

论有认识犯罪过失的要素及构造

张纪寒

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要:以无认识过失为样本的过失理论,将缺乏危害结果发生现实性的认识与对结果的无知混为一谈,实质上导致了有认识过失与无认识过失界限的模糊。而对“轻信能够避免”归属于认识因素还是意志因素的摇摆不定,则说明了轻信是认识因素和意志因素之间重要的连接要素。有认识过失与间接故意的区别不仅在于排斥危害结果发生与否的心理事实,更在于行为人对于结果不发生的判断与信赖。信赖结果不发生并据此作出行为决意的才是有认识过失,所以结果不发生的判断与信赖在有认识过失的结构中具有独立的意义。

关键词:有认识过失;轻信;认识因素;意志因素

中图分类号: D924

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2010)01-0057-08

有认识过失又称为过于自信的过失或轻信的过失,是指行为人对于危害结果已经预见,并反对结果发生的一种犯罪的主观心理态度。随着社会的发展,生产、生活日趋复杂,在这种形势下,过失罪与故意罪之间原来存在的那种对比关系便不能不发生相应的变化^[1]。因此犯罪过失作为过失犯罪的核心构成要素之一,在理论上受到重视也是理所当然的事情。

我国刑法理论将过失分为疏忽大意的过失与过于自信的过失。但是犯罪过失学说上从重视心理事实演进到重视客观的注意义务,所以不如都从认识的角度来命名犯罪过失,能更为准确地说明与区分两种过失类型,因此本文以认识的有无来区分过失的类型。

一、犯罪过失理论导致的问题

从我国犯罪过失理论研究的情况来看,“犯罪过失的本质在于具有注意能力的人对于注意义务的违反,因此合理判断行为人是否具有注意能力和负有注意义务就成为正确认定犯罪过失的关键。”^[2]此观点已经成为主流。因而犯罪过失研究专著与论文的重心都集中在无认识过失。另一方面,由于有认识过失与间接故意之间纠缠不清的局面,国内外又往往以间接故意的研究替代对有认识过失研究本身。

可见,刑法的过失理论缺乏对于两种类型过失的通盘考虑,同时以间接故意研究替代有认识过失研究,

致使有认识过失的生存范围完全由间接故意的范围来被动决定。甚至有一些刑法学者和刑事立法将有认识过失与间接故意合为一个独立的罪责阶层。例如1902年颁布、1994年修订的挪威刑法典只规定了无认识过失,往往将有认识过失称为“严重过失”等同于故意,其第十四章“危害公共安全的重罪”第152条b规定:“蓄意或者严重过失实施下列行为的,处10年以下监禁。”然而,对于绝大多数国家的刑法典来说,有认识过失作为一种过失的犯罪心态,与犯罪故意之间的刑事法律后果可谓有天壤之别。更重要的是,刑法处罚故意犯罪是原则,处罚过失犯罪是例外。所以,混淆有认识过失与间接故意是不可取的。

(一) 旧过失论与有认识过失之间的问题

刑法的旧过失论将没有预见危害结果发生作为过失的核心,认为“所谓注意义务的违反,是指欠缺精神紧张的状态。”^[3]因此旧过失论重视结果预见义务,预见可能性是过失固有的论题,旧过失论的争议焦点也就在于结果预见义务的基准^[4]。

然而预见可能性与预见义务的基准,对于有认识过失不是“问题”,因为有认识过失已经预见危害结果发生的可能性。但是,有认识过失却没有预见结果发生的现实性,如果将没有预见现实性也认为是没有预见的内容,则有认识过失与无认识过失之间的界限就消失了。例如行为人明知甲胺磷禁用于蔬菜水果,但仍喷洒于房前已经成熟的桃子上,致6名摘食桃子的儿童中毒,1人死亡。行为人对于结果的发生究

竟是有认识还是无认识?有学者认为是无认识过失^{[5](22-23)}。然而甲胺磷毒性巨大,所以禁用于水果与蔬菜这一点为人明知。因此行为人当然知道剧毒农药喷洒于成熟的水果上被人食用的后果,并决意喷洒于成熟的果树上。但是行为人却因为不谨慎,没有认识到处于开放状态的桃树会有人摘食。行为人对于危害结果预见的不谨慎,是属于行为人疏忽大意没有预见危害结果发生,还是行为人轻信结果不会发生?这个问题被旧过失理论忽略了。而这样一来,一直被认为是清晰的有认识过失与无认识过失的界限变得模糊了。

