

# 不作为犯论的生成

陈兴良\*

**摘要** 不作为犯是犯罪的一种特殊形态,具有不同于作为犯的构成特征。本文在大量资料的基础上,采取学术史的考察方法,对我国不作为犯的理论演进过程作了深入而细致的分析和叙述。不仅刻画了我国引入苏俄不作为犯理论的历史背景,而且描述了德日不作为犯理论逐渐被介绍到我国刑法学界,并被我国刑法学所吸收的过程。本文对于掌握我国不作为犯理论的发展历史具有重要的文献价值,也是不作为犯研究的不可或缺的参考资料。

**关键词** 不作为 纯正不作为 形式的作为义务 实质的作为义务

不作为是相对作为而言的,是行为的一种特殊表现形式。以不作为形式构成的犯罪,就是不作为犯。关于不作为,我国刑法中并无总则性规定,因此完全是一个刑法理论问题。我国刑法学中的不作为犯理论存在一个逐渐生成的过程,在这一过程中吸收德日刑法学的不作为犯理论,从而充实并推进了我国刑法学中的不作为犯论的发展。

## 一、不作为犯论的学说深化

我国古代刑法中不存在不作为的一般性规定,但存在以不作为形式构成的具体犯罪。对此我国台湾地区学者戴炎辉称为:“无不作为犯之名而有其实”,〔1〕可谓贴切。

民国刑法学在记述行为时区分作为与不作为,惟在对行为的描述上具有较为明显的自然主义色彩。例如民国学者指出:“行为者,随意于意思之身体动静(动作举动)也。即吾人决定或意思,以之通乎筋肉(神经系)之作用也,而其向乎外也,有须其筋肉之发动者,有非然者,前者曰作为,后者曰不作为。作为者,实行决意,须身体发动的作用之谓。不作为者,实行决意,

\* 北京大学法学院教授。

〔1〕 戴炎辉:《中国法制史》,台北三民书局1979年第3版,页53。

不须身体发动的作用之谓,即一为动的,而一为静的也。”〔2〕以肌肉神经之运动描述行为,这是一种存在论意义上的自然行为论,因而作为与不作为的区分也就被界定为身体的动与静。在这种情况下,对不作为犯的讨论重点放在因果关系问题上。民国1935年刑法第15条第1项对不作为设有明文规定:“对于一定结果之发生,法律上有防止之义务,能防止而不防止者,与因积极行为而发生结果者同。”因此,从因果关系上考察不作为犯,在法律上具有一定根据。上述刑法规定亦明示不作为犯之成立,以法律上有对于一定结果之发生的防止义务为前提,由此而使不作为犯从身体上的“无”转化为规范上的“有”,这就是不作为犯的作为义务问题。民国学者对作为义务作了以下论述:所谓于法律上有作为义务,可分为下述三种情形:①依法律规定而有义务者,如亲不养育其子致其死亡之成杀人罪是也;②依法律行为而有义务者,如乳母不乳其子致其死亡之成杀人罪是也;③依社会观念而有义务者,即属无法令或要约上之义务,而依法律全体精神,实认为有作为义务。〔3〕在以上三种作为义务的情形中,从社会观念产生的义务范围过于宽泛,若不加必要限制,则会扩张不作为犯的范围。

我国刑法学中的不作为犯理论,是从苏俄刑法学引入的。苏俄刑法学对不作为缺乏深入研究,只有对不作为的初步定义。例如苏俄刑法教科书把犯罪行为分为积极行为与消极行为:前者系作为,后者系不作为。苏俄学者把不作为分为两种,并分别作了论述:在由不作为所实行之犯罪中间,可区别为怠慢或完全不作为两种(Delictum ommissionis)。此两种罪行只有在法律要求实行某种行为,否则即构成犯罪的时候,才得成立。例如,不援救、不报告某种情报,动员不到等行为,都属于不作为罪。由不作为所实行的另一种罪行,称为混合的不作为(Delictum comm. issionis per ommissionem),例如,母亲不哺乳婴儿,致使婴儿饿死。这是由不作为所实行之实质犯罪。混合的不作为只有在以下的场合才存在:即某人因某种情况而负有阻止犯罪结果发生之责任时,为预防犯罪结果之发生而有实行某种积极行为之特殊义务,此种义务之产生可以根据:①法律。例如,法律规定父母有抚养子女之义务;②由契约与职务所赋予之责任。例如,转辙手有转换轨道或发出警报以预防火车出事的责任;③由该人之以往行为所发生之责任,此以前行为使国家利益或社会利益或各个公民利益置于极其危险境地者。例如,已剖开人腹腔之外科医生,有完成其已开始之作为义务,如手术中途停止,而使病人死亡,则此外科医生将依据故意或者过失杀人罪处刑。〔4〕在以上论述中,所谓混合的不作为,是指以不作为方式而犯作为之罪,在德日刑法学中称为不纯正的不作为,其有别于纯正不作为。在对作为义务的论述中,苏俄学者说明了先行行为所产生的作为义务。

我国1957年出版的刑法教科书,完全承袭了苏俄刑法教科书关于不作为的论述,例如把作为与不作为称为积极行为与消极行为,关于不作为的作为义务也确定了三个来源,这就是:①法律要求;②职务上或业务上的要求;③由于自己的行动而使法律所保护的某种利益出于危

〔2〕 祁朝俊:《刑法原理》,商务印书馆1930年版,页135-136。

〔3〕 陈瑾昆:《刑法总则讲义》,吴允锋勘校,中国方正出版社2004年版,页80。

〔4〕 (苏)苏联司法部全苏法学研究所主编:《苏联刑法总论》,下册,彭仲文译,大东书局1950年版,页332。

险状态所发生的责任。〔5〕

及至上世纪 80 年代初,我国刑法学恢复重建,在刑法教科书中关于不作为的论述几乎是 50 年代刑法教科书的翻版,甚至所举的例子也相同。例如统编教材《刑法学》同样把作为与不作为称为积极行为与消极行为。关于不作为要求的特定义务,同样列举了以下三种情形:①法律明文规定某些人应当履行某种特定的义务;②根据行为人的职务和业务要求负有实行某种积极行为的义务;③由于自己的行为而使法律所保护的某种利益处于危险状态所发生的义务。〔6〕由于当时我国 1979 年刑法刚开始实施,尚未出现较多的不作为犯的案例,而且学术上亦处于封闭状态,对德日刑法学的不作为犯理论完全缺乏了解。因此,当时我国刑法学中的不作为犯论处于相当浅显的水平。

我国刑法学对不作为犯的研究,是从硕士论文开始的,其中陈忠槐于 1983 年答辩通过的硕士论文《论我国刑法中的不作为犯罪》,是对不作为犯深入研究的肇始。论文在论及不作为犯的分类时,除只能由不作为形式构成的犯罪(纯正的不作为犯)与既可以由作为也可以由不作为形式构成的犯罪(不纯正的不作为犯)这两种类型以外,还讨论了另外两种类型:一是同时包含有作为和不作为两种形式的犯罪;二是不能单独成立,只能在共同犯罪中存在的不作为犯罪。关于同时包含有作为和不作为两种形式的犯罪,我国学者举例指出:如偷税、抗税、拒不执行判决裁定罪即属此类不作为犯罪。这类犯罪的共同点是行为人不履行刑法规定的作为义务,而在实施这些不作为犯罪时又采取了某种积极的形式。〔7〕以上这一不作为犯的类型是以我国 1979 年刑法规定的若干罪名为依据而加以概括的结果。例如偷税、抗税罪,我国 1979 年刑法第 121 条规定:“违反税收法规,偷税、抗税,情节严重的,除按照税收法规补税并且可以罚款外,对直接责任人员,处三年以下有期徒刑或拘役。”在此,立法者采取简单罪状的方式对偷税、抗税罪作出了规定。不履行纳税义务,当然是一种不作为,但并非不履行纳税义务就构成本罪,本罪还要求行为人在客观上具有偷税、抗税的行为。对此,我国当时的刑法教科书指出:偷税是指违反税收法规,用欺骗、隐瞒等方式逃避纳税义务的行为。抗税是指抗拒按照税法规定履行纳税义务的行为。〔8〕在此,欺骗、隐瞒、抗拒等行为方式都具有作为的特征,但就不履行纳税义务而言又具有不作为的特征。因此,我国刑法教科书指出:还有个别犯罪既包含不作为,也包含作为的成分,如偷税、抗税罪,从伪造账目、弄虚作假甚至殴打税务人员而言,是作为;但从应纳税而不纳税而言,则是不作为。〔9〕这是结合我国刑法规定对不作为犯所作的独特研究,这一研究此后一直在延续。

