

厦门大学法学学术文库



客观归责下的监督、管理过失

吕英杰 著

*Supervisory and Management Negligence under
the Objective Imputation Theory*



NLIC2970904665

School of Law

Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

*Supervisory and Management Negligence under
the Objective Imputation Theory*

客观归责下的监督、管理过失

吕英杰 著



NLIC2970904666

School of Law

Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

客观归责下的监督、管理过失 / 吕英杰著. —北京:
法律出版社, 2013. 5

(厦门大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4800 - 0

I. ①客… II. ①吕… III. ①刑事责任—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 065534 号

厦门大学
法学学术文库

客观归责下的监督、管理过失

吕英杰 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8 字数 183 千

版本 2013 年 5 月第 1 版

印次 2013 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4800 - 0

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,

下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商学院合并为法商学院。1937年年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文法学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术

论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执著,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎力推助文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

目 录

绪论 001

第一章 研究对象与研究意义 005

- 一、监督、管理责任的概念与类型 005
- 二、监督、管理过失责任 009
- 三、监督、管理过失的研究意义 025

第二章 中外监督、管理(过失)责任的概况 033

第一节 德、日监督、管理(过失)责任的概况 033

- 一、德国监督、管理责任的概况 033
- 二、日本监督、管理过失责任概况 039
- 三、德、日监督、管理(过失)责任的比较 045
- 四、小结 048

第二节 我国监督、管理过失责任的概况 051

- 一、我国刑法中的监督、管理过失 051
- 二、我国司法解释中的监督、管理过失 054
- 三、我国司法实践中的监督、管理过失 056

第三章 客观归责与过失不法 066

第一节 待扬弃的传统过失论 068

- 一、传统过失论回顾 068
- 二、传统过失论需要被扬弃 071

第二节 客观归责论的内容与意义 073

- 一、客观归责论的内容 073
- 二、客观归责论的意义 075

第三节 客观归责论重构过失不法?	077
一、客观归责下传统过失论概念的存废	077
二、客观归责论下过失不法的立场	081
第四节 行为归责:制造不被允许的危险	082
第五节 结果归责:实现不被允许的危险	093
一、危险实现的判断标准	093
二、结果回避可能性	093
三、规范保护目的	097
四、其他因素介入时的归责	101

第四章 监督、管理过失的客观归责 111

第一节 传统过失论中的监督、管理过失	111
一、旧过失论中的监督、管理过失	111
二、新过失论中的监督、管理过失	112
三、修正旧过失论中的监督、管理过失	113
四、新新过失论中的监督、管理过失	113
第二节 监督、管理过失中的制造危险	114
一、制造危险的根据——注意义务的一般来源	114
二、制造危险的表现形式——以医疗事故为例	118
三、监督、管理过失中的信赖原则	124
第三节 监督、管理过失中的危险实现	138
一、监督、管理过失中的危险实现	139
二、监督、管理过失中的结果回避可能性	144

第五章 监督、管理过失的实行行为 150

第一节 监督、管理过失的实行行为及其着手	150
第二节 监督、管理过失实行行为的样态	153
第三节 监督、管理过失与不真正不作为犯	160
一、监督、管理过失中作为义务的来源	161
二、监督、管理过失中不作为犯的归责	170

第六章 监督、管理过失的主观归责 183

一、责任“过失”的有无 183

二、监督、管理过失中预见可能性的对象与程度 187

三、监督、管理过失中的结果预见错误 199

四、监督、管理过失中的违法性意识可能性 209

第七章 监督、管理过失的责任主体 212

第一节 企业等组织内人员的监督、管理过失 212

第二节 公务人员的监督、管理过失 217

第三节 公务人员的监督、管理过失与公务过失 223

一、公务过失的特征 224

二、公务人员监督、管理过失与公务过失的界限 227

三、我国公务人员的监督、管理过失 230

第四节 监督、管理过失与单位犯罪 235

第五节 监督、管理过失主体的责任分配 239

小结 240

后记 243

绪 论

传统刑法认为刑法是公法,因为其处理的是国家与犯罪人之间非对等的法律关系。但如果落实到具体犯罪,刑法作为其他部门法的保护法,要规制的法律关系就具有广泛性的特点,不仅要规制故意杀人罪、盗窃罪这种平等主体之间的人身、财产关系,也要规制国家公务机关内部的监管关系、企业内部的监管关系、公务机关对于行政相对人的监管关系等纵向的法律关系。监督、管理关系是刑法要调整的一大类别的法律关系,此类法律关系的主体具有特殊性,因其具有监督、管理的特殊地位而承担特殊的法律义务。

