

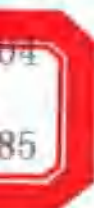
陕西省法学会刑法学研究会会刊  
西北政法大學刑事法律科學研究中心主辦

ISSN 1673-1041  
CN 63-1118/D  
2013.12

# 刑事司法评论



贾宇 主编  
王政勋 周少华 副主编



## CRIMINAL JUSTICE REVIEW

第一卷

人民法院出版社

# CRIMINAL JUSTICE REVIEW

陕西省法学会刑法学研究会会刊  
西北政法大学刑事法律科学研究中心主办

# 刑事司法评论

CRIMINAL JUSTICE  
REVIEW

贾 宇 主 编  
王政勋 周少华 副主编

人民法院出版社

第一卷

**图书在版编目(CIP)数据**

刑事司法评论. 第一卷/贾宇主编. —北京: 人民法院出版社, 2006. 11  
ISBN 7-80217-361-2

I. 刑… II. 贾… III. ①刑法-中国-文集②刑事诉讼法-中国-文集  
IV. ①D924.04-53②D925.204-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 127847 号

**刑事司法评论 (第一卷)**

主编 贾宇

---

策划编辑 张晓秦

责任编辑 张承兵

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250567 (责任编辑) 85250516 (出版部)  
85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 保定市中国画美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

---

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 457 千字

印 张 24

版 次 2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-361-2

定 价 48.00 元

---

版权所有 侵权必究

# 刑事司法评论

---

顾问 赵秉志 陈兴良 张明楷  
郎 胜 张 军 熊选国  
朱孝清 柯良栋 田文昌

编委会 (以姓氏汉语拼音为序)

白少康 杜发全 顾德廉  
贾 宇 康宝奇 刘忠诚  
毛 海 任高潮 田平利  
王政勋 宣炳昭 张晓建  
周作斌

## 序 言

进入21世纪以来,我国的刑事法治建设进入了一个新的历史阶段,时代对刑法学人提出了挑战,也需要刑法学人能做出更大的贡献。刑法学研究水平的提高、理论层次的深化、研究领域的拓展,是每一个刑法学人义不容辞的使命。

在中国近几十年的法学发展历程中,刑法学曾经取得了辉煌的成就,有着巨大的荣光,但毋庸讳言,目前的刑法学研究需要新的视野、新的方法、新的范畴、新的领地。我们认为,刑法学研究应该从对立法者的密切重视转向对司法者的深切关注,从单纯的解说性研究转向综合的交叉型研究,从静态的文本研究转向动态的司法研究。

波斯纳说:“法律是一种活动,而不是一个概念或一组概念。”<sup>①</sup>法官是厨师,是法官根据菜谱一样的法律文本烹饪出了水陆杂陈、色味俱佳的可口菜肴。法官是钢琴家,是法官根据曲谱一样的法律文本演奏出了余音袅袅、不绝如缕的美妙乐章。法官是演员,对法官而言,法律文本是剧本,是法官把书本上的法律剧本表演为或哀婉动人或悲壮沉雄的话剧。法官是教师,对法官而言,法律文本是教科书,是法官的舌绽莲花、妙语连珠把僵死的教科书演绎成了振聋发聩的理性观念、架构严密的知识体系。菜谱、曲谱、剧本、教科书的存在当然是有价值的,但社会最终需要的是可口的菜肴,美妙的乐曲,动人的演出,深入浅出、妙趣横生的讲授。所以,“无论依据哪种观点,法律都只是授权执业者即法官的活动,而不是一套概念(规则、原则或其他任何东西)。……说到底,法律就是法官对你的案件所作的决定。”<sup>②</sup>“正是那些有绝对权利去解释任何成文的或口述的法律的人,而不是首先写就或口述法律的人,才是法律之意图和目的的给与者。”<sup>③</sup>

