

北大刑法博士文丛(5)

B E I D A X I N G F A B O S H I W E N C O N G

陈兴良 | 总主编



BEIDA XINGFA BOSHI WENCONG

刑法作为义务论

◎ 栾 莉 著

XINGFA ZUOWEI YIWULUN



中国人民公安大学出版社

第五卷 刑法学 刑法总论

刑法学



刑法作为义务论

张明楷 著

中国政法大学出版社

D914.04/32

:2

2007

北大刑法博士文丛 (5)

陈兴良 总主编

刑法作为义务论

栾 莉 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法作为义务论/栾莉著. —北京: 中国人民公安大学出版社,
2007. 1

(北大刑法博士文丛. 陈兴良总主编)

ISBN 978 - 7 - 81109 - 557 - 9

I. 刑... II. 栾... III. 刑事—法的理论
IV. D914. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 145506 号

刑法作为义务论

XINGFA ZUOWEI YIWULUN

栾莉著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

经 销: 新华书店

邮政编码: 100038

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2007 年 1 月第 1 版

印 次: 2007 年 1 月第 1 次

印 张: 9.5

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 250 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 557 - 9/D · 527

定 价: 25 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.jgclub.com.cn

总序

《北大刑法博士文丛》即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点的质量高低的重要指数。在这种情况下，在已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1990年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的《北大刑法博士文丛》是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优入选博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止博士论文已有数百篇，已经出现一些重复选题的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新留下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博

刑法作为义务论

士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是非标新立异，而是要在承接前人研究成果基础之上的推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我以为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面之感觉。表述是一种文字功夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述使你的观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版三至五本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中的佼佼者。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他/她的第一本个人专著。对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他/她的最后一本甚至是唯一的一本个人专著。因此，包含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事。对此，我是深有体会的。想到十多年前，我出版本人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生们的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。不是么？

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出

版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004年6月20日

序

陈兴良

栾莉的博士论文《刑法作为义务论》即将出版，这次出版的是博士论文的修订版，在博士论文的基础上增加了大量的内容，使论文更为厚实，也使问题的研究更加深入。

就选题而言，不作为的作为义务是一个较好的选题。随着刑法理论的发展，博士论文的选题越来越小。20年前，在我当博士生的时候，选的是《共同犯罪论》，这基本上是教科书的二级标题（章）。由于当时我国刑法学研究刚刚起步，共同犯罪的研究极为薄弱。在这种情况下，二级标题选为博士论文题目尚有情可原。后来，随着刑法学研究的深入，博士论文题目从二级标题发展到三级标题，例如《教唆犯论》等。现在，即使是三级标题作为博士论文题目也有过大之嫌。因此，博士论题的题目又发展到四级标题。博士论文题目越来越小，恰恰是我国刑法学理论嬗变的一个明显标志。栾莉的这个选题，基本上是四级标题：罪体——行为方式——不作为——作为义务。因此，我认为这个选题是恰当的，符合博士论文小题大做的特征。

作为义务不仅是一个大小适宜的博士论文题目，而且这是一个具有现实意义与理论意义的刑法问题。在现实生活中，遇到一些疑难复杂的案件，其能否定罪就与作为义务直接相关。对于不作为，我国刑法无论是总则还是分则，对不作为及不作为的作为义务均未作规定，在刑法中甚至并未出现不作为这一概念。在这种情况下，需要从法理上对不作为及作为义务进行深入研究，从

