

2008年 第六辑

(总第三十一辑)

审判研究

黄明儒 / 犯罪过失类型论

孙国祥 / 社会危害性与刑事违法性的冲突之解决

贾邦俊 刘 迪 / 惩罚性赔偿制度若干问题探究

赵 毅 / 中国传统法律文化之伦理特性及现代转型

刘媛珍 / 把握大局 抓住机遇 推动知识产权审判工作取得新发展

薛剑祥 陈亚鸣 / 接纳与规制：面对新闻传媒的司法审判

覃 波 / 审判阶段补充侦查权之配置与规制路径探究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2008年 第六辑 (总第三十一辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2008年. 第6辑:总第31辑/《审判研究》
编辑委员会编. —北京:法律出版社, 2009. 4
ISBN 978-7-5036-9360-1

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国 IV. D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第033885号

©法律出版社·中国

责任编辑/李群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960毫米 1/16

印张/15.5 字数/248千

版本/2009年4月第1版

印次/2009年4月第1次印刷

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 978-7-5036-9360-1

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	马汝庆	马志相
帅巧芳	叶兆伟	叶晓颖	刘 华
刘亚平	刘媛珍	汤小夫	李飞坤
李后龙	时永才	吴立香	何 方
宋 健	张 屹	张培成	陆鸣芬
范 群	茅仲华	周茸萌	周晖国
屈建国	胡道才	俞灌南	姜洪鲁
贺强兴	徐清宇	蒋惠琴	谢国伟
褚红军	薛剑祥		

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轍 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 轍（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 杨 鸣

目 录

Trial Study 2008 年第6辑(总第31辑)

专家论坛

- 1 黄明儒 / 犯罪过失类型论
- 18 孙国祥 / 社会危害性与刑事违法性的冲突之解决
- 30 贾邦俊 刘 迪 / 惩罚性赔偿制度若干问题探究
- 39 赵 毅 / 中国传统法律文化之伦理特性及现代转型
——以研究宋元话本中的儒家伦理为视角

特 稿

- 47 刘媛珍 / 把握大局 抓住机遇 推动知识产权审判工作取得
新发展

专题研究

- 57 薛剑祥 陈亚鸣 / 接纳与规制:面对新闻传媒的司法审判
- 71 章 波 / 审判阶段补充侦查权之配置与规制路径探究
——透析当前补充侦查程序中检法关系之非常态化
- 85 赵 鸣 / 诉讼保全制度中的若干程序问题研究
——以权益保障与平衡为视角
- 96 王曼丽 / 案外人异议制度相关问题研究
- 107 关 倩 / 公司司法解散中诉的合并问题的法律适用
- 116 刘智明 / 公诉举证中证据瑕疵及应对
——兼论审判权对公诉权制约之必要
- 127 冯嘉林 王拥护 / 论涉他合同的效力
——以第三人约款为中心的“涉他合同独立性理论”

调查报告

- 关于全省三级法院量刑均衡体系的调研报告
/ 江苏省高级人民法院刑三庭 138
- 民诉法修改后对审判监督工作职能的影响及对策
/ 南京市中级人民法院审监庭 南京市下关区人民法院 164
——以中院和基层法院为视角

会议综述

- “回顾与展望:人民法院司法改革论坛”综述
/ 江苏省高级人民法院司改办 无锡市中级人民法院 178

各抒己见

- 中国特色审判管理机制之构想 / 许建兵 189
——以审判权运行为中心
- 借鉴与吸收:期待可能性理论的本土化 / 闵建生 陈 建 201
- 论诉的变更与审理期限的调和 / 姬广勇 212
——从司法高效运作的视角
- 刑事追缴制度的反思与重构 / 徐竹芄 222
——以司法权的合理配置为视角