法律文本中不可能不存在缺陷。外国学者指出,“制定法中无法解释清楚的排版或逻辑错误,这种情况并非不经常。制定法的起草过程经常是匆匆忙忙

① [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第573页。

② 同上书,第27页。

③ [英]哈特著:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第140页。

和粗枝大叶的。”<sup>①</sup>我国有学者认为,“现今中国法律、法规和规章中,主要的法既不是良法也不是恶法,而是富有中国特色的笨法或劣法。”<sup>②</sup>面对有缺陷的法律该怎么办呢?学者指出,“发现法律的缺陷不是什么成就,将有缺陷的法条解释得没有缺陷才是智慧。”<sup>③</sup>但是,学者在理论研究中解释法律是一回事,法官在判决过程中解释法律又是另外一回事。法官到底是如何把这些或许有缺陷的法律演绎为应当充满正义理念、能够解决纠纷、建立社会秩序的现实判决的?这,不正是我们应该研究的法律问题吗?

即使没有任何缺陷的法律文本,法官在适用过程中也不是机械的、了无生机的“自动售货机”。法律文本是用语言来表述的,而“语言意义的理解并不是一种纯粹领受的过程,而一直是并且主要是理解主体自我理解的过程。这个理解主体必然会共同进入理解的视域中,而且他的认识一直也依赖于主体本身是如何确信的。……一个法律的‘正当性’只存在于过程中。”<sup>④</sup>进一步讲,“所有的规则都有一个不确定的边缘,法官必须在这种两可的边缘之间做出选择。”<sup>⑤</sup>在法律适用过程中,法官是“大有可为”的。但这种“大有可为”,可能是根据菜谱做出了美妙的饭菜,也可能把菜肴烹饪得一塌糊涂。怎样才能保证法官根据曲谱演奏出动听的音乐,不也是我们应该研究的问题吗?

法学人应该关注司法,刑法学人应该关注刑事司法。这,就是我们编辑《刑事司法评论》的宗旨。我们期望通过这一学术刊物的编辑,使我们对刑事司法活动怎么样、司法活动应该怎么样有一个深入的了解。如果该目标能够实现,则善莫大焉。

这是《刑事司法评论》的第一卷。本卷共编发了21篇论文。

在“犯罪论研究”的栏目中,张孟东的《不纯正不作为犯的作为义务来源》,马东杰、胡志清的《未成年人犯罪适用刑罚种类争议问题探析》,赵星、王丽娟的《单位犯罪理论与实务研究》都是在硕士论文的基础上经过系统深入的修改而成的,这几篇论文探讨的既是理论上的重大问题,也具有非常重要的实务意义,从中可以看出年轻一代刑法学人的学术功力和学术追求。国家机关应否成为单位犯罪的主体,我国刑法学界一直存在争论,狄世深的《“机关”能否成为犯罪主体评析》通过对否定说和部分肯定说的评析,进一步论证了肯定说的合理性,认为国家机关能够且应当成为单位犯罪的主体,并剖析了国家机关犯罪巨大的社会危害性,值得一读。我国刑法本来没有规定共同过

① [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第338页。

② 周旺生:《论法的难行之源》,载《法制与社会发展》2003年第3期。

③ 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第11页。

④ [德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第140~141页。

⑤ [英]哈特著:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第13页。

失犯罪，但随着最高人民法院2000年11月5日颁布的《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》第5条“交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处”的规定的出台，理论界对该问题多有探讨。共犯与身份问题一直是司法实务中的重大问题，但由于我国刑法在規定共同犯罪时未对该问题作明确规定，导致司法认定的困难，在理论上对其进行研究，很有必要。苏青的《共犯与身份问题研究》深入探讨了该问题，相信对司法实务部门会有参考意义。舒洪水、杜志宏的《共同过失犯罪之争议及其述评》以翔实的资料、开阔的视野、细致地分析研究了这一问题。进入现代社会以来，现代化交通工具的诞生对过失理论的发展起到了重要的促进作用，日本刑法学界的新过失论、新新过失论、信赖原则等学说的产生都和现代交通工具的飞速发展有关。我国近年来交通事故增长很快，每年因交通事故死亡的人数超过10万人，已经成为一个重大的社会问题。张亚平的《交通犯罪与过失理论的发展》研究了信赖原则在我国交通肇事犯罪过失认定中的作用，具有重要的现实意义。

