

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)

论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)

您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读原文

[> 论文精粹](#)

谢绍华：作为义务来源的实质化

admin 发表于： 2009-11-02 09:28 点击： 578

摘要:作为义务来源作为认定不作为犯罪的作为义务的依据,在整个不作为犯罪中居于极其重要的地位,其范围的大小直接关系到不作为犯罪的成立范围。在理论和实践中,作为义务来源问题常常引发争议。深入研究作为义务来源,对于刑法理论和司法实践都具有极其重大的意义。

关键词:作为义务来源 形式化 实质化 路径

刑法学通说认为,作为与不作为是犯罪行为的两种基本类型。不作为犯罪是较为复杂而值得深入研究的犯罪行为类型。成立不作为犯罪的前提是行为人须具有相应的作为义务,因而厘定不作为犯罪的作为义务来源范围,最为关键。不作为犯罪的义务来源是不作为犯罪的核心问题,它反映了不作为犯罪的基本犯罪事实构成因素,是决定不作为犯罪能否成立,属于何种性质犯罪的主要依据。不作为犯又分为真正不作为犯和真正不作为犯。真正不作为犯又称为纯正不作为犯,是指刑法明文规定只能由不作为构成的犯罪。如我国刑法规定的遗弃罪即属此类。在这种情况下,刑法往往明文规定了作为义务的主体即行为主体和不作为的客观行为,对这种不作为犯罪的认定不存在难题。不真正不作为犯又称为不纯正不作为犯,是指刑法条文没有明文将不作为表述为构成要件要素的情况,即通常预想由作为予以实现的构成要件,而由不作为来实现的犯罪,或者说,行为人以不作为的手段实施通常以作为形式构成的犯罪。其特点是它们既可由作为形式构成又可以不作为形式构成。由于真正不作为犯是刑法类型化的犯罪,其作为义务的来源不存在特别的疑问,而不真正不作为犯作为刑法未明文类型化的犯罪,其作为义务的来源就成为难以解决的问题。或许正因为如此,不真正不作为犯的问题,历来就有“未解之题”或“最难且未令人满意地解决的难题”之称。^①本文主要讨论不真正不作为犯的作为义务的来源问题。

一、形式的作为义务来源的回顾

人类对不真正不作为犯的作为义务来源问题,最早是从形式的层面进行探讨的。其主要特征是以列举的方法阐明作为义务的来源,使所谓作为义务这样一种发生法律效果的要件,其根据总是在法规,即法源中去寻找[1] (P1123) 。这在理论上被称为形式的作为义务来源说。

对作为义务的内容与来源最先予以理论化的是费尔巴哈。费尔巴哈说:“不作为通常是以规定行为人义务的特别法律根据(法律和契约)为前提的。无论什么人,欠缺这一根据,都不能成为不作为犯的犯罪人。”^②按照他的说法,作为义务的有无,应当根据法律、契约这种刑法以外的事由进行判断。在费尔巴哈之后,德国学者斯鸠贝尔(Stübel) 基于其生活的实际感觉与明白的法感情,提出先行行为也应成为作为义务的根据。在19世纪中期关于不作为因果关系的争论中,先行行为逐渐被视为作为义务的来源。于是,德国法院的判例也开始支持这种学说。这样,在19世纪末20世纪初的德国,学说与判例将作为义务的来源分为法律、契约和先行行为,这就是所谓的“形式的三分说”。“形式的三分说”在德国长期占据着通说的地位, 1913年德国刑法修正草案第24条对此进行了明文化的尝试,该草案认为违反法定作为义务是不真

正不作为犯的成立条件,并且明文规定了由先行行为也可产生的法定作为义务[2](P118)。

德国刑法中所确认的作为义务的三来源说对其他国家的刑法理论产生了极大的影响。形式的三分说在日本刑法学界也长期占有主导地位,日本的传统见解是在法律、契约与事物管理、条理三个方面寻找作为义务的来源。例如,日本学者木村龟二认为,不真正不作为犯的作为义务的来源包括以下三种:法令情形;基于法律行为(契约、事务管理)的情形;从公共秩序、良好习俗出发的作为义务[3](P1143)。在日本,也有学者持四来源说,福田平、大冢仁教授认为,作为义务的来源有四个:依法令的义务;依法律行为尤其是合同或事务管理的义务;依据习惯或情理的义务;事前行为的义务[4](P162)。

