

苏雄华 著

犯罪过失理论研究

基于心理本体的三维建构

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

苏雄华 著

犯罪过失理论研究

基于心理本体的三维建构

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本专著获江西理工大学优秀学术著作出版资金资助

图书在版编目(CIP)数据

犯罪过失理论研究:基于心理本体的三维建构 / 苏雄华著. —北京:法律出版社, 2012. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3175 - 0

I. ①犯… II. ①苏… III. ①过失(法律)—犯罪心理—研究 IV. ①D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 030085 号

犯罪过失理论研究

——基于心理本体的三维建构

苏雄华 著

责任编辑 钱小红

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.625 字数 227 千

版本 2012 年 7 月第 1 版

印次 2012 年 7 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 北京中科印刷有限公司

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 978-7-5118-3175-0

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)

序

李永升*

犯罪过失作为过失犯罪的主观侧面,一直是过失犯罪研究的重心,随着我国刑法理论研究的不断深入,人们逐渐发现了犯罪过失的独特内容,特别是在现代高科技和社会公共危险不断增大的背景之下,有很多方面的现实问题需要加以研究,因此,这一问题也就始终成为刑法理论工作者研究的热门话题。从20世纪80年代至21世纪初,在我国,关于过失犯罪方面的论著主要有张炳明教授等人撰写的《过失犯罪的理论与实践》,孙国祥教授等人撰写的《过失犯罪导论》,胡鹰撰写的《过失犯罪研究》,侯国云教授撰写的《过失犯罪论》,高铭暄、赵秉志教授主编的《过失犯罪的基础理论》,林亚刚教授撰写的《犯罪过失研究》,张永红教授撰写的《普通过失犯罪的认定与处理》,刘志伟教授等主编的《业务过失犯罪比较研

* 李永升,男,安徽怀宁人,1964年生。现为西南政法大学教授,博士生导师。兼任中国犯罪学学会理事、未成年人法制教育专业委员会常务委员、重庆市青少年犯罪研究会理事、重庆市刑法学研究会常务理事、中国金融法律行为研究会常务理事。

究》，胡鹰撰写的《过失犯罪的定罪与量刑》，刘明祥教授主编的《过失犯罪研究》，等等。这些论著从过失犯罪的概念、类型、基本理论、定罪与量刑等多方面对其作了较为深入的研究。但囿于时间的局限性，这些论著在犯罪过失的理论深化方面尚存一定的缺陷。然而，令人欣喜的是，随着过失犯罪的研究进一步深入，有关这一问题的专门性著作正在不断地推出，例如周光权教授撰写的《注意义务研究》，程皓撰写的《注意义务比较研究》，刘丁炳撰写的《监督管理过失犯罪研究》，赵慧撰写的《刑法上的信赖原则研究》，王海涛撰写的《过失犯罪中信赖原则的适用及界限》，这些论著从犯罪过失的某一方面出发，选定某一特殊的视角，对于犯罪过失所涉及的专门性方面的问题进行了颇具新意的研究，从而使我国刑法理论对犯罪过失方面问题的研究不断深化，取得了令人注目的理论进展。

我的博士生苏雄华同志自从攻读博士学位以来，就对犯罪过失的理论问题产生了深厚的兴趣，并选定了《犯罪过失的理论建构》作为自己博士学位论文题目，在历时两年的艰辛努力下，数易其稿，终于完成了二十多万字的博士学位论文，并顺利通过答辩。现其在博士论文的基础上，对之加以修改补充，形成了《犯罪过失理论研究——基于心理本体的三维建构》一书，作为其论文的指导老师 and 该书稿的第一位读者，本人认为本书有以下几个方面的特点：

第一，观点鲜明，在理论上颇有建树。从现有的研究成果来看，犯罪过失是当下刑法学界研究的一个热点问题，因此，其成果较多，研究的问题也较多，但是本书在现有的理论研究方面独树一帜，凸显了其别具一格的新特色。首先，就犯罪过失的概念而言，本书认为犯罪过失是指行为人在行为时能够认识、应当认识但没有正确认识侵害法益的行为的危害性质及其避免措施的状态。这一概念与传统的犯罪过失概念相比，突出了心理的要素、伦理的要素和规范的要素的有机统一，从而

