

DOI: 10.15918/j.jbitss1009-3370.2016.0319

对大陆法系刑法中犯罪过失理论的整体性反思

刘跃挺

(中国人民大学 法学院,北京 100872)

摘要:中国刑法典中的过失概念将认识因素与意志因素两者结合同时分析并判断过失之内涵。美国模范刑法典与德日刑法学理论都只是从认识因素角度对过失内涵加以界定。大陆法系刑法学中犯罪过失概念的再认识有其必要性,过失犯罪整体概念中的注意义务与注意能力系其概念之内涵中最为重要的两个组成部分。德日刑法中犯罪过失概念的理论重点在于行为人在违反注意义务的情况下实现犯罪构成要件。其中,注意义务分为预见义务与回避义务。过失犯罪之行为不法的认定基准不只在于注意义务违反性,而更在于行为人有预见且回避结果发生之能力,却未尽力去避免。中国传统犯罪过失理论通说是以“4要件”为基础并进而展开相关专业性阐释与研究,但司法实践中对犯罪过失之判定却缺乏可行的规范性标准。基于人权保护与保障理念,中国刑事立法及其理论研究应该更加积极地阐释与分析犯罪过失客观事实上的“过错归属性”问题。

关键词: 过失犯罪; 注意义务; 注意能力; 构成要件

中图分类号: DF792.1

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2016)03-0143-09

一、对“犯罪过失”^①基本概念研究之必要

从新中国刑法学发展史来看,过失犯问题一直是理论研究的重点^②。一般而言,“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,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的,是过失犯罪。其中,以危害结果的实际发生作为过失犯罪成立的必要条件。”^[1]随着德日以及英美刑法理论的引进,关于过失犯罪的研究重点也逐渐发生着变化^[2-4],譬如“预见可能性”“回避可能性”“相当的注意”“过失危险犯”等涉及过失犯罪之新名词的出现,充实了理论研究之内涵。由于语言翻译或是专业背景知识存在理解偏差,一些涉及过失犯罪的理论术语发生错释,甚至套用英美刑法相关理论诠释德日刑法过失犯罪的概念内涵。譬如,“美国规范刑法典废除普通法上一般与特定故意之区别,而对于犯意采下列分类:故意(purposely)、知悉(knowingly)、不在意(recklessly)与过失(negligence)。其中,‘不在意’是指知悉重大与不合理风险而有意

予以忽视;‘过失’是说:当行为人怠于注意重大与不合理风险,为了认定行为是否出于过失,用客观标准,但高于侵权行为上之理性之人之标准。”^[5]与此对应,有的学者将“purposely”“knowingly”“recklessly”“negligence”又分别翻译为“蓄意”“明知”“轻率”“疏忽”,并认为,“美国刑法中的轻率和疏忽,由于相当于德国刑法中的有认识过失和无认识过失,因而也可以称之为‘轻率过失’和‘无认识过失’。”^[6]然而,有的学者却认为,“在解释论上,‘不在意(recklessly)’是一种过失,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,与过于自信过失的情况也不完全符合。因为在过于自信过失中完全可以存在对违法性有认识的情况。”^[7]美国模范刑法典中的“recklessly”和“negligence”,德国刑法学理论中的“有认识过失(Bewusste Fahrlässigkeit)”

收稿日期: 2015-07-06

基金项目: 国家社科基金资助重点项目“现代医疗技术中的生命伦理及法律问题研究”(11AZD111);中国博士后科学基金第58批“一等资助”项目“法治中国之医疗信赖原则机制研究”(2015M580159)

作者简介: 刘跃挺(1982—),男,法学博士,中国人民大学博士后流动站研究人员,副教授,E-mail:wonderf21cn@163.com

①“犯罪过失”是指行为人在实施过失行为中的主观心态,包括认识与意志两个方面,即行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,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。“过失犯罪”是指行为人在过失心理支配之下实施的、根据刑法的规定已经构成犯罪的行为,内容不仅包括犯罪过失、过失行为、行为之危险性、共犯性等相关问题。本文仅对“犯罪过失”(过失犯罪的主观方面)在概念、内涵、特征、分类及成立条件等方面进行全面阐释与详实分析。

②从1957年史言的《过失罪》发表至今,共有3688篇论文主题直接涉及过失犯罪,见中国知网www.cnki.net。

和“无认识过失(Unbewusste Fahrlässigkeit)”与中国刑法典中的“过于自信过失(轻率型过失)”和“疏忽大意过失”,三者之间是否可以划等号?

中国刑法典从本质意义上直接规定过失犯罪概念,“很明显属于前苏联模式,其优点是含义清楚、明确,规范性强,在司法实践中也易于操作;同时,中国刑法不但明确规定了犯罪过失的心理内容,而且界定了其不同的(意志)表现形式。”^[8]简言之,中国刑法典中的过失概念是将认识因素与意志因素两者结合同时分析并判断过失之内涵。无论美国模范刑法典还是德国刑法学理论,都只是从认识因素角度对过失内涵加以界定^①[9][10]1087-1088。因此,英美刑法中的“recklessly”“negligence”可以翻译为“有认识但不期待”“无认识即疏忽”。可以说,英美刑法的“无认识即疏忽(negligence)”或许可以等同于德国刑法的“无认识过失(Unbewusste Fahrlässigkeit)”,但英美刑法的“recklessly(有认识但不期待)”却不能等同于德国刑法的“Bewusste Fahrlässigkeit(有认识过失)”;无论如何都不能将中国刑法过失概念中的意志因素(即“过于自信”或是“轻率”)来界定英美刑法的“recklessly”的内涵。英美刑法或是德国刑法仅从认识因素角度来界定犯罪过失的内涵,或许不能满足司法实践的需要,“但是,英美法系与大陆法系的法官或是法律学者会更加自觉地从司法判例与理论研究中,进一步合理、相当地规范现实社会中正在发生的过失犯罪之主观内涵。”^[11]可以说,在判断英美刑法与德国刑法有关过失概念时,某些中国学者先入为主的错误分析与妄加联系的任意做法让对大陆法系德国刑法^[12]中过失犯罪概念内涵有必要重新进行理论性梳理。

