

损害结果归责于监督者是如何可能的?

——以公共安全风险预防为视角

刘 军 江 雪

摘要: 监督过失肇始之初是为了解决公害犯罪中处于“领导地位”的监督管理者的责任问题,渐次拓展到追究公务人员的监管过失责任,其实是越过了作为“中间项”的第三人犯罪而追究处于“上位”的监督者的刑事责任,但是存在诸多传统刑法理论难以解决的归责难题。监督过失行为的实质是过失不作为,导致公共安全风险大幅升高。监督缺位创设了法所不容许的风险并导致损害结果发生,如果行为人具有预见可能性,则具有了可归责性。在司法适用中,应当以保证人中心对创设法不容许风险予以展开分析,并限制监督过失责任的成立范围。

关键词: 公共安全; 风险防范; 监督过失; 归责可能性; 创设法不容许的风险

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2023.02.011

刑法的核心问题是“归责”可能性^①。在通常情况下,行为人只对自己的行为承担刑事责任,监督过失责任却是对他人的过失行为所造成的损害结果承担责任。损害结果能否以及如何越过第三人的行为而归咎于监督过失行为,以及监督者对于损害结果的预见可能性等问题,是刑法教义学上的解释难题,它们不但会影响司法适用的结果,更会直接影响社会中人的行为模式和样态,并对公共安全风险预防产生重大影响。

一、我国司法裁判中出现的三种监督过失责任

随着现代化建设的不断深入,我国目前正在进入“高风险社会”时期,各种现实的和潜在的公共安全风险不断涌现。风险的不断累积会引起质变并转化为实害,控制损害结果扩大的难度不断加大。为此应当采取“预防原则”(precautionary principle)处理各种公共风险^②,在危险发生之前采取一系列防护性、防范性和预防性措施以避免和减少公共安全风险的发生并防止损害结果的扩大。追究监督过失责任,可以为公共安全风险装上一道“安全阀”。

我国司法实践中直接采用监督过失理论进行释法说理的裁判文书并不多^③。笔者在“中国裁判文书网”上以“全文检索”为检索项、“监督过失”为检索词,检索“刑事案由”和“刑事案件”,检索时间截至

基金项目: 国家社科基金一般项目“预防性犯罪治理模式研究”(22BFX042)。

作者简介: 刘军,山东大学法学院(威海)兼职教授、博士生导师,上海政法学院刑事司法学院教授(上海 201701; ljshzf@126.com);江雪,山东大学法学院(威海)博士研究生(威海 264209; 670366956@qq.com)。

① 德国刑法中的归责(Zurechnung)存在三个层面的含义:一是在行为的层面归责于人,标准是“为人所可能”;二是在客观的不法层面归责于“某种人”,标准是“为某人所可能的”;三是在责任的层面归责于某个具体的人,标准是“具体个人所能”(konkret-individuelles Können)。参见约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,北京:法律出版社,2008年,第105—106页。我们通常所讲的客观归责(objective Zurechnung)和主观归责(subjective Zurechnung)是在第二、三个层面上所讲的归责。

② Mark Geistfeld, “Implementing the Precautionary Principle”, *Environmental Law Reporter News & Analysis*, 2001, 31(11), P.11326.

③ 中国裁判文书网始建于2013年7月1日,之前的裁判文书无法通过裁判文书网进行检索。因此,该统计数据仅能反映裁判文书网公布的裁判文书的总体情况。

2021年12月31日,共计检索到34篇裁判文书^①。其中涉及重大责任事故罪13例,重大劳动安全事故罪1例,国有公司、企业、事业单位人员失职罪1例,污染环境罪1例,失火罪2例,交通肇事罪2例,传播淫秽物品罪1例,玩忽职守罪13例。裁判文书涵盖了狭义的监督过失、管理过失和监管过失三种监督过失责任类型,其中否定监督过失关系而判决无罪的有4例,否定监督过失关系但却肯定故意犯罪的有2例。狭义的监督过失责任和监管过失责任的司法判决分别占了44%和38%以上,管理过失责任则仅有2例,占总数的5.9%,其余的则被否定具有监督过失关系。在监管过失责任司法裁判文书中,构成犯罪驳回申诉或上诉的4例、定罪免刑的6例、无罪的3例(王良案一审、二审和驳回抗诉),在以上检索的监督过失刑事裁判文书中认定有罪的有28例。

以上裁判文书都涉及监督过失理论,并作为裁判说理的依据。但是监督过失理论本身存在很多难点和痛点,如监督过失的实行行为性、因果关系以及过失的判断等,如果不能很好地理解监督过失理论并解决这些理论难题,不但在释法说理方面存在欠缺、降低了裁判的可接受性,而且容易导致裁判结果出现扩大化的现象。有必要结合具体案例深入细致地探讨监督过失行为的可归责性,以利于提高司法裁判说理的水平,不断提高裁判文书的可接受性。为此,笔者从以上34篇裁判文书中,分别撷取了三种监督过失的4个典型案例,对监督过失责任司法适用中的归责难题管中窥豹,在解析归责路径的基础上进行具体的归责分析。

【案例一:狭义的监督过失责任】被告人马世权为某有限公司车间主任、曾庆涛为班组长。2018年10月1日,公司一生产车间进行停机清洗作业,16时30分许,临时工赵某在清洗容积槽时触碰到容积槽感应器,设备自动运转将其左腿绞入容积槽,经抢救无效死亡。经查,赵某系第一次从事清洗容积槽的工作,二名被告人并未就如何清洗容积槽对赵某等人进行培训,之前所做岗前培训也都非常简单。清洗容积槽前,曾庆涛没有按照安全规范进行安全检查,未将设备的总电源断掉,因被马世权安排做其他工作而未在现场监护,没有严格按照操作规程安排设备清洗。马世权例行检查时,未过问是否停电,未过问工作人员是如何安排的^②。

