

论监督过失的立场选择

王雨轩¹

(1.澳门科技大学, 845015637@qq.com)

摘要:随着社会生产活动的精细化和复杂化,监督过失理论被提出并逐步应用于我国刑法学中,但当前监督过失理论在实践中的扩大化处罚趋势再度唤起了对这一理论限缩认定的现实需要。在当前理论已经提出了多种限缩路径的背景下,应当从监督过失的概念出发,重新明确监督过失理论的过失犯理论定位,对监督过失犯罪的限缩应立足于新过失论的立场。

关键词:监督过失,过失犯,注意义务,结果回避义务

一、问题的提出

随着社会的发展,社会生产活动也进一步精细化、复杂化,现代生产中对危险的控制不再仰赖于某个特定主体,而是对应构建了多层次、多主体的监督与管理制度,在此事故的发生便不再是单一主体不当行为的问题,而是涉及多人、组织的过错。在此背景下,仅对距离危害结果最近的个体执行者苛以刑法处罚而忽视执行者与组织之间的有机联系的做法,无论从刑罚的公正性上、还是从刑罚的一般预防功能的角度上考虑都变得不再妥当,故而针对上层领导人、组织者或称监督者的过失问题,监督过失的理论最早被日本提出并逐步进入我国刑法学视野中。具体来说,中国在立法上便肯定了监督过失的存在,如重大劳动安全事故罪、群众性活动重大安全事故罪等事故责任罪,及食品、药品监管渎职罪、传染病防治失职罪均是典型的监督过失罪名,还有《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》第六条将机动车背后的主管人员、监督者纳入刑法打击范围的司法解释,均表明监督过失这一理论已经深度进入到我国的法律实践中。

但是,随着监督过失在实践中的提倡,有学者发现监督过失理论的适用展现出了扩大化的处罚趋势,甚至有着滑向结果责任的风险,司法方面,一旦安全事故的发生,便对涉案的组织体内一概认定犯罪而不进行细致的论证,这种做法难免遭受质疑。立法方面,也隐约体现出这种结果责任的倾向,如食品安全方面,《刑法修正案(十一)》对食品、药品监管渎职罪的修改增设的监管渎职的具体情形中,第(二)项表述为“依法应当移交司法机关追究刑事责任而不移交”,以一种事后结果的考察倒追监管人员的责任,其合理性值得怀疑。另一方面,由于我国行政立法具有明显的政策导向的特征,行政法律行文倾向于使用原则导向的、缺乏实操性的词语,还是以食品安全为例,《食品安全法》中,对于集中用餐单位、餐饮提供单位的安全管理义务的设定均使用“消除”这样的表述,与前文食品、药品监管渎职罪列举的行为模式相结合,导致注意义务的设置变得极为抽象,进一步导致监督过失的处罚范围扩大。

基于前述限缩的需要,国内的研究也提出了多种多样的方案,如信赖原则、客观归责、对监督过失进行类型化划分等处理,但是,这些限缩路径的选择仍需要一个一以贯之的立场,故本文希望通过重新梳理监督过失的概念定位及其性质,进而确定对监督过失犯罪的限缩应采用的立场,以期令监督过失理论限缩路径的适用臻至合理。

二、监督过失的概念外延及定位

一般认为,监督过失包含狭义以及广义两种类型,狭义的监督过失是指缺乏对直接行为人的监督所构成的过失,又可称之为对人的监督过失;广义的监督过失则还包含管理过失,即没有直接行为人过失的介入,而是由于没有建立安全体制、不当配备、人事制度而导致事故发生的过失,亦可称为管理过失或对物的监督过失。

有学者指出,不应将管理过失作为监督过失的一种类型,理由有二:第一,监督过失和管理过失有不同的因果关系表现方式,管理过失中行为人直接介入因果而不存在被监督者作为中间项,缺乏监督过失的

