

过失犯研究

以交通过失和医疗过失为中心

STUDY ON NEGLIGENT CRIMES

Focus on Traffic Negligence and Medical Negligence

刘明祥 / 主 编

李立众 / 副主编

科学技术在生产、生活领域的全面普及，显著地改变了当代社会的犯罪结构，这一点最为明显地体现在过失犯上，即过失犯不但在数量上急剧增长，而且在质量上一些过失犯造成的危害远比故意犯严重。可以肯定地说，过失犯的重要性已经毫不亚于故意犯。近年来交通过失、医疗过失案件不断增加，有进一步深化过失研究的必要。本书分为过失犯的基本构造、交通过失与医疗过失三个子议题，对过失犯的概念、构成要件及交通过失和医疗过失进行了深入探讨。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

过失犯研究

以交通过失和医疗过失为中心

STUDY ON NEGLIGENT CRIMES

Focus on Traffic Negligence and Medical Negligence

刘明祥 / 主 编

李立众 / 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

过失犯研究:以交通过失和医疗过失为中心/刘明祥主编. —北京:北京大学出版社,2010.9

ISBN 978-7-301-17577-4

I. ①过… II. ①刘… III. ①过失(法律)-犯罪-研究-中国
IV. ①D924.114

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第146872号

书 名: 过失犯研究——以交通过失和医疗过失为中心

著作责任者: 刘明祥 主编 李立众 副主编

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-17577-4/D·2647

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印刷者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 23.75印张 397千字

2010年9月第1版 2010年9月第1次印刷

定 价: 42.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

前 言

科学技术在生产、生活领域的全面普及,显著地改变了当代社会的犯罪结构,这一点最为明显地体现在过失犯上,即过失犯不但在数量上急剧增长(如近年来交通过失案件每年都在飞速上升),而且在质量上一些过失犯造成的危害远比故意犯严重(如一些矿难案件被害人动辄几十乃至上百人)。可以肯定地说,过失犯的重要性已经毫不亚于故意犯。

正因为如此,自20世纪以来,国外对于过失犯的研究相当活跃。反观国内,或许是受“刑法典以处罚故意犯为原则、以处罚过失犯为例外”的影响,学界对于过失犯的研讨还相当不够。有感于此,中国人民大学刑事法律科学研究中心数年来一直致力于推动过失犯的研究。例如,2001年9月10日至12日,由中国人民大学刑事法律科学研究中心主办的中日刑事法学术讨论会[新世纪首次(总第7次)]在京召开,中日两国刑法学者围绕过失犯,深入探讨了过失犯的基础理论、交通过失与企业过失诸问题。鉴于近年来交通过失、医疗过失案件不断增加,有进一步深化过失犯研究的必要。经与各方协商,我们决定以“过失犯研究”为题,召开海峡两岸暨内地中青年刑法学者高级论坛(出于种种考虑,我们决定将“海峡两岸刑法学者论坛”与国内的“中青年刑法学者高级论坛”两个会议合在一起同时召开,故本次会议定名为“海峡两岸暨内地中青年刑法学者高级论坛”)。

2010年4月24日至25日,海峡两岸暨内地中青年刑法学者高级论坛如期在美丽的中国人民大学国际学院(苏州研究院)召开,来自台湾地区的台湾大学、政治大学、成功大学、台北大学、东吴大学、高雄大学、世新大学、铭传大学以及大陆的中国人民大学、北京大学、清华大学、中国政法大学、中国人民公安大学、中国青年政治学院、吉林大学、厦门大学、华东政法大学、中南财经政法大学、南京师范大学、南京大学、黑龙江大学、苏州大学、重庆大学、东南大学、山东大学、河北大学、南京财经大学、海南大学、云南大学等高校的73位专家、学者参加了本次论坛。

本次论坛围绕过失犯,细分为过失犯的基本构造、交通过失与医疗过失三个子议题,分为四个单元进行。第一单元以“过失犯的基本构造”为主题,由台北大学司法学系郑逸哲教授和华东政法大学杨兴培教授主持,清华大