刑罚论是刑法学体系中最具有哲学意味的部分。在“刑罚论研究”中，陆诗忠的《质疑与诠释：以我国的刑罚目的理论为对象》对我国“一般预防和特殊预防相结合”的“双重刑罚目的说”进行了评析，得出了自己的结论，这样的研究是有价值的。《我的死刑观》一文是我在西北政法大学一次讲座上的演讲录音，读者从中可以看出我这些年来对死刑问题的一些不一定深刻但是认真的思考。黄京平、陈鹏展的《虎头铡？狗头铡？——平等原则在死刑执行方法中之贯彻》以隐喻化的语言形象地揭示了我国死刑执行过程中存在的不合理现象，对此进行了深入的分析，并提出了简洁且有效的解决方案，即赋予被执行人关于死刑执行方法的选择权和决定权。这样的思路确实能给人以启迪。龙洋《关于立功制度若干问题的探讨》一文认为，立功制度实质上是立法者为实现刑罚的目的，提高司法效益，对弃恶从善的犯罪人所给予的处刑或行刑上的奖励或优惠待遇。立功制度由量刑制度中的立功、行刑制度中的立功、特别立功即战时缓刑制度中的立功三部分组成。对立功的犯罪分子予以从宽的处遇，既符合罪责刑均衡原则的要求，同时也是“立功受奖”刑事政策的具体化。这是近年来研究立功制度较为深入的一篇论文。假释制度是近代刑法中最具有促进机能的刑罚制度之一，是近代学派对刑法发展的重大贡献，2005年武汉刑法年会曾经把假释作为会议讨论的议题之一，冯卫国的《我国假释制度的检视与重构》再次全面、深入地研究了假释问题，并提出了重构我国假释制度的构想。

“刑法分论研究”栏目中的四篇文章——张明楷的《票据诈骗罪的疑难问

题探讨》、雷建斌的《侵入银行计算机系统虚增存款,获取银行资金的行为定性之探析》、赵合理、马红梅的《金融诈骗犯罪中“非法占有目的”认定的理论与实践》,以及王强的《倒卖文物罪若干问题研究》均研究了市场经济社会中的有关典型犯罪现象,其结论对司法实务当具有重要的参考价值。

在“刑事司法研究”中,马克昌先生以80高龄写下了《董必武论刑讯逼供和错判、错杀》,这是一篇既具有理论深度、又具有重大现实意义的论文。马先生这种治学精神值得我们后辈学习。王政勋的《“严打”与执政能力建设》从执政能力建设的角度对实行了20多年的“严打”政策进行了比较全面的反思。李荣的《刑法适用中法官解释的成因》是在其博士论文基础上修改而成的,从中可以看出作者深厚的理论功底,相信每个人看了该文都会有所收获。孙宏谋的《互联网对青少年犯罪的影响》研究了比较重要的社会问题,由于作者具有理工科的知识背景,该文会对法学人很多启迪。

“比较刑法研究”中收入了付玉明的《台湾地区“妨害电脑使用罪”的立法评解与研析》和张永江的《赌博罪比较研究》两篇文章,可以开阔我们的视野。

在这一卷的作者中,既有实务部门的同志,又有刑法理论研究人员;既有德高望重的前辈学者,又有初出茅庐的年轻学人。面对薪火相承、弦歌不辍的刑法学界,我们感到十分欣慰。看着刑法学研究队伍的不断扩大,我们坚信:我国刑法学研究更加繁荣的局面一定能够实现。

