



## 德、日刑法犯罪过失学说介评

林亚刚

犯罪过失是行为人对自已的过失行为承担刑事责任的主观基础。那么,它是以什么样的价值,决定了社会对行为人主观的可责难性呢?或者说这种心理状态为何被评价为犯罪心理,即其本质属性如何?在刑法理论上,学说、认识不尽一致,我国刑法学界对此也探讨的不多,鉴于此,笔者拟对该问题略述管见。

### 一、近现代西方国家刑法中犯罪过失的学说

近代西方国家刑法中过失犯罪的立法,起源于古罗马法的规定与精神,但有关犯罪过失的概念,直至中世纪后期才产生于意大利注释法学中。与中国奴隶社会、封建社会刑法对罪过的规定相比,由于西方国家的统治者不同于我国古代统治者侧重于通过伦理规范来指导人们的行为,而是侧重于通过刑罚的惩罚作用来维护社会秩序,因此,其刑法显得较为落后和野蛮。对西方近代过失犯罪的刑事立法影响最深的,还是近代启蒙思想家的有关论述和思想。新兴资产阶级启蒙思想家,对实行罪刑擅断和滥罚无辜进行了猛烈的抨击,提出了“无罪过者无责任”的口号。<sup>①</sup>意大利刑事古典学派的代表人物贝卡利亚(Beccaria),关于重视主观罪过,避免客观归罪的思想;德国刑法学家费尔巴哈(Feuerbach),关于将过失作为行为有责性要素,主张无责任则无刑罚的思想,对近代西方国家过失犯罪的立法产生了直接的指导作用,并成为大陆法系国家过失犯罪刑事立法的理论基础。

#### (一)关于犯罪过失的本质

犯罪过失是对应于犯罪故意而存在的概念,但这并不是说犯罪过失的概念只是从属于犯罪故意概念而存在。然而,不可否认,犯罪过失的概念逐渐走向成熟,则是与犯罪故意的研究有着最直接、最密切的联系。换言之,“过失,以不存在故意时才能成为探讨的问题”,<sup>②</sup>所以,对犯罪过失的认识过程,是在相对于犯罪故意的认识过程中产生的。我国学者,通常依照刑法史上对犯罪过失认识的发展进程,将理论上对犯罪过失本质的认识归纳为三种学说,即:无认识说、不注意说以及避免结果说。

1. 无认识说,是反映古代刑法制度发展过程中,人类对事物早期朴素、直观观察、思考的思维方式及刑法思想。西方罗马法时期,认为“过失犯之处罚,在于行为人疏忽未认识行为之违法性,或由于行为人之错误,致未认识其行为之结果,凡此均可因有所需要之注意而得以避免。”<sup>③</sup>大陆法系国家,十二世纪后,在侵权责任的主观要素上,由于深受罗马法的影响,将刑事责任的主观要素也分为故意、过失两种,但对于两者的界限,最初也就是以对事实有无认识来区别的。凡是行为人明知行为将损害他人利益而为之,即为故意;对应加以注意的事情,怠于注意而为之,则为过失。正是从这种与故意区别中,可以说无认识说是从对犯罪故意的认识说

中派生出来的。这种过失的认识的学说直到中世纪还有着广泛的影响。例如当时的日尔曼法,“也和其他许多国家早期法律一样,在犯罪和民事侵权行为之间没有明显的界限。”<sup>④</sup>因此,在针对犯罪而言,仍遵循“对于责任来说,是否认识结果,具有重要意义。”<sup>⑤</sup>

在刑法发展史上,从“最初,既不分别行为的结果和偶然现象,也不问犯人对于犯罪事实有无认识,只知按行为及行为后继起的现象来衡量犯人的责任”,<sup>⑥</sup>到考察行为人对犯罪事实有无认识来区别责任程度,这是一个具大的历史进步。正如有学者指出的,无认识说是立法者向犯罪过失理论化迈出的第一步,是人类对犯罪过失的第一次概括,反映着早期的法律文明。<sup>⑦</sup>但无认识说所存在的缺陷,也正如学者们指出的那样,或者可将无法预见结果的意外事件纳入过失,或者可将虽认识到结果,但自信可以避免结果发生的自信过失视为故意。这显然都是不正确的。