审判参考

- 江苏省高级人民法院 江苏省卫生厅 234
关于进一步加强医患纠纷调处工作的意见

专家论坛

犯罪过失类型论

黄明儒*

犯罪过失作为犯罪主观罪过形态之一,并非仅仅是犯罪故意的补充,而具有其自身的价值蕴涵,需要重新研究其内涵与意义。而对不同类型的犯罪过失进行深入研究则有利于对犯罪过失的全面认识。犯罪过失的类型,也就是犯罪过失的形态。刑事立法与刑法理论根据不同的标准,一般将犯罪过失划分为不同的种类。由于不同类型的犯罪过失着重反映犯罪过失某一方面的具体特征,因而对于我们全面认识犯罪过失具有重要意义。本文拟就现有理论与实践较为重要的数种分类予以叙述讨论,以求正于方家。

一、疏忽大意过失与过于自信过失

根据行为人对危害结果认识的不同情况,犯罪过失首先可以分为疏忽大意过失与过于自信过失两种。这种分类方法是犯罪过失最基本、最传统的分类方法,也是为各国刑法理论及刑事立法所公认的分类方法。我国刑法关于犯罪过失的规定便把犯罪过失分为疏忽大意过失与过于自信过失。

根据我国《刑法》第15条的规定,所谓疏忽大意过失,是指应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,以致发生这种结果的心理态度。由于从认识因素上看,行为人没有预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因此又被称为无认识过失或无意过失。我国台湾地区刑法学界即普遍采用后一概念。一般认为,《刑法》第14条第1项所规定:“行为人虽非故意,

* 湘潭大学法学院教授,法学博士,博士生导师,主要从事刑法学研究。

但按其情节应注意,并能注意,而不注意者,为过失”,此即无认识之过失,亦曰疏忽过失,乃谓行为人对于犯罪事实之发生欠缺犯罪之故意,而系全无认识,或未认识全部犯罪事实之情形。^[1]

由此可见,疏忽大意过失的本质特征在于,行为人对应当预见的危害社会的结果没有预见,违反了对危害结果的预见义务。成立疏忽大意的过失,必须具备三个条件:

第一,没有预见,即行为人在实施行为时没有预见到自己的行为可能发生危害社会的结果。主观上对危害结果的无认识状态,是疏忽大意过失区别于直接故意、间接故意以及过于自信过失的一个重要特征。它包括两种情况,一是行为人有意识地违反自己的职责,并且认识到自己所实施的行为本身以及这种行为可能产生的其他结果,而没有认识到可能产生危害社会的结果;二是行为人不仅对行为可能产生的危害结果没有认识,而且对行为本身也没有认识,即行为人无意识地违反了自己的职责。

第二,应当预见。所谓应当预见,是指行为人在行为时有预见的义务也有预见的能力。如果行为人根本不当预见,也就不能认定行为人对危害结果有过失的心理存在。预见义务,一般认为不仅包括法律、法令、职务与业务方面的规章制度所确定的义务,而且包括日常生活准则所提出的义务。但是,国家只能要求那些有能力预见的人履行预见义务,因此,行为人的预见义务是“应当预见”的前提条件,而行为人的预见能力则是“应当预见”的主观基础,预见义务以预见可能为前提。

关于判断行为人预见能力的标准,理论上历来有主观说、客观说与折衷说之争。主观说主张以行为人本人的注意能力为标准进行判断;客观说以一般人或平均人的注意能力为标准进行判断;折衷说主张行为人的注意能力高于一般人时应以一般人的注意能力为标准,行为人的注意能力低于一般人时应以行为人的注意能力为标准。

我们认为主观说要合理一些。依客观说,行为人能够预见,而一般人不能预见,则行为人不构成犯罪,这是将疏忽大意过失当作意外事件处理;而行为人不能预见,而一般人能够预见,则行为人构成犯罪,这又把意外事件当作了疏忽大意的过失犯罪。折衷说在行为人的注意能力高于一般人时,也犯了同主观说同

[1] 廖正豪:《过失犯论》,三民书局1994年版。

样的错误。因此,判断行为人能够预见的标准,只能以他本人所具有的实际认识能力为出发点。对于低于一般水平的人来说,在行为时即使予以充分注意也不能预见,就不能要求行为人承担责任;对于高于一般水平的人来说,只要其予以注意就能够预见,就不能以一般人不能预见来否定其责任。当然,社会生活是复杂的,有时行为人在一般条件下是能够预见的,但在某种特殊条件下,由于客观环境的限制,却不能预见某种行为可能发生危害结果;相反,也有在一般条件下不能预见,但在行为时由于特殊条件的出现,实际上能够预见的。因此,在判断能否预见时,还要把行为本身的危险程度、行为时的客观环境同行为人的智能水平结合起来,也就是应坚持主客观相统一的原则。