特殊性；第二，管理过失主要是通过不作为的方式实现，更适宜被定位为不作为犯。

应当认为，监督过失讨论的难点在于注意义务的间接性，具体表现为因果关系的复杂性和模糊性，至于中间介入的是第三人的过失行为还是意外事件、不可抗力则在所不论，均存在着如何对监督管理者追责的问题，以管理过失不存在多个主体过失的竞合为由排除在外无助于这一问题的解决。相反，狭义的监督过失下，由于有多个过失行为的竞合，对其讨论可能还涉及到过失共犯、过失竞合的问题，在当前监督者本身的责任确认即已经存在难点的情况下，进一步代入共同犯罪理论可能加剧当前讨论的失焦。

客观上，急于建立安全体制可能导致风险防范能力的削弱，从而又需要管理者对人的监督，存在着监督者既未确认安全体制又急于合理监督这种既包含管理过失又包含狭义监督过失的情形，对于当前监督过失的难点问题，甚至有学者认为对于二者的概念区分“不具备理论上的意义”。本文无意完全否定对监督过失进行分类的意义，但是所谓广义与狭义的概念区分更多立足于注意义务的具体内容，至少在当前的阶段注意义务有无、大小尚存在争论的阶段，具体的内容不是重点的问题。故，为了保证监督过失概念定性的完整性也为了保证论述的焦点，此处对概念的探讨上不对广义和狭义的概念加以区分，后文中如未特别使用“狭义的监督过失”或“管理过失”的表述时，“监督过失”应包含前述两者。

在进一步的探讨上，还有学说以不作为犯为特征对监督过失的概念进行把握。但是该种考察方法有两个问题：

其一、监督过失的注意义务违反并非必然与不作为的方式绑定。诚然，监督者过失往往以不作为的形式表达，但以作为形式实施的监督过失犯罪仍然客观存在，如黎达文等人受贿，食品监管渎职案，作为监督者行为人便主动向生产、销售有毒有害食品的犯罪分子通风报信、帮助逃避的作为方式实施渎职犯罪的。深究作为与不作为的本质，作为是“改变法益现状，使法益恶化，制造法益危险的行为”，不作为是“放任法益危险的行为”，性质上与探讨责任、风险分配的监督过失并无必然的关联，注意义务的违反，既可能是创设新的危险的行为，也可能是放任既有的危险扩大的行为，实际上，就有学者通过作为和不作为的形式对监督过失犯罪作类型化的处理。

其二、不作为犯的作为义务判断不具有最终性。对于监督过失的探讨，始终是在于为过失犯的扩张选择合适的范围，核心在于注意义务的确定，其中又可以分解为结果预见义务及结果回避义务。而不作为犯的成立前提在于作为义务的存在，作为义务的确定实际又受到注意义务范围的进一步限制，故有学说指出“作为义务与作为可能性划定的义务范围是大圈，而过失注意义务划定的范围是小圈”，以不作为犯为要点恐怕将使监督过失的讨论失焦，更无法找到限制监督过失处罚范围的合理路径。

综合前述对监督过失概念外延的讨论可见，虽然与一般的过失相比，监督过失具有自己的特点，但监督过失仍然具有刑法所规定的过失的基本特征，可能“仅具有事件上的特殊性”。故而监督过失理论要解决的问题焦点仍然在于过失犯罪中注意义务的划定，以广义和狭义的概念划分为起点过早进入了注意义务的分类；而置于不作为犯中讨论则脱离了过失犯本身特点，均会导致对监督过失的探讨失去焦点，故而为了实现对其限缩适用，我们的讨论仍应当回归于过失犯论中。

三、监督过失的应然理论立场：新过失论

回到过失犯理论本身，自然便无法脱离过失犯的构造问题，当前，对过失犯的构造有三种立场，分别为危惧感说、旧过失论及新过失论，本文认为，新过失论的立场最有利于实现对监督过失的认定，具体理由如下：

（一）危惧感说及其修正的评析

回顾监督过失的起源，可以发现监督过失是日本刑法理论中独具特色的一项，发展基本未受到外国理论的影响。日本学说上对监督过失的争论缘起自日本“森永毒牛奶案”，在该案的判决日本学者总结出了危惧感说，于是便有国内学者基于此认为，为了解决监督者责任的问题，监督过失的本土化适用也应当站在危惧感说的立场上，以保障理论的契合。具体而言，危惧感说认为，由于对安全事故的防范极为重要，所以对于危害结果的发生只需要有一缕不安即可，只要有所不安，就应当切实充分地采取回避危害结果发