2. 不注意说,是学者们在检讨无认识说缺陷后提出的关于过失本质的学说。其核心在于,认为犯罪过失是因行为人由于不注意而欠缺对犯罪事实(以及违法性)的认识,以致发生结果。此说将违反注意义务中要求对危害结果发生的预见置于过失的核心,即认为没有注意,是过失成立的根本原因。不注意说,目前在刑法理论上仍是一种有相当影响的学说。不注意说又可分为两种见解:一是只强调对危害结果没有认识。例如,木村龟二认为:“过失是虽对犯罪事实没有认识,但对该事实应该认识并且有认识的可能的场合,即由于不注意对犯罪事实没有认识。”牧野英一认为:“过失是因欠缺注意而对事实没有认识。”<sup>⑧</sup>二是强调对违法性以及犯罪事实二种因素欠缺认识。例如,小野清一郎认为:“所谓过失,乃指欠缺犯罪事实之认识及容认以及违法之认识;同时,如行为者加以相当的注意,或可由於认识构成犯罪事实,并意识行为之违法性,而不为其行为之情形而言。”<sup>⑨</sup>宫本英修则认为:“过失是由于违法性的不注意没有预见到犯罪事实,而且是在不具有违法意识的情况下的意思。”泷川幸辰认为:“行为人虽然不具有对符合构成要件的事实以及该种反条理性的意识,但从该具体事实的发生来说有认识的可能,因而,即使能期待以合法行为取代违法行为,但最终实施违法行为的场合,即成立刑法上的过失责任。”<sup>⑩</sup>

在英美刑法中,也有学者持不注意说的观点。例如,奥斯汀(Austin)、克拉克(Clark)分别在1875年和1880年分析了过失的基本含义,认为:(1)犯人虽知道有害结果发生的可能性,却由于不充分注意并对结果否定的场合;(2)对有害结果的发生应当认识却没有认识,实施行为则必然发生此种结果的场合;(3)对有害结果的发生应当认识却欠缺认识,为此而懈怠应当实施的行为的场合,均为过失。<sup>⑪</sup>威廉姆斯(Williams)也说:“过失者乃懈怠相当的注意也。”<sup>⑫</sup>

在上述见解中,无论是否主张过失同时欠缺违法性认识,都是将未认识事实视为成立过失的核心,而所谓对事实没有认识则是因为不注意。对事实没有认识,也并非对一切事实没认识,因一部分事实可能知而不知,以致对全部事实没有认识的,也属于没有认识。<sup>⑬</sup>当然,在解释论上,不注意说认为过失是包括有认识过失和无认识过失两种形式的。不注意说,从揭示过失的原因上说,较无认识说有可取之处,但同时,也存在不完善之处。一是仅仅注意了过失的认识因素,忽视与意志因素的有机联系,易将放任结果发生的间接故意包括在过失之中;二是将未认识违法性作为过失的内容,与自信过失的情况也不完全符合。因为在自信过失中完全可以存在对违法性有认识的情况。

3. 避免结果说,认为过失是违反预见结果的注意义务或结果避免义务,导致结果发生的情况。避免结果说将过失的核心置于违反避免结果发生的注意义务上。例如,德国学者贝林格(Beling)认为:“所谓过失,是行为者在意思决定过程中,对法秩序所要求必须履行的‘认识到结果的发生是由于自己的违法行为而必须阻止自己实行违法行为义务’的懈怠,没有形成应当阻止危害结果发生的行为意思。”<sup>⑭</sup>日本学者井上正治则更明确地指出:“所谓过失,指行为人虽可能认识并预见发生结果之可能性,且必须认识并预见此可能性避免结果,但未予认识

并预见以致发生结果之情形。”○15团藤重光认为：“过失，……在与行为人人格相联系来考虑的阶段，首先是行为违反了客观的注意义务——对结果发生的客观性注意义务和回避义务。○16

在英美国家，判例、学说上亦有持该种观点的。如认为：“过失犯，特别是过失致死罪的构成要件，须以犯罪人负有防止被害人死亡的注意义务，而没有履行这一义务和引起被害人死亡为必要。”○17这里虽然是就过失致死罪的构成要件而论，但也明示了行为人违反避免结果发生的注意义务的核心内容。

总之，上述见解的重点，都将未能避免结果发生而违反注意义务置于过失的核心。但可以看出避免结果说仍然是以不注意为形式，事实上只不过是“不注意说”的进一步发展而已。由于避免结果说从规范评价的角度揭示了过失心理的实质——违反注意义务，同时，又从注意义务的内容上，划清了与放任的故意以及意外事件、不可抗力的界限，具有合理性，因而，目前是西方刑法理论上的主导学说。虽然如此，但因结果避免说仍是以“不注意说”为其基本形式，而且“不注意说”仍然有相当大的影响，所以，即使主张这种或那种见解的学者，在解决具体问题时，仍然有在观点上相互借鉴的现象。所以，其理论上虽然对犯罪过失本质的认识还有分歧，但总的看法仍是一致的，即认为过失是行为人欠缺意识紧张，以致对构成犯罪的事实没有认识、预见，或者没有认容犯罪事实发生的心理态度。

