



## 不真正不作为犯的量刑问题研究

### ——以交通肇事中的故意杀人罪为切入点

林 维

不真正不作为犯与作为犯的构成要件实同形异,因而如何对其量刑不无疑问,但目前在我国无论是司法实务部门还是刑法理论界对这一问题极少关注。有鉴于此,本文拟对这一问题略作探讨。

一

笔者拟以两个案例作为分析的切入点。其一是胡德安故意杀人案。<sup>①</sup>在该案中被告人胡德安因交通肇事而转化为不真正不作为的故意杀人,在没有任何从轻、减轻情节的情况下,被法院笼统地认定为属于情节较轻(在整个判决书中没有任何对情节较轻的具体说明)并被判处该罪最低刑。其二是倪庆国交通肇事案。<sup>②</sup>在该案中,被告人倪庆国同样实施了肇事后逃逸与遗弃行为,但是因逃逸与遗弃同死亡之间的因果关系无法证明,因而只能按照交通肇事逃逸判处其有期徒刑4年。对胡德安而言,即使按照倪庆国案同样的情形处理,也应判处3年以上7年以下有期徒刑。换言之,即使没有发生致人死亡的结果,其最低刑也应为3年有期徒刑;如果发生致人死亡的结果但未被认定构成遗弃的故意杀人罪,按照逃逸致人死亡,处罚其最低刑也应为7年有期徒刑。显然,通过变更罪名而且变更为刑法典中最为严重恶劣的罪名之一,进而笼统使用“情节较轻”的规定,其法定刑反而有了大幅度的下降。这个判决结果显然属于量刑畸轻的情形。<sup>③</sup>

将胡德安故意杀人案同王志刚故意杀人案<sup>④</sup>相比,其量刑结果也许更能说明问题。同为交通肇事后遗弃被害人而转化为故意杀人,胡德安将被害人遗弃在山中较王志刚将被害人遗弃在十字路口的情节更为严重,因为将被害人遗弃在山中就完全排除了其他人对其进行抢救的可能,使得被告人对被害人生命形成一种绝对的控制和支配,在这种情形下,成立不真正不作为的故意杀人罪是一个必然结论。而将被害人遗弃在路口,考虑到环境差异,被告人对被害人的生命未必能够形成一种对结果支配的排他性,即行为人在着手进行对结果的支配后,其他人无法或者很难干预,从而使行为人对某种社会关系的保护处于一种较为封闭的地位,在此种情形,即使行为人对被害人的死亡可能具有单纯的主观放任,也未必能够建立同作为的故意杀人之间的构成要件等价值性,因而按照交通肇事逃逸致人死亡认定可能更为适宜。<sup>⑤</sup>同时,王志刚具有认罪态度较好、其亲属能够代为积极赔偿被害人的经济损失这些酌定情节,在量刑上也可加以考虑,而胡德安案中并没有类似情节。两者相比,胡德安案的量刑显然偏轻。

但笔者讨论的核心问题并不在于胡德安案的量刑问题,而是想关注在胡德安、王志刚等案件的判决中(我们还可以搜集到其他更多的材料以证明类似案件的量刑相对作为犯均普遍较轻)所体现出来的一种倾向,即不真正不作为犯的量刑明显较之作为犯为轻。之所以会出现这种不正常的现象,主要是因为人们一般均认为不真正不作为犯,不作为的行为方式较之作为方式,犯罪情节较轻,因而可予以从宽处理,而故意杀人罪中“情节较轻”的规定也为这一说法提供了切实可行的规范依据。⑥

## 二

从实践看,对不真正不作为犯量刑的通常做法大致包括(仍以较为常见的故意杀人罪为例)以下三种:其一,径直将不真正不作为犯作为所构成犯罪中情节较轻的情形,直接作为减轻构成要件而适用较轻的法定刑幅度;其二,明确认定不真正不作为犯在情节上具有酌情从轻的因素,因而即使不适用较轻的法定刑幅度,也在基本法定刑内予以从轻考虑;其三,虽然并不明确认定不真正不作为犯的从轻因素,但是在量刑中仍然有意或无意地比照基本构成要件的犯罪对其进行从轻考虑。

