

# 过失犯的实行行为性与规范构造

郑超

**【摘要】**关注于行为在规范上偏离“一般人”标准的新过失论思考模式助长了当前司法认定当中过失犯、行政犯的过度扩张趋势。应该回归修正的旧过失论,夯实对行为人主观心态的证明。基于修正的旧过失论的立场,可以将结果回避义务视为承认或阻却实行行为与结果之间因果关系的前提条件,而结果回避可能性的不存在具有将实行行为止于未遂的机能。故意犯未遂与过失犯未遂在行为构造上可以相同,两者不同的可罚性由责任阶段的评价所决定。故意与过失只能通过责任阶段行为人主观上的认识与认识可能性进行区分。在社会行为论的基础上,实行行为理论不仅实现了构成要件行为的实质化,而且具有与客观归责理论同样的效果。在此前提下,故意与过失的区分应该围绕行为人的认识问题而非行为问题展开,故意所要达到的程度是“对结果发生具体可能性的认识”,达不到这一程度的有认识的过失依然只是一种“认识可能性”。无认识的过失要上升为刑法规范所苛责的恶,需要在认识能力的形成过程中考察认识可能性,并在证明上严格达到“应当预见”的程度。

**【关键词】**过失犯;旧过失论;实行行为;结果回避义务;结果回避可能性

**【作者简介】**郑超,华东师范大学法学院讲师、法学博士(上海 200241)。

**【原文出处】**《政治与法律》(沪),2023.5.84~102

## 一、为什么在当前反而应该采用修正的旧过失论

### (一)认识可能性标准与结果回避义务标准的对抗

自目的行为论以及新过失犯理论盛行以来,越来越多原本在责任层面讨论的内容开始被放到不法层面进行评价,过失犯问题的高地几乎完全被行为无价值论者、新过失论者所占领。<sup>①</sup>然而,为了在不法层面区分出故意行为与过失行为而赋予两者以不同行为属性的行为无价值论者,在论证过失行为的本质是源于“对结果回避义务的违反”以及“行为偏离了规范”等基本观点时,有意或无意地回避了这些论断其实也并非不能适用于对故意行为的评价,在本质上其实是针对实行行为这一上位概念而言。<sup>②</sup>在此有必要先回顾一下旧过失论与新过失论的差异。旧过失论认为:不法层面所要考虑的问题止于因果性的法益侵害即可,故意犯与过失犯无须在不法层面就进行区分;故意与过失的区分始于责任阶

段,前者是对于构成要件事实的认识,后者对此则仅具有认识可能性。与之相对,新过失论则认为:故意犯与过失犯的差异在不法阶段就已经存在,过失犯源自客观上违反了一般人都应该履行的注意义务或者偏离了一般人都应该履行的行为规范。对此,有持结果无价值论的学者评价道,新过失论中的故意犯与过失犯在责任内容上反而是共通的,过失犯中的“注意义务违反的认识可能性”相当于故意犯中的“违法性意识的可能性”。<sup>③</sup>旧过失论强调,过失乃源自内心的不注意;新过失论则强调,过失应该从客观注意义务的违反进行把握,应该围绕结果回避义务展开。但也正如有学者指出的:“新过失论与旧过失论的差异,原本只是理论说明上的不同而已,即便是针对预见可能性的内容,两学说都主张从结果的具体预见可能性进行理解。但是,从新过失论的立场出发,结果的预见可能性是为了导出结果回避义务而存在,具体的预见可能性并非必然要求。”<sup>④</sup>因此,当具体的预见可能性被认为并非必要之后,在新过

失论的延长线上又衍生出了新新过失论,即预见可能性只需要达到对于一般人而言存在危惧感的程度即可。虽然新新过失论(危惧感说)的观点在当前成为一致批判的对象,但需要注意的是,该理论并不必然会扩大过失犯的范围。何以见得?新新过失论与新过失论的思考路径一样,仅仅是把判断的重心放到了结果回避义务上,围绕结果回避义务的存在与否以及高低强弱进行判断,如果在不法阶段就能够据此说明是否存在过失行为,那么无论责任阶段的预见可能性评价上所采用的是何种标准其实没有太大关系。因此,忽视结果回避义务这一评价重心,仅仅根据认识可能性程度上存在的问题来对新新过失论甚至是新过失论进行诟病,即便是对于持修正的旧过失论立场的笔者而言,也会认为这样的批评缺乏必要的理性和客观。

过失犯的理论经历了从旧过失论到新过失论再到新新过失论的发展,虽然随后出现的基于结果无价值立场的修正的旧过失论与基于行为无价值立场的新过失论在一定程度上能够分庭抗礼,但不得不承认当前主流观点对于过失犯的描述以及司法实践中对于过失犯的认定更倾向于新过失论的视角,即以偏离了一般人行为规范的“过失行为”来推定行为人主观上具有“行为过失”。笔者认为,新过失论的思考模式与当前过失犯、行政犯的过度扩张现象不无关系,因此需要反思的是,旧过失论所强调的重视行为人主观心态的认识可能性标准与新过失论所强调的重视行为是否违反规范的结果回避义务标准,在当前何者更具有合理性?

(二)从新过失论回归到修正的旧过失论的特别价值

为了克服过失犯认定中出现的结果责任倾向,新过失论者将过失犯的评价重心从行为人主观上的预见可能性转移到了行为人违反客观注意义务或者结果回避义务的实行行为方面,<sup>⑤</sup>并提出“有必要在判断过失犯时加入结果回避可能性的考察”,<sup>⑥</sup>这一观点也被修正的旧过失论者所采纳,最终形成了对过失犯的二阶段考察:其一,在构成要件阶段考察行为是否偏离了规范或者是否有不被允许的危险;其二,在责任阶段考察行为人是否具有预见可能性。

前者以一般人为基准,后者以行为人为基准。不论何者不满足,都可以阻却过失的成立——理想中的平衡原应该如此,然而事实并不如愿。

如果在行为人所属的一般人标准上去定义“一般人”,再去讨论“一般人”都可能预见到而行为人是否存在预见可能性,无疑已经陷入了预设好前提的循环论证,导致所谓的理想状态的二阶段考察不过只是评价行为人是否履行了一般人都“应该”履行的结果回避义务的单一阶段考察而已,使得原本理想的“结果不应当归属于履行了结果回避义务的行为”反而变为了现实的“只要未履行结果回避义务就应该为行为负责”。更有甚者,在以结果出现为处罚要件的过失犯中,当履行结果回避义务的要求上升为“有效履行”之后,行为人不存在过失的可能性越来越低,这背离了二阶段考察路径的初衷。当前司法认定中偏向以“过失行为”而非“行为过失”来认定过失犯的局面,不得不说与其背后的新过失论思考模式有关。

不仅如此,新过失论的思考模式同时也影响到了行政犯的认定。“行政犯的罪状设置,不但需要有‘违反国家规定’等前置违法条件过滤,而且罪状中的部分构成要素也常交由行政法规设定和充实。”<sup>⑦</sup>由此可见,与新过失论思考模式一样,行为是否偏离规范属于行政犯认定的关键。行政犯的范围扩大,“是导致今天刑法规模和范围呈现急剧增长的最重要因素”,<sup>⑧</sup>而导致行政犯范围扩大的原因同样与司法认定上偏向于以行为的样态来推定行为人的主观心态有关。对于行政犯的认定问题,笔者常听到司法实务人员以“因为这个罪是行政犯,只要行为人对行为有认识,所以没必要讨论行为人对损害结果的认识问题”为借口,试图在实体与程序两方面都降低对行为人主观心态的证明,尤其在涉及我国《刑法》第六章妨害社会管理秩序罪时,倾向于简单以偏离规范的行为直接推导行为人的主观心态,以对于行为的认识代替对于结果的认识,以一般人可能存在的心态取代行为人真实存在的心态,新过失论所强调的关注于行为的思考模式对此难辞其咎。

为了抑制过失犯与行政犯的过度扩张,且避免对责任主义的强调沦为形式,应该进一步思考行为

偏离规范者以及未履行结果回避义务者在主观上是否依然值得苛责。因此,将过失犯二阶段考察的评价重心回归到修正的旧过失论的思考模式,即在考察行为是否偏离规范等问题的同时重点考察行为人的主观心态,在当前就有了限制犯罪圈扩大的特别价值。

## 二、对新过失论思考模式的进一步反思

(一)新过失论思考模式附随着背离责任主义的可能性

新过失论并非忽视行为人在责任阶段的结果预见义务,而是在结果预见义务之外,更加注重考察行为人在不法阶段是否履行了一般人应该尽到的结果回避义务。这样的思考模式原本是合理的,但却随之带来了司法上对于行为人主观方面认定的惰性,即虚置了“特定的行为人是否预见到、是否能够预见到、是否应该预见到”的犯罪过滤机能,简单将规范上所期待的抽象一般人标准强加于具体行为人头,以客观上的行为偏离规范来推定行为人主观上对构成要件结果的发生具有过错,最终导致“无知”“不幸”也有可能沦为刑法所苛责的恶。