曾庆涛在生产作业中违反安全管理规定,未能恰当履行监督职责,导致1人死亡的重大伤亡事故发生,构成重大责任事故罪,这个结论并未引起过多争论。但是马世权是否也构成重大责任事故罪,则存在辩诉交锋。虽然曾庆涛和马世权都符合重大责任事故罪犯罪主体的要求^③,但是曾庆涛承担刑事责任的原因是存在监督过失,而马世权则是更高层级的监督者,监督过失责任究竟需要追究到哪一个层级才是恰当的,具体判断标准是什么?这些都是理论上亟待解决的问题。

【案例二:管理过失责任】被告人徐春冬于2010年至2017年12月间,将位于北京市朝阳区某地的自建三层房屋对外群租。其间,疏于对租户赵某安全用电的监督,放任赵某长期在楼道内私拉电线给电动自行车充电。2017年12月13日1时许,赵某像往常一样给电动自行车充电,结果电瓶发生电气故障引发重大火灾,造成邓某某等其他租户7人死亡、2人轻伤、2人轻微伤^④。

该案的争论焦点包括:被告人徐春冬是否应当对租户赵某的过失行为负责,徐春冬是否存在管理上的过失,其过失行为与失火结果之间是否具有因果关系,主观上是否存在具有刑法意义的过失,曾经进行过安全提示是否意味着已经尽到监管义务而免责等问题。

【案例三:公务人员监管过失责任】被告人王良系某区城市管理行政执法局城管中队巡控组副组

① 检索结果为40条,剔除重复裁判文书后剩余34篇裁判文书,其中王良案一审和二审两篇裁判文书统计为2例。

② 参见新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州中级人民法院二审刑事裁定书(2021)新23刑终40号。

③ 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2015〕22号)第1条规定,“刑法第一百三十四条第一款规定的犯罪主体,包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等人员,以及直接从事生产、作业的人员。”

④ 参见北京市朝阳区人民法院一审刑事判决书(2018)京0105刑初1553号。

长,主要负责违法建筑巡查防控和制止查处等工作。2016年12月,个体户李某某、蔡某某私自在某租赁土地上修建一层简易钢结构仓库,面积达1000平方米左右。2017年1月10日,被告人王良在例行巡查中发现涉案违章建筑,当即现场下达《责令停止违法行为通知书》和《责令限期改正通知书》,并于当天报告给中队指导员何某某,但是没有采取暂扣施工工具等措施,也未将违法建筑情况在系统中填报上报。1月11日和13日,何某某两次带队到现场查看,均未采取其他措施。13日,城管中队制定了《某镇政府关于拆除2宗违法建筑的行动方案》。15日晚上9点钟左右,涉案仓库在浇灌顶层混凝土时发生坍塌造成重大事故,2名工人死亡、2名工人受伤^①。

该案的争论焦点集中在以下几个方面:王良是否存在监管过失的实行行为,与出现的重大责任事故危害结果是否存在因果关系,重大事故损害结果能否归责于王良的监管过失行为等问题。

【案例四:监督过失责任中的信赖原则】被告人雷蛮修与他人约定,购买红叶石楠并负责装上货车后交付买主。2018年6月25日16时许,被告人雷蛮修和其雇佣操作吊车的被告人陈刚到达作业现场,准备吊装红叶石楠上货车。买主认为工人装车不专业,便打电话雇佣李某和受害人罗某过来装树木。18时30分许,被告人陈刚操作吊车、罗某与李某协助装货,结果吊车车臂与高压线接触,导致正接触吊车吊钩的罗某触电,经抢救无效死亡。案发后,被告人陈刚取得罗某家属谅解,达成赔偿协议并支付赔偿款^②。

该案的争论焦点包括:被告人雷蛮修是否构成重大责任事故罪或者过失致人死亡罪,监督过失责任的成立范围有多大,能否以信赖原则排除监督过失行为的可归责性?

从以上四个案例可以看出,监督过失责任在司法适用过程中的争论焦点集中于“可归责性”,包括监督过失行为的事实因果关系、客观归责和主观归责三个主要方面。这三个层面不但相互联系、层层递进,而且每个层面都存在着样态各异的归责难题。

二、传统刑法理论难以解决监督过失的归责难题

为什么在追究了直接责任人员的刑事责任之外,还要追究监督管理者的责任呢?现代性自带风险基因,安全问题内嵌于工业化与现代化进程中而无法祛除,人们被迫生活在“高风险社会”并成为“安全风险共同体”中的一员,在享受科技进步与社会发展所带来的各种便利和巨大利益的同时,也不得不直面各种公共安全风险^③。如果仅仅追究直接过失人的刑事责任,却任由处于“上位”的监督者逍遥法外,不但在刑法理念上是不正义和不公正的,而且也无法切实起到预防公共安全风险的作用。因此,应当加强公共安全犯罪的源头治理,以监督过失责任作为抓手,撬动公共安全犯罪的预防性治理,强调积极作为义务、警醒规范意识、促进形成统一的违法性意识,以有效遏制公共安全犯罪的高发态势。

所谓监督过失责任,是指负有监督、管理和监管职责的行为人不履行或不恰当履行监督管理义务,而导致第三人过失侵害法益时所应承担的责任。最广义的监督过失,可以包括狭义的监督过失、管理过失和公务人员监管过失三种类型^④。监督过失理论能够很好地解决在诸如安全生产、重大火灾、食品药品、环境污染、公共卫生、传染病防治以及医疗事故等公害类犯罪中处于领导、管理和监督地位者的过失责任问题,尤指组织体特别是生产经营单位内部的监督过失责任。无论何种类型的监督过失,在存在积极的作为义务、作为“中间项”的第三人过失^⑤,以及监督过失与直接过失存在过失

① 参见海南省海口市中级人民法院二审刑事裁定书(2018)琼01刑终540号。

② 参见四川省成都市中级人民法院二审刑事裁定书(2019)川01刑终661号。

③ 刘军:《预防性法律制度的理论阐释与体系构建》,《法学论坛》2021年第6期。

④ 刘军:《监督过失责任:公共安全事故预防的一种特殊指向》,《政法论丛》2021年第5期。

⑤ 在通常情况下,管理过失介入的“中间项”包括自然事件,如风、雨、雷、电等自然力,或者介入了人为事件而无法评价为刑法上的行为,但是实践中也有介入了第三人的过失行为的情形。

