

过失犯中的违反注意义务研究

刘期湘 / 著

G

UOSHIFAN ZHONGDE WEIFAN ZHUYI YIWU YANJIU



经济科学出版社

社会主义初级阶段理论意义研究

王 毅 著

北京 中国社会科学出版社

（100026）北京三里河

中国社会科学出版社

（100026）北京三里河

中国社会科学出版社

（100026）北京三里河

中国社会科学出版社

（100026）北京三里河

中国社会科学出版社

（100026）北京三里河

中国社会科学出版社

（100026）北京三里河

中国社会科学出版社

（100026）北京三里河

中国社会科学出版社

过失犯中的违反 注意义务研究

刘期湘 著

经济科学出版社

责任编辑：王 璞

责任校对：杨晓莹

技术编辑：邱 天

图书在版编目 (CIP) 数据

过失犯中的违反注意义务研究 / 刘期湘著. —北京：
经济科学出版社，2009. 6

ISBN 978 - 7 - 5058 - 8156 - 3

I. 过… II. 刘… III. 过失-(法律) - 犯罪 - 研究
IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 071433 号

过失犯中的违反注意义务研究

刘期湘 著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址：北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编：100142

总编室电话：88191217 发行部电话：88191540

网址：www. esp. com. cn

电子邮件：esp@ esp. com. cn

北京密兴印刷厂印装

787 × 1092 16 开 14 印张 200000 字

2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5058 - 8156 - 3 定价：35. 00 元

(图书出现印装问题，本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

导 言

一、研究价值

近几十年来，随着科技日益发展，现代化进程不断加快，人们在享受科技所带来的生活便利的同时，道路交通事故、空难、矿难、火灾、井喷、医疗责任事故、食品卫生事故、环境污染事故以及其他责任事故频繁发生，每年都造成难以估量的人身和财产损失。毋庸置疑，因过失而招致对社会重大危害的现象不仅大量增加，而且危害的程度也十分严重。在所有的犯罪行为中，已经有大约一半是过失犯罪了。^① 研究过失犯罪已显得越来越重要，然而，与故意犯罪相比，过失犯罪的研究成果却要少得多。^② 在司法实务运作上，法官的观点也是见仁见智。有的法官有偏重过失行为致死或重伤结果的倾向，只要具体结果与过失行为之间存在明确的因果关系，就肯定过失犯的成立，甚至还受到伦理道义观的影响，基于同情死者家属的心境，认为既然有死亡结果的发生，尽管行为人不是出于故意，但在道义上多少也应该担负过失的责任；有的法官索性走向极端，较少注重追究过失犯罪。究其根源在于过失犯罪理论长期寄生于故意犯罪理论之中，德国学者恩吉斯（Engisch）认为过失犯理论为刑

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712页。

② 参见林亚刚，《犯罪过失研究》，武汉大学出版社2000年版，第2页。

法理论之“私生子”。

现代世界各国刑法关于犯罪过失的理论大多认为，过失是行为人由于违反注意义务而发生符合构成要件的危害结果的一种值得非难的心理状态。台湾地区刑法第14条规定：“行为人虽非故意，但按其情节应注意，并能注意，而不注意者，为过失。”“行为人对于构成犯罪之事实，虽预见其能发生而确信其不发生者，以过失论”。^①德国刑法典没有规定过失的概念，但学者则有明确说明，例如耶赛克等在著作中不仅论述了过失概念的发展，而且对过失的概念做了阐述，即“故意是对属于法律上之构成要件的行为之客观的特点的认识与意欲。反之，由于违反注意义务，使不意欲的刑罚法规的构成要件实现，并且违反义务没有认识该构成要件的结果，或者虽然认为可能发生该构成要件的结果，但违反义务相信其不发生而实施的，是实施过失行为。从而，过失不是故意的减轻形式，而是与故意不同的范畴”。日本刑法对过失的概念未做规定，但日本学者则有所论述。例如，山中敬一在其著作中，在“过失的概念”标题下写道：“过失犯是‘没有犯罪意思’的犯罪行为，是只有‘法律有特别规定’的场合才被处罚的犯罪。在这里，所谓过失意味着不注意，在过失的结果犯中，由于违反注意义务惹起结果而被处罚。”^②根据我国《刑法》第15条第1款规定，犯罪过失是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意没有预见或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的心理态度。相对于犯罪故意，犯罪过失所受的谴责要轻，因为故意涉及法律规范的效力，它的存在表明行为人不愿以法律的规定来指导自己的行为，从而根本上威胁到作为整体的法律制度。与犯罪故意相比，犯罪过失这一主观心理态度表现出以下两个特点：一是实际认识与认识能力相分离，即行为人有能力、有条件认识到自己的行为在当时的条件下可