我国学者引入双重行为的概念,试图以此解决上述问题,指出:在双重行为中,由于作为与不作为两种情况都同时存在,但在法律评价上要么只能是作为犯,要么只能是不作为犯,只能

〔5〕 参见中央政法干部学校刑法教研室:《中华人民共和国刑法总则讲义》,法律出版社 1957 年版,页 87-88。

〔6〕 参见高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社 1982 年版,页 121。

〔7〕 陈忠槐:“论我国刑法中的不作为犯罪”,载中国法学会刑法学研究会组织编写:《全国刑法论文荟萃(1981 届-1988 届)》,中国人民公安大学出版社 1989 年版,页 153。

〔8〕 参见高铭喧主编:《刑法学》(修订本),法律出版社 1984 年版,页 396。

〔9〕 参见高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社 1989 年版,页 99。

根据法律评价和责难重点进行判断。依此原则,抗税行为中,行为人具有抗拒缴纳税款,拒绝接受税务机关依法进行的纳税检查,甚至闹事,威胁,围攻税务机关,殴打税务人员的作为表现,并且“抗”的行为具有独立的法律意义,但从根本上说,其只不过是拒不纳税行为的方法,法律责难的重点并不是这些方法本身,而是方法的实质内容,即违反税收法规,拒不纳税的行为。<sup>[10]</sup> 双重行为的理论来自台湾地区学者林山田,林山田所称双重行为,是指一个构成要件该当结果,系同时由同一个行为人的作为与不作为所造成的。林山田列举了以下两个实例:例1:厂主A未将带有病菌的原料先行消毒杀菌,即将该批原料交由工人B与C等人加工制造,致工人B因感染病菌而病故。例2:机车骑士A于夜间的黑暗路面,未点灯而行驶,致发生车祸,撞毙行人B。<sup>[11]</sup> 显然,双重行为是作为与不作为并存,因而出现了究竟以作为犯论处还是以不作为犯论处的问题。但偷税、抗税则与之不同,在偷税抗税中,构成要件行为都是作为。尤其是1997年刑法修订以后,对偷税罪与抗税罪分别加以规定,并且都采取了叙明罪状,对构成要件行为加以描述。例如,根据刑法第202条规定,抗税罪是指以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。对此多种情形,我在新近出版的《本体刑法学》(第二版)一书中称为不纯正的作为,以与不纯正的不作为相对应。如果说,不纯正的不作为是以不作为形式犯作为之罪;那么,不纯正的作为就是以作为的形式犯不作为之罪。我从违反规范的性质上,对不纯正的作为做了以下论述:不纯正的作为是指形式上违反禁止性规范而实质上违反命令性规范的情形。例如抗税,就其行为方式而言是作为,但通过作为所要达到的是不作为的目的,即以暴力、威胁方法拒不履行纳税义务,这即不纯正的作为,也可以说是以作为的方式犯不作为之罪。<sup>[12]</sup> 由此可见,对于我国刑法中是否存在同时包含作为与不作为的犯罪这一问题,从提出问题到采用不同的理论解决问题,是经历了一个漫长的过程。在此期间,刑法规定发生了变动,而德日刑法学的引入,都为解决这一问题创造了条件。对于同时包含作为与不作为的犯罪这一问题的解决过程,可以说是我国不作为犯研究过程中的一个缩影。

至于我国学者提出的另外一个问题,即共同犯罪中的不作为问题,当时仅限于提及这个问题。此后,我国学者在共同犯罪论中对此做了初步论述,指出:共同犯罪行为的形式,不限于共同的作为,也包括共同的不作为,有时甚至是作为和不作为的结合。例如盗窃犯某乙,事前同某工厂仓库值班员某甲约好,乘甲值班时,乙来盗窃该仓库财物。届时,甲借故离开现场,任乙盗窃,事后二人将赃款平分。甲的行为是不作为,乙的行为是作为。甲的不作为对乙的作为起了配合、帮助和支持的作用。这一共同犯罪就是作为和不作为的结合。<sup>[13]</sup> 以上对共同犯罪中的不作为的论述,只是现象描述和案例印证,并没有上升到法理高度。我在1992年出版的《共同犯罪论》一书中对共同不作为、一方作为和另一方不作为进行了论述,但只是简单分析而已,<sup>[14]</sup> 因为当时并无更多的学术资源。及至2009年,我国学者刘瑞瑞出版了20万字的《不作为共犯研究》一书,该书完全采用德日刑法学的共犯理论和不作为犯理论,从保证人地位的法

[10] 参见熊选国:《刑法中行为论》,人民法院出版社1992年版,页124。

[11] 林山田:《刑法通论(下册)》,增订10版,台北2008年版,页237。

[12] 参见陈兴良:《本体刑法学》,中国人民大学出版社2011年版,页200。

[13] 李光灿等:《论共同犯罪》,中国政法大学出版社1987年版,页32。

[14] 参见陈兴良:《共同犯罪论》,中国社会科学出版社1992年版,页84-86。

理出发,对不作为共犯问题做了相当深入的探讨。在该书中,德日资料的运用给我留下了深刻的印象。对此,作者作了以下说明:由于德日法制较完备,司法人员素质较高,对不作为共犯的研究及审判的历史较早,留下了许多珍贵的资料。这些资料基本上反映了现代不作为共犯理论的实际状况及发展趋势。借鉴这些资料进行比较研究,可以少走弯路。因此,笔者在文中大量引用了德日的判例和学说,以期化为我国对该问题研究的铺垫。<sup>[15]</sup>该书引用外文期刊文献7种,主要是日文资料;外文图书文献46种,其中日文资料12种,德文资料34种。可以说,该书是完全根据德日资料写成的,它为我国不作为共犯问题的研究打开了一扇窗户,也在很大程度上提升了我国关于不作为共犯的研究水平。如果没有这些德日资料的采用,对不作为共犯的研究很难达到目前这种水平。<sup>[16]</sup>

《不作为共犯研究》一书可以说是采用德日资料研究不作为犯论的一个样板,我国的不作为犯论的研究就是在这样一种学术背景下发展起来的。就德日学科引入而言,值得一提的是王树平译、日本学者日高义博著的《不作为犯的理论》一书,该书1992年由中国人民公安大学出版社出版,它的出版对我国不作为犯论研究提供了重要的学术资源。在该书前言中,日高义博指出:本书提出不真正不作为犯的基本理论——构成要件等价值性理论,并试图解决不真正不作为犯的诸问题。从理论方向研究探讨不真正不作为犯开始于19世纪初,直至今日,不作为犯仍是刑法学争论的理论问题之一。不真正不作为犯可罚性的根据及其处罚范围随着时代思潮的发展而变化,至今也没有取得一致的意见,这与不真正不作为犯具有开放的构成要件以及作为其成立要件所考虑的作为义务是一个相对的概念有很大关系。目前,不真正不作为犯的问题除与罪刑法定主义相抵触的问题外,还涉及不作为的故意、错误论、立法等多方面的问题。这些问题的核心是等置问题。等置问题的解决方法及其标准不同,解决这些问题的结论就不同。本书以构成要件等价值性为标准来解决等置问题,并在客观方面限定不真正不作为犯成立范围的基础上,试图明确解决上述诸问题。<sup>[17]</sup>