二、过失犯罪与注意义务

过失犯其实是一种价值犯,其非难重点系行为人在违反注意义务的情况下实现犯罪构成要件。其中,注意义务是一种价值判断^[13]。“每一个作为科处过失行为依据之刑法规范,要求所有受规范者都应该尽力履行了避免构成要件实现所必要之客观的注意义务。”^[14]^[15]“从行为规范违反的观点来看,过

失犯客观注意义务的违反,未尝不是一种行为规范的违反,亦即从行为规范的意义来看,社会期待每一个参与社会活动者都能遵守的行为规范,而行为规范的价值在于确立一般社会客观行为的标准,以维护社会秩序与法秩序的安定为目的,这种潜在性的社会规范的目的性行为,无形中支配着从事社会活动中的每一个人。”^[15]^[23]因此,若行为人无视这种潜在性社会规范目的的行为,那么,其行为外在表现即为注意义务之缺失。

刑法条文本身在过失犯罪构成要件中,未对何为应尽之注意义务方式及程度做出一般性规定^②。换言之,刑法上过失之判断基准,学上说与实务上之见解甚多,最主要者系“违反注意义务”,此为过失于立法上的定义。不过,此注意义务究竟系指“预见结果义务”,抑或系指“回避结果义务”,学说基本上存在旧过失犯罪论与新过失犯罪论2种观点^③[16]。旧过失犯罪论之基础系心理罪责论。相对于故意系行为人对构成犯罪事实认识或预见之心理状态,过失则系行为人对于构成犯罪事实不认识或不预见之心理状态。旧过失犯罪论对于注意义务之判断基准,重心在于行为当时,行为人对结果之发生,有无“主观之预见可能性”,即行为人原本对于构成犯罪事实,能认识或能预见,惟因疏于注意而不认识或不预见,未采取以认识或预见为基础之结果回避措施,以致结果发生时,行为人应可受非难。行为人由于主观上欠缺意识之集中,导致未预见原可预见之结果发生,行为人当然具有过失,此以“主观之预见可能性”为前提之“违反注意义务”,即系旧过失犯罪论的主要论旨^[17-19]。相对而言,新过失犯罪论判断过失犯罪是否成立之基准,系行为人是否尽“回避结果发生”之义务。违法性之本质系“基于违反社会行为所生之法益侵害”,而非一般之法益侵害,即违法性非仅属于单纯法益事实之“结果无价值”,亦应求诸于违反结果回避义务之“行为无价值”。因此,过失犯罪特有之实行行为,系以行为是否违反客观注意义务来认定。此种客观注意义务系以一般人之立场为基准,含有客观之结果预见义务与客观之结果回避义务,“特别系为回避结果之发生,应采取适

①“Recklessly 是指行为会带来实在的、不合理的危险或是实害结果,行为人却对此有认识却不谨慎、有时或是对此有意的忽略。可以说,故意一定存在预见,但预见未必有故意。Recklessly 就是后者这种状态,其行为人可能已经预见到了行为的后果,但却不渴望这样的结果发生。”“Negligence 是指在同种情况下,行为人没能像一般人一样履行其所应当履行的注意义务,其实施之行为低于法定标准即无法使他人免遭不合理之有害危险,除非这些行为是有意的、肆意的或是十分盼望的有损于他人之合法权利。”“德国刑法中的过失,是以‘有无认识(erkennnt)’加以区别。”

②《中华人民共和国刑法》第15条:“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,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的,是过失犯罪。”

③Roxin 认为“传统过失理论所尝试理解的注意义务之违反、可预见性、认识可能性及避免可能性等概念都是多余的,可以废弃不用”。

切措施之义务,亦即为行为人当时之处境,从行为人之立场出发,其是否践行预防结果发生之必要措施。行为人若已践行回避结果发生之措施,结果依然发生,其行为为自属合法。惟若行为人未践行回避结果发生之措施,导致结果发生,其行为则当系违法。”^[20]

就犯罪论之体系而言,旧过失犯罪论之过失系罪责要素,应于罪责之阶层讨论,通常被视为主观之过失,违反注意义务即系意味主观之违反预见可能性。“然依新过失犯罪论之观点,过失系属构成要件要素或违法要素,应于构成要件阶层讨论,其通常被视为客观之过失,违反注意义务则系意味违反客观结果回避义务。因此,学说上,有的主张认为,过失系构成要件要素;有的主张则认为,过失亦系罪责要素,即具有双重之机能。”^{[17]175-176} 无论过失要素是属于构成要件抑或罪责部分,中国刑法典本身都没有明确有关过失犯罪之注意义务概念的界定。大陆法系刑法学说理论及司法实务之整理却对此予以充分地说明。“多数学者将过失行为人应遵守的客观必要之注意义务区别为内在的注意义务与外在的注意义务,换言之,行为人只要具备内在注意义务之违反,或者是外在注意义务之违反,即有所谓的客观注意义务违反性。”^{[21]85}