① 转引自廖正豪，《过失犯论》，台湾三民书局1993年版，第99页。

② 马克昌，《比较刑法原理（外国刑法学总论）》，武汉大学出版社2002年版，第248~249页。

能发生危害社会的结果，但行为人事实上没有认识到，或者虽然已经认识到，但错误地认为可以避免这种危害结果发生；二是主观愿望与实际结果相分离，即行为人主观上并不希望危害社会的结果发生，但由于其错误认识，而导致了偏离其主观愿望的危害结果的发生。综上可知，过失理论的评价重心在于违反注意义务。如果没有违反注意义务，那么不论发生何种结果，都不可能有过失的存在。如果某种危害社会结果的发生不是因行为人未履行注意义务而引起，或者行为人虽然履行了注意义务危害结果仍然发生的，不能认为其具有犯罪过失而追究其刑事责任。换句话说，从认识因素上看，疏忽大意过失与过于自信过失都是“不意误犯”，它们都是以行为人违反注意义务为前提的。所以，违反注意义务是过失犯罪中的核心问题。当然，学界也有少数学者持反对见解，如我国台湾学者黄荣坚教授与大陆学者李居全教授等，此点容后论述。

在司法实践中，判断行为人的特定行为是否符合过失犯的构成要件时，大部分判决书总是以一句“行为人应当预见，由于未加注意而没有预见”或“已经预见，由于过于自信而发生危害结果”带过，并没有明确说明行为人注意义务的来源是什么，违反了什么注意义务，行为人是否有履行注意义务的能力。我国学者已经开始关注刑法中的违反注意义务这一课题，但对其研究还缺乏系统性，研究深度也还不够。

注意义务是一个抽象的概念，通常情况下，行政法律、法规并没有规定什么是注意义务，刑法也不可能对各种具体的注意义务明确加以规定。因此，我国台湾有学者认为，因为无法在法条中明确规定构成要件的具体特性，过失犯被称之为“有待补充的构成要件”。然而，由于过失犯的构成要件有待补充，因此，什么样的行为可以认定为过失行为，就不甚明了，为了在认定过失犯罪中不违背罪刑法定原则的要求，从刑法理论上加强对违反注意义务的研究就显得尤为重要。

法律秩序对于每一个受规范的对象所要求的注意义务是否都一

样？究竟在什么样的情况下以什么为标准来判断违反注意义务？由于各国在法律传统、历史文化等方面存在差异，不同国家的学者在有关违反注意义务的一些重要问题上认识不一，歧见甚多。在我国刑法理论研究中，违反注意义务的理论研究仍然是一个薄弱环节。我国大陆地区近年来与研究违反注意义务有关的专著主要有《注意义务研究》（周光权著）、《犯罪过失研究》（林亚刚著）、《过失犯罪研究》（胡鹰著）、《过失犯罪论》（侯国云著）、《过失犯罪的基础理论》（高铭暄、赵秉志主编）、《比较刑法原理》（马克昌著）等，从现有研究成果来看，侧重于研究概念和结构，而且介绍性的资料较多，但对如何解决我国司法实践中过失犯罪认定中的具体问题的研究则非常少。从司法实践的情况来看，某种行为是否违反了注意义务，从而是否认定为过失犯罪，司法官员也是见仁见智，严重影响了对过失犯罪的认定和惩处。这一司法状况，与刑法理论上对违反注意义务研究不深不透不无关系。因此，从刑法理论上加强对违反注意义务的研究，为司法实务工作者认定是否违反注意义务，是否构成过失犯罪提供一个正确的、具有可操作性的规范，刑法学人责无旁贷。

基于以上考虑，笔者最终选定过失犯中的违反注意义务作为博士学位论文题目，并拟从考察国内外的研究现状出发，展开对刑法中的违反注意义务的研究。尽管笔者研究能力有限，但深信为学之道，“求则得之，舍则失之”，因此，仍竭尽全力进行研究，并希望自己的研究能对完善和改进我国过失犯罪的刑事立法和刑事司法有所裨益。