日高义博的著作在我国出版以后,其等置理论受到我国学者的重视,并对推进我国不作为理论的研究起到了重要作用。事实上,日高义博的该书在中文版出版以前,就已经被我国学者引用,例如熊选国在其1992年出版的《刑法中的行为论》一书中,就引用了日高义博的著作的日文版的观点。在论及该书对我国不作为犯论研究的作用时,我国学者指出:日本学者日高义博提出构成要件等价性命题,来解决不作为与作为的等价问题,认为不作为犯必须通过自己的先行行为设定因果关系。由于其著作《不作为犯的理论》于1992年译介到中国,从而为中国大陆刑法学界广为引用,成为中国大陆刑法学者研究不作为犯理论的基础性资料。<sup>[18]</sup>

除了上述日本资料以外,在上个世纪90年代后半叶至21世纪初,德国关于不作为犯的资料也开始引入我国,例如汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特的《德国刑法教科书》一

[15] 参见刘瑞瑞:《不作为共犯研究》,广西师范大学出版社2009年版,页218。

[16] 关于不作为共犯的专章论述,还可参见陈洪兵:《共犯论思考》,人民法院出版社2009年版,页215以下。

[17] 参见(日)日高义博:《不作为犯的理论》,王树平译,中国人民公安大学出版社1992年版,前言,页1。

[18] 参见谢绍华:《先行行为论》,中国人民公安大学出版社2011年版,页4-5。

书,将不作为犯与故意的作为犯、过失犯并列,作为一种独立的犯罪类型加以研究。在论及作为与不作为之间的区别时,德国学者采用了保证人地位理论,指出:在不纯正的不作为犯情况下,“保证人”被赋予了避免结果发生的义务。结果的发生属于构成要件,违反避免结果发生义务的保证人,应当承担构成要件该当结果的刑事责任。<sup>[19]</sup> 保证人论对于不纯正不作为犯的理论来说,是一种具有说服力的理论,也为不纯正不作为犯的作为义务的实质化提供了可能性。当然,在保证人问题上,即便是在德日刑法学中也是存在多种观点聚讼的,其中许乃曼教授的因果流程的支配说也是较早介绍到我国的一种学说。许乃曼教授采用统一的法理根据论证作为与不作为的可罚性,并将这一法理根据确认为支配造成结果的原因。许乃曼教授指出:1971年我在关于“不纯正不作为犯的基础和界限”的专论中,从以上的观点发展出“对造成结果的原因有支配”的对等原则:仅有当不作为人针对造成法益受侵害之实施的法律地位,以对于结果归责具有决定性的观点与作为行为人的法律地位可加以比较时,那么以作为犯的构成要件处罚不作为才属适当。<sup>[20]</sup> 在许乃曼教授看来,无论是作为还是不作为,都必须对造成结果的原因具有支配,正是这种对原因的支配关系使得作为与不作为之间具有等价值性。无疑,许乃曼教授的上述观点对于作为义务的实质判断具有重要意义。除此以外,通过台湾学者许玉秀教授的著作,德国刑法学界较有影响的实质的作为义务理论被引入我国刑法学,例如平面的社会群体关系学说(包括佛格特的较密切的社会秩序说、安德普拉基顿的事先存在之密切关系说、贝尔汶科的公共福祉和社会角色说)和机能的二元学说(包括法益保护类型、危险源监督管理类型、组织管辖理论、依赖关系和信赖关系说)等。<sup>[21]</sup> 以上不作为之作为义务的实质化理论,对于我国不作为犯论的进一步深化起到了重要的引导作用。

近年来随着德国义务犯理论传入我国,不作为犯又被在义务犯的名义下进行讨论,由此而扩大了不作为犯的理论视野,如果说,等置性理论试图在作为犯与不作为犯之间建立价值上的判断,那么义务犯理论就是试图在作为犯与不作为犯之间寻求共同的归属原理。我国学者何庆仁在其题为《义务犯研究》的博士论文中,对义务犯理论进行了深入研究,其中很大篇幅涉及不作为犯问题。该书是介绍性的,同时也是研究性的,其中涉及德国刑法学界关于义务犯理论的聚讼。罗克辛、雅各布斯、许乃曼,都是该书的研究对象。在该书中,何庆仁在论及全部不作为犯是否都是义务犯时指出:

义务犯中的不作为犯当然是义务犯,支配犯中的不作为犯还是义务犯,罗克辛教授因而得出结论认为,全部的不作为犯都属于义务犯。换言之,对不作为犯而言,重要的是由保证人地位所发生之结果避免义务,是否有犯罪支配——真正的或者修正的——丝毫不影响正犯的判断。笔者赞同罗克辛教授关于义务犯正犯原理的理解,但是无法同意他认为不作为犯全部属于义务犯的观点;另一些学者同样不赞同罗克辛教授提出的不作为犯全部属于义务犯的观点,理由是他们无法同意罗克辛教授关于义务犯正犯原理的理解。

[19] (德)汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,页729。

[20] (德)许乃曼:“德国不作为犯学理的现状”,陈志辉译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第13卷),中国政法大学出版社2003年版,页397。

[21] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法治出版社2005年版,页617以下。

笔者的观点容后再述,因为相较于反驳不作为犯全都属于义务犯,对义务犯正犯原理的维护更为急迫。不过在具体讨论之前,首先要批判罗克辛教授无社会的犯罪支配之伪装义务犯应当使用帮助犯刑罚的观点。〔22〕

在以上论述中,何庆仁对罗克辛教授的义务犯正犯原理是赞同的,在此基础上阐述不作为犯的性质。当然,对于不作为犯全部属于义务犯的观点则持异议。何庆仁试图在义务犯的框架内讨论不作为犯,为不作为犯论提供重新审理的平台。例如,对于以往我国学者已经接受的等价性理论,何庆仁认为没有注意区分决定可罚性的等价性和决定正犯性的等价性,指出:

等价性理论最初之发展是为了限缩不作为犯的处罚范围,可以说是侧重于解决不作为犯的可罚性方面的问题。一直到现在,许多学者还是认为,不具有等价性的不作为就是不可罚的。这是一种错误的方向。不作为犯的可罚性在于保证人地位与保证人之有无,具有该地位和义务就具有可罚性,与等价性毫无关系。只有在确定了不作为者具有可罚性的前提之下,才有必要进而思考该不作为是与作为的正犯还是参与等价,而不是必须先考虑等价性才能决定可罚性。〔23〕

把等价性问题从不作为可罚性根据转变为不作为是作为的正犯还是参与犯的根据,这是对等价性原理功能的重大修正,当然这是以保证人说作为不作为犯处罚根据为前提的。在以上论述中何庆仁所说的许多学者的观点,根据其引证,包括李晓龙“论不纯正不作为犯的等价论”(载《法律科学》2002年第2期)、袁彬“论不作为片面共犯”(载赵秉志主编《刑法论丛》第13卷,法律出版社2008年版,第293页)、刘士心“不纯正不作为犯研究”(人民出版社2008年版,第182页)。当然,这是一个可以继续深入讨论的问题。无论如何,义务犯理论的出现,使不作为犯理论突然变得复杂起来。在短短30年间,我国不作为犯论从一无所有的荒芜状态重演了德日上百年的不作为犯的理论发展过程,这是一种学术追赶的态势,这也是后发国家在学术研究中的一种后发优势。这种后发优势在我国不作为犯研究中表现得淋漓尽致。

## 二、从形式的作为义务论到实质的作为义务论

在不作为犯中,首先涉及的一个问题就是不作为的行为性。我国早期在不作为犯的研究中并没有提出不作为的行为性问题,因为当时我国尚未形成行为理论。在这种情况下,不作为的行为性问题一般都是包含在不作为的因果关系中加以探讨,即在一定程度上把不作为的行为性问题等同于不作为的原因力问题,甚至把不作为的因果关系等同于作为义务的问题,由此可见当时不作为犯论没有完全展开,因而在相当狭窄的空间进行讨论。例如我国刑法教科书在论及以不作为方式所实施的犯罪的因果关系问题时,指出:刑法上的不作为是以行为人具有某种特定义务为前提的。例如,铁路扳道员有特定义务按照铁路信号扳动道岔,使火车按预定轨道通行,如果他能够这样做而没有这样做,致使火车倾覆,那么,他的不作为同危害结果之间就有因果关系。因为按照职务,扳道员有采取积极行为来防止危害结果发生的特定义务,在他能