内在的注意义务,是指行为人认识其行为可能对于法律所保护之权益造成实害或危险,并正确地评价应如何依其对于该危险之认识而为预防法益侵害之措施的义务,即结果预见义务。学者 Binding(1922)认为“内在的注意义务为‘预察’义务(Vorprüfungspflicht),其意为在判断行为人有无外在的注意义务违反性之前,必须以行为人内在的注意义务违反性为前提要件;反之,如果行为人并无内在的注意义务,因而也无内在的注意义务之违反性,则也毋庸对行为人有无外在的注意义务以及相关注意义务之违反性进行讨论。”^{[22]499}

相对于内在的注意义务而言,“客观的注意义务或社会生活中必要之注意,其目的系朝向构成要件的结果之回避”^[23],即若行为人履行内在注意义务且预见相应具体危害会发生,则应避免相关构成要件结果发生,故必须进行回避行为。换言之,此时行为人被要求履行“外在的注意义务”即结果回避义务。

与内在的注意义务相比,外在的注意义务可以通过表现形式相区别:第一,不为危险行为之义务。第二,在危险情况下小心行为之义务,即原则上对于已经认识到该行为具有法益侵害危险性,法秩序

亦随之要求行为人予以放弃,但是,在有些情形中,基于该行为之危险之“可容许性”及“社会相当性”,则应允许人们在一定前提下可以为之;在这种情况下,行为人被要求在行为过程中进行必要的注意、控制与监督,借此将其危险维持在可容许的范围内。第三,在危险行为进行前之准备与查询义务,即行为人在为危险行为前,应使自己有能力在不致造成他人损害之前提下为该危险行为,必须充实自己的专业认知能力、技巧与经验;或者在业已完成检查之个案再次进行调查。譬如,医师不断学习进修专业知识,以及其在实施手术前对病人病历之调阅或再次询问与检查。第四,遵守一般注意规则之义务。此处所说的“一般规则”是指避免行为侵害相关法益之民事或行政法律、法规及其行业规范。一般来说,违反这些规则,该行为就可以被认为引起法不容许之危险。换言之,这种“规定在一般注意规则之行为,通常是在经验中经常发生危险之情形,亦即通过一般注意规则之订定,抽象地表征其行为之危险性。”^{[21]39} 第五,团体分工下之注意义务。在共同分工的情况下,基于社会分工及分层负责的原理,个人原则上仅对其分工之部分负责,但监督者或者组织者须在指导、监督、组织与遴选等方面负有相应注意义务。

综上所述,外在的注意义务(即结果回避义务)原则上以内在的注意义务(即预见结果义务)为前提,“其所强调的是行为人对于客观预见性的认识或识别的主观预见可能,与结果回避义务有主、客观不可分割的关系,如行为人无结果预见义务的可能,则不发生因果关系的问题,亦即法所不容许的风险,既不得由行为人承担,自无过失可言。”^{[15]105-108} 反之,行为人虽违反预见结果的义务,但是却未违反结果回避的义务,此时仍无过失可言。

三、注意能力与注意义务违反性之关系

德国刑法理论认为,过失犯罪之构成要件是以客观之结果预见可能性及回避可能性与注意义务违反性作为判断基础的^{[14]579[24]}。注意能力即结果预见可能性和回避可能性与内在的和外在的注意义务之违反之间存在密不可分的内在关系。简言之,法律尤其是刑事立法规制内在或者外在注意义务必要性的前提在于行为人本身是否具备相应的注意能力。

然而,在具体的刑事司法实践过程中,前后两者的关系却似乎不如在刑事立法规制过程中那么简单,甚至会发生错乱。

(一) 结果预见可能性与注意义务之违反

“生活规则之所以产生,也是人们基于生活经验的累积所形成的。正因为某一些行为模式和一定侵害结果之间的稳定的因果律的存在,所以人们才会形成一定的生活规则,要求人用一定的行为方式来避免事故的发生。因此简单地讲,生活规则的本身反映了自然律的存在,并且也大致上反映了预见可能性的存在。”^{[125]259} 法律规范往往依照一般人之“判断经验”,要求其应履行客观之注意义务。可以说,一般人的判断能力决定了上述注意义务所要求的注意范围及其程度。换言之,“在注意义务违反性之判断上,所谓实定法或非实定法(亦称习惯法)的注意要求所禁止之行为,即是指依照一般人之经验法则中,经常引起特定危险的特定行为方式,亦即制定规定者将一般人对于特定行为方式,在通常情况下可能导致损害结果发生之预见可能性,转换成法条文字,因此,只要具体情况符合此种注意(义务)规则之规定,通常会推定为一般人对于结果之可能发生有预见可能性。”^{[121]62}

在一般刑事司法辨析过程中,注意义务规定本身也只是大致上反映了预见可能性的存在,但是并不能完全保证预见可能性之真实存在。这是因为注意义务规定(譬如行政规范)的订立“本来就经常会考量到管理上的方便的问题,所以注意义务之违反与否不一定切合实际生活当中的危险判断。”^{[125]267} 因此,两者虽然关系紧密,但没有逻辑决定论意义上的先后必然性。详言之,行为人即使违反了客观既存之注意规则,也不能说明行为人在此种具体情况下必然具有结果预见之可能性,并进而认定其具有客观注意义务之违反性。

