

监督过失的一般形态研究

谭 淦

摘 要: 法释 2000 [33] 号第 7 条的规定, 只有根据监督过失的原理才能得到合理的解释。监督过失学说肇始于日本判例, 在我国交通肇事等案件的审理中事实上也被接纳。只有当监督人过失地造成被监督人过失地造成危害时, 监督人才成立监督过失。监督义务的来源主要有法律规定的业务上分工产生的、先行行为产生的监督义务及对危险源控制产生的监督义务。我国常见的构成监督过失型的交通肇事罪的情况有: 将车出借无证司机驾驶肇事型、聘请不具有合法资格司机驾驶肇事型及同意他人驾驶不合格车辆肇事型。

关键词: 新的新过失论; 监督过失; 交通肇事罪

法释 2000 [33] 号第 7 条规定, 单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故的, 以交通肇事罪定罪处罚。不少人认为它是对我国现有刑法上共同犯罪规定的突破, 以司法解释的形式承认了共同过失犯罪形态。^① 该司法解释也因此受到不少批评。笔者认为, 对于符合该条规定的部分情形, 可以通过“监督过失”的理论来解释。在理论上对是否存在共同过失犯罪达成一致意见之前, 这种做法不仅可以回避那些以刑法不承认共同过失犯罪为由对司法解释越权的批评, 从而为其找到处罚上的正当性; 而且也可以合理解释司法实践中并非单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人的人, 以其处于事实上的监督地位而作为交通肇事罪处理的案例。

一、监督过失理论的产生与运用

监督过失是刑法中较新的理论, 由日本学者在昭和四十年(1965)前后提出, 它肇始于日本法院对森永奶粉中毒案判决后学界对过失犯构造问题的论争。^② 时至今日, 日本学者仍然不失自豪地认为监

作者简介: 谭淦, 中国人民大学法学院博士生, 德国累根斯堡大学法学院博士候选人。

^① 邓思清主编《刑事案例诉讼审评—交通肇事罪》, 中国检察出版社 2006 年版, 第 54—57 页的“法理解说”部分认为, 指使司机违章驾驶者以交通肇事罪共犯论。另外, 有学者认为, “在发生交通事故的场合下, 对于被指使、被强令违章驾驶的他人, 一般情况下, 也要作为(构成交通肇事罪的指使人、强令人的)共犯处理。”高铭暄、马克昌主编《中国刑法解释(上卷)》, 中国社会科学出版社 2005 年版, 第 1055 页; 还有学者认为, 该解释第 7 条对共同过失的规定, “比较准确, 问题较小”, 虽然有超越解释权限之嫌, 但是“勇敢地向现实迈出了一大步”。侯国云“交通肇事罪司法解释缺陷分析”, 载《法学》2002 年第 7 期。

^② 日本森永奶粉中毒案由: 1955 年在日本冈山、广岛两县发生婴儿奶粉中毒事件, 有 131 人死亡, 12 000 人中毒。经法院审理查明, 该事件是由森永奶粉中含有的砷化学元素引起。森永公司长期以来将工业用第二磷酸苏打作为溶解牛奶的乳质安定剂, 但该安定剂的供货商松野公司却有一段时期以含有砷的劣质品供货, 并且没有被森永公司德岛加工厂察觉, 因而发生了所谓的制造、贩卖含砷奶粉事件。该案第一审检察官起诉称, 就其应负的注意义务来说, 厂方应订购符合日本药局处方管制的标准药品。如果是工业用品, 就应承担检验确认质量的义务, 本案中厂方没有尽到此最低限度的义务, 因此具有过失。第一审法院判决认为, 厂方用的药品是由当地有信誉的药商提供, 由于过去未曾发生事故, 基于信赖而没有进行检验是有理由的, 并无过失问题, 该厂厂长及制造课长无罪。检察官不服提起上诉第二审。第二审法院判决认为, 信赖原则并不适用于本案, 依规格订货并执行检查之义务仍然存在。德岛工厂厂长及制造课长, 因未尽其注意义务, 应负业务过失致人于死罪。此判决为被告不服, 因而提起上诉第三审。最高法院第三审同意第二审判决, 将该案发回原第一审法院重审, 最终判决认为: 工厂厂长乃事务主管, 对药品的订货、检验及使用, 并无直接注意义务和监督义务, 应判无罪。制造课长为制造部门之最高责任者, 尤其第二磷酸苏打为其亲自研究开发之物, 对于该药品的订货使用, 即使不追究直接行为责任, 也不能推脱监督的责任, 故宣告三年有期徒刑。转引自陈建旭“论产品上之刑事责任”, 台湾成功大学法律所硕士论文(2000 年), 第 32—35 页。

