



过失犯论关键问题的新展开

热点聚焦

□ 周光权 (清华大学法学院教授、博士生导师)

关于过失犯的构造,存在旧过失论与新过失论的对立,这是我们今天耳熟能详的基础理论。这种争论,是讨论过失犯问题时无法绕开的关键点,也是讨论结果回避可能性问题时不可忽视的背景知识。在旧过失论中,结果回避可能性问题虽然没有被彻底忽略,但不可能成为关注重心或思维起点。旧过失论认为,故意犯和过失犯的构成要件是相同的,仅仅在责任形态上有差别。例如,故意杀人罪和过失致人死亡罪的客观构成要件相同,且都引起了被害人死亡的结果,差异在于故意杀人罪的行为人对于构成要件事实有认识、预见,而过失致人死亡罪的行为人仅对构成要件结果有认识或预见的可能性。因此,过失只不过是到达故意的一种可能性而已。在此意义上,旧过失论重视结果预见可能性,其仅从主观责任要素出发限定过失犯。但是,一方面,预见可能性无法量化;另一方面,对行为人预见范围的确定有可能随意扩展;只要不是在沙漠里或其他人迹罕至的地方开车,司机对致人死伤都有一定程度的预见可能性。即便是要求行为人有具体的预见,或有意对具体预见可能性进行限定,但一遇到与监督过失、管理过失等有关联的具体案件时,又无意中就对预见可能性进行抽象化、缓和化。所以,单靠预见可能性很难限制过失犯的成立范围。

鉴于以结果预见可能性为核心的旧过失论存在明显“硬伤”,修正的旧过失论(在责任论)的结果预见可能性之外,承认结果回避可能性在构成要件该当性中的体系性地位,肯定过失犯的实行行为性。但如此修正仍然难以令人满意。

也正考虑到旧过失论及其修正理论的不足,新过失论开始登场,尤其是随着交通运输、矿山开采等领域的发展,人们必须承认一些被允许的过失,对过失犯的范围就必须有所限定,就有必要从对基准行为的偏离程度这一视角出发来判断过失犯,从而建立判断的客观性、可视化标准。也就是说,一个行为虽然造成了危险,但其和特定行业、领

域所要求的(主要为了避免危害结果发生的)标准行为之间没有大的偏离的,不能认为行为人违背了客观的注意义务,其不是过失行为,自然就没有过失犯成立的余地。

新过失论重视“基准行为”,但并不认为凡是违反了行业标准或行政规定,造成死伤结果的,就可能成立过失犯,从而避免滑向“结果责任”。在新过失论那里,不是所有义务规定、业务要求都是行为标准,而是跟法益侵害有关系的义务,才是行为人的需要去履行的,即一旦违反就可能造成法益侵害的义务,才是过失犯的行为基准。比如,超速行为。与此无关的,则不能成为行为基准。比如,司机未带驾照的行为。如此一来,过失犯论的核心,应当定位于行为是否偏离标准样态以及客观上的结果回避义务能否履行、结果回避可能性是否存在上。这样的思维方式,符合自由刑法观的要求。刑法必须合理划定个人自由活动的空间,以避免不当干预个人的正常社会生活。以致人死伤的行为为例,针对故意杀人罪而言,由于被告人没有杀人的自由,所以追究其刑事责任是天经地义的;但对交通肇事致人死亡而言,由于被告人有驾车出行的自由,其驾驶机动车所伴随的风险必须被允许,因此,对交通肇事犯罪行为的评价必须重点考察行为人对道路交通安全法律法规所确立的基准行为之后所产生的防止结果发生的义务。

立足于结果无价值论的旧过失论仅从主观责任要素出发限定过失犯的做法并不理想;修正的旧过失论承认结果回避可能性的体系性地位,试图从客观构成要件角度限定过失犯,但是这样的思考方式已经从结果无价值论滑向了行为无价值二元论。这样说来,在过失犯领域,结果无价值论不可能贯彻到底,修正的旧过失论再声称其与新过失论有多大差别就没有实际意义。这也说明,在过失犯领域,行为无价值(二元)论和结果无价值论的实质性、根本性对立已经不再存在,围绕过失犯构造展开的争论,即旧过失论、新过失论(甚至新新过失论)的抽象争论,已经不再像以往那么激烈。过失犯论的问题被逐步聚焦到“预见可能性”和“结果回避可能性”等具体问题上。