关于不真正不作为犯的量刑问题,在大陆法系国家也存在着争论。在承认不真正不作为犯的前提下,《德国刑法典》第13条第2款规定:“不作为犯罪可依第49条第1款减轻处罚”,⑦而减轻处罚的幅度是惊人的,例如“终身自由刑由3年以上自由刑代替”。德国的学说也一直主张不真正不作为犯应比作为犯处罚轻。⑧其原因是:不作为的责任内容通常较之积极的行为更加轻微,通过积极的行为将犯罪决意转换为行为的行为人,通常体现了比仅违反避免结果之不作为行为人更加强烈的对法律的敌对心理。正是由于不真正不作为犯在许多情况下,无论是非法内容还是责任内容,均比相应的作为犯更加轻微,因而《德国刑法典》第13条第2款的任意减轻无疑是正确的。⑨但同样以《德国刑法典》这一条文为蓝本制定的《奥地利刑法典》却保留了《德国刑法典》1962年草案中严格的等价条款。在日本,也同样有人认为,在具有构成要件等价值性的场合,不真正不作为犯与作为犯等置没有什么障碍。不作为人的实现意志与作为人的实现意志在故意责任的程度上没有什么不同之处,构成要件的等价值性规定与减轻规定是矛盾的,作出这一规定的原因在于没有考虑到产生原因的形态而笼统认为不真正不作为犯的成立范围。⑩的确,以故意的主动性与消极性的差异,认定不真正不作为犯的责任程度和违法性程度,是一种过于形式化的考察和人为的设定,对于法益侵害而言,作为犯与不真正不作为犯对于最终结果的发生所持的追求或者放任并没有任何本质的差异。

无论是我国司法实践中前述案例所反映出来的对不真正不作为犯从轻处罚的倾向,还是大陆法系国家有关裁量减轻的争论,本质上都认为在处罚上应当将不真正不作为犯与作为犯作原则性的区别对待。这样的观点以及从宽处罚的做法并不局限于由交通肇事转化而成的故意杀人罪,在其他类型的不真正不作为犯罪中也同样如此。但这显然是一个悖论。因为正是由于不真正不作为与作为在犯罪构成上的等价值性或者等置性,即正是由于在刑法中不作为与作为受到同等的法律评价,不真正不作为才被作为犯罪处理。等价值论是大陆法系国家用于解释不作为构成要件符合性的较为流行的观点,它认为违反作为义务所产生的侵害在法定构成犯罪事实上与以作为手段所引起者具有同等价值,因而对其予以处罚。构成要件的等价值性同量刑(尤其是如此大幅度)的从宽处罚显然是矛盾的。

大陆法系国家中裁量减轻的规定是基于对大部分事例中所存在的责任程度与违法性减轻问题的考虑而得出的。但反对者认为,这主要是因为没有考虑(不作为结果)产生原因的形态而笼统认为都成立不真正不作为犯而得出的结论。的确,不真正不作为犯范围的过于广阔导致其在违法性、责任程度甚至因果关系等各个方面呈现较大差异,而妨碍了对所涉案件做统一的处理,因而严格科学地界定不真正不作为犯的范围对于确定对其是否应当从宽处罚有着重要意义。

对不真正不作为犯范围的确定主要依赖于等价值性的判断标准。对此,通常有如下几种观

点:第一种观点主要从不作为行为人的主观意识中寻求等价值性的判断标准。在日本,这一标准最早由大审院在认定放火罪时确立,只要负有义务的人具有利用已经发生危险的意思或者对危险可能产生的结果加以容忍,最终发生结果的,就可以认定为不真正不作为犯。团藤重光甚至认为,即使没有利用已经发生的危险状态的意思,但当时能够辨认出其积极的人格态度或者像有的判决所认定的那样,故意内容不一定是利用意思,只要对危险发生具有高度可能性的认识就足够了。但若认为仅有主观利用甚至容忍的意思就构成不真正不作为犯,那么处罚范围会极其广泛,甚至造成在故意犯中(且不说区分间接故意与过于自信的过失本身在不真正不作为犯中就是一件令人头疼的事情),作为义务的承担事实就完全可以说明构成要件的等置。而最近的倾向是越来越淡化不作为义务本身在等价问题上的分量。例如,大谷实认为,即便是违反作为义务,但其符合哪一种构成要件,必须从与该作为具有等价值性的角度来考察。国内也有学者指出,在不真正不作为犯中,应当探讨作为义务的程度问题,即使作为义务来源于相同的法律规定或法律事实,但如果作为义务的程度不同,就可能构成不同的犯罪。在具体案件中,不能因为行为人负有救助妻子的作为义务,在死亡结果因其不作为而发生的场合,就据此认定其构成不作为的故意杀人罪。显然,先行危险的单纯利用,即使存在因果关系的等价性,也并不意味着法评价的等价性。因此,在诸如交通肇事案件中,仅仅因为行为人在所谓对死亡结果的间接故意甚至直接故意支配下,单纯地脱离现场本身还不能被直接地认定为是杀人故意的表现(以逃逸推定杀人故意),必须结合具体案情进行探讨;否则,不真正不作为犯就很容易成为一种仅仅处罚主观恶意的制度设计。