随着社会发展,个体自由不断扩大的同时,社会“组织化”特征也愈加明显,监督、管理的范围越来越大,深度也越来越强,监管关系成为政治领域、经济领域、生活领域不可不重视的重要关系。尤其在被普遍认可的风险社会背景之下,欲制难以预测、难以计算、难以防范的风险,以国家公权力为核心的监管者的地位被再一次提高,为此不惜在一定条件下牺牲部分个体自由。而与此同时,如何既保证社会安全又防止公

权力侵犯个人自由的领地是刑法学的新课题。但是,传统刑法学在严格地、机械地遵守“个人责任”的前提下,偏重于追究直接行为人的责任,而忽视监督者、管理者的责任。而工业社会以来,分工日益扩大、组织化特征日益显著,同时不仅工业灾害未见减少,而且不可知、不可控的新型风险又不断涌现,而组织内的监督者、管理者却依附于复杂的组织关系躲避责任的追究,因此形成了“地位越高、离现场越远,越没有责任”的现象。监督责任、管理责任就是要解决根据什么原理追究监督者、管理者的责任,以及在多大范围内追究监督者、管理者责任的问题。

监督责任、管理责任包括故意犯罪与过失犯罪,以过失犯罪为典型。如果是故意犯罪,则涉及共同正犯、教唆犯、间接正犯等问题;如果为过失犯罪,则为通常所说的监督过失与管理过失。本书无意探讨故意的监督、管理责任,而只论述过失的监督、管理责任。为了研究监督、管理过失责任,首先必须明确监督、管理过失中存在的特殊问题,或者说,为什么监督、管理过失本来不过是过失犯的一个类型但却被独立出来并且成为当今过失犯研究的重点。监督、管理过失虽然是过失犯的一个子题,但却不能当然地简单套用一般过失犯理论。事实上,监督、管理过失一方面包含了许多超越传统过失论的特殊问题,另一方面又与犯罪论中许多重大问题密切相关,例如,过失犯的结构、相当因果关系与客观归责、预见可能性、不真正不作为犯、正犯与共犯等。这些重大理论问题既是解决监督、管理过失归责依据与责任主体范围的前提,同时,又在监督、管理过失这一特殊犯罪问题的研究中得以发展,表现出新的理论特征。本书要解决的监督、管理过失中的主要问题包括:

(1)如何把握过失犯的理论构造。是用旧过失论、新过失论、新新过失论等思想来把握,还是用客观归责论来重构过失不法的理论体系?预见可能性与结果回避可能性在过失犯中的体系位置如何确定?

(2)如何理解监督、管理过失的实行行为。实行行为的危险性如何

判断? 实行行为开始的时间点如何计算?

(3)如何看待监督、管理过失实行行为的样态。是作为犯还是不作为犯,二者注意义务的内容与程度是否有所不同? 如果是不作为犯,作为义务的来源是什么?

(4)信赖原则与被允许的危险的法理在监督、管理过失中如何被恰当运用?

(5)当有被害人、第三人的故意或过失行为介入时,能否阻却监督、管理过失的客观责任归属?

(6)如何考量监督、管理过失中预见可能性的对象和程度? 当发生了预见错误时,应该如何处理?

(7)追究监督者、管理者责任的依据是什么,责任主体的范围如何确定?

(8)根据我国的现行立法,国家机关工作人员的公务犯罪与监督、管理过失是何关系?