刑法作为义务论

而为司法认定提供理论依据。栾莉的博士论文对不作为的作为义务的研究，分为本体论与适用论两个层次。在本体论中研究的是作为义务的基本理论问题，尤其是作者对作为义务的合理性根据问题进行了深入的论述。作者将作为义务的根据分为实质根据与形式根据，并分别对此做了学理上的分析。应当说，作为义务的范围是和一个国家的性质相关联的。在一个以义务为本位的社会，与之相适应刑法的作为义务必然是十分宽泛的。例如，中国古代是一个家族社会，法律赋予家长对家庭成员以相当宽大的统治权，因而当家庭成员犯罪时，家长就负有某种制止的义务，若不制止则产生某种刑事责任，包括不作为的刑事责任。而在一个以权利为本位的社会，更强调个体的独立性，则刑法的作为义务也必然是较为狭窄的。由此可见，我们在分析刑法上不作为的作为义务的时候，不应满足于法律上的形式判断，还应当深入到法律上的作为义务之产生的社会背景，考虑到刑法上作为义务确定的伦理因素、历史因素以及其他社会因素。只有这样，才能得出正确的结论。在适用论中，栾莉围绕着作为义务的司法认定，对作为义务涉及的各种问题，包括一些疑难问题都展开了论述。有些问题的论述还是具有一定新意的。例如，关于刑法作为义务人的自危要求中，就论述了司机在醉酒者的要求下将其置于高速公路致其死亡案。在这个案件中，就涉及对于受益人的自危要求能否免除不作为人的刑事责任这一法律问题。对于本案，作者的结论是：肖某的行为虽然是一种自危要求，但肖某对生命权的自危要求并不能阻却周某的作为义务。所以本案中周某有作为义务并能积极予以履行。这一分析是从周某有无救助的作为义务角度出发的，但在这一案件中，周某的刑事责任的根据并不在将醉酒者放下以后是否有义务救助的问题，而在于是否应将醉酒者放在高速公路上因而致其死亡的问题，换言之，这里涉及的是刑法中的作为问题而非不作为的问题。刑法责难的是周某的弃置行为而非

不救助行为。由此可见，不作为与作为的区分本身就是一个十分复杂的问题。从各种疑难案件中提炼出法理问题并在理论上予以分析，这是本文的一种分析进路，本身是可取的，尽管在个别案件的分析上还可能存在推敲之处。

博士论文在学术著作中是一种较为独特的类别，它是学术新人之新作，也是走向学术之路的处女作。对于博士论文，我们不能过于苛求，只要具有一定的新意，发表了自己的一定独到的见解，就是值得肯定的。对于出版社来说，博士论文的出版，也是扶持学术新人之举，其功德是无量的。完成博士学业以后，栾莉选择了在中国人民公安大学从教，因而走上了一条艰难的学术之路。我一直以为，从事学术研究是博士的最好归宿。尽管将来还可能会出版很多的学术著作，但本书无疑对于栾莉来说是更为重要的一本，也是更有纪念意义的一本，我期待着栾莉在学术道路上走得更远。

在栾莉博士论文即将出版之际，应邀写下一些感慨，是为序。

谨识于北京大学法学院科研楼 609 工作室
2006 年 6 月 2 日

目 录

导论:研究意义、理论前提、沿革和进路	(1)
一、研究意义	(1)
二、理论前提	(4)
(一)不作为	(4)
(二)不作为犯及分类	(13)
三、历史沿革	(20)
(一)国外法律中作为义务的历史发展	(20)
(二)中国法律中作为义务的历史发展	(27)
四、进路	(31)
第一篇 刑法作为义务本体论	(36)
一、刑法作为义务的功能	(36)
(一)义务的界定	(36)
(二)刑法作为义务的界定	(42)
(三)刑法作为义务的功能	(52)
二、刑法作为义务与明确性原则	(55)
(一)罪刑法定主义之明确性原则	(56)
(二)刑法作为义务应当符合明确性原则	(63)
(三)刑法作为义务对明确性原则的符合	(65)
三、刑法作为义务的位置	(72)
(一)中国学者的观点	(72)

刑法作为义务论

(二) 国外学者的观点	(73)
(三) 国外学者观点的分析与启示	(78)
四、刑法作为义务的合理性根据	(87)
(一) 刑法作为义务产生根据的理论	(88)
(二) 刑法作为义务产生根据的分析	(121)
(三) 刑法作为义务的合理性根据分析	(152)
(四) 小结	(196)
第二篇 刑法作为义务适用论	(198)
一、刑法作为义务的履行与分类	(198)
(一) 刑法作为义务的履行	(198)
(二) 刑法作为义务的分类	(212)
二、刑法作为义务的法定性	(215)
(一) 刑法作为义务的立法法定	(216)
(二) 刑法作为义务的司法法定	(247)
三、刑法作为义务的法律适用	(270)
(一) 刑法作为义务与“作为和不作为”的区分	(270)
(二) 刑法作为义务与不作为犯的犯罪形态	(272)
(三) 刑法作为义务与共同犯罪的认定	(274)
结论	(278)
主要参考文献	(281)
后记	(291)