《过失犯的结果回避可能性研究》一书对过失犯罪中的结果回避可能性问题进行了详细分析,作者

的问题意识强烈,选题的重大理论和实践价值不言而喻。为写作本书,作者杨绪峰收集了与本专业有关的、几乎所有的重要文献,并对其进行了合理运用,对司法实践中处理过失犯罪时遇到的与结果预见可能性、结果回避可能性有关的难题进行了认真梳理。本书的核心观点是:结果回避可能性存在双重定位,即事前的结果回避可能性与事后的结果回避可能性。其中,事前的结果回避可能性包括了结果回避义务的履行可能性和履行必要性;事后的结果回避可能性探讨的则是义务违反关联性或者结果回避义务的履行有效性。

我认为,如此二元地理解结果回避可能性是有道理的,符合行为无价值二元论的内在逻辑。根据行为无价值二元论,犯罪是违反行为规范,进而造成法益侵害的情形。这里的违反行为规范,是指行为人通过其实行行为创造了法所禁止的危险(行为无价值),对其应从“事前”(行为时)的角度加以判断;造成法益侵害,是肯定了过失犯都是结果犯(结果无价值),对其应由法官在“事后”(裁判时)予以判断。所以,过失犯的违法性评价存在行为时与裁判时两个时间点。根据新过失论,对于过失犯违法性的审查,应当立足于事前,根据行为时行为人急于关注结果回避措施而违反结果回避义务,分析其对于制造法益风险的态度,判断其行为无价值,这是“事前”判断;而对风险实现的“事后”判断,则是为了通过对结果发生的分析再次“验证”行为时点实行行为的危险性,在这个意义上,事前和事后的判断就保持了一致,成为一体而非相互矛盾的判断。

就本书所涉及的结果回避可能性而言,根据行为时的视角,结果一旦发生带来的损害不堪设想,令人感到恐惧,所以,在“行为时”明显看来有造成法益侵害危险,就要要求行为人实施能够避免结果发生的行为,这就是事前的结果回避可能性;行为人“并未回避结果”的行为最终造成危害后果,该结果具有义务违反关联性,或者客观上可归责于行为人,是对行为时不履行结果回避义务具有显而易见的危险性的判断准确性加以“验证”。由此可以得出结论:新过失论视野中的结果回避可能性,是指(根据事前判断得以确认的)行为的危险性以及(从事后判断的角度)通过结果发生被再次“确证”的情形。



本书在对过失犯进行体系思考的同时,特别重视对问题的思考。在具体问题的解决方面,作者集中处理结果回避可能性问题的六大司法难点(包括预见可能性的说理难点、结果回避义务的判断难点、合义务替代行为的筛选难点、同一侵害结果的认定难点、结果避免标准的选择难点、规范保护目的的定位难点)。作者明确主张,利用规范保护目的理论解决结果回避可能性问题的做法值得商榷,由于注意规范保护目的的范围不明确、不具体,有必要对其适用空间进行限缩。与此同时,作者对司法机关处理类似案件时的态度进行了细致总结,并对德国、日本处理结果回避可能性问题的不同学说等进行了评述,尤其对“负犯感说”的利弊进行了分析,在此基础上,表明了本人的立场。

本书的创新性体现在:一方面,作者通过打造简明的过失犯构造,将过失不法的实质表述为“结果的预见可能性以及可归责的结果回避义务之违反”的预见可能性,在这个意义上,事前和事后的判断就保持了一致,成为一体而非相互矛盾的判断。

关于过失犯论的研究,还有一些未竟的课题,例如,对我国犯罪构成四要件说之下如何处理结果回避可能性这一问题的研究还有待加强,对侧重点有所不同的德国和日本刑法学理论如何准确把握以及将不同国家刑法学者的观点如何更好地加以整合这方面还有待展开。此外,如何整合好对外国理论的评述和学者本人观点的提出之间的关系,也是研究结果回避可能性以及过失犯论时值得关注的课题。