法学院黎宏教授和台湾大学法律学院林钰雄副教授分别作了《过失犯研究》与《过失犯构成要件的若干实务问题》的主题发言,中国政法大学刑事司法学院曲新久教授和成功大学法律学系王效文副教授分别对论文作了精彩点评。第二单元以“交通过失”为主题,由西南财经政法大学法学院冯亚东教授和苏州大学王健法学院李晓明教授主持,台湾政治大学法学院李圣杰助理教授作了《交通事故中过失行为的刑法处遇思考》的主题发言,清华大学法学院周光权教授和东吴大学法学院蔡圣伟副教授分别对论文进行了精彩点评。第三单元以“医疗过失”为主题,由重庆大学法学院陈忠林教授和中南财经政法大学刑事司法学院夏勇教授主持,高雄大学法律学系陈子平教授和中国人民大学刑事法律科学研究中心冯军教授分别作了《过失犯理论与医疗过失初探》与《专断性医疗行为的刑事处罚及其界限》的主题发言,世新大学法律学系甘添贵教授、北京大学法学院梁根林教授分别对论文作了精彩点评。第四单元为专题报告,由中南财经政法大学刑事司法学院齐文远教授和台北大学法学系郑逸哲教授主持,黑龙江大学法学院陈建旭教授、南京财经大学法学院钱叶六博士、河北大学政法学院孟庆华教授以及苏州大学王健法学院陈珊珊博士分别作了专题发言,中国青年政治学院林维教授、南京师范大学蔡道通教授、烟台大学黄伟明教授、厦门大学李兰英教授、海南大学童伟华教授、清华大学劳东燕副教授分别作了精彩点评。在整个会议过程中,研讨相当热烈、深入,论坛取得了圆满成功。

本书即为此次论坛的会议文集,收录了与会学者的20篇论文,按照过失犯的基本构造、交通过失与医疗过失的顺序编排论文。需要特别说明的是,本书原则上主要收录论坛主题报告人与评论人的论文。对于那些为参加本次会议而认真撰写论文却未能收入本书的作者,在表示谢意的同时,也表示我们的歉意。这样做虽然不够完美,却能使本书论文相互呼应,形成一本很有特色的会议文集。

本书是海峡两岸中青年刑法学者共同智慧的结晶。向在百忙之中不辞辛劳来参加会议的海峡两岸各位与会代表,表示我们衷心的感谢。很多作者根据会议的研讨情况,会后及时修改了论文,使本书的质量大大提高,在此向他们表示我们的敬意。

最后,本书的出版得到了北京大学出版社蒋浩先生及其同事的大力支持,在此同样表示我们诚挚的谢意。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2010年6月

目 录

过失犯研究	黎 宏 1
过失犯构成要件的若干实务问题	林钰雄 35
过失犯的犯罪构造与相关问题	
——评林钰雄教授《过失犯构成要件的若干实务问题》 与黎宏教授《过失犯研究》两篇文章	王效文 66
论过失的实行行为	陈兴良 86
论过失犯的实行行为与危险	陈建旭 94
过失犯罪注意义务的基本特点及确定机制研究	唐稷尧 104
论注意义务的判断基准	高 巍 114
监督过失理论及其适用	钱叶六 123
从央视大火案看共同过失犯罪的成立	孟庆华 142
过失共同正犯理论的重新审视	陈珊珊 155
专断性医疗行为的刑事处罚及其界限	冯 军 168
专断性医疗行为的刑事处罚及其界限	甘添贵 204
过失犯理论与医疗过失初探	陈子平 210
过失犯理论与医疗过失初探	甘添贵 247
医疗过失与专断医疗行为“断想”	梁根林 256
医疗行为的正当化与医疗过失犯罪	曹 斐 276
交通事故中过失行为的刑法处遇思考	李圣杰 287
“交通过失”与谈稿	蔡圣伟 309
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	周光权 323
交通过失犯基本构造论纲——以中日两国比较为视点	童伟华 342

过失犯研究

黎 宏*

一、问题意识

尽管现行《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第15条是有关“过失犯”的规定,但我国刑法理论则一直将其作为“犯罪过失”来研究。这显然有偷换概念之嫌。过失犯是一种客观行为和状态,它是指在犯罪过失心理支配下所引起的危害社会的结果;而犯罪过失则是指导致过失犯结果时行为人的主观心理状态,二者显然不是一回事。因此,仅仅研究作为行为人主观心理状态的犯罪过失,能否反映出《刑法》第15条所规定的过失犯的全貌和本来面目,令人怀疑。

如就过失犯的实行行为而言,我国学者鲜有研究。有的话,也是在分则的相关罪名当中,以诸如“违反交通管理法规的行为”、“违反日常生活中所应当注意的行为”之类的简单语言一笔带过,而对于其实质内容,则完全没有分析。这大约是因为,过失犯所涉及的范围相当广,难以一概而论,因此,以“违反各种法规的行为”或者“违反日常生活中的注意的行为”来概括比较方便易行。但是,将违反规则或者违反日常生活中的注意事项的行为,直接看作过失犯的实行行为,岂不是有混淆过失犯的实行行为和一般过失违法行为之间的界限,扩大过失犯的处罚范围之嫌吗?同时,就过失犯的主观要件而言,刑法学界的研究也主要集中在“应当预见”即预见义务的内容以及“能否预见”即预见的判断标准上,而对在犯罪过失的认定当中,最成问题的预见对象、预见程度,即成立过失,行为人必须对“危害社会的结果”有多大程度的预见,是只要有抽象、漠然的预见就可以,还是必须有具体的预见才行,则几乎没有提及。这样,在过失犯的处理上,往往就是追究结果责任,只