(二) 结果回避可能性与注意义务之违反

“一个人欠缺知识而无法预见侵害事实的发生,因此造成侵害事实的发生,对此,刑罚难于有改善的作用。析言之,相对于自然界所要发生的事情,人的知识永远有限。对于行为人没有足够知识的缺憾,在行为人行为的时候已经无法改变。因此如果一个人因为欠缺知识而无法预见事实的发生,刑罚的威吓并没有办法使行为人在那一秒钟变成有知识、变成有预见、变成可以产生回避侵害行为的动机。对于如此没有避免可能性的侵害行为,即使处罚了,还是达不到预防利益侵害的目的,因此刑法必须放弃这种没有意义的刑罚。”^{[125]258} 进言之,当行为人具备足够知识之时,即已达到法律所设定的“一般人”(即某一领域之认真、谨慎且理性的人)之要求,可以认定该类行为人对于侵害事实的发生已

经具备足够的预见可能性。对此,若相关法益侵害事实进一步发生,那就说明该类行为人对行为的外在作用不予以注意。“在这种情况下,刑法希望透过刑罚的威吓可以使行为时的行为人提高用心,亦即动用其既有的知识去预见侵害事实的发生而产生回避的动机与行为。”^{[125]258} 简言之,过失犯罪之行为不法的认定基准不仅在于注意义务违反性,而更加在于行为人有预见且回避结果发生之能力,却未尽力去避免。

笔者认为:基于上述逻辑分析,首先,在一般情况下,行为人对侵害事实的发生已经具备相应的预见可能性;加之,法律也对相关注意义务(尤其是结果回避义务)事先予以规制;最后,问题就在于行为人是否有能力去避免结果发生,这也就是刑事司法在具体判断行为人过失犯罪是否成立过程中的关键一步。然而,问题在于,何为“一般情况”? 何为判断行为人有无回避结果发生之注意能力的恰当标准? 若此问题未能解答,那么,在刑事司法辨析过程中,结果回避可能性与注意义务之违反两者之间的思维逻辑关系也会变得不够明确。

四、注意能力之认定标准

行为之有无客观注意义务违反性之认定前提是行为人之结果预见与回避能力,即注意能力之有无。德国刑法理论基于新过失犯罪论而言,认为注意义务违反性应区分为客观的注意义务之违反性与主观的注意义务之违反性^{[10]1081-1086}。同时,注意能力也被区分为客观与主观的注意能力,且分别存在于构成要件阶层与罪责阶层,即过失犯罪认定之双重标准理论。另由于“违法是客观的,而责任是主观的”这一理论共识的基准因过失论的发展而产生变化,即其认定基础在于判断标准(而不是判断对象)是客观还是主观^[26]。因此,对于客观与主观的注意能力的认定标准也随之存在客观说与主观说。

(一) 客观说——一般化理论之反思

基于过失犯罪认定之双重标准理论或者说“双阶理论”,客观违法注意义务之结果预见及回避可能性(即客观注意能力)有无是以“理性之一般人”为判断标准,即当一个处于与行为人相同地位之理性第三人可能对其违反注意义务之法益侵害结果有所预见且有能力予以回避之时,若其仍然进行相关危险行为直至法益侵害结果出现为止,那么可以肯定行为人之行为该当于客观注意义务之违反性。简言之,一般化理论主张注意义务有无违反之判断应以“一般人”之注意能力为依据。

1. 一般化理论之内涵及其合理化依据

“为了达到避免过失构成要件实现之目的,任何一部有关过失犯罪的刑事法典都会要求受规范之个人须尽一般之义务,此即为法秩序对于所有的受规范对象的最低要求,而此一客观注意义务之标准亦为判断具体行为是否对他人法益造成法不容许之危险的标准。因此,违反客观注意义务要求的情形,即可认定其逾越了容许风险之界限。”^[14]这种对行为人的一般性的、客观的、普遍的预见及避免过失构成要件结果实现之可能性的法规范要求,又称为“平均人标准”或“理性人标准”。基于“平均人标准”,任何一个客观第三人处于行为人相同的社会领域,并具备理智、认真、良知与谨慎,在与行为人所处之相同环境时,所具有的预见及回避相关法益侵害结果发生之行为能力,即为行为人行为是否违反客观注意义务的判断前提。

判断犯罪行为之成立,一般依照构成要件该当性、违法性及罪责之三阶层的犯罪论体系来判断,刑事不法之基础在于法定的构成要件之实现。构成要件是透过立法者对具备典型的“行为无价值”或“结果无价值”的事实过程之描述,其意义在于彰显行为之不法特征。不过,具体行为之构成要件该当性并非是该行为对法秩序影响的终局性判断,还须再经过违法阻却事由存在与否之判断;若该行为具备构成要件该当性且不存在违法阻却事由,那么,该行为在刑法上才能被称为“不法”^{[27][28]}。行为不法之功能在于刑事立法所宣示其客观上违反了法秩序^[29],即客观上属于刑法所要予以规范的范围。

“宣示不法”功能恰恰符合了“共同经营团体生活之要求”与“刑罚一般预防之要求”。第一,从“平均人标准”中可以看出,社会对危险行为之最低容忍程度即为“一般人”谨慎、理智并认真实施相关行为。这是因为“在社会团体生活中,人们相互间之行为必须要有一个一致性的标准,每一个人才能基于此种一致标准,信赖其相对者或者其他任意第三人会有‘合理期待’的反应,并基于此种信赖而继续经营共同生活。反之,如果认为每一个在团体中生活之个人只依其本身之能力而为反应,那么,社会团体共同生活无法有效继续进行。”^[30]第二,从学者Binding的“规范论”^{①[22][35-143]}出发,认为刑法规范具