(文章为作者《过失犯的结果回避可能性研究》一书所做序言节选)

观点新解

杨继文谈在线诉讼场景理论——追求的是一种技术治理和精准治理

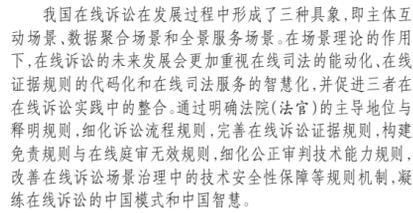


华东政法大学杨继文在《法制与社会发展》2023年第3期上发表题为《在线诉讼场景理论的建构》的文章中指出:

在大数据时代,信息技术的迭代发展促使诉讼形式从线下转向线上。在在线诉讼的技术理性与程序理性的交互作用下,传统意义上线下的司法碎片化场景逐步发展为基于网络基础设施连接各个主体进而形成最大公约数的在线诉讼场景。以互联网方式和在线庭审活动为主要特征的中国自主的在线诉讼场景理论得以形成,这体现为以解释异质化认识为目的的不同场景与类型化应用规则。

在线诉讼是一种在“网络场景”下实现的司法网络化类型,其逐步对传统线下的诉讼主体、诉讼行为以及证据审查判断与事实认定等行为方式产生根本性的变革作用。司法的在线场景,技术和人道相融合的基本要求。在线诉讼的场景与传统线下的司法应用场景存在明显的差异。生产生活中的行为、关系和事件从生物形态的“场域”转向信息形态的“场景”,后者具有的远程临场、即时互动、扁平流动、个性多元、全景呈现的属性,使以前的不可想象变成了现在的生活常态。在在线诉讼中,场景中的各种诉讼参与人更加容易实现“场景性公正”(场景化的数字正义),更能实现对各方主体权益保护的互动化和精细化。在线诉讼场景理论在本质上追求的是一种“协同—复合”治理形式,在在线诉讼场景中,法院通过内部的内部关系协调与技术的外部导向作用进行综合治理,在制度化的在线诉讼具体操作与场景化的在线诉讼主体情境和关系维度中实现虚拟与现实的吻合。从保障路径和应用范式来看,在线诉讼场景理论追求的是一种技术治理和精准治理。

我国在线诉讼在发展过程中形成了三种具象,即主体互动场景、数据聚合场景和全景服务场景。在场景理论的作用下,在线诉讼的未来发展会更加重视在线司法的能动化,在线证据规则的代码化和在线司法服务的智能化,并促进三者在线诉讼实践中的整合。通过明确法院(法官)的主导地位与释明规则,细化诉讼流程规则,完善在线诉讼证据规则,构建免责规则与在线庭审无效规则,细化公正审判技术能力规则,改善在线诉讼场景治理中的技术安全性保障等规则机制,凝练在线诉讼的中国模式和中国智慧。



尹建国谈危害国家安全网络有害信息的范围判定——应遵循比例原则等基本法律原则



华中科技大学法学院尹建国在《法学评论》2023年第3期上发表题为《危害国家安全网络有害信息的范围判定与法律边界》的文章中指出:

危害国家安全的网络有害信息直接威胁一个国家的生存与发展的基石,是世界多国高度警惕并重点打击的有害信息类型。缘于国家安全概念本身的内涵不确定性,并基于不同国家面临的不同历史传统、制度背景、文化特征和社会共识,各国对危害国家安全网络有害信息内涵与外延之界定并不一致,并在具体判断标准和边界勘定方面存在较多模糊之处。对我国而言,新形势下,亟须统一、明确界定危害国家安全网络有害信息的法律范围,这不仅体现我国网络信息规制的口径和网络法治发展的程度,更是深入贯彻“总体国家安全观”,全面维护国家安全权益的客观前提和基本保障。