* 清华大学法学院教授,博士生导师。

要行为人有违法行为,并且引起了危害结果,就要追究其刑事责任。同时,行为在形式上引起了危害社会的结果,但实际上并不是造成该结果的原因的时候,该如何处理?这些也是过失犯的处理当中所要考虑的问题。而上述问题的解决,最终取决于对过失犯承担刑事责任基础的理解。即站在不同的立场上,会对上述问题做出截然不同的解答。

基于以上问题意识,本文从我国刑法的相关规定出发,试图对过失犯的本质、实行行为、主观预见等问题进行反思,并发表自己的看法。

二、过失犯承担刑事责任的主观根据

犯罪是主、客观要素的统一,因此,在追究犯罪人刑事责任的时候,不仅要考虑行为人客观上已经引起的危害结果,还必须考虑行为人主观上对危害结果是否要承担责任。这就是近代刑法所主张的责任原则。我国《刑法》第14条和第15条规定,任何犯罪在主观方面都必须具备犯罪故意或者犯罪过失这种主观要件;第16条又从反面强调,行为虽然在客观上造成了损害结果,但不是出于故意或者过失的,就不构成犯罪,这些规定都是上述原则的体现。

在故意犯罪的场合,行为人对自己的行为和可能引起的危害结果已经有认识和预见,但却没有阻止该危害结果的发生,而是希望或者放任该危害结果的发生。这表明行为人不只是消极地不保护刑法上的利益即法益,而是对该法益持一种积极的否定态度,这种积极的否定态度,体现了行为人对法规范的蔑视和挑衅,成为对行为人进行法律谴责的主观依据。因此,在行为人明知自己的行为会产生危害社会的结果而积极追求或者放任该结果发生的时候,就可以故意的形式追究其刑事责任。相反,在过失犯的场合,行为人对危害结果并没有认识,或者虽然有认识但相信能够避免,没有认识和预见到自己的行为会发生危害社会的结果。既然行为人没有直接面临是否违反法规范的审查,也没有形成对法规范的蔑视和挑衅,为什么要受到处罚呢?对此,我国刑法学者的看法不太一致。详言之,主要有以下三种看法:

第一种看法是“严重不负责任说”,认为行为人本来能够正确认识一定行为与危害社会结果之间的客观联系,但他却在自己意志的支配下,对社会利益和人民大众的安危采取了严重不负责任的态度,从而以自己的行为造成了严重危害社会的结果。行为人的这种“严重不负责任”的过失心理态

度,就是他负刑事责任的主观根据。^①

第二种看法是“避免结果说”,认为犯罪过失是行为人希望避免犯罪结果,但因违反注意义务或回避违法结果义务而导致犯罪结果的心理态度。这种观点是在评述国外有关犯罪过失的观点的基础上,表明自己见解的。认为“相对来说,避免结果说较为科学”,因为,根据这种观点,可以较好地间接故意和过于自信的过失区分开来。^②

第三种看法是“违反注意义务说”,认为犯罪过失的核心是违反注意义务。所谓注意义务,是指法律法令以及社会日常生活所要求的为一定行为或者不为一定行为时,应当谨慎,以避免危害结果发生的责任。并指出,从注意义务的内容而言,应当说完全可以涵盖结果避免义务,换言之,注意义务可以包含“注意预见危害结果”与“注意避免危害结果”两项内容。^③

上述第一种观点是我国的通说。这种观点将能够预见自己的行为会发生一定的危害结果却没有预见,概括为“严重不负责任”,确实通俗易懂,但是,以其来概括犯罪过失的本质,是否妥当,值得商榷。因为,“不负责任”的含义极为模糊。在“应当预见自己行为的后果而疏忽大意没有预见”的场合,是行为人“当为而未为”,可以说是“不负责任”,但是,在“已经预见到自己行为的后果但相信可以避免”的场合,是由于行为人笨拙或者“水平太低”而没有预见,很难说是行为人“不负责任”;同样,在已经预见到自己行为的后果,却不采取任何防止措施,听之任之、漠然置之,不发生也罢,发生了也不违反自己意愿的间接故意的场合下,也同样可以说是“严重不负责任”(正因如此,我国刑法将主观罪过形式为过失的玩忽职守罪和主观罪过形式为故意的滥用职权罪规定在同一个法条当中)。同时,“严重不负责任”是日常生活用语,不是法律术语,其含义十分宽泛,“责任”既可以指法律责任,也可以指道义责任,因此,以其来说明刑法上的制度,并不一定合适。