有对于一般民众彰显行为规范之功能。立法者藉由法条之规定,经验性地将侵害法益之行为,以构成要件之形式表现,并通过法律公布之程序向一般社会民众宣示,此行为规范为法社会肯定之最低界限;若有违反,将可能被予以刑罚处之。此时,则彰显了刑罚之一般预防功能。

2. 一般化理论“缺失”问题的反思

第一,在处理具体案件时,往往会遇到一些问题,譬如什么是“平均一般人”?应以哪一领域中的平均人为准?“具有良知、理智而小心、谨慎之人”事实上是否存在及其内涵与外延是什么?面对这些问题,一般化理论并没有给予清楚的解答。第二,当行为人注意能力高于平均一般人时,按照“平均人标准”,其行为只要求具有一般程度的认知与回避能力;若其在具体案件中已经运用了该一般程度的认知与回避能力,却无法避免侵害法益之结果的发生,但若其运用自身较高的注意能力,则能够避免结果的发生。此时,依照一般化理论,其行为未满足构成要件该当性及违法性,并进而否则罪责的成立,那么这样的认定对法益保护则有欠周到。第三,对于行为人注意能力不及平均一般人时,若在具体案件中行为人因其认知与回避能力欠缺而无法履行平均一般人所应尽之注意义务,但其注意能力认定标准依照一般化理论之“平均人标准”,则该行为人之行为符合构成要件该当性及违法性;只是在判断此人之罪责是否成立时,基于该行为人欠缺主观之注意能力,则排除罪责之成立。但问题是,法秩序要求一个行为人去做其所无法做到的行为,并通过不法之认定,进而客观上否定该行为,这种处理方式是否合理?这种行为规范,人们是否能够允许其存在?换言之,无论对于能力高者还是能力低者,一般化理论均采用同一标准,这种解决问题的做法本质上已违反平等原则^[31]。

(二)主观说——个别化理论之反思

1. 个别化理论之内涵及其合理化依据

在德国,只有少数学者持主观说,认为在构成要件阶层中之注意能力应依据主观之标准,即以行为人本身作为判断标准^{[31][32]}。详言之,“认识结果可能发生的义务,所认识的并不是注意义务,而是认识规范所要避免的结果,亦即认识自己有避免结果发生的

①关于“规范论”有如下若干观点:1.规范是存在于刑法条文之外,且无例外地以要求保护具体、特定法益之诫命规范之形式而呈现。2.规范是普通适用于一般社会大众的,其并非以预防意外的法益侵害发生为目的,而只在预防由人之行为所引起之具体、特定的法益侵害,因此人可以依规范之要求而改变其行为,即依照命令规范而为作为,依禁止规范而为不作为。简言之,规范只禁止一切有避免可能的法益侵害行为。3.规范之目的在于保护法益,故规范违反必须存在法益侵害状态之中。因此,规范之具体化在刑法条文中,被强调为可刑罚性要素之规范违反要素。构成要件任务在于类型化地描述带有法益侵害之行为方式,即实质上的规范之违反。4.规范既然只在于禁止有避免可能性的侵害法益之行为,而构成要件之功能又在于规范违反之确定,故构成要件亦就只针对有避免可能性之侵害法益之行为。

义务,这个义务是透过该行为人的认识能力而构成的。”^{[13]155}主观说根本上否认客观注意义务违反性之概念,认为其为一个无用的标准,这是因为“过失行为本身也是日常生活中可能实现构成要件的常态风险行为,而这个行为是透过行为人的能力来形成的,亦即依行为人的能力,决定行为是否属于风险行为。”^{[13]156}并进一步认为,“刑法是为了避免结果发生之目的而存在,并且在无法达成此目的之时,动用刑罚,以指出行为之界限。刑法规范则透过其所标示出的行为界限,影响行为人之动机,已达到避免特定结果发生之刑法体系之目的。”^{[13]164}换言之,注意义务之规范旨在判断行为人之行为是否制造法所不容许之风险;然而,该规范的实际效果却以行为人之个别化的注意能力为前提。因此,若行为人之注意能力不及一般人,则其所制造风险的行为因其注意能力之欠缺而不足以构成不法^①[14]595-598[35];若行为人能力高于一般人,在从事其专业工作时,也不应只要求其依照一般同行之技术标准行事,即依其本身注意能力之实况,来判断行为人之行为是否符合构成要件该当性。

基于个别化理论,注意义务之规范依个人实际能力为判断标准,更能体现法规范作为“行为导向”的意义。“若规范根本无法藉其行为指示而改变行为人之行为动机,进而达到规范之要求,则该规范必然丧失刑事政策意义上指导功能,使其自身变成一个单纯服从的命令。”^{[13]166}基于此,法规范所要表达的应该是:“我就是要一定程度的法秩序,而在受我所管辖中的每一个人都要达到这样的标准,不管具体个案中的行为人事实上的能力是高于这个标准,或者是低于这个标准,只要你维持这个秩序的和平,就是符合法秩序的要求,也就是合法;反之,只要你破坏法秩序的和平,不管你是不是因为能力不足以履行法规范之要求,就是不法。如此则已经失去刑法规范作为行为规范之功能。”^{[21]101}其次,个别化理论也说明了行为人缺失行为能力则无法律义务的道理。如上所述,行为规范若不以行为人之个别化的控制能力为其判断前提,则该行为规范就会失去功效。换言之,任何要求能否合理存在,必须依据其所规范之个人能否履行相关义务。再者,个别化理论可以满足平等原则之要求。主张个别化理论之学者认为,“一般化理论只能达成表面上的平等,

