

不纯正不作为义务来源的反思与重构

□杜 琪 [河南省政法管理干部学院 郑州 450002]

[摘要] 从传统的形式论,到引入的实质论,再到融合后的二元论,不纯正不作为的义务来源理论发展到了一个新的阶段。目前的二元论存在不少问题。重构后的二元论应当包括表现形式与产生根据两个方面。表现形式不应当考虑事实性因素,且应当是一种开放式的结构;产生依据同样不应考虑事实性要素,作为义务的实质产生根据是对法益的社会功能关系;两者之间的关系应当是以产生根据为主,以表现形式为辅。

[关键词] 不纯正不作为; 作为义务; 形式论; 实质论; 二元论

[中图分类号] D90

[文献标识码] A

[文章编号] 1008-8105(2010)03-0096-05

一、理论现状

特定的作为义务是构成不作为的前提条件,是不作为犯的核心与基础。对于纯正不作为犯来说,其作为义务一般法律有明确规定,而对于不纯正不作为犯来说,由于法律没有明确规定,争议较多,因而探明其作为义务的来源范围就显得十分重要。不纯正不作为义务来源的研究,经历了从作为义务来源的形式的列举,到作为义务来源的实质的探究,再到形式与实质相结合的二元论,可见作为义务来源的理论发展经历了一个从形式或实质,再到二者融合的过程。

(一) 传统的形式论

1. 国外的形式论

有近代刑法学之父之称的德国学者费尔巴哈,最先提出了形式的作为义务说。他认为作为义务的有无,应当根据法律、契约这种刑法以外的事由进行判决,先行行为不能成为作为义务的发生根据,由于其在性质上以事实上的各种关系为前提。之后,学者斯鸠贝尔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发生根据。之后随着理论的发展,到了19世纪末20世纪初,形成了以法律、契约和先行行为三种作为义务来源的“形式的三分说”理论,并且在德国长期占据着通说的地位。

日本刑法理论受德国的影响也很大,德国的形

式三分说在日本刑法的学说与判例中也长期居主导地位。只不过日本的传统见解是从法律、契约与事务管理、条理三个方面寻找作为义务的发生根据。当然除此之外,日本还有四来源说,但是有的是将上述三来源中的某些义务单列出来,作为义务来源之一^[1],有的是在通说三要件的基础上又加了其他来源,但是三要件说一直还处于主流地位。

2. 我国的形式论

我国在不纯正不作为犯的义务来源上也存在着不同观点,有三来源说、四来源说,五来源说等等。不过最近主张依照我国的国情和刑法所体现的精神可以拓宽义务发生的来源已经成为有力的学说。即将传统刑法理论中认为的三个义务来源(前三个)扩展为五个:法律上的明文规定;职务上和业务上的要求;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^[2]。针对第五种情况,马克昌教授进一步阐述:在一般的场合,刑法所保护的社会关系处于危险状态,只要不是在场人的行为引起的,刑法便不要求他履行排除和采取措施避免危险的义务;但是,在特定的场合、关系和条件下,刑法则要求其履行这种义务,在不损害自己较大利益且有能力履行义务的基础上,他不履行这种义务而造成严重后果的,也应当认为是犯罪的不作为^[3]。

3. 形式论的不足

正如前所述,形式的作为义务说是以明确列举

[收稿日期] 2009-06-01

[作者简介] 杜 琪(1980-)女,武汉大学刑法学博士,河南省政法管理干部学院教师。

的方式,来说明作为义务的发生根据,这种方式最初的目的是为了划清道德义务和法律义务的界限,进而防止基于价值判断的理由而对不纯正不作为犯处罚范围的不当扩大。但是事实上这种作法存在着很多不足:

(1)从义务来源的范围来看,形式列举的方法因为不能穷尽所有的义务来源,因此随着社会的发展,其范围需要不断扩大才能满足需求。由上文可知,形式义务的来源已由最初的法律、契约和先行行为三种发展到了包括后来的习惯、条理乃至基于一般的社会观念的公序良俗等等,可见义务来源的范围是不断扩大的。这正如我国学者黎宏所言,基于以诚实信用和公序良俗而产生的作为义务,从本质上来看是基于道德而产生的作为义务。因此,将基于此而产生的义务与基于法令、法律行为等这些与道德本质不同的东西而产生的义务并列,这样就失去了形式论的初衷^{[4][26]}。不管道德义务是否可以成为不作为的义务来源,这种现象从其本身来说失去了最初设置的目的。

(2)从实务中的实用性来看,形式说并不能准确地确定不作为犯的处罚范围。但并不是不履行法律、契约或先行行为所赋予的义务就必然构成犯罪,在什么样的具体情况下构成犯罪以及将构成何种犯罪都还是有待确定的。

(3)形式说不能说明当罚性的实质根据。形式说虽然列举了作为义务的来源,但是没有说明法律、契约、先行行为及条理、习惯等等这些为什么可以成为作为义务的来源,也无法解释,为什么列举了这些来源而限制了其他来源。

(二)后起的实质论

基于形式论存在的不足,大陆法系学者对不作为义务来源研究进入了实质化阶段。开始从作为义务的发生根据方面解释作为义务的来源,也更加注重从不作为本身来寻找与结果具有某种直接关系的要素,并根据这种要素对义务来源进行限制。

1. 德国的实质化探讨

德国学者是最先展开对作为义务来源的实质化探讨的。德国学者认为作为义务的实质主要归纳为以下四类:1)平面的社会群体说^[5]。该说从人与人之间的密切关系当中寻找保证人的类型。因与功能说相比,是一种平面的考察方法,所以被称为“平面的社会群体关系学说”;2)功能说。该说是以对法益的保护功能决定保证人的地位的。德国学者阿明·考夫曼提出的功能说将保证人分为两类:保护法

益的保证人地位和监督危险来源的保证人地位,简称保护义务和监控义务。3)依赖关系或信赖关系说。该说是从被害人对行为人的弱势关系入手,来解释保证人地位的形成原因,即被害人对行为人有依赖关系或信赖关系。4)组织管辖说。该说纯粹是从规范的角度,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^[6]。

2. 日本的实质理论

受德国刑法理论的影响,日本学者自20世纪70年代以来,也在作为义务的实质化方面向前走了一大步,提出了一些独特理论,主要有以下几种学说:

1)先行行为说。该说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,即不作为者在不作为成立之前,自己已经设定倾向侵害法益的因果关系。显然,先行行为说所主张的原因设定行为相当于从来的先行行为^[2]。2)事实承担说。依据这种学说,在法益的维持具体依存于某人时,不作为者与结果之间就具有依存关系。也就是说,这种依存关系是由于不作为者事实的承担行为而发生的,事实上承担法益的维持的人就产生了作为义务。这种承担行为必须满足三个条件,即存在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,该行为对法益具有排他性的保障^[7]。3)具体的事实支配说。该说认为,为了保证作为与不作为的等价值性,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。

3. 我国的实质论

在我国大陆首次从实质的角度,寻找作为义务的产生根据的是学者冯军。他提出了承诺说。该说认为应当以行为人是否为防止结果的发生自愿的实施了具有支配力的行为为标准来判断不纯正不作为犯的作为义务来源,具体而言,这个标准可以细化为四个条件:首先,行为人实施了一个行为;其次,行为人实施的行为是自愿的行为。再次,行为人是基于防止结果发生的目的性而自愿实施的行为;最后,行为人的行为必须控制了结果发生的因果进程^[8]。

4. 实质论的不足之处

实质说在某些方面有其进步与合理之处。但是这些理论又各自存在着自己的缺点与不足,在此不一一细述。实质论总体上的缺陷是:实质义务说只考虑实质的因素,不考虑形式的限制,“会使不作为义务过度膨胀,扩大不作为犯成立范围,混淆法律