1. 新过失论思考模式容易导致无知成为刑法的恶

新过失论思考模式所产生的影响不限于过失犯的领域,对于一般人标准的过度强调有可能引起具体行为人在具体案件背景中消失的现象,而这一现象又有可能发生于行政犯、法定犯等领域,并且这类犯罪往往以故意犯形态存在者居多。以我国《刑法》第341条第2款的非法狩猎罪为例,原本“违反狩猎法规,在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎,破坏野生动物资源,情节严重的”行为才应该属于刑法所规制的对象。行为人对于本罪构成要件事实当中的禁猎区、禁猎期、禁止使用的工具、禁止使用的方法、野生动物资源的对象等等势必需要有所认识才行,但实务对此可能并不关心。比如,野生动物资源究竟包含了哪些动物资源,即哪些动物属于国家保护的有重要生态、科学、社会价值的三有陆生野生动物? 行为人对此是否存在容易的具体认识? 退一步说,如果“一般人”在现实中都很有可能不存在相关的知识背景,要求行为人存在认识就

需要更为有力的证据进行佐证。这些原本应该由司法机关去证实的疑问,因为证明困难,所以实践中存在着以客观行为来推定主观心态的做法,甚至有意忽视行为与责任同时存在原则,借用事后的某些事实(比如是否将捕杀的野生动物进行出售盈利)加强推定行为人为时的主观心态。

证明行为人主观心态的确困难,但不能因为证明困难就降低证明标准或者改变证明对象。新过失论的思考模式并没有带来如其所设想的理想二阶段考察,而是在某种程度上契合了司法实践对于效率价值的追求,最终以行为偏离规范的单一阶段考察掩盖了对行为人主观上积极责任要素的证成。司法实践对其中的弊端也并非没有自省,有时退而求其次选择将“疑罪从无”作“疑罪从轻”处理,<sup>⑨</sup>但在更多的场合,出于打击犯罪的需求有可能连“疑罪从轻”也实现不了。比如,对于毒品犯罪,司法实践虽然不否定只有故意才能构成相关的犯罪,但却将故意所要求的认识降低到了“应当认识”,将证据证明的方式降低到了“间接证据证明”“推定方式证明”的程度,并认为毒品的种类、数量不属于明知的内容。<sup>⑩</sup>不难看出,新过失论思考模式所影响的不仅仅是过失犯的认定,更影响了对于行为人主观要件的实体与证明等诸多侧面,由其所带来的疑问始终存在:当遵循了新过失论的思考模式,当将“明确认识”的要求降低为“应该认识”或者“很有可能认识”的程度之后,刑法是否不当地处罚了那些在行为时根本就不具有故意犯所要求之认识的被告人?

2. 新过失论思考模式容易导致不幸成为刑法的恶

遵循新过失论的思考模式不仅有可能带来行政犯犯罪圈的不当扩大,而且会直接影响过失犯的正确认定。比如,甲高中毕业之后因为家庭经济困难而选择在某饭店打工,日常勤恳工作,更无不良品行,在某日长时间工作之后回到员工宿舍,因热水器失修所以准备烧水洗澡,在等待水开过程中过度劳累睡去,后发生火灾。又比如,哺乳期的母亲给婴儿喂奶时因过度劳累睡去,婴儿被母亲压住窒息死亡。对于这类案件,一般会认为因为行为人没有履行应该尽到的客观注意义务或者结果回避义务导致

了结果的发生,所以成立失火罪或者过失致人死亡罪。然而,即便是如此简单的案件依然可以进一步追问:(1)在案件发生时的具体场景中,行为人所具有的特殊情况在定义“行为人所属的一般人”时是否应该被考虑到?比如,此时的一般人是否应该被定义为“因勤恳而过度劳累的一般人”?(2)如果行为人的特殊情况可以被作为定义一般人的要素,那么在案件发生时行为人所属的一般人是否依然有结果回避的能力或者结果回避的可能性?(3)如果行为人的特殊情况不被作为定义一般人的要素且认为一般人具有结果回避的能力,但对于具体案件的特定行为人而言,是否有注意或者预见结果的可能性?(4)此类案件的行为人在主观上是否体现出潜在的反规范态度?此时的行为是其人格的真实表现吗?(5)个案中行为人具体的身心状态、日常品行等等一系列无法被包含在“规范所期待的一般人”当中的特殊事由,在定罪层面上真的没有用吗?新过失论思考模式所影响的司法认定现状往往回避这些有可能带来定罪障碍的内容,或最多只将其放在酌定量刑情节中考虑。

主观方面的认定属于证据证明中的难点,但如果仅仅因为证明困难就将证明的标准降低(以“一般人标准”代替“行为人标准”)或者将证明的对象进行替换(以“过失行为”替换“行为过失”),势必会与刑法所强调的责任主义相背离,也会让刑罚丧失责任非难的前提而沦为一种保安措施——这也是笔者虽认可新过失论的基本观点,却基于司法现状的考虑依然支持修正的旧过失论的原因之一。

(二)新过失论思考模式并不能够充分回答“过失犯是什么”

新过失论思考模式的考察重心是否具有回答“过失犯是什么”的积极意义?还是说,其仅仅是回答了“什么不是过失犯”?新过失论强调,只要行为人遵守了客观的行为准则,结果的发生便不能归咎于行为人。但是,行为人违反客观的行为准则所成立的是故意犯还是过失犯?笔者认为,结果回避义务并不能完全阐明过失犯的本质,故意犯中同样存在结果回避的问题,结果回避义务的概念仅能从“因果关系”或者“危险提升”角度来承认或者阻却行为

符合构成要件本身。如果认为过失犯的本质在于结果回避义务的违反,那么这种新过失论的视角起码在以下两点造成了理论和实务上的困难。

1. 新过失论造成了过失犯与不作为犯的区分困难

原本作为犯与不作为犯的区分在于行为阶段,故意与过失的区分在于责任阶段,过失犯与不作为犯之间可谓泾渭分明。然而,如果在构成要件阶段就讨论故意犯与过失犯的问题,那么当根据新过失论所强调的结果回避义务标准,违反结果回避义务的行为成立的是不作为犯还是过失犯?如果认为两者兼而有之,那无疑是在说所有的不作为犯都是过失犯,而所有的过失犯都是不作为犯,此见解自然难以成立。因此,如果认为过失犯的回避义务是指向法益保护并以实施一定的作为为义务内容,那么就如有学者指出的,“事实上,这与不作为犯的作为义务判断发生了重合。所以,不论是作为还是不作为,都会重视回避义务的存在与否以及内容”。<sup>①</sup>法秩序对构成要件结果的发生持有的必然是否定态度,而这种否定态度表现为:当法规范明确规定了行为人因违反结果回避义务并过失造成构成要件结果发生需要承担刑事责任的话,那么更进一步而言,不论是以作为还是以不作为形式违反这种结果回避义务并故意造成构成要件结果发生的场合,对于后者的非难成分自然会更加浓厚。<sup>②</sup>新过失论所重点考察的结果回避义务问题其实存在于不作为犯、作为犯、故意犯等所有类型的犯罪行为中,最终是指向行为与结果之间的因果关系问题,以其为标准根本无法定义过失犯的实质。结果回避义务的分析视角之所以能够对过失犯问题进行一定程度的解读,原因在于:结果回避义务影响了对“行为”的评价,而“行为”又属于“过失犯”的上位概念,用于分析“行为”的结果回避义务概念自然也能够用于分析“过失犯”,新过失论在这一点上出现了以偏概全的问题。

2. 新过失论造成了故意犯与过失犯的区分困难

对于这一点可能会有反对意见认为,新过失论既然注重在构成要件阶段区分故意行为和过失行为,又怎能反而在此造成区分的困难?其实不然,在新过失论的延长线上,有观点主张故意需要具有构

成要件故意以及责任故意的双层意义。<sup>⑭</sup>这种观点在当前的德日刑法理论中已经被视为主流学说甚至是通说的观点,造成了行为在构成要件阶段被评价为故意犯之后,在责任阶段却又有可能是过失犯的奇怪现象(即理论上所称的“回旋镖现象”)。这种现象正是“由于将故意作为构成要件之后,产生的无法避免的矛盾”。<sup>⑮</sup>不仅如此,新过失论还造成了假想防卫与防卫过当的罪过形式认定困难。持新过失论的观点往往容易接受将故意与过失视为构成要件要素的做法,也容易得出“正当防卫、假想防卫与犯罪故意无法共存”的观点,但这种将犯罪故意区分于行为故意的分析路径会得出这样的结论:“正当防卫行为的违法性在被阻却之前,就已经不符合故意犯的构成要件”。<sup>⑯</sup>这种无限扩大构成要件评价机能的思考模式虽然有其优势,但除了前面提到的“回旋镖现象”问题之外,也会有新的问题产生,尤其是假想防卫与防卫过当的罪过形式认定问题。对于假想防卫、防卫过当甚至是假想防卫过当等行为的罪过形式的讨论,一直以来理论上主张成立过失犯为主观点居多,<sup>⑰</sup>也有观点认为防卫过当的场合“主观上不可能出于直接故意”,<sup>⑱</sup>但近年来也有学者主张“故意能够成为防卫过当的罪过形式,将防卫过当认定为过失犯没有太大的现实意义”。<sup>⑲</sup>笔者认为,这些观点的争议与“回旋镖现象”所形成的矛盾具有直接关系。假如我们能将评价的重心统一到行为人对假想事实、过当事实的认识以及认识可能性这一标准上,那么就不需要纠结于行为在构成要件阶段是基于“故意”还是“犯罪故意”所产生,在构成要件阶段只要行为具有意思便可,无须在此时过早地考察意思的内容。因为,当行为人对正当化事由存在认识错误的时候,其所实施的阻止自认为存在的“不法侵害”的行为以及针对随后所造成的“侵害后果”,完全可能具有日常行为意义上的期望或者放任,只有将此时的评价关键放到分析行为人对于不法本身的认识这一点,才能给予行为以故意犯还是过失犯的最终定性——反过来说,构成要件故意与构成要件过失的提法虽非不可,但无意义。<sup>⑳</sup>从以上结论可以得出:新过失论所提倡的“故意犯与过失犯具有不同实行行为性”的论断值得怀疑。