导论：研究意义、理论前提、 沿革和进路

一、研究意义

刑法作为义务的研究在当今中国具有重要的时代意义。刑法作为义务是一个相对的概念，其范围受时代思想和历史传统的影响，处于不断的变化之中。专制社会中，统治阶级为了维护其统治，擅自扩大作为义务的范围，公民的合法权益和自由受到极度的限制与剥夺。现代社会强调刑法是公民自由的大宪章，刑法在惩罚犯罪的同时应充分地保障公民的合法权益和自由，因此刑法作为义务的范围呈现出明显缩小的趋势。现代的中国，社会高度发展，人们的价值观念日趋多样，社会思想丰富多彩。如何正确划定刑法作为义务的范围，促进中国社会稳定发展，是刑法面临的重要问题，也是刑法服务于中国社会发所必须解决的问题。

刑法作为义务的研究一直是世界各国刑法领域中的热点问题之一。继威斯特法（Westphal）于18世纪后期提出不作为犯罪必须以行为人具有某种不能松懈的义务为前提的理论之后，学者们纷纷从各个角度展开了对作为义务的系统研究。费尔巴哈（Feuerbach）最先将作为义务的内容与来源予以理论化，提出法规和契约是作为义务的法根据，这一见解成为整个19世纪德国刑法学说中的通说。自此以后，各国学者从未间断过对作为义务的研究。德国学者那格拉（Nagler）于1938年提出了保证人的

刑法作为义务论

概念，将作为义务的研究推向新的阶段。在那格拉之后，德国另一学者阿明·考夫曼（Arimin Kaufmann）于1959年发表了论文《不作为犯的理论》，从目的行为论的立场对不作为犯进行研究，并提出了保证人的义务只有在不法内容上与作为等价值才能被确定，考夫曼提出的学说被称为“新保证人说”。此后，保证人说得到了长足的发展，第二次世界大战以后成为德国刑法学界的通说，并且对德国以及世界其他国家的刑事立法及司法产生了重大的影响。近几年来，采用社会学方法或存在论方法从实质方面研究作为义务的内容并使其类型化，在德日乃至世界各国都是非常活跃的。

刑法作为义务的研究在我国尚处于起步阶段。我国学者对刑法作为义务的研究较少，国内目前尚无专门研究刑法作为义务的博士论文。学者对作为义务的研究，多数是在“犯罪的客观要件——行为——不作为——不纯正不作为——作为义务”的层级之下进行的，可以说刑法作为义务的研究目前仍从属于不作为犯或者不纯正不作为犯的研究；就不作为犯而言，到目前为止，已经出版的有关不作为犯或者不纯正不作为犯的专著也只是一本，即黎宏博士所著的《不作为犯研究》。^① 近几年来，国内学者陆续发表了有关刑法作为义务的论文，其中较有代表性的主要有：“论不纯正不作为义务的来源”、“不作为犯之作为义务比较

^① 该书由武汉大学出版社于1997年5月出版。另外，中国人民大学许成磊博士于2003年以“不纯正不作为犯的比较研究”完成其博士论文；中国政法大学李金明博士于2005年以“不真正不作为犯研究”为题完成其博士论文。

研究”、“‘特定义务产生三根据说’之提出”。^①在刑法作为义务研究方面，我国学者对国外成果的吸收借鉴也是十分有限的；目前国外学者的研究成果被介绍到中国的主要有：日本刑法学者日高义博所著《不作为犯的理论》、^②日本大谷实的“论保证人说”，^③德国许乃曼的（Schünemann, Bernd）的“德国不作为犯学理的概况”；^④除此之外，在我国学者翻译的德日学者的刑法教科书中也零星地涉及刑法作为义务的相关内容。^⑤纵观我国学者对于刑法作为义务的研究，可以说主要局限于对概念的诠释和对相关问题的概括说明。虽然近年来受国际研究思潮的影响，我国刑法学者在对作为义务的产生根据研究中，改变了过去单纯从形式义务的角度研究相关问题的状态，也开始从实质法理的角度对作为义务的产生予以研究，但关于刑法作为义务的整体研究，并没有取得实质性的突破。

