视线范围;第三,行为人在撞击时船舶有轻微的震动,但不知道系碰撞其他船舶。总之,由于肇事船舶吨位大,且事发时已经天黑,在碰撞当下一分钟内被撞船舶快速沉没,存在察看并确认是否已撞到其他船舶的判断困难。但是,即便如此,该判决的最终结论仍然认为行为人成立交通肇事罪。

虽然一般认为,海员相较于一般人而言对船舶碰撞的发生具有较高的预见义务(如在案例二中,王岳康应当认识到船舶已经发生碰撞),但若在特定场景下,行为人确实没有及时察知船舶发生碰撞,此时能否认为行为人存在预见义务违反?实际上,在过失犯中注意义务违反的判断中,除存在客观意义上的注意义务违反外,还需判断行为人是否具备履行注意义务的能力^①。因此,自然条件的介入对于结果的贡献,以及行为人是否具有结果预见可能性,均是需要考虑的内容。而在以上案例中,固然可以认为,“粤东莞货0989轮”驾驶人员不适任且驾驶台未保持有效值班等行为属于违反了注意义务的行为,但仍需考虑,在本案所涉特殊且恶劣的自然条件下,即便行为人履行了瞭望义务并谨慎驾驶,可能也无法察觉碰撞风险。也就是说,行为人对于特定结果的发生缺乏主观上的结果预见可能性,因而其过失行为不具有可责难性。此外,在海上交通肇事犯罪的实务认定中,还存在大量结果避免可能性要件判断缺失问题。在结果避免义务违反的判断中,不仅需考虑是否存在注意义务违反以及是否产生了特定的危害结果,还需判断是否只要行为人采取了正确的操作,就一定可以避免结果的发生。若行为人无法识别相关危险或即便采取了努力也无法避免结果发生,就不应被纳入归责的范围。

总之,形式化的认定方式存在重大缺失。海事行政法层面的责任分配与刑事责任认定具有不同目

标,其并不旨在从刑事责任层面明确相关行为人的责任归属,因而刑法认定不宜形式化地照搬前置法的认定结论。而且,相较于陆上交通肇事犯罪,海上交通肇事犯罪的认定过程中存在诸多干扰因素,恶劣的自然条件、船体本身及其安全设施的故障、对方船员的过错等均可能是事故发生的重要原因。^{[18]51,56}因此,采用刑法教义学理论展开规范层面的实质性判断,是防止将事故结果错误归咎给行为人为人,体现海上交通事故认定公平性的关键。

(二) 犯罪认定形式化的负向效应与原因探析

笔者所探讨的海上交通肇事犯罪认定的形式化问题,并不旨在批评法官机械司法,而是试图进一步揭示和说明:在当前的定罪过程中,相较于就刑法条文展开实质性判断,司法者往往更愿意对刑法条文持形式化的理解;然而,对于海员面临紧急状态场景时的应急行为,犯罪认定的形式化极易带来缺乏必要宽宥以及出罪路径严重匮乏的负向效应。

1. 负向效应:缺乏针对紧急状态的必要宽宥与出罪路径

首先,中国的司法适用并未虑及海上交通的风险与海员职业的特殊艰辛,出罪路径严重不足,这与立法规范的供给不足相叠加,造成了海员过失行为刑法认定的公正性缺失。例如,在海上交通肇事犯罪的特殊场景中,注意义务违反的界定到底是采取一般人的标准,还是采取行为人在特定情境下的特殊标准,是具有研讨价值的重要问题。海员是一个工作和休息缺乏明确区分的危险行业,其不仅需要时刻考虑注意义务的要求,防范船毁人亡的风险,还要面对密闭空间以及孤独、紧张、乏味的心理压力,因而很难期待海员能够枕戈待旦,时刻保持注意力。在远洋运输中,由于视线所及之处唯海天一线,缺乏其他参照物,极易产生疲劳感,更很难期待船员能时刻保持注意力集中。^[19]不仅如此,基于心理学的考量,人在意外的应激状态下可能会出现本能反应。以案例一为例,即便是具有16年航海经验的老船长,也可能在特定场景下出现差错。考虑到这些事实情形,能否结合特定海员的个人情况个别化地判断注意义务,并基于责任阻却事由给予其必要宽宥,就成为重要的问题。若对此置若罔闻,而径直采用一种简单的唯结果论的、形式化的事故认定方式,将明显违背过失犯的基本法理以及最基本的公平正

^① 这是按照一阶模式来理解过失犯的成立可以得出的结论。参见 Georg Freund, Frauke Rostalski: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, Springer 2019 年出版, S. 180。

义原则。

其次,当前的司法实践对司法解释的机械适用亦影响了裁判公平。海上交通肇事犯罪认定中的核心关切在于,如何在刑法的社会治理功能日益增强、对海上交通肇事犯罪规制日渐增多的背景下,为海员所实施的可以适当宽宥的过失行为提供充分的出罪路径,以具体贯彻宽严相济的刑事政策的要求。就此而言,当前交通肇事罪的司法解释在海上交通事故领域适用中存在严重的不适应性,不宜机械适用;司法解释关于入罪标准的规定,使得海员职业的风险与陆上交通运输职业的风险严重不成比例,明显有违公平正义。当前交通肇事罪的司法解释对于船舶交通肇事与陆地车辆肇事在入罪门槛上采取了同样的入罪标准,亦即把交通肇事致 1 人死亡且对事故负主要责任或全责作为入罪门槛。其结果是,在海上交通肇事领域,由于可能涉及更为严重的财产损失或人员伤亡,因而极易被作为犯罪来处理。但在仅涉及财产损失场合,若不考虑民事上的赔偿可能性等救济手段而直接将之作为交通肇事罪来处理,可能有违公平正义的要求。^{[18]206-207}