上述第二种观点即“避免结果说”是我国目前的有力观点。这种观点认为,故意和过失的区别,主要在于对结果的态度,而不是有无认识。即过于自信的过失对危害结果的发生是采取回避态度的,而间接故意对危害结果的发生采取的是容忍态度。^④但即便如此,也只能说,这种观点部分妥当。

① 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编),中国法制出版社1999年版,第213页。

② 参见陈兴良:《刑法适用总论》(上卷),法律出版社1999年版,第172页以下。

③ 参见林亚刚:《犯罪过失研究》,武汉大学出版社2000年版,第41页;胡鹰:《过失犯研究》,中国政法大学出版社1995年版,第71、74页。

④ 参见陈兴良:《刑法适用总论》(上卷),法律出版社1999年版,第173页。

因为,按照我国刑法学的通常见解(也是本见解的论者所持的见解),我国刑法中的过失犯包括两种情况:一是疏忽大意的过失,即行为人本应认识自己行为的后果,因为疏忽大意而没有认识;二是过于自信的过失,即行为人已经认识到了自己行为的后果,因为过于自信而轻信可以避免。在后一种情况下,行为人对结果有预见,当然会有避免结果发生的动机;但是,在前一种情况下,行为人对结果完全没有预见,这种情况下,显然谈不上具有回避结果发生的态度。

笔者同意上述第三种观点,即过失犯的本质是“违反预见义务”,即行为人应当认识或者预见自己行为后果发生的现实可能性,但由于疏忽大意或者过于自信而没有预见,以致该结果发生的,就是犯罪过失。之所以这样理解,主要是基于以下考虑:

首先,能够和犯罪故意的理解一致,维持近代刑法所主张的责任原则。刑法上所有的犯罪,从行为人主观上对犯罪事实有无认识方面而言,不外乎两种,即行为人对犯罪事实有认识的类型和没有认识的类型。行为人对犯罪事实有认识而实施即有意而为的场合,被称之为“故意犯罪”;行为人对犯罪事实没有认识的场合,除了行为人不可能认识的场合即意外事件和不可抗力事件之外,被称之为“过失犯”。从犯罪都是因为违反刑法规范所以才受到谴责的角度来看,故意犯的场合,行为人并不是因为对犯罪事实有认识而受罚,而是因为其对犯罪事实有认识,有机会意识到自己的行为违法,并在此基础上形成停止违法行为的反对动机,却仍然违反社会一般人对其不要实施犯罪的期待,选择实施犯罪,所以,才受到刑法的严厉处罚。相反地,在过失犯的场合,也并不是因为行为人对犯罪事实没有认识而受罚,而是因为当时的情况下,行为人只要稍微注意一下,就能够对犯罪事实具有认识和预见;如果行为人对犯罪事实有认识的话,就有机会意识到自己的行为违法,并在此基础上形成停止违法行为的反对动机,选择避免犯罪结果发生的行为,即回避犯罪结果的发生。但是,由于行为人没有尽到其应尽的注意,所以,对可能发生的犯罪事实没有产生认识和预见。从此意义上讲,过失犯是能够认识犯罪事实,由于不注意却没有认识,以致引起了危害结果,所以,要受到刑法处罚。这样说来,故意犯处罚的是对犯罪事实已经有预见的情形,而过失犯处罚的是对犯罪事实应当预见而没有预见的情形,二者在行为人主观上都违反刑法规范这一点上具有共同之处。

其次,和刑法规定一致。我国《刑法》第14条关于故意犯罪,明文规定行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结

果发生的情形,说的是行为人对犯罪事实有预见的情况;第15条关于过失犯,明文规定应当预见自己的行为会发生危害社会的结果而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免的情况,说的是行为人对犯罪事实没有预见或者认识的情况。这里,值得探讨的是行为人对危害结果“已经预见而轻信能够避免”的情形。通说认为,这种情形下,行为人对可能发生危害结果已有认识或者有预见。^⑤但是,笔者认为,这种理解是错误的。既然轻信通常情况下可能发生的危害结果“能够避免”,即不发生,这就意味着,“能够避免”的判断取代了“可能发生”的预见,即行为人最终还是认为危害后果不会发生。这样说来,在过于自信的过失当中,行为人对危害结果是没有认识的,但这并不意味着,行为人可以不承担刑事责任。因为,行为人相信能够避免的原因是过于自信,即过高地估计了可以避免危害结果发生的有利因素,而过低地估计了导致危害结果发生的不利因素,因此,其还是要受到谴责。