## （二）关于犯罪过失的责任根据

在大陆法系刑法理论中，自贝林格的犯罪构成要件的系统理论形成后，犯罪过失同犯罪故意虽然共同成为犯罪的主观心理要素，然而，依照传统的理论，过失与故意只专属责任论的范畴，只在责任论中占据一席之地。那么，对过失进行非难的实质根据是什么？从理论发展的轨迹来说，在近代刑法理论中，责任论虽是由道义责任论和社会责任论这两个相对立的学说之争为起点而展开，而且，其中有关责任的本质中又涉及到对责任的基础、责任的内容要素见解不同而形成的行为责任论、性格责任论、人格责任论；心理责任论与规范责任论之争，○18但具体到关于过失的责任根据，其学说主要是心理事实说和规范违反说。以上述两种不同责任根据而建立起的过失责任理论，被德、日学者称为新、旧过失理论。

### 1. 心理事实说与旧过失理论

心理事实说，是刑事古典学派道义责任论的核心内容。道义责任论视责任的归责基础在于人的自由意思之中，以人具有意思自由为道义非难的前提，认为犯罪是人基于自由意思的产物。所谓自由意思，是指人具有选择实施现行行为或者其他行为的可能性。○19基于这种自由意思活动而实施犯罪就能够给以道义、伦理的非难，使作为报应的刑罚正当化。由于该理论主张在能够确认故意、过失心理状态或者心理事实时能够给予责任非难，所以也称为心理责任论。○20

心理事实说以哲学上的自由意思作为理论基础，从行为与行为人之间的心理关系来解释责任的实质，认为刑事责任的实质在于行为人的心理事实。对过失非难的实质根据在于行为人不注意的心理事实。从心理强制说立场出发，认为刑事责任的根据并不只是积极的恶的要素。其中又有二种代表性的观点。费尔巴哈(Feuerhach)认为，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。发生对权利的侵害无论出于何种原因，由于对国家来说都不是件好事，所以全体国民不仅负有不直接意欲违法结果的义务，而且，负有不得违反自己意图，应以一切作为或者不作为避免招致有害结果的义务。知道这个一般义务而违反时，就是过失。斯鸠贝尔(Stubel)则认为，过失虽不具有使结果发生的意图，但是行为中具有使结果发生的危险性，在知道而实施行为的情况下的这种故意，就是处罚的依据。○21即他认为，过失也是故意的一种类型，所不同的是，故意对于具体的侵害具有明确的认识和意欲，过失则是虽然对具体法益的侵害及其可能性有认识但也没有中止其危害和行为。在这一意义上，对暴露出有侵害法益的危险而决意侵害则被认为是故意。然而，由于其能够说明“决意侵害”的

只限于有认识的过失,关于无认识过失,就不能完全说明对于结果的恶意,使其理论不能自圆其说。为此,斯鸠贝尔解释为,对于无认识过失的处罚,不是基于责任的处罚,而是基于防止被害的政策性的处罚。但这样解释明显使无认识过失的处罚依据成为只具有行政上取缔的需要,而无归责的主观根据。不仅如此,由于费尔巴哈(Feuerbach)、斯鸠贝尔(Stubel)等人认为过失与故意相同因具有积极的意思态度而应受到处罚,视过失与故意具有相同的心理要素,也使过失中的有认识过失脱离了过失的范畴。为弥补费尔巴哈等人观点的不足,与费尔巴哈同时代的学者克莱茵(Kohler),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,仅以消极的意思就可以了。即,根据他的观点,恶的意思为两种:其一,狭义的恶的意思,即故意,是实现违法的结果或者不实现被命令的结果的意思决定,是积极的恶的意思。其二,广义的恶的意思,即系过失,是欠缺所谓为回避违法结果之必要的努力以及欠缺为紧张注意的所谓良好的故意,是消极的恶的意思。○23由此可见,克莱茵的这种消极的恶的意思,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,是过失犯负刑事责任的实质根据。

克莱茵视过失为消极的恶的观点,成为新过失理论产生之前过失理论的核心理论,在当时被大陆法系国家的刑法理论广泛接受,该理论相对于其后产生的过失理论而言,由于以心理事实为过失非难实质,在理论上被称为“旧过失论”。因旧过失论以过失责任的本质在于行为人具有不注意的心理事实,因而,对过失本质的认识也同样以具有不注意的心理事实为基点。例如,德国学者贝林格(Beling)认为:“所谓过失,是行为者在意思决定过程中,对法秩序所要求必须履行的‘认识到结果的发生是由于自己的违法行为而必须阻止自己实行违法行为义务’的懈怠,没有形成应当阻止危害结果发生的行为意思。”麦兹格(Mezger)则认为:“过失的行为人,侵害了法秩序对他所规定的注意义务,是如果注意就能预见到结果发生之人。”○24