既有立法针对危害国家安全网络有害信息范围规定尚存在抽象性、粗放型、不统一等问题。准确界定“国家安全”之内涵与外延,是判定此类有害信息法律范围的基础和前提。在科学界定“国家安全”内涵与外延的基础上,可将危害国家安全网络有害信息的法律范围,主要界定为危害一国政治制度、政权稳定、国家统一、党的领导、国家安全、政治意识形态、民族团结等利益的网络安全虚假信息、诽谤性或煽动性言论信息,其危及的国家安全利益集中于国家政治安全、文化安全、社会安全等领域,并主要体现在政治制度、意识形态、上层建筑、思想文化等方面。当前环境下危害我国国家安全的网络有害信息,主要包括危害国家政治安全、文化安全、社会安全的网络有害信息三大基本类型,其在实践中则主要演绎为六种具体表现形式。判定此类有害信息的具体范围,应遵循比例原则等基本法律原则,并根据个案灵活运用“双轨”“双阶”理论及“明显而即刻的危险”等具体审查标准,以填补和充实比例原则的具体内涵与指向。比例原则是平衡国家安全与表达自由等权益的核心原则。

为尽量减少对危害国家安全网络有害信息的“误判”“误杀”,除正面归纳其基本类型和判断原则与标准之外,也有必要从反面排除和豁免对国家安全不构成实质危害的网络“疑似有害信息”。为均衡国家安全和表达自由等权益,需将政治表达中的过激或抱憾性言论、学术研究中的评价或错误观点、部分内容不实或夸大的公共言论,针对具体国家机关及工作人员的批评言论等排除在危害国家安全网络有害信息的法律范围之外。

(赵珊珊 整理)

低龄未成年人犯罪核准追诉的几个程序问题

前沿话题

□ 刘仁文 (中国社会科学院法学研究所研究员)

刑法修正案(十一)有条件地降低了未成年人犯罪的刑事责任年龄。其中,“经最高人民检察院核准追诉”被认为是追究低龄未成年人刑事责任的前置审查程序。

由侦查机关的上级人民检察院启动报请审查

依刑事诉讼法规定,检察机关在办理低龄未成年人故意杀人、故意伤害案件的核准追诉时,应当以地市级管辖为原则。但到底由哪一级别的检察机关启动报请程序?

笔者主张由同级检察机关启动报请程序。从实践看,(低龄未成年人)故意杀人、故意伤害案件大部分是区县公安机关侦办,也有个别是地市级公安机关侦办。根据《最高人民检察院关于办理核准追诉案件若干问题的规定》,对法定最高刑为无期徒刑、死刑的犯罪,已过二十年追诉期限,须报请最高检核准追诉的,由案件侦查机关的同级人民检察院受理,即区县公安机关侦办的,就由区县一级的检察机关受理;地市级公安机关侦办的,就由地市级一级的检察机关受理。这里的追诉期限之核准与追诉年龄之核准,存在可类比性,两者应当尽量一致。另外,由同级检察机关来受理,也便于检察机关与直

接办理案件的公安机关沟通,必要时共同商量最佳解决方案。

采用逐级上报、层层审核并最终由最高检来决定是否核准的方式

为保证案件质量,提高办案效率,充分发挥各级检察机关的审查职能,应在逐级上报最高检的过程中,赋予地方各级人民检察院及时进行审查的职责。具体而言,在启动报请核准追诉程序后,各级检察机关同样应对低龄未成年人犯罪案件进行实质审查,并经检察委员会讨论决定,认为不符合刑法第十七条第3款规定的实体性要件规定的,应在报告中说明自己不同意核准的意见及理由;认为符合核准追诉条件的,则应在报告中说明自己同意核准的意见及理由,均层报最高检核准。

最高检在收到省级检察机关报送的核准材料后,应当及时进行实质审查,必要时派人到案发地了解与案件有关的情况,最后根据罪名范围、结果要件和情节要件,适当结合刑事政策的考量,作出是否核准追诉的决定,并制作核准追诉决定书或者不予核准追诉决定书,逐级下达至最初受理启动报请程序的检察机关,并由其通知具体办理此案的公安机关。最高检决定核准追诉的,启动报请程序的人民检察院依法进入审查起诉环节;最高检决定不予核准追诉的,启动报请程序的人民检察院应当立即通知和督促公安机关撤销刑事案件,并按照预防未成年人犯罪法的相关规定,对涉罪低龄未成年人转处矫治教育、专门教育或专门矫治教育等其他措施。