### 三、过失犯的实行行为性——兼谈结果回避义务与结果回避可能性

#### (一)修正的旧过失论与新过失论并非无差别

有学者在研究交通过失犯时站在新过失论的立场强调应该以结果回避义务作为交通过失犯的本质,主张结果回避义务可以充分合理地说明过失责任,<sup>㉑</sup>同时认为:“虽然当今修正的旧过失论对于传统过失论作了一些修正以试图缩小交通过失犯的处罚范围,但其修正结果却日益接近新过失论甚至与后者几无差别。这表明,以结果预见义务作为过失本质的立场愈来愈难维持;既然如此,似无必要再恪守旧过失论立场。”<sup>㉒</sup>笔者认为,如果在阻却犯罪的意义上能够充分兼顾过失犯的二阶段考察内容,即顺次考察偏离规范的“过失行为”与反规范态度的“行为过失”,那么不论是取新过失论还是取修正的旧过失论的确无甚差别,但正如上文所得出的结论,新过失论的思考模式在实践中并不是自身所设想那样完美。虽然同属于二阶段考察模式,修正的旧过失论并非与新过失论无差别,在漠视对行为人主观心态进行细致认定的司法现状前,与重视客观上结果回避义务标准的新过失论相比,更加看重主观上认识可能性标准的修正的旧过失论反而才具有对过失犯、行政犯不断扩张趋势进行有力矫正的机能。

旧过失论过于忽视“行为”的意义,新过失论却赋予了“行为”太多的内容,修正的旧过失论在强调行为人主观心态的同时并未忽视对行为的评价,因此更为妥当。从修正的旧过失论立场出发,故意犯与过失犯可以具有同样的实行行为性,在二阶段考察模式中实行行为概念对于修正的旧过失论而言是不可或缺的一块基石。在进一步论证之前,有必要在此事先表明笔者自身的立场。

第一,在构成要件阶段,笔者并不赞成旧过失论所提出的“一切法益的侵害皆为不法”,而是认为刑法所规制的对象只能是基于人的意思所产生的行为,并应该从其具有的社会交往意义去理解。以社会行为论为基础,在承认主观的构成要件要素(如财产犯中的非法占有目的)的前提下,故意与过失所涉及的认识与认识可能性问题应该始终是责任阶段的评价内容。或者说,笔者反对“构成要件的故意”和

“构成要件的过失”的概念。

第二,应该以行为(实行行为)概念来统合故意犯与过失犯。正如有学者指出的,“过失犯的违法性内涵,并非在于不明确的行为反价值,是在于过失行为所具有结果发生的实质危险性与将危险现实化之结果的发生,而欲根据过失犯之实行行为性限定过失犯之成立范围”。<sup>②</sup>即便在未遂犯的场所,也依然有充足的理由贯彻过失犯与故意犯实行行为的同一性。“过失犯的未遂”可以被视为“过失的危险犯”,不能因为刑法对此一般不予处罚就认为该形态不存在。<sup>③</sup>反过来说,如果承认过失的危险犯属于一种有可能存在的犯罪形态,那自然可以承认过失犯具有未遂形态,也可以承认故意犯与过失犯不必在构成要件阶段就分道扬镳。

#### (二)以因果行为论为基础的社会行为论的提倡

围绕行为问题的讨论在学说上纷繁复杂,<sup>④</sup>但实务采取的往往是最保守也是最原初的古典因果行为概念,即从自然主义角度“基于人的意思所产生的身体动静”来理解行为,因此只要有意思的存在就已然足够,不需要在构成要件行为层面过早讨论意思的内容是什么,意思的内容是属于故意、过失以及责任能力(认识能力)的问题。意思的存在对于行为性而言之所以重要,原因在于只有当行为人处于有意思的状态下才能对行为及其违法性存在认识的可能,刑罚也因此才会有反对效果。

司法实务中行为概念的最重要机能,是在具体案件中迅速且正确地找出犯罪判断的对象,通过因果行为论则可以快速排除那些明显不具有因果性的行为。<sup>⑤</sup>针对司法实务所常用的因果行为论,理论上的批评观点认为,将行为从自然主义角度进行理解的因果行为论不仅犯了忽视法的规范性这一根本错误,而且无法说明不作为犯的行为性问题。<sup>⑥</sup>然而,这样的批评可能并不完全准确。

第一,因果行为论有助于在具体案件中迅速正确地找出犯罪判断的对象。如果过早地强调行为的规范意义,有可能导致在进行判断之前就恣意地将判断对象进行了排除,这样反而会蚕食行为论本身应该起到的(也是司法实务所追求的)“找出犯罪判断对象”的机能,同时也会导致责任阶层的判断变得萎

缩。尤其是当行为属于合法还是违法存在争议的时候,以因果行为论作为后续司法所进行的规范判断的出发点无疑更为妥当。或者说,刑事司法所判断的对象是造成结果的“事件”(也有可能包括正当行为、意外事件等等)而非“犯罪”,是否属于“犯罪”属于判断结果而非判断对象。

第二,因果行为论并非无法说明不作为犯的问题。“不作为并非不能产生恶的结果”的论断不必需要多深的价值判断就能推导而出,否则真正不作为犯的立法不可能远早于作为学说的因果行为理论。或者更准确地说,如果认为因果行为论当中的“行为”一点也没有规范上或者价值上的评价内容,而是仅仅关注“是否因果地导致了法益侵害·危险的发生”,这无疑是在矮化甚至曲解了因果性的含义。只要不是将“因果性”降格为“相关性”或者采取最为极端的条件说,<sup>⑦</sup>那么因果性本身必然就是一种价值评价。只要是使用了因果概念去追溯原因(why),那么不作为犯尤其是真正不作为犯自然也可以是一种“有”(即刑法所苛责的恶)而非“无”。

将不法完全从因果性的法益侵害角度进行理解的旧过失论的问题在于,所有因果化的法益侵害未必都是不法行为,某些场合将其从责任层面进行排除,无疑从构成要件层面借由行为所具有的社会性意义,直接将该行为排除出构成要件所包含的行为类型更为合适。比如,教师与学生在课堂上的日常上课行为很难会被认定为非法拘禁行为,医生实施的医疗行为一般也不会被认为是一种伤害行为。将因果行为从其所具有的社会意义上进行理解之后,已经等同于以因果行为为基础的社会行为论的观点,赞成该观点的学者会将行为理解为“可以通过意思支配的、具有某种社会化意义的运动或者静止”。<sup>⑧</sup>笔者认为,社会行为论可以为过失犯与不作为犯所具有的行为性提供更为合适的理论根据。并且,在行为规范意义上,决定行为的不仅仅是行为意思的存在与否,行为意思的形成与支配可能性同样也具有现实意义,这就与修正的旧过失论对行为人主观心态侧面的强调联系在了一起。在社会行为论的前提下,实行行为概念的引入则可以进一步补足旧过失论所忽略的“行为”内核。

(三)故意犯与过失犯可以具有一样的实行行为性

基于修正的旧过失论立场可以认为,故意犯与过失犯具有一样的实行行为性。持修正的旧过失论的平野龙一教授认为:“行为,以具有造成结果发生的实质性危险为必要……这种实质的危险,也可以被视为客观的预见可能性。当不存在实质危险场合,以一般人为标准进行客观性判断之后,也难以认为存在预见可能。”<sup>②</sup>张明楷教授也认为:“过失犯的客观构成要件与对应的故意犯的客观构成要件完全相同,故意犯的场合,只是添加了主观的构成要件要素即故意。”<sup>③</sup>笔者认为这样的解读是妥当的,因为“就故意犯罪与过失犯罪而言,对个别化的举止评价发挥效力的必须是相同的原理,在具体构成要件方面违反了在法律上具有合法性的举止规范,是所有犯罪得以成立的前提”。<sup>④</sup>如果将故意犯和过失犯的规范违反性差异建立于事实认识不同的基础上,就有可能变为纯粹依据内心的情况来认定违法性,而最终沦为一种“心情刑法”。<sup>⑤</sup>与旧过失论者将故意与过失视为责任要素的观点相对,将故意和过失视为主观不法要素的观点往往认为,故意行为与过失行为具有不同的危险特征。<sup>⑥</sup>如此一来,必然需要在行为时就评价该行为是故意行为还是过失行为,但这却存在不小的疑问。比如,在讨论打击错误问题的时候,假定行为人意图对甲开枪(行为人对此存在认识),却误中甲身边的乙(行为人对此仅存在认识的可能性),如果从当前学界主流的具体符合说出发,往往会承认行为人对甲构成的是故意杀人未遂,对乙构成的是过失致人死亡,再通过想象竞合处理。有意思的是,这样毫无异议的分析过程却描述了如下的现象:同一个致人死亡的行为在构成要件层面既可以被评价为故意行为又可以被评价为过失行为。或者我们完全应该直接认为,故意行为与过失行为不仅具有同样的行为构造,更有可能发生竞合而呈现为一个行为。<sup>⑦</sup>不仅如此,如果认为故意行为与过失行为具有不同的实行行为性而需要在构成要件阶段就进行明确区分的话,那么在不作为犯的场合,或许就会因为缺少表征于外部的积极举动而难以确定这种“无”是属于故意行为还是过失行为,最

