

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2017.02.011

# 论狭义的过失共犯

刘 圃 君

(中国政法大学 刑事司法学院, 北京 100088)

**摘 要:** 狭义的过失共犯是共同过失犯罪的项下概念,专指过失教唆犯与过失帮助犯。对于狭义的过失共犯能否成立的问题肯定说与否定说争论已久。肯定说虽然在一定程度上回应了否定说的质疑,但是缺乏对狭义的过失共犯相关理论的系统阐述,使其饱受质疑,并未获得多数学者的认可。对于狭义的过失共犯的研究,应从其基本范畴着手,在传统共同犯罪理论中寻求狭义的过失共犯的成立、归责理论依据,结合过失犯构成理论思考狭义的过失共犯的构成条件,进而结合现行刑事立法与司法现状为我国刑法完善提供前瞻性思考的方向。

**关 键 词:** 狭义的过失共犯; 行为共同说; 因果性; 预见可能性

**中图分类号:** DF 61

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1008-3758(2017)02-0180-07

## Research on Negligence Accomplice in the Narrow Sense

LIU Pu-jun

(Criminal Justice College, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

**Abstract:** Negligence accomplice in the narrow sense is a concept under the theory of negligence crime, which solely refers to negligent abettor and negligent accessory. Whether negligence accomplice in the narrow sense can be established has been under controversy for a long time. Although its positive theory refuted the negative theory to some extent, lacking a systematic explanation about the relevant theories of negligence accomplice in the narrow sense makes the positive theory under doubt, unaccepted by the majority of scholars in the academics. To explore negligence accomplice in the narrow sense, its basic category should serve as the starting point from which to seek the theoretical basis of establishing the narrow negligence accomplice within the common crime theory, reflect on the conditions for establishing the narrow negligence accomplice by combining the negligent offender theory, and give more thought to the directions for improving China's criminal laws by taking into account the current criminal legislation and judicial status.

**Key words:** negligence accomplice in the narrow sense; common behavior theory; causality; foreseeability

多数主张共同过失犯罪肯定说的学者对于共同过失犯罪的探讨限定于过失正犯这一类型,而对于包含过失教唆犯与过失帮助犯的狭义的过失共犯理论问题则缺乏关注。肯定狭义的过失共犯

的积极意义在于:一方面,肯定共犯行为与结果之间的因果性,通过“部分实行全部责任”原则的适用,可以将帮助者或教唆者作为独立过失犯难以处罚的情形纳入共犯处罚范畴,提高刑法的治罪

能力;另一方面,对狭义的过失共犯在立法层面的否认并不意味着否认在复杂多变的社会条件下狭义的过失共犯存在的可能性,立法的僵化不应导致理论研究的停滞不前,而事实上,有相当一部分学者认为,对于狭义的过失共犯的成立是可能的,但是“因为欠缺处罚规定从而是不可罚的”<sup>[1]</sup>,肯定狭义的过失共犯可以使刑法理论更好地适应不断变化的社会环境,更新刑法理论以满足社会需求。

## 一、狭义的过失共犯的范畴： 对否定说的回应

刑法理论中,共犯概念具有多种含义,从广义角度理解共犯概念,其包含了共同犯罪的三种类型,即共同正犯、教唆犯和帮助犯;而在日德刑法理论中,惯常将共犯概念作狭义理解,仅指教唆犯和帮助犯。本文取“共犯”狭义概念,仅指教唆犯和帮助犯,是以在本文题目中,笔者称之为“狭义的过失共犯”。复杂的是,在对狭义的过失共犯的理解中,以正犯与共犯各自不同的主观心理状态,进而包含三种情况:过失犯的共犯(过失)、故意犯的共犯(过失)、过失犯的共犯(故意)。而在这三种情况下,是否均属于狭义的过失共犯的范畴,笔者认为应当首先予以明确(见表 1),有学者将类型二与类型三称为“共同混合罪过”。