贾 宇

2006年6月16日

## 目 录

## 犯罪论研究

- 不纯正不作为犯的作为义务来源 ..... 张孟东 (2)
- 未成年人犯罪适用刑罚种类争议问题探析 ..... 马东杰 胡志清 (20)
- 单位犯罪理论与实务研究 ..... 赵 星 王丽娟 (30)
- “机关”能否成为犯罪主体评析 ..... 狄世深 (59)
- 共犯与身份问题研究 ..... 苏 青 (73)
- 共同过失犯罪之争议及其述评 ..... 舒洪水 杜志宏 (83)
- 交通犯罪与过失理论的发展  
——兼谈信赖原则在我国交通肇事罪过失认定中的适用 ..... 张亚平 (94)

## 刑罚论研究

- 质疑与诠释：以我国的刑罚目的理论为对象 ..... 陆诗忠 (108)
- 我的死刑观 ..... 贾 宇 (118)
- 虎头铡 狗头铡  
——平等原则在死刑执行方法中之贯彻 ..... 黄京平 陈鹏展 (143)
- 关于立功制度若干问题的探讨 ..... 龙 洋 (153)
- 我国假释制度的检视与重构 ..... 冯卫国 (164)

## 刑法分论研究

- 票据诈骗罪的疑难问题探讨 ..... 张明楷 (180)
- 侵入银行计算机系统虚增存款、获取银行资金的  
行为定性之探析 ..... 雷建斌 (217)
- 金融诈骗犯罪中“非法占有目的”认定的  
理论与实践 ..... 赵合理 马红梅 (226)
- 倒卖文物罪若干问题研究 ..... 王 强 (240)

## 刑事司法研究

|                          |           |
|--------------------------|-----------|
| 董必武论刑讯逼供和错判、错杀 .....     | 马克昌 (256) |
| “严打”与执政能力建设 .....        | 王政勋 (263) |
| 刑法适用中法官解释的成因 .....       | 李 荣 (292) |
| 关于解决法院“执行难”问题的几点思考 ..... | 寇 昉 (315) |
| 互联网对青少年犯罪的影响 .....       | 孙宏谋 (318) |

## 比较刑法研究

|                             |           |
|-----------------------------|-----------|
| 台湾地区“妨害电脑使用罪”的立法评解与研析 ..... | 付玉明 (344) |
| 赌博罪比较研究 .....               | 张永江 (368) |
| 征稿启事 .....                  | (376)     |

犯罪论

研究

## 不纯正不作为犯的作为义务来源

张孟东\*

作为义务是不作为领域中的核心要素,反映了不作为犯罪的基本犯罪事实和构成要素,是决定不作为犯罪是否成立,以及属于何种性质犯罪的主要依据。作为义务的来源或称作为义务的根据,是指作为义务的产生条件,亦即行为人在什么情况下具有防止结果或犯罪事实发生的义务。纯正不作为犯是刑法明文类型化的犯罪,其作为义务的来源均是出于法律的明文规定,对此争议不大;而关于不纯正不作为犯作为义务来源的学说在理论界则纷呈多样、鏖战正酣。本文试就不作为犯的作为义务来源进行研究和探讨。

传统的学说均系形式的作为义务说,即将属于作为义务的发生根据的事例加以列举的方法。这种做法,以形式的框架存在,清晰明了,对于阻止以实质性判断为借口而扩大不纯正不作为犯的处罚范围来说,的确具有极为重要的意义。但形式上的厘清并不能清除实质条件缺失的隔阂,不仅不能一劳永逸地解决问题,而且不能确定不纯正不作为犯的处罚范围。因为行为人不履行该义务在什么样的场合下成立不作为犯以及成立何种具体犯罪仍不明确。作为义务根据应是形式根据与实质根据的统一,只有双管齐下,才能将形式完关与实质合理兼顾。因此,一方面,我们必须继续完善形式作为义务的来源;另一方面,我们又不应拘泥于此,而应从形式到实质,拉开一场思维革新的序幕。