终变为只能根据行为人的主观意图来进行区分,这反而背离了新过失论者在行为论中所强调的客观注意义务违反的标准。

更有甚者,如果在构成要件中需要根据行为人的故意内容来界定行为的属性,那么在强调罪量因素的我国反而很难实现犯罪个别化的机能,更会将问题复杂化。比如,在行为人实施殴打行为的场合,如果使用“构成要件的故意”这样的提法,此时必然需要具体到“致人轻伤以上伤害的故意”的程度才属于所谓“故意伤害的故意”,但除了专门精读过《人体损伤程度鉴定标准》的读者之外,一般人很难对何为“轻伤以上的伤害”有所认识。如果试图在我国的规范语境中在构成要件阶段就区分出故意犯与过失犯,就得同时在构成要件阶段解决对罪量的认识问题,但这会导致下述情形:行为人客观上实施的是刑法所规制的故意伤害行为,但却有可能因为没有相应的故意而又不被认为是故意伤害行为,在一开始的构成要件行为认定阶段就发生不必要的混乱。<sup>⑧</sup>“故意行为与过失行为在性质上的差别在于,较之于实施过失行为的人而言,故意实施作为或者不作为的人以更严重的方式,对被其违反的举止规范的效力提出了质疑。”<sup>⑨</sup>因此,不论是从行为角度的举止规范还是从结果角度的回避义务这两种角度而言,故意行为与过失行为虽在不法程度上有所差异,但并非质的不同。以故意违反行政法规而产生的事故类犯罪为例,单纯从行为人所具有的行为意思出发根本无法区分出其对构成要件结果持有的是故意还是过失,尤其是在区分“未必的故意”和“有认识的过失”时候,<sup>⑩</sup>不能简单地将所有事故类犯罪都归结为过失犯。在交通肇事中,一般而言交通肇事行为成立过失形态的交通肇事罪的场合居多,即便行为人有可能是有意地违反交通法规,但对肇事结果往往持有的是过失心态(即对具体事故结果的认识可能性),因此成立交通肇事罪。但是,如果行为人在事故发生时,由对具体事故结果的认识可能性上升到了对具体事故结果的认识,此时就无法用“有认识的过失”进行评价,而是上升到了起码是“未必的故意”的程度,从而有可能构成以危险方法危害公共安全罪、故意杀人罪等故意类型的犯罪。

在行为无价值论者看来,在不法阶段区分故意犯与过失犯的理由之一是为了实现构成要件的犯罪个别化机能,比如故意杀人与过失致人死亡“两者之间的差异,首先在于是故意造成死亡的结果还是基于过失造成死亡结果这一点”,<sup>⑧</sup>这一点自然可以从构成要件上进行考虑。笔者并不否认在构成要件该当性阶段将行为区分为故意行为与过失行为的可能性,也并不否认故意犯罪与犯罪故意之间的差异,而只是认为这种思考方式没有太大的意义,这不只是由于“故意犯罪与犯罪的故意密切相关,无后者就无前者”,<sup>⑨</sup>更在于从法条的罪状描述与现实当中所发生的竞合情况来看,故意犯与过失犯在构成要件行为上具有强烈的同质性。

从我国刑法分则条文的罪状描述来看,不论是故意犯与过失犯处于不同的法条(比如我国《刑法》第114条、第115条),还是故意犯与过失犯共享同一法条(比如我国《刑法》第398条以及第432条),仅根据行为偏离规范这一点无法区分危险犯与实害犯、故意犯与过失犯在行为层面上的差异,而是需要在构成要件行为之外通过“结果”以及“意志的内容”等等展开进一步的考察才行。假如依行为无价值论者所愿,为了在构成要件阶段就区分故意犯和过失犯而将意志的内容放在行为的框架内进行思考,那么根据同样的逻辑,为了区分结果犯和危险犯,必须将“结果”也纳入“行为”,否则就实现不了行为无价值论者一直强调的“一定要在构成要件阶段实现犯罪个别化”的目标。但如此一来,所有与犯罪相关的要素都不得被放在构成要件行为之内评价,行为概念的过度肥大化导致了在构成要件该当性阶段(甚至在“行为”的单一层面)就完成了犯罪成立的所有审查工作。不难看出,强调在构成要件阶段实现犯罪个别化的主张忽视了如下一点:犯罪个别化机能不应该仅仅依赖于构成要件该当性,在违法性以及有责性阶段都具有帮助实现犯罪个别化的机能。

综上所述,不论是从现实的行为样态(尤其是故意犯与过失犯发生想象竞合的场合,以及结果加重犯的场合),还是从法条的罪状描述来看,故意犯与过失犯在构成要件上完全可以具有实行行为的同质性,因此并没有在构成要件中区分故意犯与过失犯

的绝对必要。

#### (四)实行行为理论的价值再强调

构成要件阶段对行为的考察所针对的是行为的意志而非意志的内容,除此之外还需要对此进行一定程度的可罚性限制,因此出现了实行行为概念。“实行行为并不意味着形式上符合构成要件的行为,而是具有侵害法益的紧迫危险的行为。”<sup>⑩</sup>实行行为虽然与结果相对独立,但其中必然需要有引起构造要件结果之危险。<sup>⑪</sup>不论是结果无价值立场还是行为无价值立场,“在‘实行行为是具有法益侵害性的行为’这一点上几乎形成了共识”。<sup>⑫</sup>在考察一个行为是否具有实行行为性时,已经是在将纯粹形式上符合构成要件的行为区别于客观上或者社会一般观念上蕴含了既遂危险的实行行为,因此即便是在司法实务中并不采用客观归责理论,通过实行行为概念最终也能够实现客观归责理论所要达到的效果。笔者认为,日本刑法中的相当因果关系说(在日本属于主流学说甚至也可以认为是一种实务界的通说)与德国刑法中的相当因果关系说(在德国属于少数说)虽然在文字描述上十分接近,但如果考虑到日本刑法其实是在行为论中引入了实行行为的危险以及危险的现实化等内容,可以认为日本刑法中的相当因果关系说实质上并不等同于德国刑法中的相当因果关系说,而是更接近于后者的客观归责理论。<sup>⑬</sup>“当故意作为罪责要素时,对应的是客观不法论;当故意成为构成要件要素时,则表征着主观不法论的兴起。客观归责理论的出现,为客观不法论的复兴提供了契机”,<sup>⑭</sup>而具有与客观归责理论相同机能的实行行为理论与客观不法论具有天然的契合度。实行行为理论有助于实现犯罪个别化以及保障公民的行动自由,因此不必一定要将故意与过失作为构成要件要素。

第一,通过行为所造成的针对法益的危险属性,有助于实现构成要件的犯罪个别化机能。比如,行为人将其负有扶养义务的对象进行遗弃的行为并非只能构成遗弃罪:如果并未给被害人生命、身体造成危险,此时的行为并不属于遗弃罪所规制的类型;如果造成被害人生命、身体法益的抽象危险,那么以遗弃罪来界定当属妥当;但如果造成被害人生命、身体

法益的具体危险,此时无疑超越了遗弃罪所能涵盖的行为类型,因此认定为杀人行为、伤害行为更为合适。由是观之,不是根据难以充分证明的行为意图,而是根据危险属性来判断行为所属类型的做法无疑更为合适。在评价过具体行为是否属于某罪所能涵盖的行为类型之后,再考察行为人是否对该行为所属的构成要件事实有所认识或者仅具有认识可能性,才能认定行为人在特定犯罪中主观上是持有故意还是过失。

第二,实行行为概念的引入有助于保障公民的行动自由。新过失论以及行为无价值论有混淆过失判断与因果关系判断的危险。“过失判断是针对内心主观状态的判断,虽然其判断标准早已客观化了;而因果关系判断系针对客观事实性关系的判断,虽然价值性因素在其间也发挥着重大影响。”<sup>⑤</sup>因果关系的判断中必然存在规范上的判断(尤其在过失犯、不作为犯、未遂犯等场合),比如在区分未遂犯与不能犯的时候,往往考察的是发生结果的可能性而已,而这种可能性的问题容易与过失中的预见可能性相混淆。如果根据新过失论以及行为无价值论的观点,将这两种可能性的判断都放在构成要件阶段进行,就会不必要地导致因果上的可能性被直接视为行为人的预见可能性,也会导致任何危险创设的行为在造成结果的场合都有可能沦为过失犯,并造成对公民行动自由的不合理限制。以行为人在自家田地的瓜果上喷洒农药,他人偷食后中毒的场合为例(以此自然可以衍生到其他创设风险的行为),如果从行为无价值角度并强调在构成要件该当性阶段就需要界定出行为性质,有可能会变得纯粹以行为人的心态为标准来允许或者禁止在自家田地的瓜果上打农药的危险创设行为。其实,行为人对自家田地的瓜果施打农药的行为都可以先被放在构成要件行为之中评价,但最终该行为是构成故意犯、过失犯还是意外事件,关键在于行为人对“他人偷食该瓜果导致伤亡的后果”具有何种程度的认识。

