

● 刑法学

刑法中行为论比较研究^{*}

马 克 昌

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430072)

[作者简介] 马克昌(1926-),男,河南西华人,武汉大学法学院法律学系教授、博士生导师,主要从事刑法学研究。

[摘 要] 刑法中行为论的学说有因果的行为论(含身体的动作说、有意行为说)、目的的行为论、社会的行为论、人格的行为论,比较起来以有意行为说为可取。依照该说,所谓行为,指基于人的意思或意思支配可能性的身体的动作或者态度。构成刑法上的行为,必须具备:1.意思支配的可能性,2.外部的态度。行为具有两种基本形式,即作为与不作为。不作为犯,德国学者认为是违反一切命令规范的行为,日本学者之间的表述稍有不同,反映出对不作为犯研究的深化。对不作为犯,苏联、德、日、意的分类无大差别,德、日通常分为真正不作为犯与不真正不作为犯。对不真正不作为犯,德、日学者作了相当深入的研究。

[关键词] 行为;不作为;不真正不作为犯

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001)02-0133-15

行为在刑法理论中具有重要的意义,如何理解行为存在重大分歧,值得研究。行为有包括结果在内的广义的行为,有不包括结果的狭义的行为。这里比较研究的,限于狭义的行为。

一、行为理论的各种学说

行为是构成要件要素之一,在构成要件中具有重要的意义。“无行为则无犯罪”这句法谚表明了行为在构成要件中的重要性。然而,如何理解行为,却一直存在着争论。概括德、日刑法学者关于行为论的学说,大别之可有以下几种:

(一)因果的行为论(自然主义的行为论)

1.身体的动作说。此说认为,行为是纯肉体的身体的动作,关于意思是否存在,意思的内容如何这样的心理的事实要素,完全属于责任的问题,从而,不论反射运动、或物理的强制下的动作、或熟睡中的动作,都解释为行为。此说被认为是彻底贯彻贝林格的初期的思想。最近平野龙一博士将意思的要素从行为概念中舍弃,主张行为只是“人的身体的动静”的见解。针对此说,木村龟二提出批评说,因为目的犯中的“目的”是行为的目的,这种情况意味着成为构成要件的要素的行为与主观的心理的要素当然不可分地相结合,将心理的要素从成为构成要件的内容的行为中完全排除是不可能的。在这样的意义上,纯肉体的“身体的动作说”不妥当^[1](第 165-166页)。

2. 有意行为说 此说认为,行为是基于意思的身体的动静,它是传统的、通说的行为论。根据此说,所谓行为,认为是由“身体的动静”这种外部的(客观的)要素即有体性(身体性)与“基于意思”这种内部的(主观的)要素即有意性而成立的。在这里意思的内容从行为概念中被排除,而成为责任论的问题。即根据此说,意思的内容是故意、过失被认为是责任的心理的要素,作为有意行为的意思,内容如何在所不问,认为行为是以某种意思为原因而惹起外部的动作,更以此外部的动作为原因而惹起结果的因果的必然过程。在这个意义上,有意行为说被称为“因果的行为论”或者“自然主义的行为论”。在这一点上,身体的动作说,也不外乎是自然主义的、因果的行为论。

这种见解的行为概念的特征有二:首先是“有意性”,即行为必须是基于现实的意思决定,所以,反射运动、睡眠中身体的活动、无意识的动作、基于绝对的强制的动作等,因为不是基于内部的意思,从而不是行为。第二是“知觉可能性”,认为行为不负担任何的意义、价值,应当是完全能够被感觉知觉的存在,从而行为被理解为物理意义的运动和静止及由此而惹起的外界的变动。这种行为概念,是将意思、身体的运动、结果三者,结合成为一体,而称之为行为。在德国展开有意行为论的李斯特主张,“所谓行为,是对外界的有意的举动,更正确地说,是由于有意的举动使外界变更的事实,即惹起变更(结果)或者不妨害变更的事实”。在日本泷川幸辰认为,行为是“基于行为者的意思及由此而产生的结果的全体”。牧野英一认为,“行为是基于意思的发动的人的举动,需要两个要件:其一作为主观的要件是意思的发动(成为意识的事实),其二作为客观的要件是一定的举动(外界的动作)”。藤木英雄、植松正等均持有意行为说。

但此说也受到一些学者的批评,他们从两个方面对此说加以指责:一是此说只注重意思的因果性,而忽略形成此因果性过程的目的性,实属有误。因为人的意思不但是产生结果的原因,而且是操纵因果过程的动力,因果行为论忽略这一点,其所见的行为,不过是盲目的因果过程,并不能真正了解行为的实质。二是此说对不作为不能作出合理的解释。对于作为,因为有因果过程的发动,此说解释自无问题;但对不作为,因为它没有任何招致外界发生变动的举动,如果贯彻这种行为理论,势将不能把“不作为”包括于行为之中,而此说仍以之属于行为范畴,理由何在,并未给予圆满说明。有的学者如拉德布路赫(G. L. Radbruch)甚至把不作为从行为中除外,在犯罪论体系中二分为行为与不作为两方面,这是因果行为论的彻底的结论。然而,这样就把统一的行为人为地加以割裂了^[2](第 83-84页)。

(二)目的的行为论

目的的行为论是 20 世纪 30 年代由德国学者威尔哲尔(Welzel)首先提出的。赞同这种观点的,在德国有韦伯(Weber)、默拉赫(Maurach)等,在日本有木村龟二、平场安治、福田平等。这种主张把人的行为的本质作为目的的追求活动来把握,从而在行为中不可避免地包括意思内容,目的性则是行为的核心。根据威尔哲尔,自然现象对因果的演变是盲目的,只不过是根据因果的演变而形成,人则根据所认识的因果的演变而行动,就是说人基于因果的知识,在一定范围内预见其行动可能有的结果,为此设定种种目标,为了达成此目标,能够有计划地统制其行动。目的行为论带来重要的理论的归结:认为从来作为责任要素的故意(事实的故意)是行为的本质的要素,它不仅仅是构成要件的主观的要素,而且是不法(违法行为)的主观的要素。并且目的行为论主张“所谓不法是关系行为人的‘人的’行为不法”,从而展开人的不法论^[3](第 134-135页)。

目的行为论也受到一些批评。首先关于不作为,因为它对结果没有因果性,不能根据意思统制因果现象,从而不可能有目的的行为,所以目的的行为不能成为所有行动的上位概念。因此,威尔哲尔使用“行态 Verhalten”这个概念为包括作为与不作为的上位概念,此即在根据目的可能统制意思的能力的范围内人的积极的或者消极的态度。对此,山中敬一指出:“目的的行为论不能成为所有犯罪行为的上位概念,只能以‘目的的行为’或者‘人的行态’为上位概念,已经丧失作为‘行为论’的意义”^[4](第 135-136页)。其次,目的的行为论,对于故意犯虽然能够提供恰当的说明,但用来说明不以结果发生为目的的过失犯就有困难。因为过失犯的行为所引起的危害结果,根本不存在于行为人的目的范围之内。威尔哲尔为了自圆其说,仍主张过失犯的行为也是刑法上的目的行为,不过他说,过失犯是可能的或者潜在的目的性。

这一观点受到尼塞(Niese)批判后,他又改变说法,企图用“法所要求的目的性”的观念来说明。认为在社会生活中,为了避免某种法益的被侵害,法律常常要求人们依某种目的性而行动,而行为人竟违反这种法律要求,未为某种“目的操纵”,以至于发生一定的法益侵害的结果。不实施为了避免侵害法益所必要的目的的操纵,就是过失犯的本质。对此,团藤重光提出批评说:“然而,法所要求的目的性,他的解释,不是存在论的范畴;再者,在行为概念中提出法律上无意义的目的性,也是问题”^[5](第 97-98 页)。