再次,有利于区分故意犯和过失犯。具体来说,就是能够有效地将间接故意和过于自信的过失区分开来。有见解认为,过于自信的过失和间接故意对于危害结果都有认识和预见,只是过于自信的过失的行为人仅仅是预见到危害结果发生的假定可能性,认识程度相对较低,而间接故意的行为人则是明知危害结果发生的现实可能性,认识程度相对较高。^⑥但是,这种区分显然是没有办法实际操作的。因为,现实可能性和假定可能性,是一对内容非常模糊的概念,根本没有一个明确的区分标准。事实上,在行为时,危害结果尚未发生,任何有关危害结果的预见都只能是一个可能性的认识,很难说哪一种是假定认识,哪一种是现实认识。因此,这种观点虽然从一个正确的立场出发,但是并没有提出一个合适的操作方法。还有学说认为,二者的区别在于对危害结果发生所抱的心理态度不同。过于自信的过失,行为人是希望,轻信能够避免;而间接故意行为人采取的是漠不关心的态度,放任其发生。^⑦但是,和客观上根据行为人的陈述能够加以认识、判别的认识因素不同,意志因素是行为人意志方面的特征,是在其认识基础之上所形成的内心世界的的内容。这种意志因素,除了行为人自己的陈述之外,几乎没有其他方法加以认识,因此,将意志因素作为区分故意犯和过失犯的标准,是非常危险的,极有可能导致冤假错案。但是,反过来,如果从客观上能够

⑤ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编),中国法制出版社1999年版,第214页。

⑥ 参见马克昌等主编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第106页。

⑦ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编),中国法制出版社1999年版,第215页;周振想:《刑法学教程》,中国人民公安大学出版社1997年版,第103页。

判断识别的认识因素的角度出发,说犯罪故意是对犯罪事实有认识却没有形成停止实施违法行为的反对动机,结果实施了违法行为以致受罚;而犯罪过失是因为应当对犯罪事实有认识而没有认识到,以致实施了违法行为而受罚的话,那么,就可将间接故意和过于自信的过失清楚地区别开来。

最后,为犯罪过失论的展开奠定基础。虽说在过失犯承担刑事责任的主观基础问题上,学界有各种看法,但是,就犯罪过失论的讨论内容来看,基本上都是围绕着注意能力和注意义务展开的。前者探讨的是行为人有无认识自己行为可能发生危害结果的能力;后者探讨的是行为人有无义务认识自己行为可能发生危害社会的结果,以及这种义务的来源、根据等。如果说过失犯承担刑事责任的根据在于违反了避免结果发生的义务的话,那么,为什么在犯罪过失内容的探讨上,要以注意义务和注意能力为中心呢?其根据何在,就难以作出妥当的说明。因此,从现有的犯罪过失论的研究内容来看,也应当坚持“违反注意义务说”。

三、过失犯的客观方面

(一) 过失犯的实行行为

关于过失犯的客观方面,在我国刑法学的研究当中,向来极少有专门论述。这大约是由于以下两方面的原因:一是刑法规定的缘故。由于刑法以处罚故意犯为原则,以处罚过失犯为例外,因此,相对于刑法中数量庞大的故意犯而言,处罚过失犯的条款就显得相形见绌、少得可怜了,这样,有关犯罪客观方面的研究,当然就以故意犯为中心了;二是认识理解上的缘故。通常认为,故意犯和过失犯只在主观要件上存在差别,而在客观方面则完全一致。因此,在犯罪客观方面的研究上,只要掌握了故意犯的情形,则过失犯的情形就不言自明了。这样,有关过失犯的客观方面,几乎没有被作为问题对待。

其实,上述理解是经不起推敲的。如果说过失犯的客观方面特别是实行行为和故意犯完全一致的话,那么,就犯罪客观方面的重要内容即实行行为而言,二者的定义方法应当是一致的。但是,实际情况并非如此。如就故意犯罪的实行行为而言,一般采用实质的定义方法,认为危害行为是危害社会的行为,即“实施刑法所禁止实施的危害社会行为,是作为的根本特征”。^⑧相反地,关于过失犯的实行行为,总论性的定义几乎看不到,在各论的论述