与道德之间应有的界限,容易导致借道德的影响突破法律的规定,从而有损刑法谦抑性。实质作为义务理论完全抛弃了形式、规范要素的形式作为义务,仅从作为义务实质性的抽象价值进行判断。由于缺乏形式的限制,这种判断方法不仅因不具有明确性从而在司法实践中缺乏操作性,而且容易导致罪刑擅断、不当扩大不纯正不作为犯的处罚范围^[9]”。

(三) 融合后的二元论

因为形式论与实质论都存在一定的缺陷,我国有学者提出了二元的作为义务说,对以往不纯正不作为犯作为义务来源理论进行修正。这种二元的作为义务说都是主张从形式与实质两个方面来研究作为义务的来源问题,但是在具体涵义及内部结构上也存在差异,具有代表性的观点有以下几种:

1. 侧重于实质的二元说。该说主张,对不纯正不作为犯的作为义务的研究,必须从两个方面入手:一是事实性的因素,即行为人对危害结果发生的因果关系能现实性的具体支配。二是规范性的因素,即法令、法律行为,职业或业务上的职责等通常意义上的作为义务发生根据。虽然该说主张从形式与实质结合的角度来探讨不纯正不作为的义务来源,但是却认为上述两个方面的地位不是均等的,而是以事实性因素为主,以规范性因素为辅的^{[4]166-171}。

2. 形式与实质递进的二元说。该说也认为应当对不纯正不作为的作为义务来源从形式作为义务与实质作为义务两方面进行严格、明确的限制。形式义务来源在某种程度上具有轮廓性、明确性的特点,因而应首先设定一个确切的限制性的形式义务来源框架,进而再进行实质作为义务限制。这种递进的作为义务框架在形式上对不纯正不作为犯进行明确性规定的同时,又在实质作为义务程度上作了进一步的限制,从而在不纯正不作为犯作为义务来源的明确性与程度性两个方面都进行了很好的把握^[9]。该说认为形式判断与实质判断同等重要,而且设置成层层过滤式的限制模式,且建议将间接原因引起的作为义务列举作为形式义务的来源之一。

3. 形式与实质相结合的二元说。该说认为作为义务的来源,应分别从形式的侧面与实质的侧面进行探讨。形式的侧面回答作为义务来源的法律根据和事实根据,实质的侧面回答法律为何要对某人赋予特定的作为义务。形式的侧面包括规范依据与事实依据,前者指存在规定何人在何种条件下,应当做或不应当做何种行为的规范,其内容是:“条件”+“应当”+“行为”。二是事实依据,即存在符合义

务规范中所规定的义务产生条件的事实。实质侧面指的是作为义务来源的实质根据,即对法益的社会功能关系。这种关系就是考夫曼所总结的两大类关系:保护特定法益的功能关系与监控危险来源的功能关系。前者所产生的作为义务,称之为保护义务;由后者所产生的作为义务,称之为监控义务^[6]。

二、现存二元论存在的问题

我们可以分别从形式方面,实质方面,以及形式与实质的关系方面对上述三种二元说进行评析:

(一) 形式方面存在的问题

侧重于实质的二元说的形式方面指的是形式说中公认的作为义务发生的根据,且强调该根据是受时代背景的影响而变化的相对性的概念。如此一来,所谓的形式方面只能是一种开放式的结构,而既然是一种开放式的结构,存在着可变因素的影响,在适用时就难以把握。以一个本身就在变化的东西为标准来对作为义务的来源进行限制,显然是不太科学的。形式与实质递进的二元论,在形式方面建议在侧重于实质的二元说的基础上增加间接原因引起的作为义务,但是为什么要将该种原因进行列举,为什么仅仅列举了这些义务来源,是否能肯定在当前背景下已没有其他的形式义务来源,还是很难确定,看来将形式义务来源本身作为一个过滤性的标准,似乎意义也不太大。形式与实质相结合的二元说中的形式侧面不仅包括规范依据,而且包括事实依据,即不仅要存在规定何人在何种条件下,应当做或不应当做何种行为的规范,而且要有符合义务规范中所规定的义务产生条件的事实。这似乎也存在着问题,因为规范加上符合规范的事实,就直接产生了作为义务,这是现实层面的问题,作为义务的来源就是说作为义务可能来自这些方面,而不是说哪些情况下现实的具有作为义务。因此,在作为义务的形式侧面中加入符合规范的事实要素,是不太合理的。