上述过失概念对过失本质以及归责根据的认识,用一句话来概括,就是指由于不注意,即缺乏意识的集中与紧张,在心不在焉的心理状态下,对于可能预见的结果没能预见,由此产生漫不经心的危害而应负过失的责任。旧过失论建立在如下体系,即行为人主观上违反了预见危害结果的注意义务,过失为责任要素或形式,纯属主观范畴,与成立过失犯罪的构成要件符合性和违法性无关。在旧过失论中,对过失的非难可能性以注意能力的存在为前提条件,由于预见可能性是对具体性的结果发生的预见,因此,在具体结果的发生能够预见的场合,对该种结果要求是应当预见的。所以,作为过失核心的所谓违反结果预见义务就是注意义务的内容。如果有预见可能性,注意力集中就应该对该种结果有预见。对此尽管由于没有预见未能回避结果,也认为应具有过失的非难可能性。

二十世纪初,在责任论从心理责任论向规范责任论转移的过程中,旧过失论的缺陷以及将过失只视为责任要素的理论,受到德、日学者的批评,即认为责任的根据不仅仅是对行为人造成结果的心理关系的非难,而是对反规范违法行为的非难可能性。所以,过失不单纯是心理概念,应包括所谓违反注意义务之规范要素。由此而形成了以规范违反说为核心理论的新的过失理论。

## 2. 规范违反说与新过失、新·新过失理论

此说为资产阶级学者从古典学派立场出发,以规范责任论为指导而形成的学说。规范责任论认为,责任的本质属性是从规范的角度对事实加以非难的可能性,即行为人违反了关于不应该作出违法行为决意的法律上意思决定的规范要求,违反应为规范和义务规范,而决定实施违法行为的责任。○25而所谓规范,是指人类社会为共同生活而应遵守的准则。这种共同生活准则经由国家确认制定为法律。因而,规范一方面不仅具有客观的社会评价功能,另一方面又成为社会全体成员必须共同遵守的义务。人的行为是否合法,就应以此为标准。正因为作为评价标准的规范,是依据社会伦理道德、习惯、文化、传统以及社会的善良风俗等而形成,因而使

法律规范也具有了伦理道德的底蕴。由此而言,规范责任论与道义责任论有着一脉相承的关系。区别在于:道义责任论的理论建立在人具有绝对的意思自由的基础上,而规范责任论则以人只具有相对的意思自由。也就是说,规范的评价功能以及对社会成员的约束力,只能以行为人的心理状态能够了解规范的意义,并且在实施行为时有遵守(法)规范的可能性,才能予以非难。

因此,依据规范责任论的理论,“为科以责任的非难,单纯依据具有责任能力和故意、过失的心理要素是不充分的,更进一步说,只应在具体的情况下由于能够期待其他适法行为才能够予以非难。”○26所以,“责任的结构除心理事实外,还应包括规范评价和期待可能性两方面内容。……规范评价是指对法律规范有遵守的义务,行为人违反义务而实施违法行为,是应受责难的客观基础;期待可能性是指行为人实施行为时,期待其实施合法行为的可能性,这是应受责难的主观基础。因此,只有行为人违反遵守法律规范的义务,在具有避免实施违法行为可能性的情况下,作出相反的意思决定而实施了违法行为,这才具备了应受责难的充足条件。”○27根据规范责任论,过失与故意相同,均是中性、无色的心理事实,只有从法规范的意义予以评价,才能呈现出应受非难、谴责的责任。所以,“规范责任论不是否定心理要素,而是对其加以肯定和保留。并从心理事实出发,在规范评价上寻求刑事责任的根据。因此,规范责任论是结合了主观归责条件——心理要素和客观归责条件——规范要素,并以期待可能性为必备要件的刑事责任理论。”○28就过失而言进行非难的实质,根据在于行为人违反了“法期待行为者能服从其命令要求”○29的具有社会相当性的注意义务规范。德国学者哥德·休密特(Gold Schmidt)认为,过失的责任由二重规范要素而形成,作为第一的规范要素,是对注意义务即结果预见义务的违反。作为第二的规范要素,表现为对意思决定义务的违反。过失责任非难的根据,应当是第二种要素。○30即违反作为第一的规范要素,是违法性评价的根据;违反作为第二的规范要素,则是对行为人谴责的根据。也就是说即便对行为人作出违反注意义务的规范评价,也不能说已具备受谴责的根据,只有在认为行为人违反意思决定规范,即具备注意能力的情况下,不注意时,才应受到责难。日本学者藤木英雄对此指出:“注意义务能够理解为一般的认识、预见义务,不过,过失犯中最重要的是没有回避该结果,没有采取为回避结果的手段。”还认为:“对结果的认识、预见,结果的回避是一个统一的过程。”○31据此,过失责任的根据在于行为人违反结果避免义务,其义务虽然包括认识、预见义务,但其核心是不避免结果的发生,即不为避免结果发生而采取适当的手段。正如日本学者木村龟二所说:“注意义务的本质,应强调认识、预见义务,以及为避免结果发生而为必要之外部行为。”○32所以,只有在预见基础上为避免结果发生而实施必要的外部行为,才能免于过失责任。由此,注意义务的中心,由结果预见义务转而为结果避免义务。过失犯罪的责任理论亦从“结果无价值”转而为“行为无价值”上。这种以避免结果为注意义务核心的过失理论,被称为“新过失论”。