第三,应当预见而没有预见的原因是行为人的疏忽大意,即未尽必要的注意义务。这是过失犯罪心理特征的重要内容。如果应当预见而没有预见的原因是因为其他因素,诸如年幼无知、精神疾病等,便不能认为是疏忽大意的过失。

而过于自信过失则是指行为人虽已预见到自己的行为可能发生危害社会的结果,但轻信能够避免,以致发生这种结果的心理态度。亦称有认识过失、有意识过失。过于自信过失具有两个特征:

第一,行为人已经预见到自己的行为可能发生危害社会的结果。这是过于自信过失的认识因素,是过于自信的过失成立的前提,也是过于自信的过失与疏忽大意过失相区别的显著标志。在过于自信的情况下,行为人不仅预见到自己的行为可能发生危害社会的结果,而且是故意实施这种行为的。同时,故意实施的行为还必须是错误行为。^{〔2〕}

第二,行为人轻信所预见的危害结果能够避免。这是过于自信过失的意志因素,也是过于自信过失区别于疏忽大意过失的一个重要心理特征。所谓轻信能够避免,是指在预见到结果可能发生的同时,自认为凭借一定的主客观条件,能够避免结果的发生,但是由于这种自信缺乏充分的根据,因而仍然发生了危害社会的结果。而行为人之所以轻信,主要有两种情况:一是不切实际过高地估计了可以避免危害结果发生的有利因素;二是过低地估计了自己的错误行为导致危害结果发生的可能程度。

从上述分析可知,过于自信过失与疏忽大意过失在违法内容和罪责程度上,并没有高下之别。在刑罚裁量上,过于自信过失不一定就重于疏忽大意过失,因

〔2〕 马克昌、杨春洗、吕继贵:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版。

为“无认识下之不注意可能还重于确信结果之不发生”〔3〕。刑法之所以作这样的区分,主要是为了从认识因素与意志因素上更为深刻地理解过失的特征,并使过失与故意、意外事件等概念区别开来。

二、单纯过失与业务过失

以行为人违反的注意义务种类的不同或者违反规范的不同,过失可分为单纯过失和业务过失。

所谓单纯过失,也就是一般意义上的过失,是指行为人作为一般主体在日常生活中怠于尽必要的注意义务,致发生构成犯罪的行为所形成的过失。由于这种过失发生在行为人的日常生活、社会交往过程中,违反的是公共生活的一般规范,或者说国家为维护正常社会生活秩序的需要,对社会上一般人在从事日常生活、社会交往中提出的注意义务,故又称之为一般过失或普通过失。单纯过失主要见于刑法分则第二章危害公共安全罪章的部分犯罪和第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪章中的部分过失犯罪,如失火罪、过失爆炸罪、过失投毒罪、过失破坏交通工具罪、过失破坏交通设备罪、过失致人死亡罪、过失致人重伤罪等犯罪行为中的过失。至于违反哪种一般注意义务可构成单纯过失犯罪,由于日常生活、社会交往的范围极其广泛,实难确定。从法律的角度而言,可以说除了业务活动中应当遵守的注意义务之外的注意义务,皆为一般注意义务。因此,为了更好地理解单纯过失,必须以业务过失作为对照。

所谓业务过失,是指从事一定业务的行为人在业务活动过程中,因不尽其关于业务上应特别注意的义务而构成的过失。这里所说的特别注意义务,是国家为维护社会正常的生活秩序、生产秩序以及发展的需要,对从事某些特别业务活动的人所提出的注意义务。这种注意义务,只适用于从事某些特别业务活动的特殊主体,违反这种特别注意义务而造成违法结果的,即为业务过失。由于其发生在业务过程中,因而从外部行为特征上看,行为人往往是违反了业务活动的规章制度,而实质内容则是违法了业务上的注意义务。我国刑法关于业务过失犯罪的规定,主要集中在刑法分则第二章危害公共安全的部分犯罪和第六章妨害社会管理秩序罪以及第七章危害国防利益罪和第九章渎职罪、第十章军人违反职责罪章中的个别过失犯罪。如交通肇事罪、重大责任事故罪、违反危险物品管