(二) 新过失论与有认识过失之间的问题

新过失论将过失的重心由结果注意义务位移到了结果回避义务,即重视行为的有用性,限定处罚过失的范围^[6]。新过失论者认为:“注意义务能够理解为一般的认识、预见义务,不过,过失犯中最重要的是没有回避该结果,没有采取为回避结果的手段。”^{[7](23-24)}即新过失理论认为从一定标准脱离的行为为过失的实体。“但可以看出,避免结果说仍然是以不注意为形式,事实上只不过是说注意的进一步发展而已。”^[8]“对于有认识过失来说,行为人已经履行了一定程度的结果预见义务,只是并不充分”^[9]。

可以说,新过失论处罚的是行为人没有遵守应该遵守的行为规则,即对标准行为的脱离。所以,符合逻辑的结论是:行为人认识到自己遵守了规则,就不能预见危害结果发生;如果行为人认识到没有遵守规则,应当预见危害结果的发生。进一步的推论则是:行为人因疏忽不知道自己的行为是违反规则的,是无认识过失,而行为人知道自己的行为违反规则是有认识过失。结果回避义务以预见结果为前提的,无认识过失的行为人根本没有预见结果发生,本来是谈不上回避结果的,只能说行为人有义务预见结果并回避结果。有认识过失则是基于对结果的预见而产生了回避结果的义务。而现代社会由于有用的危险行为增多和科学知识的普及,人们对于危害结果的预见能力大大提高,有认识过失应该获得了空前的表现素材,而这样的结论与司法现状有极大的反差。以交通运输为例,行为人遵守交通规则,实际上也只要遵守交通规则就尽到了注意义务,而无需防范有自杀意图的人来撞车。如果行为人违反交通规则,自然应该认识到有发生交通事故的可能性。如果这时发生交通事故,就应该认定为有认识过失,但交通肇事罪的认定与处理却时常不是这样。司法实践中交通肇事罪的判定虽然不会明

确指出其过失的类型,但都认为是忽视安全所致。驾驶人员有疲劳驾驶、接打电话等不集中注意力驾驶、不注意观察路情路况的跟车、超车、拐弯、通过路口等违章行为,虽然行为人也明知自己违章,但导致的交通事故时,主观心态认定为无认识过失;而将有认识过失的表现描述为“凭借自身技术过硬故意违章超速行驶、超车、强行并线、横穿猛插;强行闯入逆行道、禁行道行驶”等等^[10]。这其实是将重过失当做有认识过失,轻过失当做无认识过失了。

(三) 新新过失论与有认识过失之间的问题

新新过失论认为对危险的发生只要有模糊的不安感、危惧感就可以成立过失^[6]。因此新新过失论又称为不安说或者畏惧感说。新新过失论以危惧感作为预见可能性的内容,使人具有再现运用结果责任的担忧^[11]。因此在实践中除少数案件外很少使用。

新新过失论虽然应用极少,但也是过失理论的组成部分,它对于有认识过失的态度,标志着过失理论在发展中将会如何看待有认识过失的地位。即,对危害结果发生的不安感可以成立的过失类型是什么?

从学者与札幌高等法院1976年3月18日对医疗事故的判决^[12]来看,应该成立无认识过失,因为抽象的不安感不是存在预见义务的前提;但是行为人对于结果的发生有危惧感,也可以解释为对结果发生可能性的认识,对此行为人没有采取足够措施避免结果,也符合有认识过失的成立条件。只是有认识过失的下限是否要延伸到模糊的感觉上的确值得思考。但在新新过失理论中却找不到有认识过失如何解释的相关研究。

综上所述,无论是旧过失论、新过失论还是新新过失论,都是以无认识过失为样本建构的。根据这样的过失理论,缺乏对危害结果发生现实性的认识与对结果的无知一样可以课以认识义务;同时也就将对于危险的社会有用行为应该尽到的结果回避义务,等同于无认识过失的注意义务。过失理论犯下的错误是将“不要轻信”等同于“应该预见”,且“轻信”是疏忽造成的,是没有充分履行注意义务;应当预见而没有预见,也是疏忽造成的,也是没有履行注意义务的结果。如果充分发挥了注意能力,就不会“轻信”,同时也不会“没有预见”,因此疏忽是过失的核心。这样的过失理论反而混淆了有认识过失与无认识过失的界限。