新过失理论是以过失犯罪的形势变化为背景,以规范责任论为理论基础,以被允许的危险的理论和信赖原则理论为前提,以期待可能性理论为理论核心。而其主干,是将过失作为违法要素来把握的行为类型。所谓的行为类型即是将过失中的错误——违反避免结果的注意义务作为违法性问题,即以是否符合行为的定型性(符合构成要件)以及实质的违法性的要素的内容来把握。这样一来,违反注意义务的本身就包含着具有构成要件符合性、违法性的属性,过失也就从单纯的有责性范畴转移到构成要件符合性与违法性的范畴中来。具体说它包含以下两点内容:第一,就行为人来说,对该种危害的发生,应确认其是否有错误,即基于行为人当时所处的状态,明确能否满足要求最低限度的行为标准。○33进一步说,如果有错误,行为人具有不错误行动的能力且是否能够确定如果集中注意力可能实施无错误的行为。在对此能肯定的场合,则能对行为人追究过失责任。第二、行为人虽然能够实施无错误的行动但却实施了它,未能避免结果。在这一点上才存在责任、非难可能性的问题。然而,即使确认行为人外部有错误行为(客观上符合违法类型),但行为人不可能实施无错误的行为(不具有期待可能性),对此有错误

的行为因不具有非难可能性,而不能论以刑事上的过失责任。这里如果注意能力、无错误行为的能力原本就欠缺,应当考虑为不具有发挥注意能力的条件。该种情况下,行为人的行为是过失而且是违法的,但从责任而言,也不能论以犯罪。○34新过失论目前成为德、日刑法中的通说。可以看出,能否确认行为人的行为有错误,即违反客观注意义务,是构成要件符合性或违法性问题,而非责任问题。新过失论中,并不仅是根据发生一定的危害结果方面论以构成要件符合性以及违法性的。由于行为是引起危害的原因,从这一点来看,是否符合法定的标准,是作为行为的定型性以及实质的违法性来把握的东西,在发生危害的场合,如就行为人的行为而言,没有引起该种危害的错误,则该种行为就应评价为合法,不存在过失犯的类型性。因此,只有使危害发生有错误的行动才有过失行为,否则,无论发生何种危害,对行为人来说都不是违法行为,自然也就不存在过失的责任问题。

二十世纪60-70年代,日本社会进入经济高速发展时期,公害现象成为日益严重的社会问题。以1974年日本最高法院对“森永奶粉中毒事件”一案的判决为契机,以藤木英雄为主要代表的日本刑法学者,提出了过失理论中颇有争议的“危惧感”说,亦称为新·新过失论。