表 1 狭义的过失共犯的类型与内容		
类	型	内 容
类型一:过失犯的共犯(过失) 共犯(过失)+正犯(过失)		
类型二:故意犯的共犯(过失) 共犯(过失)+正犯(故意)		
类型三:过失犯的共犯(故意) 共犯(故意)+正犯(过失)		

### 1. 典型的过失共犯:共犯(过失)+正犯(过失)

“共犯(过失)+正犯(过失)”指的是过失的教唆或帮助他人实施过失犯罪的共犯类型,在这种类型中要求共犯与正犯均具备过失的主观心态,学界在探讨过失共犯问题时,也多以此种类型为论,因而笔者在此称之为“典型的过失共犯类型”,本文所称“狭义的过失共犯”即为此类。

学界关于“典型的过失共犯”(即狭义的过失共犯)能否成立的问题争论已久,支持者与批判者皆有之,总体上看,否定说的观点占据主流,所持理由大体为:第一,否定狭义的过失共犯符合世界

各国的刑事立法现状,大陆法系代表性国家均没有关于狭义的过失共犯的明确规定,在我国刑事立法也经历了由肯定(《钦定大清刑律》第 35 条与第 36 条)到否定(《中华民国刑法》删除了关于狭义的过失共犯的规定)的演变过程,这足以证明狭义的过失共犯没有存在的实际意义。第二,认可狭义的过失共犯存在语义上的障碍,“教唆”与“帮助”从语义上显然只能由故意的主观心理状态支配,系有意识行为。第三,从我国刑法的处罚原则来看,过失犯罪仅仅是作为处罚的例外予以规定的,若认可狭义的过失共犯的成立,会不适当地扩大刑法的适用范围,对于具有当罚性质的过失行为,依据刑法分则的具体规定足以罚当其罪,因此不必要在总则中加入狭义的过失共犯的规定。

对于否定说的观点,笔者认为有待商榷,在此作出三点回应。

第一,以国内外立法状况作为否定狭义的过失共犯的理由是站不住脚的。从世界范围看,各国立法机关对于共同犯罪能否由过失构成态度并不一致,有些国家在刑法典中明确否定了共同过失犯罪,如俄罗斯刑法典;有些国家则在刑法典中没有明确否定过失共同正犯,但明确否认了狭义的过失共犯,如德国刑法典;有些国家刑法典并没有将过失这一罪过形式排出在外,如丹麦刑法典与巴西刑法典。笔者认为,国内外立法机关对于狭义的过失共犯的立法态度各不相同,各国社会发展程度也不尽相同,立足于各国国情的刑事立法对理论研究而言只有借鉴意义,以否定狭义的过失共犯的国家多少作为否定其的理由未免太过牵强。同时,尽管在立法中明确肯定狭义的过失共犯的国家较少,但是,没有“明确的肯定”并不意味着全盘的否定,通过刑法的解释将狭义的过失共犯纳入那些没有明确将狭义的过失共犯排除在刑法典之外的国家的刑法理论和司法实践中并不存在解释论上的困难。

第二,有意识行为与刑法上的故意行为并不等同。否定说主张共犯行为是有意识行为,这一点笔者是认同的,从广义理解故意概念,有意识行为的确应属“故意行为”,但此处的故意行为不等同于刑法中的故意行为,仅属于一般生活意义上的故意行为。刑法理论中,故意行为应具有两个要素,即意识要素和意志要素,两个要素缺一不可,所谓意识要素是指行为人明知其行为会产生危害社会的结果,所谓意志要素是指行为人希望

或者放任结果的发生,刑法理论中的故意是具备两个要素的犯罪故意,而共犯行为中的有意识行为仅存有对教唆或者帮助行为本身的认识,不存有对结果发生的希望或者放任。简而言之,共犯行为=有意识行为=广义的故意行为≠刑法中的故意行为。