使犯罪过失的概念具有新颖性。其次,在犯罪过失的心理结构上,认为犯罪过失的意识状态表现为对行为的危害性质及其避免措施没有正确认识的状态,意志态度则表现为没有形成能够避免法益侵害的意志态度。这为正确区分轻信过失与间接故意提供了条件,也为犯罪过失的理论建构奠定了坚实的基础。再次,在犯罪过失的理论结构上,本书认为,注意能力是犯罪过失的伦理要素,是注意义务的前提,其内容仅限于认识能力,不包括客观上实施特定避免措施的能力,即排除不应有的缺陷以后,行为人在行为时认识行为的危害性质及其避免措施的能力。注意义务是犯罪过失的核心要素,指行为时规范期待行为人发挥注意能力、正确认识行为的危害性质及其避免措施的义务,不应包括主观上的赋予动机义务和客观上的结果避免义务。不注意是犯罪过失的心理要素,指在具有注意义务的前提下,没有认识到行为的危害性质及其避免措施的事实状态,主要表现为没有注意、注意的不良转移、注意的分配不当、注意力不集中等情形。以上结论在注重对注意能力和注意义务的研究之外,突出了对犯罪过失的心理要素的研究,从而体现出本书研究的独具匠心。最后,对于犯罪过失在犯罪论中的体系性归属问题,本书通过对大陆法系、英美法系和我国传统的犯罪论体系的分析研究,认为在修正后的犯罪论体系中,犯罪过失的心理要素、规范要素和伦理要素应分别纳入犯罪主观要件、犯罪客体要件和犯罪主体要件。这一观点也具有作者自己的独创性。

第二,贴近现实,体现了理论联系实际的精神。这一方面的表现不仅在本书所研究的问题绝大多数都是与司法现实相关的问题,而且在本书所研究的过程中也极力奉行“理论联系实际”的精神,对于司法实践中存在的很多疑难问题也作了较好的回答。例如,对注意义务的特殊情形,允许的危险理论、信赖原则、监督过失理论以及特殊情形下的不注意,如超越承担过失与无知过失、结果假定发生、阶段性过失和共

同过失的研究都充分注意到与司法实践的相互结合,从而较好地解决了司法实践中存在的诸多疑难问题。在不注意的具体认定上,也具有创新性,主张先认定行为人对法益侵害事实有没有认识,再考察行为人能不能对其予以认识,最后确定可否期待行为人对其予以认识,为犯罪过失理论在司法实践中的具体运用提供了有效的方法。

第三,写作规范,学术态度严谨。本书以我国现有的犯罪过失理论为基础,在结构体例上基本上涵盖了犯罪过失理论的主要研究内容。从犯罪过失的学说史考察到犯罪过失在犯罪论中的体系性归属,全书从各个不同的理论视角向我们展示了犯罪过失理论的精神与核心,在结构上非常严谨,给人以清晰的整体感。全书从篇章结构、体系安排、引文注释到参考文献均符合写作要求,从中不难看出作者在治学方面的严谨态度和务实作风。

综上所述,苏雄华同志所写的这本书可以说是其从事刑法理论研究的一部力作,体现了作者深厚、扎实的理论功底与严谨、求实的学术品格。当然,如同所有的论著都存在着自己的缺陷与不足一样,本书难免还有不足之处。比如,个别论点还有待商榷,某些论证还缺乏说服力等。但瑕不掩瑜,总的来说,本书不失为一本系统研究犯罪过失问题的好书,对于全面理解和正确适用我国刑法中的犯罪过失理论问题具有重要的参考价值。有鉴于此,本人愿意向刑法学界的同人推荐本书,并乐为作序!