(五)实行行为基础上的结果回避义务与结果回避可能性

通过具有实质内涵的实行行为概念,不论是对故意行为还是过失行为,作为行为规范的刑法都

是在要求行为人在自己的支配领域/义务领域内不对外输出危险,<sup>⑥</sup>因此故意犯与过失犯均面临着结果回避义务问题。以德国著名的山羊毛案为例,工厂主将未消毒的山羊毛交给工人处理,而工人因感染当时的技术还无法消毒的炭疽杆菌而死的事件,一般观点认为工厂主对于工人死亡的结果的心态属于过失,<sup>⑦</sup>也因结果不可避免,所以死亡结果不能归属于行为人;但是,如果工厂主与一般人一样均未认识到该具体致死危险因素的存在,但却出于故意杀人的心态将未经杀菌消毒的羊毛交付女工处理,虽然女工最终发生了死亡的结果,但在案件当时具体场景的因果关系认定上,存在将故意杀人行为评价为止于未遂的可能性。不过,值得特别注意的是,该场合中“故意犯止于未遂”的结论是对未遂犯或不能犯进行区分时采用主观立场的印象说的德国才能得出的。<sup>⑧</sup>换言之,在案件当时的具体场景中,当一般人都不得觉得让工人处理未经消毒的羊毛会有导致死亡的危险,工厂主只是“自认为”未经消毒的羊毛有致人死亡危险的话,如果是根据偏向于客观说的立场,工厂主的“故意杀人”行为成立不能犯的可能性更大,最终其实也有可能和过失犯的场合一样变得不可罚。原因在于,如果从事后的、科学的角度出发,工厂主此时的“自认为”反而属于正确的认识,而一般人所共有的常识反而属于错误的认识,但是如果工厂主的“正确认识”在案件当时并不是基于知识,而是基于某种误解、轻信而误打误着的话,将该工厂主“自认为的杀人行为”评价为故意杀人行为且构成既遂的结论并不太妥当。比如,某人误认为未经煮熟的花生可以将人毒死而进行投“毒”,但未曾预料到花生发霉产生了毒素或者未曾预料到被害人存在严重过敏(或者更准确地说,未曾预料到连一般人都无法认识到的致死原因)而最终导致死亡的场合,即便行为人主观上持有的是一种故意杀人的心态,也的确发生了被害人死亡的结果,但正如对山羊毛案的分析一样,通过一般人的常识判断也会认为,用未经煮熟的花生进行“投毒”的行为更应该被评价为不可罚的不能犯。与此同时,在评价该行为是否可能构成过失致人死亡时,和判断故意杀人行为时一样,自然也需要考虑结果的回避可能性。

对于羊毛案而言,通过具体场景的具体分析之后不难发现,其实不论是故意犯还是过失犯最终都有可能是不可罚的(当然,可罚的场合也存在),因此进一步的疑问就产生了:应该如何理解结果回避义务与结果回避可能性对于行为的意义?

1. 结果回避义务属于承认或阻却实行行为与结果之间因果关系的前提条件

当行为人对于结果的发生不具有结果回避义务,那么即便他对于结果的发生持有的是一种期待或者放任的心态,也无法以此为理由证明行为与结果之间存在因果关系。<sup>④</sup>比如,行为人在实施抢劫之后的逃亡过程中跑入快车道内,警察为了追捕行为人不幸被路过的车辆撞伤后抢救无效死亡,即便可以证明案发时行为人对于警察的死亡结果具有认识可能性甚至是认识,但因为行为人并没有防止结果出现的义务,所以行为与死亡结果之间不存在刑法上的因果关系,不属于抢劫罪中致人死亡的加重情节。<sup>⑤</sup>同理,在日常生活中,如果A对B自始便不具有救助义务或者结果回避义务,即便B当着A的面承受着紧迫的死亡危险,不论A对此结果存在认识还是认识可能性,都不能认为A需要对B所发生的死亡结果负责,<sup>⑥</sup>因为此时事实上或者道义上因见死不救所发生的“致人死亡”<sup>⑦</sup>当中并不存在规范上所要求的“致”(causing)这一因果性。<sup>⑧</sup>从这类案例可以看出,行为人对死亡结果不负责的原因其实不在于是否存在“致人死亡”(见死不救)的故意和过失,而在于有没有结果回避义务,即便行为人可以轻易避免结果的发生,也不能将结果归属于其事实层面上的相应举止。因此,结果回避义务更有可能仅仅是实行行为与结果之间因果关系的前提条件,而非将过失犯区别于故意犯的评价标准——因为,在故意犯与过失犯当中都可以讨论结果回避义务的问题。

2. 结果回避可能性的不存在具有将实行行为止于未遂的机能

一般观点认为:“犯罪未完成形态是就故意犯罪而言的,作为故意犯罪的一种未完成形态,未遂犯的成立必然要求行为人在主观上具有犯罪故意。”<sup>⑨</sup>其实并不尽然,理由如下:第一,如果从刑法作为制裁规范的角度来看,这一论断自然符合在适用未遂犯

规则时的一般观念,但这仅仅是说明了过失的未遂犯不具有可罚性;第二,从刑法作为行为规范的角度出发,过失的危险行为未必不能被视作一种过失犯的未遂状态,既然过失的危险行为有可能存在,那么过失的未遂犯也并非不可能;第三,“未遂犯的成立必然要求行为人在主观上具有犯罪故意”这一论断或许限定在实害犯这一范围会更加合理;第四,不论是故意犯罪还是过失犯罪,当“结果”发生但同时也具备“不存在回避可能性”这一事实时,行为都可以被视为止于未遂,既然行为都止于未遂,那么故意犯罪的未遂与过失犯罪的未遂的可罚性差异只能在责任阶段去寻求根据。

将故意和过失视为主观不法要素的见解必然会认为故意犯罪与过失犯罪在行为本身就不相同,但通过上文对未遂犯的分析可以发现,故意犯与过失犯不过是责任层面所形成的可罚性程度的差异,而非行为构造的不同。对此,也许有观点会提出反驳意见认为,在未遂犯中如果不考察行为的主观构成要件要素则无法区分行为究竟是什么,比如要判断行为人持枪朝对方射击但却脱靶的行为究竟是构成故意杀人的未遂还是故意伤害的未遂,必然要考察行为人的主观心态。<sup>⑩</sup>这种基于行为无价值论的见解未必错误,但却忽略了:判断此时的行为是故意行为还是过失行为,其实并不直接影响行为对于被害人所造成的危险,行为本身既然并不绝对因为是缘于故意还是过失从而发生不法程度的改变,那么将这部分与不法无关的主观内容放到责任层面考虑应该更加合适,在经过责任层面的评价之后同样能够判断此时的行为是故意杀人还是故意伤害。

#### (六)小结

“当一个行为与防止法律上禁止的、危及重要刑法法益应采取的行为不同时,便是不法性的罪状类型。因此,不法性的罪状类型绝对不完全是纯粹结果的产生”,<sup>⑪</sup>对于过失犯而言也是如此。不仅如此,我们还应该注意到,“对归责有意义的‘结果’不是一个泛泛的、抽象意义上的结果,而是具体和特定的不法构成要件的结果”。<sup>⑫</sup>离开具体事件的背景去讨论行为的危险也无意义。比如,任何驾驶机动车的人员都应该会认识到只要开车就有致人伤亡的危险,

但这种抽象的认识可能性并不是过失,否则就会变得没有必要去讨论过失是否存在的问题,因此所谓的过失也必然是指行为人在行为时针对某种具体结果的认识可能性,即具体的预见可能性。<sup>⑤</sup>不论是故意杀人罪还是过失致人死亡罪,在构成要件上所规制的行为都是“具有致人死亡危险的行为”,结果都是“致人死亡的结果”,行为与结果之间的关系始终是指在具体事件中引起和被引起或者引起和可能被引起的关系。即便是在具体案件中构成要件的结果未出现时,有可能被引起的结果依然应该是具体的而不是抽象的,否则行为的可罚性就值得推敲,故意行为场合中的不能犯与过失行为场合中的未遂犯便是如此。不可罚不代表不存在,或者说,“不可罚的过失行为的基础在于不可罚的‘过失’而不在于不可罚的‘行为’,即便是过失行为其本身也存在着客观上的不法”。<sup>⑥</sup>

#### 四、对认识可能性的规范化塑造

新过失论重视从构成要件阶段的结果回避义务与结果回避可能性等角度来论证过失犯的规范构造,部分持新过失论的学者认为,“我国刑法中有关过失的规定不是以预见可能性为中心的,不能采取修正的旧过失论”。<sup>⑦</sup>这一观点过于绝对,因为该学者也承认,《刑法》第16条的规定“要求过失的成立存在具体的预见可能性”。<sup>⑧</sup>因此,相对而言更为可取的折中观点是,“应当以结果回避义务与结果预见义务为中心,完成过失犯的规范构造”。<sup>⑨</sup>在当前对于过失犯的认定中,其实不论是新过失论还是修正的旧过失论都已经开始兼顾结果回避义务与结果预见义务两者,只是在以何者为中心的问题上存在争议,而修正的旧过失论无疑选择了后者。笔者认为,修正的旧过失论不仅关注不法阶段行为的评价,也重视对责任阶段行为人主观心态的评价,在具有漠视行为人主观心态证明倾向的当前相对而言更值得提倡,如何把握过失犯所要求的行为人主观上的认识可能性便成了关键。

