

应用法学文库 | 主编：杨建学

郝艳兵 著

不纯正不作为犯的 作为义务适用论

APPLICABLE THEORY ON THE ACT DUTY OF
NONTYPICAL OMISSION OFFENSE

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

应用法学文库 | 主编：杨建学

郝艳兵 著

不纯正不作为犯的 作为义务适用论

APPLICABLE THEORY ON THE ACT DUTY OF
NONTYPICAL OMISSION OFFENSE

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

不纯正不作为犯的作为义务适用论 / 郝艳兵著. —
北京: 法律出版社, 2015. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8107 - 6

I. ①不… II. ①郝… III. ①犯罪学—研究—中国
IV. ①D924.114



中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第140006号

不纯正不作为犯的作为义务适用论

郝艳兵 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 6.375 字数 165千

印次 2015年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8107-6

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《应用法学文库》编委会

主 编：杨建学

副主编：张 平 陈 亮

编 委：卢代富 谭启平 李永升 谭宗泽

黄明耀 于天敏 章建东 韩德云

徐以祥 张建文

总 序

百余年来,风云激荡,国家开启现代化进程,社会迭经变迁。中国法学与民族命运共浮沉,历经数变。中国法治之路风风雨雨,坎坎坷坷;中国法律教育之旅一路探索,逶迤前行。改革开放,法学新生,日累寸进,乃有今日之成。国家顺应时代趋势,高瞻远瞩,倡导“建设社会主义法治国家”。及至今日,中国特色社会主义法律体系宣告建成,蔚为壮观。然当今中国,经济体制变革,社会结构变动,利益格局调整,思想观念变化,转型加剧凸显结构矛盾,社会向学界提出挑战。社会转型催生法学转型,法学教育亟须“突围”。中国法学教育以解决中国问题为出发点,亦必以之为归宿。盖因中国有中国之问题,中国法学必须有中国意识,必须有把握和解决中国的法治问题。

“法者天下之公器也,变者天下之公理也”。法律是公共资源,立法者立法律为据,条贯社会;守法者以法律为凭,指导行为,充当法律请求权基础;执法者执行法律,让法律行于天下;司法

者,秉持正义,衡断纠纷,匡正法度。然法律运行于社会,非有学术之研讨、化育与引导,无法建其功。法学本基于实践亦志于实践,是知识之学、智慧之学,更是实践之学,以依法合乎正义地解决社会纠纷为其要务。陆游有诗:“纸上得来终觉浅,绝知此事要躬行。”法律是最讲求实践、注重践履躬行的学科。王泽鉴先生有言:“有实务而无理论,犹如盲目,有理论而不重实务,则近空谈。”中国并非缺乏法学理论。数十年来,主要法治国家之法学理论被大力引入,几成泛滥,又显蔡枢衡所谓的法学“殖民地”风景。中国更不乏法律实务。“为有源头活水来”,三十年改革开放,现代化进程一路高歌猛进,为法学研究所准备之实务资源无限丰富。身处伟大时代,中国当今法治实践为展开法学研究提供了广阔天地,只是“犹在深闺人未识”。而今,从“立法主义”向“应用”转变的社会需求,促动中国法学转型。为中国法学教育锦上添花。挑战与机遇并存,西南政法大学2012年首创“应用法学”学科恰逢其时。

“形而上者谓之道,形而下者谓之器。”法学理论界常以追求法学中的“形而上者”自居,带有追求弘法论“道”的自我优越感,鄙视法律实务“低级”;法律实务界则谓法学理论界“玄而又玄”,所研究者为“擒龙之术”,无以应对社会实践。而在法学界内部,理论法学与应用法学的隔膜亦复如是。应用法学研究在法学实务界与法学理论界、教育界遭到了截然不同的命运,实务界如火如荼与理论界、教育界落寞孤寂适成鲜明对照。改革开放以来,大学全面卷入市场经济大潮,斯文扫地,人文精神丧失。与此相应,大学教育之技术导向与职业化蓬勃发展。曾几何时,大学教育之技术导向与职业化成为批评的众矢之的。然天不丧斯文,国学重建及文化软实力战略,助成大学人文精神恢复。唯中国法学教育,实无力承受技术导向与职业化教育指责。若然,中国法学教育以应用为导向当备受诟病。然而,现实所提问题恰恰相反,中国法学教育所培养之法科学生竟然仍需较长时间方能应付法律实务。果如是,则中国法学教育职业化程度还远远不够,无法培养出合格的“法匠”。原因何在?从法学