指导论上对于有认识过失与无认识过失的混淆,使得对有认识过失的内涵与要素难以进行深入研究,并且想当然的以无认识过失理论来解决有认识过失问题。

二、有认识过失要素界定导致的问题

（一）认识因素存在的问题

根据我国刑法的规定以及刑法学理论,有认识过失是指行为人已经预见到自己的行为可能会发生危害社会的结果,但轻信能够避免,以致发生这种结果的心理态度。有认识过失的认识因素究竟是“认识到自己的行为会发生危害社会的结果”,还是“认识到自己的行为会发生危害社会的结果,但轻信能够避免”?有认识过失的认识因素通常认为是“认识到自己的行为可能发生危害社会的结果”。其意志因素是“行为之所以实施行为,是轻信能够避免”。因此,认识危害结果发生可能性是认识因素,而轻信能够避免是意志因素。这样在认识因素上能够与无认识过失区别,在意志因素上能够与间接故意区别。

而进一步对有认识过失与间接故意的认识因素相区别时,则认为有认识过失的行为人不仅有对于危害结果发生可能性的认识,同时还有危害结果发生可能性不会转化为现实性的错误认识。也就是说,“轻信能够避免”这种错误认识也是有认识过失的认识因素^{[13](116-127)}。

如果轻信能够避免是有认识过失的认识因素,那么有认识过失的意志因素是什么?就只能是“能够避免”危害结果,而不是“轻信能够避免”危害结果发生。因为轻信结果不发生是对于结果发生与否的认识,而不是对于结果的态度。但是“轻信”是否决然不关对结果的态度呢?似乎并没有那么简单。

在对有认识过失的认识因素进行界定时,将“轻信能够避免”作为意志因素的内容。而在与间接故意进行区别的时候,“轻信能够避免”成为了认识因素的内容。看起来好像无关紧要,其实是有认识过失要素界定与结构造成的问题,因为“轻信”是一个关涉到行为人的认识与决意的关键因素。

（二）意志因素之问题

1. 有认识过失意志因素的内容

如上所述,“轻信”如果被当作认识因素的话,意志要素就只能“避免危害结果”,而不是“轻信能够避免”。但是除去“轻信”后的“避免危害结果”似乎不足以说明有认识过失的意志要素了,因为行为人对于结果的避免态度正体现于对结果不发生的判断上。

而且,根据刑法理论的通说,有认识过失与间接故意的区别在于意志因素。所以有认识过失的意志因

素是什么,还要参考人们对于间接故意的认识。在与间接故意的意志因素进行比较时,通说认为有认识过失希望避免危害结果发生,而间接故意不希望结果发生,因而用“可能发生+放任发生”来表述间接故意的特征^{[13](119)}。

在认识到危害结果发生可能性的前提下,行为人对于结果发生的风险是知道的。要避免这个风险最有效的办法就是放弃行为,而行为人却决意行为,从这一点来看,有认识过失与间接故意极为近似。要区别两者,就必须将有认识过失对于结果的回避限定在一个明显高于间接故意的范围内。但这却是个难题。1962年西德刑法修正草案说明书认为,对于法律适用上特别重要的故意与过失的界限,立法机关应该作成决定而在草案中曾尝试定义间接故意,但最终因为争议与分歧过大而未果。所以有认识过失与间接故意的界限问题一直是刑法中最困难和最有争议的问题之一^[14]。有认识过失对于结果的回避要到何种程度,也就是间接故意对于结果接受程度的起点,德日刑法理论上对于有认识过失与间接故意意志因素的区别形成了容认说、漠然说、概然性说、表现防果意思说、认真说、决定说、具体危险说与综合说等等多种学说^{[15](81-101)}。有的是从间接故意一侧来划定故意与过失的界限,例如容忍说、漠然说、认真说、决定说等;有的是从有认识过失的角度,例如表现防果意思;还有中间立场的,例如具体危险说等。

对此国内刑法学界似乎认为“希望避免”一词足以解决有认识过失的意志问题。对间接故意意志因素则存在“不希望”“放任”“同意”“认可”“接受”“容认”等多种表达。其实“希望避免”与“不希望”“放任”“同意”“认可”“接受”“容认”之间细微的差别很难区分。例如司机开快车,乘客提醒车速过快可能会出交通事故,司机不予理会。如果发生交通事故,司机的心态究竟是间接故意还是有认识过失?对于这样的案件,通常法院会认为行为人的主观上是过失,但是凭什么认定行为人是过失,也就是凭借什么认定行为人是轻信能够避免结果的发生,没有让人信服的解释。所以在没有具体的解释与界定标准的情况下,“希望避免”与“不希望”“放任”“同意”“认可”“接受”“容认”就有沦为文字游戏的危险。

2. 间接故意与有认识过失判定标准存在的问题

对于有认识过失与间接故意如何区别,我国刑法理论虽然不及德日争议的规模,也不是没有涉及,公认的标准有两个:标准一是间接故意的行为人虽然不希望结果发生,但是也并不反对不排斥危害结果的发生,因而也就不会凭借什么条件和采取什么措施,去