二、研究方法

“文化，包括法律文化的承续性，是一个不争的事实。任何一种文化，都不是突如其来的，而是在先前文化的基础上演化而来的。”^①

^① 陈兴良，《刑法的启蒙》，法律出版社2003年版，第269页。

因此，本书的写作也是建立在前人研究成果的基础之上的。

首先应说明的是，因为本书的写作目的在于研究过失犯罪理论中的核心问题，因此在基本架构上仍无法脱离我国刑法理论模式，在研究违反注意义务之前，必须先对其“始祖”即过失犯罪的相关问题做一阐述，然后再锁定违反注意义务进行论述，以探求何种情形是违反注意义务，并探讨注意义务的限制，最后就监督过失形态下的违反注意义务做一分析比较。

其次，在参考资料的使用上，以我国大陆和台湾地区文献及日本资料为主，对资料进行梳理、消化后建立本书的基本结构。

再其次，本书兼采多种研究方法。综合使用社会调查与学术资料收集，分支研究与综合分析相结合，历史梳理与当代司法实践比较研究并重，理论与实证、宏观与微观相辅相成等方法。运用价值分析、中外比较分析、社会学分析、演绎归纳分析的方法，立足当代，回溯过去，放眼未来，进行创造性的研究。

最后，本书改变了传统单向分析的思维模式，拟对论题进行双向分析：一方面，以违反注意义务的基本理论及其价值蕴涵为基础，对司法实践中的问题进行研究；另一方面，从我国司法实务中的案例和德、日相关案例提出的问题出发，研究违反注意义务的根本理论问题，并对我国传统过失理论进行检讨与改造。

目 录

导 言	(1)
第一章 违反注意义务概说	(1)
第一节 过失犯中注意义务的理论发展	(2)
一、德、日国家过失犯中注意义务理论的发展	(2)
二、英美法系国家过失犯中注意义务的理论发展	(13)
三、两大法系犯罪过失中注意义务理论的发展比较	(18)
第二节 违反注意义务的概念界定	(20)
一、注意义务的概念	(21)
二、违反注意义务的概念	(30)
第三节 违反注意义务与违法性判断	(33)
一、德、日刑法学说中的违反注意义务与违法性判断	(35)
二、我国刑法学说中的违反注意义务与违法性判断	(38)
第四节 违反注意义务在犯罪过失中的地位	(42)
一、外国刑法中违反注意义务在犯罪过失中的地位	(42)
二、我国刑法中违反注意义务在犯罪	

过失中的地位	(48)
三、比较评析：违反注意义务是 犯罪过失的本质	(57)
第二章 违反注意义务的成立要件	(62)
第一节 存在注意义务	(62)
一、注意义务内容学说之争	(63)
二、结果预见义务	(66)
三、结果回避义务	(75)
四、结果预见义务与结果回避义务的关系	(81)
第二节 有注意能力	(84)
一、注意能力的概念界定	(84)
二、注意能力与注意义务的关系	(88)
三、注意能力与期待可能性	(92)
四、注意能力与过失原因自由行为	(94)
五、注意能力与超越承担过失	(96)
第三节 怠于注意	(97)
一、怠于注意的含义	(97)
二、怠于注意与疏忽大意的过失	(99)
三、怠于注意与过于自信的过失	(100)
第三章 违反注意义务的判断	(102)
第一节 违反注意义务的判断对象	(105)
一、违反注意义务判断对象学说分歧	(105)
二、违反注意义务的判断对象学说评析	(108)
三、笔者观点：“三分法”	(109)
第二节 违反注意义务的判断标准	(118)
一、违反注意义务判断标准学说概述	(118)
二、英美法系违反注意义务判断标准学说	(125)
三、大陆法系违反注意义务判断标准学说	(128)
四、违反注意义务判断标准学说评析	(131)

五、笔者观点：客观注意的主观化 标准说之选择	(132)
第四章 违反注意义务阻却事由	(138)
第一节 被允许危险原则	(138)
一、被允许危险原则的理论背景	(138)
二、被允许危险原则的理论地位	(145)
三、被允许危险原则与注意义务	(151)
四、被允许危险原则在我国刑法典中的适用	(153)
第二节 信赖原则	(155)
一、注意义务负担减轻的合理化与 信赖原则之源起	(155)
二、信赖原则的适用范围	(156)
三、信赖原则与被允许危险原则	(161)
四、信赖原则与违反注意义务	(163)
第三节 违反注意义务关联性与保护目的关联性	(167)
一、违反注意义务关联性与保护 目的关联性概述	(167)
二、履行注意义务结果仍可能发生时的 处理立场之争	(170)
三、笔者观点：结果预见基础上具体判断危险 是否明显增加	(174)
第五章 监督过失与注意义务违反	(177)
第一节 监督过失的界定	(177)
一、从案例谈监督过失理论的提出	(177)
二、监督过失的概念	(180)
第二节 监督过失中的注意义务违反	(184)
一、监督过失中的注意义务违反的表现形式： 作为犯罪和不作为犯罪	(185)
二、监督过失因果关系的认定	(186)