进而,有必要从刑事政策的高度进一步认识海上交通肇事犯罪缺乏宽宥机制的负向效应。司法认定中的唯结果论现象将增加海员职业的风险,影响中国航运业的发展。与陆上交通运输行业不同,航海及远洋运输是高风险职业。因此,长期以来,海事行政机关向刑事司法机关移送涉罪案件极为慎重,航运行业也普遍认为应当尽可能避免对海员的过失犯罪进行追责。国际海员权益组织也多次呼吁“公平对待海员”,国际海事组织更是早在 2006 年即颁布了《发生海事事故时公平对待海员的准则》。然而,近年来海上交通领域的入刑化趋势,显然未充分考虑海运行业的特殊性,可能过分激发业内一线从业人员的职业危殆感。固然,从刑事政策和公共政策角度思考刑法对个案的介入,还需照顾大众对于难以描述的风险状态的不安感。但是,若仅以抚平大众的不安感为动机,对行为人难以预见和掌控的事件进行刑事归责,则显然违背公平正义的要求。如前所述,交通肇事罪在刑法保护目的层面的正当化,体现为行为人的过失行为使不特定或多数人的身法益及与之相关联的财产法益遭受风险。若仅

存在交通运输秩序的违反,尚不足以构成刑法规制的理由。既然交通肇事罪的性质如此注重过失行为及其实害结果,就不能仅以安抚被害人或照顾大众的不安感为理由来任意出入罪,其并非风险刑法的适例。即便需要运用刑法与风险作斗争,也必须同时注意维系法益关系和其他法治国的归责原则。在无法做到这一点的地方,刑法的干涉就必须停止。因此,当前海上交通肇事犯罪认定的关键在于,如何摆脱缺乏必要宽宥和出罪路径的局面,尽最大可能防止公民自由受到过度侵夺。

2. 原因探析:海上交通肇事犯罪认定的教义学化程度不足

首先,究其根源,中国司法实务中对于海上交通肇事犯罪的形式化认定,与实务部门对过失犯基本原理的理解不足存在首要关系。正如有论者所指出的,中国司法实务中的过失犯认定仍简单地以解释法条为核心,而未能对过失犯的法理展开实质性判断,这尤其体现在交通肇事罪的认定上。^[20]作为出罪事由的“结果预见可能性”“结果避免可能性”“信赖原则”等过失犯理论,并未在司法认定程序中得到充分体现。如果说在陆上交通肇事犯罪的认定中相关问题尚可被容忍,那么基于海上交通肇事犯罪的特殊性,出罪路径的缺乏将会给航运业以及船员的职业生涯带来致命打击。而且,《中华人民共和国刑法》(简称《刑法》)第 16 条要求对过失犯进行实质性判断:“行为在客观上虽然造成了损害结果,但是不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不是犯罪。”因此,即便行为违反了注意义务,但若结果的发生在归责层面被认为应归属于不能抗拒或者不能预见的原因,不具有结果预见可能性或结果避免可能性,则应排除对行为人的归责。其中,行为人不具有结果避免可能性的情形属于不可抗力,而行为人不具有结果预见可能性的情形属于意外事件,在司法认定中必须实质性地判断结果预见可能性与结果避免可能性这两大过失犯的成立条件^①。同时,基于刑法的规范目的,注意义务的违反也应是实质性的,必须结合过失犯的处罚根据、因果关系、结果预见可能性以及结果避免可能性来综合性地加以衡量。总之,与其在量刑阶段才对海上交通肇事犯罪的特殊情形加以考虑,

^① 需明确,从过失犯教义学的视角出发,重新审视《刑法》第 16 条关于不可抗力和意外事件的规定,其并非关于过失犯成立与否的判断标准,而是当既不存在故意犯、亦不存在过失犯时,该如何处断的提示性规定。因此,是否成立过失犯,应严格基于过失犯的构成要件来展开分析。其中,在不可抗力的场合,是否存在刑法上具有重要意义的行为,可能亦值得商榷。因此,在基于行为理论的预审查中即可排除犯罪的成立,无需进入过失犯的审查框架来加以考虑。

不如在定罪阶段即摆脱法条主义的思考方式,引入教义学的实质性思考维度。当遭遇实质上不符合公平正义要求的认定难题时,司法者应敢于采纳理论上的共识性标准对行为人予以定罪。

其次,理论界对相关刑法学知识的研究不足带来的知识供给不足,亦是当前相关问题无法得到妥善解决的重要原因。并非只需存在义务违反和结果发生,即可认定行为人存在过失,这种源于自然主义刑法学范式的实证性、形式化判断思路,已经在理论演进中被扬弃。由于刑法所欲解决的问题不是自然意义上的归因,而是从刑法规制目标的角度出发确定行为人的应然责任,^{[21]452-453}所以过失犯中的行为不法只是造成了刑法所不容许的风险,而非所有情境下的风险。应设置一些例外性的容许性规则,将实质上具有社会相当性的行为排除出不法的范围。这就需要从实质性角度对注意义务的认定加以限缩,从而对现代社会中的风险事件进行必要的容忍。^[22]随着现代社会的复杂性和日益科技化,相较于禁止一切具有法益侵害性的行为,更重要的是如何藉由注意义务的管控,使社会在风险中有序运行,服务于探索发展和改造现实的需要。一刀切的思维将使各个行业均无法正常运转,整个社会陷入停滞。就此而言,当前关于注意义务范围的限缩机制,存在理论知识的供给不足。需进一步通过学术研讨揭示义务违反与结果发生之间在规范性归责层面的可责难性关联,明确只有当行为人的行为举止与结果发生之间具有规范意义上的因果关系,且在当时的情境下存在结果避免可能性时,才能将行为人的行为认定为违反注意义务的过失犯罪。若行为人的行为具有社会相当性,则应展开实质解释予以除罪化处理。中国刑法学研究对于上述过失犯领域的规范化分析思路的揭示不足,使得实务界难以对过失犯领域相关问题研究的最新进展作出反馈。