防止危害结果的发生;标准二是表面上看起来似乎是行为人轻信能够避免危害结果的发生,但是这种所谓的“轻信”没有实际依据,行为人所指望的避免结果发生的那种情况根本不存在,或者虽然存在,但对于防止结果的发生毫无意义或意义极小也是间接故意。而自认为凭借诸如技术经验、知识、体力、他人的预防措施、客观条件或者自然条件能够避免危害结果发生则是有认识过失^{[13][125]}。

其实这是与有认识过失和间接故意理论界定不同的认定标准。因为“不希望”或“轻信能够避免”属于心理事实,而这两个标准却超出了心理事实的范围。根据标准一,则间接故意与有认识过失的区分,是行为人对于结果不发生有无客观凭据、行为人是否应该认识这种客观凭据;根据标准二,则两者区别在于行为人是采取阻止措施阻止结果的发生,采取的措施对于结果发生的意义。

这样,有认识过失就有两种类型:①有客观凭据的有认识过失。这时行为人没有采取措施来避免危害结果,但是行为人认识到存在客观上的有利因素。这种客观上的有利因素,从事后来判断对于避免结果发生是具有意义的;②采取措施的有认识过失。这时行为人采取了一定的措施来避免危害结果的发生。从事后判断,行为人采取的措施对于避免危害结果发生是有意义的。因此这里的“轻信”已经不是心理事实本身了。

行为入心理上对于危害结果的态度,如果停留在心理的事实层面是很难作为刑事法律的界分标准的。因此,罪过不仅是主观的心理事实,同时也应该是规范的罪责标准。所以有凭据的避免危害结果发生,比单纯的心理事实更符合有认识过失的本质。但是,实际上单纯避免危害结果的心理事实,仍然表现了强有力的倾向。例如某校长租用了4间宿舍供学生居住,为冬季取暖给宿舍安装了蜂窝煤炉,但未安装风斗。宿舍管理人员多次提醒该校长安装风斗防止煤气中毒,校长为省钱而拒绝,结果致使4人煤气中毒,1人死亡。对于该案,有学者认为犯罪主观方面为过失,原因是身为校长肯定不愿意看到这种结果发生^{[5][54-65]}。但是,行为入具有一定的生活经验,又经管理人员多次提醒,对于煤气中毒发生的可能性是有认识的。而且行为入没有不发生煤气中毒的客观有利凭据,也没有采取措施来避免中毒事故的发生,仅仅基于校长的身份就判定轻信能够避免危害结果,很显然只是出于对心理事实的分析。

再如,某隧道工地下暴雨,岩石松动,随时有塌方可能。丙为了将机械抢救出来,下令工人冲进隧道

抢运。这时发生塌方,致数人死亡,法院认定为过失^[4]。很显然,行为入就是出于一种侥幸心理,并不存在什么客观凭据。但是上述两个案的结论也不是让人无法接受的。

为什么看起来并无客观凭据,甚至是侥幸心理,却认定行为入因为“轻信”而希望避免结果发生,是司法错判?还是我们对有认识过失缺乏深入的探索,以致法律经验与法律感觉战胜了法律的逻辑?

三、“轻信”在有认识过失中的地位

有认识过失之“轻信”以认识为前提,是行为入对认识内容的判断,却又难说是认识本身;“轻信”同时也是对结果的信赖,但又似乎不同于对结果的态度。在现行过失理论中,“轻信”徘徊在认识因素与意志因素之间无处安身。

(一)“轻信”的称谓与内涵

以“过于自信”来称谓有认识过失是不妥的,因为立法用语就是“轻信”。而且“轻信”是站在立法者的角度对于行为入判断的否定,自信则是相信自己这一心理事实。而有认识过失处罚的正是行为入认识到了危害结果发生的可能性,但是从一般人看来行为入过于轻易地相信该结果不会真的发生。以“轻信”来称谓有认识过失虽然符合立法的规定,但有认识过失是有凭据的判断与相信危害结果不发生。从字面来看,轻信就是没有凭据与依靠的相信,所以有认识过失的所谓轻信最多只能说是错信,这也是笔者坚持以认识要素相称谓的理由。但为了行文方便,本文还是按照习惯使用“轻信”一词。