2011年12月

目 录

序	001
---	-----

绪论	001
----	-----

一、感念犯罪过失理论的身世变迁	001
二、探寻犯罪过失独立的结构和地位	004
三、本书的方法论立场与主要研究方法	007
（一）方法论立场：目的的二元论与手段的一元论	007
（二）主要研究方法：体系性建构下的问题思考	010

第一章 犯罪过失的学说史考察	013
----------------	-----

第一节 我国大陆地区的犯罪过失理论	013
一、古代对犯罪过失的认识	013
（一）膏灾肆赦	013
（二）一宥曰不识，再宥曰过失，三宥曰遗忘	016
（三）意以为然，谓之失……不易误犯，谓之过失	018
（四）唐代对犯罪过失的认识	019
（五）古代犯罪过失的特点	021
二、近代犯罪过失理论	021
（一）晚清时期	021

(二) 民国时期	023
三、现代犯罪过失理论	026
(一) 犯罪过失的法律规定	026
(二) 犯罪过失的研究历程	028
第二节 大陆法系的犯罪过失理论	030
一、德国的犯罪过失理论	030
(一) 犯罪过失的历史源流及现行规定	030
(二) 犯罪过失的研究现状	032
二、日本的犯罪过失理论	036
(一) 犯罪过失的历史源流及现行规定	036
(二) 犯罪过失的研究现状	037
三、意大利的犯罪过失理论	042
(一) 犯罪过失的历史源流及现行规定	042
(二) 犯罪过失的研究现状	043
第三节 英美法系的犯罪过失理论	047
一、英国的犯罪过失理论	047
(一) 犯罪过失的历史源流及现行规定	047
(二) 犯罪过失的研究现状	048
二、美国的犯罪过失理论	052
(一) 犯罪过失的历史源流及现行规定	052
(二) 犯罪过失的研究现状	055
第四节 前苏联及俄罗斯的犯罪过失理论	056
一、犯罪过失的历史源流及现行规定	056
二、犯罪过失的研究现状	058

第二章 犯罪过失的概念清理 063

第一节 概念的机能与确定方法 063

第二节 犯罪过失概念介评 066

一、无认识说:对犯罪过失的本初印象 066

二、不注意说:对犯罪过失的心理追问 069

三、能预见说:对犯罪过失的伦理审视 071

四、义务违反说:对犯罪过失的规范评价 073

五、希望避免说:对犯罪过失的虚幻评价 075

六、综合说:对犯罪过失的评价乱象 078

第三节 犯罪过失的应有概念 080

一、没有预见:犯罪过失的心理要素 081

二、能够预见:犯罪过失的伦理要素 082

三、应当预见:犯罪过失的规范要素 085

四、犯罪过失的概念构造 087

第三章 犯罪过失的心理结构 091

第一节 罪过及其心理过程 091

一、罪过的概念 092

二、罪过的基本特征 095

三、考察罪过的时点 097

四、罪过的心理过程 099

第二节 犯罪过失的意识状态 106

一、疏忽大意的过失:没有认识 106

(一)疏忽大意过失的概念 106

(二)疏忽大意过失的意识状态 108

二、过于自信的过失:附条件的否定认识	110
(一)过于自信过失的概念	110
(二)过于自信过失的意识状态	111
三、犯罪过失的意识状态:没有正确认识	117
(一)犯罪过失意识状态的内容	117
(二)犯罪过失意识状态的表现	118
第三节 犯罪过失的意志状态	120
一、犯罪意识与犯罪意志的关系	120
(一)心理学上意识与意志的关系	120
(二)犯罪意识与犯罪意志的关系	122
二、疏忽大意过失的意志状态:没有意志态度	125
三、过于自信过失的意志状态:避免侵害的意志态度	127
四、犯罪过失的意志状态:没有形成能够避免法益侵害的意志态度	129
第四节 相关主观心态的心理区别	132
一、有认识过失与无认识过失的区别	133
二、过于自信过失与间接故意的区别	135
(一)意志说:情绪化的危险标准	136
(二)认识说:客观化的表象标准	139
(三)否定说:无奈的合一标准	142
(四)综合说:整体化的区分标准	145
三、犯罪过失与犯罪故意之间的转化	148
(一)犯罪过失向犯罪故意的转化	148
(二)犯罪故意向犯罪过失的转化	150