最后,理论界与实务界对于海上交通肇事犯罪的特殊性认知不足,是唯结果论现象产生的直接原因。除了对海运职业的特殊性和航海过程中的紧急状态认知不足以外,理论界与实务界对海上交通运输领域知识的认知缺失也给刑法定性带来了困难。船舶驾驶与车辆行驶在驾驶难度、通行规则、避碰规则、风险来源、法益侵害后果等方面均存在重大的差异,不宜等同视之。船舶驾驶是一项技术性高、风险性大、需要众人配合的复杂工作,必须着重考察船员是否适任、船舶本身的各项技术条件是否适航、船载货物是否适运等问题,安全驾驶既要遵守《海上交通

安全法》的规定,还要遵循《国际海上避碰规则》等诸多国际公约的要求。同时,由于海上交通肇事结果的发生往往是由航运公司、船长、船员等多方主体的共同过失行为所导致的,还需在责任认定时综合考虑。此外,海上交通肇事的起因相较于陆上交通肇事亦更加复杂,在认定时更应着重考虑自然环境条件因素对海上航行的重要影响,^{[18]57}其法益侵害后果也往往更加严重,会带来更为重大的伤亡后果和财产损失。因此,海上交通肇事犯罪的研究不仅需要刑法教义学领域的知识积累,还要求对相关前置法以及国内外的行业规范准确把握和充分认知,并能够针对行业现况探索出罪事由。因此,相关研究及实践需要对海洋文化以及海员的工作性质感同身受,在思考定罪量刑问题时既能满足刑法的入罪要求,又能满足刑法出罪需要,公平公正地展开定罪量刑活动。

三、教义学纠偏:海上交通肇事犯罪认定的科学展开

事实上,随着中国刑法知识转型的展开,特别是近十年来,以前苏联为样板的注释法学传统正在被新兴的教义学知识逐渐取代,刑法学领域的知识更新可谓“一日千里”。^[23]在此转型期背景下,对于海上交通肇事犯罪这类具有一定特殊性的过失犯类型,学界有必要通过理论研究提供新的知识供给,以改变海上交通肇事犯罪的教义学化和科学化程度严重不足的现状。具体来讲就是,实务部门应当对过失犯教义学的最新进展形成明确认知,并结合中国本土刑法教义学发展的需要,在定罪过程中对相关理解予以整合和扬弃,从而为相关犯罪的司法认定提供强有力的理论支撑。

(一) 过失犯教义学的新进展:不法判断的实质化与个别化

在过失犯领域,刑法知识转型体现为以注意义务为分析工具,阐释中国刑法中的犯罪过失,这一理解方式与传统的苏俄刑法学之间存在重大差异。不仅如此,在刑法教义学的语境下,对于过失犯的理解也逐渐向更为实质化和个别化的方向演进。若过失犯的认定仅仅是将侵害结果与注意义务违反的要素象征性地简单相加,而非就各个构成要件实质性地展开个别判断以确认行为是否具有法益侵害的风险,则无法得出妥当结论。

首先,过失犯不法判断的实质化体现为,随着目的行为论和人的不法论的兴起,过失概念由一种与罪责相关的主观心态演变成为一种实质化的不法构成

要件。^[24]前言9-10 行为无价值视角的引入,既标志着不法不再追求纯粹的客观,也意味着在避免不法认定恣意性的同时,追求不法解释的丰富性和实质化。不仅如此,随着刑法学走入功能主义时代,传统基于自然主义刑法学范式的简单归因弊端得到揭示和扬弃,构成要件的实质化判断具有了方法论支撑。^[21]467 过失不再是主观判断的责任要素,而是一种必须从规范层面展开实质性评价的独立不法类型。在此背景下,客观归责理论的一系列判断规则,成为过失犯判断的重要理论参照。诸如信赖原则、规范保护目的、被害人自陷风险等客观归责的具体判断标准,均要求实质性地检验过失犯的注意义务违反和不法评价。日本刑法学中旧过失论与新过失论的学术之争,也揭示了随着时代发展对交通领域的容许性风险予以实质化认定的理论演进过程。旧过失论将罪责层面与行为人主观心理事实相关的结果预见可能性作为判断的重心,而新过失论则在以结果预见可能性为前提的基础上,进一步将构成要件符合性层面行为人对特定结果的避免可能性作为过失犯成立的判断重点。^[25]70 如此一来,结果避免义务的危险现实化判断,成为过失犯不法的实质化判断的关键因素,这就突出了过失实行行为的实质危险性判断问题。其根据是,在风险日益增多的现代社会,若认为只要具有预见法益侵害结果发生的可能性就成立过失犯,将导致把许多本属于不可抗力的行为也作为犯罪处理,不当增加交通过失犯的处罚范围。^[15]134

其次,过失犯不法判断的个别化在过失行为认定的一般化与个别化之争中日渐明确。这体现为过失行为认定的两阶理论与一阶理论的区别。在刑法教义学的语境下,一般分为两个阶段来对行为人是否存在过失予以认定。其中,第一个阶段乃是对于注意义务违反及特定结果实现的审查,若这一阶段的审查得以通过,再考虑行为人的个人情况,判断是否具有主观注意义务的违反,从而具有相应的罪责。随着人的不法论的兴起,过失犯的审查被认为是一个与特定行为人的不法相关的问题:任何人对其超出其能力范围之外的事情不承担责任。^[6]224 例如,