“轻信”从内涵上包括何种内容呢?笔者认为,首先包括对行为入认识内容的判断,其内容是危害结果发生与否。这一部分内容与认识因素相连;其次轻信还包括行为入对于判断的信赖,行为入对于结果不发生是有理由的信赖。这部分与意志因素相连。这也是“轻信”时而属于认识要素,时而属于意志要素的原因。所以,“轻信”包括行为入对于结果不发生的判断,同时“轻信”也不是没有包含对于结果的态度,如果行为入将危害结果的发生估算在行为结果之内,行为入不会决意行为,轻信也就表明行为入对于结果的态度是避免。

正是行为入对结果不发生的错误认知,使得有认识过失处于和无认识过失一样的状态,即没有将危害结果发生估算在行为的结果之内。“轻信”是一个连接认识要素与意志要素的中枢,对于认识要素来说,轻

信的原因是认识错误；对于意志要素来说，轻信是对结果回避态度的前提。因此笔者认为，所谓“轻信”的内涵就是行为人对于结果不发生的判断与信赖。

（二）“轻信”与认识因素之间的关系

刑法第14条对于故意的认识表述是“明知自己的行为会发生危害社会的结果”。刑法第15条对于有认识过失的认识因素规定为“已经预见”。从“明知”与“预见”文字本意来看，“明知”为明确知道，而“预见”是事发之前对结果的推测。但理论上认为两者都只是预见到危害结果发生的可能性。要在对可能性的认识中分出认识的层次尽管是可能的，但是同样的认识程度，不同的人做出的判断却可能截然不同。例如，有的人认为买彩票中奖的机率微乎其微而从不染指，有的人却认为自己运气很好可能会中奖而乐此不疲。在同样的认识机率下，对于结果发生的态度可以是希望避免，也可以是放任结果发生，甚至是积极追求危害结果发生。这样看来，认识程度的高低无关紧要。

但是，认识程度的高低在很多情况决定了行为人如何判断自己行为的结果。下面的案件都在一定程度上引起了争议，似乎关乎行为人的认识因素问题。

案例一：被告孙传铭醉酒后无证驾车，在与同向行驶的车追尾后，驾车逃逸时越过双黄线与4辆轿车相撞，导致4人死亡、1人重伤。2009年7月，法院认定孙的行为构成以危险方法危害公共安全罪，判处死刑。一般人虽然认识到违章驾车可能会发生危害结果，但孙长期无证驾驶并有多次交通违法记录，其肇事时醉酒、越过双黄线的行为，无论是他还是一般人对于危害结果发生的认识程度大大增高，这就使得法院认为孙主观上放任了危害结果。

案例二：德国的“皮带案”中的2名被告打算用皮带勒昏被害人夺取财物，因担心被害人死亡，改用沙袋闷昏被害人未果。被告人再回头使用皮带，在将被害人勒昏过程中，其中一人为确定被害人是否已经无力挣扎更勒紧皮带时，另一人发觉而制止。取财后，见被害人昏迷已久心生怀疑，进行人工呼吸抢救却已经无力回天。法院认为，在认知要素上行为人很清楚行为的危险性，因此对结果已有估算。即使结果非行为人所愿，也属于认可了结果的发生。

可以说这两个案件中的行为人都希望危害结果的发生，甚至在“皮带案”中行为人还采取了措施避免危害结果。法院在解释为何认定故意时，倚赖的是行为人的认识要素，也就是说，认识要素成为有认识过失与间接故意的区别关键。但一直以来，有认识过失与间接故意的区别在于意志要素，而两者的认识要素是相同的。

笔者看来，其实这两个案件的认定，并非决定于认识结果发生的可能性本身。对于前一个案件，法院认为在认识程度大大增高后，孙传铭已经无法“轻信”了。对于后一个案件，法院认为行为人的行为危险性很大，对于结果不发生的“轻信”是不可能存在的。因此是“轻信”的存在与否，而不是认识的程度决定了行为人的主观内容。

（三）“轻信”与意志要素的关系

在对危害结果发生可能性有认识的前提下，间接故意行为人的判断为“会发生危害社会的结果”，并且已经将结果估算在行为引起后果的范围之内。有认识过失虽然有对于危害结果的认识，但是在判断上相信结果不会发生，即行为人由于判断错误没有将结果的发生估算在内。例如前述煤气中毒案件，校长虽然没有采取措施，也没有客观的有利凭据。但是从煤气中毒案件发生的概率上来看，可以认为行为人信赖自己的判断是有一定道理的。因此，对于有认识过失来说，行为人存在着判断上的错误，而且基于对这个错误判断的信赖决意行为；而间接故意不存在影响行为人决意的错误判断。德国学者威尔则尔也认为就有认识过失来说“对结果不发生的信赖，是独立的意欲要素。”^{[15](87)}