只有在过失不法的判断上采取个别化的标准,才能达成实质的平等。”^{[13]155}因为高能力者依其高能力履行注意义务,一般能力者依其一般能力履行注意义务,低能力者依其低能力履行注意义务,这自然体现出实质意义上的平等;其中,虽然表面上看来高能力者必须要承担较重的注意义务,但是事实上该类行为人,依其本身能力之高程度,自然不会感到其自身必须满足法规范之高要求在精神上的紧张;况且,要求具有高能力之行为人在履行其注意义务时应依其本身高能力之标准,实则恰当、完善地达到法益保护之目的。

2. 个别化理论“缺失”问题的反思

个别化理论最大的问题,就是混淆了不法与罪责的阶层关系,即在判断过失犯罪过程中,实质上不再区分不法与罪责^[17]。这种混淆违法性与有责性之间的区别,则使原先的合理认定犯罪、防止国家刑罚权之滥用的犯罪成立之三阶层理论的“出罪”机制形同虚设。进而,法规范变成了单纯意义上的“命令规范”。详言之,此时的法就变成了具备相应属性的命令与禁止的整体(即命令或禁止国民依照国家意思行事),其外在只体现为命令与禁止这两种形式,即不法就是对这种命令与禁止的侵害;因为命令规范只针对于可归责能力者下达;进言之,命令对于有意要求约束的对象才有意义,所以侵害该命令规范的人(即具有可归责能力的人)才被称为违法者。而命令规范“往往过于重视行为对法律命令自身的违反,却无视法益受损害的情况,这就容易造成因过分强调主观违法因素而导致法律偏重义务概念与社会伦理规范,实质上又倾向于全体主义与社会连带的思想,有损于法律对个人自由的保护。”^{[28]47-52[38]}

(三)一般化理论之修正说——最后的选择

依据一般化理论之“平均人标准”,若行为人能力不及一般人,则其行为虽然违反客观注意义务且导致构成要件结果的发生,但因不具主观之“可非难性”而阻却罪责,最终排除犯罪之成立。反之,依据个别化理论,此类情况也会因行为人之行为不符合过失犯罪之构成要件该当性而排除不法。因此,对于低能力者而言,无论主张一般化理论还是个别化理论,其结论是无差别^[9]。但是,面对高能力者,一般

①但是,若该行为人明知自己的能力低于一般人,却仍执意为之,则依照超越承担过失之理论,认定该行为已符合构成要件该当性,进而不排除罪责之成立。譬如,医师如欠缺诊断、开刀或治疗疾病的必要能力与知识,即属欠缺注意能力。在这种情况下,该医师如仍逞强而从事超越其医疗能力的医疗行为,即会形成上述的超越承担过失。超越承担过失之立论根据在于:“行为人在前阶段对构成要件行为时产生的责任欠缺有预见或预见可能性,进而自行招致之,构成要件行为时点的罪责免除利益即不得再行适用于行为人的刑责认定,后阶段构成要件行为时点所欠缺的罪责要素,仍然必须被视为存在,然后再与其他个别的罪责要素进行具体罪责阶层的判定。”

化理论认为高能力者只需依照一般人标准来决定其有无客观注意义务之违反,即使该行为人运用其特别注意能力可以避免侵害法益之结果发生,但还是认定其行为不符合构成要件该当性而不成立过失犯罪。较之于个别化理论,实则给予高能力者之犯罪特权,对法益保护则有欠周到。基于此,一般化理论在“平均人标准”外,接受了个别化理论之部分主张,即进行折衷式思辨。依据行为人所处之活动领域,将平均人之内涵精确理解为不同专业领域中的理性、认真、谨慎之一般人。对于低能力者,才用一般化理论之“平均人标准”。对于高能力者,才用个别化标准^{[10]1087-1088}。

出于刑事司法之法益保护与人权保障两者功能运作之平衡考虑,“一般化理论之修正论”较为妥当。依该理论为基础,回到前述问题,继而在具体的刑事司法思辨过程中来判断行为人是否有能力去避免结果发生,并以此考量该行为人之行为是否成立过失犯罪^[40]。这个过程正是大陆法系刑事司法判断过失犯罪成立与否的关键之处,更是体现了德日刑法犯罪论中“三阶层”方法论的合理性与必要性,即“疑罪惟轻”原则的具体实现^[41]。

五、结语:犯罪过失的中国语境

新中国刑法典是参照苏联及俄罗斯刑法典制定而成,在刑法理论通说中,以“四要件”为基础展开相关专业性阐释与研究。苏联刑法典及其相关通说,是以苏联刑法学家特拉伊宁教授的犯罪构成体系为立论根基。“苏联刑法及俄罗斯的刑法学者一般认为,特拉伊宁是所谓的‘旧学者’,但也不否认他作为苏维埃刑法学奠基人之一的历史地位。特拉伊宁接受的是沙俄时期的法学教育,学习的是西方刑法学说和沙俄时期的刑法理论,这成为其后来从事科研工作的知识基础,同时也直接影响了他未来学术思想的形成。”^[42]可以说,这位接受西方刑法学尤其是德国刑法学理论的苏联学者,在其研究的基本思路中,必然深受德国刑法学的影响。但基于其所处于的特定历史时期,他的学说必然要经历马克思主义的批判性“洗礼”才能成为日后苏联时期刑法学的通说。详言之,马克思主义要求揭露犯罪的阶级性本质即社会危害性,故法律尤其是刑法必须从法律原则到基础概念之全方面地体现这一犯罪