台湾学者关于作为义务形式来源的观点纷繁复杂,达八种以上,其中较有代表性的观点有:“三分说”认为作为义务的来源有:以法律或法令明文规定者;基于契约或其他之法律行为者;法令及契约虽无该作为义务之根据,但依习惯、条理及公序之观念,或依交易上之诚实信用之原则而认为应该发生一定之作为义务[5](P1166)。“四分说”认为作为义务的来源有:依法令之规定者;基于法律行为者(包括契约及无因管理);基于法律之精神者;因自己之行为有发生一定结果之危险者[6](P1114)。“六分说”认为作为义务的来源有:法令之规定;自愿承担义务;最近亲属;危险共同体;违背义务之危险前行为;对于危险源之监督义务[7](P1299)。

我国大陆学者在作为义务形式来源问题上也有不同观点,具有代表性的主要有以下几种:“三来源说”认为作为义务的来源有:法律上的明文规定;职务或业务上的要求;行为人先前的行为[8](P199)。“四来源说”认为作为义务来源有:法律明文规定的作为义务;职务或者业务要求的作为义务;法律行为引起的义务;先行行为引起的作为义务[9](P1257)。“五来源说”认为作为义务的来源有:法律上的明文规定;职务和业务上的要求;行为人的先行行为;自愿承担的某种特定义务;在特殊场合下,公共秩序和社会公德要求履行的特定义务[10](P1170)。

形式的作为义务说从形式的角度界定作为义务的范围,具有特征明确,易于操作的优点,对于严格区分道德义务和法律义务,阻止以实质性判断为借口而扩大不作为犯的处罚范围,抑制刑罚权的不当扩张以及保障人权方面具有重大意义。但是,此说也存在明显的缺陷:首先,对不纯正不作为犯这种开放的构成要件^③而言,形式的作为义务说以列举的方式阐明作为义务的来源问题,而列举法的弊端在于无法涵盖所有的作为义务来源的类型。并且随着社会的发展和社会关系的日益复杂化,作为义务的来源呈现不断增加之势,此时列举的方式便无法涵盖这些增加的事例,无法有效地指导司法的认定;其次,形式的作为义务说只是回答了什么人具有作为义务,即作为义务的主体问题,但是,行为人不履行该义务在什么场合下成立不作为犯仍不明确,因此无法科学地确定不作为犯的处罚范围;再次,随着20世纪30年代刑法独立观的产生,刑法的自觉和独立化促使学者除对作为义务来源的形式探讨外,开始从刑法法源本身去展开对作为义务来源实质化的探讨,正如有学者所指出:“刑法必须自己决定自己的不法界限,是作为义务来源实质化最直接的动机。”[11](P193)最后,形式作为义务来源中,有许多占统治地位的学说将公序良俗、条理、法的精神等产生的义务纳入不作为犯的作为义务范畴,混淆了法律规范和道德规范的调整范围,会扩大不作为犯罪之作为义务的范围,不符合罪刑法定原则的明确性精神,甚至导致罪刑擅断。因此,作为义务的来源从形式化迈向实质化就是必然的了。

二、实质的作为义务来源理论

从20世纪30年代开始,对作为义务来源的实质性探讨首先由德国学者展开,各种对作为义务来源实质化探讨的理论学说纷纷出场,这些学说从不作为者与危害结果或不作为者与被害者的特殊关系入手考察作为义务的实质性要素,在理论上取得了丰硕的成果。1938年德国学者那格拉(Nagler)提出保证人说,将负有作为义务的人称之为保证人,将保证人地位的有无认为是作为犯罪成立与否的关键。保证人说成为德国作为义务实质化的主线,其后的学说大都是围绕保证人的地位如何取得而展开的。

1. 德国的作为义务来源实质化运动

第一,佛格特(Vogt)的“较密切的社会秩序(关系)说”[12](P1642)。佛格特对判例和学说中的保证人类型进行了归纳,经过分析,其认为在构成保证人类型的社会关系中具有特别的社会连带性,认为此类连带关系乃关系人之间