德国联邦最高法院在判决中明确指出,若行为人在以合乎法律要求的方式行事,而相同的结果仍会发生,或不能排除相关事件仍然发生的可能,则不能认为行为人应当为此负责^①。类似地,如此一来,在海上交通肇事犯罪的认定中,注意义务违反的判断就不再以客观上对于海运行业的注意义务的违反为前提条件,即判断行为人是否履行了一个谨慎且善意的人在海上交通情境下应当满足的社会角色要求,而是直接从行为人的个人能力出发,判断其在事故可能发生的情形下,是否有能力预见和避免特定法益侵害结果的发生。若行为人不具有相应能力,则直接认定不存在相关注意义务的违反。^[24]11 虽然完全从行为人的角度来加以判断,可能尚不符合中国现阶段树立规则意识的法治发展阶段,但这一理解背后的法理基础及其在海上交通肇事场景下的个别化适用空间,却值得重视。

(二)走出形式化症结:通过构成要件判断实现司法出罪

结合中国的司法实践,过失犯理论的这两个最新进展,究其实质都更充分地考虑了如何就行为人的行为展开更妥当的刑法评价,而非形式化和粗放化地对海员定罪。如何结合司法实践的需求,揭示过失犯中结果预见义务和结果避免义务违反的具体认定标准^②,完善过失犯构成要件的司法出罪路径,以提升司法认定的科学水准,是当前海上交通肇事犯罪的认定走出唯结果论的形式化症结的关键。

案例三:“VANMANILA”轮系巴拿马籍集装箱船。“XIANGZHOU”轮系基里巴斯籍杂货船。2017年4月5日23时许,“VANMANILA”轮与其右前方的“XIANGZHOU”轮航向交叉,构成碰撞危险,“VANMANILA”轮为让路船,“XIANGZHOU”轮为直航船。双方通过甚高频无线电通信联系,“VANMANILA”轮表示会主动让清。之后因“VANMANILA”轮船长崔秀雄指挥驾驶期间疏忽瞭望、未正确判断碰撞危险,未履行让路船义务、避让措施不当,未采取符合当时环境和情况的安全航速,同时“XIANGZHOU”轮在两船紧迫危险形成后,未采取最有助于避免碰撞的行动,两船于23时19分许在

^① 参见 Vgl. BGHSt 11, 1. 需指出,德国刑法中关于交通犯罪的规定和中国有较大差异。这一交通肇事场景下的判例,适用的规范是《德国刑法典》第222条的过失致死罪。德国刑法中还有水陆空交通危险罪、危害道路交通安全罪、道路交通危险罪、未经许可离开事故现场罪等罪名。在联邦最高法院的判例中,也存在将第142条的未经许可离开事故现场罪的规定,扩张解释到水上交通肇事情境的判例。参见 Vgl. BGH 14, 116.

^② 中国刑法同时规定了过于自信的过失和疏忽大意的过失,其中过于自信的过失被认为明确违反了结果避免义务,而疏忽大意的过失则通常既违反了结果避免义务,又违反了结果预见义务。可见,其中入罪与否的终极标尺在于是否在实质上违反了结果避免义务。为了对结果避免可能性展开充分判断,笔者吸纳了客观归责理论的判断要素,但仍沿用过失犯的一般理解框架。

东海中国领海海域发生碰撞,造成“XIANGZHOU”轮沉没及12名船员溺水死亡。事故发生后,崔秀雄下令继续原速航行,未按规定报告事故情况与停船施救,而是驾驶船舶逃逸。经海事局调查,“VAN-MANILA”轮承担事故主要责任,“XIANGZHOU”轮承担次要责任^①。

该案的核心争议在于:一方面,需要精细化地剖析该案中行为人的客观注意义务违反;另一方面,还需要实质性地判断,在特定情境下,行为人是否存在结果避免可能性。唯有基于规范性和实质性的科学认定视角就此展开细致讨论,才能最终确定行为人是否违反了结果预见义务和结果避免义务,进而得出妥当的认定结论。

1. 注意义务违反的规范化限定:规范保护目的与信赖原则

就过失犯的检验而言,核心问题在于对注意义务违反的判断。之所以注意义务违反是过失犯的构成要件要素,是因为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。^[26]结合案例三以及《国际海上避碰规则》关于碰撞危险的规定,首先值得讨论的是,在两船可能发生碰撞的紧迫危险形成之前,行为人是否存在结果预见义务违反,其核心判断标准是规范保护目的。

为回答这一问题,必须明确规范保护目的这一判断标准的功能及内涵。对此,Roxin基于其客观归责理论,将注意义务的规范保护目的理解为一种风险实现层面的问题。^{[12]1067}但这一理解可能存在偏误,至少在过失犯的场合,规范保护目的在功能上仅体现于“排除”不存在行为不法的行政违法意义上的义务内容(创设法所不容许的风险),而无法进一步“确定”哪些行为与风险实现之间具有明确的关联性。例如,未携带船长证书驾驶船舶或者驾驶无证船舶的行为,仅仅违反了行政法意义上的管理性规定,并不具有直接法益侵害危险,因而应被排除出结果预见义务的范围。而疏于瞭望、超速行驶等行为,则会直接影响结果是否发生,因而与结果不法相关联,是与风险实现相关的问题。为体现定罪过程的严谨性,应区分风险创设和风险实现这两个不同层面的问题。规范保护目的解决的问题是,若行为人违反的注意义务与风险创设不具有直接联系,则应被排除出注意义务的理解范围。