第三,关于肯定狭义的过失共犯是否会扩大刑法处罚范围,是否与刑法谦抑性原则相违背的问题。在笔者看来,由于共同犯罪处罚机制的灵活性,狭义的过失共犯不仅不会造成刑法处罚范围的扩大,反而更有利于实现有罪必罚与罚当其罪。肯定狭义的过失共犯可以通过理论机制将一部分难以独立评价为犯罪的行为纳入刑法制裁范围,同时将正犯与共犯同时放入同一犯罪评价体系中,综合衡量二者的行为责任,增加量刑的科学性、合理性,因此,肯定狭义的过失共犯不仅不会扩大刑法处罚范围,违背刑法谦抑性原则,反而会实现罪刑相适应的刑法价值追求。因此,否定说的担心是不必要的。

## 2. 变种:“共同混合罪过”类型

“共同混合罪过”能否成立共同犯罪在学界颇具争议,而“共同混合罪过”情况较为复杂,不能一概而论,应予以分别探讨。

### (1) 共犯(过失)+正犯(故意)类型

笔者的观点是,共犯(过失)+正犯(故意)类型不能成立共同犯罪,理由是:正犯(故意)使共犯(过失)与结果发生之间的因果性中断,狭义的过失共犯不成立。例如,老板甲在明知货车超载的情况下,强令司机乙上路送货,司机乙在路上行驶时看到了仇人丙,遂开车将丙撞死。本案中,甲在明知货车超载的情况下,强令乙上路送货,甲对结果的发生存在预见可能性,乙也的确撞死了丙,但显然不能将丙的死亡结果归结于甲的过失行为。原因在于甲的过失行为与丙的死亡结果之间,意外地介入了乙的故意行为,而乙的故意行为恰恰导致了甲丙之间的因果关系发生中断,因此,甲乙之间不成立共同犯罪,丙的死亡结果应由乙单独负责。因果关系的中断使共犯丧失了归责的依据,因此,共犯(过失)+正犯(故意)这一类型是无法成立共同犯罪的。

### (2) 共犯(故意)+正犯(过失)类型

笔者的观点是,共犯(故意)+正犯(过失)类型通常可以成立共同犯罪,但是这一类型的犯罪往往可以涵摄于间接正犯的理论之中,依照间接

正犯理论完全可以做到定罪、量刑的公正性与科学性,因此不必要将此类型犯罪归入共同犯罪的范畴之中,造成理论的复杂化,增加司法实践的困惑。例如,司机甲开车在路上行驶,由于疲劳驾驶而晕晕欲睡,同车人乙发现行车方向上有仇人丙,乙明知车辆在不变道不减速的情况下,会发生撞翻丙的结果,仍对昏睡的甲置之不理,丙遂被撞死。本案中,乙对丙的死亡结果持故意(间接故意)的心理态度,在假定同车人具有提醒义务与注意义务的情况下,依照行为共同说,乙应当成立交通肇事罪的不作为的帮助犯,但是这样认定会得出乙作为帮助犯,其罪责小于正犯的结论,根据本案案件事实,这样的结论显然无法让人信服。而根据间接正犯理论,尽管丙死亡的结果是由甲造成的,但实质上是因为乙利用了甲的过失行为造成了丙死亡的结果,乙对整个犯罪事实具有支配性,所以应当肯定乙的正犯性,因而,应当认定乙成立故意杀人罪的间接正犯,甲成立交通肇事罪。依照间接正犯理论认定共犯(故意)+正犯(过失)这一犯罪类型,可以使罪责的分配更具合理性,满足罪刑相适应原则的要求,同时,也可以避免刑法理论的复杂化,更便于司法实务人员的理解适用。