督过失的理论没有受到国外学说的影响,在日本刑法理论中独具特色,是日本为解决本国实务问题而形成的刑法理论的代表。它还是日本刑法上近来最引人关注的研究领域。

“监督”为日文中的原词,对应的英文是 Management,德文为 Aufsicht,在中文里具有“管理”、“经营”的含义。一般认为,监督过失是指二个以上有从属关系的人,即监督者与被监督者之间,由于被监督人所实施的造成危害结果的行为而追究监督人过失的刑事责任。监督过失就是有义务监督被监督人在行动时不发生错误的责任,其具体内容为事前的指示、提示、指挥、命令,行动中的监督或事后的检查^[1] [P. 225]; [2]。

在日本,监督过失主要用于认定企业发生的重大事故中的刑事责任,如火灾、食品和药品的中毒事件、医疗事故、环境污染等。在现代社会的生产条件下,这类事故的发生不仅可以由直接行为人造成,也往往与负有指挥、监督、命令职责的人怠于履行职责、履行职责不当有关。此前的法律虽然对在作业现场的操作员、技术人员等直接行为人有处罚规定,但是对负有监督职责的人,却缺少相应的处罚规定,以至于监督者对事故的发生几乎不用承担责任。现代大型企业中,由于分工的细密,对于同一道工序每个人负担的往往只是其中的一部分,而不再像小工业生产中那样一个人可以控制整个生产流程。对于实际生产行为的从业人员(被监督人)来说,多是在监督人的指示和提供的条件下行为。如果只是让被监督人承担责任,监督者和经营者就会逍遥法外,造成“地位越高、离现场越远、越没有责任”的不合理现象^[3] [P. 247]。监督人和被监督人的关系,就如同大脑和手脚的关系,手脚如何行为是完全受大脑支配的。只追究被监督人责任,实际上是“手脚有罪而大脑无罪”^[4] [P. 374],刑法会因此而失去公正。

需要注意的是,监督过失与管理过失并不相同。管理过失是指管理者自身对物力、人力设备、机械、人员体制等管理不善而构成过失的情况。它违反的是建立安全体制的义务、为避免危害结果发生而适当管理的作为义务。如具有使火灾自动报警设备处于正常工作状态的管理义务的人,疏于履行该义务而引起火灾,造成人员死亡,这就是管理过失。在行为特征上,管理过失是“直接介入型”:由于管理人的过失,直接导致安全体制的不具备,从而发生事故。在管理人的过失行为与事故的发生之间,不存在第三人的因素。监督过失则是违反了使他人不犯错误的监督义务的过失,它违反的是对人的监督、指挥义务。比如工厂厂长由于疏忽对现场工作人员的适当指挥、监督,致使工作人员疏忽大意,违规操作,引起爆炸事故的情况。在行为特征上,监督过失是“间接介入型”,因为监督人的过失,致使他人的行为造成了事故^[5] [P. 156]。简单的说,管理过失是对物的过失,而监督过失是对人的过失。在判例和学说上,也有的将监督过失和管理过失合并称为广义的监督过失,而将单独的监督过失称为狭义的监督过失。

监督过失最初的适用,与新的新过失论有紧密关系。新的新过失论又称为不安感说,危惧感说。这种学说认为,作为认定注意义务前提的预见可能性,并不需要具体的预见,对危险的发生只要有模糊的不安感、危惧感就够了。也就是说,即便没有具体的预见,只要不能消除危惧感时,就成立过失。这一学说为藤木英雄、板仓宏等主张。危惧感说与新过失论一样认为注意义务即是结果避免义务,由此与旧过失论的结果预见义务相区别。不过,在如何理解预见可能性的内容上,危惧感说与新过失论有所不同,因而被称为新的新过失论。森永奶粉中毒案最终就是适用新的新过失论作出了判决,认定工厂代理厂长兼制造课长有罪,应承担监督过失的罪责。

新的新过失论提出后,受到了多数学者的批评:在面临危险的场合,它扩大了过失处罚的范围,有结果责任的倾向;另外,危惧感、不安感的概念含糊,究竟具有何种程度的危险意识才是有危惧感,难以正确认定;它还与那些有利社会发展的科学实验、工程等容许危险的法理相悖。

日本的法院在森永奶粉中毒案后,陆续有判例采用新的新过失论,如千日公寓火灾案,大洋百货公司案等^[1] [P. 229]。但也有判例明确否认了该理论,1976年3月18日札幌高等法院在一起医疗事故的判决中指出“为了成立过失犯,其要件是作为违反注意义务的前提,对结果的发生要有预见可能,结果的发生不可能预见时,没有承认抽象的危惧感或不安感的程度,就直接课以预见、避免结果的注意义务,