生的措施。明显可见，危惧感说某种程度上可以被视为对结果预见义务这一概念的摒弃，有着结果论的特点，只要行为人对危险的发生有着细微的不安就采取尽可能全面的措施。换言之，危惧感说在行为人对结果基本无预见义务、无预见可能性的情形下仍要主张进行处罚。可见，危惧感这种放弃结果预见可能性进行处罚的做法，实际已经严重违反了责任主义的原则，刑罚的正当性无以证成。更进一步就其适用的效果来说，危惧感说再次为本就蕴含一定风险的业务活动设定了极高的负担，只会导致人不敢从事相关的生产活动，形成如医疗等领域无人从事妇科、儿科等高危领域业务的“防御性医疗”的情景，是因噎废食的做法。

这实质上是一种对监督过失运用背景的一种误解，虽然监督过失在危惧感说基础上产生，但是旧过失论以及新过失论均未否定监督过失理论，监督过失也并非离开危惧感说就变得无法应用，暂且不论畏惧感说已经式微的日本，监督过失理论在我国本土的应用也未依赖于危惧感说，如任静重大劳动安全事故案中，行为人任静雇佣无资质的务工人员安装其店铺的浴池，导致顶棚电线漏电，判决就没有以所谓“不安感”来证成注意义务，相反，案件中对结果预见义务的论证相当具体，判决通过公安机关等有关部门的督促整改的通知详实地论证了行为人对乱接电线导致的人员伤亡具有相当程度的预见可能性，进而追究其作为管理者的责任。前述观点仅仅基于处罚的必要性而贸然选择理论立场，对结果回避义务较高的安全事故，即便结果发生可能性较低，也认为行为人对其存在预见可能性，恐怕更会导致监督过失的无序扩张。

对于前述批判，危惧感说论者还曾作出过修正的解读，主张危惧感说是强调预见可能性与注意义务关联性的学说，主张通过结果回避义务反向推定预见义务的范围。这种解读看到了结果回避义务以及预见义务之间的关联，对于结果预见义务以及可能性的判断或许有一定的参考价值，但是，论者并没有对这种反推方法的合理性提供法理依据，二者之间的相互关联并不代表我们可以设定回避义务后再反向推定预见义务的存在，如《食品安全法》第五十七条规定，集中用餐单位有义务做好食品安全管理，“及时消除食品安全隐患”。在危惧感说的逻辑下，集中用餐单位妥善履行其管理义务可以在一定程度上避免第三人导致的安全事故，所以集中用餐单位对第三人故意、过失导致的事故均有预见义务，而且其必然具有预见的可能性，在这种思路下，用餐单位甚至不能相信具有专业资质的集中消毒服务单位、食品提供者或餐具提供者，与《食品安全法》建立的多个主体参与其中的权责体系明显不相吻合。此外，前述修正的危惧感说，仍然是由必须处罚的立场出发而进行解释修正的，无论其是否否认预见义务以及预见可能性，其修正均无法摆脱过失犯不当扩张的倾向，恐怕无法为监督过失的适用提供妥当的指导。

（二）旧过失论及其修正的评析

对于危惧感论限制处罚功能的欠缺，也有继续立足于旧过失论的主张，论者重新强调具体的结果预见义务。但该立场首要面临的问题是，如何确定其具体的结果预见义务，尤其在狭义的监督过失的设定下，介入了被监督者即直接行为人的不当行为，这一中间项的加入使得结果预见义务的判断变得相当暧昧。具体来说，在进行判断时只会有两个极端，要么严格坚守高度具体的预见义务的立场，全盘否认监督过失的成立；要么推定监督者对被监督者的不当行为导致危害结果的情形有所认识，全盘肯定监督过失的存在。