## 二、狭义的过失共犯成立与归责论

对于狭义的过失共犯的探讨仅停留在肯定或否定的层面是单薄的,而成立与归责理论是狭义的过失共犯肯定说背后的真正支撑。

### 1. 成立论:狭义的过失共犯语境下的犯罪共同说与行为共同说

与过失正犯不同,过失共犯更重视行为的共同性,而狭义的过失共犯更强调共犯行为与结果之间的因果性,因此,从狭义的过失共犯角度再谈犯罪共同说与行为共同说是必要的。

(1) 犯罪共同说的困境:“犯意联络”是狭义的过失共犯无法逾越的鸿沟

在犯罪共同说中,共同犯罪行为之间应以存在意思联络为必要,且该“意思联络”为具有特定犯罪故意的“犯意联络”,这是犯罪共同说最为显著的特征,也正是由于这一特征的存在,使犯罪共同说与狭义的过失共犯之间划上了一道难以逾越的鸿沟。

随着共同犯罪理论不断发展,传统的犯罪共同说理论不断受到冲击,扩张解释的“犯意联



络”正在扩大犯罪共同说的“领地”，狭义的过失帮助犯甚至得到了部分主张犯罪共同说的学者的肯定，日本学者佐久间修认为，“现在多数观点认为，即使根据犯罪共同说，也认为如果对过失犯实施帮助的，可以肯定成立过失犯的从犯”<sup>[2]62</sup>。笔者认为，修正后的犯罪共同说希望通过对“犯意联络”作扩大理解，将对过失犯的帮助行为纳入犯罪共同说的范畴，但是事实上，修正后的犯罪共同说对“犯意联络”的扩大理解，已经使其偏离了传统犯罪共同说所坚守的“犯意联络”的真正含义，同时，对于过失帮助行为能否纳入扩大后的“犯意联络”，根据修正后的犯罪共同说依然存在解释上的困难。因此，无论学者如何修正犯罪共同说，“犯意联络”作为其与狭义的过失共犯之间的鸿沟依然无法绕开，将狭义的过失共犯纳入犯罪共同说困难重重。

(2) 行为共同说的再理解：“故意要素”不应成为行为共同说的解释盲区

传统行为共同说的观点同样在发生着变化。传统行为共同说认为，数人共同实施了前构成要件的或前法律的自然的行為即可成立共同犯罪。行为共同说将着眼点放在了行为的共同性方面，依该说观点，在共同犯罪中，行为人不被要求共同实施同一犯罪，仅有共同行为即可成立共同犯罪。在“犯意联络”方面，行为共同说不要求行为之间必须存在具有特定犯罪故意的意思联络，因此，一直以来，传统行为共同说似乎成为了共同过失犯罪肯定说赖以存在的沃土。但事实上并非如此，行为共同说对共同过失犯罪的肯定态度也存在着内在的分歧：有一些学者仅认可过失共同正犯，而对于狭义的过失共犯，则认为教唆犯与帮助犯在语义中已经当然性地包含了故意要素，是以狭义的过失共犯没有成立的空间。笔者对此并不认同，一方面，上述观点显然混淆了狭义的过失共犯中的“故意”与刑法上的犯罪故意的区别，这一点在上文已详细论述，在此不赘；另一方面，共犯行为是以介入正犯行为之中以达到实现构成要件的结果的目的，共犯行为与正犯行为之间存在行为上的共同性，因此肯定狭义的过失共犯与行为共同说的立场并不违背。

在笔者看来，狭义的过失共犯在行为共同说中仍然存有理论空间，换句话说，从行为共同说的理论本身看，其并不是成立狭义的过失共犯的理论障碍，障碍在于对帮助行为、教唆行为中“故意

要素”与“犯罪故意”的刑法理解，而正如上文所论二者存有本质的不同，因此帮助行为与教唆行为本身亦不应构成狭义的过失共犯成立的障碍，所以，在受德日刑法的影响，行为共同说渐被认可的研究背景下，狭义的过失共犯的成立理应得到肯定。