相互负忠诚义务的基础,是社会生活秩序中最原始、最重要之成分,佛格特将此类关系称之为“较密切之社会秩序(关系)”。

第二,安德鲁拉基斯(Androulakis)的“事先存在的密切关系说”[12] (P1644)。安德鲁拉基斯认为,“事先存在的密切关系”是内在的、社会的和人与人之间的亲近状态,是一种个人间实际的互相归属的关系,例如父子之间、医生和病人之间就具有此种相互归属的关系。“事先已存在”是指密切关系存在于不作为之前,而不是在危险发生前已经存在。因先行行为而使他人陷入险境,与其他人、与被害人处于更密切的亲近状态,而具有不作为的等价要素,即“事先存在的密切关系”。此外,有“密切关系”不同于有“关系”,密切关系有可确定性,例如表兄弟姐妹的关系、邻居关系以及上司下属的关系,与“危险源、危险、受害法益、被害人”没有可确定的密切关系,不属于密切关系,仅属于有关系。而且并非所有“事先存在的密切关系”均是不真正不作为犯应罚及可罚的要素,只有具有某种客观的评价要素的“事先存在的密切关系”才是不真正不作为犯应罚及可罚的要素。这些客观评价要素,并不是开始就确定并一成不变的,而是要依据具体的社会情状进行具体判断。安德鲁拉基斯将“事先存在的密切关系”分为:存在于不作为者与被害人之间、存在于不作为者与危险源所附着物之间、存在于不作为者与加害人之间三类。

第三,贝尔汶科的“公共福祉界限说”[12] (P1649)。贝尔汶科首先以“公共福祉”为标准,将道德义务与法义务区分开来。他说,以社会伦理的非难性来说明不法的本质,但是并非违反社会伦理即属不法,社会伦理中有的属于道德范畴,有的属于法律范畴。只有超越个人的特别性,涉及多数人整体的公共福祉,是社会成员共同生活繁荣进步的最终目标,此“公共福祉”就是法的本质和法的最高价值。就刑法上的义务来讲,违反“公共福祉”虽然属于不法,但却未必属于刑事不法。因为,刑法具有第二顺位性,其功能在于维护社会共同生活的最高法价值。所以,只有对维护社会共同生活所急需需要的社会伦理义务,才能成为刑法上的义务;违反此种对于“公共福祉”具有特别急迫性的义务,方有刑事不法可言最高的法价值、法的最终的目的的“公共福祉”不是一成不变的,也无固定的形式,而是随着社会结构和社会关系的变化而变化的。贝尔汶科从“公共福祉”三项要素——法益、社会角色和客观之评价要素——出发对保证人地位进行了说明。根据贝尔汶科的学说,首先根据“社会角色”判断是否有保护“法益”免受侵害之义务,然后再根据“客观之评价要素”确定该义务是否为维护“公共福祉”所急迫需要者,如果是,则具有保证人地位。对于“客观之评价要素”,贝尔汶科认为无法一一列举,只能于个别案例中一一具体确定。总而言之,在维护“公共福祉”的最高原则下,欲决定在不作为者与所保护的法益之间是否具有保证关系,首先应确定所欲保护的法益主体,而后确定不作为者的社会角色在团体任务分配中,是否具有防止此特定法益受侵害之任务,最后再以客观之评价要素,判断因而形成之社会伦理上之义务,是否为维护共同生活之繁荣进步所必需。

贝尔汶科的观点与前述两位学者相比较,理论结构较为严密,就其“实质化”的实践来说,贝尔汶科提出了最高实质准则(公共福祉),并在具体规则,即法益之确定、社会角色之确定及客观评价要素中予以过滤,从而判断保证人关系是否存在。这种实质化的过程,并非仅仅就保证人地位的类型作实质的分类,而是真正提炼出实质的法理依据、实质的判断标准,是真正的实质化。此外,他将法益作为确定保证关系的第一个要素,是十分正确的。因为刑法的目的在于保护法益,探讨不真正不作为犯的作为义务来源,自应以“法益”为出发点。

第四,阿明(考夫曼(Armin Kaufmann))的功能说[13] (P1164)。功能说,又被称为机能的二元说,由德国学者阿明(考夫曼提出,后经其他学者的补充完善,至今成为德国刑法界的通说。考夫曼经过考察判例和学说所讨论的保证人类型后指出,刑法上保证义务的根据在于保护特定法益的功能(保护义务)与监控危险来源的功能(监控义务)[14] (P1746),从而将保证人类型分为两大类:一类是行为人对特定法益有保护其不受侵害的义务,简称为保护义务;一类是行为人对特定危险来源有监督控制的义务,使该危险源不害及任何人,简称为监控义务。功能说由于在形式上可以将一般所发现的可能的保证人类型区分清楚,对认定不同的保证人地位提供了一个很便捷的分类方法,所以,功能说被提出以后,成为至今普遍被接受的通说。