第二种观点要求根据刑法各论所规定的构成要件来决定,认为不作为犯的问题在根本上还是刑法分则的问题。尽管如此,在总则上归纳出不真正不作为犯的一般性规律仍然是可行的,因而不能因为要具体地理解构成要件而否定标准的一般性。

第三种观点认为不真正不作为犯的等价性判断必须在构成要件上进行,要求不作为者具有原因设定行为。但其前提却是认为不作为自身并没有创造出使危害结果发生的原因,因而使得所谓的原因设定行为等同于先行行为,这样的范围显然又过于狭隘。例如,日高义博就认为,只有由于行为人的故意或者过失导致向着侵害法益的方向发展的因果关系的原因形态,才能构成不真正不作为犯,而由于自然现象、被害人的故意或过失、第三人的故意或过失,均不成立不真正不作为犯。这样的认定显然不符合司法实际。

笔者认为,应当严格地处理等价性问题以防止不真正不作为犯的扩张,并进而解决其处罚问题。在不真正不作为犯中,作为义务以及因果关系的存在都是必要但并非充分的,因此,不能将与结果之间具有因果关系的不作为都作为不真正不作为犯的实行行为,否则,等价性就另存于作为义务之外了。这样的等价性,要求不作为者在主观恶意支配下,对于危害结果进行现实的具体支配,而非单纯的不作为。在这样的支配关系下,形式的作为义务实质化,按照德国刑法学者雅科布斯的说法,不对某一损害加以救助者,只有在他的放弃是决定性的时候,他才负有义务。在对作为义务实质化的理解下,应当具体考察不作为对法益侵害的现实支配关系。这种现实支配关系表现为两种:其一,在具体事件中,负有作为义务的不作为者对原有危险(不管是否由其先行行为产生)不仅仅是单纯因果利用,根据具体情况,这种因果利用对于法益的侵害还是决定性的,它意味着不作为对于结果的发生是独断的,在当时并不存在着其他能够挽救法益的现实可能。这是一种消极的控制,依赖于对当时环境、被害人的具体因素等各种情节所进行的判断,以考察具体法益对不作为者是否形成了一种独断的依赖。其二,在具体事件中,不作为者实施了一定的行为,对法益侵害的结果进行了排他性的支配,使得他人的支配不可能。仍以交通肇事为例,单纯的逃逸并不一定构成故意杀人罪,即便行为人可能具有单纯的对死亡后果间接故意甚至直接故意,而只有在实施了将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃等行为,致使被害人无法得到救助而死亡时,才构成故意杀人罪。

只有在这样的支配关系下,不真正不作为犯才得以成立,才与作为犯的构成要件具有法价值上的等价性。这种一致性并非大陆法系有些学者所认为的相当性,而是法评价上的完全一致性。

### 三

不真正不作为犯违背了作为义务,不真正不作为犯都是身份犯。虽然身份有时可能具有减轻处罚的功能,但在真正不作为犯中,身份往往成为一种加重处罚的事由。例如,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第445条规定,战时在救护治疗职位上,有条件救治而拒不救治危重伤病军人的,处5年以下有期徒刑或者拘役;造成伤病军人重残、死亡或者有其他严重情节的,处5年以上10年以下有期徒刑。上述情形如果按照不真正不作为的过失致人死亡罪处理,仅处3年以上7年以下有期徒刑,情节较轻的,处3年以下有期徒刑。具体身份所承担的救助义务成为立法的加重事由,但应当指出的是,在此未必是由作为义务所带来的身份全部地影响了法定刑的设置。由于真正不作为犯具有独立构成要件的规定,可以针对相应的不作为对象、具体情境而作出更为独立的法定刑设置,因而法定刑的提升因素可能更为复杂。