如果采纳前一种对预见义务严格的看法，会使我们回到只对直接行为人进行处罚的时代，在此基础上，监督体系或者说社会精细化的分工设计就变得毫无意义了，既然责任始终集中在一个主体上，忠于制度的设计共担风险只会变成吃力不讨好的行为；如果我们基于处罚的必要性，采纳前文后一种对结果预见义务相对缓和的看法，在已经认定行为人存在过失的情形下，肯定间接的因果关系存在并加以处罚是极为容易的，在结果上滑向了危惧感说。

再进一步来说，即便可以确认一定程度的具体的预见义务，仍存在欠缺结果回避义务的情形，按照旧过失论设计的框架，我们只考虑回避的可能性，无法得到合理的结论。具体来说，在旧过失论的观点下，意识到危险存在的行为人有着近乎无限的回避义务，如在涉及外部监督的案件中，所谓监督者也有可能只是下级工作人员，他们缺乏具体的权限、实力回避结果，旧过失论会要求发现问题的工作人员通过层层上报的方式，尽其所能地避免结果的发生，这种没有边界“进言义务”的设置缺乏正当性；再者，在现代组织专业分工中，行为人可否假定他人可以接管并控制风险，传统的旧过失论也是无法回答的。

在前述质疑的基础上，旧过失论也针对批判进行了修正，即提出通过实行行为的判断重新对过失犯的处罚范围进行限定。不可否认的是，引入实行行为的判断进行修正后，旧过失论在很大程度上通过实行行为的规范性、侵害性的判断排除了行为人缺乏结果回避能力的情形，如对于缺乏实际权限的外部监督者，可以因其结果回避能力的缺乏而免于刑罚。但是，由于旧过失论仍认为过失属于责任要素，对实行行为的判断则仍以故意犯罪为范式进行讨论。对此需要提出的更进一步的质疑是，过失犯的实行行为是否与故意犯的实行行为可以使用相同的构造进行讨论？

本文认为，过失的实行行为确有一定的特殊性，难以与故意的实行行为套用完全相同的理论。过失虽然与故意并列的要素，但是基于责任主义的要求，成立犯罪原则上应当存在故意，过失犯仅在法律明文规定的例外情形中被处罚，从刑罚的态度可以反推得知，过失行为本身并不是被法律所完全地禁止的，相对应的，我们只要求通过一定的措施控制这些行为的危险，在这个意义上，可以反向推理得知过失犯的实行行为具有更为轻度的危险性。有反对观点提出，过失和故意只有文字上的差异，而不存在客观上实行行为的变化，实际上是有意先假定过失犯和故意犯都会实施相同的行为，但问题在于，不同的心理状态是对行为存在影响的，故意的心理状态将使行为人采取更加积极的行为，以放火罪与失火罪为例，一个计划让火灾发生报复社会的行为人，恐怕并不会采取建造缺乏消防措施的建筑以期火灾发生这种不自然且消极的方式实施犯罪，而是会选择主动纵火。在此基础上，可以说所谓过失犯行为的轻度性，是建立在对同一法益侵害结果都具有过错的基础上的。

在此基础上，对过失犯的实行行为的判断形成了不同于故意犯实行行为危险性的另一个面向，即是过失实行行为应当是注意义务的违反。具体来说，在实质危险的判断上，过失实行行为与故意实行行为表现相似，均表现为引起法益侵害的一定危险性，但由于过失行为的轻危险性，不可能和故意犯一样直接对其苛以刑事责任，为完整完成对过失犯的刑罚当罚性的论证，注意义务违反便成为了过失犯的实体内容。

从这一角度考虑，应当认为过失的实行行为与故意的实行行为仅有外观上的相同，更接近于教唆行为、帮助行为、预备行为等拟制的实行行为。若以故意犯既遂为模板的实行行为对既遂结果的危险性和强因果关系对狭义的监督过失犯罪进行要求，会发现监督行为对被监督者的行为就不一定存在明确的因果关系了，对危害结果更是难以形成支配的效果，恐怕又会得到对缺乏支配性的监督过失行为一概不进行处罚的结论，再次将目光转回到与结果发生之间的最近的行为人身上去，不能充分地对前后的过失行为作出完整的评价。另一方面，前文所论及的结果预见义务难以判断，以及在确定结果预见义务之后行为人应当采取何种程度的结果回避措施的问题，旧过失论仍然无法回答。