## 2. 归责论：狭义的过失共犯语境下传统共犯归责理论的取舍

归责根据是刑法对共犯施以刑罚的根本原因，因此，在狭义的过失共犯语境下，归责根据问题有必要深入探讨。

### (1) 责任共犯论与违法共犯论的劣势与局限

日本刑法学者在论证过失正犯时，有观点认为过失正犯的归责原因在于共同义务的违反，但是正如日本学者佐久间修教授所说，“共犯人的共同注意义务是对过失犯的共同正犯来说的，在教唆犯和帮助犯的场合不存在此问题，实行犯的注意事项违反与教唆犯的注意事项违反是两个问题”<sup>[2]288</sup>，正犯归责与共犯归责有着根本区别，无法相互套用。在传统共同犯罪理论中，责任共犯论、违法共犯论与因果共犯论是共犯归责的重要学说。日本学者曾根威彦认为，三种学说存在对立关系，并将责任共犯论与违法共犯论称为共犯与正犯存在犯罪性“质”的不同的观点，将因果共犯论称为共犯与正犯存在违法性“量”的不同的观点。

具体而言，责任共犯论将共犯归责根据的着眼点放在了共犯与正犯的关系上，认为共犯使正犯受到了诱惑而堕落，因此才应当受到惩罚。正犯受到惩罚是因为实施了具有构成要件该当性、违法性、有责性的行为，属于对法益侵害的判断，而共犯受到惩罚是因为实施了使正犯堕落的诱惑行为，属于对伦理要素的判断。责任共犯论的劣势有二：一方面，责任共犯论对共犯的成立有极端从属性的要求，另一方面，责任共犯论以伦理要素作为共犯归责的根据，混淆了伦理与法的界限。而反观违法共犯论，违法共犯论立足于共犯限制从属性说，认为对共犯归责时，仅要求正犯的行为具备构成要件该当性、违法性即可，而不要求正犯的行为具备有责性要件，而违法共犯论的短板在于：一方面，提出共犯行为违法与正犯行为违法之间存在的“违法的连带性”，从而可能会导致处罚结论的不恰当；另一方面，过度地强调共犯与正犯在违法性方面所具有的“质”的不同，由此可能会

忽视共犯行为本身所具有的法益侵害性。从这个角度看,违法共犯论也存在着理论的局限性。

笔者认为,尽管从某种意义上说责任共犯论与违法共犯论所要求的共犯从属性对于狭义的过失共犯而言并未造成多大障碍,即在狭义的过失共犯语境下,结果未发生则正犯不构成犯罪,共犯也不构成犯罪。然而不能混淆的是,即使狭义的过失共犯符合责任共犯论与违法共犯论所要求的共犯从属性的表征,但是狭义的过失共犯处罚的根据并非来自于正犯的罪过,而是来自于共犯对于结果发生的罪过,这是狭义的过失共犯与责任共犯论与违法共犯论无法融合的关键。此外,就责任共犯论与违法共犯论的理论本身而言,缺陷亦十分明显,一方面,在狭义的过失共犯情况下,共犯的归责根据并非像责任共犯论中所强调的具有伦理要素如此的单纯,共犯行为本身自带的法益侵害性无法简单地被所谓的伦理要素概括,另一方面,在狭义的过失共犯情况下,正犯与共犯对于规范的违反并不存在“质”的差异,共犯并不是因为教唆或者帮助正犯犯罪而犯罪,而是因为对于结果的发生具有因果关系且存有过失而犯罪,因此,在狭义的过失共犯语境下,责任共犯论与违法共犯论均存有短板,且不可避免。

(2) 因果共犯论的优势与狭义的过失共犯的归责根据

狭义的过失共犯在归责根据方面并非无从依托,从因果共犯论的角度看,共犯受到惩罚的原因是通过正犯引起了法益侵害的结果,其中正犯是法益的直接侵害者,共犯是法益的间接侵害者。因果共犯论关注的重点在于共犯与法益侵害之间的关系,根据因果共犯论的观点,共犯与正犯在违法性方面没有“质”的差别,二者在违法性方面的差别仅表现在量的程度上。在因果共犯论看来,共犯行为与损害结果之间所具有的因果关系是共犯归责的基础,如果缺少该因果关系的存在,则将失去归责共犯的理由。