教育角度看,缺乏沟通法学理论与法律实务的“应用法学”,乃是一重要原因。法学教育被称为“一种真实的职业教育”,学生从迈进法学院的第一天起就被要求像职业者那样去思考、行动,其应用性和实践性实乃学科之首要属性。诚如大法官霍姆斯所言:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”法学教育生命亦不仅在抽象的逻辑理论,更在现实生活中的源头活水。

中国当前法学体系中,本有理论法学与应用法学之分。所谓应用法学者,是旨在直接服务法律实际生活、帮助解决法律实际问题之法学分支学科总称,其代表性学科是各种部门法学。在此意义上,应用法学几成一无所不包之庞然大物。盛名之下,其实难副。究其实质,这种“应用法学”还只是停留在部门法学层次。在这个庞大体系中,每一具体部门法学,皆形成各自独立之理论体系。尽管各部门法学均以解决法律实际问题相标榜,却处于杂乱状态。各部门法学以研究对象和研究方法为主要标准,于应用法学名义下,纵向上各自确定自己之学科地位。而诸部门法学之间壁垒森严,各自为政,扞格难通,成各自为政之局面,甚至相互踏伐,基于利益诉求争夺学术地盘。传统应用法学内部“纵向分割”,各部门法学孤军奋战,有碍通盘考量。一叶障目,不见泰山。每一种分类,无疑都是一种遮蔽。遮蔽之后需去蔽。综合运用法学理论,有效衔接法律规范与社会事实,非各部门法学单打独斗所能独立完成。欲去现行法学教育之蔽,加强薄弱环节,当形成真正之“应用法学”学科。

此“应用法学”,旨在会通理论与实践,研究对象上一改传统之“纵向”划分,在横向上贯通各部门法学,精研各法律部门于“应用”过程中所生之共同问题与共同规律。“法之理在法外。”应用法学旨在为“法之理”与“法之外”搭建学科桥梁,实现法学内部各学科之间的交叉融合,提升法律人的法律综合应用能力。既入乎其内,又出乎其外,出法入理,“顶天立地”,为“仰望星空”和“脚踏实地”建立中介,打破以部门法为界的划分方法,从横断面切入各个部门法学,突出法学知识的综合运用,实现关注对象从“立法”到“法律实

施”的转变,强化法律应用技术,特别是法律方法论研究。总而言之,应用法学要借助法律方法论,把作为权威系统的法、作为社会系统的法和作为价值系统的法有机协调起来,沟通实务与学说,促进法学进步。而应用法学,实有助于法律职业共同体的养成。法官、检察官、律师、公证员等只是法律人从事不同法律职业分化之结果,但在培养法律职业共同体的过程中,仍有赖于法律思维的训练乃至内化。就此言,应用法学的创立,是法律思维和法学教育理念的一场革命。

独立之精神,自由之思想,是现代大学之精髓。《诗经》有云:“周虽旧邦,其命惟新。”《尚书》有云:“苟日新,日日新,又日新。”思想自由与学术创新,亦是现代大学的社会职责。秉持创新理念,担当社会责任,西南政法大学首创“应用法学”学科,举“应用法学院”一个学院之力,倾力打造“应用法学”。《应用法学文库》将以关注法律职业人员等特定主体运用法律的具体行为和实际效果为宗旨,概括、提炼法律职业主体在法律实务中应当遵循的技术、方法、规律和原则,期许为法律的正确应用进而制度完善提供实际指引和理论支持。西南政法大学诚欲和海内外有志之士,共谋应用法学发展大业。“西政精神”体现为两个鲜明的办学特色,即“尚思善辩,营造论辩文化”、“厚德笃行,打造务实人才”。尚思善辩,才能目光高远。厚德笃行,才能脚踏实地。尚思,但不空谈;笃行,但不功利。这两大特色紧密联系,共同体现了学校培养人才的独特教育模式。