第五,信赖关系和信赖关系学说。信赖原则在理论史上一向断断续续被使用,尤其是在自愿承担义务的保证人义务方面。德国学者乌尔夫(Wolff)和威尔普(Welp)提出的被害人对行为人的信赖关系也是建立在信赖关系上面[15]。信赖关系说主张,在被害人陷于脆弱的状况,必须依赖行为人的救助时,被害人对不作为人的信赖关系,就是保证人地位的实质法理依据。对“信赖关系”的理解存在两种观点:一种观点主张,人和人之间的信赖关系表现社会内部的和平,社会内

部和平的期待的确要求人互相信赖,从而引申出作为义务。另一种观点认为,继受某个义务、先行行为、执行某种业务以及有某种职位等方式可以产生一个信赖地位,进而形成一个保证人地位。换言之,进入一个信赖地位,是构成保证人地位即负有作为义务的理由[11] (P196) 。

第六,许乃曼(Schünemann)的支配说[16]。支配说,又被称为“对因果流程的支配说”。许乃曼主张以“支配造成结果的原因”作为保证人地位形成的原因,该说主张不应在行为人和被害人之间或者行为人和被害法益之间的关系中去寻找作为义务的实质来源,而应从行为人和因果流程的关系,亦即行为人是否站在因果流程的起点,是否操纵因果流程,决定行为人是否负有作为义务。许乃曼的支配理论的核心是:对作为犯和不作为犯共通的实质的归责基础是“对结果来源的支配”;所谓“结果来源”,对作为犯而言,是人对其身体的支配,对不作为犯而言,则有两种:一是重要的原因,二是被害人的无助状况;所谓“对结果来源的支配”是一种实际的、事实的支配,即绝对的、现在的支配。

2. 日本的作为义务来源实质化理论

20世纪70年代以来,受德国不真正不作为犯论的影响,日本一批学者也相继提出了新的独特的作为义务根据的理论。这些理论由于彻底抛弃了传统的对作为义务的发生根据进行列举的方法,而试图从客观存在的不作为行为中,探讨作为义务发生的实质性根据,因而被称为彻底的实质的作为义务论。其中,最主要的有以下几种学说:

第一,先行行为说[2] (P1100) 。该说为日本学者日高义博教授所提倡。认为作为义务的来源是不作为者先前的原因设定行为。所谓先前的原因设定行为,是指不作为者在不作为之前,自己已经设定倾向侵害法益的因果关系。日高义博认为,不真正不作为犯与作为犯相比较,存在结构上的空隙:作为对结果具有原因力,能引起向结果发生方向发展的因果关系;而不作为,从自然主义的角度看,是没有原因力的,仅是利用既存的因果流程。因此,要填补不真正不作为犯存在的结构上的空隙,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,即不作为人在实施该不作为以前,必须存在自己设定向侵害法益方向发展的因果关系。他所讲的不作为人的原因设定行为,其实就是历来所称的先行行为。

第二,事实的承担说。④该说又被称为“具体的依存说”。其主倡者是日本学者堀内捷三教授。他认为,考察作为义务,应当从结果无价值的立场出发,排除作为义务中的规范性的要素,而从事实的角度出发来解明其实体。强调从“对结果原因的支配”关系中探求作为义务的发生根据,即认为不作为者的作为义务是因为结果和不作为者具有具体的并且是事实上的依存关系,并由于不作为者事实的承担行为而发生的。这种承担行为必须满足三个条件,即有意图使法益维持和存在的行为;该行为必须具有反复性、持续性;该行为对于法益具有排他性的保障。该说避开作为义务来源的形式的、规范的要素,而力图从具体的依存关系和承担行为等事实要素中,对作为义务的发生根据进行实质的说明,从而将作为义务的价值要素还原为事实要素。

第三,具体的事实支配说。⑤该说由日本学者西田典之教授所倡导。他主张,关于作为义务的发生根据的讨论,应当避开从来的法规、契约、先行行为等规范性的见解,为了保证作为与不作為的等价值性,不作为者应当掌握导致结果发生的关系锁链,即要具体地、事实地支配因果关系的发展经过。在欠缺事实性前提的支配场合,仅凭作为义务这样的规范性要素,由于它对结果缺乏支配性关系是不能构成不真正不作为犯的。