(二) 实质方面存在的问题

侧重于实质的二元说在实质方面指的是事实性的因素,即行为人对危害结果发生的因果关系能现实性的具体支配。但是正如前所述作为义务的来源不同于作为义务的产生,作为义务的来源中不应当考虑事实性要素。此外,正如有的学者对以实质为主的二元说所批判的那样“作为义务的产生,无须以行为对危害结果发生的因果关系能现实地具体支配”为条件,论者之所以把它作为一个条件,可能

是把不纯正不作为犯中的作为义务来源与等价判决两个问题一体看待的结果^[6]。形式与实质递进的二元说,在实质方面与侧重于实质的二元说基本相同,因此存在的问题也是同样的。笔者认为第三种二元说中的实质侧面较为合理。即作为义务的实质产生根据是对法益的社会功能关系,它包括保护特定法益的功能关系与监控危险来源的功能关系。前者产生的义务称之为保护义务,由后者产生的作为义务,称之为监控义务。

三、二元论的重构

正如前所述,二元论代表了不纯正不作为义务来源的发展方向。因此对不纯正不作为义务来源的研究坚持从形式与实质两个方面进行是正确的选择。状且“来源”这个词本身涵义较为广泛,本身包括表现形式与产生依据两方面。表现形式是形式的方面,产生依据是实质的方面。在对现存二元论分析评价的基础上,笔者认为应当从以下方面对二元论进行重构:

(一) 形式方面

如黎宏教授所言,作为义务的发生根据是受时代背景的影响而变化的相对性的概念。因此不同的时代作为义务的来源会有不同的表现形式,但是在一个特定的时代中,其表现形式又会相对固定,因此表面上看来,作为义务的表现形式已由法律、法令明文规定的、职务业务上的要求等明文的规定,发展到了法律行为,以及有的学者主张的间接原因引起的作为义务等等。形式方面既有在特定时期相对稳定的方面,又有受时代的影响而变化的方面,因此形式方面设计成为一种开放式的结构比较合理。对于相对稳定的方面可以用列举的方式予以明确,同时考虑设计一种兜底性的条款来反映变化的内容。这样一方面尽量使义务来源明确化,另一方面又反映了时代背景变化的影响。因此重构后的形式方面包括以下内容:第一,法律、法令的明文规定;第二,职务或业务上的要求;第三,法律行为(包括合同行为、自愿行为、先行行为等内容);第四、特定形势下的其他义务来源。

(二) 实质方面

如前分析所述,作为义务的来源不应当考虑事实性的因素。因此作为义务的实质方面仅考虑作为义务实质产生根据。相对而言,形式与实质相结合的二元说在实质方面比较合理,且准确地解释了作为义务的实质产生依据。此说认为作为义务实质上来自于对法益的社会功能关系,它包括保护特定法

益的功能关系与监控危险来源的功能关系。保护特定法益的功能关系所产生的义务称之为保护义务,监控危险来源的功能关系所产生的作为义务,称之为监控义务。即不纯正不作为的义务实质上来源于对法益的保护功能及监控危险来源的功能。