新·新过失论是在新过失论的基础上发展起来的过失理论,具体说,是日本学者藤木英雄以德国学者卡尔·伊格斯(Karl·Engisch)注意义务的第三点内容,即情报收集义务为蓝本,进行必要的补充后提出的过失理论。新过失论的避免结果的注意义务,是以行为人有具体结果的预见可能性为前提的,如不是有具体的预见,就不能要求行为人为避免结果的发生采取必要的措施。即使发生危害,也不能令行为人负过失责任。然而,随着高、新科技广泛地运用于生产领域,虽然一方面对社会创造出巨大的物质利益,但另一方面也对社会及公众带来极大的危险,往往会危及社会和公众安全。但对于这种巨大的危险,企业及其有关人员一般并没有具体结果的预见可能性,如危害到社会及公众,由于没有具体结果的预见可能性而不能追究过失责任,对于社会安全的维护、公众健康的保障有所不利。卡尔·伊格斯在这一时期提出了所谓的“防备未知的危险的义务”的理论。基于此,藤木英雄对新过失论进行了必要的修正。他评价说,卡尔·伊格斯的“作为防备未知的危险的义务,是具有极其重要的现代意义的义务。”○35并认为:“所谓在有可能预见的情况下其预见的对象,是对发生的具体危害的预见可能性,不一定是必需的。在对具体危害有可能预见的场合,对行为人而言,令其对预见的结果采取必要的避免措施是理所当然的,不过,即使在结果的具体发生不可能预见的场合,例如业务上的过失致死伤罪,该种行为的实施对人的生命、身体健康会带来某种危害的一般性不安感。只要具有为确保安全特别慎重的注意态度,就此实施行为就会有危惧感、不安感的情况下,对行为人而言,应积极探知未知的危险,或者为了避免与未知的危险遭遇的可能性,尽可能避免采取冒险行动,要求留意谨慎行动是理所当然的。并且象采取了这种谨慎注意态度,在不知不觉中避免了危险的情况很多。如按上述所言,在面临未知危险的场合中,应令其承担探知危险或者作为该种危险征表事实的义务,或负特地避免冒险,尽量慎重行动避免结果的义务。如负担这种义务有避免的可能,对具体的危害即使该种具体内容因行为当时是不可能预见的,也认为行为人有错误,令其负过失责任是合理的。这就意味着,预见可能性即使因行为当时对具体内容是不可能预见的,如确认行为人有错误,则使追究过失责任成为可能。因此,预见可能性如果是对具体的结果有预见,论以过失理所当然,但也未必要求具体性预见,对危险发生有危惧感就可以了。”○36

新·新过失论的理论,在日本刑法学界引起很大的争议,大谷实、大冢仁、三井诚等学者对此持有鲜明的反对意见。例如,三井诚认为,以危惧感作为预见可能性的内容,使人具有再现运用结果责任的担忧。○37而且,“危惧感”并不是一个对社会心理明确定义的概念,将茫然不安的心理状态作为预见可能性的内容,使预见可能性明显地被抽象化,徒具形式。不客气地说,如以现代社会为前提,很难想象没有危惧感的事情。在现代化社会中,开发、应用科学技术具有巨大的破坏力,会对公众生活带来威胁。在这种情况下,对尚未认识到的危险要求预先采

用排除措施,应当说是令其承担了严格的责任。从处罚过失的机能、效力来考虑,不能否认这样做接近了英美法中的严格责任或绝对责任。○38大冢仁认为:“如果作为注意义务内容的结果预见可能性只需要危惧感的程度就够了的话,就会过于扩大过失犯的成立范围,有时与客观责任没有大的差别,……所以,我认为,在论及担当着最先端的科学技术者的过失责任时,需要存在如果充分活用了既知的学问、技术的成果就能够预见危险的状况,不能认为仅仅存在危惧感就够了。”○39

## 二、西方刑法犯罪过失学说的评价

在德、日刑法的过失论中,可以看出旧过失论与新过失论(含新·新过失论)两种理论在思考方法上的差别:第一,从形式上看,可以说表现在过失在犯罪论体系上地位的不同。旧过失论将过失视为责任要素,是与故意并列的责任种类或者责任形式。与此相反,新过失论则视过失是主要的违法性要素,或者既是责任要素也是违法性要素。第二,从实质上看,作为认定过失基础的注意义务的内容不同。旧过失论以结果预见义务为注意义务的内容。与此相反,新过失论将结果回避义务视为独立的,或者与结果预见义务共同视为注意义务的内容。当然,从理论上说,形式和实质两方面的问题,是有相互不可分割的联系的。但无论是旧过失论、新过失论以及新·新过失论,对于作为心理要素的过失心理状态,无论持有的在犯罪论体系上以及实质内容上的看法有何不同,但对责任的本质是对行为人人格的非难这一点,认识基本上是一致的。换言之,作为其人格态度的,引起损害发生的行为人的意思形成过程是否值得非难,均最终是集中到过失责任有无问题的这一点上。