第四章 犯罪过失的理论建构 152

第一节 犯罪过失的构造前提 152

一、犯罪过失与行为 153

(一)各种行为理论下犯罪过失的存在范围 153

(二)过失行为的样态 159

二、犯罪过失与刑事归责 162

(一)刑事归责的概念 162

(二)刑事归责的根据 164

(三)犯罪过失的归责根据 167

三、构造犯罪过失理论的必要假定 169

(一)相对的意志自由 169

(二)积极的意志态度 171

第二节 伦理的构成要素:注意能力 173

一、注意能力的地位 173

二、注意能力的概念 177

(一)注意能力的概念厘定 177

(二)注意能力与刑事责任能力的区别 180

三、注意能力的对象 183

(一)自己行为的危害性质 184

(二)避免自己行为的危险性质实现的措施 186

四、注意能力的判断 188

(一)注意能力的判断标准之争 188

(二)注意能力应有的判断过程 195

五、注意能力的程度 196

(一)具体预见说 197

(二)抽象预见说	198
(三)注意能力的应有程度	200
第三节 规范的构成要素:注意义务	202
一、注意义务的地位	202
二、注意义务的概念	203
(一)预见义务说	204
(二)避免义务说	205
(三)预见义务与避免义务统一说	206
(四)注意义务的应有概念	208
三、注意义务的根据	210
四、特殊情形下注意义务的认定	213
(一)允许的危险理论	213
(二)信赖原则	218
(三)监督过失	222
第四节 心理的构成要素:不注意	227
一、不注意的实质	227
二、不注意的表现形式及其程度	229
(一)具体的表现形式	229
(二)不注意的程度	231
三、不注意的原因	234
四、不注意的判断路径	236
五、特殊情形下的不注意	238
(一)超越承担过失与无知过失	238
(二)结果假定发生	241
(三)阶段性过失	244
(四)共同过失	246

第五章 犯罪过失在犯罪论中的体系性归属 251

第一节 大陆法系犯罪论体系中的地位 252

一、责任要素的地位 252

二、双重要素的地位 254

三、目的理性犯罪论体系下的区别对待 257

四、阶层体系中的分层考察 260

第二节 我国大陆地区犯罪论体系中的地位 263

一、平面犯罪论体系中的主观要素 263

二、阶层犯罪论体系中的地位考察 265

(一) 两阶层犯罪论体系中的主观要素 265

(二) 三阶层犯罪论体系中的区别考察 266

三、传统犯罪论体系中的应有地位 268

(一) 构成要件的排列顺序之争 269

(二) 对传统犯罪论体系的修正 271

(三) 犯罪过失的应有地位 274

参考文献 276

后记 290

绪 论

一、感念犯罪过失理论的身世变迁

与犯罪故意相较,犯罪过失的生成过程更为隐秘。犯罪过失在刑法理论中曾是那样的毫不起眼,且默不作声,一如德国刑法学家 Binding 所言:“仿佛非亲生子一样被遗忘在犯罪论的一个角落”,^①我国学者也认为,“在近代刑法理论大家庭中,过失犯罪地位卑微,犹如一只不起眼的‘丑小鸭’,在刑事立法中,过失犯罪的比重也相对较小”。^② 整体观之,犯罪过失理论基本上型构于犯罪故意:就其地位而论,与犯罪故意或一同置于有责性阶段,或共属于行为的本体要件,或同样分属于不法要件的要素和罪责的要素,或都寓居在犯罪构成的主观方面;就其心理结构而言,往往被认为与犯罪故意一样,具有心理的认识因素和意志因素,甚至认为其也有犯罪的动机、目的、情绪等要素;就其构成要素观之,常常认为其具有与犯罪故意类似的犯罪意识与犯罪意志;在刑事立法中,犯罪