过失犯的成立范围就无限地逐步扩大,从责任主义的见地来看,是不适当的。”^{[6] [P. 239]} 这似乎重新确立了新过失论的通说地位。

其实主张新的新过失论学者,并没有完全拒绝新过失论的适用,而毋宁是认为新的新过失论与新过失论各有其适用的领域。支持新的新过失论的板仓宏就认为,对于交通事故的案件,应当适用新过失论,对行为人追究刑事责任时,要求具有具体的预见可能性;而对于企业灾害等类似案件,应当适用新的新过失论,只要有危惧感就够了。这种观点被称为生活关系区别过失论^{[7] [P. 255]}。

监督过失的注意义务违反内容,依不同的过失理论有不同的见解。旧过失论认为,它是监督人对被监督人实施过失行为的预见可能性;新的新过失论认为,它是对危险的危惧感和不安感;新过失论则从信赖原则出发,只要信赖具有社会相当性,被监督人违反信赖的行为造成危害后果的,监督人不成立过失。

持旧过失论的学者,虽然承认依其见解会导致越接近现场越容易被追究罪责的倾向,但认为这是贯彻个人责任的必要^[2]。这种见解受到了不少批评,因为就事故的发生而言,能够预见的人太多,但对结果的避免而言,只有负有职责的人才具有防止的义务。旧过失论者则希望通过限定预见可能性的范围来回应处罚范围过宽的指责,即只有对作为被监督人的直接行为人的过失行为有预见可能性的才能被追究罪责,但这已经与新过失论的观点很接近了。新过失论的核心虽然是结果避免义务,但它是建立在结果的预见可能性前提之上,只有对结果具有预见可能性,负有结果避免义务的人才成立过失。

持新的新过失论的学者认为,随着新科技的开发和工商企业的运作,对于一定的灾害后果时常无法具体的预见,但是这些活动又确实足以致人生命和身体发生危害,使得社会成员具有相当的不安感和危惧感,如果因此不追究企业关系人的刑事责任,不利于维护社会安全和人民健康。对于行为人来说,应当进一步探索未知危险,并预测该危险发生的可能性,事先采取避免结果发生的义务。有学者认为,在认定监督过失时,如果不采用新的新过失论,很难进行有信服力地说明^[4]。而在承认监督过失的判例中,新的新过失论也成了多数说。

二、我国对监督过失的看法

我国刑法理论上,没有明确承认“监督过失”、“管理过失”这类过失形态。但是,刑法中有不少体现监督过失的罪名。如第139条的消防责任事故罪、第135条的重大劳动安全事故罪,规定了对事故直接责任人员的处罚。这里的直接责任人员,既有直接负责安全设备、安全制度的工作人员(管理过失),也有督促、检查他人是否履行安全职责的工作人员(监督过失)。在研究文献中,基本上承认了我国刑法上存在监督过失^{[8] [9] [10]}。有学者还认为,监督过失责任的问题,实质上就是领导责任问题,具体地说,就是当从业人员的过失行为导致严重的结果发生时,处于监督、领导、管理地位的人员是否应该承担刑事责任,以及如何承担刑事责任的问题^{[3] [11] [P. 244]}。

对于交通肇事罪中是否存在监督过失的问题,国内的判例作了肯定的回答。

如四川合江“格建”号沉船案:

梁应金是短途客船“格建”号法人代表,该船经核定,应配备船员6人,洪水期间准载客70人,除大客舱允许载客外,其余部位严禁载客。梁应金聘请了只有二副资格的周守金驾驶客船,安排其子梁如兵、儿媳石萍及周良全任船员,于1996年7月16日试航。营运期间,梁应金为多载客人,决定将驾驶室升高80厘米,顶棚甲板上重新焊接了栏杆。该船改装后,没有向船舶检验机构申报附加检验。

2000年6月22日晨5时左右,周守金、梁如兵驾驶“格建”号客船,从合江县格山镇境内的长江河段徐家泊码头出发,上行驶往格山镇,由本应负责轮机工作的石萍负责售票。该船在下浩口码头接了乘客后,该船船舱、顶棚甲板及驾驶室周围都站满了人,共计218人,严重超载。当客船行至流水岩处时,河面起了大雾,能见度不良,周守金仍冒雾继续航行。在客船行

至银窝子时,河雾越来越大,已经不能看到长江河岸。这时,周守金迷失了方向,急忙叫梁如兵到驾驶室操舵,自己到船头观察水势,因指挥操作不当,梁如兵错开“鸳鸯”车(双螺旋桨左进右退),致使客船随即倾翻于江中,船上人员全部落水,造成130人溺水死亡。

检察院以交通肇事罪起诉梁应金、周守金、梁如兵、石萍,法院于2000年10月7日以同罪名作了有罪判决,判决主要理由是:(1)梁应金对该船驾驶室改造后,未经合法检验就投入营运,违背《船舶检验规则》,并为该船顶棚甲板非法载客创造了条件;(2)梁应金不履行安全管理职责,使该船长期超载运输,违反了《内河交通安全管理条例》第10条和第16条规定。^①其违反交通运输管理法规的行为与事故后果有直接因果关系;(3)周守金不具备四等大副资格而受聘驾驶“格建”号,其冒雾超载航行,迷失方向后指挥操作失误,是事故的主要原因;(4)梁如兵错误操纵客船,造成该船沉没,石萍不履行轮机职责而售票,造成严重超载。^②