换言之,规范保护目的理论在判断上区别于构成要件的保护目的。前者指向的对象是行为时违反注意义务的行为不法;而后者则指向制裁规范违反,即从事后的立场出发,决定在特定情形下是否有必要发动制裁^②。因此,有必要区分行为规范层面的保护目的以及制裁规范层面的保护目的:规范保护目的是与注意义务违反和行为规范的确定相关的,而构成要件的保护目的则与事后的风险分配相关。如在被害人自陷风险的场合,虽然在最终的认定结论层面我们会排除特定的损害结果属于行为人的作品,但从行为不法的角度来看,在此场景下,行为人的行为也可能被认为存在不当之处,不属于法律可以容忍的风险。亦即,虽然基于构成要件的保护目的,特定结果的创设者并非行为人,而是第三人,但行为人仍具有违反注意义务的行为。因而,应明确将基于构成要件的保护目的得出的结论理解为与制裁规范相关的问题,其区别于从规范保护目的的角度对构成要件的实质解释。基于这一理解,在案例三中仅需在行为规范层面判断规范保护目的。船长崔秀雄指挥驾驶期间疏忽瞭望、未正确判断碰撞危险的行为,在规范保护目的调整的范围之内,属于未尽结果预见义务的行为,不宜认为其不具有结果预见可能性。

进一步的争议问题是,若被害人违反了注意义务,能否基于信赖原则对行为人的行为予以宽宥?一般认为,信赖原则的判断与注意义务或过失犯的客观不法的理解相关。信赖原则体现为对规范价值的尊重,在一个存在法规范的社会里,行为人既可以自我规范地实施符合义务的行动,同时也可以信赖他人同样而为。唯有如此,我们才能成为受规范保护和指引的人格体。^[27]因此,信赖原则应被理解为与风险创设相关的归责标准,若行为人并未违反相关注意义务,而对方却存在注意义务违反,基于信赖利益,则有充分的理由免除行为人的行为不法,这也是容许的风险理论的应有之义。相反,在特定场景下,若行为人本身存在违反注意义务的行为,则说明行为人已经通过行动表明其并不信赖规范的价值,因而自然没有理由认为其可以信赖对方实施合乎义务的行动,从而就自己的行为是否违反注意义务来予以辩解。因此,在案例三中,行为人由于存在疏于

① 参见上海市杨浦区人民法院(2018)沪0110刑初657号刑事判决书。

② 可以基于Frisch对行为规范和制裁规范的区分来得出这一结论。参见Vgl. FRISCH W. Vorsatz und Risiko, Carl Heymanns, 1983, S.

瞭望的违反结果预见义务的行为,不能通过主张信赖原则来排除自己行为的注意义务违反。

2. 结果避免可能性的实质判断:三种实质标准的适用可能

在可以肯定特定行为存在注意义务违反的前提下,过失犯的法益侵害行为即体现为由于行为人未能妥当履行结果避免义务,因而导致了法益侵害结果的发生。但是,就其实质性的判断标准而言,在危害结果已经发生的场合,仍有必要进一步判断:行为人的行为不法与特定交通事故结果的发生之间是否具有归责意义上的关联性,这就涉及结果避免可能性的实质性判断问题。

结合这一判断要求,在案例三中需研讨的争议问题是:当行为人以其违反注意义务的行为创设了两船相撞的风险后,在双方互有过失的情况下,特定损害后果的发生能否被归责给该行为人?亦即,“XIANGZHOU”轮在两船紧迫危险形成后,未采取最有助于避免碰撞的行动,最终导致两船碰撞,这一事实能否排除“VANMANILA”轮行为人的结果归责?在该案中,法院径直采纳了海事局调查报告的责任认定,认为“VANMANILA”轮应承担主要责任,“XIANGZHOU”轮应承担次要责任,但这一理解显然并未充分考虑“XIANGZHOU”轮在危险形成后的不适格行为介入对于刑法归责判断的影响,亦未考虑“VANMANILA”轮船长疏于瞭望的注意义务违反行为与交通事故的实际损害后果之间是否具有归责意义上的关联性。

为解决这一问题,必须明确结果避免可能性的判断任务及具体判断标准,并据此展开评价。首先,结果避免可能性的判断任务,可以从刑法功能(刑法正当化)的角度中得到揭示。在现代国家,刑法之所以得以被正当化,是因为其致力于通过设置禁止性或命令性的规范来实现法益保护的任务目标,这一任务目标也是构成要件判断所要实现的重要任务。能够通过风险分配的方式避免过失场景下的可能侵害结果,是刑法立法规定过失犯,为行为人设置注意义务的原因。若行为人即便遵循了刑法上的禁止性规范,仍无法实现避免法益侵害的结果,则应排除该场景下禁止规范违反的认定,即行为人不应被认为存在过失犯的不法。原因在于,倘若即便是极尽所

能也无法避免风险,则这一类的风险就是被法所容许的,^{[6]226}此时特定的注意义务违反行为被认为与法益侵害结果之间不具有关联关系。^{[2]396}基于这一理解,结果避免可能性要件判断任务体现为:在注意义务违反判断的基础上,检验具体的义务违反与特定结果之间的规范性关联关系,这是一种规范性的归责而非事实性的归因判断^①。亦即,虽然一般意义上存在这样一个注意义务,但考虑到特定的场景以及行为人的能力,若这一义务的违反与特定结果的发生之间无法被相互关联,则应排除对行为人的归责。

进而,若要在司法实践中真正激活结果避免可能性这一判断要件,必须明确其具体判断标准。基于“被允许的风险”的法理,合义务替代行为的结果避免可能性,是具体判断是否存在结果避免可能性的切入点。^[28]这里存在疑问的是:就合义务替代行为而言,到底需要达到怎样的结果避免程度,才能认为在特定情形下注意义务的违反与危害结果之间具有关联性?对此,理论界存在分歧:一种较为严格的理解是,合义务替代行为的结果避免可能性必须达到占据优势的程度,才能与特定的结果之间建立归责意义上的联系;另一种较为缓和的观点则认为,基于存疑时有利于被告人的原则,若不能肯定在不违反注意义务的情形下结果一定能被避免,则应排除对行为人的归责;^{[29]153}此外,还有学者主张从行为是否增加了风险的角度,来对行为人的行为是否具有结果避免可能性展开一般性的判断,基于风险升高理论,若行为人实施的行为不当地增加了风险,则应直接肯定归责。只有在这方面存在疑问时,才能适用存疑有利于被告人的原则,排除结果避免可能性^②。