(三) 社会的行为论

社会的行为论也是出现在 20 世纪 30 年代,由德国学者修密特(Eberhard Schmidt, 1891-1977)所提出。第二次世界大战后,一方面赞同者增加,一方面理论进一步深化,现在在德国成为最有力的行为论。在德国持社会的行为论的,还有恩格休(Engisch)、麦霍夫(Maihofer)、耶塞克等;在日本有佐伯千仞、吉田敏雄、西原春夫等。由于因果的行为论对不作为不能作出科学说明,目的的行为论不足以解释过失犯行为的性质,社会的行为论从这些情况出发,展开自己的理论。这种理论认为,为了正确地理解行为,不能只从自然的物理的方面理解行为,而必须从社会的意义上来把握;它重视社会生活中的行为所具有的性质,认为“社会性”是行为概念的本质的要素。他们主张,人在社会环境中的各种举动,有偏重于结果的引起的,有偏重于不实施特定的举动的,也有偏重于于目的的追求的。这三种形态的举动,欲在其本体结构上求得共同的概念,实非易事,而在价值判断上,并非没有相类似之处,即都是属于具有社会意义的人的举动。因其对社会有意义,才为法律所关心,而视之为行为。如耶塞克认为,行为是“社会上重要的人的态度”,Maihofer认为,行为是“对客观上预见可能的社会的结果客观上支配可能的态度”,Liszt-Schmidt将行为解释为“由于有意的态度而使社会的外界发生变动”。在日本佐伯千仞舍去意思的因素,将作为包括忘却犯的行为概念,理解为“某种社会上有意义的人的态度”,而展开社会的行为论。从上述定义可以看出,社会的行为论认为具有“由意思支配的可能性”与“对社会的结果预见可能性”就够了。总之,在社会的行为论看来,行为是法律上的观念,不是自然科学上的观念,一方面承认它是“因果的实现”,一方面须了解其与社会价值关系的联系,无论是故意的或非故意的,作为或不作为,只要是由来于人的有意识的社会的举动,都可能是刑法上的行为。还需指出,社会的行为论将犯罪的主观要素(主观的意思内容)不是作为行为问题,而是作为责任问题处理的^[2](第 87-88 页)。

对于此说,学者有如下批判:1. 日本学者前田雅英指出:“在现实的刑法解释的场合,勿宁说任何行为是否重要,不能不根据构成要件来决定。于构成要件之外提出‘社会的意义’,在行为的标准上限定处罚范围的实践的意义几乎不能承认”^[6](第 169 页)。2. 板仓宏认为,“然而,所谓‘社会上有意义’,具体指怎样的情况并不明确,使行为概念不明这一点是个问题”^[7](第 82 页)。

(四) 人格的行为论

人格的行为论是以行为者人格的主体的现实化的身体动静为刑法上的行为的学说,为日本著名刑法学者团藤重光所提倡。1957 年他在其初版《刑法纲要(总论)》中说:“人的身体的动作与其背后的其人的主体的人格态度相结合,被认为其人的主体的现实化的场合——只有这样的场合——才被认为是行为。”1979 年在该书的修订版中,他又继续强调:“刑法中所认为的行为,必须被看做是行为人人格的主体的现实化。仅仅反射运动或基于绝对强制的动作,作为刑法上的行为是成问题的。然而,主体的人格态度,不一定表现为作为的形式,也可能表现为不作为的形式。再者,它不一定出于故意,作为轻视规范的人格态度,出于过失的,也能认为是行为。……行为是作为行为人人格的主体的现实化的生动的活动,具有生物学的基础和社会学的基础。”他认为人格并非单纯的精神要素,而是精神的和身体的(生理的)统一体。行为不仅在身体动静这一点上,具有生物学的基础,而且在“人格的背景”方面也具有生物学的基础。同时,行为既然是人格与环境相互作用形成的,那么社会也必然作为“行为环境”而成为行为的基础,而且人格中也含有社会性,因为人格不仅以先天的素质为基础,而且也是通过社会生活经验而逐渐形成,所以行为必然具有生物学的和社会学的基础^[8](第 91-94 页)。人格的行为论受到平野龙一、内藤谦、川端博等学者的批判。川端博指出,此说中的“主体的”一词,虽然可以解释为哲学的词语,但给犯罪事实

的基础的概念下定义,却是多义的,是不明确的。再者,此说用行为概念,排除什么,不排除什么,也未必明白,从而行为的界限的机能也就不能充分发挥。此外,他们还指出此说的其他缺点。由于此说存在许多问题,因而没有得到多数学者的赞同^[3](第 138 页)。

对上述诸说应当如何评价呢?我们认为,因果的行为论中的身体动作说,完全排除影响人的身体动静的主观意思,是不符合实际的。目的的行为论,过分强调目的在行为中的意义,这虽然能够说明故意行为,但却不能说明过失行为,因而难以认为妥当。社会的行为论,从社会意义上立论,有助于揭示行为的本质,且能克服因果的行为论与目的的行为论的不足,对不作为作出恰当的说明,值得称道。其缺陷正如意大利学者杜·帕多瓦尼所指出的,“失之太泛是这一理论的根本缺陷,因为它用来确定行为范围的标准(社会意义)本身就是一个不确定的概念”^[9](第 106 页)。人格的行为论认为行为是主体的人格的实际化,有助于说明每一行为人的行为的个别化,但“人格”是难以把握的概念,从而行为也就难于把握。比较起来,因果的行为论中的有意行为说,虽被认为不能解释不作为,实际这是一种误解。因为不作为在应当作为而不作为的条件下也能引起危害结果。它把意思的存在与意思的内容相分离,正好说明一个是构成要件的行为问题,一个是构成要件的主观要素问题。所以在我们看来,当以有意行为说为可取。

二、行为的概念和机能

(一)行为的概念

什么是行为,由于根据的学说不同,对行为所下的定义很不一致:例如,根据有意行为说,吉川经夫认为,“这里所谓行为,指基于人的意思或意思支配可能性的身体的动作或者态度”^[10](第 82 页)。站在目的的行为论的立场,木村龟二写道:“目的的行为论的意义上的行为概念是妥当的。在这个意义上,所谓行为应解释为实现被预见了的结果的有意识、有目的的动作”^[11](第 187 页)。西原春夫从社会的行为论的观点出发,主张“所谓行为,根据本书的立场,指人的外部的态度,如在内容上详述之,指由意思支配可能的具有某种社会的意义的运动或静止”^[12](第 89 页)。如前所述,我们认为有意行为说较为可取,所以这里关于行为概念,我们以吉川经夫所下定义为妥。根据西原春夫的论述,为了构成刑法上的行为,必须具备 1. 意思支配的可能性, 2. 外部的态度。这两点也符合吉川经夫所下的定义。现据西原的著作分述如下:

1. 意思支配的可能性。构成要件要素中最中心的是行为,构成要件是人的行为的类型,行为,不仅其主体只能是人,而且具有与动物的行动或自然现象不同的特性。人的行为与自然现象的区别在于:自然现象受自然科学的因果法则的支配,相反的,人的行为可能支配因果法则。当然,人的行为与自然现象同样是客观存在,人肚子饿,要吃饭,疲劳了要睡觉,也是受因果法则支配的现象,与东西从高处下落是受物理的因果法则的支配,完全相同。这样人的存在可以说是受所有因果法则支配的自然现象的一部分。然而,尽管如此,人的行为仍然与自然现象不同。在自然现象的场合,对因果法则的支配方面没有选择的余地。反之,人则具有对因果法则的支配的选择可能性。位于高处之物,给予一定的力的推动必然下落,否则绝对不会下落。反之,在人的场合,如果他不愿降下,他可能对这种力量进行抵抗;如果他愿意降落,即使没有其他力量促使,也可能降落下来。这样,人的行为虽然也受因果法则的支配,但对因果法则的支配则有选择的余地,并有选择的能力。而进行这种选择的,不外乎人的意思。