该案依据刑法第133条进行了判决,其时法释[2000]33号司法解释并未生效,有类似规定的是“两高”《关于严格依法处理道路交通肇事案件的通知》(1987年)第1条第5款,该条规定,单位主管负责人或车主强令本单位人员或所雇佣人员违章驾驶造成重大道路交通事故的,应依交通肇事罪追究刑责,但是,该通知只适用于道路交通事故,该案中也不能认定船舶所有人强令船员违章行驶,法院很难从既有的法律规定和司法解释中寻求判决根据。

要认定非直接行为人的船舶所有人成立过失,需要承认船舶所有人对船员存在以新的新过失论为基础的监督过失。船舶从事客运运输,是经常性的行为,属于容许的危险,而且该船已正常营运近三年,不能认为没有直接参与运营的船舶所有人对该次事故的发生有具体的预见可能性。判决中认定船舶所有人违反的交通运输管理法规都与安全管理有关,这实际上是在表明船舶所有人既然违反交通运输管理法规,特别是聘请不具合法资质的船员,对运营是否安全心中就会有不安感和危惧感,事故一旦真正发生时,负有监督义务的人就构成过失。

另外,全国有影响的案件中,1980年“渤海二号”事故案认定海洋局长渎职的过失,1990年的新疆克拉玛依火灾案,1997年山西假酒案、綦江虹桥案,2003年重庆开县井喷案,对涉案的部分行政人员追究了刑事责任。只有从监督过失的角度,法院的判决才能得到合理的解释。

三、监督过失理论与行为形态

(一) 监督过失的行为结构

监督过失的行为结构,涉及到三个要素:监督人、被监督人、危害结果。当监督人故意促使被监督人造成危害结果的,如果被监督人与危害结果之间也是故意的心理,监督人可能成立故意的共犯(共同故意心理)、片面的共犯(不同故意心理或无意思联络的同一故意心理);如果被监督人与危害结果之间是过失的心理或是无罪过心理,则监督人成立间接正犯。当监督人过失地导致被监督人造成危害结果的,如果被监督人与危害结果之间是故意的心理,由于被监督人对于结果的发生处于完全的支配地位,客观上中断了监督人原来过失行为的进程,后者对于结果发生毫无影响,故监督人不应当对危害结果负责^{[12][P.4:[8]]}。只有当被监督人是过失地造成危害,监督人才可能成立监督的过失,下面要讨论的监督过失就属于这种情况。^③

^① 内河交通安全管理条例(1986年)第10条相关内容是“所有人或者经营人必须对其所有或者经营的船舶、排筏、设施的安全负责,并且必须做到:……二、配备的船员、技工或者人员必须符合国家有关规定,不得任用无合格职务证书或者合格证件的人员担任船长、轮机长、驾驶员等;三、驾驶对船员的技术培训和安全教育,不得强令所属人员违章操作;……”。第16条“船舶不得超载运输。严禁不具备载客条件的船舶私自载客。”该条例已于2002年8月1日被修正。

^② 案例摘自最高人民法院刑一庭、刑二庭编《刑事审判参考》(第3卷),法律出版社2002年版,第1页。

^③ 从心理特征来看,监督过失并非是独立于疏忽大意和过于自信的第三种过失,监督过失本身即包含有疏忽大意和过失自信两种情况(参见张明楷《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第158页)。但是从行为的构成特征出发,监督过失与一般过失存在显著区别:监督过失中监督人与危害结果之间具有间接性,其间存在第三人的过失行为;而一般过失中行为人的过失行为与危害结果之间却是直接相关。

监督过失的基本形态,是在监督人与危害结果之间存在被监督人的行为,而被监督人的行为与危害结果的发生才具有直接性。监督人的行为只有通过被监督人的行为,才能对结果的发生产生间接的影响。对监督人追究过失责任的前提,需要被监督人实施了过失行为。这样一来,监督过失的基本行为结构就是:一个人是否成立过失,需要取决于他人是否过失的行为。这与传统意义的行为结构不同,在刑法理论上,监督过失也因此一度被指责违反了个人责任的法律原则。^①

在森永奶粉中毒案后,日本判例中对监督过失的适用大都与企业责任有关,监督过失也因此被认为主要适用于企业事故责任领域。^②但是,从行为结构来看,监督过失确认的是监督人对被监督人实施过失行为的防止义务,日常生活中这类情形并不少见,并且也没有疑问地追究了监督人的过失责任,只是人们并没有有意识地使用“监督过失”一词。在德国,早在1955年就有医生因为护士的过失而以监督过失定罪的案例^{[4][P.371]}。所以,刑法理论上,不仅是特定的企业事故、医疗事故等业务过失犯罪领域,^③在社会生活的一般领域也可以明确地承认监督过失,将其作为一种独立的过失形态。