笔者认为,在共犯归责理论中,因果共犯论被多数学者认可,在狭义的过失共犯语境中,因果共犯论理论同样优势显著。对于狭义的过失共犯而言,其归责的困境在于两个方面:一方面,在仅有正犯的情况下,根据行为共同说可以存有两个正犯缺乏意思联络而成立共同犯罪的情况,而在共犯与正犯均存在的情况下,二者之间意思联络是否意味着犯罪故意的当然存在,关于这个问题笔

者在文中已多次阐述,在此不赘;另一方面,在正犯的主观方面仅为过失的情况下,能否可以像归责故意正犯一样,将结果发生的责任主要或次要地归结于共犯行为,这是狭义的过失共犯归责的关键之处,如果对其无法说明,则对于共犯就失去了归责的可能,从这一方面看,狭义的过失共犯在因果共犯论中可以得到足够的理论支撑。从因果共犯论的角度看,抛开共犯的主观过失方面不谈,单纯地审视共犯与结果之间的关系,不难发现共犯之所以具有可归责性,原因在于其过失行为对结果的发生所具有的独立的影响性,如果忽视了共犯与侵害结果的这层因果关系,对于共犯归责就无从谈起。

### 三、狭义的过失共犯构成论——以过失犯为角度

关于狭义的过失共犯的构成问题,主要涉及两个分析角度,第一个分析角度是以共同犯罪为角度分析,第二个分析角度是以过失犯为角度分析,从前者角度看,狭义的过失共犯的构成条件无外乎共犯与正犯以共同行为及必要的沟通联络的存在为必要,这与其他共同犯罪类型的构成条件相比并无差异,无法从本质上体现狭义的过失共犯的构成条件所具有的特殊性,因此,笔者仅以后者为角度,即以过失犯为角度探讨分析狭义的过失共犯的构成条件。

#### 1. 过失犯构成理论的选择与修正

在过失犯的构成论中,素来有新旧过失论之争;旧过失论立足于结果无价值立场,重视结果的预测义务,在理论中将主观过失和客观过失行为相分离,“意图把将结果归属于行为的因果关系及对结果的主观预见可能性作为概念工具,分析过失犯的构造”<sup>[3]</sup>。新过失论立足于行为无价值立场,重视结果的回避义务,在理论中将主观过失和客观行为一体化,主张依据“基准行为”是否被遵循来确定过失犯的成立范围,认为“即使对结果有预见可能性,但如果履行了结果回避义务,就不成立过失犯”<sup>[4]</sup>。对旧过失论的批评在于结果的预见可能性是一个程度概念,如果对其进行扩张性理解会导致处罚范围的扩大化。对新过失论的批评在于,新过失论中“基准行为”的个案判断会导致评价的恣意,也可能会导致过失犯处罚范围的扩大化。

笔者对新、旧过失论的看法是,尽管在司法实践中对于同一案件事实,新、旧过失论对于过失犯结论的判断通常不会存在明显的差异,但是新、旧过失论由于立足的角度不同,对于过失的判断过程区别显著。从考虑立场的角度出发,旧过失论与因果共犯论存在立场的一惯性(结果无价值),但“结果预见可能性”作为旧过失论据以判断过失犯的标准太过宽泛,事实上确实存在很多行为人对于结果已经预见且其行为导致了结果的发生,但不应予以归责的情形,因此,单纯地依靠“结果预见可能性”为标准很难得出恰当的评价结论,因此,旧过失论存在修正的需求,而修正的角度就是进一步对旧过失论语境下的过失犯进行限缩。有学者进而提出“修正的旧过失论”,认为行为人成立过失犯仅具有结果的预见可能性是不够的,还应实施了具有发生结果实质危险的行为,因此使结果的预见可能性这一程度性概念不能成为过失犯成立的唯一标准,从而限定了过失犯的成立范围。对此,笔者认为,对行为本身的限定十分必要,行为人如果实施的仅是可以预见结果的一般行为,而非具有发生结果实质危险的行为,则无论如何也不应将该行为纳入过失犯的范畴。