不同判断标准的选取,不仅要考虑理论逻辑的自洽,还必须结合不同犯罪认定过程中的突出问题,作出合乎实践理性与实质正义要求的选择。就海上交通事故犯罪而言,对相关教义学标准进行实践适配需要综合考虑如下两方面问题:一方面,考虑到当前海上交通事故犯罪出罪路径缺失的客观现实,不宜径直否定这一归责标准,更不宜采取过于严格的理解,应充分肯定并激活结果避免可能性这一重要的教义学标准,为司法实践中的出罪提供实质性的

^① 当然,若坚持个别化的视角,则结果避免可能性属于一个风险创设(而非风险实现)层面的问题。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》,发表于《中外法学》,2012年第4期,第690页。

^② 在域外的实务适用中,存在大量行为增加了法益侵害风险,但基于存疑时有利于被告人的原则予以出罪的例子,如日本的“黄色信号灯笼”。

根据。另一方面,海上交通肇事犯罪的刑法规制对于海员群体具有重要的行为指引作用,海员群体的业务素质提升也与中国海洋强国的建设之间有重要关联,因此不宜采取过于宽缓的理解,否则将不利于海员群体规范意识的形成和预防性地保护法益目标的实现。

因此,考虑到海上交通肇事犯罪的刑法规制对于海上航运的行为指引作用,同时为了平衡中国当前相关犯罪认定中的唯结果论倾向,应采取较为严格的优势标准说,而非存疑有利于被告人的缓和理解。基于优势标准说,只有行为人的合义务替代行为具有50%以上的可能性避免特定的结果发生时,才应肯定存在结果避免可能性。至于风险升高理论,由于其存在将过失犯由结果犯变相转化为危险犯的风险,^[29]¹⁵⁵不具有采用的妥当性。

基于上述思考,可以结合如下三个层次的实质性理解视角来得出更为妥当的分析思路:第一,从客观归责理论的角度来就“本案中行为人的行为是否实现了法所不容许的风险”展开实质判断。在案例三中,确定两船最终相撞的危险到底应归咎于行为人先前的不适格行为所带来的危险,还是应归咎于对方船只嗣后的不适格行为的介入,要求就介入因素及行为的危险性对于特定结果发生的关联度与贡献进行衡量。若介入因素并未超过行为的危险性,则认为是行为实现了风险;若介入因素超出了行为的危险性并创设了新的独立的风险,则认为行为并未实现风险;虽然介入因素超过了行为的危险并产生了导致结果发生的危险,但若该风险是由行为诱发的且处于行为的控制之下,仍可以认为是行为实现了风险。^[30]因此,法官在认定过程中有必要认真考虑客观归责的这一实质性理解视角,而非简单根据责任认定书来就结果避免义务的违反进行形式判断。就过失犯的成立而言,客观归责的理解视角虽不充分但却必要:若特定的注意义务违反行为与结果之间不具有刑法归责意义上的关联性,则不应以过失犯来归责。

第二,即便认为案例三中行为人的注意义务违反行为与结果发生之间具有归责意义上的关联性,还需进一步判断:在当时的场景下,是否只要行为人实施了符合注意义务要求的行为,特定的结果就高概率地不会发生?对于这一结果避免可能性问题应

重点展开理解。在两船发生实际碰撞前,存在两个阶段的演进过程:第一阶段体现为,两船在正常行驶的过程中发生了航向交叉,因而产生了碰撞危险,且双方通过通信的方式展开了沟通;第二个阶段体现为,由于行为人所操控的船只未能履行适当的避让措施,两船进一步形成了紧迫危险,且对方船只未采取最有利于避免碰撞的行动。因此,基于结果避免可能性判断的关键是,若行为人在操控船只的过程中采取了最为合乎谨慎的举止时,结果仍会高概率地发生,则此时应否认行为人的行为与危害结果之间存在义务违反上的关联。

这里存在的争议问题在于:就行为人所能采取的最为合乎谨慎的举止而言,到底应采取怎样的标准?显然,若以被告船长崔秀雄的个人能力作为合义务替代行为的判断标准,可能会得出这样的结论:由于个人船舶驾驶技术和经验的不足,即便崔秀雄在当时的场景下按照其所能采取的避免结果发生的行为来行事,也很可能无法避免两船相撞的紧迫危险的形成。如此一来,就应当以缺乏结果避免可能性为理由对行为人予以出罪。可见,判断标准的不同直接影响了裁判结论的形成。一般认为,不法层面的判断应采取特定领域的一般人标准,即便行为人具有高于一般人的能力,也不应以行为人本人的能力为准。^[3]⁷⁷⁶⁻⁷⁷⁸也有论者提出能力区别说,即认为对于疲劳、兴奋、近视、色盲等“生理的”事情应依据主观基准即个人基准。^[31]然而,考虑到海上交通领域的特殊性以及当前海上交通肇事犯罪定罪门槛过低、出罪路径匮乏的现实情况,合义务替代行为的判断应采取行为人标准说,这将更有利于为司法适用中特殊情形下的出罪提供进一步的实质性判断标准,更符合责任主义的判断要求:责任以个人的决定自由为前提,只有行为人有能力根据法规范作出不实施犯罪行为的决定时,行为人才应承担没有抑制犯罪动机以避免实施犯罪的责任。^[32]不仅如此,若判断合义务替代行为时,存在事后无法查清的情形,应贯彻存疑有利于被告人的原则对行为人予以出罪^①。