在对企业事故追究监督过失的责任时,大多是根据新的新过失论来认定。学者们担心,如果在社会生活的一般领域明确承认监督过失,因为客观上扩大过失犯处罚范围而备受批评的新的新过失论,其适用范围很可能也会一并推广,从而威胁到新过失论的通说地位,而后者正是在限制过失犯处罚范围过宽的立场上表现出其价值的。

但是,监督过失与新的新过失论,并不能完全划等号。对新的新过失论的批评,并不适用于监督过失。监督过失的适用,并非只能以新的新过失论为基础;新过失论所主张的具体的预见可能性,也完全可以用来判断监督过失的成立范围。而且在具体的案件中,新过失论者与新的新过失论者对最终结论的判断上,往往差别不大。森永奶粉中毒案中,在争议最大的制造课长有罪的认定上,就不仅得到了新的新过失论者的认同,也得到了主张具体的预见可能性的学者支持。因为新过失论者对具体的预见可能性的判断,采取了比较宽松的立场,只要事前充分履行了收集情报的义务,就既可以认为是有了具体的预见可能性,也可以被理解为“应当具有恐惧感的状况”^{[13][P.98]}。

这样一来,监督过失就不只是属于企业事故、医疗事故的专利,而它的适用也不会撼动新过失论的通说地位。笔者认为,完全可以在一般的社会生活领域承认监督过失的理论地位,从而为相关案例(特别是交通肇事罪)的处理找到明确的依据。

从责任形式上来看,监督过失与民法上的监护责任有些类似。但是,民法上的监护责任,主要体现为监护人对被监护人侵权行为的损害赔偿,被监护人无民事责任能力。而监督过失中,被监督人实施的是成立刑事责任的过失行为,被监督人具有刑事责任能力。比如,张女带着其五岁孩子步行街道时,其子突然横穿马路,一正常行驶的司机紧急刹车,造成后车撞上前车,后车司机死亡。因为孩子既无民事责任能力,也无刑事责任能力,张女不成立监督过失,但因其未尽其监护责任,应承担民事赔偿责任。另外,监督过失责任与我国单位犯罪中的自然人责任,也有相似之处。但是,监督过失体现的是个人责任,而单位犯罪中对主管人员及直接负责人员追究责任,是在单位作为犯罪主体的基础上,基于双罚制的原则追究相关人员的责任。监督过失中,监督人一定会被追究责任,而在单位犯罪中,并不一定

^① 三井诚对监督过失就批评道,“对于追究上级干部之监督过失责任提供以便利之解释理论,……危及刑法的基本责任理论。”参见[日]前田雅英“监督过失”,吴昌龄译,载《刑事法杂志》第36卷第2期。

^② 日本有熊本水俣病案、有马温泉满月城火灾案、新日本饭店案、信越化学工厂爆炸案、北海道煤气中毒案,我国台湾地区有美琪大饭店可乐中毒案、国中学生擦窗坠落案等。参见大塚裕史“企业灾害与过失论”,黎宏译,《过失犯罪的基础理论》,法律出版社2002年版;廖正豪《过失犯论》,三民书局1993年版,第229页。

^③ 我国有学者认为,从原则上讲,只要是涉及到业务过失犯罪的,都存在应当考虑“监督过失”的问题。参见林亚刚《犯罪过失研究》,武汉大学出版社2000年版,第250页。

会对自然人进行处罚。^①

监督过失的行为结构是否可以进一步扩展,即监督人之上的监督人是否应当被追究过失责任,涉及到监督过失的责任追及范围的问题。由于监督人与被监督人之间,已经是过失的心理,再对监督人之上的监督人追究过失责任,会处罚过宽;对监督人之上的监督人来说,也缺乏具体的预见可能性。如果依危惧感说,则很可能导致人人思危、杞人忧天。因此,对于监督人之上的监督人,原则上不宜追究过失责任。

(二) 监督过失与过失共犯

监督过失体现为复数形式(监督人与被监督人)的过失竞合,有必要厘清其与过失共犯的区别,后者也是过失竞合的形式之一。

根据过失行为之间的依存性来划分,共同加害者间的过失竞合(又称“并行竞合”)中,如果各行为人的行为可以单独成为结果发生的独立原因的,称为并存的竞合;如果只有一方的过失能独立导致结果发生,并且可以阻止他方的过失造成结果发生的,称为重叠的竞合。^②在并存的竞合中,具有防止结果发生的共同注意义务的,是过失的共犯;没有共同注意义务的并存竞合,对各个行为人各自追究其违反注意义务的责任。对于监督过失,首先,从注意义务的内容看,监督人与被监督人并不具有共同的注意义务。监督人的注意义务,是对被监督人不实施过失行为的防止义务;被监督人的注意义务,则是不得出于过失导致危害结果发生的义务。