人的行为关于受怎样的因果法则的支配具有进行选择的余地这一点,与自然现象不同。如果说进行这种选择的,是意思;那么,为了叫做人的行为,就必须它能由意思来支配。因而所谓行为,指由意思支配可能的态度。

由此可以得出结论,不可能由意思支配的行为,即反射运动,纵然以人为主体,也与自然现象相同,这不能叫做行为是很明显的。那么,有哪些情况是反射运动呢?可以认为是反射运动的,首先是物理的反射运动,例如,被他人突然奔跑损坏第三者之物的场合属之。第二,是生理的反射运动,正常睡眠中的梦话或行动属之。第三,是身体内疾病的反射运动,羊癫疯的发作、梦游病、完全醉酒、病中模糊不清状态

下的行动等属之。但像精神薄弱者那样,是非辨别能力虽然减退,还有意思决定能力,其行动仍然认为是行为。反之,精神分裂症、躁郁症、进行性麻痹等患者基于妄想而行动的场合,决定其是否由意思支配可能者,不能一概而论。如果判断为无责任能力时,犯罪就不成立。

由于行为一般是在一定的时间幅度内实施的,所以在什么时间以后的行动,认为是由意思支配可能的行为,就是一个问题。例如,母亲一面让婴儿吃奶,一面睡觉,睡眠中将婴儿压死,在这场合,压死婴儿这一行动本身是生理的反射运动,不能就是由意思支配可能的。然而,用时间的观点考察时,压死婴儿这一态度,不能说是完全支配不可能的行动。一面喂奶,一面睡觉,如果担心婴儿被压死,入睡之前的时刻,是可能预见的。既有预见可能,避免压死婴儿的意思决定,就是可能的。这样来考察入睡前的时刻,既有选择因果演变的自由,压死婴儿,仍然是由意思支配的可能的行动,可以认为这是行为。与此相反,不知自己是羊癫疯病患者,第一次发作时,即使损坏了他人之物,由于它不在预见可能性的范围之内,可以说没有意思支配的可能性,从而将之从行为中除外,即不认为是行为^[2](第 94-96 页)。

2. 外部的态度。为了成为刑法上的行为,还必须具有人的外部的态度。即行为不是人的单纯的意思、单纯的思想、空想那样的内部态度,而是表现在社会生活之中的外部态度。古时流传下来的“思想免税”的法谚,说明了这样的意思(旨趣)。

刑法上的行为被限定为外部的态度的理由是各种各样的。首先,所谓法的规范毕竟是调整人的外部的行动的规范,这里就有它的根据。法与道德的区别,虽然在法哲学上有争论,这样的法的外面性,即使不是区别法与道德的惟一标准,但表现了法的特质,可以说是毫无疑问的。在道德规范之中,也有调整人的外部行动的规范,如禁止在路上丢碎纸,另一方面也有规律内心的规范,如不能仇恨他人。成为宗教规范的,最重要的是信神或信佛,是向着人的内心的规范。与此相反,法的规范只是调整人的外部行动的规范,内心的态度本身则不是法的规范所关心的。这是法的规范用刑罚、行政罚、损害赔偿等强制力强使合乎规范的态度性质的由来。

刑法上的行为仅限于外部的态度,意思或思想等内部的态度不是行为,已如前述,从而不论判断某种行动是不是行为,或者决定行为的种类、性质的场合,进行违法、有责的判断阶段决定其价值的场合,行为人的意思的存在及其内容,不待说是一个问题。甲突然殴打乙使之受伤的场合,判断甲的行动是不是行为,必须确定甲的行动是不是基于意思决定,例如是不是精神病发作中的行动。又如甲用枪射击的场合,它是相当于杀人罪(在这个阶段上是未遂)呢,还是只不过单纯的狩猎行为,不确定甲把什么作为目标,这是不能决定的。这样,刑法不是把行为人的意思的存在及其内容完全置之度外,勿宁说是把它作为重要的犯罪的要素的。刑法规范,即使只是调整外部的行动,是禁止现实地由意思支配可能的外部的行动的,但为了确定违反规范,当然必须考虑行为人的内心的态度。这与行为限于外部的态度并无矛盾。仅仅滞留于意思或思想本身,没有作为外部的态度表现于外界,这决不触犯刑法规范。在有外部的态度的场合,刑法为了确定其态度的意义、价值,才深入研究人的内心。

人的怎样的行动已经超越内心的态度的领域可以说成为外部的态度,作为判断的基础,第一是物理的观点。物理地观察人的态度的场合,在那里存在的只是运动及静止。首先因为运动必须使外界发生某些变动,所以它在上述那样的意思支配可能性下实施的场合,那是行为没有疑问。成为问题的是静止,关于静止在怎样的场合成为行为的理论的基础,直到今日仍有种种的争论。为什么呢?因为静止本身不会使外界发生物理的变动,难于与单纯的思想、意思之间加以区别,并且难以说是外部的态度,于是就把它从行为中除外,想作为违法处罚的人的态度,最终成为不能处罚。

静止,从物理的观点看,虽与单纯的思想、意思难以区别,但社会生活中的静止,并不一定常常意味着“什么也没有”。从社会的观点考察静止的场合,静止往往意味着“没有实施什么”。总之,往往被认为在与任何身体运动的关系中没有实施该身体运动的态度。电车的乘客即使发呆似的沉迷于遐想,它只是停留于单纯的静止,但司机沉迷于遐想而没有看见红色信号,以致没有刹车的场合,它一方面是静止,同时具有“没有看见信号”、“没有刹车”的社会意义。并且,这样的态度,与身体运动具有“实施××”的社

会的意义是同样的;静止,在成为标准的身体运动由意思支配的可能性范围之内的场合,由于具有不实施那样的身体运动这种社会的意义,与身体的运动同样被认为是外部的态度,自然属于行为。这样,“不实施一定的身体运动”这种态度,刑法学上叫做“不作为”^[12](第 97 页)。

西原教授的以上分析,具有相当的深度和价值,只是对不作为的外部性,用具有×× 的社会意义来说明,还值得研究。如耶塞克等所说:“所谓不作为不是‘什么也不做’,而是‘不做一定的什么’”^[11](第 478 页)。野村稔也认为“不作为不是不做自然的、物理的运动,而是不实施特定的身体运动”^[12](第 140 页)。这就是说,不作为是针对特定的事项,不实施特定的身体运动,也就表现为外部的态度了。

按照上述见解,行为是人的意思的外部表现,行为所引起的结果不包括在行为概念之内。但日本另有一些刑法学者,在解释行为时,认为行为有不同的用法或意义,有时行为可能包含结果。例如泷川幸辰在《犯罪论序说》中写道:“在刑法上,‘行为’这个词有两种意义上的用法。第一种用法是把基于个人意志的身体动和静(作为与不作为)以及包括由此而产生的结果在内而称为‘行为’的场合。……第二种用法,是把作为或不作为与结果对立起来而称之为‘行为’的场合。即把基于个人意志的身体的动或静(意志的表现)叫做‘行为’;把身体动静的外部效果跟行为对立起来而把它叫做‘结果’”^[13](第 161 页)。木村龟二认为,“在刑法上行为的场合,最广义上意味着直至决意时的内部的动作与实现被决意的意思的外部动作与被实现的结果的全体,狭义上意味着上述外部的动作与结果,最狭义上意味着外部的动作。从而,关于用语的各个场合应当正确地认识其意义,例如,必须注意行为与结果的因果关系的场合的行为,意味着最狭义的行为”^[14](第 168 页)。