竞合方面都是共通的,只不过狭义的监督过失和监管过失是叠加的过失竞合,而绝大多数管理过失则是并行的过失竞合。当然,对于公务人员监管过失而言,即使存在着介入故意犯罪的情形,监督者仍然有可能被追究监督过失责任,如环境监管失职罪中的被监管人有可能是故意犯罪,但是监管者却可能因为未尽到环境监管职责而承担监管过失责任,这种情形类比并行竞合中“纵的竞合”。三种监督过失责任在司法实践中面临着同样的法教义学难题,集中体现在对于监督过失实行行为性的判断、过失不作为与损害结果之间的客观归属、注意义务的界定以及预见可能性的司法认定等问题上,或者说,集中体现在监督过失的客观归责(或者客观归属)^①与主观归责两个层面。

传统的过失犯罪理论和因果关系理论在解决监督过失责任方面捉襟见肘,理论上存在主客观割裂、说服力不足、体系难以自洽、理论难以自足等诸多问题,但归根结底还是存在难以归责的问题。详而言之,主要表现在以下几个方面:

一是监督过失行为的实行行为性判断困难。传统的过失犯罪理论在解释过失犯罪方面存在着重大缺陷并受到持续的批评,端在于其很难从主观方面对于过失犯罪的实行行为性进行界定,过度依赖对于预见可能性或者结果避免可能性的解释,常常会出现过失犯罪处罚扩大化问题。过失行为在本质上也必须是具有法益侵害或者危险的行为,至少要具有法益侵害的可能性,否则在行为的层面将被排除构成要件符合性。“违反客观的注意义务只是过失实行犯的形式特征,在此基础上,还要求具有实质的危险性。”^②申言之,对于监督过失行为也需要具有实行行为性,也必须是对法益造成具体的、现实的和迫切的危险的行为,才是实行行为。但是相比较一般过失行为而言,监督过失行为距离法益侵害的结果更远,其实行行为性的判断更加困难。

二是双重开放的构成要件需要进行补充。监督过失犯罪不仅是过失犯罪,还是不作为犯罪。监督过失的作为义务在性质上属于专属性的积极义务,行为人必须在合理限度内依据其社会地位和所处社会关系积极履行职责、承担作为义务,防止法益侵害结果的发生,以维持社会构造的正常运作。而无论是不作为还是过失都是开放的构成要件,都需要由法官就作为义务和注意义务进行补充并具体判断。就不作为义务而言,主要根据在于行为人的特殊身份或者特殊地位,以及由此而产生的依据社会伦理规范或者职业规范而对他人的监督义务。就注意义务而言,直接过失犯罪中的注意义务是行为人自己遵守安全管理规范的义务,但是,监督过失的注意义务却是防止他人出现过失行为,二者在注意义务内容上存在很大的差异。因此,监督过失的构成要件需要对不作为义务和注意义务进行补充,双重开放的构成要件本身就是归责过程中的一大挑战。而且,监督过失是一种不够谨慎的不作为犯,但是对于注意义务的补充解释,监督过失仿佛演变成为要求遵守谨慎义务的作为犯了。真若如此,监督过失犯罪的成立条件将在很大程度上被改写。

三是监督过失行为与损害结果之间的因果关系难以判断。监督过失责任涉及复数人的过失行为,常常存在着作为“中间项”的第三人过失行为,因此,监督过失行为与损害结果之间的因果关系不但要查看是否存在“条件关系”,而且要看能否以及如何将损害结果归属于该过失不作为行为,这对于完善刑法教义学理论具有非常重要的意义和价值。如果不能将损害结果归属于监督过失行为,即便监督过失行为具有法益侵害的危险,但是囿于当前过失犯罪都是结果犯的教义学规则,监督过失行为也无法构成犯罪。传统因果关系理论采用“条件说”+“相当因果关系说”,但是由于“相当因果关系

① 我国刑法语境下的“归责”是指法律责任的归结,是客观归责与主观归责确定构成犯罪之后的“罪责”或者广义“责任”的归结,存在一定程度的特指;即使狭义上的归责也仅指主观归责。因此,可以将“objective Zurechnung”翻译成“客观归咎”或者“客观归属”,以便与责任层面的“主观归责”进行区分。当然,在能够对二者进行区分的前提下,只是语言的具体使用,客观归责的概念也未尝不可。

② 陈兴良:《论过失的实行行为》,载刘明祥:《过失犯研究:以交通过失和医疗过失为中心》,北京:北京大学出版社,2010年,第8页。

说”本身所具有的模糊性,加之监督过失行为所具有的双重开放特性,以及监督过失行为对于损害结果引起的间接性,导致刑法意义上的因果关系标准模糊和界限不清,司法实践中难以给出明确判断。

四是预见可能性的判断存在模糊性。监督过失虽然特殊但也是过失,要成立监督过失不但要求行为在构成要件层面具有实质的法益侵害的危险性,而且要求在责任层面应当具有预见可能性。同时,监督过失又是一种特殊的过失,不要求行为人预见到具体的法益侵害结果,只要求具有“畏惧感”或“不安感”即能满足预见可能性的条件,因为“若固执于具体预见可能性的话,则无法处罚企业灾害、公害、药害等事件中有责任的高层领导,由此而展开出畏惧感乃至新新过失论。”^①“新新过失论”在一定程度上缓解了监督过失责任在法教义学中的紧张关系,但是“新新过失论”中的“畏惧感”或“不安感”概念极为含糊,究竟具有何种程度的危险意识才是有畏惧感难以恰当认定^②;另外,如果没有具体的预见可能性,如何要求行为人采取必要措施,防范可能发生的损害结果等方面也语焉不详。这种情形如果推到极致的话,很有可能只要发生损害结果,处于监督、管理或者监管地位的行为人就需要承担责任。真若如此,监督过失责任几乎就变成了结果责任,极易扩大刑事处罚的范围。

在风险社会背景下,公共安全风险治理成为世界各国面临的急迫任务,客观上存在着追究监督过失责任以预防公共安全犯罪的必要性,但是需要从体系上解决监督过失行为的归责难题,否则无法保证司法适用过程中对于监督过失责任的恰当评价。