3. 中国的作为义务来源实质化学说

第一,开放和闭锁的关系说[16]。该说是我国台湾学者许玉秀提出的。该说以法益为出发点,再选择对之有意义的功能关系,来决定行为人有无作为义务,对理论界研究保证人地位的实质法理依据,具有重要的启示意义。许玉秀认为,法律赋予犯罪防止义务,无非是要保护法益,因此,究竟什么人防止犯罪人侵害法益的义务,应视义务人和犯罪人之间的关系对法益而言是否有意义而定。所谓有意义,也就是该关系是为保护受害法益而存在,则会产生犯罪防止义务;如果该关系的存在并不在于保护受害法益,则无犯罪防止义务可言。前者等于是对法益开放的关系,因此称为开放关系;后者有如对法益闭门的关系,因此,称为闭锁的关系。该结论建立在两个重要前提之上:法益是决定义务的要素,以及义务只能从另一个义务引导出来。

第二,危险前行为说[17] (P119)。该说由我国台湾学者黄荣坚提出。他从解决不作为与作为的等价问题出发,主张危险前行为是保证人地位的实质法理依据,而且危险前行为是构成保证人地位的惟一理由。黄荣坚认为,为了把不作为与作为一样看待,使二者构成相同的一个犯罪,并且接受相同的刑罚,就必须设定一定的条件,使二者受到同等的负面评价。从期待可能性的角度而言,由于人性好逸恶劳,所以,比较可以期待的是,行为人不要以作为的方式使结果发生;比较难以期待的是,作为人要以作为的方式使结果不发生。这两者之间不仅有差距,而且是有极大的差距。为了弥补此差距,不作为所欠缺的作为(制造风险),可以依赖另一个作为来弥补。该作为并非与不作为同时存在的一个作为,而是在不作为之前已经先存在的一个作为,即危险的前行为。

第三,承诺说[18] (P147)。这种学说由我国学者冯军提出。他从纯正不作为犯的作为义务同与其对应的作为犯的不作为义务具有等价性的原则出发,提出了确定纯正不作为犯的作为义务的来源的更实质的标准:行为人为防止结果的发生自愿地实施了具有支配力的行为。他认为这个实质标准包括三个方面:首先,需要行为人实施了一个自愿行为;其次,需要行为人自愿实施的行为具有防止结果发生的目的性;再次,需要行为人自愿实施的行为具有支配力。

第四,事实性因素与规范性因素统一说[19] (P1166)。该说由我国学者黎宏提出。认为在研究不真正不作为犯的作为义务时,必须考察两方面的因素:一是事实性因素,即行为人对危害结果发生的因果关系能现实性地具体支配;二是规范性因素,即法令、法律行为,职务或业务上的职责等通常意义上的作为义务的发生根据。

第五,形式要素与实质要素统一说[11] (P1100)。该说由我国学者李晓龙提出。他认为,作为义务的来源必须立足形式和实质的立场进行考察。行为义务根据应该是形式根据与实质根据的统一。具有作为义务来源的形式要素并不一定产生作为义务,只有同时具有作为义务来源的实质要素才能产生作为义务。作为义务来源的形式要素只是提供了产生作为义务的形式框架,在框架之中的某种行为只有同时符合实质要件的要求才能产生作为义务。

第六,法哲学根据、规范渊源根据与事实根据统一说[20] (P1514)。该说由我国学者欧锦雄提出。认为不作为犯罪特定义务产生的根据应是法哲学根据、规范渊源根据和事实根据的统一。其中,法哲学根据应是人们在共同生产生活中形成的、具有重大利益联系的、人与人之间的特别密切关系,包括亲密的自然血亲关系、密切的共同体关系和特定危险源下的密切关系;规范渊源根据只能是刑法,不作为犯罪特定义务可通过刑法对其他法律法规、规章制度以及道德规范所规定的作为义务的确认来确定;事实根据是指致使特定义务实际产生的法律事实,包括事件与行为两个方面。