### 一、不纯正不作为犯的形式要素

笔者认为,不纯正作为犯作为义务来源的形式要素包括四种,即法律的明文规定、职务或业务上的要求、合同行为及先行行为。

#### (一) 法律的明文规定

法律明文规定的义务,是指法律、法令和各种法规所规定的并且为刑法规范所要求实施的作为义务。对于法律明文规定的义务如何理解,需要注意的问题是:

\* 张孟东(1979~),男,河南濮阳人,法学硕士,现工作于深圳市福田区人民检察院。

1. 法律明文规定的义务与法律上的义务之关系。我国台湾地区有学者针对其“刑法”第15条的有关规定指出,法律上的义务“就广义而言,包括:(1)法律明文规定之义务。(2)契约或其他法律行为所生之义务。(3)依据一般法理及公序良俗观念所生之义务。就狭义而言,则专指法律明文直接规定之义务……”<sup>①</sup>这种观点将法律上的义务作广、狭义之分,并将其狭义的外延限定为法律明文规定的义务,既符合立法精神,在理论上亦有积极意义。中国大陆刑法虽未设不作为犯的一般性规定,相应地也没有如何区分法律上的义务与法律明文规定的义务之专门论述,但在有关不作为犯的理论 and 实践中,确定作为义务的范围,并不限于法律明文规定的义务(如法律行为、先行行为引起的义务也包括在内),事实上也将法律上的义务分为广义和狭义,可谓与上述观点不谋而合。因此,此处法律明文规定的义务,仅指法律自身预先赋予的义务,是一种具有普遍约束力的义务规定。以区别于法律行为、先行行为引起的义务,因为后者义务的产生是基于行为人本身行为而由法律设置的义务,无行为则无义务。而前者的义务则是与生俱来的,相对而言,前者更具有明确性。此外,区分两者的意义还体现在,强调除法律明文规定的义务外,其他义务来源仍源自法律,以免给人以其他义务与法律无甚关联之错觉。这也是罪刑法定原则的要求。当然,广义的法律上的义务也不可理解过宽,如上述观点将公序良俗义务也纳入法律上的义务,则未免失之过宽。

2. 法律明文规定的义务是否仅限于刑法规定的义务?理论界对此有两种主要观点:第一种观点主张法律明文规定的义务即是刑法明文规定的义务,认为“违反民法或行政法之义务者,当受民法或行政法之裁判,不应使负刑法上之责任”。<sup>②</sup>第二种观点主张,法律明文规定的义务是指由法律、法令和各种法规所规定的并且为刑法规范所要求实施的作为义务,认为“除刑法明文规定外,民法、行政法等非刑事法律明文规定的义务也属作为义务”。<sup>③</sup>我们同意第二种观点。并不是所有的法定义务都能成为不作为犯的义务来源,只有当违反这种作为义务的行为作为一种犯罪类型事先规定在刑法中,这种义务才是不作为犯的义务来源。从本质意义上讲,这应被视为刑法规定的义务,只不过刑法条文本身出于文字精练及立法的稳定性考虑,没必要也不可能把涉及的义务来源都在刑法中予以论述。比如以不给被扶养人饭吃的手段构成的不纯正不作为犯杀人罪中,行为人的作为义务(扶养义务)在刑法中并无明文规定,

① 杨建华著:《刑法总则之比较与检讨》,(台湾)三民书局1988年版,第102~103页。

② 洪福增著:《刑法理论之基础》,(台湾)刑事法杂志社1997年版,第280页。

③ 肖中华:《海峡两岸刑法中不作为犯罪之比较研究》,载高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》(第一卷),法律出版社1998年版,第511页。