〔22〕 何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,页38-39。

〔23〕 同上注,页102。

防止危害结果发生的条件下,他没有履行自己的特定义务,致使危害结果从他的不作为中产生出来了,他的不作为同危害结果之间当然就具有因果关系。如果一个人没有这种特定义务,从刑法意义上讲,就没有必要再去研究因果关系问题了。<sup>[24]</sup>

按照以上论述,只要存在作为义务,就具有了不作为的行为,同时也就具有了不作为的因果关系。显然,这样一种理论是极为肤浅的。其实,不作为的行为性、因果关系和作为义务属于不同层次的问题,应当分别在行为论、因果关系论和不作为犯论中加以研究。在此后的学术发展过程中,这些问题分别得到了较为充分的研究。例如熊选国在《刑法中行为论》一书中,对不作为的行为性问题做了专题研究,强调了不作为的法规范内容(犯罪构成要件)及其所具有的社会危害性。<sup>[25]</sup>我国学者陈忠槐对不作为的因果关系问题作了较有新意的研究,提出了转辙说,认为某些事物的发展在改变方向时,必须依靠人的一定作为行为,这样,负有作为义务的人,如果不履行自己的义务,进行必要的转辙,而是止于不作为状态,那么他实际上就是阻挡了事物朝着正常健康的方向前进,而使之不得不沿着原来的危险方向继续发展,从而导致危险结果的发生。所以,违反特定义务的不作为行为,在事物的发展过程中完全起到了阻碍的作用。<sup>[26]</sup>当然,在不作为犯中,核心问题还是作为义务问题,这也是我国不作为犯研究最为集中的问题。从总体上来看,作为义务存在一个从形式的作为义务论到实质的作为义务论的演变过程。这一演变目前在刑法理论上已经完成,但在司法实践中还是受形式的作为义务论的影响。

我国在不作为犯的作为义务论述中,一般对纯正的不作为与不纯正的不作为是不加区分的,并在特定义务的名义下论及作为义务,认为所谓特定义务,是指公民在特定的社会关系领域内,基于特定的事实和条件而产生的具体法律义务。这种具体法律义务,分为以下三个方面:①法律上明文规定。例如,依照刑法(指1979年刑法——引者注)第183条的规定,对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,就构成遗弃罪。遗弃罪所违反的这种扶养义务,是由婚姻法规定的。②职务上或业务上的要求。例如,仓库保管员有义务管理好仓库的财物。如果他不尽职责,以致财物大量变质或被盗,他就要负玩忽职守的责任。③行为人先前的行为。例如,某人带领邻居家的儿童去海滨浴场游泳,他就对该儿童负有保护的义务,要保证该儿童安全地回来。这种义务是由前面的行为派生出来的。某人骑自行车不慎将一老人撞倒受伤,他就有义务送被害人去医院抢救治疗。这种义务也是从前面的行为中派生出来的。由于本人的行为而使法律所保护的某种利益出于危险状态,行为人就负有采取有效措施来排除这种危险的义务。如果行为人能履行而不履行此项义务,以致造成严重后果的,就要负犯罪的不作为的刑事责任。<sup>[27]</sup>以上仅是从作为义务的来源或者根据上讨论不作为的成立条件,具有明显的形式特征。在这种情况下,并未考虑不作为成立的实质根据。

根据这种形式的作为义务论,容易造成不作为犯的范围扩张。例如我国学者论及失火向

[24] 高铭暄主编,见前注[6],页131。

[25] 熊选国,见前注[10],页132以下。

[26] 参见陈忠槐:“论不作为犯罪的因果关系”,《法学研究》1988年第1期。

[27] 高铭暄主编,见前注[9],页99。



放火转化时,指出:由于失火而引起火灾的危险,能够及时扑灭,但故意不扑灭,而任其燃烧,失火可以转化为放火。比如某人无意之中就把一个未熄灭的火柴头扔到仓库里的草堆上了,草堆立刻燃起火。他知道如果不踩灭,有可能引起大火,但扬长而去,根本不管,以致大火将仓库烧毁。这样,就应当以放火罪论。因为,这个时候他有义务灭火,而且他也明知自己不去灭火有可能发生火灾。即使他不是希望发生火灾,也是持放任态度,完全具备了故意放火的特征。<sup>[28]</sup>显然,按照灭火义务——不履行的思维方式,就会得出不作为的放火的结论,这也是一种形式的作为义务论,对于以上观点,我曾经做过以下评论:造成火灾本身就是失火行为的后果,仅仅由于对这一结果的不防止,就能转化为放火罪吗?如果这一观点能够成立,则不作为犯罪的范围将大为扩张。例如,过失致人重伤,产生了救助义务,如果不救治,扬长而去,也可以理解为对死亡结果持放任态度。如果被害人不治身亡,也就从过失致人死亡转化为故意杀人罪。在这种情况下,对于过失犯罪不仅要认定其本身的构成要件,而且还要考察是否具有履行由于该过失行为导致的作为义务的可能性,以便排除不作为犯罪,这显然不合乎罪刑法定原则。因此,我认为只要某一结果是包含在过失犯罪的构成要件之内的,则该过失犯罪不能转化为同一行为的故意犯罪。除非这一结果是超出某一过失犯罪的,该过失行为才有可能成为不作为的先行行为。<sup>[29]</sup>这里涉及的是采用形式的作为义务还是实质的作为义务论的问题。

在我国刑法学界首先关注实质的作为义务论的是黎宏教授,其在《不作为犯研究》一书中,对作为义务论从形式的作为义务论与实质的作为义务论两个方面作了阐述,并指出了我国当时作为义务论上存在的形式化倾向,指出:在我国刑法理论中,对不作为犯的作为义务根据的说明基本上还是局限于形式的作为义务说之内。尽管近年来,有的研究者试图突破此研究范围,引入价值的观点,但是,由于其见解又存在许多不明之处,因此,从总体上来说,仍没有大的突破性进展。<sup>[30]</sup>

上文中所说的有的研究曾试图引入价值的观点,主要是指在不纯正不作为犯的成立要件中补充一个实质判断要件,即不作为必须与作为等价的要件。例如熊选国指出:既然法律认为作为和不作为犯在社会危害性质即程度上应该是等价和相当的,只有这样,才能保证定罪准确性,并且符合罪刑相适应的原则。<sup>[31]</sup>黎宏教授指出,上述观点在作为义务问题上仍然是形式的作为义务论,只不过在作为义务成立的基础上另作等价性判断。更为重要的是,等价性的判断,采用全体或者整体性的评价方法,存在一定的虚幻性,甚至存在循环论证的问题。对此,黎宏教授指出:作为全体评价的基础的事项中是否包含不作为者的保证义务,这一学说并没有说明。从该研究者的思想来看,是将不作为与作为的等价性作为与作为义务相对的要件推出来的。按照这一宗旨,等价性的判断标准中是不应包括作为因素的。但是,该研究者在具体阐述等价性的内容时又说:“必须以各种犯罪所包含的危害性质和违法特征为判断基础。”<sup>[32]</sup>这里“危害性质和违法特征”中显然包括作为义务,因为,在不作为犯中,行为人不履

[28] 王作富:《中国刑法研究》,中国人民大学出版社1988年版,页419。

[29] 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,页252-253。

[30] 黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,页155-156。

[31] 熊选国,见前注[10],页162。

[32] 同上注,页164。

行义务是最本质的特征,同时也是其应受惩罚的最明确根据,因此,很难想象,在不作为犯中,会有不包括违反作为义务程度的“危害性质和违法特征”单独存在。如果是这样的话,则作为义务和等价值性判断是合为一体的,这与该研究者的基本构想相矛盾。<sup>[33]</sup>