海纳百川,有容乃大。“应用法学”乃新生事物,初创时期,尚显幼稚,然所针对问题,实具普遍意义,直指中国当前法学教育“软肋”。“应用法学”欲深入理论,润养于经典;关注实践,立足于现实;阐幽发微,沟通实务与理论两端;回应时代需求,服务现实社会。“应用法学”之发展壮大,端赖法学理论与法律实务携手共进,践行法律,弘扬法治。涓涓细流,汇成大海。法学教育一日千里,应用法学方兴未艾。唯愿法学理论界与实务界,持开放心态,扶持发展,协力共进,共同推进中国法治事业。

巍巍上庠，国运所系。法学教育更攸关国运兴衰。孟子云：“人则无法家拂士，出则无敌国外患者，国恒亡。”近代《申报》有文指称，“今日者，国事危矣……论者每归咎于国家人材之缺乏。夫国家之人材，果真缺乏哉。所缺乏者，明法政之人材也”。其间以造就实践人才、担当践履使命的应用法学更加责无旁贷。未来泱泱之法治中国，有赖今日昂昂之有志青年；今日佼佼之青春学子，必成未来昭昭之法律精英。唯今日为应用法学尽绵绵之力，希冀他日成蔚为大观。是为序。

西南政法大学 付子堂

二〇一二年五月于重庆渝北宝圣湖畔

目 录

引言/1

第一章 不纯正不作为犯的基础

理论探析/9

第一节 不纯正不作为犯的概念/9

第二节 不纯正不作为犯的构成/13

第三节 不纯正不作为犯与罪刑

法定原则/21

一、罪刑法定原则的内容概述/21

二、不纯正不作为犯与罪刑法定原则/23

第二章 不纯正不作为犯的作为

义务概说/31

第一节 作为义务的概念和性质/31

第二节 作为义务的内容/37

第三章 不纯正不作为犯的形式

作为义务/41

第一节 形式的作为义务来源概述/41

第二节 关于“法律上的义务”的理解/45

第三节 关于“法律行为”的理解/51

一、法律行为包含的种类/51

二、合同行为引起的作为义务/53

三、自愿承担行为引起的作为义务/55

第四节 关于先行行为引起的作为义务/58

一、先行行为是否限于违法(或违反义务)行为/60

二、先行行为能否为犯罪行为/66

三、先行行为是否限于故意或过失行为/82

四、先行行为是否包括不作为/83

第四章 不纯正不作为犯的实质作为义务/87

第一节 实质的作为义务来源说/87

一、德国刑法学界实质的作为义务理论述评/87

二、日本刑法学界实质的作为义务理论述评/101

三、我国台湾地区刑法学界实质的作为义务理论述评/104

四、我国大陆刑法学界实质的作为义务理论述评/108

第二节 实质的作为义务判断标准/115

一、确立判断标准的依据/115

二、实质判断标准的提出/118

第五章 不纯正不作为犯的作为义务立法完善论/127

第一节 英美法系国家不纯正不作为犯的立法例考察/127

第二节 大陆法系国家不纯正不作为犯的立法例考察/129

第三节 不纯正不作为犯作为义务的总则规定/136

第四节 不纯正不作为犯作为义务的分则规定/139

第六章 不纯正不作为犯的作为义务司法适用论/145

第一节 作为犯罪与不作为犯罪的区分问题/146

第二节 关于如何判断行为人是否有作为义务/150

第三节 交通肇事逃逸致人死亡类案的法理分析

——以不作为犯为视角的考察/163

结语/177

参考文献/181

引言

一、研究目的

不作为犯,尤其是不纯正不作为犯,历来是刑法研究的难点问题。围绕着不作为的行为性、不作为犯的因果关系、不作为的义务来源等问题,学说判例歧见不断,其中,有着“未解之谜”或“最难且未令人满意地解决的难题”之称^{〔1〕}的不纯正不作为犯的问题,一直是困扰刑法理论界和司法实践的一大难题。长久以来,学者们围绕着处罚刑法没有明文规定的纯正不作为犯是否违反罪刑法定原则、作为与不作为的区分、作为义务的来源、如何限定不纯正不作为犯的处罚范围等问题争论不休。

随着研究的深入和理论的扩展,如何确定不纯正不作为犯的成立要件与处罚范围、不纯正不

〔1〕 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:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第10页。