（三）新过失论的再肯定

前述旧过失论所面临的质疑让我们必须重新审视社会分工机制的运行原理。必须要承认的是社会的高效发展、尤其是在科技、医疗等领域的发展并非是毫无代价的，其中必然蕴含着一定的危险，社会也必须容忍一定风险的存在。完全消除风险的想法不仅不切实际，还可能导致社会发展陷入停滞。

进一步来说，在这种生产活动的风险是必然存在的前提下，现代社会必须在效率与安全之间寻求平衡，在容忍一定风险的基础上推动整体发展，其中更为关键的问题在于如何控制、分配这些风险。这些风险既源于分工所带来的系统复杂性，也源于个体对整体运行情况的不完全掌控性。为此，社会中的人为了对必然存在的风险进行规划，通过不断交流、沟通并总结一般的经验与社会生活的共同要求，形成对共识并逐步转化为规范，这些规范通过明确的权利义务分配框定社会成员的行动边界，使风险的承受主体与承担方式具备可预见性。这不仅为社会成员的行为提供了预见性和方向性，也对可能产生的风险进行合理的约束和分配，以实现危险的控制的同时实现社会高效运行的动态平衡。在这个意义上，规范并非由外向内的压力，而是内部建立起来的平衡。监督体系的设置也不例外，也是在风险管理背景下的一种自然生成的规范体系。

而新过失论恰恰立足于前述社会分工机制的理论基础上，将社会分工下所确定的“容许的危险”中功利主义的价值衡量部分与社会法律规范进行置换、固定为社会生活中必要的注意义务，将过失犯理论、注意义务的概念核心转移至结果回避义务中，附加地判断结果回避义务，与主张风险管理的监督过失有着契

合性，对旧过失论及危惧感说不能充分回答的问题，可以得到更加妥当的结论，具体表现如下：

首先，预见可能性的问题便能自然地得到解决，因为前文社会规范运行的背景下，可以推知“如果有人被期待着去遵守规范，却不知晓违反该规范将导致的风险，未免于理不通”，可见，社会成员对规范的认知很大程度上就是对其应当控制的危险的认知，即具体结果的预见。换言之，具体结果的预见可能性可以来源于对规范目的的认识。在新过失论的框架下，并不需要否定预见可能性，而可以通过对规范设定的义务以及对规范目的的解读判断预见可能性。

更进一步地，结果回避义务的范围也可以在新过失论框架下也能得到合理的限定。如前文所述，通过对分工、规范目的的把握，可以在一定程度上划定应当采取的措施范围。还是以食品安全领域为例，虽然《食品安全法》中设定了网络食品交易第三方平台对食品经营者实名登记的义务，但这义务设定的目的在于方便管理以及提示经营者的责任，在此基础上，经营者有意生产、销售有毒有害食品的，平台并不需要因为登记的不规范而受到非难，登记活动与法律所不容许的造成食品安全事故的风险并未对应关系。

再以信赖原则在狭义的监督过失中的适用为例，虽然信赖原则提出的意旨与监督过失有所矛盾，但信赖原则是社会分工到一定程度后对工作危险予以的容许，认定行为是否为可容许的危险时的规则就是信赖原则，与新过失犯理论、监督过失理论实际都是基于“容许的危险”基础而发展出的对危险分配的理论，实质上并不冲突，可以通过对规范分工的目的让信赖原则得到适当的运用，对于专门监督的行为人，如审计、监管部门的工作人员来说，对其义务规范的设定本就不允许其相信被监督者作出谨慎、正当的行为，整体便不可以适用信赖原则；对于无明确分工、或者规范未确定安全防范体制的活动，各个参与者并不存在信赖、期待的依据，因此不需要适用信赖原则；对于有规范明确分工合作的情形，例如医疗活动中，医生有理由相信护士恰当地实施医疗辅助行为，因此可以适用信赖原则。相反，旧过失论则无法做到与信赖原则的兼容，由于旧过失论绕开规范义务的设定而直接要求对结果高度具体的预见可能性，导致只有在有具体事实表明被监督者将实施过失行为这一征兆的基础上，监督者才有被责难的可能，无限缩小了监督者担责的空间。若对预见可能性作缓和的理解，则一旦被监督者有相关的征兆便可以认为监督者应当被责难，仅有在被监督者行为完全正当、规范的基础上可以认为监督者有信赖的空间，尽管适用了信赖原则，但此时事前进行常态化监督的必要便被消解了，因为监督者的义务似乎完全产生于某个被监督者将实施过失行为的征兆，明显与事先设定监督岗位或监督义务的目的不符，不具有合理性。