三、作为义务来源实质化的路径

自20世纪中叶以来,西德的刑法学界开始抛开作为与不作为存在结构上的差异,转而从不作为者所起的社会作用及所处的社会环境,来研究作为义务的实质内容,从而被称为“社会的不作为犯论”。其特点是,从传统的义务违反说中规范的形式的方法,向存在论的实质性的研究方法过渡[19] (P1127)。保证人地位实质化的运动一经开始,各种理论主张相继被呈现在人们面前,令人目不暇接。但是,总体来讲,可以归纳为四类主张:第一类是从人与人之间密切关系当中寻找保证人类型,例如家庭关系、血缘关系、共同生活关系等;第二类是将第一类的具体关系抽象化为功能地位,即以对法益的保护功能决定保证人的地位。阿明(考夫曼)提出的功能说把保证人地位分为两类:保护法益的保证人地位和监督危险来源的保证人地位;第三类是从行为人和因果流程的关系,即以行为人是否站在因果流程的起点、是否操纵因果流程,决定行为人有无保证人地位;第四类则是纯粹从规范的角度,将保证人地位简化为依规范的要求,避免法益受侵害的义务,简化为在自己的管辖领域,有责任保护法益。以下,对这四类学说分别予以评述。

1. 从人与人之间的关系中寻求保证人类型

这一类型的学说主要有:德国学者佛格特(Vogt)的“较密切的社会秩序(关系)说”;安德鲁拉基斯(Androulakis)的“事先存在的密切关系说”;乌尔夫(Wolff)和威尔普(Welp)的依赖关系和信赖关系学说。

这一类型的学说自社会内部所存在的各种密切关系中,寻找保证人地位的实质理由,这与以往各种形式的理论相比,

是一个长足的进步,为保证人地位实质化运动开启了社会学的研究方向。但是,佛格特所谓“较密切的社会秩序(关系)”,只是描述了行为人与被害人之间的关系,并未说明为何这种关系能够成为保证人地位的形成基础,也就是说,为什么行为人与被害人具有较密切的社会关系,就必须保证被害人不受侵害,这一至关重要的实质理由并未得到揭示。

安德鲁拉基斯的“事先存在的密切关系说”与佛格特的观点一样,都存在过于抽象的缺陷。按照其提出的“事先存在的密切关系”和“较密切的社会关系”的概念,无法判断何种关系属于此种密切关系,所谓“互相归属”的状态,也是极不明确的概念。此外,既然已对“密切关系”与“有关系”作了区分,却又对“事先存在密切关系”附加一“客观评价要素”,不但叠床架屋,更是混淆了“事先存在的密切关系”的意义。其所称的客观评价要素:血亲之亲等、被害人于不作为者支配下之状况以及防止结果发生之垄断地位,应已被包含于“事先存在的密切关系”之内,“而为确定该概念之要素,无由于概念确定之后,复被用以限制概念之理。”[12](P1649)

依赖关系说揭示了在不真正不作为犯中,行为人与被害人之间现实存在的强弱关系,在一定程度上说明了作为义务的必要性就在于被害人对义务人的依赖关系。但是,问题在于,被害人对行为人的依赖关系只是行为人履行作为义务的起点,只是作为义务从规范转化为现实的事实条件,而决非决定作为义务内容的实质根据。如果按照依赖关系说,因为被害人需要救助,所以,行为人就负有救助义务,完全把作为义务的产生根据归结于他人的救助需要。这就好比说,因为我需要你的救助,所以你必须救助,如果你不救助,就要对你判刑。显然,该逻辑是毫无道理的。信赖关系说虽然可以用来说明紧密的生活共同体、危险共同体等作为义务类型,但是,其最大的问题在于颠倒了法律义务与信赖之间的因果关系,是一种倒果为因的逻辑推理。对此,我国台湾学者许玉秀有中肯的评价,“信赖关系的建立,需要信赖的基础,能提供有效的信赖基础的,是法律上的要求或禁止,应该是有了法律义务才能产生信赖,而不是因为有信赖才能有法律义务。”[12](P1689)

2. 以对法益的保护功能决定保证人的地位

阿明(考夫曼)功能说只是对保证人类型根据其内容进行了分类,并没有说明保证人地位的实质根据,没有说明某些人为什么对特定法益有保护功能或者对危险源有监督义务,或者说,为什么某些人有排除某些危险来源的义务,功能说并没有予以阐明。而且功能说分类的界限也不完全精确,保护法益类型和监督危险类型并不能完全区分得很清楚,存在跨越两种类型的情况。如在水浴场的救生员,对于游泳的人来说,有保护特定法益的义务,但同时也负有监督溺水危险的义务。