我们认为,泷川、木村的意见是正确的。应当明确刑法上的行为有不同的意义,需要根据各种具体的情况和条件,判断“行为”属于哪种意义上的行为。

(二)行为的机能

行为的机能,或称行为的功能,指行为可能发挥的积极作用。行为有哪些机能或功能,学者的意见不尽一致。现分别介绍德、意、日三国学者的三种见解如下:

1. 麦兹格(Mezger)的两机能说。依照麦兹格的见解,行为具有下列两种机能:

(1)分类上的机能。刑法上规定的犯罪类型,皆以“行为”为其构成要件,由于“行为”的不同,其构成要件也不同,从而犯罪类型也不相同,所以行为具有将刑法上的犯罪类型予以分类的功用。又因其本来可以成为犯罪的行为与不能成为犯罪的行为予以区分,并预先将不能成为犯罪的行为予以排除,由此可以表明犯罪必须是行为,无行为即无犯罪;同时也可以表明行为是刑法上所有犯罪类型或所有犯罪现象的最高的统一体,盖刑法上所有犯罪现象,其具有共同的特征的,只有行为而已,所以也可以说“行为”是犯罪的上位概念。如从行为概念的此种机能言,则行为概念必须包括过失犯和不作为犯。

(2)犯罪(或可罚的行为)的定义的机能。通说认为犯罪的定义是“符合构成要件的违法而且有责的人的行为”,所以“行为”是以所有的犯罪要素为形容词而被附加的名词,以作为犯罪的定义。换言之,即结合构成要件、违法、有责等要素,或结合构成要件符合性、违法性、有责性的判断,以表明犯罪的定义^[14](第 54 页)。

2. 杜·帕多瓦尼的三功能说。杜·帕多瓦尼认为,行为概念应该具有以下三个基本功能:

“(1)分类功能,即作为概念可以同时合理地解释现存制度中行为的两种表现形式:作为与不作为。

(2)限制功能或否定功能,即作为具有刑法意义的人类举止的首要特征,能发挥排斥、不具有刑法意义的人类举止的作用。

(3)理论与实践功能,即可以作为理论与实践判断行为统一性的标准”^[9](第 106 页)。

3. 山中敬一的三机能说。山中教授在“行为概念的机能”的标题下,论述了行为论的机能:

“(1)作为基本的要素的机能。这意味着行为是所有犯罪(可罚的行为)的共同基础,是上位概念。限定这个共同项的,是符合构成要件的、违法的、以及有责的所谓修饰语,被附加于它之上,成为犯罪。在这个意义上,所谓行为是犯罪的成立要件的基本的要素。

(2)作为结合要素的机能。行为是对犯罪论体系上各个阶段中的犯罪种类的评价最后归结的实体,贯穿犯罪论体系的各阶段,常常成为出现的犯罪论体系的脊骨。由于它可以说具有互相结合各个犯罪种类的机能,因而称为作为结合要素的机能。

(3)作为界限要素的机能。没有行为,所谓犯罪即不能成立。在行为论中,被认为有预先不是行为者就不成为犯罪的除外的机能。思想、性格、疾病状态等不能说是行为,即不成为犯罪,行为论是具有在检讨犯罪论体系之前预先排除这样的情况的功能的。这种机能是思维经济上的要求。这叫做作为界限要素的机能”^[4](第 129 页)。

我们认为,上述三位学者关于行为的机能或功能的见解,不是互相排斥的,而是互相补充的。综合考虑他们的论述,可以更全面地了解行为的机能。

三、作为与不作为

(一)作为与不作为的概念

行为具有两种基本形式,即作为与不作为。什么是作为与不作为,学者的意见也不一致:

日本学者西原春夫教授认为:“所谓作为指实施一定的身体运动,所谓不作为指不实施一定的身体运动。从以上的定义可以明确:作为、不作为与运动、静止本身不同,与一定的身体运动的关系常常是前提。因而,它不以一定的身体运动作标准,就不能明确。在这里,例如以上述这种身体运动为标准,合乎这个标准的积极态度,就是说乘电车、汽车或者步入教室这样的态度是作为,不合乎这个标准的消极态度,就是说回宿舍睡觉、打麻将牌这样的态度是不作为。然而反过来,如果以打麻将牌这种身体运动为标准,不作这种运动而去上课是不作为,实施这种运动是作为。从以上例子可以明确:作为虽然经常是身体运动,但不作为不论身体运动的场合或身体静止的场合都有。某种身体运动是不作为,还是不作为期间实施的单纯的身体运动,关键是以怎样的身体运动为标准而不相同”^[2](第 101-102 页)。

意大利学者杜·帕多瓦尼写道:“现在我们来看看行为的两种形式。如果从客观现象的角度分析,作为可定义为一种可以从外部感受到的身体活动。不过,这是一个非常抽象的定义,其具体内容得根据刑法对不同犯罪的具体规定来决定。……不作为是行为的第二种形式,其特点是没有实证的内容。刑法典第 361 条第 1 款处罚公务员对自己知道的犯罪不及时报告的行为,显然不是因为行为人做了什么,而只是因为他没有做他应该做的事情”^[9](第 110 页)。

苏联学者 H. A. 别利亚耶夫等在其著作中指出:“犯罪的作为是人的外部行为的举动,即对周围环境的某些现象和事件进行有意识的、积极的干预。……犯罪的不作为是指人的消极行为,即某人违反刑事责任规定没有履行他所承担的、按照一定方式行动的义务,或者,主体对那些应该而且也可以阻止的犯罪没有予以阻止,从而产生了危害社会的结果”^[15](第 125-126 页)。

上述关于作为和不作为概念的解说,各有所长,各有所不足。西原的论述,阐明了作为和不作为系以一定的身体运动为标准,不符合这个标准的,是不作为;但并不排斥它可能有身体运动,说明作为和不作为与身体的运动和静止本身不能等同,这是正确的,但它没有揭示刑法中的作为和不作为的特点。帕多瓦尼的解释,以刑法的规定为例,指出了不作为的内容在于没有做应该做的事,这是值得肯定的,但对作为和不作为均未作出恰当的定义,令人难以掌握。别利亚耶夫等的说明,明确指出不作为是违反刑事责任的规定没有履行所承担的义务,揭示了刑法上不作为的特点,这是优于以上其他解释之处;但是它对于作为的界定,没有揭示其在刑法上的性质,对不作为的解说归结到“不能产生危害社会的结果”,似乎在构成要件要素不要求结果的行为犯中不可能存在不作为,这些都表现出其不足,值得进一步研究。

(二)不作为犯

1. 不作为犯的立法、概念和种类。联邦德国刑法典第 13 条对不作为犯作了规定,即“(1)依法有义务防止犯罪结果的发生而不防止其发生,且其不作为与因作为而实现犯罪构成要件相当的,依本法处罚。

(2)不作为犯罪得依第 49 条第 1 项减轻之。”韩国刑法第 18 条也规定了不作为犯。即“负有防止危险发生的义务或者因自己的行为引起危险,而未防止危险之结果发生的,依危险所致的结果处罚”。这些立法规定了不作为犯的概念、要件和处罚,十分有利于对不作为犯的研究。

什么是不作为犯,德国学者耶塞克等认为,“不作为犯是违反一切命令规范的行为”^[11](第 471 页)。日本有些学者认为,“从刑法各本条的规定看,以作为为内容的犯罪,叫‘作为犯’,以不作为为内容的犯罪,叫‘不作为犯’。盗窃罪(刑法第 235 条)等是前者的例子,多众不散罪(第 107 条)、不退出罪(第 130 条后段)或保护者遗弃罪(第 218 条)等是后者的例子”^[16](第 109 页)。或者说,“所谓不作为犯,指由不作为实现犯罪的场合,其实行行为各构成要件是预定的不作为。与作为犯是违反‘不得实施……’的禁止规范的犯罪相反,不作为是违反‘必须实施……’的命令规范的犯罪。所以,不作为犯的实行行为必须违反一定的作为义务”^[17](第 156 页)。还有学者认为,“所谓不作为犯,指以不实施被期待的某种事实为内容的犯罪”^[4](第 211 页)。这些定义的不同,反映着对不作为犯研究的深化。由上述定义可以看出,为了构成不作为犯,必须:(1)存在期待实施的行为,即存在有某种命令规范;(2)有能力实施期待的行为,即有能力履行命令规范;(3)没有实施期待的行为,即没有履行命令规范。具备上述三点,符合刑法分则某一条文规定的,即构成不作为犯。