其次,从注意义务违反的后果来看,监督人与被监督人对危害结果的发生,并不具有等同的效力。监督人的过失,并不能直接导致危害结果的发生,必须借助被监督人的过失,才能造成危害结果;被监督人的过失,可以独立地产生危害结果,而且被监督人可以阻断监督人的过失行为进程。所以,监督过失属于重叠的竞合,与属于并存竞合的过失共犯并不相同。有人认为,监督过失是不同于过失共犯的独立形态,与教唆犯、从犯并不相同,监督人与被监督人并不产生共同犯罪的关系,应当作为独立的犯罪形态,这才是监督过失的本来含义。日本判例中大体上是将监督过失作为过失犯的单独正犯^{[1] [P. 232]; [14] [P. 205]}。

(三) 监督过失与间接正犯

间接正犯是指利用不视为犯罪或不会成立共同犯罪关系的第三人的行为,实施犯罪的行为形态。它的最大特征,在于犯罪行为与结果发生之间具有间接性,需要借助第三人的行为才能发生。依据第三人行为性质的不同,间接正犯又可以分为:第三人为无责任能力型、第三人为缺乏构成要件的故意型、第三人为有故意无目的的工具型等等^{[15] [P. 102-103]}。从行为结构上看,特别是当第三人实施的是过失行为时,间接正犯与监督过失颇为相似。但是二者仍然是有区别的,监督过失中,监督人与被监督人的行为之间,只能是过失的心态;而间接正犯中,间接正犯与直接行为人之间,一般认为是故意。

间接正犯是否只能由过失构成,即是否存在过失的间接正犯,刑法理论上存在争论。否定说认为,间接正犯以故意利用被利用者有必要;过失行为不像故意行为具有作为正犯概念要素的行为支配,不能成立间接正犯。肯定说认为过失惹起他人行为仍系诱致行为,肯定过失间接正犯的存在。有学者认为,在否认共同过失犯罪的前提下,过失间接正犯没有存在的余地^{[16] [P. 539]}。笔者认为,故意地引起第三人造成危害后果的,可能成立间接正犯;过失地引起第三人的过失行为,从而造成危害后果,构成监督过失。但是,如果过失地引起不视为犯罪的第三人行为,从而造成危害后果的,由于过失行为与结果之间介入的是第三人的行为,而非自然力,行为与结果之间仍然具有间接性,这种情形下可以成立过失的间

^① 追究单位犯罪刑事责任的原则有三种:一是双罚制,既处罚单位,又处罚单位中的自然人;二是代罚制,只处罚单位中的自然人;三是转嫁制或单位责任制,只处罚单位,不处罚单位中的自然人。参见高铭喧主编《刑法专论(上编)》,高等教育出版社2002年版,第238页。

^② 这是西原春夫先生提出的划分方法。参见廖正豪《过失犯论》,三民书局1993年版,第232页。

接正犯。

如违章驾驶致乘客摔下被辗肇事案([2003]渝一中刑终字第 558 号刑事附带民事裁定书):

2003 年 4 月 20 日下午,李小燕无证驾驶无牌照摩托车从重庆市渝北区白岩乡白岩村搭乘袁江洪到白岩中学上学,当行至白岩乡云山村小地名高坎子处时,李小燕驾车超越同向行驶由胡太明驾驶的渝 B02895 号四轮农用车过程中,将乘车的袁江洪摔下摩托车,致袁江洪被胡太明驾驶的车辆的左后轮碾压当场死亡。经重庆市公安局交通管理部门认定李小燕负此次事故的全部责任;胡太明、袁江洪不负责任。渝北区法院审理认为,被告人李小燕违反交通运输法规,无证驾驶无牌照摩托车搭乘袁江洪,在超越胡太明驾驶的农用车时,将袁从摩托车上摔下,致袁被胡所驾车辆碾压的重大交通事故,负此次事故全部责任,其行为构成交通肇事罪。

被告人违章驾驶过失将乘客从车上摔下,乘客被随即行驶来的货车辗压死亡。货车虽然直接导致乘客被辗压死亡,但司机因无法预见,不成立过失。被告人行为与乘客死亡之间具有间接性,直接行为实施的并非犯罪行为,被告人过失地借助不视为犯罪的第三人行为造成危害后果,应当视为是过失的间接正犯形态。