^① 转引自[日]藤木英雄:《过失犯——新旧过失论争》(前言),学阳书房1981年版,第1页。

^② 杨书文:《复合罪过形式论纲》,中国法制出版社2004年版,第78页。

过失往往是犯罪故意扩张适用的替补而已——虽非故意,但若需处罚,即以过失论处。

在传统社会中,过失犯罪发生较少,类型单一,社会危害不大,“过失犯一直是在罚与不罚之间摆荡,或者从不罚渐进到可罚”,^③因此,犯罪过失在理论研究中被忽略也就是一种宿命。现代社会日益发达,一方面固然提高了人们的生活水平,但同时也使彼此之间的利益联系更加紧密,曾经只是泛起层层涟漪的过失犯罪,而今往往一石激起千层浪;社会分工的愈益精细,也促使过失犯罪的类型层出不穷;而文化的多元冲突和个性的张扬宣泄,使得过失犯罪的发生更加频繁。在德国,“过失犯罪的实践意义,随着日益增多的技术化和由此产生的危险(尤其在道路交通中,以及在生产和管理中),呈现出跳跃式增长的态势;在所有的犯罪行为中,已经有大约一半是过失犯罪了”;^④在日本,过失犯“不仅在量上凌驾于故意犯之上,而且从各种灾害事故等的发生形态及其处理来看,它相对于故意犯在质上也有过之而无不及”;^⑤在俄罗斯,新刑法中“过失犯罪刑事责任的条款在不断增加”;^⑥在我国台湾地区,“在司法实践中,过失犯在刑事案件中所占的比例遂产生逆转现象,事例之多并不亚于故意犯”;^⑦在我国大陆,“可以肯定地说,过失犯的重要性已经毫不亚于故意犯”。^⑧一时间,过失犯罪从幕后走到了前台,精彩纷呈,为众人所瞩目。过失犯罪不仅现在可以和故意犯罪平起平坐,“脱离了依附于故意的从属地位,上升为独立的责任形式,名正言顺地

③ 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第163页。

④ [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。

⑤ [日]甲斐克则:“过失犯的基础理论”,载高铭暄、赵秉志主编:《过失犯罪的基础理论》,法律出版社2002年版,第1页。

⑥ [俄]H. Ф. 库兹涅佐娃、И. М. 佳日科娃主编:《俄罗斯刑法教程(总论)上卷·犯罪论》,黄道秀译,中国法制出版社2002年版,第321页。

⑦ 黄丁全:“过失犯理论的现代课题”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第7卷),中国政法大学出版社2000年版,第458页。

⑧ 刘明祥主编:《过失犯研究——以交通过失和医疗过失为中心》,北京大学出版社2010年版,前言。

在刑法总则中取得一席之地”,^⑨而且在未来更加发达的法治社会,过失犯会成为犯罪现象的主要形态,“其实在一个科技更进步,人类掌握生活的能力较强的时代,过失行为会成为误失行为的常态,在一个规范效果比较有效的社会,犯罪现象中的主角应该是过失犯而不是故意犯。在科技发达的社会,重视过失更是一种负责任的表现,因为借着科技的发达,应该加强防止危险、控制意外的能力……因为人类控制危险的能力愈高,愈不会原谅自己的过失”。^⑩

作为过失犯罪的主观属性,犯罪过失在理论研究中的身世注定会随着过失犯罪的演变而出现转机,刑法学界对犯罪过失的研究热情逐渐高涨,不再忽视那个被冷落在一旁的孩子,纷纷研究其应有的内容和独特的结构。“学术研究活动也在相应的方式中,借助过去经常被忽略的过失犯罪,经历了一种令人惊叹的巨大跃进。布格施塔勒在 1974 年正确地指出,过去不断提到的对过失犯罪进行的学术探索还非常不够这个命题,现在已经不能再维持了;同样,许内曼在一年后强调,在刑法信条学中,过失犯罪经历了从前妻的孩子到最宠爱的孩子的变化。”^⑪犯罪过失再也不是只在犯罪故意的语境中被附带地提及,人们逐渐认识到,“过失并不是故意以外的单纯责任形式,而是应受处罚行为的特别类型,无论是在不法领域还是在责任领域,均有其独立的结构”。^⑫非但如此,犯罪过失理论甚至还承担了重构犯罪论体系的重任,“检讨过失犯的构造,可以促成对犯罪阶层理论的反省,尤其是对过失犯主观不法构成要件的检讨,对过失行为主观不法的诠释,有颠覆传统犯罪阶层结

⑨ 姜伟:《罪过形式论》,北京大学出版社 2008 年版,第 28 页。

⑩ 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社 2008 年版,第 329 页。

⑪ [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 ~ 713 页。

⑫ [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 720 页。