报请核准期间的案件性质与涉案低龄未成年人的安置

首先,应当将此类案件的侦查阶段和报请核准期间视为刑事案件的追诉环节。虽然低龄未成年人犯罪在最高检核准追诉前,其身份还具有不确定性,但将该类行为人为犯罪嫌疑人并无法律上的障碍,因为刑事诉讼法第一百二十二条对刑事立案条件的规定是侦查机关“认为有犯罪事实需要追究刑事责任”,这里的关键是“有犯罪事实”,至于是否“需要追究刑事责任”,取决于侦查机关的“认为”。如果发生了低龄未成年人故意杀人、故意伤害的事实,侦查机关不选择专门矫治教育的途径,就说明它认为需要追究刑事责任。

其次,鉴于目前很多地方还没有设立规范的专门矫治教育场所,在报请核准追诉期间,为防止实施了故意杀人、故意伤害未成年人出现再次危害社会的行为,应对其采取必要的临时保护性约束措施,可以考虑临时安置在看守所设立的专门区域,与其他羁押人员分别关押、分别管理、分别教育。这种安置不能等同于羁押性刑事强制措施,因为它还带有保护涉案低龄未成年人的性质(防止被害人一方因情绪激动或决以为国家不同不同而采取不理性的行为)。也正因此种定位,对被安置在看守所的涉案低龄未成年人应采取关爱的态度和措施,唯此才能与羁押性刑事强制措施区分开来,也才不致与刑事诉讼法严格限制对未成年犯罪嫌疑人适用羁押性强制措施的精神相冲突。



当事人诉讼权利的保障

为确保核准过程中的兼听则明,应当允许涉案低龄未成年人一方有权聘请律师,并畅通律师参与、保证其意见被认真听取的渠道和机制。

虽然低龄未成年人在报请核准期间的犯罪嫌疑人身份还具有一定的不确定性,但既然整个案件都是按刑事诉讼程序来办理,而且允许其聘请律师不仅有益于其权益保障,也有益于办案质量,那就应当按照刑事诉讼法的规定,保障犯罪嫌疑人自侦查阶段开始的律师辩护权。需要注意的是,刑事诉讼法明文规定了未成年犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人的,人民法院、人民检察院、公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。这一要求也适用于报请核准的低龄未成年犯罪嫌疑人。具体而言,从启动报请的检察机关开始,直至最高检,各级检察机关在决定自己意见的时候,都应当听取其律师的意见。

(文章原文刊载于《法学》2023年第7期)

债权人利益保护与预期违约制度适用

前沿观点

□ 闫柯

预期违约,又称先期违约,是指债务人在债务到期前明示或默示地表示拒绝履行。预期违约制度使得债权人在债务人履行合同过程中出现不利情形时,有了及早采取应对措施的法律依据,从而有助于债权人尽快制定相应对策,帮助当事人及时从奄奄一息的合同关系中解脱出来,加速财产流转,降低财产损失。

我国民法典规定的预期违约制度,可在宏观、中观、微观三个层面寻其踪迹。首先,民法典合同编以合同是否已届清偿期划分了实际违约和预期违约两种违约形态。其次,预期违约在合同解除和合同履行制度(不安抗辩权)中的关联应用,是应用范围广、实践特征强的一种中观适用。最后,则是散落在合同编其他有名合同规则之中,体现着预期违约制度特点的微观层面适用规则。笔者从债券违约纠纷这一具体场景出发,探讨预期违约制度在具体适用时的特殊表现和利弊影响,创新提出抑制适用的实践主张。

预期违约制度是在现代社会发展过程中,以追求经济效率和财产流转为目的,由多种经济要素和社会原因共同促成的,与传统违约行为的适用前提并不相同,但正因如此,预期违约制度在适用过程中的缺陷也逐渐显现并被放大。