〔3〕 林山田:《刑法通论(下册)》,台大法学院图书馆2000年版。

理规定肇事罪、玩忽职守罪等犯罪行为的过失,就是业务过失。

如何理解业务过失中所谓的“业务”呢?这无疑是界定业务过失的前提,也是单纯过失区别于业务过失的关键。关于“业务”的含义,有各种不同的解释,狭义说认为,所谓业务,是指行为人基于社会生活上的需要,从事某种合法职业,在其职业活动的权限范围内所为的行为,即属业务行为。广义说认为,一个人基于社会生活上的地位而经常、反复不断地继续执行的同种类事务即属业务活动。折衷说则认为,所谓业务,不仅以行为系反复继续地而为必要,而且更应以此行为在社会生活上伴随着重大的危险性,而从事此行为的人负有特别注意义务为必要。^{〔4〕}如藤木英雄就指出:“所谓业务,是指在社会生活中具有较大危险性,并且持续、反复从事的活动。”^{〔5〕}不难看出,在业务过失的认定上,主要争论点有四:

一是业务是否必须是反复继续从事的行为。实务之见解认为业务系以反复同种类之行为为目的之社会活动,故当然承认其反复继续性。^{〔6〕}仅属偶尔为之,就不能说是业务。但所谓“反复继续”,究竟是指客观上认定之继续,还是仅以行为人主观上具有继续从事于一定业务的意思为已足,理论上不无困惑。我们认为,只要性质上是要反复继续实施的,并不以行为人曾经多次重复同样的行为为必要。行为人具有反复继续实施同种行为的先在意思,即使事实上行为人只实施了一次,也不失为业务。例如持有驾驶执照的司机,第一次驾车从事营运业务就不慎轧死行人,也构成业务上的过失行为。值得注意的是,这种反复继续的业务行为,不以行为人具备专门的知识或特别的技能为必要,着重应看其是否具有反复性、继续性。

二是业务行为是否必须具有危险性。“业务”从其字面涵义而言,当然不包括危险的含义,立法上对此也没有明示。但学者一般认为,这里的业务必须含有对人的生命、身体造成侵害的危险,因为只有这样的业务才有意义作为犯罪而类型化。^{〔7〕}因此,驾驶汽车、驾驶船舶、制造、贩卖、保管危险物品等被认为是具有危险性的业务,而马拉松运动员的快跑、使用自行车进行的投递、家庭中女佣人的家务,即使是作为职业来进行,由于一般认为其没有危险性,故不属于业务。

〔4〕 甘雨沛、杨春洗、张文:《犯罪与刑法新论》,北京大学出版社1991年版。

〔5〕 [日]藤木英雄:《过失犯的理论》,有信堂1980年版。

〔6〕 前引〔1〕,廖正豪书。

〔7〕 张明楷:《外国刑法纲要(第二版)》,清华大学出版社2007年版。

三是附属业务是否与主要业务同属刑法上业务的范畴。曾有判例认为,上诉人在医院充当助手,如非担任治疗之业务,则其对于求诊者,滥施针药,误伤人命,系属普通过失致人于死,当不负业务上过失之加重责任。^{〔8〕}似乎将附属业务排除于业务之外。但现在的判例趋向于承认附属业务也是业务,如台湾“最高法院”1982年台上字第1550号判决认为刑法所谓之业务,系指个人基于其社会地位继续反复所执行之事务,其主要部分之业务固不待论,即为完成主要业务所附随之准备工作与辅助事务,亦应包括在内。^{〔9〕}例如医师外出应诊而驾驶汽车,给病人诊断是医生的业务,但是为了应诊而从事的准备工作——驾车前往,也应视为业务行为。但这种观念在我国刑法理论中目前很难构成主流观念。在我看来,附随行为是否可以视为业务行为,关键在于这种附随行为是否为完成主要业务所必需,否则可能会无限扩大业务行为的考察范畴。