而在不真正不作为犯中,由于作为义务直接成为等价值性判断中的一个重要因素,因而并不适合再将其作为刑罚加重的事由。同样,既然在对不真正不作为犯进行认定的时候,就已经适当地考虑了其界定过于宽泛的弊端,而对其进行了严格的等价性判断,这种等价性判断又属于刑法意义上的一致性判断,因而无论是在犯罪构成上还是在刑罚裁量意义上,原则上就应当同作为犯作等同对待,没有理由再对它们进行明显的区分。仍然坚持裁量减轻或者将其作为减轻犯罪构成要件对待的做法,显然同其内在本质相矛盾。因而在立法上作这样的规定既无必要,也不正确。但是目前也的确存在着对不真正不作为犯予以酌情从宽的倾向,例如,对不真正不作为的故意杀人罪,几乎没有判处死刑甚至无期徒刑的例子,而这在作为的故意杀人罪中却往往是一种优先的考虑。

对于不真正不作为犯不能一般性地减轻并不意味着对它绝对不能予以从宽处罚。前述大陆法系国家有关争论的根本分歧也并不在于不真正不作为犯是否需要裁量减轻,而在于是否需要明文规定裁量减轻,从而使这一原则成为一般原则而予以全面适用。即使是否定论者也都或明或暗地认为,在违法性或责任程度上,不真正不作为犯与作为犯之间确实存在着一定差异。因而即使没有裁量减轻规定,根据具体事例,也可以在法定刑的范围内,依据具体情节予以酌量减轻处罚。

问题在于,酌情从宽处罚的根据是什么。对此,国内有观点认为不作为的手段并不像作为手段那样具有直接的危险性,因而可以从轻处罚。但是从法益保护意义上讲,不作为犯更多的是从结果保证的角度探讨其危害性,不作为对法益侵害的危险性同作为并没有本质的差别,因而这一理由并不成立。

笔者认为,在不真正不作为犯中存在着不同的危险状态,正是这一原因可能导致其责任程度的差异,因而按照《刑法》第5条的规定,刑罚的轻重应当与犯罪分子所犯罪行及承担的刑事责任相适应,对其可以作出一定的差别对待,即不作为的整体状态导致了不真正不作为犯的刑罚差异。

利用非因自身原因产生的危险且并未积极实施一定行为而形成排他性支配,仅仅是由于当时的具体情形形成了对结果的消极垄断性支配,由于危险并非自身造成,虽然不能否认不作为同法益侵害的因果关系,但是相对于自己设定危险的行为(包括作为与不作为),其主观恶性程度有一定减弱,其原因力也应区别对待(应当区分剥夺生命与不提供保护而致人死亡之间细微的内涵差异),因而在责任承担上可以相应酌情从轻处罚。但自身设定原因尤其是同时又积极地去构建排他性支配的不作为者,无论是在主观恶性上还是在法益侵害的因果力上,都与作为的行为类型没有程度差异,对其根本没有必要进行特别地从轻处罚。因而,结合案件的具体事实,考虑是否由自己设定法益侵害的危险来源以及是否积极地进行了法益保证的排他性控制

行为,并以此为标准决定不作为人的刑事责任承担程度,最终决定是否对其从轻处罚。

但是,这样的从轻处罚仅仅是酌情进行的,不能作为一个无视案件整体性质的硬性原则而广泛适用,尤其是在实施了一定作为而建立了排他性支配的场合尤需慎重,毕竟不作为的等价性是其根本的属性。因此,在没有任何其他从宽情节的情况下,对不真正不作为犯进行过度的减轻甚至将不作为本身作为减轻构成要件的适用条件的做法,都是不妥当的。即便是在酌情从轻的场合,在判决书中也应当对从轻的原因给予足够的分析,使量刑理由得到充分展示。

注释:

①有关案情可参见严有根:《交通肇事后将被害人遗弃致其死亡构成故意杀人罪》,《人民法院报》2003年10月23日。2003年9月10日江西省上高县人民法院刑事判决书(2002)上刑初字第72号认定:2002年4月10日晚,被告人胡德安在驾车开往县城途中,将一名男子撞成重伤,胡报了警并将伤者送到县医院抢救。后来胡见伤者伤情比较严重,在未经值班医生同意和办理转院手续情况下,于次日凌晨将伤者拖至镇卫生院。镇卫生院值班医生在作初步检查后认为伤者伤情严重,需要将伤者抬到住院部床上检查,但胡却安排其兄将伤者遗弃在中宅村冷坑山中,致使伤者死亡。鉴定结论为被害人因交通肇事致严重颅脑损伤,颅内出血并脑干损伤而死亡。法院经审理认定胡为逃避法律责任,将伤者从医院拖出,遗弃在山中,致使伤者得不到救助而死亡,构成故意杀人罪,但鉴于情节较轻,因而判处有期徒刑3年。