过失犯中的违反注意义务研究

三、监督过失的结果预见可能性 (188)

四、监督过失的结果回避义务及其界限 (190)

五、监督过失竞合中的注意义务违反 (193)

参考文献 (197)

后 记 (206)

目
录

第一章

违反注意义务概说

科学技术的日益发展，在带给人们生活便利的同时，带给人们的危险也在日益增加。为了避免危险，人们在生产、生活等社会活动中的注意责任也应相应增强，稍有不慎，就会引发过失犯罪。

过失犯罪的主观要件是犯罪过失，犯罪过失有其心理结构。心理结构，就形式而言有认识与意志，从内容来说有事实与规范。^① 在现实中，认识、意志、事实、规范是有机整合在一起的，理论上的探究又不得不以一定的模式对其分而述之。犯罪故意因其主观罪过的表露较为明显，因而需要充分展示其心理形式的框架。因此，以犯罪故意的认识因素与意志因素为主线，揭示犯罪故意在这两个方面的事实与规范特征，就成为犯罪故意剖析的较为合理的理论切入点。与犯罪故意不同，犯罪过失主观罪过的表露不够明显，从而需要充分揭示其心理内容的本质，这也凸显了犯罪过失中规范因素的地位。^② 由此，事实因素与规范因素是探究犯罪过失的两条主线，揭

① 关于犯罪过失构成要素的观点，刑法理论有规范要素说、事实要素并规范要素说、分别类型结构要素说。应当说，心理的事实特征与规范评价在犯罪过失的构成中均有着重要的意义。参见张小虎，《犯罪论的比较与建构》，北京大学出版社2006年版，第315~317页。

② 可以说，只要论及犯罪过失，就会探讨过失的规范因素（注意义务）。许多专著对于过失的阐述，均将过失的规范因素置于突出的位置。参见林亚刚，《犯罪过失研究》，武汉大学出版社2000年版，第105~220页；胡鹰，《过失犯罪研究》，中国政法大学出版社1995年版，第72~82页；洪福增，《刑事责任之理论》，台湾刑事法杂志社1988年版，第259~362页；马克昌，《比较刑法原理（外国刑法学总论）》，武汉大学出版社2002年版，第250~268页。

示犯罪过失在这两个方面的认识与意志特征，就应当成为犯罪过失探究的理论选择。其中，事实因素包括犯罪过失的认识事实与意志事实，规范因素表述犯罪过失的违反注意义务。犯罪过失认识的事实内容主要针对危害社会的结果，而行为性质并不是犯罪过失认识所指向的内容。对于危害社会结果缺乏认识、疏于认识或者具备认识、可能性认识是犯罪过失的认识事实特征；而对于危害结果的发生缺乏意志态度或者持反对态度、轻信避免态度则是犯罪过失的意志事实特征。在犯罪过失的构成中，规范因素处于决定性地位，犯罪过失规范因素的核心是注意义务，过失的本质在于违反注意义务。

第一节 过失犯中注意义务的理论发展

在刑法理论上，公认过失是与故意相并列的主观心理要素，是值得惩罚的一种心理态度。在德日刑法理论中，学者们在较充分研讨旧过失论的基础上，先后提出了新过失论、新新过失论、被允许危险原则、信赖原则等过失理论，并在注意义务、注意能力及危害结果的可预见性等核心理论方面，达成了许多共识。英美刑法在过失犯理论上虽不及德日刑法深入，但也占据了一席之地。

一、德、日国家过失犯中注意义务理论的发展

德、日属于大陆法系国家的典型代表，关于过失犯的研究极为深入，其过失犯理论经历了旧过失论、新过失论和新新过失论阶段。随着社会历史和现实生活的不断变化，逐渐形成了不同理论流派，这三种过失理论对注意义务的认识也各不相同。

（一）旧过失论时期的注意义务

旧过失论又称传统过失犯理论，源自于古典犯罪学理论。该理论认为，行为人在行为时欠缺意识集中的心理状态，由于这种欠缺意识集中的心理状态，以至于没有预见到结果会发生而导致发生了该结果，由此应负过失责任并受处罚。其代表人物主要有贝林格