三、损害结果归责于监督管理者的三种理论进路

行为是整个犯罪构造的逻辑起点,是犯罪构成要件的第一个要素,也是决定性要素,“无行为则无犯罪,亦无刑罚”。因此,如何看待和解释监督过失犯罪的实行行为,决定了整个犯罪构造的结构与走向。对于监督过失的行为定性,有主张按照传统过失论进行构造者,也有主张以不作为犯来把握者^③。日本主要采取第一种进路,而德国主要采取第二种进路。随着客观归责理论逐渐为越来越多的学者所接受,创设^④了法所不容许的风险成为第三种理论进路。三种进路的着力点不同,论证逻辑差异较大,论证结论的说服力也有很大的不同。

第一种进路:预见可能性的修正。肇始之初的监督过失责任,主要着力于预见可能性的解释,以解决监督过失难以满足具体预见可能性的问题。监督过失责任因为涉入了第三人过错“中间项”,距离直接的法益侵害较远,因此对于损害结果是否具有预见可能性很难判断。日本学者依据1955年的森永奶粉中毒事件判决总结出了“畏惧感”说,“在混入不属原来预定的食品添加剂的异物时,理所当然地就应当抱有这样一种畏惧感:也许会有有害物质混入”^⑤,即只要对于结果的发生具有“畏惧感”或者“不安感”,即可认定具备了过失的预见可能性,并就此发展出了犯罪过失理论中的“新新过失论”。监督过失犯罪中的行为人虽然对于危害结果的出现具有“畏惧感”或“不安感”,但只有在未尽到结果回避义务并进而发生了构成要件的结果时,才具有刑法上的可谴责性;反之,即使具有了“畏惧感”或“不安感”,但是如果行为人已经尽到注意义务或者在不具有结果回避可能性的情形下,也不成立监督过失犯罪。行为人如果具备了预见可能性,当然就需要采取措施予以避免,从而转化为注意义务上的结果回避义务,但前提是对于危险的预见是可能的(以行为人所处社会关系和社会地位中足够

① 甲斐克则:《责任原理与过失犯论》,谢佳君译,北京:中国政法大学出版社,2016年,第82页。

② 张明楷:《外国刑法学纲要》(第2版),北京:清华大学出版社,2007年,第241页。

③ 西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,北京:法律出版社,2013年,第246页。

④ 关于在客观归责理论中,是“创设”还是“制造”了法所不容许的风险,并没有实质性的区别,仅仅是翻译用语不同而已,本文将之视为同义。

⑤ 藤木英雄:《公害犯罪》,丛选功等译,北京:中国政法大学出版社,1992年,第69页。

谨慎的人为标准), 否则也不具备客观上的注意义务^①。进而言之, 如果不存在危险认识的可能性, 则无法要求行为人采取适当的外在行为, 如放弃继续实施当前行为、在危险状态中谨慎行事、危险行为事前必要的准备和信息搜集等, 以避免结果的发生。而且, 如果存在可以合理信赖其他人会采取适当行为的情形, 还可以依据“信赖原则”排除监督过失的成立。由此, 监督过失从预见可能性到结果回避可能性、从责任到违法都需要作出适度修正, 以适应监督过失的特殊性, 防止处罚范围的不当扩大。

“畏惧感”或“不安感”是对危险可能发生的“顾虑”或“忧虑”, 行为人此时应当采取措施予以“检视”, 以核查危险是否真实存在, 是否需要采取措施防止结果的发生等。但问题是, “畏惧”也好, “不安”也罢, 其实并非刑法意义上的“预见”, 毋宁说是对于自己没有采取措施予以“检视”而“不放心”。恰如大塚仁所指出的, 监督过失中的注意义务“不是有义务给预见、避免由自己的行为直接发生犯罪结果提供动机, 而是有义务给预见由自己的行为引起被监督者的过失行为、从而发生犯罪结果并为避免该结果而采取行动提供动机”^②, 这不同于一般过失的注意义务。这种顾虑发生危险但是又不采取积极措施的心态, 是对于专属职责或作为义务的懈怠, 而监督过失责任所谴责的正是这种具有认识可能性但是又不履行注意义务进而发生法益侵害结果的过失行为。这种论证思路很好地解决了行为违法和预见可能性的问题。但是, 因果关系的判断仍然处在比较弱的阶段, 因果关系的相当性标准在判断上仍然非常模糊。

第二种进路: 过失不作为犯。在当代的刑法理论中, 只有具有法益侵害或者危险的行为才是实行行为, 才具有符合构成要件的可能。因此, 监督过失责任不能简单地通过对过失行为进行扩充或变通的方式予以说明, 而只能通过论证监督不作为的实行行为性予以说明。而且从第一种进路上来看, 只要具有“畏惧感”或“不安感”, 行为人就需要积极作为以查明危险是否真实存在, 这说明是“不作为义务的存在、当为而不为、进而发生法益侵害结果”才是真正的实行行为。监督过失责任的本质就是要追究监督者违反注意义务和积极作为义务而导致法益侵害的行为, 因此是一种“监督不作为过失责任”^③。德国刑法即把监督过失行为视为不作为犯罪, 属于“过失不作为犯”的一种类型, 称之为“因为与特别的义务范围连接之公务员地位或者是作为法人机构”的不作为犯罪^④。由此, 与保证人地位相链接的作为义务论证^⑤, 便成为监督过失实行行为性论证的核心要素, 包括监督过失责任需要追究到哪个层级的问题也便迎刃而解。

监督过失的特殊性表现在构成要件方面则是双重开放的构成要件, 亦即, 监督过失犯罪在构成要件层面必须既违反作为义务又违反客观的注意义务。因此, 凡是处于防止公共危险发生的保证人地位者便具有了作为义务, 如果同时违背注意义务, 具有结果回避可能性, 则便具备了行为的可归责性。只有处于保证人地位有义务防止但是没有履行该积极作为义务导致被监督者出现违法行为, 才是监督过失的实行行为。虽然过失不作为犯的性质定位能够很好地解决监督过失的实行行为性判断问题, 但是对于因果关系的判断也和第一种理论进路一样, 在“导致”危害结果发生等问题的论证方面仍然存在严重不足, 难以解决危害结果的归属问题。