需要注意的是,“与德日刑法典回避对故意以及过失概念进行明确定义的做法不同,我国明确的立法规定为司法提供了一个相对统一的认定标准”。<sup>⑩</sup>受立法的影响,我国刑法理论上习惯将过失区分为

疏忽大意的过失(无认识的过失)与过于自信的过失(有认识的过失),但在以何种标准去评价行为人“应当”预见或者已经预见之后有资格去“轻信”能够避免的问题上,最终都是规范上所要求的对构成要件事实的认识可能性问题,也属于规范上认识能力的问题,主流观点主张“在规范能力方面必须采取一般人的标准”。<sup>⑪</sup>的确如此,但进一步的问题则是:(1)在我国《刑法》第15条第1款的规定前提下,应该如何定义“一般人”而不至于简单将规范上所期待的抽象一般人标准强加给具体行为人?(2)具体行为人身上所具有或者所欠缺的哪些事实、情节、要素可以被用作定义一般人的材料?(3)如果我们无法完全脱离具体行为人去虚构出一个行为人所共有的普通人形象,是否说明一般人标准与具体行为人标准有可能不是完全对立的关系?带着这些疑问,在上文探讨过失犯在客观层面的实行行为性问题之后,笔者将尝试围绕过失犯在主观层面所要求的认识可能性问题展开进一步论证。

#### (一)行为规范的“严”与制裁规范的“宽”

刑法具有作为行为规范与制裁规范的双重属性,“行为规范以‘一定的法益保护’为目的,禁止针对该法益的侵害行为,并对旨在维持法益的行为进行命令。与此相对,制裁规范以行为规范的(有责性)侵害为前提,对于实施该行为之人通过科处制裁以实现法益保护的目的是”。<sup>⑫</sup>新过失论与修正的旧过失论对于刑法规范的双重属性在关注度上各有偏好,新过失论偏向于前者,而修正的旧过失论偏向于后者。基于修正的旧过失论可以认为,在立法所设置的行为规范上不存在只能由过失才能实现的不法,故意犯与过失犯的区别在于前者相对于后者多了一个故意而已。当故意犯与过失犯在构成要件阶段可以具有一样的实行行为性,两者的区分便不在于行为规范而更多是在制裁规范层面。这样的理解也与责任主义原理相一致,即值得刑法处罚的行为起码需要符合过失心态,而相应的故意心态自然更值得处罚。换言之,故意犯与过失犯的区分不在于行为规范所重视的行为而在于制裁规范所重视的责任,两者最终表现出的可罚性程度差异也源于此。

在行为规范方面,公民的行动自由除了受罪刑

法定基本原则保护之外,也受制于法律面前人人平等原则,因此如果并非出于合理原因,所有人都不应该有超越于一般人的行为特权,这也属于保障法之安定性以及实现犯罪一般预防目的的考量。在制裁规范层面,则重视特殊预防必要性,如托尔斯泰所言“幸福的人都是相似的,不幸的人各有各的不幸”,正确的举止往往是类似的,而错误的举止理由则可能千差万别,即便都是过失致人死亡,不同行为人过失心态的形成过程往往并不相同,因此在制裁规范层面有必要将审查视角从一般人转移到特定行为人,并从过失的结果进一步衍生到过失的形成过程,如此才能将具体行为人作为一个不可替代的道德主体进行尊重,也才能有对个体进行刑罚改造的前提。

## (二)故意和过失的区分与认识可能性标准的确立

在故意与过失的区分问题上,一直以来存在认识说(知)与意思说(意)的争论,知与意两要素之间何为评价出发点的问题上存在理论上的分歧,虽然分歧的结果并非是承认一方而否定另一方,但正如王觐先生所言:“希望主义,<sup>⑥</sup>过于陈腐,认识主义,为晚世多数学者所主张,且认识主义,较之希望主义为广汎,刑法既是两主义并用,希望主义,当然包含于认识主义之内,故我辈主张认识主义而下故意之定义,谓故意为犯罪事实之认识。详言之,犯人预见犯罪事实可能发生,犹不顾而为之者,即为反社会性之表现(即是故意)。希望犯罪结果发生,与夫意图犯罪事实发生者,均非故意之要素。”<sup>⑦</sup>一个世纪前的认识说基调与当前的认识说的观念并无二致,但始终摆脱不了理论上对其产生的误解与偏见,常见的批判是:“认识说最根本的缺陷是片面强调行为人对其行为的危害结果的认识,忽视了行为心理活动的意志因素。”<sup>⑧</sup>其实,认识说的主张并非排斥“意思”(或者意志因素),而是认为意思乃不法要素而非责任要素,区分故意与过失的核心在于认识与认识可能性的差异,比如在故意犯的场所,如果行为人对构成要件结果具有认识而依然实施行为,即便不是希望也属于放任。换言之,意思说所强调的“意图”“意思”“希望”等内容都可以被包含在认识说所强调的“预见”“认识”之内。因此,认识说一直以来的重心并非

是舍弃意思而仅求诸认识,而在于围绕认识构建理论发展空间,至于行为之中的意思要素,认识说只是把它放到了不法层面而已,故意的成立(尤其是放任的故意、未必的故意)只要主观上存在“认识”并且行为上存在“决意”(这种决意毋需是行为人主观上的希望或者意思)即可。

但退一步而言,如果采用意思说的观点,将此时的行为“决意”理解为一种意思也未尝不可。如此一来,认识说与意思说的观点就不存在绝对的抵触,或者更准确地说,“当认识说需要达到对结果发生的具体可能性存在认识的时候,两学说之间的实质性结论差异几乎不存在”。<sup>⑨</sup>因此,关键问题就变为了对“对结果发生的具体可能性”的正确理解上。故意所要求是“对结果发生的具体可能性”的认识,达不到该标准的“对结果发生的抽象可能性的认识”以及“对具体结果发生的认识可能性”都只能归为过失,这也就解释了未必的故意与有认识的过失(过于自信的过失)之间的差异:未必的故意虽然指向的结果仅仅是一种可能性,但同样符合了“对结果发生的具体可能性的认识”;而有认识的过失虽然具有认识,但也仅是“对结果发生的抽象可能性的认识”。<sup>⑩</sup>

## (三)认识可能性的认定:一般人标准与行为人标准之外的第三种路径

### 1. 影响过失认定的变量:一般预防、特殊预防与责任主义

当前越来越多的观点将认识可能性或者预见可能性放在客观层面的行为归责环节进行评价,并以行为时的一般人为标准。比如,劳东燕教授主张:“以客观预见义务的面目出现的预见可能性,只是作为结果避免义务的前提而存在,或者确切地说,是作为履行安全标准的必要前提,它本身并不具有独立的意义。”<sup>⑪</sup>该观点有一定的道理,因为的确如其所言,“过失犯归责结构的转变,以及由此导致的预见可能性体系地位的变化,是将预防的目的性考虑融合于相关教义学理论建构之中的结果,是预防刑法内在要求的体现”。<sup>⑫</sup>不可否认,对犯罪论相关问题所进行的教义学分析早已经避免不了刑罚目的与正当性、责任与预防、刑事政策等因素的影响,所谓机能主义刑法观或者功能主义刑罚观所持有的目的论

思维便是如此。<sup>③</sup>“犯罪概念的内容该怎样安排,取决于我们采取何种方式去论证刑罚的合法性。举例来说:一种以特殊预防思想作为其正当化根据的刑罚,其发动的前提必然不同于报应刑。”<sup>④</sup>因此,过失犯问题的背后其实存在着刑罚基本立场的角力。其一,是基于一般预防理念还是基于特殊预防理念来构建认识可能性或者预见可能性,其犯罪论体系性地位会受影响,过失犯的成立标准亦受牵连。在当前则形成了以一般预防为基调的新过失论与以特殊预防论为基调的修正的旧过失论之间的争鸣。<sup>⑤</sup>其二,与此同时也需要注意,“一种强调功能化与预防有效性的过失犯理论,如果有违责任主义的要求,势必欠缺相应的正当性基础”,<sup>⑥</sup>因此以责任主义为基石的刑法在何种程度内能够融合预防理念就需要不断探寻。

对过失犯的认定最终需要调和责任主义与预防目的,同时也需要寻求一般预防目的与特殊预防目的之间的合理平衡点。如果绝对贯彻责任主义,过失犯的成立不仅容易偏向于以行为人为标准,更有可能排斥将无认识的过失作为一种可罚的过失形态;<sup>⑦</sup>如果强调一般预防尤其是积极的一般预防,则会以客观上“一般人”的标准认定过失,“应该认识”的行为人即便事实上无认识也可以成立过失;如果重视特殊预防,由于着眼于“行为人”,过失犯的成立标准反而异于一般预防的立场而走向与责任主义相同的道路。责任与预防在刑法上都存在不可忽视的价值,但如果以价值位阶来评价,责任主义理当具有更根本的地位。以此推之,在过失犯的二阶段考察中,对与责任主义关系更密切的“行为过失”的评价比重应优于“过失行为”,即在过失犯成立的一般人标准与行为人标准的此消彼长之间应该更倾向于后者。