刑法作为义务的研究在刑法学中具有重要的意义。权利和义

^① 李晓龙：“论不纯正不作为义务的来源”，载高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》，法律出版社2002年第1期；郭理蓉：“不作为犯之作为义务比较研究”，载于志刚主编：《刑法问题与争鸣》（第五卷），中国方正出版社2002年版；欧锦雄：“‘特定义务产生三根据说’之提出”，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。

^② 该书由王树平完成翻译工作并由中国人民公安大学出版社1992年出版。

^③ 该文载于《法学评论》1994年第3期、第4期。

^④ 该文载于陈兴良主编：《刑事法评论》（第13卷），中国政法大学出版社2003年版。

^⑤ [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社2001年版；[日]大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》（第三版），中国人民大学出版社2003年版；[日]大谷实著，黎宏译：《刑法总论》，法律出版社2003年版。

刑法作为义务论

务作为一种社会制度和文化现象，是与法和国家一起产生的。自权利和义务被确定为法学概念以来，在法学一直处于核心的地位。美国分析法学家霍菲尔德甚至把权利和义务视作法律的“最低公分母”，以此强调对权利和义务进行研究的重要性。^① 权利义务的研究在刑法学中具有同样重要的意义。刑法作为义务是限定不作为犯成立的标准之一，研究刑法作为义务可以促进不作为犯相关问题的解决；刑法作为义务也是区别作为与不作为的判断标准，研究刑法作为义务也可以促进我国刑法中行为理论的发展。

最后，刑法作为义务的研究有益于解决我国司法实践中遇到的具体问题。刑法作为义务是不作为犯的核心要素，代表了不作为犯的基本犯罪事实和犯罪情节，是决定不作为犯罪是否成立以及犯罪属于何种性质的主要依据。司法实践中对于各种不作为犯罪案件的定罪与处罚，都需要以是否存在特定作为义务为前提。可以说，刑法作为义务是司法实践中分析各类不作为犯罪的关键所在。

二、理论前提

刑法作为义务存在于不作为犯罪之中，对于不作为及不作为犯罪相关问题予以梳理，是研究刑法作为义务的基本理论前提。

（一）不作为

对于什么是不作为，我国学者的观点是不同的。纵观我国刑法论著中关于不作为的定义，主要有以下几种：（1）不作为，

^① 张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第67页。

是“应当实施并且能够实施而不实施的消极行为”。^①（2）不作为是指“负有防止某种危害社会结果发生的特定义务人，在能够履行该种义务时，消极地不履行的行为”。^②（3）刑法中的不作为，是指“行为人负有实施某种积极行为的特定法律义务，并且能够履行而不履行的行为”。^③（4）刑法上的不作为，是指行为人负有实施某种特定法律义务，并且能够实行而不实行的行为。^④（5）刑法上的不作为，是指“当为而不为，即行为人在意志支配下，违反命令规范，消极地不为法律所要求或期待的行为”。^⑤（6）不作为是指“消极的行为，即应当履行某种特定义务而不去履行”。^⑥（7）不作为就是行为人有义务并且能够实行某种行为，消极地不去履行这种义务，因而造成严重的危害后果的行为。^⑦（8）不作为，亦指犯罪的不作为，是指行为人负有刑法要求必须履行的某种特定义务，能够履行而没有履行的行为。^⑧

① 高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第98页。

② 杨春洗主编：《刑事法学大辞书》，南京大学出版社1990年版，第35页。

③ 熊选国著：《刑法中行为论》，人民法院出版社1992年版，第136页。

④ 高铭暄主编：《刑法学原理》（第一卷），中国人民大学出版社1993年版，第534页。

⑤ 何秉松主编：《刑法教科书》，法制出版社1993年版，第140页。

⑥ 林准主编：《中国刑法教程》，人民法院出版社1994年版，第60页。

⑦ 杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》（第二版），北京大学出版社1998年版，第79页。

⑧ 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社2003年版，第167页。