根据社会危害性对不作为与作为的等价性加以整体性的判断,这本身是苏俄刑法学的一种研究路径。等价性,也就是日高义博所说的等置性问题,并不是一般的实质判断或者价值判断,而是基于特定规则的一种判断。例如日高义博提出了等价性判断的三个标准,这就是:①犯罪构成要件的特别行为要素;②该行为事实;③不作为人的原因设定。日高义博指出:前两个标准是考虑刑法条文的犯罪构成要件的特殊性,后一个标准起着填补不真正不作为犯存在结构上空隙的媒介作用。就是说,在解决等置问题时,前两个判断标准起这样的作用。抽出作为犯罪构成要件中不可能由不作为来实现的犯罪,这可以说是判断构成要件等价性的第一步,限定等价性判断的对象。后一个判断标准起这样的作用:决定由不作为实施的犯罪与由作为实施的犯罪在同一犯罪构成要件下是否具有足以被等置的价值。<sup>[34]</sup>在以上三个标准中,前面的标准是指形式上的作为义务,它是等价性判断的对象。真正起到等价性判断作用的是第三个标准,即原因设定。关于不作为犯的原因设定,日高义博指出:不真正不作为犯与作为犯比较,成为不真正不作为犯存在结构上的空隙的是起因与不作为人之间的关系。不作为人有利用因果关系的意志,但如仅看该不作为本身并没有设定原因。与此相反,在作为犯中,因为作为有原因力,行为不是原因的主体。因此,要填补不真正不作为犯存在结构上的空隙,使其与作为犯在构成要件方面价值相等,就必须考虑不作为人设定原因的情形。<sup>[35]</sup>日高义博所说的原因设定,是指不作为人在其不作为以前,自己就被设定了向侵害法益方向发展的因果关系。显然,原因设定这一等价性判断标准,至此社会危害性这样一种抽象标准还具有合理性。那么,等价性与作为义务的问题是一种什么关系呢?这是黎宏教授所关注的。我以为,如果把作为义务界定为形成的作为义务,那么等价性判断就是在其之外的一种实质判断。但如果把作为义务理解为是形式的作为义务与实质的作为义务的统一,那么,等价性判断就属于实质的作为义务,因此如果不存在等价性,则作为义务不存在。

这里还存在另一个问题,保证人义务和等价性判断是一种什么关系?因为黎宏教授等注意到在社会危害性整体判断中,没有论及保证义务问题。其实,保证人说较早已经被介绍到我国,只不过当时并未引起充分的注意。日本学者将保证人说与因果关系说、违法性说并列作为不作为的作为义务的体系性问题上的争议性观点之一,指出:为了克服违法性说的缺陷,纳格勒(Nagler)把作为义务视为不作为的构成要件该当性问题,指出所谓“保证人说”。如果按照这种说法,由于依据作为义务,个人就成为有法律保证的使法益不受侵害的保证人。因此只有这样保证人的不作为,才能与作为的实现构成要件具有同等价性,从而被认为该当构成要件。因此,保证人的地位(即作为义务)不是违法性问题,而是构成要件该当性问题,是实行行为的

[33] 黎宏,见前注[30],页150。

[34] 日高义博,见前注[17],页112。

[35] 同上注,页110。

问题。<sup>[36]</sup>在此,保证人地位是等同于作为义务的,因而保证人说并不能等同于实质的作为义务论。应该说,以保证人义务为内容的保证人说,是从《德国刑法典》第13条关于不作为犯罪的规定中引申出来的,该条第一款规定:依法有义务防止犯罪结果发生而不防止其发生,且其不作为与因作为而实现犯罪构成要件相当的,依本法处罚。这里的防止犯罪结果发生的义务就是所谓保证人义务。这个意义上的保证人义务自然是形式的作为义务。此后,德国著名刑法学家阿明·考夫曼建立功能理论(Funktionstheorie),试图根据实质的观点确定保证人义务的内容。德国学者指出:(功能理论)将保证人义务区分为对特定法益的保护功能(保护义务,Obhutspflichten)和保证人对危险源的监督义务(维护义务和管理义务,Sicherungspflichten oder Beherrschungspflichten)。实质的考察方法指明了一条途径,即在不同义务的社会内容基础上来解决保证人问题,但同时不能忘记其产生的根据是什么,否则的话就存在保证人义务会被无限扩大的危险。因此,应当谋求形式的考察方法与实质的考察方法的结合。<sup>[37]</sup>

上述实质的作为义务论,被黎宏教授称为社会的不作为犯论,其共同特点是对传统的义务违反说规范的形式的方法进行反省而向存在论的实质性的研究方法过渡。<sup>[38]</sup>台湾学者许玉秀则以构成要件的实质化运动为背景,对保证人说之实质化观点作了深刻的描述。<sup>[39]</sup>保证人义务主要从不作为人与被害人之间的关系上,阐述这种义务的实质根据,以此限制不作为的作为义务。这种实质的保证人义务主要有以下两个方面的内容:①特定法益的保护义务,包括自然联系(natuerliche Verbundenheit)、密切的共同体关系(eine enge Gemeinschaftsbeziehungen)、自然接受(natuerliche freiwillige Uebernahme)有利于被危害人的对危害人或第三人的保护。②对特定危险源的责任,包括产生于先前实施的危险行为的保证人义务、在自己的社会领域内的危险源的保证人义务、第三人行为的保证人责任。<sup>[40]</sup>在作为义务的实质化问题上,日本刑法学受到德国的深刻影响,提出了实质的作为义务论,其主要观点有:①日高义博的先行行为的原因设定说,认为作为义务的实质来源是不作为这先前的原因设定行为。②堀内捷三的事实上的承担说,认为不作为者同法益之间的依存关系,意味着法益(结果)具体地并且事实上地依存于不作为者,并由于不作为者的事实上的承担行为而发生。③具体的事实支配关系说,认为存在事实上的排他性的支配或者支配地域性,是作为义务的发生根据。<sup>[41]</sup>

我国学者黎宏较早地对以上德日实质的作为义务论作了系统性的介绍,并揭示了德日刑法学对不纯正不作为犯的研究重点,已从形式的作为义务论转向实质的作为义务论的发展趋势,这对我国作为义务的研究具有启蒙的作用。在这样一种背景下,我国不作为犯的理论围绕不作为的作为义务展开了较为深入的研究,并从形式的作为义务论向实质的作为义务论转

[36] (日)福田平、大塚仁:《日本刑法总论讲义》,李乔等译,辽宁人民出版社1986年版,页60-61。

[37] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特,见前注[19],页746。

[38] 黎宏,见前注[30],页127。

[39] 参见许玉秀:“论西德刑法上保证人地位之实质化运动”,载许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,页247以下。

[40] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特,见前注[19],页746-758。

[41] 黎宏,见前注[30],页131以下。

变。<sup>[42]</sup>对于这样一种转变,我国学者指出:我国的刑法教科书或论著一般都是从形式的义务来源说明作为义务的,并且这种形式来源多局限于传统的四种来源(法律、职务或业务、法律行为、先行行为),不像德日那样扩大。但近年来随着对不纯正不作为犯研究的重视和日渐深入,我国部分学者也大胆借鉴德日关于作为义务实质化的二元理论(即既重视形式义务来源,也说明义务的实质根据)。<sup>[43]</sup>从目前来看,这种实质化见解借鉴德日尤其是日本的“事实承担说”和“具体的事实支配关系说”的痕迹比较明显,都强调受害法益的排他性支配地位,而且这种观点也获得了越来越多的刑法学者的支持。<sup>[44]</sup>当然,我国也有学者仍然坚持形式的作为义务论,指出:作为义务的性质绝非刑事法律义务,而只能是其他部门法性质的义务。据此,站在刑法规范场域观察作为义务的来源或根据(即其他部门法为何设立这些义务?)就显然属于形式的范畴。如此便从理论上证明了形式作为义务学说的合理性,也解释了形式作为义务学说何以能够在刑法理论及审判实践中居统治地位历时二百余年至今仍然屹立不动的内在情由。<sup>[45]</sup>上述观点只是指出了作为义务来源具有形式性,但并不能据此就否认实质的作为义务论。例如在二元的作为义务论那里,在肯定形式的作为义务存在的基础性,再进行实质的作为义务的判断,以实质的作为义务限制形式的作为义务。