第三,还可以考虑的排除构成要件符合性的实质性判断标准是被害人自陷风险理论。在案例三中,即便认为存在因果关系,且存在结果避免可能

^① 与海上交通肇事犯罪中过失犯的判断标准相关,需要注意,结果预见可能性的判断,也应充分考虑海上交通肇事犯罪规制的特殊性,原则上以个人基准说来对预见可能性加以判断。这将有助于防止在注意义务违反的判断中混淆人为原因和自然原因。因案例三并未涉及这一问题,故未展开讨论。

性,仍有必要进一步检验是否存在被害人自陷风险的情形。例如,当被害人在认识到自己已经陷入两船相撞风险的情况下,采取了一个未能有效避免结果发生的避险行为时,应考虑是否存在被害人自陷风险的问题,进而对行为人予以出罪。这里的争议在于:在涉及他人参与的场合,是否需要被害人自陷风险的行为在归责上给予特殊考量?对此,既有论者认为,无论是自我负责的自我危害还是同意他人危害,均应承认其具有排除行为人的不法的效力;^[33]也有论者认为,由于被害人同意与被害人自陷风险系两个划江而治的领域,后者无法以前者为根据来出罪。^[34]在案例三中,“XIANGZHOU”轮的反应属于在对方未能有效履行让路义务情形下所实施的避险行为,因而既不能认为被害人存在自我负责的自我危害,也不能认为存在同意他人危害,故而不能适用被害人同意的出罪事由。但是,在海上交通肇事犯罪的认定中,被害人自陷风险与被害人同意是司法适用中应当高度关注的理论工具。若被害人并非是参与他人创设的危险历程,^{[4]176}而是创设或支配了法益侵害的因果历程,则即便存在被害人死亡的后果,此时仍可适用被害人自陷风险的原理对行为人的行为予以出罪。质言之,在此情形下,应当认为若损害结果体现着被害人的任意,在其支配领域之内,应当让被害人优先地对该结果负责。^[35]

总结以上两大过失犯构成要件判断过程,海上交通肇事犯罪的构成要件认定,必须重视不法判断的实质化与个别化,以纠偏唯结果论和形式化的认定症结^①。在具体认定过程中,还有必要充分借鉴日本等国的司法裁判,整合前置法与刑法的双重视角,提升认定的精细化程度。如在“第十雄洋丸与太平洋爱丽丝轮碰撞事故案”的认定中,法官结合了《日本海上交通安全法》和《日本海上碰撞预防法》的规定,对注意义务进行了细致的实质化判断,并充分探讨了信赖原则的适用限制以及结果避免可能性的具体判断^②。此外,日本的司法裁判还极为重视技术规则的梳理,充分体现了认定过程的精细化。日本刑法中海上交通肇事犯罪的相关学术讨论^③,则更加注重笔者所侧重的刑法理论视角。

在此讨论基础上还需明确,构成要件符合性判

断仅仅意味着特定的行为可以被推定为具有违法性,即便行为符合了过失犯的构成要件,仍有必要充分挖掘海上交通肇事犯罪场合下的责任阻却及责任减免事由,平衡与协调刑事归责需要与海员正当权益保护之间的冲突。例如,虽然一般认为应限制期待可能性理论的适用范围,但基于海上交通肇事犯罪的特殊性,^{[18]33}应充分激活期待可能性这一出罪标准,必须能够期待行为人可以谨慎地采取相应举止,否则就不能对其施加罪责责难。^{[6]345}还可以探讨能否基于预防必要性考量对行为人在责任上予以减免,如仅造成重大财产损失而未造成人员伤亡的案件,可以基于缺乏预防必要性而出罪,或者从轻、减轻处罚。

综览海上交通肇事犯罪的出罪路径,不难发现,最为理想的处理方式其实是在构成要件符合性阶段即进行实质化和个别化的出罪。违法阻却事由和责任阻却事由的适用场景极为有限,若仅依靠违法阻却事由来出罪,针对实践中普遍的形式化认定方式所带来的广泛入罪模式,显属杯水车薪;而在罪责层面予以出罪,则又往往为时已晚——相较于构成要件层面的入罪门槛,当前司法实务中对罪责层面的出罪事由的重视程度显然更低。因此,应强调海上交通肇事犯罪构成要件归责的科学性、实质性与个别性,得出更加公平公正的定罪结论。

四、结语

海上交通肇事犯罪的司法适用问题,既有立法实践滞后的一面,也与中国刑法知识转型的历史阶段有关。长期以来,中国司法机关对于以交通肇事罪为代表的过失犯的处理,近乎于承认了落后于现代文明的“客观归罪”、结果责任。^{[25]66}此一现实与刑事立法层面对海上运输领域犯罪关切的缺乏,以及司法解释规定的不足,共同构成了海上交通肇事犯罪认定中海员权益保障的隐忧。其中暗藏、交织、杂糅的诸多刑法专业层面的定罪争议,是问题频发的根源所在。在当前司法解释和立法修正均仍待进一步研究探讨的背景下,如何精细地研究相关争议问题,呼吁司法者准确认识和纠正海上交通肇事犯罪认定的形式化症结,追求更加科学合理的定罪量刑过程,是观念先行地解决问题的关键。

^① 限于篇幅,笔者未就如何结合国际公约等规范内容对交通肇事罪构成要件的实质化认定问题展开研讨。相关讨论,具体可参见赵微:《车船肇事及“逃逸”的刑法规制》,发表于《华东政法大学学报》,2020年第6期,第145-147页;赵微:《水上交通犯罪的理论与实务》,黑龙江大学出版社2012年出版,第282-286、295-297页。