作为犯的等价性问题成为研究不作为犯的中心课题。我国现行刑法对不纯正不作为犯并没有明文规定,在不纯正不作为犯的场合,法律并没有直接规定其成立条件和此不作为后的作为义务(属于开放的构成要件)。正是因为刑法对不纯正不作为犯的立法缺失和司法实践中处罚不纯正不作为犯的现状存在矛盾,因此合理地划定“不纯正不作为犯的处罚范围”就成为不作为犯领域中最重要课题。在当前倡导罪刑法定理念的中国,加强对不纯正不作为犯的研究,不仅具有重大的理论意义,也具有重要的立法和司法实践价值。如何确立作为义务的来源,并进而限制不纯正不作为犯的成立和处罚范围是其中的核心课题。但是不纯正不作为犯的理论依然是我国目前刑法学研究一个十分薄弱的环节,因此有进一步研究的必要性。与之形成鲜明对比的是,刑事司法实践并不因为刑法理论的相对滞后而停滞不前。近年来,随着社会生活的不断发展,司法实践中不作为犯罪时有发生,认定为不纯正不作为犯罪的案例也屡见不鲜,这些个案屡屡引起争议。

案例一:追打被害人致被害人逃跑过程中溺亡案^[1]

1996年3月25日下午1时许,滨海县县城青年夏春华(女)和嵇海鸥(均另案处理)因为石子质量问题与张勇水泥预制板厂发生纠纷。4时许,夏春华、嵇海鸥约请曹海军(本案死者)、李祥、王雪峰等人乘坐出租面包车到张勇水泥预制板厂伺机进行报复。待到张勇回来,嵇海鸥等人立即殴打张勇。张勇的兄弟和亲友也拿起木棍等进行反击。这时,张春桥和张春洋(批捕在逃)兄弟二人上前拉架制止斗殴,张春洋头部险些被曹海军手中的铁锹铲伤。张春桥和张春洋便上前扭获曹海军,曹见势不妙,放下铁锹挣脱逃跑,二张便尾随追赶。曹海军跑到响坎河边,便跳入水中,向对岸游去。被告人

[1] 徐然:《定罪过程的平面化与体系化之争——以两起同案不同判的案件为论说对象》,载《中国检察官》2011年第9期。

张春桥手持扁担和张春洋站在岸上,威胁水中的曹海军说:“小子,你有本事上来。”曹海军游到河心,挣扎了几下便沉入水底。被告人张春桥和张春洋看到曹沉下水后方才回家。1996年4月10日,曹海军尸体浮出水面,经鉴定曹海军系生前入水缺氧窒息死亡。江苏省滨海县人民法院审理后认为,被告人张春桥、张春洋兄弟追赶曹海军并致曹海军跳入水中,明知曹海军入水后,可能发生死亡的结果,但却放任这种结果的发生,造成曹海军死亡的严重后果,其行为已触犯刑律,构成(间接)故意杀人罪。

案例二:将被害人甩入河中致被害人溺亡案^[1]

被告人胡义军于2004年3月上旬至本区看望在此打工的妻子胡娟,得知胡娟与被害人陈兵武同居在一起,遂劝胡回家,胡娟拒绝并在陈的帮助下躲藏。3月15日上午11时许,被告人胡义军在本区康桥镇百曲村7组陈兵武打工的单位找到陈进行交涉,两人在单位旁边的机耕道上发生争执,在争执过程中胡抓住陈的手臂将其甩入河中,后被告人当场看见陈兵武沉入河中并呼救,但因怀恨在心,并未采取任何救助措施,也没有呼叫周围群众。被告人胡义军后因不放心,又返回现场,未发现陈兵武,遂于当日12时30分左右至本区康桥镇派出所投案自首,经公安机关及时打捞未果,将胡教育后放回。同月28日,陈兵武的尸体在该河被发现,经鉴定陈系生前溺水死亡。上海市南汇区人民法院审理后认为:第一,被告人胡义军在与他人争执过程中,致使他人跌入河中,因轻信他人能够自救,即离开现场,致使他人溺水身亡,已构成过失致人死亡罪,应处三年以上七年以下有期徒刑;第二,被告人胡义军能够主动投案,如实供述自己的罪行,依照《刑法》第67条规定,是自首,可以从轻处罚。最终法院作出如下判决:胡义军犯过失致人死亡罪,判处有期徒刑