在形式的作为义务与实质的作为义务的讨论中,先行行为所产生的作为义务是一个试金石。在早期的形式作为义务论中,作为义务来自于规范,因而并不包含非规范性的先行行为。此后,德国学者施求贝尔(Stübel)提出了先行行为作为不作为的作为义务的来源,从而扩充了作为义务的内容。就先行行为已经不同于具有规范来源的作为义务而言,它具有一定的实体内容。但先行行为又遵循形式的作为义务论的思想,仍属于形式的作为义务论的范畴。正因为先行行为所引申出来的作为义务具有某种形式性特征,因而可能会扩张作为义务的范围,对此,日本学者西田典之指出:该说(先行行为说——引者注)的优点在于使得不作为的成立范围相当明确,其不足之处在于使更多的故意犯、过失犯得以转化为不真正不作为犯。换言之,凡因故意、过失而伤害他人者,只要未予救助最终死亡,根据先行行为便可很容易地认定成立不作为的杀人,例如,单纯的肇事逃逸也可直接构成不作为的杀人,这一结论并不妥当。概言之,基于作为的故意犯、过失犯全部转化为故意的不作为犯,在这一点上对先行行为说抱有根本性疑问。<sup>[46]</sup>应该说,西田典之教授的以上认识是十分深刻的,实质的作为义务论正是针对先行行为等形式作为义务的上述缺陷而提出的,其根本目的在于限制作为义务的范围。

在我国刑法学中,先行行为也是从一开始就成为作为义务来源的。但由于在论述作为义务时,没有区分纯正的不作为犯与不纯正的不作为犯,因而在结论上也是模棱两可的。例如,某人带邻居家的儿童去海滨浴场游泳,他就对该儿童负有保护的义务,如果不履行这一义务构成的是什么犯罪?又如,某人骑自行车不慎将一老人撞倒受伤,他就有义务送被害人去医院抢

[42] 参见栾莉:《刑法作为义务论》,中国人民公安大学出版社2007年版,页132以下。

[43] 参见黎宏,见前注[30],页166-171。

[44] 许成磊:《不纯正不作为犯理论》,人民出版社2009年版,页334-335。

[45] 陈荣飞:《不纯正不作为犯的基本问题研究》,法律出版社2010年版,页209-210。

[46] (日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥,王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,页93-94。

救治疗。如果不履行这一义务构成的是什么犯罪?在我国刑法教科书中,对此不甚了然。<sup>[47]</sup>由于我国刑法中并不存在不救助罪,因而很容易推导出行为人构成不作为杀人的结论。目前我国刑法学者都主张对先行行为加以限制,这是一种实质的作为义务论的立场。当然,对先行行为如何加以限制,又有以下不同观点:

### 1. 客观归责说

近年来,随着德国刑法学引入我国,客观归责理论也在我国产生了广泛的影响,在这种情况下,客观归责论被用于论证先行行为。在刑法理论上,客观归责理论主要解决因果关系问题。我国台湾学者黄荣坚在对不作为犯与客观归责进行相关分析时,也主要涉及不作为犯的因果关系。<sup>[48]</sup>但我国学者试图利用客观归责理论对不作为的作为义务进行实质判断。例如我国学者认为,目前从法理的角度分析,先行行为的归责基础可以借用客观归责理论的相关内容予以说明,指出:先行行为引起的作为义务情况下,从表面上看,真正导致法益受到侵害的是自然的因果作用力,但是在这一过程中,真正的因果流程中自然力的作用被行为人的不作为行为所修正,也就是说,不作为人利用了已有的因果流程,并且促进了这一因果流程中结果的发生,从这一点来说,行为人的不作为提升了法益的风险,并由此确定其可归责性。先行行为制造了危及行为客体而为法所不容的风险,而不作为行为则促进了这一危险的实现,实现了符合构成要件的结果,从这一点上来说,其整个行为(包括先行行为和不作为)是可以归责的,也就是说,先行行为可以成为作为义务的产生根据。<sup>[49]</sup>在以上论述中,运用了客观归责理论中的两个规则:一是制造不被允许的风险中的提升法益的风险;二是实现不被允许的风险。在这当中,制造不被允许的风险是对构成要件行为的一种实质判断。在作为犯中,这里的构成要件行为当然是指实行行为,其是否制造不被允许的风险成为作为犯成立的行为根据。但在不作为犯中,先行行为本身并不是构成要件行为,它只是不作为的作为义务产生的根据。因此,能否将制造不被允许的风险这一客观归责规则直接适用于先行行为,存在一定疑问。在我国刑法学中,先行行为与危险前行为被认为是同一概念。换言之,先行行为本身制造了危险,危险的含义已内在于先行行为之中。<sup>[50]</sup>但先行行为毕竟不能等同于实行行为,因而先行行为制造的危险与客观制造的危险与客观归责理论中的风险之间的这种关系尚有待梳理。

### 2. 现实的危险说

先行行为不仅是一种形式的作为义务来源,而且应当对其加以实质判断。实行行为的实质属性是具有侵害法益的现实危险,而不作为是实行行为的表现形态,因此,对法益的侵害也应当具有现实的危险。在这一推论的基础上,我国学者提出了现实的危险说,认为先行行为必须具有对法益安全的现实、具体、紧迫的危险,指出:在司法中,对先行行为危险的限定,应当从三个方面入手:①直接性,即先行行为直接导致了法益侵害的危险,而没有其他因素的介入。如果先行行为只是对危险的发生创造了条件或提供了契机,而由其他因素直接导致危险发生,行为人不负作为义务。②高概然性,即先行行为在自然属性上,客观地观察,具有引起危险状态的高度可能性,如果行为人的行为只是偶然引起了法益的危险,一般应当排除作为义务的存在。

[47] 参见高铭暄主编,见前注[9],页99。

[48] 黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,台北月旦出版社1995年版,页156以下。

[49] 栾莉,见前注[42],页178-179。

[50] 谢绍华,见前注[18],页11。

在。③临近性,即法益危险与行为人的先行行为具有时间、空间上的密切联系。<sup>〔51〕</sup> 以上论述也同样存在一个问题,就是把先行行为直接等同于不作为的实行行为,由此推导,就会得出否定不作为犯的结论。因为先行行为都是作为的,由此构成的都是作为犯。不作为犯的实行行为是作为义务的不履行。作为义务(包括先行行为)只是引发作为的根据,它不能直接等同于不作为的实行行为。因此,以上观点也有将对作为的实行行为的实质判断直接套用于先行行为之嫌。当然,作者以上是就作为义务的一般性论述,至于不纯正不作为的作为义务则还要作具体分析。我国学者指出:如果行为人以自己的行为制造危害结果的自然原因力,而在能够阻止结果发生的情况下基于故意或过失心理不阻止结果发生,虽然故意或过失产生于制造自然原因力的行为(先行行为)之后,行为人对法益的侵害程度与主观苛责程度都与一般的作为犯相差无几,不论从法律公正的角度考察,还是从防止危害发生的刑事政策立场出发,都应当予以处罚。但是,这是由于罪过心理产生于自然的危险行为(之后),不能以先行行为的作为犯处罚,于是只能取道事后不作为的途径以不纯正不作为犯处罚。因此,原则上应当肯定先行行为引起的义务。<sup>〔52〕</sup> 以上论述更多的是对不纯正不作为犯成立条件的一般性论述,并没有甄别先行行为在纯正不作为犯与不纯正不作为犯中的差异,因而令人遗憾。