总之,肯定“修正的旧过失论”有其理论合理性原因,也有其与共犯理论立场一贯性原因,对于狭义的过失共犯的构成而言,从“修正的旧过失论”的立场出发构成要件更为客观、记述,相比新过失论更具操作性。

## 2. 狭义的过失共犯的构成分析

从过失犯的角度出发,结合狭义的过失共犯的理论立场,在分析狭义的过失共犯的构成条件前,首先应当对一个问题予以明确,即“修正的旧过失论”中所指行为人实施的具有发生结果实质危险的行为,该行为在狭义的过失共犯情形下是正犯行为还是共犯行为?对此,笔者认为,正如上文所述,共犯行为对于犯罪结果而言具有独立的因果性及法益侵害性,因此,所谓行为人实施的具有发生结果实质危险的行为不应仅指正犯行为而将共犯行为排除在外,对于“修正的旧过失论”在狭义的过失共犯中的具体体现,应当将正犯与共犯均纳入其中,因此,在笔者看来,从过失犯的角度看狭义的过失共犯的构成,正犯与共犯并无构成条件的差别,应当相同看待。

从过失犯的角度,狭义的过失共犯的构成条件有两点。

第一,共犯与正犯均对危害结果的发生具有预见的可能性,这是构成狭义的过失共犯的前提条件。这里涉及到对“预见可能性”的判断标准问题,学界关于结果的预见可能性的判断标准争论已久,存在主观说、客观说、折中说等不同学说,相对而言,无论是主观说(包括折中说)的“以行为人的预见能力为标准”的观点,还是客观说的“以抽象一般人的预见能力为标准”的观点,都存在着或扩大或缩小过失犯处罚范围的倾向。对此,有学者提出“修正的客观说”观点,认为应将客观说中的抽象一般人限定为“行为人所属领域的一般人”,并综合行为人年龄、职业等因素加以判断行为人的预见能力。笔者对此十分赞同,将“修正的客观说”作为判断狭义的过失共犯中结果的预见可能性的标准,有利于判断标准的明确化,避免了主观说以行为人的预见能力为标准可能导致的判断的模糊,以及可能会导致的扩大狭义的过失共犯成立范围的风险。

第二,客观上共犯通过正犯实施了具有发生结果实质危险的行为,最终使危害结果发生,这是构成狭义的过失共犯的必要条件,正犯未实施具有发生结果实质危险的行为或者危害结果最终并未发生均中断狭义的过失共犯的构成判断进程,二者缺一不可。

由此可见,狭义的过失共犯的构成条件问题并不复杂,对于其的分析,关键在于把握过失犯的基本构成要件及在狭义的过失共犯语境下的具体应用问题,重点关注正犯行为的直接性与共犯行为的间接性之间的浅表差异性及实质的相似性,以便使共犯理论与过失犯理论更好地融合,对狭义的过失共犯的构成条件进行恰当的理解。

## 四、结论及启示

根据我国刑法第二十五条的规定,可以得出两种结论:第一,故意是构成共同犯罪的唯一罪过形式;第二,对于共同过失犯罪,似乎是可以成立的,只是刑法要求不以共同犯罪论处,而应当分别定罪处罚。对狭义的过失共犯而言,刑法第二十五条似乎也为其留有了一定的解释余地与适用的空间,只是定罪处罚方式与共同犯罪不同罢了。但是从这个角度理解第二十五条的内容又会导致两方面的问题:一方面,对共犯单独量刑,可能会出现量刑过重或过轻的情况;另一方面,对共犯单