旧过失论以过失责任非难的根据在于行为人具有的不注意的心理事实,以违反结果预见义务为过失的本质,以发生法益被损害的结果作为违法及有责的评价标准,强调结果无价值。该种过失理论,在产业大革命前的农业社会用于处理单纯的灾害事故,并没有显现出特别的不足,然而,在高度发达的现代社会中,特别是由于科学技术广泛地使用在社会生产和生活活动中,用该理论处理所发生的灾害事故,则变得极不充分。因为在现代社会中,众多的不可缺少的活动所涉及的危害性一般都能被认识,如果因此而发生损害,均在预见可能性的范围之内,行为人当然要追究过失责任。另一方面,在尖端科学技术领域里,具有巨大危险性的机械、装置等,危险发生的经验由于不能从生活经验中积累和学习,这样一来,结果就是不可能预见的,因而一概不能被追究过失责任。这二点结论显然都是不合适的。

新过失论以规范责任论为理论基础,强调从行为无价值的角度探求过失犯的违法性及其责任根据,以期待可能性为可归责的前提及根据,以违反结果回避义务的不注意为过失的本质。当然,其学者中,也有对新过失论持批判观点的。如平野龙一就认为,如果以“慎重的行动远离危险的发生”的先行行为作为过失的本质,则不作为的要件与过失的要件就混淆在一起了,又将回到旧的客观主义的结果主义上。还认为,新过失论无视结果的发生或者行为的危险性是过失犯的实体,如果脱离这一基准而予以处罚,也将处罚“不采取合理行为者”,而造成无限制的处罚,违反罪刑法定主义。○40此种见解,从有些国家刑法对过失犯罪规定有行为犯、危险犯来说虽然有一定道理,然而从新过失论立论的出发点并非对“不采取合理行为者”而论以过失责任,是为解决过失的违法性问题,因此他的这种评价是不够客观的。新过失论之所以将过失评价标准由心理事实的不注意,转变为违反规范的不注意,是为现代工业化社会里合理地限定过失刑事责任范围提供理论依据的客观需要。在现代工业化社会中,科学技术的发展与运用本身就孕涵着侵害社会、公众法益的危险性,如果仍然以不注意的心理事实作为归责的根据,则无异于要取消这样的行为,然而,这显然是不现实的。新过失论采取折衷的办法,在不否定心理事实仍属于归责要素的前提下,主张由法律、法令以及各种规章制度来限定危险发生的程度,应是在社会所能忍受的范围内(被允许的危险),并以此作为违法性评价标准。只有行为人由于不注意而违反该种规范,即为社会所不容许的违反注意义务才具有可归责的前提。应当说其责任范围的界定是合适的。从这一点而言,无疑是较旧过失论具有巨大的进步性。而且,新过失

理论较之于旧过失论不仅更科学合理,同时又拓宽过失理论的范围。

新·新过失论是以新过失论理论为基础,对新过失论的预见可能性的内容予以部分的修正。随着企业组织日益扩大、社会生产日益现代化,因组织活动失误而发生的灾害事故,严重威胁公众生命、健康。新·新过失论主张根据行为人在企业中处于监督、领导地位,确定其避免结果义务,其出发点无疑是有积极意义的。但是,应当看到新·新过失论的不足是十分明显的。第一,该理论虽然仍建构在新过失论的基础上,但由于将具体的预见可能性转变为抽象、笼统的“危惧感”,而形成与新过失论不完全相同的过失理论,有脱离其基础之嫌。第二,该理论只适用于处理公害事件中行为人的过失罪责,因而有很大的局限性。第三,违背因具有“危惧感”而负有的注意义务,即可论以过失罪责,过于严厉,无疑会对从事该类活动的人员以沉重的思想负担和心理压力。从根本上来讲,将对科学技术的发展形成严重的阻碍与不良影响。第四,虽然新·新过失论为解决现代工业化社会中的公害事件,采取了较为灵活的策略,其出发点和方法论中均有可取之处。但新·新过失论归责的主观基础,将具体的预见可能性转变为抽象、笼统的“危惧感”,存在着如何理解这种被抽象化的预见可能性,以及该种预见可能性与不能认为有过失责任的无结果预见可能性之间区别的界限,包括该种预见可能性的程度和内容的问题。这不仅是理论上的难题,而且在实践中也很难防止过失责任范围的扩大化。

应指出的是,德、日学者就过失的责任根据及过失本质的学说虽然是从不同的角度、依据不同的理论提出了一些有益的见解,对于我们不无启迪和借鉴作用,但从根本上来讲,由于世界观及方法论的不同,在我们看来,还不同程度的存在一些问题。例如,心理事实说揭示出犯罪过失是一种心理事实,固然是正确的,但将归责原因仅限于这种心理事实,是只注重主观根据而对客观根据重视不足;规范违反说,正确地解决了归责的前提以及过失的违法性问题,但却在强调客观根据上对主观根据有所忽略;至于“危惧感说”更存在极易导致过失责任扩大化的倾向。这是我们在借鉴其理论时必需注意到的。