不作为犯的种类,学者通常分为两种,只是名称稍有不同。德国学者耶塞克(H. H. Jescheck)等写道:“不作为犯分为两种:真正不作为犯(不作为犯)和不真正不作为犯(出于不作为的作为犯)……按照传统的见解,真正不作为犯,被认为限于不履行法规上所要求的行为的犯罪行为是妥当的。的确,如果能实施所要求的行为,毕竟根据法秩序被否定评价的结果也能防止。然而,立法者没有给不作为者赋予避免结果的义务,从而,也不是以特定结果的发生为构成要件要素。所以真正不作为犯是纯粹举动犯的对置物。反之,不真正不作为犯,对保证人来说,要求避免结果义务。结果的发生属于构成要件,违反避免结果义务的保证人,对构成要件的结果负有刑法的答责性。所以不真正不作为犯是结果犯的对置物”^[11](第 473 页)。前苏联学者 H. A. 别利亚耶夫等认为,“犯罪的不作为按其性质来说,可以分为两种:所谓‘纯粹’的不作为和所谓‘混合的’不作为。‘纯粹’的不作为……:不论已经产生还是可能产生后果,不作为的事实本身和既遂罪一样要受到惩罚……。‘混合’的不作为……,即由于不作为而产生一定的、法律所规定的危害社会结果”^[15](第 126-127 页)。意大利学者则分为纯正的不作为犯与不纯正的不作为犯。杜·帕多瓦尼说:“用不作为方式实施的犯罪可以分为纯正的不作为犯和不纯正的不作为犯两大类型。‘纯正的不作为犯’是以不作为方式实施的纯粹的行为犯。如刑法典第 361 条和第 593 条第 1 款(意大利刑法典第 361 条规定的是公务员对犯罪知情不报的行为,第 593 条第 1 款规定的是对需紧急援助的人,不予帮助的行为。——译注)规定的情况。‘不纯正的不作为犯’则是指不作为方式构成的结果犯(亦称以不作为方式构成的作为犯)”^[9](第 114 页)。日本学者大多将不作为犯分为真正不作为犯和不真正不作为犯,也有学者将真正不作为犯称纯正不作为犯,不真正不作为犯称不纯正不作为犯。如正田满三郎说:“不作为犯有真正不作为犯(纯正不作为犯)与不真正不作为犯(不纯正不作为犯)之分。前者是构成要件的行为是以不作为的形式规定的犯罪(刑法第 107 条、第 130 条后段、第 218 条第 1 款后段等——按上述条款规定的分别是聚众不解散罪、不退出罪、保护责任者遗弃罪)由不作为实施的场合。上述法条之罪,构成要件本身都是以不作为的形式规定的犯罪,不履行明文上成为其内容的义务,即违反成为该构成要件内容的命令规范的行为是犯罪。从而,这种不作为犯,行为是否相当于实行行为,解释上不发生特别的困难问题。与此相反,后者即不真正不作为犯是构成要件以作为的形式规定的犯罪由不作为实现的场合。可是,以作为为构成要件内容的犯罪,由于违反禁止规范的行为被认为犯罪,违反命令规范的不作为与作为犯同样实现不法结果在法上是可能的吗?换言之,能否有基于不作为的作为犯是一个问题。对真正不作为犯与不真正不作为犯的差别这样解释的通说,并不是没有异议。在德国一般认为处罚单纯不作为本身的,是真正不作为犯;处罚由于不作为发生结果的,是不真正不作为犯。然而,因为在这里把单纯举动犯与结果犯的区别移入不作为犯的领域,没有特别的意义。所以通说的见解是妥当的”^[18](第 63 页)。

以上德、苏、意、日学者关于不作为犯的种类的论述,分类无大差异,但名称和表述有所不同。就名称而言,从名称与内容的关系考虑,我们认为,苏联学者的命名更好一些。就内容的表述而言,分歧主要表现在德、日学者所说的不真正不作为犯上。其实,即使在日本学者之间,对什么是不真正不作为犯,见解也不一致,下面专题予以说明。

2.不真正不作为犯的定义的评析。不真正不作为犯的定义不一而足,据日高义博概括,主要有以下三种:“第一种观点:只要不实施法律上期待的一定行为,不论该不作为是否导致一定的结果都构成犯罪的真正不作为犯,而把不实施期待的一定行为并因此而导致一定的结果方构成犯罪的叫不真正不作为犯。这种观点是西德的通说。在日本,牧野英一博士持这种观点。第二种观点:以不作为方式构成通常以作为方式实施的犯罪是不真正不作为犯。第三种观点:依据法规的规定形式来区分真正不作为犯和不真正不作为犯。这种观点是把以不作为的方式实现了法规中以作为的形式规定的犯罪构成要件的犯罪叫不真正不作为犯。这种观点是目前日本的通说”^[19](第82-83页)。对上述三种观点,日高义博作了评析:指出“第一种观点把仅限于违反义务的不作为叫真正不作为犯,要成立不真正不作为犯还必须除此以外有结果发生。因此在这种观点看来,只有结果犯才能成立不真正不作为犯,行为犯不能成立不真正不作为犯。但通常认为,作为行为犯的侵入住宅罪也可以成立不真正不作为犯。所以,这种观点是不正确的。……第二种观点和第三种观点的区别在于作为犯的内容上,不真正不作为犯也称‘不作为的作为犯’,但这里对‘作为犯’的理解是有差别的。第二种观点是以通常情况的犯罪行为形态为标准来把握作为犯的,而第三种观点是以法规的规定形式为标准来把握作为犯的”^[19](第83页)。日高义博进而指出,第二种观点所谓通常以作为方式实施这种说法本身“多是基于常识、凭直观来判断”^[19](第84页),不好掌握。第三种观点区分方法明确,是妥当的。

第三种观点所谓以不作为的方式实现了法规中以作为的形式规定的构成要件,从罪刑法定主义的要求来看是不可能的。因为法规规定以作为形式为构成要件要素的犯罪,就只能以作为的形式来实现。因而此说在日本尽管是通说,还是感到不够妥当。第二说被批评为基于常识判断,但基于常识毕竟是基于一种客观的根据;况且有些犯罪可能或通常由作为构成,但也可能由不作为构成,如杀人罪、过失致死,由不作为构成这种犯罪时,作为不真正不作为犯,与罪刑法定主义就不矛盾。所以应当认为此说比较可取。第一种观点被批判为不正确,理由是作为行为犯的侵入住宅罪可以成立不真正不作为犯,那么,如何利用不作为侵入住宅,实际生活中是否有此情况,殊难想象。此说为德国的通说,也为苏联、意大利所采用,当非偶然。如不能证明行为犯也可以由不作为构成不真正不作为,就不应否定它的合理性。

3.不真正不作为犯的处罚与罪刑法定主义。按照前述第三说,不真正不作为犯是预定由作为构成的作为犯而由不作为实现的犯罪。那么,对不真正不作为犯适用刑法处罚,是否违反罪刑法定主义,不免产生疑问。