另外需要注意的是，虽然有对新过失论的批判指出其导致过失犯罪“化身为行政取缔法规违反的结果加重犯”，但是如前文所述，新过失论仅是将行政法规在内的规范作为注意义务的首要判断材料，并非机械地搬运已有行政规范，而是对规范目的进行解读从而确定注意义务。对于规范可能过严格的问题，新过失论也并不反对通过客观归责的方式对从规范中确认的结果回避义务进行进一步的检验。

实际上，行政违法被视为犯罪并不根属于新过失论的问题，而是源自刑法与行政规范关系的问题，以修正的旧过失论为例子，在其引入实行行为对监督过失进行考察时，同样可能需要援引行政法律规范，甚至再到故意犯罪中，也存在着关于行政不法与刑事犯罪之间衔接的问题，例如非法经营罪中的“非法性”就曾因为行政规范的不明确而饱受争议，可以说只要犯罪构成中涉及开放的构成要件，便总是会有关于行政违法犯罪化的争论。更进一步来说，旧过失论利用一般的实行行为构造对监督过失犯罪进行考察，由于没有注意义务的考察，会直接落入对侵害性的实质判断中，相较于有立法规范作为基础判断注意义务的新过失论，旧过失论的实质判断反而更像是一种立于“真空”中价值选择与判断，更容易落入恣意判断的陷阱中。从限缩处罚对方法论的要求看，新过失论下形式判断先于实质判断的，更有利于确定妥当的处罚范围。

再退一万步而言，即便由于我国行政立法的特殊性，适用新过失论的立场仍可能导致一些不当的处罚，需要予以修正的也不是监督过失理论，而是缺乏操作性、权责不明确的行政立法。

参考文献

- [1] 姜涛.监督过失的限缩适用方案[J].清华法学,2021(6):31-44.
- [2] 张明楷.监督过失探讨[J].中南政法学院学报,1992(3):1-5.

- [3] 谢雄伟.论监督过失的体系定位、本质与类型[J].广东社会科学,2015(1):239-246.
- [4] 陈兴良.教义刑法学[M].北京:中国人民大学出版社,2017:532.
- [5] 赵姗姗.论监督过失的客观预见可能性[J].中国法研究,2019(7):103-132.
- [6] 吕英杰.德日刑法上的监督、管理责任[J].刑事法评论,2012,31(02):68-89.
- [7] [日]前田雅英.刑法总论讲义(第七版)[M].曾文科,译.北京:北京大学出版社,2024:219-220.
- [8] 李金明.不真正不作为犯研究[M].中国人民公安大学出版社,2008:34-35.
- [9] 罗雨荔.以过失实行行为为核心的监督过失认定[J].甘肃政法大学学报,2022(6):83-99.
- [10] 谢开平.日本刑法上监督过失之定位与问题[J].华冈法粹,2020(68):94-134.
- [11] 潘星丞.论食品安全监管的刑事责任——监督过失理论的借鉴及“本土化”运用.华南师范大学学报(社会科学版),2010(3):23-27+157.
- [12] 张明楷.论过失犯的构造[J].比较法研究,2020(5):1-21.
- [13] 周光权.刑法学的向度——行为无价值论的深层追问[M].中国人民大学出版社,2023:136.
- [14] [日]山口厚.《论过失》.付立庆,译.河南省政法管理干部学院学报,2010(5):39-48.