在刑法中，行为人对于自己或者他人行为的信赖，可以成为减轻罪责或免除罪责的理由是由来已久的。在新过失论的发展中，信赖原则也在刑法领域受到关注，成为日本、英、美等国刑法中比较常用的一个概念。所谓信赖原则，指在有关多数人的事件中，与该事件有关的人，信赖其他有关人遵守规则采取适当的行动，如果其他有关人无视规则等采取不适当的行动，他与自己的行动相结合发生构成要件的结果，对其结果不追究过失责任的原则^{[6](261-262)}。有认识过失也是在信赖危害结果不发生的判断之下，从而决意行为。只是行为人的信赖是基于错误的判断而已，从而行为人应当对自己的行为承担过失责任。

可见，“轻信”在有认识过失中是个非常关键的要素，当它藏身在认识要素中时，似乎认识要素决定了意志要素；当它藏身于意志要素时，使得无凭据的回避结果发生的心理事实成为认定过失的依据。虽然现在刑法理论也在重视有认识过失的“认识错误部分”，即“轻信”。但是“轻信”被当作是认识的内容时，往往与无认识过失混淆，因为轻信的原因是疏忽；而“轻信”被当作意志内容时，与间接故意又难以区分，因为“轻信”很可能认为是“不希望”“放任”“同意”“认可”“接受”“容认”的原因。基于行为人对于结果不发生的判断与相信的巨大能量，它在有认识过失

中的地位应该重新予以考虑了。而对于“轻信”地位的重新考虑,又必然影响到有认识过失要素与构造。

四、有认识过失的要素与结构

(一) 有认识过失的结构

要分析有认识过失的要素与结构,首先要了解有认识过失有其独特的构造形式,笔者以案例和结构解析的方式进行说明:

案件:行为人知道为防止火灾在仓库禁止吸烟,但是行为人认为自己是在棉花仓库吸烟,而不是在油库吸烟,自己比较谨慎的话不会引起火灾,结果吸烟导致仓库被烧毁。

一般逻辑判断过程是:

在仓库吸烟可能引起火灾——大前提;

行为人在棉花仓库吸烟——小前提;

行为人也可能引起火灾——结论。

如果行为人对于大前提与小前提都有认识的话,必然有对结论的认识。这是典型的间接故意心理状态。

而有认识过失的判断过程不同,其顺序是:

在仓库吸烟可能引起火灾——大前提; (对结果发生可能性的认识)

在棉花仓库吸烟,引起火灾的可能性不大 + 很小心用火可以避免火灾——另一个判断的大前提(错误判断的凭据);

我在棉花仓库吸烟,我很小心用火——另一个判断的小前提(错误判断);

所以我不引起火灾——另一个判断的结论(对结果不发生的错觉);

行为人在棉花仓库吸烟——小前提;(没有认识,对于有认识过失来说是空缺的);

行为人也可能引起火灾——结论。(没有认识,对于有认识过失来说是空缺的)

对于空缺部分之所以列出来,是因为行为人有作出正确判断的可能性。

可见,有认识过失虽然认识到正确结论必须具备的大前提,但却以另一个三段论替代了之后的小前提与结论,因而也就决定了有认识过失的要素与内涵的独特性。

(二) 有认识过失的认识因素

有认识过失的认识因素是行为人对危害结果发生的可能性有认识。有认识过失的认识因素所指“可能性”是什么,好像是不言自明的问题,所以鲜有研究。

1. “可能性”的内涵

以上述案件为例,行为人知道,为防止火灾在仓库禁止吸烟,这时行为人对“在仓库吸烟可能引起火灾——大前提”,是有认识的。而对于“行为人在棉花仓库吸烟——小前提;行为人也可能引起火灾——结论”无认识。前者属于“对结果发生可能性的认识”;后者属于对于结果发生的现实性没有认识。

行为人预见到行为可能导致危害结果发生在概率上的可能性,是否属于有认识?笔者认为,只认识到危害结果发生的抽象可能性还是不够的。对于危害结果发生可能性的认识应该是具体的、行为时的认识,即对伴随具体行为的危险是否存在认识。例如,认识到只要驾驶汽车就有可能发生交通事故,不是对危害结果发生可能性的认识。只有行为人在驾车时有违章行为,行为人对此有认识,才是对危害结果发生可能性的认识。

2. 与无认识过失和间接故意要素的区别

对无认识过失而言,不仅没有认识到结果发生的现实性,也没有认识到结果发生的可能性,即对于前述“一般逻辑判断过程”都没有认识。这在业务过失中比较少见。之所以有认识过失容易与无认识过失混淆在于,将有认识过失中不存在的部分,即小前提与结论作为无认识的内容。