^⑧ 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第165页。

当中,则有各种各样的说法。如关于过失致人死亡罪的客观方面,通说见解认为:“是指在日常生活当中,对他人的生命安全缺乏应有的关注,违反注意义务,导致他人死亡。”就过失造成重大事故危害公共安全的犯罪而言,一般都概括为“实施了违反规章制度的行为”。换言之,就过失犯而言,其客观方面的危害行为,不是采用直接定义的方法,而是以“违反日常生活中的注意义务的行为”或者“违反规章制度的行为”来加以说明的。

上述有关过失犯的定义方法,当然有其道理。因为,过失犯,本来就是不意误犯,即不小心而实施了某种足以造成危害结果的行为,因而构成犯罪的。现代社会是一个风险社会,现代科技在为人们带来快捷、方便和巨大的物质享受的同时,也使得人们的生活危机四伏,在日常生活当中,不得不时刻战战兢兢、如履薄冰。为了避免这些危机转化为现实结果,人们对日常生活中的现象进行总结,摸索出了许多规律。人们在生活中,如果遵循这些规律的话,应当说,生活还是相当安全的,只有在违反这些规律的场合,生活才变得风云诡秘。因此,人们对这些规律进行总结,并制定成为规则,要求人们一体遵循。这些被制定出来的规则,实际上和“日常生活中的注意义务”是一回事。过失引起危害结果发生的行为在形态上千差万别,难以一一具体描述,但在本质上,都是“违反日常生活中的注意义务的行为”或者“违反规则的行为”。因此,上述有关过失犯的实行行为的描述,应当说是一个最简单的定义方法。

但是,这种将过失犯的实行行为描述为“违反规则的行为”或者“违反日常生活中的注意义务”的行为的定义方法,过于形式,在具体应用上,明显存在难以正确认定过失犯的成立范围的问题。

首先,难以正确限定过失犯的成立范围,有扩大过失犯的成立范围的倾向。如在限速 20 公里的街道上,行为人以时速 30 公里的速度开车。路边的小巷子里突然跑出一个意图自杀的人,冲到马路中央,行为人躲闪不及,将该人撞死。事后发现,就当时的情形而言,即便行为人以正常速度行驶,也难以避免危险结果发生。但即便如此,行为人的行为还是会被看作交通肇事罪的实行行为。因为,按照前述对过失犯的实行行为的理解,在此种场合下,既有危害结果发生,同时,行为人又违反了限速规定,因此,当然要构成犯罪。但是,将这种行为难以预见和难以避免的偶然情况看作犯罪,有悖法律的公平正义之理。同时,我国的有关司法解释也规定,在认定交通肇事罪的场合,除了要考虑行为所造成的严重后果之外,还必须考虑行为人对发生事故所承担的责任大小。只有在行为人的违章行为引起了一定的严重后

果,并且对这种后果承担主要责任或者同等责任的场合,才能说行为人的行为构成交通肇事罪。^⑨可见,将“违反规则的行为”一律看作过失犯的实行行为,显然是不妥当的。其结果,就是将以发生一定结果作为成立要件的过失犯,统统都变成了违反行政取缔法规行为的结果加重犯。^⑩

其次,不符合刑法中危害行为的定义,有将过失犯和不作为犯混为一谈的倾向。如前所述,由于学者们将“违反日常生活中的注意义务的行为”或者“违反规则的行为”作为过失犯的实行行为,因此,在过失犯的构造上,自然就将违反注意义务看作过失犯的核心内容^⑪,有些国外学者甚至明确地将过失犯看作不作为犯。如日本学者井上正治认为:“所谓过失……最好看作为在危险的境地下,不实施该避免危险的行为。在复杂的现代社会中,我们为各种各样的危险所包围,因此,必要的时候,只有实施了避免该种危险的行为才不受处罚,如果不实施该种行为的话,就成立刑法上的过失”,“如把狗从项圈里放出来的话,就有咬伤孩子的危险,但是,引起这种危险的行为并不是过失行为,而不回避已经产生的该种危险,才应当作为过失行为受到谴责,因此,过失行为常常具有不作为犯的构造。”^⑫我国学者陈兴良教授也认为:“重大责任事故罪(过失犯——作者注)的违章行为,在相当多的情况下都表现为不作为。”^⑬

确实,从不作为的立场出发,也能合理地说明“小心谨慎地实施了危险行为,但结果仍然发生了的场合”为什么不罚。如果强调在现代复杂的社会生活当中,到处充满危险的话,就会很自然地将“未避免危险”的不作为作为过失犯。但是,将危险的范围缩小,不把生活中的各种风险都看作危险,而只将实质上难以忽视程度的风险作为危险,将引发该种危险的作为当作犯罪,这也不是不可能的。如在向煤油炉里加油的时候,不是采用先将火熄灭的方法,而是采用在灯捻子燃烧的状态下,把炉子的盖子揭开,直接倒入煤油的方法。在采用这种方法注油的时候,由于不小心,煤油一下子漫了出