四是业务是否以合法正当的业务为限。台湾通说及判例近年来认为,刑法上所谓业务,系指以反复同种类之行为为目的之社会的活动而言,执行此项业务,纵令欠缺形式上之条件,不免违法,但仍无碍于业务之性质。^{〔10〕}这一见解是可取的。事实上很多欠缺形式要件的违法行为恰好是导致过失犯罪的根源,也是刑法必须加以规制的,如果要求行为人所从事的业务属于合法行为,无疑会放纵犯罪。因此,假如行为人未领驾驶执照而从事交通运输业务,尽管这种业务行为违法,但不能说驾驶汽车不是其从事的业务。从我国立法来看,有些业务不强调合法性,合法行为与非法行为都可以构成业务过失犯罪,主要集中在传统的生产作业方面,如《刑法》第134条规定的重大责任事故罪,就是一个典型的业务过失犯罪条款,业务不具有合法性的,也可以构成本罪;而有些业务则强调合法性,只有合法从事业务活动的,造成危害后果时才可能构成业务过失犯罪,否则只能构成他罪。如《刑法》第335条规定的医疗事故罪即要求构成本罪的主体必须是具有合法身份的医务人员,否则只能构成非法行医罪。由此可见,从总体上讲,业务是不以合法业务为限的。

最后,还要明确的是,业务必须是基于社会生活上的地位的事务,即必须是社会活动。自然的日常行为,如饮食、睡眠、散步、照看子女、做家务等,都不是业务。总而言之,业务过失中的“业务”,我们认为采纳折衷的观点比较适合我国

〔8〕 前引〔1〕,廖正豪书。

〔9〕 前引〔1〕,廖正豪书。

〔10〕 前引〔3〕,林山田书。

的立法与司法实践,即业务就是指人基于社会生活上的地位反复、继续实施的,包含有一定危险性的事务。它不以行为人有特别技能为必要,也不以适法行为为限,还包括附属业务,只要行为人有反复继续实施的意思,就成立业务。

世界各国刑法一般规定业务过失罪的法定刑重于单纯过失罪的法定刑。理由何在呢?对此,理论上有不同的认识。有的认为是因为作为主体的业务人员其注意义务要高于一般人,违反这种义务所承担的责任就要重;有的认为是因为业务过失犯罪的被害法益比较重大,因此,违法性严重;有的认为是为了警戒一般人员才加重处罚。但这些观点都是有缺陷的。因为注意义务就同一行为而言,不能因人而异;业务过失犯罪的后果也不见得就比单纯过失重;刑事政策上的考虑固然有一定道理,但没有从法律上说明问题。我们赞成通行的观点,即由于业务人员具有高度的注意能力,其注意义务的违法程度就显著,违法性的程度就高,责任就重。然而我国刑法对于业务过失犯罪法定刑的规定明显低于普通过失犯罪的法定刑,如何看待这一现象呢?我们认为,这是我国刑法对待过失犯罪的宽容态度在业务过失上极端的体现,这一做法与世界潮流背道而驰。事实上,业务过失的主观恶性比单纯过失要严重得多,业务过失犯罪一旦发生,后果的严重、影响的宽广也往往非单纯过失所能及,因此,我国关于业务过失犯罪和单纯过失犯罪的法定刑规定是不合理的,应当在今后予以修改,适当提高业务过失犯罪的法定刑,降低单纯过失犯罪的法定刑,使二者相互协调,形成错落有致的刑罚格局。

日、德刑法在一般过失、业务过失之外,还存在一种相并列而加以研究的监督过失。所谓监督过失,“系指二个以上有从属关系之人,即监督者与被监督者之间,由于被监督者所实施之故意或过失之行为,而追究监督者之刑事责任之谓。”^{〔11〕}具体有广、狭两义。广义的监督过失,是指处于监督地位者的过失责任,其范围主要涉及灾害性责任事故、企业事故中负有监督、领导业务活动的人的业务过失。狭义的监督过失,与“管理过失”相区别,例如在企业事故中,对于部下的失误行为不进行指导、安全教育而致人死亡的经营者所承担的过失责任是“监督过失”;与此不同,如果事故是因管理者对人事、设备调配,或者规章制度等不完备而造成的事故所承担的过失责任,是“管理过失”。^{〔12〕}由此可见,监督过失与业务过失、一般过失既有联系又有区别。从其主要发生在业务活动中而