截至目前,虽然学界关于监督、管理过失的论著为数不少,但几乎都在传统过失理论下以日本企业内发生的火灾事故、医疗事故、建筑事故、公害事故等为范本进行研究,^[1]本书将在以下方面有所突破,以期在更宏观的背景下、更合理的体系内、以更新的视角进行更深入的探讨。

第一,本书的监督、管理过失责任将以组织化社会、风险社会为背景,结合组织的特点和风险防御的刑事政策进行论述。就方法论而言,本书将站在规范论、机能论的立场上,但并不否定经验事实对于规范的意义,即兼以考虑存在论的立场。

[1] 20世纪70年代,监督、管理过失理论在日本刑法学界正式提出,后传入我国,至今我国学者对于监督、管理过失的认知仍然局限于日本学者对于火灾事故等的论述,仍然是在传统过失论的视野下讨论监督、管理过失问题。

第二,本书的监督、管理过失责任不局限于日本刑法上狭隘的监督过失与管理过失理论,而是将其置于所有监督、管理责任的背景下进行研究;将不效法日本学界以责任事故的类型(火灾事故、医疗事故、建筑事故等)为核心进行论述,而是着重从监督者与被监督者、管理者与管理对象之间的体制关系、结构关系进行论述,阐述归责理由。

第三,本书主要以客观归责理论作为监督、管理过失不法的归责依据。在论述其他因素介入监督、管理体制关系时,将运用过失共犯与过失正犯的区分原理;在论述监督、管理过失的不作为犯时,将运用不真正不作为犯原理。

第四,以往学说对于监督、管理责任的过失认定过于笼统和缓和,甚至有暗自肯定新过失论的倾向,为此本书严格区分了常规性事故与非常规性事故,对责任过失区别认定。

第五,本书对于监督者、管理者的责任主体的论述,将划分为企业等组织内的监督者、管理者与公务机关的监督者、管理者。对于前者,会涉及以往少有提及的监督、管理责任委任或者转让时的责任追究,以及集体或者复数人的监督、管理责任追究;对于后者,会特别阐述监督、管理过失与以玩忽职守罪为代表的公务过失的区别。

第一章

研究对象与研究意义

为厘清监督、管理过失的内容与范围,须将其放在监督、管理责任的整体中去观察。

一、监督、管理责任的概念与类型

刑法上的监督、管理责任,是指监督者、管理者故意或过失地违背监督、管理义务而造成法益侵害或者法益侵害的危险时所应承担的刑事责任。在监督责任中,总是存在监督者与被监督者,他们之间具有监督与被监督、服从与被服从的体制关系,造成法益侵害或者威胁的直接责任人是被监督者,但由于监督者在此过程中懈怠了监督义务,是否因此也应该对法益受到侵害或者威胁承担刑事责任,是监督责任应该探讨的问题。在管理责任中,总是存在管理者与管理对象,他们之间具有管理与被管理对象的体制关系。虽然一般意义上的“管理”可以包括监督,但本书所说的管理则要排除具有上下级关系的监督,是指对于具有危险性的物、事业等的管理。因此,管理责任是指当

被管理的危险源转变为现实法益侵害时,具有管理责任的人是否应该承担责任的问题。虽然在管理责任中不存在监督关系那样的数个行为主体(监督者与被监督者),但完全可能介入第三人或者被害人的行为。另外,监督责任和管理责任的形态与归责原理虽不同,但在现实中经常同时存在,因此往往放在一起研究。

(一) 监督责任的类型

如果对被监督者与监督者的罪过形态进行排列组合的话,可以分为以下情形:

(1) 被监督者与监督者都是故意。此时要区分几种情形。例如,指导医生甲教唆实习医生乙给患者注射过量的麻醉剂,二人均明知注射过量的麻醉剂会致人死亡。当甲利用了自己的优势地位与乙共同支配了犯罪原因时,二人成立故意杀人罪的共同正犯;^{〔1〕}当甲的优势地位足以抑制乙的意志自由时,甲成立单独的间接正犯;当甲的行为并没有起到支配性作用,而只是使乙产生犯罪意思时,甲成立故意杀人罪的教唆犯,乙成立故意杀人罪的正犯。

(2) 被监督者是过失、监督者是故意。例如,医生甲明知实习医生乙给患者注射的是错误的药物而不加阻止,导致患者伤亡的。此时,虽然甲不是直接实行者,但由于其掌握了支配性的正确的知识,其本身也负有对实习者的监督义务,因此应该承担故意杀人罪正犯的责任,乙至多构成过失致人死亡罪。