第三种进路: 客观归责理论。客观归责最初本就是为了解决过失犯或结果加重犯的结果归责问

① 也有学者将“客观注意义务”进一步区分为“内在的注意”(认识到危险将会如何发展、如何起作用)与“外在的注意”(采取适当外在行为的义务)。参见汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论), 许久生译, 北京: 中国法制出版社, 2001年, 第691—699页。

② 大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版), 冯军译, 北京: 中国人民大学出版社, 2003年, 第212页。

③ 甲斐克则:《责任原理与过失犯论》, 第138页。

④ 约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》, 李昌珂译, 北京: 法律出版社, 2008年, 第437页。

⑤ 公务员义务在何种程度上能够同时构成保证人义务, 是需要深入探讨的问题。但是, 监管过失却因为与公务员之特别义务相链接而成为一种典型的过失不作为犯。对此作者将另行撰文进行阐释。

题的理论^①,是对目的行为论在过失犯罪方面解释的无力所做的回应,是对主观归责的客观化。对于故意犯来说行为是一种目的性(Finalität)支配,目的性是法律上具有决定性意义的要素;但是过失犯却始终无法从目的行为论中得到圆满解释,至少无法取得共识性认可,而对于目的行为论的批判也恰好集中于过失犯教义学之上。在大多数学者看来,过失犯中的结果不是被目的性地引起的,无论如何也无法说过失犯行为人对于结果的发生具有目的性,否则就只能是故意犯罪了,尤其是在无意识过失的场合,行为人甚至没有意识到即将造成的结果是什么,根本不存在目的性支配或者意义操控的问题。但是,目的行为论就此强调犯罪的行为无价值的侧面却是不争的事实,试图在过失犯中也完全贯彻目的行为论的基本思想,认为行为无价值是“犯罪至关重要且必不可少的无价值质量”^②。这一思想非常重要,现在看来,过失也必须具有实质的法益侵害或者危险,这种观点就是在强调过失犯的行为无价值的侧面。韦尔策尔其实也是客观归责理论的创建人之一,只不过他是在其社会相当性理论中阐释对于刑法而言具有重要意义的行为范围;因此社会相当性明显地涉及对危险活动的容许,甚至“社会相当性的一种特殊情形就是被容许的风险”^③。刑法的目的是保护法益,因此,在刑法上有意义的行为首先应当是对法益有实质侵害或者危险的行为,正是这种举动上的错误创设了法所不容许的风险。换言之,“不被容许的风险”或者“法律上重要的风险”(rechtlich relevantes Risiko),其实就是导致法益受到侵害的可能性或危险性;而构成要件的该当(或者合致)(Tatbestandsmäßigkeit),在实质意义上,正是创设并实现了法所不容许的风险。行为的客观可归责性正在于此。

客观归责理论的重大贡献在于界定行为不法,或者说,用客观目的性诠释行为不法。这对于监督过失犯罪而言意义尤为重要,能够非常好地解决监督过失的实行行为性以及行为的可归责性问题。在客观归责理论中,实行行为性被表述为创设了法所不容许的风险,过失与故意具有同样的归责结构。“创设”一词的使用彰显了行为的客观不法,使得过失和故意一样成为归责的对象,使得过失和故意一样也具有了主观不法,使得过失和故意一样也具有了同样的客观归责结构。正如罗克辛所强调的,“过失不是不作为,违反注意义务也不是‘无’,一个违反注意义务的行为,是在一种对行为控制有缺陷的状态下而行为。过失行为的主观面,并不是‘无’,是一种对法益而言,错误判断下的行为。”^④过失行为的可归责性也恰在于其创设了法律上有重要意义的风险,在于这种符合构成要件的行为对于法益侵害的可能性。由此,根据罗克辛的观点,“制造不被容许的风险作为对构成要件行为的实质定义”,“可以取代传统上对过失行为的定义,而且可以更精确地描述过失行为”^⑤。作为构成要件实质判断的“创设不被容许的风险”,已经可以完全取代“注意义务”的概念,并能够很好地解释“注意义务”所指代的各种社会生活中的风险,简明扼要且足以说明过失犯的不法本质。

监督过失也是过失,完全可以依托客观归责的理论优势进行归责;但是监督过失又是一种特殊的过失,更涉及社会生活中积极的作为义务。在这个意义上,正是保证义务的违反创设了法所不容许的危险,保证人地位及其产生的作为义务是监督过失犯客观归责的核心要素。监督过失不作为之所以具有归责可能性,端在于“保证人在一种有义务进行干预的危险情况中,虽然不是故意的,但却是以一种客观上能够避免的方式不活动,或者以其他错误的方式行为,因而造成结果的”^⑥。易言之,保证人

① 孙运梁:《故意犯与过失犯的客观归责——德国刑法中客观归责理论对我国的借鉴》,《河南财经政法大学学报》2012年第3期。

② 汉斯·韦尔策尔:《目的行为论——刑法理论的新图景》(增补第4版),陈璇译,北京:中国人民大学出版社,2015年,第4版前言,第7页。

③ 京特·雅各布斯:《韦尔策尔对于当今刑法学的意义》,载汉斯·韦尔策尔:《目的行为论——刑法理论的新图景》(增补第4版),陈璇译,北京:中国人民大学出版社,2015年,第11页。

④ 许玉秀:《当代刑法思潮》,北京:中国民主法制出版社,2005年,第468页。

⑤ 许玉秀:《当代刑法思潮》,第445页。

⑥ 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论:犯罪行为的特别表现形式》第2卷,王世洲等译,北京:法律出版社,2013年,第518页。

义务所要求的行为人的作为本来能够阻止这个结果的出现,正是因为阻止结果发生的行为缺位才导致损害结果的发生或者扩大,因此,不作为与构成要件的结果不但具有事实上的因果关系,更具有了评价上的客观可归责性,从而同时具备了归因与归责。