在作为犯中实施被禁止的行为,认为是实现构成要件,但在不真正不作为犯の場合,由于不实施被命令的一定的行为,使发生作为犯的结果,因为成为构成要件符合性的重要的要素,虽然两者本质上没有不同,但也可能认为将它们同样看待是不妥当的。根据认为作为和不作为在存在论上不同,规范构造上也有决定的差异的阿·考弗曼(A. Kaufmann)来看,规范是“禁止规范”或者是“命令规范”是根据规范的对象区别的。即“规范要求不实施一定的行为,是禁止规范,规范要求实施一定的行为,是命令规范。可是,在不真正不作为犯中,要求实施一定的行为,而不实施该行为的不作为构成犯罪。所以,不真正不作为犯是违反命令规范,不是违反禁止规范。”(金泽文雄)这样,根据作为构成要件(禁止规范)处罚不真正不作为犯,“在价值论上”是能够将不作为与作为同样看待或者等置的。假定重视作为与不作为的存在论的构造及规范构造的不同,而完全排除价值论的考虑,就会不能使作为犯(禁止规范)的构成要件包括不作为犯。如果使作为犯的构成要件包括不作为犯,可是刑法上又不许类推解释,因为违反罪刑法定主义,彻底贯彻这一见地,为了处罚不真正不作为犯,特别立法就成为必要。然而,这个结论实际上是不合适的,应当承认价值论的衡量。

从这样的立场出发,日本刑法第 199 条的杀人罪,即以不得实施杀人的作为这样的禁止为内容。那么,尽管由于母亲不给婴儿授乳的“不作为”杀死婴儿,但不是直接违反禁止规范。因为该妇女负有应当授乳的义务(作为义务),由于不实施该命令的授乳行为,首先违反“命令”规范,作为其结果,惹起婴儿死亡,是间接地违反“禁止”规范,于是不真正不作为犯,结果也作为违反规定作为犯的“禁止规范”被处罚,既然不能处罚与禁止规范无关系的行为,那么即使以第 199 条处罚前面谈到的母亲,也就不违反罪刑法定主义。

通说在规范论的立场上,将作为犯作为违反“禁止规范”来把握,真正不作为犯作为违反“命令规范”来把握。不真正不作为犯由于违反作为义务,就作为违反“禁止规范”来把握。总之,通说将不真正不作为犯作为“基于不作为的作为犯”来理解,在这个意义上,作为“不真正的”不作为犯是其特征命名的。从而,不真正不作为犯的构成要件符合性,在根据违反“命令规范”的不作为与特定的作为犯值得同样处罚的“价值”判断来决定一点上,通说与考弗曼说没有不同。因此,在这个见地上,作为构成要件符合性的问题,如何决定不作为与作为的同价值性(等置性)这件事,具有极为重要的意义。

不真正不作为犯的场合,不是处罚所有的不作为,如果只是处罚从价值上看能够与作为同样程度看待的不作为,那就不违反罪刑法定主义的旨趣。例如,母亲卡住婴儿的脖子使窒息而死,以不授乳的方法使婴儿饿死,在规范上,作为杀人的行为,能认为是同价值的,社会生活上一般人也能够将该母亲的不作为评价为与作为具有同样程度的犯罪性的行为。这样,根据与作为的同价值性(等置性、同视性)的要求,违反罪刑法定主义的疑问,实质上也能消除^[3](第 216-218 页)。

我们认为,如果采取前述第一和第二两种观点,都不发生处罚不真正不作为犯与罪刑法定主义的抵触问题。德、意和苏联对不纯正不作为犯或“混合”的不作为犯的论述,都未涉及与罪刑法定主义的关系,原因即在于此。日本通说因与罪刑法定主义有矛盾,所以学者提出见解,企图给予圆满的解释。虽然从价值论上作出不违反罪刑法定主义的结论,但从作为与不作为的存在论的构造及规范论的构造上,与罪刑法定主义的矛盾还是难以解决。

4. 不真正不作为犯的实行行为性。作为犯的构成要件虽然能由不作为实现,然而这种情况,有某种不作为,它与构成要件的结果之间被认为有因果关系,不意味着能够直接承认不作为犯的实行行为性。例如,一条小河靠岸处一个幼儿跌落水中,干完农活的农民甲路过,如果救助,可能容易救助成功,但他袖手旁观而没有救助,致幼儿死亡。这种场合,该过路人构成杀人罪吗?的确,这个场合虽然可以说道德上过路人有助人的义务,但如果这样的场合认为成立杀人罪,那么,与结果有因果关系的不作为,就会所有的都构成不作为犯,不真正不作为犯就会无限扩大。不作为与死亡结果之间即使承认有因果关系,根据该种情况,没有实施救助的不作为,是不能说直接符合杀人罪的构成要件的。因此要适当限定不真正不作为犯的成立,那么,为了在刑法上选择出重要的不作为,应当怎样考虑呢?因为不真正不作为犯,原来以作为犯的实行行为为前提,与结果有因果关系的不作为,不是都成为不作为犯的实行行为的,只有与该作为犯的实行行为能够同样程度看待的不作为,才应当承认实行行为性。而且,因为所谓实行行为,指该构成要件预定的有法益侵害的现实的危险性的行为,所以,仅只能够与作为犯的实行行为同样程度看待的有法益侵害的类型的危险性的不作为,才能够承认是实行行为。从而为了肯定不真正不作为犯与该作为犯同样的实行行为性,该不作为要具备与作为犯的实行行为能够同样程度看待的实质,换言之,法益侵害的危险正在逼近。并且如果实施被期待的作为,结果避免是可能的,该不作为具有的法益侵害的危险性,要与作为犯的构成要件预定的法益侵害的危险性是同样程度。这叫做同(等)价值性的原则。所以,在判断不真正不作为犯的构成要件符合性之际,检讨其构成要件各个要素是否具备,并且检讨同价值性是绝对必要的^[17](第 158-160 页)。

由于不作为是不实施特定的身体运动,所以不真正不作为犯在什么情况下才能认为实行行为开始,确实是一个值得探讨的问题。大谷教授的以上论述,明确提出“同(等)价值性原则”,用以认定不真正不作为犯的实行行为,说明不是任何不作为都可成为它的实行行为,而对不作为的实行行为加以限制。我

们认为这是值得称道的。

5. 保证人说与保证人的义务的基础。保证人说或译为保障人说。“这种观点认为不真正不作为犯的问题存在于构成要件符合性阶段。提出这种观点的是那格拉(Nagler),他提倡的学说被称为保证人说(Garantenlehre)。保证人说这一名称的由来是这样的,把必须防止发生构成要件结果的法定作为义务叫保证义务,负有保证义务的人叫保证人,只有保证人的不作为才认为是不真正不作为犯的对象”^[19](第 84 页)。

所谓保证人说,指为了不发生构成要件的结果,以有法律上的义务者为保证人,仅仅就该保证人的不作为承认不作为犯的构成要件符合性的见解。此说认为保证人的义务是默示的构成要件要素,保证人在其违反作为义务即保证人的义务而止于不作为的场合,才认为应当承认不作为犯的构成要件符合性。可是,这里所说的保证人的义务,作为记述的要素不是能够在形式上确定的,而必须在具体的情况下在规范上确定,将从来的违法性阶段,作为实质的、个别的违反作为义务的问题加以考虑的,纳入构成要件中来据以类型化,给不真正不作为犯的成立范围指出明确的方向。