(3) 被监督者是故意、监督者是过失。例如,护士企图用麻醉剂杀人,于是在药剂师管理不严的情况下未经审查取走了明显过量的麻醉

〔1〕 具有特殊身份、特殊义务的人,尽管没有亲手实行犯罪,也可能成立正犯。由于故意杀人罪本身不是身份犯,因此监督者与直接实行者可以成立共同正犯。但是在义务犯中,如受贿罪,只有国家工作人员能够成立受贿罪的正犯,与其共同受贿的妻子只能成立帮助犯或者教唆犯。

剂,并用其杀死了患者。这里,作为监督者的药剂师是直接行为人护士(故意正犯)背后的过失犯。此时,应该如何追究药剂师的责任,是监督、管理过失要探讨的问题。

(4)被监督者与监督者都是过失。例如,工程师没有对操作工进行充分的监督、指导,致使缺乏常识的操作工错误操作发生事故,工程师应该对事故承担监督过失责任。

(5)被监督者无过错,监督者是过失。例如,工程师将一危险性很高的作业交与毫无经验的操作工,而且未进行任何指导与监督,操作工在作业时遇到突发情况无法应对,致事故发生。此时,操作工无过错,工程师本人虽未直接操作,但基于其违反了监督义务,应该对事故承担监督过失责任。

(6)被监督者无过错,监督者是故意。此时,监督者应该承担间接正犯的责任。

如果根据监督主体的不同,监督责任还可以分为:企业组织体中的监督责任与公务人员的监督责任。其中,企业组织体中的监督责任又包括:第一,企业组织内部上级对下级的监督责任。例如,建筑施工过程中,工程师对于建筑工人具有指导、监督、检查等职责,工程师违背该职责导致建筑工人操作失误引发建筑事故的,对于该事故工程师应该承担监督责任。第二,企业组织之间相关人员的监督责任。例如,承担某项工程的承包人将工程的一部分转包给其他企业的人员,那么原承包人应该对于转包人的工程施工承担监督责任,如果因为违背监督义务而致使转包人违规操作酿成事故的,原承包人应该承担监督责任。

公务人员的监督责任则包括:第一,机关内部上级公务人员对下级公务人员的监督责任。我国刑法并没有法条明确规定如果上级公务人员违背对下级公务人员的监督职责,应该承担监督责任,但是《刑法》第397条等所规定的滥用职权、玩忽职守类型的犯罪的主体不仅可以包括

具有直接监督权限的公务人员,也可以包括对直接监督者具有监督职责的上级公务人员。第二,公务人员对具有平等民事关系的主体所负的监督责任。例如,某公务机关要盖办公楼,将安装电梯的业务委托给某建筑公司,公务机关相关负责人对于建筑公司的资质具有审核义务,对于施工过程具有监督、检查义务,如果违背上述义务致使施工公司操作失误造成电梯运行事故,也可能会承担监督责任。第三,公务人员在履行社会行政管理职能时对其他组织、个人所负的监督责任。这是本书将要重点论述的情形。例如,食品、药品的监督、管理机关对于食品、药品生产、销售企业具有监管义务,如果违背上述义务,致使企业生产了有毒、有害食品或不符合规定的药品,造成消费者或者患者伤亡事故的,监督、管理机关人员应该承担监督责任。

(二)管理责任的类型

根据管理对象的不同,管理责任可以分为以下几类:

(1)对于危险不动产的管理而产生的责任。例如,宾馆的所有者、经营者不按照规定设置消防器材、培训消防人员,致使在火灾事故发生时无法及时灭火并进行合理疏散而造成住宿者的伤亡的,应该承担管理责任。

(2)对于危险动产的管理而产生的责任。例如,当企业生产并销售的汽车刹车失灵导致司机撞车而亡时,企业的管理者可能会承担管理责任;再如,当运输中的爆炸物由于管理不善发生爆炸时,运输者可能会承担管理责任。

(3)对于危险事业的管理而产生的管理责任。例如,在建筑工地施工时,由于施工电梯不符合国家安全标准,致使电梯突然坠落造成工人死亡,可能会要求工地的管理者承担管理责任。^[1]

[1] 对于“危险人”(如具有暴力倾向的精神病人)的管理是否也会产生管理责任,不属于本书讨论的范畴。