而是规定于婚姻法中。现实生活中,杀人方式纷繁多样,刑法罪状表述中不可能予以穷尽,出于概括性的考虑,立法将其罪状简化,此种情况下,虽然在刑法中未予以明述,但这种行为方式本身确是符合其犯罪构成的,这也多表现在一些空白罪状中。正如《刑法》第131条规定:“航空人员违反规章制度,致使发生重大飞行事故,造成严重后果的……”,在此条文规定的重大飞行事故罪中,行为人的哪些行为属于客观方面的行为表现形式,刑法条文当中并没有明确表述,必须到有关飞行安全的规章制度中去寻觅。也就是说,尽管有关作为义务刑法中没有明确规定,但刑法对其使法规的内容予以确认,那么违反此义务当然构成刑法中的犯罪行为。概言之,其他部门法中的义务成为不纯正作为犯作为义务来源的前提是,违反这种作为义务的行为作为一种犯罪类型事先规定在刑法中,即沾染上刑法的色彩从而具有双重性。即:“不论某一特定义务是规定在何种法律部门之中,都必须和一定的刑事后果相联系,即只有当某种法律规范的制裁部分具有刑事制裁的内容时,其相应的法律义务才可以成为不作为犯罪的义务来源;否则,某种法律规范的制裁部分不包含刑事制裁的内容,即某一特定义务的不履行并不必然引起刑事法律后果时,该义务就不能作为认定不作为犯罪的根据。”<sup>①</sup>

宪法规定的义务能否成为不作为犯义务的来源,是一个有争议的问题。笔者认为,一般没有必要把宪法所规定的义务作为认定犯罪的依据,这是由宪法的特点决定的。宪法作为国家的根本大法,虽然也调整社会关系,赋予社会关系主体一定的权利和义务,但由于宪法所确定的权利义务只是原则性的、纲领性的,只是对这些权利义务作以宏观方面的调整。宪法作为母法,只是将各个领域的团体和个人的权利义务原则性、宣告性地确定下来,而不可能加以具体规定。因此,宪法规定的义务并不能直接指导人们的行为,只有当它具体到一般法律中,才会对人们的行动起指导作用。而作为不纯正不作为犯义务来源之一的法定义务必须是具体明确的,必须能直接指导人们应该做什么,因此,宪法规定的义务不能成为不作为犯的义务来源,它只是为一般法律的规定提供效力的依据。这一点也可以从宪法规范的无具体惩罚性得到说明。宪法规范中除个别规范外,一般没有具体的制裁性规定。正因为它的关于权利义务的抽象性规定并不指导人们的行为,所以就没有规定具体惩罚措施。这不像一般法律因为具体地规定了人们的权利义务,直接指导人们可以做什么、禁止做什么、必须做什么,就需要对违反义务的行为规定具体的制裁措施。