〔11〕 前引〔1〕,廖正豪书。

〔12〕 林亚刚:《犯罪过失研究》,武汉大学出版社2000年版。

言,监督过失也可认为是业务过失;从其注意义务来看,监督过失又不同于一般过失的注意义务。一般过失的注意义务是预见自己的行为直接产生危害社会结果,并应采取结果回避措施的义务。而在监督过失中,由于介入了直接行为人的过失行为这一中间项,因此,监督过失的注意义务是预见自己的行为引起被监督者的行为,并产生结果,为了避免结果而应对被监督者的行为采取某种防止行为的义务。

监督过失理论的提出,对传统的过失理论提出了挑战。按照旧过失论,监督者应当对危害结果有具体的预见,但是因为存在中间项,要对这一过程有具体的预见是相当困难的,因此难以成立监督过失。而新过失论提出了信赖原则作为补充,监督者合理信赖被监督者会采取适当行动,而被监督者采取了不适当的行为导致结果发生时,按照信赖原则也不成立监督过失。只有在危惧感说之下,监督过失才有成立的余地。但是该说本身并没有得到广泛的支持。

我国没有明确监督过失这一提法,但并不意味着不存在监督过失的场合。在现实生活中,当企业或单位作为一个组织体而导致危害结果发生时,应当如何看待其中的过失,应由哪一个或哪几个具体的人负责,是一个相当棘手的问题。传统的做法是从现场作业的人当中找出实施了违反规章制度或不适当行为从而直接导致危害后果的人,让其负直接过失责任,并由此上推,让负有监督责任而未履行监督义务的人负管理或监督不力的间接过失责任。^[13] 我们认为,适当的借鉴监督过失理论,对于确认处于领导者、监督者有无过失罪过有积极的意义。但是监督过失在我国刑法理论界目前研究尚待深入,因此,还需今后加强对这一问题的关注。

三、通常过失与重大过失

依过失程度之轻重,即欠缺注意之程度的不同,理论上通常将过失分为通常过失与重大过失。区分重大过失与通常过失的典型立法是德日刑法的有关规定。日本刑法中虽没有犯罪过失的一般概念,但在其分则条文中,却规定了重大过失。第117条的重失火罪以及第211条之二的重过失致死罪的规定就是例证。依其规定,重过失就是指除业务上的过失以外,注意义务违反程度严重的情况,除此之外,则是通常过失。而在刑法理论上,则有学者认为:“当过失一词用

[13] 侯国云:《过失犯罪论》,人民出版社1993年版。

于表示一种心理状态的时候,它实在没有未注意的程度问题,因为过失意味着在某人的心理上完全缺乏特定的思想,即空虚。而空虚是没有程度差别的。”^[14]也就是否认过失有轻重之分。我国现行刑法仅就对于危害结果预见与否规定了疏忽大意过失与过于自信过失,并未依过失之轻重程度分为通常过失与重大过失,那么理论上探讨这种分类究竟有无意义呢?笔者认为,否定过失有轻重之分的观点是建立在否定过失的心理事实的基础上的,因而缺乏科学根据。重大过失与通常过失的区分,实际上对量刑有着重要意义。行为人稍加注意就可以避免结果的发生,但行为人却违反了这种起码的注意义务,当然应当加重处罚。因此,虽然我国立法上未承认重大过失与通常过失,但学术界普遍就这一分类方式进行了深入探讨。