(五) 监督义务与不作为犯

从行为方式来看,监督过失的成立,意味着监督人怠于履行监督义务,因此在多数场合下,监督人与被监督人的过失行为之间表现为不作为。在日本,不少学者甚至直接将监督过失归入到不作为犯的构成类型^[2]。但是监督过失仍然可能由作为的方式构成,比如监督人在履行监督义务时,向被监督人发出了错误的指令,从而导致被监督人过失的造成危害后果,此时监督人的过失就表现为积极的作为。至于被监督人与危害后果之间,则既可以是过失的作为,也可以是过失的不作为。

对于作为的监督过失,由于监督人的过失实行行为已经明确,不存在追究监督过失责任上的困难;而对于不作为的监督过失,由于与危害后果之间欠缺直接的联系,又没有积极的行为方式,往往比较难以认定监督人的范围。有学者甚至将监督过失定义为“对因过失而直接招致法益侵害结果发生者(直接行为者)之负有监督义务者,究竟能追究其过失责任至何种程度。”^[2]从实际发生的案例来看,大多是不作为的监督过失。

(六) 监督过失与过失教唆

监督过失的成立,需要监督人与被监督人之间存在监督的义务。监督义务有特定的来源,它基于监督人与被监督人之间特定的关系产生,正因如此,刑法上才赋予了监督人对被监督人的行为承担监督的责任。社会一般成员之间,并不负有防止他人犯罪的法律义务,也就无须处处小心自己的无意行为会给他人的犯罪以暗示。同时,刑法承认个人责任原则,追究过失教唆的刑事责任,会使人动辄得咎,并不合理。

法释 2000 [33]号第 7 条的规定,仅是规定了单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人指使、强令他人违章驾驶肇事的,成立交通肇事罪。这三类人基于与驾驶人的业务上的关系,成立监督过失。所以该条仅是对监督过失的确认,并非是对过失教唆的规定。有学者认为,该条是通过规定过失教唆犯的方式,在我国刑法中确立了过失共犯的处罚原则^[17],这一见解并不准确。

五、监督过失的义务来源

监督过失成立的重要条件,在于监督人监督地位的确立,负有监督的义务。不具有监督地位的人,对他人的过失行为造成危害后果的,不应当承担责任。监督过失的义务来源,学者们认为是从业务和社会生活关系中产生^[2] [6] (P. 240)。但是,这种看法太过含糊,监督过失本来就有容易扩大处罚范围的怀疑,更需要对其义务的来源予以明确的限定。笔者认为,监督义务主要由以下几种情形产生:

1. 法律规定的监督义务

法律、法规明确规定行为人对他人的行为具有监督职责的,行为人取得监督人地位。如道路交通安

全法第20条规定,“学员在学习驾驶中有道路交通安全违法行为或者造成交通事故的,由教练员承担责任。”即明确了教练员对学员负有监督义务,学员过失造成事故后果的,追究教练员的监督过失责任。

2. 业务上分工产生的监督义务

这是最常见的监督义务产生方式。为了完成一件共同的工作任务,而临时明确分工,或是对常规性、事务性的工作来说,依据工厂、企业事先的工作计划进行分工。虽然分工不具有强制性,但是各人职责一旦明确,就应当承担相应的责任。比如建筑工人甲、乙、丙三人,由甲负责在地面指挥,乙、丙两人在楼上接送建筑材料,甲就负有监督另外两人安全作业的义务。

3. 先行行为产生的监督义务

因为自己的先行行为,使法律保护的权益容易受到他人的过失侵害,行为人就负有防止他人过失侵害该利益的监督义务。比如甲在交通繁忙的道路上正常驾驶时,因为路人乙违章横穿马路,将乙撞伤倒地。甲就负有防止后来车辆继续撞上倒在地上的乙的义务。

4. 对危险源控制产生的监督义务

基于行为人的特定地位,负有防止他人错误地使用危险源侵犯他人权益的人,也存在监督义务。比如甲为杀灭农田害虫,购买了剧毒农药,回家后为方便保存,重新装在另一个结实但无说明的瓶子,并放在家中储物柜里。某日因邻家小孩感冒,甲妻误认农药为感冒药喂小孩致其死亡。甲就因其对农药的控制(因为只有其知道该瓶中所装是农药),产生了防止他人误认并伤害他人的监督义务,并因其对监督义务的违反而成立过失。

六、交通肇事罪中的监督过失

单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人,指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故的,依我国司法解释,要以交通肇事罪定罪处罚。这一规定部分地体现了监督过失的原理和要求,不过,前述人员在该条规定之外也可以因监督过失而构成交通肇事罪。在这个意义上,该条只是例示性规定,而非限制性规定,刑法第133条也包含着对监督过失的处罚。

明知依指使、强令的内容而违章驾驶必然会发生事故的,指使、强令人的心理就是故意,而非过失,此时不应认定为交通肇事罪。只有当指使、强令者本人对结果的发生,不抱希望或放任的态度,才可能因监督过失而成立交通肇事罪。

我国常见的构成监督过失型交通肇事罪的情况还有:

1. 将车出借无证司机驾驶肇事型

明知他人无驾驶资格,应当对他人不具有安全驾驶技能有所预见,仍将自己所有机动车相借,就产生了监督其不得肇事的义务。^①如杨某出借无证司机货车肇事案:

杨某将大货车交给未取得机动车驾驶证的石某驾驶,在河北省大名县境遇内106国道与313省道交叉路与侯某驾驶的农用三轮车碰撞,侯某及乘车的7人当场死亡,1人受伤。交警认定石某、杨某两人共同承担事故的主要责任,侯某负事故的次要责任。大名县人民法院审理认定杨某、石某构成交通肇事罪^[18]。

2. 聘请不具有合法资格司机驾驶肇事型

明知司机不具有合法驾驶资格,应当预见到其可能不具有安全驾驶知识,发生交通事故,从而产生对其安全驾驶的监督义务。如程德虎交通肇事案:

程德虎购得9座客车,聘请侄子杨超驾驶从事客运,程妻随车售票。杨超有机动车驾驶证,但无从事客运的从业资格证。2004年9月25日中午,杨超驾驶该车沿途违章共载客54

^① 德国曾出现过类似案例,法院同样认定了车主的监督过失责任。机动车所有人的责任根据在于监督义务之中,该所有人没有将车辆保持适宜交通的状态,或者没有阻止不能驾驶者或不懂驾驶技术者驾驶该车辆。参见[德]耶塞克、魏根特《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第754、755页。

人,行至河上漫水桥时,该桥因当天下雨而被河水淹没。杨超冒险驾车通过漫水桥,致使客车翻覆于河中,造成包括杨超在内的司乘人员49人死亡,2人失踪的特大交通事故。经石柱县交通警察大队认定,杨超违章超载及冒险过桥是造成事故的直接原因,对此次事故负全部责任。但法院审理后认定,程德虎明知杨超没有参加相关学习考核,取得客运从业资格证,仍然聘请其从事客运,造成事故,程德虎构成交通肇事罪。

这是监督过失运用在交通肇事罪中的典型案例。

3. 同意他人驾驶不合格车辆肇事型

明知自己所有的车辆不合格,对其在投入使用时发生事故就应当有所预见,从而产生相应的禁止他人使用的监督义务。如陈建华同意他人驾驶不合格机动车肇事案:

沈焕根系慈溪市某涂装有限公司职工,陈建华系该公司法定代表人。沈焕根无证驾驶改装无牌三轮车装载地毯,行驶时因采取措施不当,与相同方向左转弯骑自行车的张明菊碰撞,致张明菊向中心线东侧翻倒,被由南向北行驶的大卡车左后轮碾过死亡。交警部门认定沈焕根负事故主要责任。法院认定陈建华身为单位主管人员及车辆所有人,明知沈焕根系无证驾驶无牌车辆,仍指使其违章驾驶,造成重大交通事故,与沈焕根均构成交通肇事罪^{[19](P.50)}。

参考文献:

- [1] 廖正豪《过失犯论》,三民书局1993年版。
- [2] [日]前田雅英“监督过失”,吴昌龄译,载《刑事法杂志》第36卷第2期。
- [5] 林亚刚《犯罪过失研究》,武汉大学出版社2000年版。
- [4] 廖正豪“监督过失责任之研究”,载台湾《现代刑事法与刑事责任——蔡教授墩铭先生六秩晋五寿诞祝寿论文集》,1997年版。
- [5] [日]大谷实《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版。
- [6] 张明楷《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版。
- [7] 马克昌《比较刑法学原理》,武汉大学出版社2002年版。
- [8] 王安异“浅谈监督过失的注意义务”,载《华中科技大学学报·社会科学版》2005年第6期。
- [9] 李兰英、马文“监督过失的提倡及其司法认定”,载《中国刑事法杂志》2005年第5期。
- [10] 赵瑞罡、杨庆玖“监督过失论”,载《政治与法律》2001年第4期。
- [11] 侯国云《过失犯罪论》,人民出版社1993年版。
- [12] 廖正豪“论监督过失”,载《刑事法杂志》第36卷第1期。
- [13] [日]大塚裕史“企业灾害与过失论”,黎宏译,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。
- [14] 陈家林《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版。
- [15] 赵秉志主编《外国刑法原理(大陆法系)》,中国人民大学出版社2001年版。
- [16] 陈兴良《本体刑法学》,商务印书馆2001年版。
- [17] 侯国云“交通肇事罪司法解释缺陷分析”,载《法学》2002年第7期。
- [18] 魏朝明“将车辆交无证驾驶人驾驶肇事,车主获刑三年”,载《道路交通管理》2005年第11期。
- [19] 邓思清主编《刑事案例诉辩审评——交通肇事罪》,中国检察出版社2006年版。

(责任编辑 于贺清)