3. 对于“明文规定”的理解。法律规定是规范如一的,而现实生活却复杂多变,在一定意义上而言,法律从规定之日起就是滞后的。实践中出现的情

<sup>①</sup> 李学同:《论不作为犯罪的特定义务》,载《法学评论》1991年第4期,第55页。

况有时是十分复杂的,在某些特殊情况下,法律未规定的义务其具体范围如何界定,行为人有无特定的作为义务,是值得研究的。如宋福祥间接故意不作为杀人案就凸显了对于“法律明文规定”理解的难度。其具体案情为:1994年6月30日晚,被告人宋福祥同其妻李霞生气,李要上吊,宋喊邻居叶宛生进行劝解,叶走后二人又吵骂厮打,后李寻找自缢工具时,宋意识到李要自缢却无动于衷,放任不管。直到宋听到凳子响声时,才起身过去,但其仍未采取有效措施或呼喊近邻,而是离开现场到一里以外的父母家中去告知自己父母,待其家人赶到时李霞已无法挽救,自缢身亡。河南省南阳市中级人民法院最终以故意杀人罪判处被告人宋福祥有期徒刑4年。<sup>①</sup>对于此案的学理探讨,学者之间形成了两种意见,一种意见认为宋福祥不具有法律明文规定的义务,此案的判决“在很大程度上是道德战胜法律的结果”。<sup>②</sup>另一种意见认为,“宋福祥具有救助自杀中的妻子的义务,这至少可以从《婚姻法》的规定中找到其作为义务的来源。”<sup>③</sup>聚讼的焦点在于夫妻之间的扶养义务能否推论出救助义务。根据《婚姻法》的规定,夫妻之间负有相互扶养的义务。如果不履行这种义务,就有可能构成遗弃罪。如果从扶养义务推至救助义务,是否与罪刑法定原则相悖?申言之,这是属于类推解释抑或扩大解释?因为罪刑法定原则排斥的是类推解释,而在立法文字所可能含义之内的扩大解释则是被允许的。对于刑法解释而言,合法性、明确性和可预测性是其基本原则。从实际的区别来看,扩大解释应当是没有超出国民的预测可能性,而类推解释则超出了国民的预测可能性,在此意义而言,扩大解释没有侵犯国民的自由,而类推解释侵犯了国民自由。具体到此案中,夫妻之间的“扶养”义务包括一般生活上的相互照料,扩大解释在实践中运用的方法为“人罪举轻以明重,出罪举重以明轻”。既然违反了扶养义务就可能被处以遗弃罪,那么救助义务更应该被蕴含在刑法规制之中,即对于“扶养”义务,完全应当包括在夫妻一方的生命处于危险状态时另一方应予以救助,这也符合国民的预测可能性。“刑法适用解释的任务就是尽量以善意将条文用语朝着正义的方向进行解释,通过解释值刑法的实然规定贴近应然,从而或为良法、正义之法。”<sup>④</sup>因此,在宋福祥案中,我们认为其违反了法律明文规定的义务而构成以不作为方式实现的故意杀人罪。进言之,对于“法律明文规定的义务”不应作机械的、僵硬的理解,这里既包

① 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196~198页。

② 陈兴良:《论不作为犯罪之作为义务》,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220页。

③ 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277页。

④ 张明楷著:《刑法的基本立场》(序说),中国法制出版社2002年版,第2~3页。

含了法律明确清晰的规定,也暗含了在条文可预测性范围之内的含义。

## (二) 职务或业务上的要求

所谓职务或业务要求所产生的义务是指从事某种特定职业或履行某种特定业务的行为主体,由于其从事的职业或履行的业务的特殊性而要求其负有某种积极作为的义务。在我国刑法中,职务或业务所要求的义务是十分广泛的,多采用空白罪状的表述方式。主要分布在《刑法》分则第二章危害公共安全罪,第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪和第九章渎职罪中。如医生有救助病人的义务,消防人员有救火的义务等。

1. 其与法律明文规定义务的区别。有学者认为,此项义务也应当属于法律明文规定的义务,因为他们都是以各种形式的法律形式来体现,如单列为一项,“会使作为义务的来源显得更为复杂,并出现层面上的混乱。”<sup>①</sup>另有多数学者认为,“严格地讲,职务或业务上的义务亦属法体明文规定的义务,因为这类义务都表现于各种法令、条例、规章制度甚至某些司法解释中,而其效力的根据仍在于法律的直接规定。但是,职务或业务上的义务以担任相应的职务或从事相应的业务为前提,所以加以区分而单独论述,更有利于认定不纯正不作为犯的义务。”<sup>②</sup>笔者认为,此项义务来源与法律明文规定的区分不仅仅在于其职务性或业务性,更不是为了实践中有利的认定需要,而是有着本质的不同,完全应该将其“扶正”单列,踏踏实实的作为一项义务来源。详言之,两者的区别表现在:第一,法定依据不同,法律的明文规定源于“法体”,这里的法律为广义的法律,不仅是全国人大及其常委会制定的法律,其形式渊源还包括行政法规、军事法规、地方性法规、自治法规、经济特区法规以及国际条约。<sup>③</sup>而职务或业务上要求的义务则多见于本单位、本行业的主管部门或业务部门所通过的规章、职责守则或条例中,而这些文件是不能称之为法律的,只能说是规范性文件,其效力的根据根本不是法律的直接规定。因此,两者法定依据的性质不同。之所以将职务或业务上的义务纳入义务来源之中,是因为这些规范性文件中规定的义务经过了刑法的承认,是刑法中社会危害性过滤的产物,从而不与罪刑法定原则相悖;第二,事实依据不同,法律明文规定的义务是以某种特定身份为前提,不论行为人从事什么工作,担任何种职务,只要他具有该种身份,就必须履行该义务,如纳税人的纳税义务、夫妻之间的扶养义务。而职务或业务上的义务则是以行为人所从事的工作、所担任的职务为前