(三) 形式与实质的关系

关于形式与实质之间的关系,笔者认为,一方面,基于形式判断与实质判断各自的缺陷,形式与实质相结合是必然的选择。另一方面,形式与实质并重现实中是不太可能的事。形式与实质并重的二元说虽然同等强调形式的重要性与实质的重要性,但是在形式上,哪些义务可以以列举的形式成为不作为的义务来源,这本身也不是由法律规定的,而是学理上探讨出来的。比如先行行为是否被列举就经过了一个较长的讨论期,可见何种义务被列举而成为形式义务来源本身也是由实质性因素决定的。除此之外,正如前文所言,作为义务来源的表现形式是一种相对性的概念,具有一定的开放性,其内容需结合作为义务的产生根据进行判断,这些都决定了形式方面不可能与实质方面处于同等的地位,也不可能作为一种独立的判断标准。因此形式与实质并重进行判断是不太合理的,即形式与实质之间的关系应该是形式与实质相结合,以实质判断为主,以形式判断为辅。

参考文献

- [1] 福田平,大塚仁.日本刑法总论讲义[Z].沈阳:辽宁人民出版社,1986:62.
- [2] 李小龙,李成.不纯正不作为犯作为义务来源研究[J].北京市政法管理干部学院学报,1999,(2):32.
- [3] 马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999:170-172.
- [4] 黎宏.不作为犯研究[M].武汉:武汉大学出版社,1997:126.
- [5] 许玉秀.主观与客观之间[M].台湾春风煦日编辑小组,1997:355.
- [6] 李金明.不真正不作为犯研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2008:201-214.
- [7] 堀内捷三.不作为犯论[M].青林书院新社,1978:249.
- [8] 冯军.刑事责任论[M].北京:法律出版社,1996:47-49.
- [9] 刘晓山,孙宝民.不纯正不作为犯作为义务来源的反思与重构[J].中国刑事法杂志,2008,(7):36.

Reconsidering and Reconstruction on Act Duty in the Non-typical Omission Offense

DU Qi

(Henan Political and Law Management Colledge Zhengzhou 450002 China)

Abstract From the traditional Formal Theory to the Substantial Theory to the combined Binary Theory, the Theory of the Source of Act Duty in Non-typical Omission Offense has developed to a new stage. There are many problems existing in present Binary Theory. The reconstructed Binary Theory includes manifestation forms and output bases. The relationship between the two aspects is that output bases are the main part and manifestation forms are the auxiliary.

Key words the source of act duty in the non-typical omission offense; act duty; formal theory; substantial theory; Binary Theory

编辑 范华丽

(上接第88页)

The Research and Analysis of the Exchange of Creditor's Rights for Stockholder's Rights and Relevant Legislative Design

TIAN Tian LIU Jing-liang

(University of Science and Technology of China Hefei 230026 China)

Abstract Exchange of creditor's rights for stockholder's rights is one form of credit subscribed capital. New company law has revised the category of contributed capital and broadened contribution forms, but it is still ambiguous about credit subscribed capital, especially for exchange of creditor's rights for stockholder's rights. Though there are some obstacles in practice for exchange of creditor's rights for stockholder's rights, it is feasible to guarantee the realization of obligee's rights by perfecting the relevant regulations. The main amendments should include the suitable standard question, related review and the protection for interests-man.

Key words credit subscribed capital; transformation from creditor's rights to stockholder's rights; exchange of creditor's rights for stockholder's rights

编辑 范华丽

(上接第91页)

On the Speciality and Legal Adjustment of Electronic Commerce Standard Contract

HU Jia-qiang LIU Na

(Ocean University of China Qingdao 266100 China)

Abstract The standard contracts used abroadly in electronic commerce are click-wrap contract and shrink-wrap contract. The speciality of them promotes the development of electronic commerce, but the limitations of them bring great problems to the protection of customers' rights and interests. In this article, the authors analyse the limitations firstly, then advance legal measures to restrict electronic standard contract, including legislation, judicature, administration, self-discipline, and social control.

Key words electronic commerce standard contract; speciality; legal adjustment

编辑 范华丽