实质性要求。譬如,苏联刑法典与中国刑法典都对犯罪过失规定为:“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,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的,是过失犯罪。”换言之,在规定犯罪之主观方面(故意和过失)内涵时,苏联刑法典与中国刑法典都要求全面地且实质地阐明行为人主观方面的社会危害性这一犯罪本质属性。

从表面上看,法定概念的实质性规范是一种追求实质正义、全面正义与终极正义的要求与体现。由于法律规范的僵化性、滞后性与语言表达的不确定性,能够体现终极正义的“实质性法律规范”在司法实践中,尤其是在对犯罪主观方面的认定过程中,往往无法应对和满足现实司法实践的具体要求。简言之,这些规范行为主观意志方面的概念,在实践中,没有可行的规范性判断标准。而正是因为如此,法定概念的实质化规范往往会导致法治尤其是刑事法治的虚无主义。

德国刑法等大陆法系刑法学说,没有在法定形式方面明确说明犯罪过失这一概念的本质属性,因为意识到行为人的主观方面尤其是意志方面无法通过具体的法律规范与证据规则明确化,故仅规范形式特征,即判断犯罪过失的基础性标准是客观注意义务。详言之,刑事法律及其证据规则是无法也没有必要直接判断行为人是否具备相关具体犯罪的主观要素尤其是“意志性因素”;而判断行为人行为是否违背客观注意义务,即这种主观过失的判断在于行为人行为本身是否具备客观事实上的“过错归属”,是可以明确地、直观地、实在地被刑事立法与司法实践加以定性判断。在行为人行为违背注意义务这一客观事实基础上,通过“期待可能性”再去判断这种客观过失的主观方面的“可谴责性”。而这个判断过程则是大陆法系“三要件”理论之“位阶性出罪”机制的必然体现,是一种对人权保障机制的肯定与固化^[43]。

基于人权保护与保障理念,中国刑法典及其理论研究应该更加积极地阐释犯罪过失客观事实上的“过错归属”问题,即犯罪过失的客观归责理论。犯罪过失的客观归责理论研究的前提则是前文论述与分析的德国刑法犯罪过失之若干基础要素与理论分类。

参考文献:

- [1] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉:武汉大学出版社,2005:350.
- [2] 胡鹰. 过失犯理论的变迁与发展[J]. 法律科学,1993(4):60-61.
- [3] 刘仁文. 过失危险犯研究[J]. 法学研究,1998(3):49-50.
- [4] 林亚刚. 中国古代刑法中的犯罪过失概念剖析[J]. 武汉大学学报(人文社会科学版),2000(3):348-349.
- [5] 杨崇森. 美国刑法之原理与运用[J]. 军法专刊,2014(3):53-54.
- [6] 储槐植. 美国刑法[M]. 北京:北京大学出版社,2006:95.
- [7] 刘跃挺. 犯罪过失概念的法系比较[M]//黄挺,贾玉. 法治探索论丛. 西安:陕西人民出版社,2005:272.
- [8] 柳忠卫,王晶. 犯罪过失概念比较研究[J]. 中国刑事法杂志,2003(3):31-33.
- [9] BRYAN A G. Black's law dictionary[M]. West Academic Publishing,2009:1133-1385.
- [10] CLAUS R. Strafrecht[M]. C.H.Beck,2006:1087-1088.
- [11] KEVIN P. English law and legal language:criminal law[M]. Nürnberg:Sprachenzentrum der Friedrich-Alexander-University Erlangen-Nürnberg,2006:15.
- [12] 卡斯东·斯特法尼. 法国刑法总论精义[M]. 罗结珍,译. 中国政法大学出版社,1998:264-270.
- [13] 刘跃挺. 新论近现代技术进步与哲学和刑法学发展之辩证唯物关系[J]. 社会科学论坛,2007(8):45-46.
- [14] HANS-HEINRICH J,THOMAS W. Lehrbuch des strafrechts(allgemeiner teil)[M]. Berlin:Duncker & Humblot,1996.
- [15] 陈宏毅. 交通过失犯之可预见义务[J]. 辅仁法学,2010(40):123,105-108.
- [16] CLAUS R. 客观归责理论[J]. 许玉秀,译. 政大法学论丛,1994(50):19-22.
- [17] 余振华. 刑法总论[M]. 台北:三民书局,2011:173,175-176.
- [18] 山口厚. 刑法总论[M]. 余振华,译. 北京:中国人民大学出版社,2011:202.
- [19] 曾根威彦. 刑法总论[M]. 东京:弘文堂,2010:170-171.
- [20] 伍开远. 刑法上的医疗行为之注意义务——最高法院97年度台上字第2905号刑事判决之研究[M]//甘添贵教授七秩华诞祝寿论文集(上).台北:承法数位文化有限公司,2012:249.
- [21] 吴世敏. 过失犯中注意义务违反性之研究[D]. 台北:台湾大学法学院,1999:35,39,62,101.
- [22] KARL B. Die normen und ihre Übertretung[M]. Leipzig:Verlag von Felix Meiner,1922:499,135-143.
- [23] 都筑应巳. 过失犯客观的注意之具体化[J]. 廖正豪,译. 刑事法杂志,1989(3):98-115.
- [24] ADOLF S,HORST S,THEODOR L,PETER C,ALBIN E. Strafgesetzbuch[M]. München,C. H. Beck 1997:183.
- [25] 黄荣坚. 从医疗疏失论过失概念[M]//刑事法之基础与界限——洪福增教授纪念专辑.台北:学林文化事业有限公司,2003:259,267,258,258.
- [26] 刘跃挺,范小玲. 对大陆法系违法性理论的理性思辨——兼与台湾中央警察大学余振华教授商榷[J]. 海南大学学报(人文社会科学版),2007(6):618-621.
- [27] 刘跃挺. 新论近现代技术进步与哲学和刑法学发展之辩证唯物关系[J]. 社会科学论坛,2007(8):45-51.
- [28] 范小玲,冯湘妮,刘跃挺. 对大陆法系违法性理论的整体性反思[J]. 河南公安高等专科学校学报,2008(1):47-52.
- [29] 刘跃挺. 对风险社会中刑罚价值立场的整体性反思[J]. 西南科技大学学报(哲学社会科学版),2013(6):21-25.
- [30] BERND S. Moderne tendenzen in der dogmatik der fahrlässigkeits- und gefährdungsdelikte[J]. Juristische Arbeitsblätter,1975(4):136-138.
- [31] GUNTER J. Studien zum fahrlässigem erfolgsdelikt[M]. Berlin;De Gruyter,1972:55,55,64,1,55.
- [32] HARRO O. Grundkurs strafrecht(allgemeine strafrechtslehre)[M]. Berlin;De Gruyter,2004:313.
- [33] 许玉秀. 探索过失犯的构造——行为人能力的定位[M]//主观与客观之间——主观理论与客观归责. 北京:法律出版社,2008:152.
- [34] 林山田. 论医师的医疗过失问题[C]//法制论集. 台北:五南图书出版公司,1987:81-85.
- [35] 徐恒达. “超越承担过失”的刑法归责[J]. 东吴法律学报,2008(2):133-134.
- [36] ANDREA R C. Offene und verschleierte Individualisierung im rahmen des fahrlässigkeitsdelikts[J]. Goldammer's Archiv für Strafrecht,1993(4):496-499.
- [37] 刘跃挺. 论医师组织协助义务框架中的客观归责与信赖原则[J]. 西南交通大学学报(社会科学版),2015(6):96-101.
- [38] 刘跃挺,胡月军,巫桐. 大陆法系违法性理论开放性启示[J]. 西南交通大学学报(社会科学版),2008(1):136-141.
- [39] 刘跃挺. 论风险社会中刑罚价值立场的抉择性反思[J]. 刑法论丛,2014(4):266-276.
- [40] 刘跃挺. 论医疗过失犯罪中信赖原则法理之适用——以垂直型组织医疗分工实践为视角[J]. 河北法学,2015(10):55-71.

[41] 刘跃挺. 论信赖原则的法社会学根基[J]. 天府新论, 2015(4):71-75.

[42] 米铁男. 特拉伊宁的犯罪论体系[M]. 北京:北京大学出版社, 2014:4-5.

[43] 刘跃挺. 论刑法中的信赖原则[J]. 西南交通大学学报(社会科学版), 2009(5):132-134.

On Malpractice of Criminal Law in the Continental Legal System

LIU Yueting

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: The recognition and the will are combined in the concept of negligence in China's Criminal Law to analyze and determine what is a negligence. In the United States Model Penal Code or German criminal law theory, the only factor "recognition" is used to define the concept of negligence. It is necessary to analyze the theory about the malpractice of Criminal Law in the Continental Legal System. The care obligation and the care ability are the two parts of malpractice in German criminal law. The crime constitution of malpractice depends on the situation that the person may violate the care obligation such as the obligation of foresight and the avoidance of the harmful consequences. The later obligation is especially more important, because the obligation of the avoidance of the harmful consequences is a key to judge how the crime constitution of malpractice is built. The Chinese traditional theory on criminal negligence is on the basis of "Four Elements". However, in practice it lacks of viable normative criteria. Based on the concept of human rights, our legislative and theoretical research should be more active in the interpretation and analysis of the objective fact on "fault attribution" in criminal negligence.

Key words: criminal malpractice; care obligations; care ability; elements of crime constitution

[责任编辑:箫姚]

.....
(上接第 91 页)

The Structure of Evaluation System and Empirical Analysis of Chinese Hedge Fund

XU Lin, QIU Mengyuan

(School of Economics and Commerce, South China University of Technology, Guangzhou 510006, China)

Abstract: With the enrichment of hedge fund products, building a evaluation system of Chinese hedge funds has become a hot topic. Base on this background, this paper studied and combed the different rating index and methods from domestic and foreign academic papers and professional rating agencies. Combining with the characteristic of hedge funds in our country, we selected suitable index to build the evaluation system of Chinese hedge funds. Then we picked 30 hedge funds as samples to do the empirical test. The results showed that there were some problems in the operation of our hedge funds, such as weak sustainability and bad timing ability. Finally we put forward some countermeasures to the development of Chinese hedge funds accordingly, such as improving the quality of fund managers, strengthening the information disclosure system, and improving the supervision to make the fund operation more specification.

Key words: evaluation system; fund performance; hedge fund; factor analysis

[责任编辑:宋宏]