预期违约制度的三个层次各有特点,分别于违约、解除、履行及其他典型合同规则项下予以规范,是一种以实践应用为导向,以救济进路为线索的立法选择。预期违约制度因其框架化、模式性的条文设计,规定简单,条件宽松,实践中可能会出现一些问题,可总结为两点:一是“滥用”,民法典第五百七十八条的规定虽直白明了但过于宽泛简单,当事人自由发挥的空间过大,难以避免主观恶意之嫌,不利于建立合同当事人信任关系。比如,恶意债权人紧盯债务人在履约过程中的瑕疵情形,动辄以默示预期违约为由,进行主观加工和强行套用,以期达到不等的增加担保、中止履约、解除合同甚至是额外获利目的。二是“传染”,当合同一方当事人人数众多的时候,预期违约制度会叠加“传染”概率,即部分当事人诉请预期违约责任时,负面恐慌情绪会在当事人之间“传染”,进而引发类似“挤兑”式的履约请求,包括要求对方提前履行、追加担保、解除合同等,从而引发合同履约环境的恶化和履约能力的下降。

债券违约本身就是一种应对和化解风险的手段。有违约风险的定价才是债券市场的有效价格,才能更好地促进资金融通,有效配置资源。在打破刚性兑付的市场环境下,预期违约制度应谨慎适用甚至抑制适用。由于预期违约制度适用规则较为简略,缺乏客观可参考的认定标准,当债券发行人出现资金流异常、营业收入下降、经营环境变化等情形时,其正常合理的应对计划与自救措施,比如申请延期还款、资金调出、转让财产,甚至经营过程

中任何可能与及时足额履约相矛盾的行为,都有可能被认为是一种明示毁约表示或是默示毁约信号,从而随意套用预期违约制度以期自保。同时,预期违约一旦被成功发动,债券发行人在合同履行期限到来之前会被卷入违约“风波”,引发一系列连锁反应。

我国的资本市场特点是散户众多、机构投资者规模偏小,大量债券持有者以自然人状态存在,在缺少刚性兑付的前景预期下,普通投资者对债券发行人违约预期的“传染”力强、“感染”面积大。不论是企业债、公司债还是非金融企业债,其自身实力、发行规模、投资项目金额都比较大,一旦发生可能的预期违约情形,市场反应剧烈,不利于经济社会稳定。因此,有必要通过司法解释、裁判应用、学理分析等手段,对可能出现的“挤兑”风险进行法律控制,提前干预预期违约向合同解除、责任追究的转化,从而实现法律手段下的预防式阻断隔离。

2020年7月15日,最高人民法院印发《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》,明确提出了坚持保障国家金融安全和支持依法公正的基本原则,“既要为国家经济秩序稳定和金融安全提供有力司法服务和保障,确保案件审理的法律效果和社会效果相统一,也要切实保护债券持有人、债券投资者的合法权益”。在此指导原则下,债券合同纠纷的处理宜对预期违约制度作抑制适用,纾解债券发行人生产经营过程中出现的暂时性困难,缓和可能引发的预期违约等情形时,平抑合同纠纷过程中由于发行人自救措施造成的债券持有人信心波动,给予债券发行人



充分的准备和调整时间,力争不因合同履行期限的临时变化而打乱既定的投融资与生产经营计划。同时,抑制适用预期违约制度,亦可以尽力阻却因部分债券持有人提起预期违约诉请而带来的恐慌情绪蔓延,减少不利因素的“传染”,为合同顺利履行赢得时机。同时,必须合理把握预期违约抑制适用的创新空间与实践价值。抑制适用的做法内在地包含着维护债券持有人正当权益的内涵意义,是一种对债券违约纠纷实践的指引性、导向性的约束,是一种现有规则体系下为现实所需的暂时性妥协。其内在本意是给出一定困难的债券发行人以喘息的空间,给合同正常履约创造机会和可能。因此,必须在总结实践经验的基础上,一案一分析、一案一对策,区分涉案金额、社会影响、违约行为、行为特征,准确把握预期违约规则的适用强度,力争实现个人利益与集体利益的协调、社会效果和法律效果的统一。