与更早期的古典刑法理论认为过失是一种罪过形式不同,以上三种进路都将过失看作是一种行为构成^①,不同之处在于,第一种进路将过失看作是对于注意义务的违反,第二种进路则认为过失是违反不作为义务,而第三种进路则以创设不被容许的风险作为行为构成的实质标准。第一种和第二种进路都属于传统刑法的进路,对于过失行为的实行行为性主要从义务违反方面进行论证。除此之外,第一种进路着重解决的是预见可能性的问题,第二种进路则借助保证人理论解释了监督过失犯的作为义务。第三种进路使用了客观归责理论的一整套语言解释过失行为的可归责性,认为“创设不被容许的风险”已经可以完全取代“注意义务”的概念,如果一个行为结果是缺乏可预见性和可避免性的,实质上是缺乏危险创设的,或者已经创设的危险并没有实现;不仅如此,客观归责理论对于因果关系的阐释也更加细致入微,说理性更强,并且能够较好地解释监督过失犯等特殊类型犯罪的客观归责问题。

四、过失不作为创设并实现了法所不容许的风险

刑法的核心问题是归责可能性,即不仅要看行为与结果之间在事实上的因果联系,更重要的是从人的作为能力的角度来看,能否将具有社会危害性的结果归责于行为人之所为^②。因此,客观归责理论并非简单地判断因果关系的理论,恰恰相反,客观归责理论不但区分了归因与归责,其重要贡献更在于对行为进行规范性评价,以确定其实行行为性^③。客观归责理论的重要意义还在于,如果客观上无法归责,则无论主观上认识如何,均无法归责于行为人,从而限制了刑罚权的发动,避免因为主观上存在认识可能性而直接归责,这对于过失论而言尤为重要。就具体个案而言,在能够客观归责的前提下,仍然需要判断是否具有认识可能性,从而判定能否主观归责。唯有在客观上和主观上均能够归责,才能够认定法益侵害结果是行为人的“作品”。

目前,刑法教义学几乎统一的观点是,一个举止行为究竟是不是过失,是在行为构成中决定的^④。因此,过失首先是一种具有法益侵害危险的行为,而不仅仅是一种区别于故意的主观心态或者罪过形式。从犯罪预防的层面,明确这一点也更加重要,因为能够禁止的是行为,并通过禁止行为而避免出现无价值的结果,因此,只有创设了法所不容许风险,造成了法益侵害结果,在这个前提下才能看是否能够将该无价值的结果归之于该创设法不容许风险的行为。“人们不能责备行为人没有做什么,而只能责备他创设了一种由不许可的风险所覆盖的和由行为构成的保护目的所包含的危险,因为这个危险在一种行为构成性的结果中实现了自己”^⑤,是故,创设并实现了法所不容许的风险才是过失行为可谴责性之所在。因此,首先需要考察的就是,过失行为是否创设了在法律上有重要意义的风险。当然,过失行为最终是否能够予以客观归责,还需要在客观上实现了所创设的法不容许的风险,以及被实现的风险是在构成要件的范围之内,或者说,创设法不容许风险的行为最终导致了构成要件中规定的损害结果。

怎样才是创设了法所不容许的风险呢?以案例一“狭义的监督过失责任”为例,根据裁判文书查

① 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第713页。

② 约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,第105页。

③ 陈兴良:《从归因到归责:客观归责理论研究》,《法学研究》2006年第2期。

④ 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,第713页。

⑤ 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,第715页。

明的事实,被告人马世权的不作为行为创设了法所不容许的风险,主要表现在以下几个方面:一是,安全生产是马世权的工作职责。马世权身为车间主任,负责车间内生产协调工作、前处理段的设备操作、安全维护和安全监管,对于安全生产负有直接责任。二是,马世权不履行安全监管职责的行为,违背安全生产法律法规,并损害关于安全生产的技术规定。该公司对于清洗设备有严格的操作规程,第一要断掉所有电源,第二要挂牌作业,第三要审批《受限空间安全作业证》,第四要有专人监护作业,第五要对作业进行安全风险交底。马世权未做详细安排,未叮嘱曾庆涛严格按照操作规程进行操作,对于曾庆涛违规使用临时工赵某存在管理上的过失,未对赵某等清洗容积槽进行培训。三是,马世权的工作安排导致直接监管责任人的监管缺位。因为车间人员紧张,当日中午马世权安排曾庆涛干另外一件工作,所以曾庆涛在赵某清理容积槽时未在现场监护。马世权在生产过程中严重玩忽安全监管职责,导致安全生产风险急剧升高,创设了法所不容许的风险,是造成此次安全生产责任事故的主要原因。四是,主观的行为构成要素是过失,而且是过于自信的过失。客观不法层面考察的是能否归责于“某种人”,采取的仍然是客观上的标准,即是否“为某类人所可能”^①。该案中马世权作为车间主任负有安全监管职责,对于所存在的安全隐患以及可能导致的危害后果是有预见可能性的,但是却轻率地无视这种安全隐患的存在,侥幸地认为事故可能并不会发生,因此主观的行为构成是过失,属于有意识的过失类型。

运用客观归责理论能够很好地解释监督过失行为的可归责性,正是由于马世权不履行岗位职责的行为极大地升高了事故出现的风险,从而创设了在法律上具有重要意义风险;马世权的不作为不仅仅表现在对于安全生产日常管理的疏忽,更在于对于曾庆涛的其他工作安排直接导致安全生产现场监护的缺位。客观归责过程中并未直接使用注意义务的概念,甚至是否以及在多大程度上违背注意义务,完全可以由创设法所不容许的风险进行替代性解释,而不必纠结于作为车间主任通常的预见可能性和结果回避可能性的论证,这也是客观归责理论的一大优势。

马世权作为车间主任,对生产安全和工人安全负有监管职责,虽然不负责具体的清洗容积槽的生产工作,对于造成赵某死亡的结果不存在具体的预见可能性,但是马世权对于赵某没有深入了解安全操作规程、第一次接触清洗容积槽的工作、事先没有进行专门培训、曾庆涛在赵某清理容积槽时并未在现场监护等情况是了解的,而且基于业务的特殊要求,监督管理者应当具有更高的注意义务。基于以上事实上的认识,马世权对于可能发生事故自然就会产生“不安感”,应当有义务去查明是否存在安全隐患,应当有义务采取措施避免安全事故的发生,但他只是基于侥幸而置之不理,或者忙于安排其他工作,从而导致事故的发生,主观上具有归责可能性,成立狭义的监督过失,构成重大责任事故罪。