^② 参见横滨地方裁判所1979年9月28日第一刑事部判决,刑事裁判月报11卷9号1099页。

^③ 例证可参见甲斐克则:《海上交通犯罪研究》,成文堂2001年出版,第78-87页。

结合过失犯理论中不法判断实质化与个别化的最新理论进展,应当分别在司法认定中明确注意义务违反以及结果避免可能性的规范化、实质化认定的具体标准;在海上交通事故肇事犯罪的判断过程中,应坚持一阶理论和行为人标准说,径直以行为人的个人能力为基准来展开过失犯构成要件符合性的判断,并应高度重视海上交通事故肇事犯罪场景下违法阻

却事由和责任阻却事由的挖掘和适用。通过开展“以规范性思考引领实质解释”的功能主义刑法教义学研讨,期待海上交通事故肇事犯罪的认定可以走出唯结果论和形式化的认定误区,并在今后的研究中形成更为精细化的认定标准,以贯彻个案正义和具体法治的方式完善对海员权益的保护。

参考文献:

- [1] 蔡仙. 反思交通事故肇事罪认定的结果责任[J]. 政治与法律, 2016(11).
- [2] WESSELS J, BEULKE W, SATZGER H. Strafrecht allgemeiner teil; die strafat und ihr aufbau[M]. 47. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2017.
- [3] 汉斯·海因里希·耶赛克, 托马斯·魏根特. 德国刑法教科书(下)[M]. 徐久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 2017.
- [4] 黎宏. 过失犯若干问题探讨[J]. 法学论坛, 2010, 25(3).
- [5] 劳东燕. 过失犯中预见可能性理论的反思与重构[J]. 中外法学, 2018, 30(2): 309.
- [6] 乌尔斯·金德霍伊泽尔. 刑法总论教科书[M]. 6版. 蔡桂生, 译. 北京: 北京大学出版社, 2015.
- [7] 张明楷. 避免将行政违法认定为刑事犯罪: 理念、方法与路径[J]. 中国法学, 2017(4): 37.
- [8] 陈兴良. 法定犯的性质和界定[J]. 中外法学, 2020, 32(6): 1470.
- [9] 周光权. 法秩序统一性原理的实践展开[J]. 法治社会, 2021(4): 7.
- [10] 马春晓. 区分行政违法与犯罪的新视角: 基于构成要件之质的区别说[J]. 中国刑事法杂志, 2020(1): 94-95.
- [11] 陈璇. 论过失犯中注意义务的规范保护目的[J]. 清华法学, 2014, 8(1): 43.
- [12] ROXIN C. Strafrecht allgemeiner teil, Bd. 1: grundlagen. der aufbau der verbrechenslehre[M]. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006.
- [13] 吴胜顺, 何其珍. 论海上交通事故调查及其责任认定的证据效力[J]. 世界海运, 2021, 44(8): 35-36.
- [14] 佐伯仁志. 刑法总论的思之道·乐之道[M]. 于佳佳, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2017: 261.
- [15] 刘艳红. 注意规范保护目的与交通过失犯的成立[J]. 法学研究, 2010, 32(4).
- [16] 周光权. 论刑法所固有的违法性[J]. 政法论坛, 2021, 39(5): 41.
- [17] 黎宏. 过失犯研究[M]//刘明祥. 过失犯研究: 以交通过失和医疗过失为中心. 北京: 北京大学出版社, 2010: 11-13.
- [18] 赵微. 海上交通犯罪事故刑法规制研究[M]. 北京: 法律出版社, 2020.
- [19] 约阿希姆·哈内. 船舶航行安全[M]. 刘曜, 宋新新, 等译. 上海: 上海科学技术出版社, 2017: 36.
- [20] 蔡仙. 论过失犯中结果避免可能性理论之演变[J]. 北大法律评论, 2019, 20(1): 169.
- [21] 马永强. 德国刑法功能主义的前世今生——兼论刑法教义学的科学范式[J]. 刑法论丛, 2020, 61(1).
- [22] 乌尔斯·金德霍伊泽尔, 陈毅坚. 容许的风险与注意义务违反性: 论刑法上过失责任的构造[J]. 刑事法评论, 2018, 43(2): 253.
- [23] 陈璇. 刑法归责原理的规范化展开[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 304.
- [24] 汉斯·韦尔策尔. 目的行为论导论: 刑法理论的新图景[M]. 陈璇, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2015.
- [25] 周光权. 风险升高理论与存疑有利于被告原则——兼论“赵达文交通事故案”的定性[J]. 法学, 2018(8).
- [26] 陈璇. 注意义务的规范本质与判断标准[J]. 法学研究, 2019, 41(1): 138.
- [27] 京特·雅科布斯. 规范·人格体·社会——法哲学前思[M]. 冯军, 译. 北京: 法律出版社, 2011: 36.
- [28] 蔡仙. 过失犯中的结果避免可能性研究[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 321, 370.
- [29] 车浩. 假定因果关系、结果避免可能性与客观归责[J]. 法学研究, 2009, 31(5).
- [30] 高桥则夫. 刑法总论[M]. 李世阳, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2020: 115.
- [31] 童伟华. 交通过失基本犯构造论纲——以中日两国比较为视点[J]. 法学论坛, 2010, 25(3): 20.
- [32] 冯军. 论刑法中的“责任”概念[M]//冯军. 比较刑法研究. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 22.
- [33] 江溯. 过失犯中被害人自陷风险的体系性位置——以德国刑法判例为线索的考察[J]. 北大法律评论, 2013, 14(1): 142.
- [34] 车浩. 过失犯中的被害人同意与被害人自陷风险[J]. 政治与法律, 2014(5): 35.
- [35] 马卫军. 过失犯中被害人的作为义务与自我负责的边界[J]. 中外法学, 2022, 34(1): 206.