许玉秀提出的开放与闭锁的关系说,以法益为出发点,再选择对之有意义的功能关系,来决定行为人有无作为义务,就其出发点而言是正确的,但其作为“开放和闭锁的关系说”的理论基础和核心概念的“开放关系”、“闭锁关系”的涵义并不明确。例如,夫妻关系是为了双方的美满生活而形成,是为了各自利益而缔结的关系,不是为了其他法益而建立的关系,因而对其他法益而言是闭锁关系,不能产生相互的犯罪防止义务。根据以上观点,可以肯定夫妻之间的关系可以是开放关系,也可以是闭锁关系,而究竟什么时候是开放关系,什么时候是闭锁关系,需要根据特定的法益予以明确。因此,如何确定“为了双方的美满生活而形成的法益”并无明确的标准。

贝尔汶科将法益作为确定保证关系的第一个要素,是十分正确的。因为刑法的目的在于保护法益,探讨不真正不作为犯的作为义务来源,自应以“法益”为出发点。但是,其理论本身也存在着缺陷,主要是“公共福祉”的概念过于一般化、抽象化。该概念只能作为政治运作或刑事政策的依据,而无法说明不真正不作为犯之所以可罚的特殊性。

3. 从行为人和因果流程的关系决定保证人地位

许乃曼的支配说强调对因果流程的支配。支配思想背后的基本命题是“有权力者有义务”。但“因为你有权力(自由),因此你有义务(自由),是不能存在的矛盾逻辑。”[12](P1728)换言之,只有从义务才能导出义务。保证人是有义务而必须救助法益于危难的人,不只是一个有可能救助法益的人。

日本学者日高义博的先行行为说、堀内捷三的事实的承担说、西田典之的具体的事实支配说、我国台湾学者黄荣坚

的危险前行为说以及我国大陆学者冯军的承诺说,都是以支配思想为基础的,强调对结果的原因的支配。支配说用来解释作为犯没有问题,因为,在作为犯中,无论是对自己身体的直接控制,还是通过与他人合作而操控因果流程,都是开启法益受侵害这个结果的原因。但是,在不作为犯中,真正操控因果流程的是第三人或被害人自己,不作为人充其量只是可能干扰因果流程的人,不作为犯不可能对因果流程有现实操纵,只是有规范意义上的操纵(支配)可能性,而这不能作为解释保证人地位存在的理由。因为,我们不能因为一个人能做什么而决定他必须做什么[12] (P1727)。

4. 从规范的角度决定保证人地位

雅各布斯的组织管辖理论虽然也是以支配思想为基础的,但其更强调纯粹的规范,将保证人地位简化为依规范的要求,避免法益受侵害的义务,简化为在自己的管辖领域,有责任保护法益。“雅各布斯用行为人必须负责防止规范受破坏,作为赋予罪责的前提条件,而以防止规范受破坏、重建对规范的信赖作为罪责的目的,也就是刑罚的目的,刑法的功能因而是维护对规范的信赖要求。”[12] (P111) 雅各布斯这种从规范本身自我演绎的规范论,被许乃曼批评为谬误的循环论证[12] (P116)。

黎宏的事实性因素与规范性因素统一说、李晓龙的形式要素与实质要素统一说以及欧锦雄的法哲学根据、规范渊源根据与事实根据统一说,均强调了规范的因素,或者说,注意到了刑法定型化的重要性,但这些理论都应该属于混合说,与雅各布斯的纯粹的规范说理论有着本质的区别。当然这些混合说也受到了批判。因为当行为人存在法律义务时,不能因为不存在实质要素而否定作为义务。或者说,作为义务来源实质化的努力就是要解决作为义务来源形式化不足而做的尝试,如果规范性要素能够满足作为义务来源的需要,则无探讨作为义务来源实质化因素的必要。显然,在作为义务来源领域,形式要素和实质因素是难以统一的。

阿明·考夫曼的功能说虽然被批评为只有分类、没有法理、分类也不完全精确,但是,自功能说提出之后,实质保证人地位才在实务和学说上普遍被接受。功能说的两种分类提供了两个考察重点:社会功能关系(地位)和法益。保护义务类型表现“法益”这个重点;监控义务类型表现社会功能地位这个重点[12] (P1750)。本文认为:只有立足于法益和社会功能关系(地位)的立场,才是揭示作为义务来源实质化根据的惟一正确方向。理由如下。

从法律理念上看,不真正不作为犯之作为义务的实质根据在于保护法益——只有为了保护刑法所欲保护的利益之目的,刑法才可以课以一个人作为义务。正是由于刑法是以保护合法权益(法益)为任务和目的,而犯罪在本质上又是侵犯合法权益(法益),因此,刑法可以要求行为人实施一定的作为义务,并在行为人能履行而未履行该作为义务时,按照犯罪予以处理。如果刑法不以保护法益为目的,大可不必要求不作为人履行一定的作为义务;如果该不作为不会导致法益受害,刑法更不会将其规定为犯罪予以处罚。