[1] 徐然:《定罪过程的平面化与体系化之争——以两起同案不同判的案件为论说对象》,载《中国检察官》2011年第9期。

五年。

上述两个案例都涉及行为人的行为是否构成不作为犯罪的问题。案例一和案例二在案件事实大体相同的情况下,裁判结论却相去甚远,且案件的审理法院无一例外地选择了对案件的关键性问题——不作为的回避,裁判结论是否妥当也需要仔细辨别。司法实践在涉及不纯正不作为犯问题时的有意或者无意地回避以及同案不同判现象的出现表明,不纯正不作为犯问题在司法实践中的适用状况不甚理想。造成这种状况的原因,一方面是由于不纯正不作为犯理论本身的复杂性、观点的歧见性;另一方面概源于理论上没有为不纯正不作为犯的适用提供一套具有可操作性的判断标准。

基于不纯正不作为犯的理论 and 现实状况,本书选择不纯正不作为犯的作为义务作为研究对象,立足我国司法实践、借鉴国外先进经验,深入研究不纯正不作为犯,特别是不纯正不作为犯作为义务的司法适用问题,以期能够在现有的理论研究基础上有所突破,有效回应司法实践要求,深化不纯正不作为犯的理论研究,为完善刑事立法和司法实践中对不纯正不作为犯的处理提供有益的思路。

二、研究现状与本书的任务

黎宏教授在谈到不作为犯罪时曾指出:“在过去,关于不作为犯的行为性及不作为犯罪的因果关系问题曾像一个幽灵一样缠绕刑法学者达一两个世纪之久。现在,不作为犯与罪刑法定原则的关系问题、不真正不作为犯的作为义务及不作为犯的立法问题等又以同样的面孔出现,让刑法学的研究者们心悸不已。”^[1]19世纪初,刑法学受自然科学分析方法的影响,不纯正不作为犯的研究才真正开始。在国外,尤其是大陆法系国家,德国、日本对不纯正不作为犯的研究成为学界的热门话题,此后一直经久不衰。这起源于1959年德国学者考夫曼所写的教授就职论文《不作为犯的理论》。考夫曼在

[1] 黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第1页。

该文中分析了不作为与作为在存在结构上的差异,提出了著名的逆转原理,即作为犯中的各种问题,在不作为犯中以相反的形态体现出来^[1]。该书的出版在德国刑法学界引起了巨大的反响,其中所提出的问题引发了激烈的讨论,短短十余年时间,德国便有八本不作为犯的论著问世,还有大量论文发表。受德国刑法理论的影响,日本的刑法学界也致力于不纯正不作为犯的理论研究。不纯正不作为犯理论也由最初的旧法义务说、因果关系说逐渐发展成违法性说、保证人说等阶段。随后这些新兴理论漂洋过海,传到我国台湾地区以及南美洲等,引起研究的热潮。目前关于不纯正不作为犯,我国刑法学界重点讨论了不纯正不作为犯的等价性、成立范围和作为义务的来源等问题。

我国对不纯正不作为犯的研究虽说起步较晚,但从20世纪90年代以来,我国刑法学界对不纯正不作为犯理论的研究渐呈活跃之势。已经出版的专著有王树平翻译的日本学者日高义博的《不真正不作为犯理论》、熊选国的《刑法中的行为论》、黎宏的《不作为犯研究》、栾莉的《刑法作为义务论》、许成磊的《不纯正不作为犯理论》、李金明的《不真正不作为犯研究》、刘士心的《不纯正不作为犯研究》、谢绍华的《先行行为论》、陈荣飞的《不纯正不作为犯的基本问题研究》、李晓欧的《不纯正不作为犯研究》等专著。此外,还有若干博士、硕士论文涉及不纯正不作为犯的研究。这些专著和论文都从不同的角度和层次,对不纯正不作为犯的理论进行了探索,成为我们研究不纯正不作为犯的基础和有益借鉴,为进一步深化不纯正不作为犯理论的研究奠定了坚实的理论基础。

但是,不可否认的是,我国目前对不纯正不作为犯理论的研究还处于一个较低的水平,一是由于有些资料因发表年代久远,已经无法反映学界的前沿动态,二是不少文章对现有的研究问题老生常谈,欠缺创新,对一些基本的理论问题如不纯正不作为犯的概念、成

[1] 李金明:《不真正不作为犯研究》,中国政法大学2005年博士学位论文。