2. 第三种路径:在认识可能性的形成过程中构建预见义务

刑罚虽说是针对一般人,但最终是施加于特定行为人的制裁。现代社会所需的过失犯认定标准不是在一般人标准与行为人标准之间简单地择一,而是在责任主义的基础上融合预防因素,兼顾一般人认识可能性标准的同时重新拾起对行为人个体认

识可能性的重视,最终实现理想的过失犯二阶段考察的目标。

强调一般人标准的观点往往会从风险社会背景下社会治理的需求出发,认为作为社会共同体成员的每一个公民或多或少都有参与社会治理的职责,因此每个公民都需要对其所创设的风险进行善良管理或者管辖,当未尽到一般人都应负之管辖义务时自然需要对一般人都应该回避的结果负责。然而,值得反思的是:其一,以风险社会理论解释结构性的大规模过失事件或许可行,但用以解释所有过失犯尤其是日常人际交往过程中的过失犯或许并不太妥当;其二,过于注重刑罚的一般预防机能,虽然对于社会治理有一定效果,但亦有可能因此忽视刑罚之外其他手段的存在,比如以交通肇事为例,刑罚自然不可或缺,但驾驶技能的严格培训、驾驶资格的严格控制、交通管理的严格要求、监控技术甚至自动驾驶技术的研发投入等等未必不比刑罚的效果更好;其三,不应该为了整体的治理目标而忽视对个体的尊重,刑罚对于那些没有明显体现出反规范态度的过失犯而言,其非难前提并不充分,其非难效果也极为有限。

虽然从我国《刑法》第15条第1款“应当预见……而没有预见”的规定来看,我国立法某种程度上已经接受了无认识的过失,并且预防因素也不可避免地作用于过失犯的认定中,但同样不应忽视同条第2款规定的“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”,该款中自始彰显着刑法对于过失犯的基本态度:某些行为即便存在客观上的不法,但主观上如果非出于故意,便不应施加刑罚。比如刑法不处罚的“过失盗窃”“过失强奸”(行为人对行为对象发生认识错误的场合)等行为便是如此,即使法规范可以期待行为人在此时应该存在认识或者存在正确认识,但只要行为人未认识或者发生了错误认识,就缺乏刑罚发动的非难前提。另一方面,对于可以通过刑罚进行处罚的过失犯,相关的逻辑前提自然应该是:存在通过刑罚对犯罪人进行非难的效果,即行为人能够对刑罚的非难进行规范上的应答。

因此,过失犯中认识可能性的产生就有必要从行为人在行为发生时规范上的应答能力出发,将有

可能影响该能力的所有事实都纳入考察的范畴。换言之,在评价过失犯的主观方面时,不应仅仅关注过失的心态,还要关注过失的心态是如何形成的。过失犯中认识可能性的产生就不再是简单以一般人标准强加于具体行为人身上,也并非简单以具体行为人为标准,而是要在认识可能性的形成过程意义上考察影响具体行为人认识能力、认识可能性的因素,判断这些因素是否属于具体行为人可控或者可管辖的范畴。当相关因素不可控而最终导致行为人缺乏预见可能性时,就不应将结果归属于行为人,行为人对于结果的发生自然也不具有认识可能性。尤其是对于无认识的过失问题,更应该从认识可能性的形成过程来理解“应当预见”所表征的规范上期待的内涵,当“无认识”是由认识形成过程中的合理原因所导致时,便不应该苛责行为人没有形成合理的认识。比如,在上文所提到的因勤恳而过度劳累发生失火、致人死亡的案件中,不是简单地从行为人“无认识”的表象,而是应努力地从事引发行为人“无认识”的背后的日常因素中广泛地、严格地去探寻“应当预见”的归责根据或许才是更好的做法。

### 五、结语:从描述过失犯到重塑过失犯

与新过失论对于“一般人”标准的过分强调相比,修正的旧过失论有对此进行合理矫正的机能,将行为人视为社会主体的同时也同样视其为道德主体进行尊重,最终真正实现对过失犯处罚必要性的二阶段考察,“怒其不争”的同时也能“哀其不幸”。

基于修正的旧过失论,笔者对本文的基本观点总结如下:第一,故意犯与过失犯的规范构造差异不是存在于行为阶段而是存在于责任阶段,故意是对构成要件结果发生的具体可能性存在认识,过失是对构成要件结果发生的具体可能性存在认识可能性;第二,有认识的过失中的认识并非是指对结果发生的具体可能性存在认识,而是仅止于结果发生的抽象可能性,因此依然处于针对具体结果的认识可能性范畴;第三,故意犯与过失犯在责任阶段的非难程度差异对应着两者之间不同的可罚性后果。从以上三点出发,为了解决无认识的过失问题,有必要重申刑罚的非难属性,重视评价具体行为人的认识可能性,不是单纯站在行为规范角度,以所谓的一

般人的标准强加于具体行为人身上,而是同时需要从制裁规范的目的出发,考察行为人是否应该以及是否可以达到一般人的注意标准。因此,《刑法》第15条第1款的规定是对具体行为人规范上的期待,在行为规范的基础上还需要进一步考察制裁规范的目的,应当将不可归责于行为人的外因所导致的没有预见、合理轻信等过失行为进行出罪,即可以认为行为人在此时不存在过失犯所要求的认识可能性。

通过上文的步步推演可以发现,当前过失犯理论研究的要义已经从描述“什么是过失犯”转变为“过失犯是什么”,即需要以刑法规范的初衷、刑罚的存在目的来反思应该如何塑造值得刑罚处罚的过失犯。无论如何,过失犯的理想治理模式不应该是让个人去承担制度性的缺陷所带来的后果,而是应该首先尽量通过道德自律之外的措施将过失犯变为“不能犯”,只有当道德之外的预防措施足够合理时,才能体现出对“人”这一道德主体的必要尊重。需要说明的是,笔者并不反对新过失论本身,而只是对其思考模式在司法实践中所带来的弊端表示担忧。在此基础上,对于修正的旧过失论的重申,目的就在于避免将反规范的行为直接等同于反规范的心态,并尽量还原对行为人主观心态的完整独立评价。

#### 注释:

①完全站在结果无价值立场讨论故意犯与过失犯关系的学者也并非没有,日本年轻学者中代表性的有小林宪太郎,其主张“过失犯的成立要件便是其处罚要件,故意犯等其他处罚形态属于加重的过失犯”。参见[日]小林宪太郎:《刑法的归责》,弘文堂2007年版,第125页。

②对于结果无价值论者而言,“故意犯=过失犯+故意”。其实,从当前客观归责理论、危险现实化理论的适用范围由原来的过失犯问题不断往故意犯问题延伸的现象来看,将故意犯与过失犯两者在构成要件行为阶段进行同一性评价的立场或许依然值得贯彻。

③参见[日]小林宪太郎:《刑法総論》,新世社2014年版,第99页以下。

④[日]佐伯仁志:《刑法総論の考え方・楽しみ方》,有斐閣

2013年版,第291页、第292页。

⑤参见吕英杰:《论客观归责与过失不法》,载《中国法学》2012年第5期。

⑥蔡仙:《论过失犯中结果避免可能性理论之演变》,载《北大法律评论》2019年第1辑,北京大学出版社2019年版,第170页。

⑦孙国祥:《行政犯违法性判断的从属性和独立性研究》,载《法学家》2017年第1期。

⑧[英]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第162页。

⑨比如,在诸多私自捕杀野猪而最终被以非法狩猎罪定罪处罚的案件中,法院在量刑上多适用管制、拘役、缓刑。参见江西省峡江县人民法院(2021)赣0823刑初49号刑事判决书、广东省乐昌市人民法院(2021)粤0281刑初366号刑事判决书、福建省浦城县人民法院(2021)闽0722刑初132号刑事判决书,等等。

⑩参见阮能文:《运输毒品罪的主观要件及其证明》,载《中国检察官》2015年第14期。

⑪[日]橘爪隆:《过失犯における回避義務の判断について》,载《法学教室》No.410(2014年),第137页。

⑫在区分不作为犯中的故意与过失时,还应该考察行为人对“处于保证人地位的事实”是存在认识还是仅具有认识可能性。

⑬参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第136页;[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第28页;林钰雄:《故意的双重定位——以误认阻却违法事由前提事实为例》,载刘明祥、张天虹主编:《故意与错误论研究》,北京大学出版社2016年版,第59页以下。

⑭[日]松宫孝明:《刑法総論講義》(第5版補訂版),成文堂2018年版,第57页。

⑮[日]松宫孝明:《刑法総論講義》(第5版補訂版),成文堂2018年版,第57页。

⑯比如,我国早期的观点就认为,“防卫过当唯一的罪过形式是疏忽大意的过失”。参见利子平:《防卫过当罪过形式探讨》,载《法学评论》1984年第2期;也有观点认为,“在防卫过当情况下,行为人的罪过形式主要是过失,但不能否认故意(特别是间接故意)的存在”。参见高秋:《防卫过当的罪过形式和处理》,载《法学》1984年第8期。