① 刘彩灵:《论不作为犯的作为义务》,载《洛阳大学学报》第18卷第3期(2003年9月),第93页。

② 肖中华:《海峡两岸刑法中不作为犯罪之比较研究》,载高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》(第一卷),法律出版社1998年版,第511~512页。

③ 沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2001年版,第405~411页。

提,并由有关规章及管理守则加以规定。行为人在执行职务时或从事业务期间,才负有义务。如休假或不当班的医生、消防队员等不应当要求其负有职务或业务上的义务。

2. 对“职务”或“业务”应作何解释?对一些无正当资格从事一定业务者违反作为义务如何处理?笔者认为对“业务”应作广义解释,不必局限于行为人具有合法正当的从事一定业务的资格。只要行为人有从事某种业务的意思,事实上又反复继续从事该种业务的同种行为,他就应具有不同于一般人的高度谨慎和责任,其所负有的义务,应与行为所从事的业务相当。行为人出于何种动机与目的,则在所不问。例如对于无证营业的医生,多次从事治病救人工作,如他对于急需救助的病人,能够救助而不予救助致其死亡,则应承担违反作为义务的罪责,并不以医生无营业资格排除犯罪性。当然,对此种义务要求的认定,应紧密结合义务的实质要素,否则会不当扩大义务来源,这将在本文后面部分论述作为义务来源的实质要素时予以论及。另外,为避免人人于罪,对于职务或业务上要求的义务,原则上应限于有职责守则、条例等明文规定的内容,但在我国目前部门、行业职责尚缺乏规范化管理的情况下,对于本行业公认的职务、业务上要求的义务,不应以本单位、本行业未作明确规定为借口而予以否定。这其实并不与罪刑法定原则相违背。因为对于此项义务来源的规定,刑法的承认多是采用空白罪状的表述方式,也就是说具体行为方式要到非刑事法规及其他规范性文件当中去探寻。而在这些规范性文件中并不一定都采用禁止类推的内容法定原则。比如民法当中在法无明文规定情况下,可利用公序良俗等原则去处理具体争讼。由此而见,空白罪状规定的罪名的具体构成特征应视为一种开放式的构成特征,只要行为符合其所要援引的非刑事法规及规范性文件所要求的内容及精神,就应视为得到刑法的承认。也就是说,由于刑法没有规定行为的具体表现形式,就要把它放到相应的非刑事文件的语境当中去考察,也只有如此,才真正符合罪刑法定原则的内涵。

3. 对“职务”或“业务”范围的认定。在实践中,往往存在职务或业务所要求的义务不明的情况。对此,往往很难界定行为人有无作为义务。例如,1995年11月20日晚11时许,被告人洪某(某市出租汽车公司司机)驱空驶的夏利“的士”在大街上招客。当行至某市谢家村路口时,遇一中年男子何某招呼自己的汽车,洪某即停车。何某将一大量失血并已昏迷的老人抱上洪某的汽车后座,并说是自己撞伤的老人,要求洪某驱车前往省第二医院抢救。当车行驶10分钟到达阳明路时,何某要求洪某停车稍候几分钟,称自己去附近找一熟人一并前去医院帮忙,被告人洪某应允,当即停车守候。当晚已过深夜12时,被告人洪某守候约30分钟后,见情况不妙,怀疑何某已逃逸,便乘夜深无人之机,将伤重老人弃于附近大街上,最终老人因失血过多而死亡。人民