②2002年6月25日下午,被告人倪庆国在酒后驾驶三轮摩托车时因避让车辆采取措施不当,将人行道上的严某撞倒。倪将严某抱到个体卫生室请求救治,医生发现严某肺部有水泡声,即催促倪将严某送往人民医院救治。倪将严某抱上三轮车,因害怕承担法律责任将严某抛弃在肖大河桥河滩上。鉴定认为,严某因外伤性脾破裂失血休克并左肱骨折疼痛性休克死亡。法院审理认为,倪构成交通肇事罪,但由于倪在交通肇事后即将被害人抱送附近诊所求治,并按医嘱送被害人往县医院抢救,其遗弃被害人是在认为其死亡的主观状态下做出的,现有证据又无法证明被害人在被遗弃前没有死亡,也无法证明被害人的死亡是因被遗弃无法得到救助而造成的,故其行为不符合交通肇事转化为故意杀人的条件,本着疑案从轻的原则,对倪只能以交通肇事罪定罪处罚。鉴于倪归案后认罪态度较好,且其亲属已赔偿被害人亲属的全部经济损失,取得了被害人亲属的谅解,故可酌情对其从轻处罚。据此,认定倪构成交通肇事罪,判处其有期徒刑4年。参见最高人民法院刑一庭、刑二庭编:《刑事审判参考》2003年第1辑,法律出版社2003年版,第5-7页。

③令人奇怪的是,江西省上高县人民检察院并未对此判决提出抗诉。

④参见2003年9月22日黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2003)哈刑初字第465号刑事判决书。该判决书认定,2003年3月30日晚,王志刚驾驶出租车将行人杜某撞倒致其昏迷。王志刚下车将杜某抱进车内,拉到街口附近,将杜某遗弃后驾车逃跑,后杜某被人发现送往医院经抢救无效死亡。哈尔滨市中级人民法院认定其行为构成故意杀人罪,考虑其认罪态度较好,判处其有期徒刑10年,剥夺政治权利1年。

⑤有关交通肇事逃逸致人死亡情形中,如何认定不真正不作为的故意杀人罪问题,可以参见黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第8章。

⑥例如,在“李淑杰明知其丈夫服农药自杀不予救助故意杀人案”中,河北省抚宁县人民法院也认为其构成故意杀人罪,判处其有期徒刑4年;秦皇岛市中级人民法院认为李淑杰的行为属于情节较轻,抚宁县人民法院对其量刑并无不妥。参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(刑事卷·上),中国法制出版社2000年版,第407-409页。

⑦《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国法制出版社2000年版,第47页。

⑧耶塞克认为这一规定“与文献中的广泛要求相适应”。参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书·总论》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第734页。

⑨耶塞克最初的观点似乎并非如此，他和毛拉赫都认为，第13条第1款要求在违法领域完全等价，只不过第2款表示的是不作为人的责任通常情况下是轻的，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，第196页。

⑩参见[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，第197页。对于从等价性角度所提出的批判，德国学者认为，依照该条规定，在具有特别的行为记述的结果犯情况下，同等地位条款的行为不法也只是“相当”，并非完全相同(参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书·总论》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第734页)；或者认为在目的论上把杀人行为理解为是一定的不法类型，不作为也可以做这种归类，但不是涵摄而是接近(参见[德]阿图尔·考夫曼：《古斯塔夫·拉德布鲁赫传》，舒国滢译，法律出版社2004年版，第113页)。

[11][15]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，第197页，第197-198页。

[12]参见[日]大冢仁：《刑法概说》(总论)，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第141-142页。

[13]参见[日]大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第117页。

[14]参见张明楷：《论不作为的杀人罪》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第3卷，中国政法大学出版社1999年版，第265页。

[16]参见[德]格吕恩特·雅克布斯：《行为责任刑法——机能性描述》，冯军译，中国政法大学出版社1997年版，第86页。

(作者系中国青年政治学院法律系主任、教授、法学博士)

更新日期：2007-6-29

阅读次数：668

上篇文章：我国未成年人犯罪刑罚制度的完善

下篇文章：论我国土地资源刑法保护机制(下)

 打印 |  关闭

 TOP