没有保护法益的要求,就不可能有作为义务的存在;但从保护法益的要求,并不能直接得出在特定个案中,行为人应当具有什么样的作为义务。可见,法益保护的法律理念与具体的作为义务之间还存在着一定的距离,而这种距离则需要根据特定个案的存在构造进行弥补。这是因为,任何规范都不能单独存在,必须针对事实而存在,因此要对个案中的作为义务进行解释、补充,还需要看该作为义务所针对的事实构造上的独特性。由于作为义务乃不作为人与他人的一种关系,因此对作为义务的存在论根据的考察,也应当在一定的关系中进行。

如果从社会功能关系着眼,则保护法益类型也是建立在社会功能关系上,只不过从功能说的分类当中,可以将社会功能关系归纳为两种类型,一种是属于延续人类生命这种自然事实而生的身份关系,一种是属于为了维护社会秩序,因规范的目的而建构起来的功能关系。雅各布斯将保证人地位重新分类,分成因组织管辖而生的义务,以及因体制管辖而生的义务,正是从社会功能关系着眼的分类方法,其中所谓“组织”可以理解为社会运作领域,而不是一个具体的机构或空间。但如果只切入社会功能关系这个点,则仍然只是做形式的分类,因为必须进一步回答为什么只有某种社会功能关系,即有某种义务,例如为什么有最近亲属关系,即有保证人地位?而要回答这种问题,无法不回到法益这个立足点,因为赋予作为义务,为的正是救助法益,因此必须站在法益的观点询问,为什么有些人应该积极防护法益免于受侵害?探求作为义务来源的实质的法理依据,不能不从法益这个实质要素着眼[12] (P1750)。刑法之所以可以对行为人课以作为义务,其实质根据在于行为人与受害人或危险源之间具有排他的为保护法益而存在的关系,因此当该法益面临紧迫危险时,刑法即

注释:

①[日]木村龟二:《不作为犯中的作为义务》,载《牧野教授还历祝贺论集》,有斐阁1938年版。转引自黎宏著:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第10页。

②[日]偏内捷三:《不作为犯论》,青林书院新社1978年版,第7页,转引自黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第123页。

③威尔哲尔首倡,不真正不作为犯的构成要件是所谓开放的构成要件,对应当成为决定不作为的实行行为性的根据的作为义务,并没有特别明示,一般需要解释来补充。[日]大冢仁著:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第8页。

④[日]偏内捷三:《不作为犯论》,青林书院新社1978年版,第7页。转引自黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第134页以下。

⑤[日]西田典之:《不作为犯论》,载芝原邦尔等编:《刑法理论的现代展开总论》,日本评论社,1988年版。转引自黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第135页以下。

参考文献:

- [1] 黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版。
- [2] [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。
- [3] [日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣、郑树周译校,上海翻译出版公司1991年版。
- [4] [日]福田平、大冢仁:《日本刑法总论讲义》,辽宁人民出版社1986年版。
- [5] 洪福增:《刑法理论之基础》,台湾三民书局1977年版。
- [6] 陈朴生:《刑法专题研究》,台湾国立政治大学法律系法学丛书编委会编印。
- [7] 林山田:《刑法通论》,台湾三民书局1986年版。
- [8] 高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版。
- [9] 陈兴良:《本体刑法学》,北京商务印书馆出版2001年8月版。
- [10] 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年6月版。
- [11] 李晓龙:《论不纯正不作为犯作为义务之来源》,载高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》(第五卷),法律出版社2002年版。
- [12] 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版。
- [13] 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版。
- [14] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译。
- [15] 许玉秀:《前行为保证人类型的生存权?—与结果加重犯的比较》,载《政大法学评论》第五十期。
- [16] 许玉秀:《保证人地位的法理基础》,载《刑事法杂志》第42卷第2期。
- [17] 黄荣坚:《刑罚的极限》,月旦出版社股份有限公司2000年版。
- [18] 冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版。
- [19] 黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版。
- [20] 欧锦雄:《特定义务产生三根据说》,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。

作者单位:中国人民大学法学院

文章来源:《政法论坛》2008年3月第26卷第2期