### 3. 作为义务程度说

如上所述,先行行为在纯正不作为犯与不纯正不作为犯中的差异,才是我们所要关注的。对此,我国学者提出了作为义务程度说,以此作为对纯正不作为与不纯正不作为犯中的先行行为判断的标准。我国学者指出:

在刑法理论上一概肯定先行行为保证人地位,认为只要由于自己的行为使法益处于危险状态而不救助,就一定在司法中构成不纯正不作为犯,或者完全否定先行行为保证人地位,在司法中对先行行为的情形一律以作为犯、过失犯或者结果加重犯处罚的观点,都是片面的。以先行行为作为义务的程度经验判断先行行为的保证人地位的成立与否,应当是一个有益的尝试。简言之,作为义务的强弱与先行行为不作为所构成之罪的重轻成正比关系。<sup>〔53〕</sup>

上述观点,在一定程度上受张明楷教授的启发。例如作者引述张明楷教授的以下论述:即使作为义务来源于相同的法律规定或法律事实,由于作为义务程度的差异,也可能构成性质不同的犯罪。<sup>〔54〕</sup> 我国学者通过以下例子来论证作为义务的程度强弱,从而说明作为义务强弱对所构成犯罪之轻重的影响,指出:

将女婴抛弃于人们容易发现的场所,如车站的候车厅或他人的家门口,可能造成遗弃罪。将女婴抛弃于人迹罕至的荒郊野岭,可能构成不作为方式的故意杀人罪。虽然无论将婴儿抛弃在什么地方,违反的都是《婚姻法》规定的抚养义务,但由于抛弃的地点不同,婴儿获得照料的机会也就不同,从而影响了作为义务的程度。在容易被发现的地方,婴儿被发现的可能性就高,获得他人保护的机遇也就大,婴儿父母的作为义务的程度就自然低

〔51〕 刘士心:《不纯正不作为犯研究》,人民出版社2008年版,页143-144。

〔52〕 同上注,页148。

〔53〕 谢绍华,见前注〔18〕,页62。

〔54〕 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2005年版,页142。

一些;在难以被发现的地方,由于婴儿获得他人照顾的可能性很低,婴儿的安危几乎全掌控在他的父母的手中,其父母作为义务的程度自然也就高。所以,也就有了犯罪性质上的差别,前者构成了社会危害性较小、性质不太严重的遗弃罪,后者却构成了性质严重的杀人罪。其原因就在于作为义务存在程度上的差异。<sup>[55]</sup>

以上差异作为义务程度强弱的论述,是针对法律产生的作为义务而言的,而不是指先行行为产生的作为义务,但对于我们理解先行行为产生的作为义务的程度强弱仍然具有一定的参照性。我以为,作为义务的程度强弱毕竟是一个程度问题,由此引申出来的疑问是:纯正不作为犯的作为义务与不纯正不作为犯的作为义务之间的差异难道仅仅是一个程度问题而不是一个性质问题吗?从以上例子来看,无论是把女婴抛弃于人们易于发现的场所还是人迹罕至的荒郊野岭,在违反《婚姻法》规定的抚养义务这一点上并无区别——我指的是没有程度上的区别。但抛弃于荒郊野岭显然不止于遗弃,而且是杀人,这是以杀人的手段达到遗弃的目的;具有遗弃与杀人的竞合性质。在这种情况下的抛弃行为,到底是作为还是不作为?换言之,行为人构成的是作为的杀人罪呢还是不纯正不作为的杀人罪?我认为,这是值得思考的问题。如果确定上述抛弃于荒郊野岭的行为属于作为,则上述行为就是纯正不作为的遗弃罪与作为的杀人罪的竞合。因此,作为义务的程度强弱这个命题是否成立,仍然需要进一步考察。

从形式的作为义务论到实质的作为义务论的转变,这是我国刑法学在作为义务理论上的一个发展趋势。但是,在如何对作为义务进行实质判断上,仍然存在标准不明之弊。从目前的情况来看,更多的还是对德日学说的介绍,尚未形成我国自身的理论。

### 三、不作为犯论的司法认知

在我国司法实践中,纯正不作为犯的司法认定并不存在较大问题,但在不纯正的不作为犯的司法认定中还存在一些问题,这主要表现为形式的作为义务论仍然居于主导地位。例如,我国学者对发生于现实生活中的一组案例进行了分析,这一组案例共计5个,其中前4个是男友对女友、丈夫对妻子、儿子对父亲自杀的不救助案,第5个是船主对游客溺水见死不救案。以上案例均以不作为故意杀人罪被判刑。对于上述案例,我国学者指出:以上五则案例是近年来在人们的生活中产生较大影响的案件,案例中的被告人皆被法院认为负有特定义务而构成不纯正的不作为杀人罪。尽管法院审理的理由在某些方面含混不清(如具体案件中行为人的作为义务来源究竟是什么,指代不明,而笼统地认为行为人是具有特定义务的人),而且往往偏重于主观方面的说明,但有些经过法理的填充是可以得到充分说明的。问题在于,在这五则案例中并不存在如上述有些学者所主张的“事实承担行为”。如果按上述论者的观点,这几则案例中被告人皆不负任何刑事责任。理论与实践反差之大,究竟是我们理论出了问题还是司法人员判案出了问题<sup>[56]</sup>。论者提出了一个发人深省的问题:在不纯正不作为犯问题上,理论与实践到底谁出了问题。论者是在批评事实承担说时提出这个问题的,并且明显地偏向于实践,认为司法人员作出上述判决非凭

[55] 谢绍华,见前注[18],页77。

[56] 许成磊,见前注[44],页346-347。

空想象,而是在很大程度上考虑舆情与法理。我们注意到上述几则案例都是在社会上具有典型性而且影响很大的案例,判决结果并没有引起人们的非议,这表明我们的社会通常也认可这种情况下行为人不作为犯罪的成立。<sup>[57]</sup>对于这一观点,我不敢苟同。

论者所批评的事实承担说,是指冯军教授的以下观点:由于不纯正不作为犯与纯正不作为犯在作为义务的内容上不同,其作为义务的来源也应不同。应该从不纯正不作为的作为义务同与其对应的作为犯的不作为义务具有等价值性的原则出发,用更实质的标准来确定不纯正不作为犯的作为义务的来源。这个更实质的标准,我认为是:行为人为防止结果的发生自愿地实现了具有支配力的行为。<sup>[58]</sup>从冯军教授的以上论述来看,是在实质的作为义务论的背景下提出的,意在对不纯正不作为犯的作为义务加以限定,这一思考方向是完全正确的。当然,事实承担说指出的限定标准是否过于严苛,与论者所主张的观点,即除了在事实承担的情况下行为人具有对法益的排他性支配关系外,也应考虑特殊场合在行为人支配的领域内具有排他的支配关系,<sup>[59]</sup>存在一定差别。也许事实承担说是过于限缩了纯正不作为犯的作为义务,而排除性支配关系说更为恰当。但也不能认为冯军教授的观点就是理论学者纯粹理念和选择推导下空洞的说教与玩物,是不能用来有效指导司法操作的。<sup>[60]</sup>事实上,在交通肇事罪的司法解释中已经采用了事实承担说。2000年11月10日最高人民法院《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》(以下简称《解释》)第6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,应当分别依照刑法第232条、第234条第2款的规定,以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。按照上述《解释》的规定,行为人在交通肇事后单纯逃逸的,属于交通肇事的行为加重犯;因逃逸致人死亡的,属于交通肇事罪的结果加重犯;但行为人实施了弃置行为后逃逸的,则构成不作为杀人或者不作为伤害。在弃置逃逸的情况下,存在事实承担行为,因而构成不纯正不作为犯。对此,冯军教授指出:在驾驶者撞伤行人后逃逸的所谓“轧逃”等案中,只有在驾驶者为防止受伤的行人死亡而采取了抢救措施后,又中途停止能够继续进行的抢救,并且控制了致受伤的行人死亡的进程时(如将受伤的行人送往医院的途中,见无人监视,便将受伤者遗弃于荒野之中),才能够成立不作为的杀人罪,因为驾驶者已经实施了一个具有支配力的行为;如果驾驶者撞伤行人后径直逃走,那就只成立交通肇事罪和不救助罪,因为驾驶者并没有实施一个具有支配力的行为,所以不能在行人的死亡上成立不作为的杀人罪。<sup>[61]</sup>