#### 参考文献:

①见胡鹰:《过失犯罪研究》,中国政法大学出版社1995年版,第15页。武汉大学法学院副教授,法学博士。

②团藤重光(日)主编:《注释刑法》(2)之II(总则)(3),有斐阁1981年日文版,第380页。

③蔡墩铭:《唐律与近世刑事立法之比较研究》,第160页;转引自胡鹰:《犯罪过失研究》,第61页。

④储槐植:《美国刑法》第二版,北京大学出版社1996年版,第82页。

⑤(日)真锅毅:《现代刑事责任论序说》,法律文化出版社1983年版,第35页;转引自姜伟:《犯罪故意与犯罪过失》,第245页。

⑥蔡枢衡:《中国法史》,广西人民出版社1983年版,第185页。

⑦参见姜伟:《犯罪故意与犯罪过失》,群众出版社1992年版,第247页。

⑧转引自:洪福增:《刑事责任之理论》,台湾刑事法杂志社1982年版,第262-263页。

⑨转引自:(日)藤木英雄:《过失犯的理论》,有信堂1969年日文版,第19页。

○10转引自:(日)藤木英雄:《过失犯的理论》,有信堂1969年日文版,第19页。

○11转引自:(日)藤木英雄:《过失犯的理论》,有信堂1969年日文版,第18-19页。

○12转引自:洪福增:《刑事责任之理论》,台湾刑事法杂志社1982年版,第264页。

○13见高仰止:《刑法总则之理论与实用》,台湾五南图书出版公司1986年版,第261页。

○14转引自:(日)藤木英雄:《过失犯的理论》,有信堂1969年日文版,第17页。

○15转引自:洪福增:《刑事责任之理论》,台湾刑事法杂志社1982年版,第263页。

- 16见(日)团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1979年改定日文版,第309页。
- 17转引自(日):藤木英雄:《过失犯的理论》,有信堂1969年日文版,第18页。
- 18见(日)福田平、大冢仁:《日本刑法总论讲义》,李乔、文石、周世铮译,辽宁人民出版社1986年版,第111-114页。
- 19见马克昌主编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第631页。
- 20见(日)大谷实:《刑事责任论的展望》,成文堂1983年日文版,第7-8页。
- 21见(日)大谷实:《刑事责任论的展望》,成文堂1983年日文版,第7-8页。
- 23见藤木英雄(日):《过失犯的理论》,有信堂1969年日文版,第17页。
- 24见藤木英雄(日):《过失犯的理论》,有信堂1969年日文版,第16、17页。
- 25见马克昌主编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第631页。
- 26(日)大谷实:《刑事责任论的展望》,成文堂1983年日文版,第9页。
- 27马克昌主编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第631-632页。
- 28张文等著:《刑事责任要义》,北京大学出版社1997年版,第40页。
- 29洪福增:《刑事责任之理论》,台湾刑事法杂志社1982年版,第25页。
- 30(日)藤木英雄:《过失犯的理论》,有信堂1969年日文版,第23页。
- 31(日)藤木英雄:《过失犯的理论》,有信堂1969年日文版,第23-24页。
- 32转引自:陈朴生:《刑法专题研究》(台),三民书局1988年版,第309页。
- 33这里的行为标准,即是指为使结果不发生,所应当履行的最低限度的避免结果发生的行动基准。
- 34见(日)藤木英雄:《过失犯——新旧过失论争》,学阳书房1981年日文版,第24-25页。
- 35(日)藤木英雄:《过失犯——新旧过失论争》,学阳书房1981年日文版,第31页。
- 36(日)藤木英雄:《过失犯——新旧过失论争》,学阳书房1981年日文版,第33-34页。
- 37根据新过失论行为无价值的理论,过失犯不只是以结果论责任,同样存在着行为犯、危险犯的形态。
- 38见(日)三井诚:《预见可能性》,载藤木英雄:《过失犯——新旧过失论争》,学阳书房1981年日文版,第144-147页。
- 39(日)大冢仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第245、246页。
- 40见(日)中山研一、西原春夫、藤木英雄、宫泽浩一主编:《现代刑法讲座》第三卷,成文堂1982年日文版,第55页。
- (作者系武汉大学法学院教授、法学博士、博士生导师、刑事法研究中心执行主任,北师大刑科院兼职教授,中国法学会刑法学研究会常务理事)

更新日期: 2007-1-10

阅读次数: 842

上篇文章: 外国假释制度的几个问题

下篇文章: 试论德、日刑法中犯罪过失在犯罪论体系中的地位

 打印 |  关闭