关于保证人的义务的根据,学者之间有不同的见解:其一是重视先行行为,认为为了成立不作为犯,成为问题的不作为以前,自己设定的指向侵害法益的因果过程的行为是必要的,日高义博持此说。其二是认为基于事实上的承担,以法益的保护或者侵害,依存于该不作为者的事实关系为根据。堀内捷三持此说。从对结果的发生的因果的支配的实质的观点求其根据的见解是有力的。可是,在检讨这个保证人的义务问题之际不能忘记的是,在不作为也成为侵害法益的原因这一点上虽然与作为是同样的,但作为在其方法、手段是消极的这一点上,与积极地侵害法益的作为在社会的评价上是不同的。换言之,不作为成为法益侵害的原因没有受像作为那样程度的非难,在社会生活上被宽恕的场合也多。还应指出,为了不真正不作为犯的成立,仅仅成为法益侵害的原因是不够的,在社会通念上,为了防止结果特别以期待作为这样的关系必要。那么,任何人都能特别期待作为吗?这里成为问题的是,任何人的不作为都应承认与该构成要件预定的作为犯同样的实行行为性吗?换言之,社会通念上在怎样的立场某人的某种不作为有与作为同样的法益侵害的现实危险性呢?一定的不作为被认为有与作为同样的危险性的,无非是因为与被害人或者被害法益有特别的关系,该法益的保护具体地依靠其人。这样,以社会通念上的依靠关系为根据产生的,应当保证防止构成要件的结果发生的义务或者地位,叫做保证人的义务或者保证人的地位。处于保证人的地位者,如果不防止构成要件的结果的发生,因为从一般人看能产生与作为相同程度的结果发生的现实的危险,以此为根据,法就对处于保证人的地位者课以法律上的作为义务(保证人的义务)^[17](第 160-162 页)。

保证人说是德国学者那格拉所提倡的,日本学者普遍赞同,并多方面进行了探讨。所谓保证人,是指对防止发生构成要件的结果在法律上负有义务的人,所谓保证人的义务,就是保证防止构成要件的结果发生的义务。保证人与被害人或被害法益要有特别的关系;此外,为了符合不真正不作为犯的构成要件,还必须保证人的不作为,能产生与作为相同程度结果发生的现实危险性(即“能同样看待”或“是同价值的”)我们认为,这些见解有助于将不真正不作为犯的研究引向深入。

6. 不真正不作为犯的成立要件。为了构成不真正不作为犯需要具有哪些要件,学者的论述也有不同。德国学者耶塞克等在“不作为犯的构成要件”标题下列举了八项:(1)符合构成要件的状态存在,(2)被期待的行为不存在与个别的行为能力,(3)不真正不作为犯中的结果与因果关系,(4)不真正不作为犯中的保证人的地位(第一同置标准),(5)行为要素的同等性(第二同置标准),(6)不作为犯中的故意,(7)不作为犯中的过失,(8)不作为犯中的期待可能性^[11](第 20-21 页)。日本学者川端博认为不真正不作为犯的成立要件有五:(1)不作为的存在,(2)作为的可能性、与作为的同价值性,(3)不作为与结果的因果关系,(4)保证人的地位与作为义务的存在,(5)故意、过失的存在^[3](第 218-219 页)。大谷实认为有二:(1)有法律上的作为义务,(2)违反作为义务(实行行为)。耶塞克等和川端博的论述比较全面,但并非紧扣不真正不作为犯的特点,大谷实的论述则紧扣不真正不作为犯的特点,且分析深入。因而我们主要根据大谷

实的论述加以说明。

(1)有法律上的作为义务。为了成立不真正不作为犯,要有法律上的作为义务(保证人的义务)。作为义务在具备以下条件时产生:

甲、产生结果发生的现实的危险。不真正不作为犯被看似与作为同价值,是因为违反作为义务的不作为有与作为同样程度的惹起结果的可能性。于是,为了作为其前提条件的防止结果,如不实施一定的作为,有现实地产生结果这样迫切的危险是必要的。例如,小孩子落水了,事务所着火了场合,起初不真正不作为犯的实行行为,可能成问题。以使饿死的意图将幼儿关闭于公共宿舍的一间房子里,其父母即使外出了,这时还没有直接成为杀人的实行行为。在该幼儿衰弱产生死亡危险时,不给予食物的不作为的实行行为才可能谈到。

乙、防止结果是可能的。不作为犯成为问题的,是关于结果的惹起,一定的作为是否成为与作为的场合同样程度的原因力,从另一方面看它,行为人处于能够支配事实上因果的经过是必要的。所以,为了能承认不真正不作为犯的实行行为,由于被期待的作为,结果的防止大体是确定可能的这个要件成为必要。例如,对交通事故的被害人,即使寻求救护措施,不知道如何救助的场合,假定一如不救护那样被害人死亡了,死亡的原因,应当认为在于交通事故,该不救护本身不能成为不作为犯的实行行为。

丙、能承认社会通念上的依靠关系。为了承认社会通念上与被害人或者被害法益的依靠关系,成为作为义务的根据的,有如下的场合:

(A)有一定的法的义务,为了有某种法的义务作为承认社会通念上的依靠关系,有法令、契约、事务管理、条理等场合。

(a)法令。基于法令的作为义务的根据有民法上的对亲权者之子的监护义务、亲属的扶养义务等私法上的义务,根据警察官职务执行法的警察官的保护义务、根据精神保健法的保护义务等公法上的义务。

(b)契约、事务管理。基于契约的作为义务的根据有例如基于雇佣契约雇主所负的保护义务等。事务管理指“没有义务为他人开始管理事务”的场合,例如,将病人从其家中带来照看并与同居时,即使这样照看没有应当照看的法律上的义务的场合,只要认为有必要保护病人,就有应当继续保护的义务。

(c)条理。基于条理的作为义务,是从事物的道理推导出来的义务,即以诚实信用原则或公序良俗为基础而发生的义务,有以下各种:

第一,先行行为的场合。韩国刑法第 18 条规定,“……因自己的行为引起危险,而未防止危险之结果发生的,依危险所致的结果处罚。”日本刑法准备草案第 11 条第 2 款规定:“由于自己的行为致发生实际的迫切危险者,有防止其发生的义务。”所谓先行行为,指先于成为问题的法益侵害行为的行为。先行行为能否成为作为义务的根据,刑法学者意见并不一致。德国学者耶塞克等持肯定态度,但认为先行行为的观念应受限制。他说:“先行行为的思想,必须在以下三点上受制约:第一、先行行为必须惹起侵害发生的迫切的(相当的)危险,第二、先行行为(例如,即使不是在有责状态下实施)必须客观上违反了义务,最后,违反义务必须是侵害了服务于保护该法益的规范”^[11](第 20-21 页)。意大利学者杜·帕多瓦尼原则上持否定态度,他主张:“从原则上说,行为人本身的先行行为不能成为阻止危险义务的渊源,因为我们的法律制度不承认这种渊源。不过,从实际情况来看,刑法分则中一般都规定了应该避免各种危险行为的义务……;这时,就应该根据行为行使的职能,来确其是否有阻止结果的义务”^[19](第 115 页)。日本学者大谷实持肯定意见。他认为,以先行行为为作为义务的根据的旨趣,在于由自己的行为使产生结果发生的危险者能够立于防止结果发生的地位,并且在于道理上社会期待这种防止,可以承认能够支配构成要件的结果发生的危险的地位。虽然也有不允许以先行行为为作为义务的根据的见解(如西田典之),但因为先行行为的场合应当承认社会生活上的依靠关系,所以,以承认作为义务的根据为宜。例如,由于过失将行人撞倒的汽车司机,负有救护被撞倒者的义务,由于自己的过失发生火灾者,有扑灭火灾的义务。我们认为,大谷实的意见是正确的,耶塞克等的观点应当重视。因为德、日刑法中的无先行行为的规定,所以

只能由理论加以论证;但这样毕竟没有法律根据。比较起来,韩国刑法第 18 条和日本刑法准备草案第 11 条第 2 款的规定,可称上策,值得效法。

第二,所有者、管理者的场合。例如,自己管理的建筑物、自己饲养的动物等,有侵害他人的法益危险时,因为社会生活上可能支配其结果发生的是所有者、管理者,所以这些人有应当防止其结果发生的特别的关系,成为作为义务的根据。