至于如何认定重大过失,历来有不同认识。有一种主张认为,把过失分为有认识的过失和无认识的过失,而有认识的过失是重过失。但是,有认识的过失和无认识的过失的区别未必是明确的。并且,如果行为是相当慎重地进行的,即使是有认识的过失,也不能说因为有发生结果的认识而当然认为是重过失。^[15]另外还存在着两种对立的见解:一种可称之为主观说,认为重大过失应以行为人违反注意义务的程度考察,如尽轻微注意即可预见防止的,则为重过失。例如,台湾学者洪福增认为:“仅以轻微的注意,即可容易地预见结果之发生,且可回避结果于未然,而尽其注意之义务,然由于懈怠而未予注意或预见,以致发生结果,而违反注意义务,即系犯重大过失。”^[16]另一种可称之为客观说,即主张过失的程度应考察行为人的外部行动,在一般情况下如认为有必要给予较重制裁的过失为重大过失。例如,美国学者哈特认为:“如果所要采取的预防措施是非常简单的,譬如连一个身体和精神力量十分脆弱的人都能轻易采取的措施,那么,过失就是严重的。”^[17]此外,还有学者主张应采取综合标准,即既看违反注意义务的程度,也要兼顾行为及危害结果,如认识对象的复杂程度、行为的激烈程度、危害结果的严重程度等。^[18]

应当说,主观说的立场是可取的。因为过失的轻重不是指客观上的危害结果的轻重,而是指主观上的过失程度的轻重。而以对危害结果有无认识为标准

[14] [英]J·W·塞西尔·特纳·肯尼:《刑法原理》,王国庆等译,华夏出版社1989年版。

[15] [日]木村龟二:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1991年版。

[16] 洪福增:“刑事责任之理论”,刑事法杂志社1982年版。

[17] [美]H·C·A·哈特:《惩罚与责任》,王勇等译,华夏出版社1989年版。

[18] 刘生荣:《犯罪构成原理》,法律出版社1997年版。

和客观说都是不恰当的。首先,前一标准只能是在不同过失罪过形式之间进行的横向比较,而不能在同一罪过形式的过失中进行比较,因而是科学的。^[19]如果依此种观点,在理论上及刑事政策上也说不过去。因为行为人对危害结果有认识,在一定场合可以认为是一定程度地履行了注意义务(结果预见义务),怎么会在过失程度上反重于根本没有履行注意义务的情况了呢?如果主张在过失程度上有认识的过失高于(重于)无认识的过失,在刑事政策上不等于鼓励行为不要去履行结果预见义务、不要去认识危害结果发生的可能性了吗?所以,认为有认识过失在过失程度上重于无认识过失的观点是不妥的,在实践中是有害的。^[20]其次,客观说用客观的标准作为判断主观心理的基点,立场就出现了错误。但客观说将是否应给予较重的处罚作为标准,事实上并非是纯客观的。因为是否给予较重处罚所依据的事实可能是多种多样,可以是因违反注意义务的程度严重,也可以是因违反的注意义务本身的重要性,还可以是因造成的后果特别严重。当然,也可以是因为行为人动机恶劣、卑鄙,等等。^[21]但这同时说明,客观说并没有提出一个明确的标准,因此最后实际上是陷入了综合说的窠臼。

基于上述分析,笔者认为,在判断是否为重大过失时,应采取主观说,以行为人的注意义务和能力作为基础,但以一般人的认识作为判断的标准,如果一般人认为行为人违反注意义务的程度严重,只要行为人稍加注意就可以避免结果的发生,但行为人却违反了这种起码的注意义务,就是重大过失,相反则为轻过失或通常过失。

关于通常过失,也有学者定义为“欠缺通常人应有之注意而致之过失”。^[22]如何认定“通常人应有之注意”呢?对此,有客观标准说与主观标准说。所谓客观标准说,系为行为人社会交往范围内注意能力周到之人所应有的注意,亦即“交易上所必要之注意”,行为人纵已相当注意,但若未达该客观标准,致生损害者,称之为“抽象的过失”。所谓主观标准说,系以个别行为人自己力所能及的注意为标准,行为人若未尽自己力所能及的注意,致生损害者,则称之为“具体的过失”。我们认为同重大过失的认定一样,也应采取主观说。如果无视行为人的注意能力,要求行为人注意到交易上所必要之注意,无异于强迫行为人承受

[19] 前引[12],林亚刚书。

[20] 胡鹰:《过失犯罪研究》,中国政法大学出版社1995年版。

[21] 前引[12],林亚刚书。

[22] 前引[1],廖正豪书。