当然,客观归责理论本身也存在各种质疑,尤其是以不被容许风险作为构成要件行为的实质性解释标准还存在很多模糊之处,对于什么是“不被容许的风险”仍然需要通过其他的一系列规则进行解释,实际上成为“各种合法化事由的共同结构原理”^②(gemeinsames Strukturprinzip),相当于将实质违法性判断提前到构成要件判断阶段,从而弱化了构成要件限定刑罚权发动的功能,罪刑法定原则也有被掏空和虚置的危险。对于监督过失犯罪而言,在客观归责理论能够很好地解释监督过失行为的可归责性的基础上,具体研究如何克服“不被容许风险”的模糊性显得尤为重要,因为监督过失与直接过失存在着复杂的过失竞合形态,实质上是越过了第三人的直接过失而追究处于上位的监督者、管理者或监管者的“领导责任”或“监督责任”,因此监督过失责任究竟追究到哪一个层级必须予以厘清。刑法中的行为,无论是作为还是不作为,必须具有实质性的法益侵害的危险。在监督过失犯罪中,正是基于保证人地位而产生的作为义务的违反创设了法不容许的危险。

① 这显著区别于责任层面的归责于某个具体的人,即依据具体个人的具体情形所判断的归责可能性。

② 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),许久生译,北京:中国法制出版社,2001年,第485页。

五、以保证人为中心对于创设法不容许风险的展开

创设法所不容许的风险是对危险行为的实质判断,是行为构成的核心要素,同时也是犯罪论体系的起点。被容许的风险不具有实行行为性,从而也不可能构成过失。罗克辛就过失犯罪中创设不被容许危险的具体化提出了6个指导原则,分别是法律规范、交往规范、信赖原理(道路交通、共同参与工作、鉴于他人的故意犯罪行为)、不同的标准人物(一个属于行为人交往范围内的认真和审慎的自然人本来会怎么样行为)、询问的义务和不作为的义务、权衡用途和风险等^①。在监督过失行为构成中,是否创设不被容许危险的判断,应当以保证人义务为核心结合法律规定、技术规范、岗位职责、信赖原则等,以判断究竟什么样的风险才是在法律上有重要意义的风险。除此之外,公共安全风险预防也是判断的重要标准,尤其是在没有明确的法律规定和技术规范的前提下,需要权衡评价具有一定风险的举止行为的社会意义。

以案例二“管理过失责任”为例。徐春冬在自家宅基地上翻盖住房出租牟利,租户达30余人,实际上是整栋楼的经营管理者,应当履行经营管理义务,并为租户提供管理、服务和安全保障。但是该栋楼仅有一个0.95米的出口,并不符合基本的经营要求,而且放任赵某私拉电线为电动车充电,并未进行防火等安全知识的普及和防火训练等方面的管理,其管理上的不作为创设了法所不容许的风险,与损害结果之间存在事实上的因果关系,并导致火灾的发生。反之,如果徐春冬在平时能够加强管理,完全具有结果回避可能性,重大火灾的损害结果也就不会发生,从而具有了客观上的可归责性。徐春冬对赵某私拉电线在楼梯口处给电动车充电行为的危险性是有认识的,但并没有阻止,侥幸地认为可能不会发生火灾等安全事故,从而具有了主观上的可归责性。

过失犯罪的本质在于创设了法所不容许的风险,而非消极地对待注意义务或者消极地不作为。因此,“当行为人一开始就没有创设任何在法律上有重要意义的危险时,就完全缺乏那种违反谨慎性了”^②。申言之,创设法不容许的风险本身就是不够谨慎从而违反注意义务的一种表现,是对过失不作为行为的实质性评价。在监督过失犯罪中,创设并实现了法所不容许的风险才是监督过失的行为构成;如果行为人并没有创设法所不容许的风险,从一开始就不存在归责的可能性。

在案例三“公务人员监管过失责任”中,涉事仓库所发生的重大责任事故,直接原因是施工加载不均造成钢结构平面外失稳而导致的整体倒塌。问题在于王良作为巡控组副组长,是否懈怠职责和存在不作为行为,是否创设了法所不容许的风险?根据判决书中所认定的事实,被告人王良发现涉案违章建筑后下达了《责令停止违法行为通知书》和《限期改正通知书》,并在当天向领导何某某做了汇报,何某某已经完全知晓案情并于第二天带队到现场调查。根据行政管理流程,王良的工作职责已经完成交接,不再处于保证人地位,也就不存在保证人义务以及由此而来的作为义务。因此,被告人王良并不存在不履行职责的情形,没有创设法所不容许的风险,其行为并不存在法益侵害的危险,不具有实行行为性。由于行为人并没有创设法所不容许的风险,从一开始就不存在归责的可能性,客观归责判断也就变得没有必要,也无须在责任层面单独考察是否存在预见可能性的问题。

监督过失责任的成立范围问题,亦即对于监督过失责任需要追究到哪一个层级的问题,是最令人头疼的法教义学问题。客观归责理论通过诸多下位辅助规则,如降低风险、被允许的风险、结果可避免性、规范保护目的、构成要件的效力范围等,以限制客观上的可归责性和过失责任的范围。但是,对于监督过失责任而言,是否具有防止公共危险发生的保证人地位和保证义务,是决定监督过失责任成立范围的决定性依据。

^① 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,第715—722页。

^② 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,第715页。

在案例一中,马世权的上级领导,如分管业务的副厂长甚至厂长等主要负责人,是否也需要承担监督过失责任呢?我国《安全生产法》第5条规定:“生产经营单位的主要负责人是本单位安全生产第一责任人,对本单位的安全生产工作全面负责。其他负责人对职责范围内的安全生产工作负责。”那么,是否只要出现了安全生产事故,所有的安全生产“责任人”都要承担刑事责任呢?答案当然是否定的,客观归责理论对此难题能够很好地予以解决:凡是创设了法所不容许风险的行为,就是具有归责可能性的行为。比如说,如果缺少安全生产规章制度和管理制度,并且安全生产事故是由于缺少安全生产规章制度和管理制度所直接导致的或者造成损害扩大的结果,那么对此负有职责的负责人也便具有了归责可能性,如果也具有主观归责可能性的话,就需要因此而承担监督过失责任。因此,在各自的职责范围内,如果是存在过失不作为^①并创设了法所不容许的风险,就具有了客观上的归责可能性。