^⑨ 参见2000年11月10日最高人民法院《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》第1条的相关内容。另外,国务院《道路交通事故处理办法》第17条第2款规定:“当事人有违章行为,其违章行为与交通事故有因果关系的,应当负交通事故责任。当事人没有违章行为或者虽有违章行为,但违章行为与交通事故无因果关系的,不负交通事故责任。”

^⑩ 参见〔日〕山口厚:《刑法总论》,有斐阁2002年版,第203页。

^⑪ 参见林亚刚:《犯罪过失研究》,武汉大学出版社2000年版,第76页。

^⑫ 〔日〕井上正治:《论结果回避义务》,载《法政研究》,34(1),第42页。

^⑬ 陈兴良:《重大责任事故罪研究》,载高铭喧、赵秉志主编:《过失犯的基础理论》,法律出版社2002年版,第102页以下。

来,结果引起火灾的场合,按照上述不作为犯的观点,这里应当受到谴责的对象是没有先将火熄灭,然后倒入煤油的不作为。但是,正如日本学者曾根威彦教授所说,刑法的任务,只在于禁止具有导致火灾危险的加油行为,而不是指导国民如何正确加油。在上述案例当中,成为失火罪的实行行为的,应当是在灯捻子仍然燃烧状态下的加油行为,而不是在加油的时候,没有先将灯捻子掐灭这种“违反日常生活中的注意”的不作为。^⑭换言之,过失犯的实行行为是直接侵害或者威胁法益的作为,而不是单纯的没有履行义务的不作为。

最后,违背犯罪的本质。犯罪在本质上是侵害或者威胁法益的行为,而不仅仅是违反法规范的行为。违反法规范,是一切违法行为(包括民事违法、行政违法等)的共同特征,但是,就刑法上的犯罪而言,其不仅仅是违反法规范,更重要的是,这种违法行为给刑法所保护的利益(即法益)造成现实的侵害或者危险,即从侵害或者威胁法益的结果的角度来考虑犯罪本质。但是,认为过失犯的实行行为是“违反规则的行为”的观点,实质上将行为人违反规则作为处罚过失犯的根据,而发生侵害法益的严重结果只是一个客观处罚条件而已,这样,就有可能使人误以为过失犯的本质是违反法规范,而造成严重结果只是成立犯罪的一个处罚条件而已,从而和整个犯罪概念不一致。

由于以上问题的存在,近年来,在国外,从实质立场出发来考虑过失犯的实行行为已经成为普遍趋势。如在日本,平野龙一教授认为,过失行为,不仅仅是和结果之间具有因果关系的行为,而是具有引起结果的“实质上所不允许危险”的行为^⑮;前田雅英教授也认为,符合过失犯的构成要件的行为,必须是具有引起该犯罪结果的危险性的行为。^⑯在德国,罗克辛教授也认为:“过失犯的行为构成,只要其不包含一种额外的举止行为的说明,就只有通过客观归责的理论才能得到说明:一个被归责于客观行为构成的结果,就是过失地造成的,不需要其他标准。实际上,在违背谨慎义务的特征之后,隐藏着各种归责因素,比一种一般性条款更精确地表示着过失的条件”,“当行为人从一开始就没有创设任何在法律上有重要意义的危险时,就完全

^⑭ 参见〔日〕曾根威彦:《过失犯的构造》,载芝原邦尔等编:《刑法理论的现代展开 总论Ⅱ》,日本评论社1990年版,第62页以下。

^⑮ 参见〔日〕平野龙一:《刑法总论Ⅰ》,有斐阁1972年版,第194页。

^⑯ 参见〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会1999年第3版,第351页。

缺乏那种违反谨慎性了”。^① 换言之,在罗克辛教授看来,同违反作为谨慎义务的规则相比,其背后所隐藏的如创设法律意义上的危险之类的实质内容,更能表明过失犯的实行行为的意义。同样,《美国模范刑法典》第 202 条也是从“实质上不被允许危险”的角度来对过失犯进行定义的。其中写道:“一个人在犯罪的实质因素方面,应当认识但没有认识这个实质性因素存在着或者自己的行为会产生实质上不被允许危险时,是过失行为。”