对间接故意而言,行为人对于“在仓库吸烟可能引起火灾——大前提”与“行为人在棉花仓库吸烟——小前提与行为人也可能引起火灾——结论”都有认识。现在之所以认为两者认识要素相同,是因为将对有认识过失来说是空缺的小前提与结论作为“错误认识”。其实对自己的吸烟行为会引起火灾,行为人不是出现了错误认识,而是因为出现了错误的判断,使得这部分认识根本就不存在。即因为出现了错误的判断,所以行为人对于自己吸烟会引起火灾没有认识。

(三) 有认识过失的判断与信赖要素——轻信

通过对有认识过失的逻辑结果进行分析,我们已经了解了,有认识过失与故意不同,不仅在于对于危害结果的态度,更在于对危害结果不会发生的判断与信赖。因此有认识过失与间接故意的区别不仅是“希望避免结果”与“不希望结果发生”之间的差别,还在于“相信危害结果不会发生”与“希望结果不发生”之间的不同。单纯的希望结果不发生并不能否定故意的存在,行为人冒险实施危险行为来赌运气的做法在正常情况下是不被社会允许的。这样,行为人虽然不希望危害结果发生,但不能确信结果不会发生的冒险

行为就排除在有认识过失之外了。而虽然经过提醒、劝告、警告，但行为人基于生活经验与结果发生的概率较低仍然相信结果不会发生，则是有认识过失。对于现代社会而言，随着社会危险行为的增多与人们认识水平的提高，在一些具有危险性的业务过失上，对于结果完全没有认识的情况是比较少见的。反映在现实中，就是行为人对违背了职务或者业务的要求是认识的，但对于结果的发生没有认识，这正是典型的有认识过失。

对于有认识过失而言，行为人认识危害结果发生可能性后，进一步判断危害结果发生的实际性时，由于轻率而错误的相信危害结果不会发生。也正是这个错误的判断与信赖导致行为人没有采取足够的措施来避免危害结果，同时也拉平了无认识过失与有认识过失之间的差距，使得有认识过失是过失而不是故意。

2000年11月，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》第六条规定，“行为人在交通肇事后为逃避法律追究，将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃，致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的”，以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。从心理事实来分析，交通肇事后“将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃”的行为人，未必没有避免危害结果的心理，但是交通肇事的行为人虽然不愿意看到受害人死亡的结果，却很难肯定行为人相信该结果不会发生；而对煤气中毒案件来说，相信不会发生煤气中毒则在一般人的经验与判断上是可能的，所以没有采取措施避免煤气中毒事故的校长被认定过失。可见在间接故意中，认识因素其实包含了判断因素，其认识内容包括了“会发生”这个判断在内。有认识过失的认识与判断是分离的，认识结果的可能性与判断不会发生是能被包含的。

（四）有认识过失的意志要素

1. 有认识过失的心理态度

犯罪的主观方面反映人对于犯罪的态度，所以必然有其心理的事实存在。有认识过失对于危害结果的心理态度是避免危害结果。

首先，与无认识过失相比，有认识过失对于危害结果发生可能性是有认识的，所以对于结果的态度有现实的心理事实。而无认识过失根本就没有认识到危害结果，谈不上对危害结果的态度。例如甲意图在邀乙打猎时杀乙，但在出发前准备杀人枪支时因擦枪走火打死乙，一般都认为成立过失致人死亡。这时危害结果根本就没有在行为时的考虑范围内，即行为人没

有认识到擦枪行为引起的危害结果，即使危害结果符合他的愿望也只能认定为过失。所以在无认识过失中行为人对危害结果的态度是一种推定，而不一定是行为人的真实态度。有认识过失因为知道危害结果发生的可能性，所以，才能谈到对于危害结果的避免态度。因此对于有认识过失来说，对待危害结果的反对态度不是推定的而是现实的心理态度。

在日本刑法学界，小野清一郎主张，有认识过失比无认识过失严重，所以，有认识过失在多数情况下为重大过失。滕木英雄则认为，重大过失与业务上的过失是同样的，两者以基本相同的思想作为立脚点较为恰当。即应以行为的违法性和在社会中的重要性着眼，与一般过失相比，理解为应给予特别重处罚的为重大过失。并认为，在立法上，业务上的过失与重过失，统一考虑为重过失更为妥当^{[7](137-142)}。前者被称为主观说，后者被认为是客观说。对于主观说，学者们一般认为不恰当，因为这是在刑事政策上鼓励行为人不不要去认识危害结果发生的可能性，这种观点在实践中也是有害的。笔者认为刑事政策只是其中的一个原因，更为重要的是，对于同样的危险行为而言，有认识过失发挥了人的认识能动性，并且就危害结果发生与否进行了积极判断，无认识过失则根本没有发挥人的认识能动性。从意志因素上来看，无认识过失对于危害结果的态度是推定的，而有认识过失对于危害结果的反对态度是可以实证的，所以两者的罪责很难进行横向的轻重比较。