再来看案例四。该案一审宣判后,某市人民检察院提起抗诉,认为被告人雷蛮修的行为构成重大责任事故罪,一审判决认定事实错误、定性错误,导致责任认定不当,抗诉请求二审依法改判。二审判决书认为,原审被告雷蛮修不符合重大责任事故罪的主体身份,其行为不构成重大责任事故罪。虽然雷蛮修不符合重大责任事故罪的主体身份,但是如果确实存在监督过失的话,其实也可以构成过失致人死亡罪,因此,由于主体不适格不构成重大责任事故罪,并不是雷蛮修不构成犯罪的理由。

问题的关键在于雷蛮修是否处于保证人地位,是否怠于履行监督管理职责从而创设了法所不容许的风险。该案中,被告人陈刚吊装货物,由于操作失误致使吊车臂与高压线接触,造成正接触吊车吊钩的罗某触电,经抢救无效死亡。雷蛮修基于信赖原则将吊装工作交给具有专业资质、能够独立进行吊车操作的陈刚完成,虽然存在雇佣关系,但是其对于吊车操作并不具有指挥、监督和管理职责,不具有监督过失行为的实行行为性,没有创设在法律上有重要意义的风险,因此无须继续考察是否存在因果关系和归责可能性,以及雷蛮修是否预见到了可能会发生危险等问题。由此可见,监督过失责任的成立范围,并不在于是否存在事实上的因果联系和能否客观归责,也不在于是否具有预见可能性,而在于是否存在积极的作为义务以及对于监督管理职责的懈怠而创设了在法律上有重大意义的风险。

一个危险究竟有多大才能够称得上在法律上具有“重大意义”,并成为过失归责的基础,首先应当取决于这种风险举止行为的社会意义。如果一个行为是社会通常的行为,则根本就不存在任何的社会风险问题;如果一个行为是社会所承认的,轻微的风险就是被容许的,至少是能够被容忍的;如果一个行为是对社会有益的甚至是必要的,被容许的风险可能会更大,容忍程度会更高,追究监督过失责任的必要性就更低。在案例四中,雷蛮修雇佣陈刚从事专业的、独立的货物吊装工作,是一种社会通常行为,雇佣关系并不会创设法所不容许的风险。因此,该案从一开始就不存在客观归责的可能性,从一开始就无法将雷蛮修纳入到监督过失责任中来,这不是一个适用信赖原则排除客观归责的问题。

损害结果归责于监督者不仅在于责任追究,更在于构建预防性法律制度^②,将事后惩治与事前预防结合起来,更好地预防公共安全风险的发生。在判断损害结果能否归责于监督者之时,要着重考察公共安全风险预防的必要性:一是能够更好地督促监督义务人尽职尽责、恪尽职守,预防和减少安全生产责任事故和公共安全事件的发生;二是要防止监督过失责任追究的扩大化,避免影响经济社会的健康发展。如此的客观归责才能够契合社会公众的正义性情感和常识性认识,并有助于形成统一的违法性意识,更好地预防公共安全风险。

① 当然,现实中也存在滥用职权而导致发生生产安全责任事故的情形,这可能涉嫌构成强令违章冒险作业罪,而不是监督过失类型的重大责任事故罪。

② 刘军:《预防性法律制度的理论阐释与体系构建》,《法学论坛》2021年第6期。

How could Harm Results be Attributed to the Supervisor —A Perspective from Public Safety Risk Prevention

Liu Jun^{1,2} Jiang Xue²

(1. School of Criminal Justice, Shanghai University of Political Science and Law,
Shanghai 201701, P.R.China;

2. School of law, Shandong University, Weihai 264209, P.R.China)

Abstract: The core problem of criminal law is the possibility of the imputation of legal responsibility. Under normal conditions, the actor is only criminally liable for his own act, but in negligent supervision liability, the supervisor is liable for the damage resulting from the negligent acts of others. Negligent supervision, in the beginning, was a theory to resolve the responsibility of a supervisor who had “leadership” in the offense of public hazards, but it gradually expands to the civil servants’ supervision negligence responsibility. In fact, it is across other person’s crime as a “middle item”. Therefore, negligent supervision liability has lots of imputation problems that are difficult to resolve by traditional criminal theory.

In effect supervision negligence is a negligent omission, which increases the public safety risk. In supervision negligence offence, creating risks and causing such risks prohibited by laws is the composition of supervise negligent behavior. But if the actor did not cause the risks prohibited by law, the possibility of the imputation of legal responsibility will never exist in the first place. It is neither the inactive attitude to supervising responsibility nor the inactive omission of duty that causes those risks and consequent damage but that the absence of supervision does. On this premise, if the actor also has the possibility of foreseeing, then the supervisor has criminal responsibility for supervision negligence offence. In judicial practices, it is necessary to carry out the interpretation of the risks not allowed by the law where the guarantor is at its center, and the range of the supervision negligence responsibility is restricted. The scope of the supervision negligence responsibility does not rely on the causal link according to the facts nor objective imputation, nor depend on whether the supervisor has the possibility of foreseeing. It hinges on the active acts as responsibility and on the risks significant to the law caused by the supervision negligence.

The supervisor for the damage caused by his negligence should be prosecuted. Moreover, a preventive legal system should be established, which could combine the punishment with the prevention for better preventing the occurrence of public safety risks. While judging whether the supervisor is liable to the damage, we should focus on the necessity of preventing public safety risks. Objective imputation in this way could be in accordance with the social public’s feelings of justice and common-sense. It helps to form a unified awareness of illegality, and to better prevent public safety risks.

Keywords: Public safety; Risk prevention; Supervision negligence; Possibility of imputation; Creating risk not allowed by law

[责任编辑:李春明]