(Beling)、费尔巴哈 (A. V. Feuerhach)、克莱茵 (Kohler) 等。传统过失理论聚焦于注意义务的违反, 着重于结果无价值。传统过失理论由于受当时犯罪理论体系影响, 将过失定位为责任要素, 其中心观点是认为过失和故意都是犯罪的心理的、主观的要素, 过失的本质在于违反预见义务。行为人既然有预见的可能性, 就应加以防止, 如果违反预见义务, 以致危害结果发生的, 就应负过失责任。

作为刑事古典学派的代表人物, 有着“近代刑法学之父”之称的费尔巴哈认为, 对于某一行为, 只有在符合构成要件该当性、违法性的前提之下, 才有可能去探讨有责性问题。在有责性的探讨中, 费尔巴哈将故意与过失都视为责任的形式, 基于心理强制说与自由意志论的立场, 他认为对危害结果的发生, 故意犯罪是积极的恶意, 过失犯罪是消极的恶意。他认为犯罪的本质是对权利的侵害, 过失虽然不是出于行为人的意图而引起对权利的侵害, 但过失中包含着积极的恶的要素。消极的恶意虽然没有实现结果的意思, 但是违反了注意义务。行为人本来可以认识、预见犯罪事实的发生, 也应当认识、预见, 但由于欠缺意识的紧张, 未注意, 导致了结果发生, 自然应当追究其责任。费尔巴哈明确指出: “过失虽非由于行为者之意图而惹起侵害权利之情形, 但发生侵害权利之事, 无论基于何种原因, 皆为国家所不愿发生者, 故国民不仅应负‘不直接意欲违法的结果’之义务, 且亦应付‘必须回避违反自己意图而招致有害的结果’的一切作为及不作为之一般的义务 (注意义务), 行为人如一方面知悉有此一般义务之存在, 另一方面仍然敢违反此义务时, 则可认定其有过失。”^① 与费尔巴哈同时代的学者克莱茵 (Kohler) 也同样提出了过失为消极的恶意的观点。他认为, 为使某种行为成为可罚起见, 必须具有值得非难的意思, 对此, 未必以积极的意思为必要, 仅以消极的意思就已足够。根据他的观点, 恶的意思为两种: 其一, 狭义的恶, 即故意, 是实现违法的结果或者不实现被命令的

^① 洪福增, 《刑事责任之理论》, 台湾刑事法杂志社 1988 年版, 第 261 页。

结果的意思决定，是积极的恶的意思。其二，广义的恶，即过失，是欠缺回避违法结果的必要努力以及欠缺紧张注意的良好故意，是消极的恶。由此可见，克莱茵的这种消极的恶，在心理事实上表现为欠缺必要的意思紧张和集中，对具有预见可能性的违法结果的不注意，对法秩序的不关心，是过失犯罪负刑事责任的实质根据。^①

总而言之，旧过失论时期的注意义务主要是结果预见义务。具体而言，可对其做如下小结：依据心理责任论的观点，在过失犯の場合，因为行为人没有事实认识，所以不能期待其意识到违法性，由于什么原因才有可能指责他也就未必十分明确。因此，伴随着责任论从形式上的心理责任论转变为实质上的规范责任论的同时，过失概念从心理到规范的性质变化也显得十分紧迫。这可以解释为由此而产生的概念道具就是以结果的预见可能性为前提的结果预见义务，不论行为人是否能预见犯罪事实，由于欠缺意思紧张而没有预见，违反了结果预见义务而漫不经心地出现在行为中使得结果发生，这就值得在刑法上给予指责。传统过失理论在认定过失责任有无时，按结果来确定其有无责任，采取事后追究责任的方式，重在结果无价值，而忽略了对于行为种类或方式的评价。旧过失论从“心理上的意识紧张”的心理主义责任论观点出发，将注意义务理解为结果预见义务，在社会生活整体水平不变、科技尚不发达的历史条件下是有其存在余地的，同时也是可以解决一些实际问题的。然而在科技社会中，由于超出人类以往的技术经验，对于其可能发生危险的种类及范围，尚未充分了解，难以预见将有何种具体结果会发生。如果依照传统过失理论，则不能让行为人负过失责任，这对于公众的生命、财产保证又难免不公；如果对结果的发生，虽然有预见可能性，但已尽了结果回避义务，其行为并没有逾越社会相当性的基准，也要求其对于危害结果承担责任，就会与时代需求不相符合。我们不能仅仅因为行为人曾认识并预见结果，就认为完全履行了注意

^① 林亚刚，《犯罪过失研究》，武汉大学出版社2000年版，第23页。