这样说来,将过失犯的实行行为仅仅理解为“违反规则的行为”或者“违反日常生活中应当注意的事项的行为”的理解是不妥当的。实际上,从我国《刑法》第 15 条将过失犯的实行行为定义为“发生危害社会的结果”的行为的角度来看,应当说,我国刑法对过失犯的实行行为也是从实质角度加以理解的。但是,这种理解在对刑法分则各个具体的过失犯的探讨当中,却发生了变化。这种变化所带来的严重后果,就是在过失犯的认定上,过于讲求形式要件,从而扩大或者缩小过失犯的成立范围。如被告人受单位主管人员指派,驾驶一辆套牌拼装没有尾灯的汽车,在夜里三点多钟行驶的时候,被尾随的一辆轿车撞上了左车厢一角,造成双方车辆不同程度的损伤,致使尾随车辆一乘车人重伤,法院认为,被告人故意违反交通法规,在明知其所驾驶的大货车没有行车证、后灯及其他安全防范措施的情况下,仍然驾车行驶在高速公路上,致使交通事故发生,致人重伤,其行为已违反了交通安全的法律法规,触犯了刑法,构成了交通肇事罪。^② 这种判决结果显然是有问题的。首先,仅仅以被告人违反车辆必须经过检验合格,领取行驶证、路牌以及保持车况良好,各类装置齐全等的规定而认定其行为是导致本次事故发生的主要原因,是远远不够的,没有路牌的汽车上路,并不必然导致严重交通事故的发生。其次,从事故发生当时的情况来看,被告人驾车在前,是被动者,一般情况下,是无法评估后车的行驶状态的。事实上,也不可能期待前车具有有效防止后车追尾碰撞的义务。因此,就事故发生的原因来看,只能考虑后车即被害人所在车辆的驾驶员的责任。事实上,事后查明,后车驾驶人在事故当时,有严重的违章行为,是造成本次交通事故的主要原因。但是,法院形式地理解了我国刑法对交通肇事罪的规定,认为行为人只要有交通违章行为,并且发生了致人重伤、死亡的结果,就应当追究其刑事责任,这

^① [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715页。

^② <http://www.chinalawedu.com/news/2005/8/li2282464413850021216.html>.

显然是扩大了交通肇事罪的成立范围的体现。因此,正确理解过失犯的实行行为,对我国目前的司法实践 also 具有重要意义。

(二) 过失犯的实行行为的认定

现实生活当中,过失引起结果的过失犯の場合,引起结果的行为往往不止一个,而是有多个。如在酒后违反限速规定驾车,发生交通事故,致人死伤的场合,就有酒后驾车和违反限速规定驾车这两个违反交通规则的行为,那么,在这种场合下,该如何确定交通肇事罪的实行行为呢?

关于这个问题,我国的学说中没有探讨。司法实践中,往往是将各个违章行为不加分别地罗列在一起,一概作为过失犯的实行行为来考虑的。如在“梁应金等交通肇事案”中,法院认为:“被告人梁应金身为‘榕建’客船所有人,即榕山建筑公司法定代表人,对客船具有管理职责。但梁应金不吸取违章试航被处罚的教训,又决定对该船驾驶室等进行改造,未经船舶检验机构检验就投入运营,违反了《中华人民共和国船舶检验规则》,并为该船顶棚甲板非法载客创造了条件;被告人梁应金不为客船配足船员,所聘驾驶员只具有四等二副资格(应具有四等大副资格),使之长期违章作业;被告人梁应金不履行安全管理职责,使该船长期超载运输,违反了《中华人民共和国内河交通安全管理条例》第十条和第十六条的规定。被告人梁应金违反交通运输管理法规的行为与造成‘榕建’号客船翻沉的严重后果有直接的因果关系。”^⑨上述案件中,就是将“未经船舶检验机构检验就投入运营”、“不为客船配足船员”、“使该船长期超载运输”三种行为并列作为交通肇事罪的实行行为。

那么,刑法理论上是如何确定过失犯的实行行为的呢?关于这一问题,日本学者的探讨能够为我们提供一些借鉴。

在日本,对于如何确定过失犯的实行行为,主要有两种观点:一是所谓“过失并存说”。主张凡是和结果的发生具有因果关系的违反规则行为,都是过失行为。按照这种观点,数个过失行为可以同时存在。如曾根威彦教授认为,在汽车驾驶员酒后驾车,由于注意力下降没有注意前方,造成交通事故的场合,第一个行为(酒后驾车)和距离结果发生最近的第二个行为(即

^⑨ 本案的详细信息,参见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览刑事卷》,中国人民大学出版社2002年版,第119页以下。简单地说,就是被告人梁应金等于1996年7月建造“榕建”号客船投入营运后,违反船舶检验、船员配备和安全运输等交通管理法规,长期严重超载航行。2000年6月22日晨,该船在载客运输中,违章载客218人,冒雾航行,临危处置不当,造成船只翻沉,致使130名乘客落水身亡,公私财产遭受重大损失。