其次，与间接故意相比，间接故意并不追求危害结果的发生，对于危害结果不包括希望的心态。但不希望只是指行为人不愿意看到危害结果，不一定表明行为人完全不接受并决意避免该危害结果。因此希望避免结果认定为过失，恰恰是刑法理论与司法实践都反对的做法。在刑法理论上对于结果的不发生完全是抱着侥幸、碰运气的心理，一般不认为是过失^{[13](125)}。因此心理事实只是行为人对结果态度的一部分，另一部分是行为人的决意要素。

2. 有认识过失的决意要素

有认识过失与故意都有决意要素，即行为人基于对危害结果发生的判断，而决定行为与否。有认识过失行为人虽然决意为危险行为，但是在相信危害结果不会发生的判断下为危险行为的，因此其心理上并不认为自己的行为会侵害法益，所以有认识过失的决意是非法益侵害的决意。间接故意的行为人没有对结果不会发生的判断与信赖，因此故意的决意是侵害法益

的决意,正是因为有认识过失的决意与故意的决意性质是完全不同的,所以故意责任与过失责任也有巨大的差异。

在心理态度与决意要素之中,决意要素是关键的决定要素。心理要素是决意的基础,并影响行为人的决意过程。但是决意要素决定了心理要素的性质。由于人心理的复杂性,对于危害结果的发生,行为人可能确实在心理上不愿接受,在行为时极力挣扎,事后也极为后悔和充满歉意,但是只要在行为时将危害结果的发生估算在内,就不能掩饰其对结果的真实态度。

总之,有认识过失虽然是过失的类型,但其独特之处是以无认识过失为蓝本的过失理论所不能包含的,特别“轻信”应该如何认定与判断,怎样建立一套科学的标准是需要深入研究才能充分揭示的。

参考文献:

- [1] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 347.
- [2] 赵秉志. 犯罪总论问题探索[C]. 北京: 法律出版社, 2003: 288.
- [3] 平野龙一. 刑法概说[M]. 东京: 东京大学出版会, 1977: 84.
- [4] 张明楷. 外国刑法纲要[M]. 北京: 清华大学出版社, 1999: 232.
- [5] 韩玉胜. 刑法各论案例分析[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004.
- [6] 马克昌. 比较刑法原理(外国刑法学总论)[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002.
- [7] 藤木英雄. 过失犯的理论[M]. 东京: 有信堂, 1969.
- [8] 林亚刚. 德、日刑法犯罪过失学说介评[J]. 法学评论, 2002, (2): 139-146.
- [9] 王保红. 论犯罪过失中结果预见义务的预见对象[J]. 法制与社会, 2008, (1): 25-27.
- [10] 高秀东. 交通肇事罪的认定与处理[C]. 北京: 人民法院出版社, 2005: 128-134.
- [11] 藤木英雄. 过失犯——新旧过失论争[C]. 东京: 学阳书房, 1981: 144-147.
- [12] 松尾浩也. 刑法判例百选 I 总论[M]. 东京: 有斐阁, 1997: 108.
- [13] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2007.
- [14] 李海东. 刑法原理入门[M]. 北京: 法律出版社, 1998: 60-61.
- [15] 许玉秀. 主观与客观之间(春风煦日论坛——刑事法丛书系列)[M]. 台北: 自版, 1997.

On cognitive negligence and its factors

ZHANG Jihan

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: In the doctrine established of the inadvertent negligence, not knowing the result of the occurrence and not knowing the reality of the result occurred are confused. This situation makes the boundaries of cognitive negligence and inadvertent negligence unknown. Credulity is the crucial factor which connects the factor of knowledge and the will factor. The largest difference between the cognitive negligence and indirect intent is not the will against the harmful consequences, but the decision to act lies on the belief of whether harmful consequences taking place. So the disbelief of the coming of harmful consequences is crucial factor of the construction of the cognitive negligence. The will of the cognitive negligence consists of the attitude against the harmful consequences and the disbelief of the coming of harmful consequences and the decision to act lies on the belief of no harmful consequences to take place.

Key words: cognitive negligence; credulity; factor of knowledge; will factor

[编辑: 苏慧]