我完全同意冯军教授的上述观点。当然我也认为在具有支配性的领域,应当采排他性支配关系说。问题在于:从论者所引五则案例来说,其实恰恰是形式的作为义务论影响的结果。

[57] 同上注,页347。

[58] 冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,页47。

[59] 许成磊,见前注[44],页348。

[60] 许成磊,见前注[44],页348。

[61] 冯军,见前注[58],页48。值得注意的是,我国也有学者认为交通肇事后弃置逃逸属于作为形式的杀人罪,指出:《解释》第6条的规定,属于作为形式的故意杀人罪(或伤害罪),而非不真正不作为犯的故意杀人罪。对之定罪不能套用不作为犯罪的要件,也即无需考虑行为人是否负有作为义务。参见李金明:《不真正不作为犯研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,页180-181。



因此,就理论与实践的反差而言,问题仍然出在实践,当然追究其根源,问题出在形式的作为义务论。在以上五则案例中,前四则具有共同性,都是对具有特定关系人的自杀不救助而构成不作为的故意杀人罪。问题出在自杀能够产生不作为的作为义务吗?毫无疑问自杀前特定关系人具有救助义务,但这种救助义务是纯正不作为犯的作为义务而不是不纯正不作为犯的作为义务。而我国刑法恰恰没有设立不救助罪。因此,救助义务的根据不能理所当然地成为不纯正不作为犯的作为义务。对此我国学者指出:既然夫妻一方自杀,另一方因夫妻关系所负担的义务只能是给予救助的行为义务,而不能是防止危害的结果义务,那么,就不能以宋福祥违反了救助义务为由,认定其不救助行为构成不作为故意杀人罪。如果认为宋福祥案件情形下得行为人负有的作为义务是救助义务,又判决其构成故意杀人罪,那就是从根本上混淆了作为义务的性质。<sup>[62]</sup> 以上对纯正不作为犯的作为义务与不纯正不作为犯的作为义务是性质的区分而非程度的区分的观点,我深以为然。我认为,自杀的特点就是不救助他人是否构成不作为的故意杀人罪,问题不仅出在对义务的理解上,而且出在自杀这一特定行为方式上。在此,存在一个前提性问题:教唆或者帮助自杀是否构成杀人罪?如果回答是肯定的,那么对自杀的不救助构成不纯正不作为的杀人罪尚具有一定的合理因素。如果回答是否定的,那么,对自杀的不救助无论其作为义务程度多么地强,以不纯正不作为的杀人罪论处,其不合理性显而易见,道理在于:教唆或者帮助自杀这样一种作为方式致使他人自杀死亡都不构成杀人罪,在他人自愿自杀的情况下,仅仅不救助怎么可能构成杀人罪呢?因此,对自杀的不救助行为以不纯正不作为的杀人罪论处,除了受到形式的作为义务论影响以外,还在很大程度上受教唆或者帮助他人自杀构成故意杀人罪这一观念的影响有关。

就教唆或者帮助他人自杀的行为如何定性这一问题而言,我国刑法学界的观点经历了一个逐渐的变化过程。以张明楷教授为例,在1997年出版的《刑法学》一书中,是主张教唆或帮助他人自杀可以构成故意杀人罪的,指出:这里的教唆、帮助行为,是教唆、帮助他人实施自杀。因此,不能用共同犯罪理论来解释这里的教唆、帮助行为,而应将这种教唆、帮助行为理解为借被害人之手杀死被害人的故意杀人行为。刑法第232条规定的故意杀人包括了教唆、帮助自杀的行为,对教唆、帮助自杀的,应直接定故意杀人罪。<sup>[63]</sup> 但在2003年出版的《刑法学》第2版中,其观点有所改变。张明楷教授指出:

我国刑法对杀人罪规定得比较简单,没有将教唆、帮助自杀的行为规定为独立的犯罪。在这种立法体例之下,是认为教唆、帮助自杀的行为根本不成立犯罪,还是认为教唆、帮助自杀的行为成立普通的故意杀人罪,的确是需要研究的问题。如果认为刑法分则条文规定的只是实行行为,那么,只有当教唆、帮助(与共同犯罪中的教唆、帮助不是相同概念)自杀的行为,具有间接正犯性质时,才能认定为故意杀人罪。<sup>[64]</sup>

以上观点的变化,对于他人自杀的不救助行为是否构成不纯正不作为的杀人罪是有影响的。张明楷教授在2007年出版的《刑法学》第3版中,又增加了以下这段话:在教唆的帮助自

[62] 叶慧娟:《见危不助犯罪化的边缘性审视》,中国人民公安大学出版社2008年版,页270。

[63] 张明楷:《刑法学》(下),法律出版社1997年版,页696。

[64] 张明凯:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,页678。

杀的行为不具有间接正犯性质的情况下,我国的司法实践一般作为情节较轻的故意杀人罪处理。这种做法是否具有合理性,以及如何从理论上说明其合理性,都还值得研究。此外,对自杀负有救助义务的人故意不予救助的,可能成立不作为的故意杀人罪。<sup>[65]</sup>既然教唆或者帮助他人自杀的行为只有在具有间接正犯性质的情况下才能构成杀人罪;不具有间接正犯性质的教唆或者帮助他人自杀的行为怎么可能构成情节较轻的杀人罪呢?那种把不具有间接正犯性质的教唆或者帮助他人自杀的行为当作情节较轻的故意杀人罪处理的做法,完全没有合理性可言。在这种情况下,对自杀负有救助义务的人故意不救助构成不作为的故意杀人罪,同样是难以想象的。

值得注意的是,在2011年出版的《刑法学》第4版中,张明楷教授的观点又有所发展,对于不具有间接正犯性质的教唆或者帮助他人自杀的行为能否以杀人罪论处,采取了更为模糊的立场,指出:中国人自杀不是一种主体性行为,在此意义上说,司法实践的上述做法具有妥当性。但是,如何从刑法上寻找处罚根据,还值得研究。倘若不能找到刑法上的处罚根据,就只能认为司法实践的上述做法违反了罪刑法定原则。<sup>[66]</sup>我认为,自杀就是自杀,都是基于本人意愿而结束自我生命,无所谓主体性与非主体性之分。至少在刑法上是如此。在自杀的社会学分析中是否做如上区分,另当别论。张明楷教授试图为这种做法找到处罚根据,虽然承认都存在疑问,但还是在注脚中提供了五种解释路径。其中,与不纯正不作为犯有关的是第二种路径,张明楷教授指出:教唆他人自杀且引起他人自杀时,教唆者具有救助义务(先前行为引起的义务),不救助的教唆者成立不作为的故意杀人罪。但是,这种路径扩大了先行行为的范围,也不能完全解决教唆自杀的问题(如教唆者不在现场时,就没有作为可能性,因而也不成立不作为犯罪),更不能解释帮助自杀行为。<sup>[67]</sup>既然没有间接正犯性质的教唆或者帮助他人自杀的行为,难以解释不纯正的不作为的故意杀人罪。那么,单纯的对他人自杀的不救助行为更不能理解为不纯正的不作为的故意杀人罪。

我认为,在刑法理论与司法实践出现差异的情况下,要对这种差异的原因进行分析,不能一味地指责刑法理论。我国刑法理论已经发展了,由于司法实践本身所具有的滞后性,还受过时的刑法理论的影响处理案件,例如在此所述的不纯正不作为犯的作为义务就是如此。在这种情况下,为滞后的司法实务辩护实际上就是在阻碍刑法理论的发展。

难道不是这样吗?

(责任编辑:蒋 莺)

[65] 张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,页639。

[66] 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,页761。

[67] 同上注,页761,注释[8]。