独定罪,可能会导致本应受到刑法制裁的共犯行为不能作为犯罪定罪处罚。笔者认为,共同犯罪这一犯罪形式存在的意义在于有利于分清数人责任程度之轻重及有利于通过“部分行为全部责任”原则将难以单独定罪处罚的行为纳入刑法惩罚的范围,前者有利于彰显刑法公平、公正的价值及量刑科学化的理念,后者有利于发挥刑法惩罚犯罪的功能。尽管从解释论上似乎可以找到狭义的过失共犯在刑法第二十五条中的适用理由,但是从定罪量刑的方式上看,刑法第二十五条显然已经无法满足司法实践的需求及共同犯罪理论对刑法价值的追求,现行法的滞后性显现无疑。因此,在现行法中,从解释论的角度寻求狭义的过失共犯适用空间是不可行的。

解释论的无能为力促使视野的转向。笔者认为,从立法层面肯定狭义的过失共犯是具有可行性的。首先,肯定狭义的过失共犯可以满足司法实践的需求,法律条文的机械化和司法解释的滞后化无疑会增加刑法条文在司法实践中适用的难度,解决这个问题的根本办法就是通过立法肯定狭义的过失共犯的成立,一方面可以使司法实践中的诸多相关案件有法可依,另一方面可以减少法官在缺少法律依据的情况下,在责任认定方面出现偏差,导致量刑的不均衡。其次,《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条的规定打破了刑法理论中共同犯罪的传统结构,从司法解释层面肯定了狭义的过失共犯这一特殊共同犯罪类型的成立,这为从立法论角度肯定狭义的过失共犯提供了正当性基础。同时,本文所阐述的狭义的过失共犯理论在该条司法解释中也得到了很好的契合,该条司法解释中的指使行为即为教唆行为,而该条司法解释明确指使人与被指使人最终成立交通肇事的共犯,亦即过失犯的共犯,诚如上文所述,成立过失犯的共犯,在共犯的主观罪过方面上一定也是过失犯,否则无法构成共同犯罪(应以间接正

犯认定之),该条司法解释明确了共犯的成立(过失教唆犯),这也从另一角度契合了笔者一直强调的“教唆”所要求的“故意”并不限于刑法中的故意行为的观点。最后,从立法层面上肯定狭义的过失共犯不存在刑法理论方面的障碍,行为共同说、因果行为论均可以为狭义的过失共犯的成立与归责提供恰当的理论支撑。因此,在笔者看来,将狭义的过失共犯上升至立法论的层面具有可行性与正当性,并不存在重大的学理与刑事立法、司法困难。

从立法模式上看,一些国家就共同犯罪的构成,采用“模糊式”的立法模式,不在刑法条文中明确狭义的过失共犯是否能够成立,甚至没有明确“过失”能否成立共同犯罪,这样的立法模式为解释论提供了空间,但也会导致肯定说与否定说之间的争论无休止地进行。一些国家就共同犯罪采用较为“明确式”立法模式,在刑法条文中较为明确地指出“由于过失而参与犯罪”或者“以任何方式”参与犯罪均可成立共同犯罪,立法态度较为明确。就两种立法模式比较而言,笔者倾向于我国采用后一种立法模式。学说的争论固然可以不断地推动立法的进步,无休止的争论也同样会造成司法实践的困惑,尤其是在各学说交织复杂的共同犯罪领域。从立法层面肯定狭义的过失共犯,就是要将“过失”这一罪过形式彻底注入共同犯罪范畴之中,为司法实践中发生的形形色色的共同过失犯罪指明解决路径,而过于模糊的条文内容无疑会使立法的效果大大折扣。

#### 参考文献:

- [1] 山口厚. 刑法总论[M]. 2版. 付立庆,译. 北京:中国人民大学出版社, 2012:321.
- [2] 马克昌,莫洪宪. 中日共同犯罪比较研究[M]. 武汉:武汉大学出版社, 2003.
- [3] 曾根威彦. 刑法学基础[M]. 黎宏,译. 北京:法律出版社, 2005:116.
- [4] 张明楷. 刑法学[M]. 5版. 北京:法律出版社, 2016:284.

(责任编辑:王 薇)