⑰高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第136页。

⑱黎宏:《论防卫过当的罪过形式》,载《法学》2019年第2期。

⑲参见郑超:《论故意与过失的犯罪论体系性地位——古典立场的坚持与修正》,载《中外法学》2021年第5期。

⑳参见刘艳红:《注意规范保护目的与交通过失犯的成立》,载《法学研究》2010年第4期。

㉑刘艳红:《交通过失犯认定应以结果回避义务为基准》,载《法学》2010年第6期。

㉒陈子平:《刑法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第146页。

㉓参见陈兴良:《过失犯的危险犯:以中德立法比较为视角》,载《政治与法律》2014年第5期。

㉔比如从因果行为论开始,针对因果行为论的批判衍生出了目的行为论、人格行为论、社会行为论等。

㉕参见林裕凯:《主観違法要素と責任能力——裁判実務を中心に》,日本京都大学2019年博士学位论文,第4页。

㉖参见[日]高橋則夫:《刑法総論》,成文堂2018年版,第79页。

㉗笔者认为,当前对于条件说的评判有可能不尽合理,尤其是简单将条件说所主张的因果性直接等同于相关性。

㉘[日]高橋則夫:《刑法総論》,成文堂2018年版,第79页。

㉙[日]平野龍一:《刑法概説》,东京大学出版会1977年版,第85页。

㉚张明楷:《论过失犯的构造》,载《比较法研究》2020年第5期。

㉛[德]弗劳克·罗斯塔斯基:《规范论与过失——论作为违反举止规范之基本形式的过失》,马寅翻译,载《当代德国刑事法研究》,法律出版社2017年版,第188页。

㉜参见高山佳奈子:《「实行行為」概念の問題性》,载《法学論叢》162卷1~6号,第208页。

㉝参见柏浪涛:《构成要件错误的本质:故意行为危险的偏离》,载《法学研究》2018年第3期。

㉞不仅如此,在结果加重犯の場合,故意与过失可以共存于一个行为中。

㉟所以,在构成要件阶段仅仅需要考虑该行为对于所保护的法益是否带来侵害或者危险即可。在行为人实施殴打行为的场合,要判断这种殴打行为是否属于故意伤害行为(或者是杀人行为),只要分析该行为是否对身体健康(或者生命)造

成轻伤以上(或者死亡)的侵害结果或者具体危险即可,然后才能在责任阶段从认识的角度分析行为人的主观心态,即分析行为人是否需要对其相应的行为负责。

③[德]弗劳克·罗斯塔斯基:《规范论与过失——论作为违反举止规范之基本形式的过失》,马寅翔译,载赵秉志、宋英辉主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2017年版,第200页。

④理论上将有认识的过失等同于过于自信的过失,将无认识的过失等同于疏忽大意的过失的观点,参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第22页,笔者在此同意这样的理解,但也认为,这其中还涉及如何进一步解释我国《刑法》第14条、第15条的条文以契合理论上界定的故意和过失概念的问题。

⑤[日]西原春夫:《犯罪实行行为论》,成文堂1998年版,第83页。

⑥黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第179页。

⑦张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第188页。

⑧参见[日]西原春夫:《犯罪实行行为论》,成文堂1998年版,第16页。

⑨李世阳:《刑法中行为论的新展开》,载《中国法学》2018年第2期。

⑩相当因果关系说不仅仅存在于刑法中,也存在于侵权行为法中。参见叶金强:《相当因果关系理论的展开》,载《中国法学》2008年第1期。该文作者提到侵权法上的“相当性判断应是指判断行为对损害发生可能性的提升程度是否具有相当性”,这其实也与危险的提升、危险的实现等思路存在一定的互通之处。

⑪劳东燕:《刑法中的客观不法与主观不法——由故意的体系地位说起》,载《比较法研究》2014年第4期。

⑫叶金强:《相当因果关系理论的展开》,载《中国法学》2008年第1期。

⑬从这一点出发,为了解决正犯性问题而被提出的支配犯与义务犯理论便存在合理性。

⑭参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第192页。

⑮Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S. 346f.

⑯这也就是主观归责(主要考察行为人的故意与过失)无法取代客观归责的原因之一。

⑰参见陈兴良、张军、胡云腾主编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂(下卷)》,北京大学出版社2018年版,第

930页。

⑱有学者探讨了一定条件下见死不救人刑的可能性,但这无疑也需要以设置救助义务为前提。参见黎宏:《一定条件下的见死不救人刑研究》,载《中外法学》2018年第3期。

⑲根据上文的观点之一“故意犯与过失犯可以具有一样的实行行为性”,故意杀人与过失致人死亡在实行行为的认定阶段理解为“致人死亡”即可。

⑳甚至还有可能更激进地认为,我们可以在判断因果性之前就认定行为本身不具有致人死亡的实行行为性存在。由于这涉及对不作为犯的实行行为性的认定问题,在此无法更进一步具体展开。

㉑柏浪涛:《未遂的认定与故意行为危险》,载《中外法学》2018年第4期。

㉒其实不限于未遂的场合,即便行为构成既遂,也依然存在讨论行为人对于这种既遂结果的主观态度空间,比如在结果加重犯中,加重结果的发生可能便是由过失所致。

㉓[葡]乔治·德·菲格雷多·迪亚士:《刑法总论》,关冠雄译,社会科学文献出版社2021年版,第579页。

㉔车浩:《假定因果关系、结果避免可能性与客观归责》,载《法学研究》2009年第5期。

㉕参见张明楷:《论过失犯的构造》,载《比较法研究》2020年第5期。

㉖郑超:《论故意与过失的犯罪论体系性地位——古典立场的坚持与修正》,载《中外法学》2021年第5期。

㉗李冠煜:《客观归责论再批判与我国刑法过失论的完善》,载《法学家》2016年第2期。

㉘李冠煜:《客观归责论再批判与我国刑法过失论的完善》,载《法学家》2016年第2期。

㉙陈兴良:《过失犯的规范构造:以朱平书等危险物品肇事案为线索》,载《比较法研究》2020年第5期。

㉚郑超:《论故意与过失的犯罪论体系性地位——古典立场的坚持与修正》,载《中外法学》2021年第5期。

㉛张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第384页。

㉜[日]增田豊:《规范论による责任刑法の再構築》,劲草书房2009年版,第8页。

㉝此处的希望主义指的便是意思主义(Willenstheorie)。

㉞王觐:《中华刑法论》,中国方正出版社2005年版,第120页。

㉟马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第327页。

⑨[日]西田典之、山口厚、佐伯仁志编:《注积刑法》(第1卷),有斐阁2010年版,第513页。

⑩参见李世阳:《故意概念的再定位——中国语境下“盖然性说”的展开》,载《政治与法律》2018年第10期。

⑪劳东燕:《过失犯中预见可能性理论的反思与重构》,载《中外法学》2018年第2期。

⑫劳东燕:《责任主义与过失犯中的预见可能性》,载《比较法研究》2018年第3期。

⑬参见劳东燕:《功能主义刑法解释的体系性控制》,载《清华法学》2020年第2期;劳东燕:《刑事政策与功能主义的

刑法体系》,载《中国法学》2020年第1期;劳东燕:《功能主义刑法解释论的方法与立场》,载《政法论坛》2018年第2期。

⑭[德]米夏埃尔·帕夫利克:《刑法科学的理论》,陈璇译,载《交大法学》2021年第2期。

⑮从这一点也可以看出,新过失论与修正的旧过失论并不像有学者所认为的那样完全一致。

⑯劳东燕:《责任主义与过失犯中的预见可能性》,载《比较法研究》2018年第3期。

⑰代表性的立场可以参见甲斐克则:《责任原理と過失犯論》,成文堂2005年版,第127页以下。

## The Criminally-Proscribed-Conduct Nature and Normative Construction of Negligent Offense

Zheng Chao

**Abstract:** The thinking mode of the new doctrine of negligence, which focuses on the deviation of the conduct from the standard of the "average person" in terms of norms, contributes to the overexpansion of negligent and administrative offenses in current judicial determinations. It is advisable to return to the modified old doctrine of negligence, and put stress on the proof of the subjective state of the perpetrator. Based on the position of the modified old doctrine of negligence, the duty to avoid the consequence may be regarded as a prerequisite for acknowledging or preventing the causation between the criminally proscribed conduct and the consequence, and the non-existence of the possibility of consequence avoidance has the function of limiting the criminally proscribed conduct to an attempt. The attempt of an intentional offence and the attempt of a negligent offence may be identical in terms of conduct structure and their different punish abilities are determined by the examination result in the stage of culpability. Intent and negligence can only be distinguished through the subjective awareness and possibility of awareness of the perpetrator in the state of culpability. On the basis of social behavior theory, the theory of criminally proscribed conduct does not only realize the substantiation of the conduct of constituent elements of an offence, but also has the same effect as the objective attribution theory. Under this premise, the distinction between intent and negligence should be made by focusing on the issue of awareness of the perpetrator rather than the issue of behavior, and for the intent, the degree of "awareness of concrete possibility of the consequence happening" should be achieved and for the negligence with awareness but failing to reach this degree, it is still a kind of "possibility of awareness". For the negligence without awareness to upgrade as the evil blamed by the criminal norms, it is necessary to examine the possibility of awareness in the course of forming the capability of awareness and prove the situation strictly satisfy the requirement of "should have foreseen".

**Key words:** Negligent Offense; Old Doctrine of Negligence; Criminally Proscribed Conduct; Duty to Avoid Consequence; Possibility of Consequence Avoidance