第三,财产上贸易的场合。贸易的对方因为不知道一定的事项陷于错误有遭受财产上损害之虞时,按照诚实信用的原则应将该事项告知对方,成为作为义务的根据。

第四,习惯。指以一般的习惯为基础发生的特别的关系,例如,雇主在同居的佣人患病时一般习惯上成为应当保护的作为义务的根据。互相信赖保护、援助而构成共同体的成员,例如,探险队的队员对其他成员立于特别的关系。

(B)为了防止结果发生的作为是可能的。为了有刑法上的作为义务,仅仅存在客观的社会通念上的依靠关系是不够的,还要为了防止结果发生的作为是可能的。如果没有这样的作为的可能性,因为社会不能期待行为者防止结果,即使承认社会的依靠关系,作为义务还是成问题的。作为的可能性,因为给作为构成要件要素的作为义务奠定基础,必须从一般人或者社会通念为基础来判断。具体的行为人中的可能性是责任问题。例如,亲生幼儿溺水的场合,因为浪大危险不能救助时,其父母没有作为义务,不能成为不作为犯。反之,其父母不会游泳,行为人的救助事实上不可能时,不能否定作为义务,但在责任方面应予考虑。

关于作为可能性的意义,有四种不同观点:(a)认为成为作为义务的根据的作为可能性是构成要件要素,木村龟二、大塚仁持此说;(b)认为作为可能性是违法性的要素,内藤谦、藤木英雄持此说;(c)认为作为可能性与作为义务是分别的构成要件的同价值性的问题,日高义博持此说;(d)特别不重视这一要件,前田雅英持此说。不真正不作为犯中的作为义务,因为在社会生活上与被害法益有特别的关系,能够承认处于可能支配构成要件的结果发生的危险的地位,防止结果发生,类型上是不可能的场合,应当认为不发生刑法上的作为义务,所以大谷实认为第一说是妥当的。

(2)违反作为义务(实行行为)。作为义务发生了,不实施成为其内容的作为时,就违反作为义务,存在不作为的实行行为。作为义务的发生时期,应当分两种情况考察:第一,结果发生的危险已迫切,如有行为人的作为就有结果防止的可能性的场合,这个场合,应当认为在该时间发生具体的作为义务。第二,没有行为人的作为,结果发生的可能性大的场合,例如,母亲企图以不给婴儿授乳的方法杀害婴儿,就属于这种情况,杀人所必要的作为义务,应当认为是婴儿生命产生危险之时。不作为犯的实行着手时期,是作为义务违反的结果,结果发生的危险至于迫切的阶段之时,才足以解释为与作为犯的场合相同^[17](第 162-168 页)。

我们认为,大谷教授对不真正不作为犯的成立要件论述比较深入,但毕竟不够全面,例如主观的要素在正文中就置而未论,只在附注中稍加说明,所以需要结合前面提到的耶塞克、川端博的论述来理解。

7. 不真正不作为犯的成立范围。德国学者那格拉主张,伪证罪、重婚罪、决斗罪等,要求一身的行动特点的构成要件是不可能由不作为实现的。然而从另一方面说,几乎大多数的构成要件允许不真正不作为犯的成立。联邦德国刑法典第 13 条规定了不真正不作为犯,符合这一规定的,不真正不作为犯即可成立。在日本除杀人、放火、遗弃、诈骗等学说、判例上一般承认不真正不作为犯的成立外,认为盗窃的不真正不作为犯也不是不可能的。例如,知道自己的孩子盗窃他人财物,却不加以阻止,可能成为由于不作为的盗窃的间接正犯。母亲的保证人的地位,形式上由来源于民法,实质上可以理解为以被监护者的“防止犯罪义务”等为内容。如果这样考虑,间接正犯只要可能,不真正不作为犯也就可能。除伪证、重婚等情况外,不真正不作为犯都是可能的。

对上述结论,日本学者内田文昭认为,不过显示纯理论的可能性。从刑事政策的见地,设置像联邦德国刑法典第 13 条那样的一般的总则规定是否妥当,实在应当按照另外的观点来考察。就是说,不真正不

作为犯的一般的可能性既然被肯定,那也就意味着设置一般的规定;反之,基于一般的规定的论理的可能性成为现实的可能性,超出杀人、放火等,广泛的不真正不作为的成立被容许,是否能说妥当,自然要求予以考虑。然而,这个问题应当给予否定的回答。其根据,归根到底应当求之于作为与不作为的构造上的差异。不作为的杀人、不作为的放火毕竟不是通常的杀人、放火。构成要件的解释上,是勉强强可能与这些同置的,实质上是“不救助”、“不灭火”。从而,作为立法论,在分则中个别地规定将不作为与作为同置的情况,应当认为是比较妥当的。不真正不作为犯的一般的可能性,有必要将问题移于刑法各论的领域^[20](第 138-139 页)。我们认为,从罪刑法定主义的要求看,这样的见解是可取的;但不应由此认为,对不真正不作为不能在总则中加以规定。

[参 考 文 献]

- [1] [日] 林村龟二. 刑法总论(增补版) [M]. 东京: 有斐阁, 1984.
- [2] [日] 西原春夫. 刑法总论(改订版·上卷) [M]. 东京: 成文堂, 1995.
- [3] [日] 川端博. 刑法总论讲义 [M]. 东京: 成文堂, 1997.
- [4] [日] 山中敬一. 刑法总论I [M]. 东京: 成文堂, 1999.
- [5] [日] 团藤重光. 刑法纲要总论(改订版) [M]. 东京: 创文社, 1979.
- [6] [日] 前田雅英. 刑法总论讲义(第 2 版) [M]. 东京: 东京大学出版会, 1996.
- [7] [日] 板仓宏. 新订刑法总论 [M]. 东京: 劲草书房, 1998.
- [8] [日] 团藤重光. 刑法纲要(总论)(改订版) [M]. 东京: 创文社, 1979.
- [9] [意] 杜·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理 [M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [10] [日] 吉川经夫. 三订刑法总论(补订版) [M]. 东京: 法律文化社, 1996.
- [11] [德] 耶塞克, 等. 德国刑法总论(第 5 版) [M]. 东京: 成文堂, 1999.
- [12] [日] 野村稔. 刑法总论(补订版) [M]. 东京: 成文堂, 1998.
- [13] [日] 泷川幸辰. 犯罪论序说 [J]. 刑法论丛(第 3 卷). 北京: 法律出版社, 1999.
- [14] 洪福增. 刑法理论之基础 [M]. 台北: 刑事法杂志社, 1977.
- [15] [苏] H. A. 别利亚耶夫, 等. 苏维埃刑法总论 [M]. 北京: 群众出版社, 1987.
- [16] [日] 夏目文雄, 上野达彦. 犯罪概论 [M]. 东京: 敬文堂, 1992.
- [17] [日] 大谷实. 刑法讲义总论(第 4 版) [M]. 东京: 成文堂, 1994.
- [18] [日] 正田满三郎. 刑法体系总论 [M]. 东京: 良书普及会, 1979.
- [19] [日] 旧高义博. 不作为犯的理论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1992.
- [20] [日] 内田文昭. 改订刑法I (总论)(补正版) [M]. 东京: 青林书院, 1999.

(责任编辑 车 英)

Act Theories in Criminal Law Comparative Research

MA ke-chang

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography MA ke-chang (1926-), male, Professor & Doctoral supervisor, Wuhan University Law School, majoring in criminal law.

Abstract There are these doctrines of causality-act, includes body-act and intention-act/objective-act, society-act, personality-act in criminal law. According to the doctrine of body-act, which is comparably adaptable, act is body's motion or attitude because of the actor's intention or the possibility to

allocate intention. The act in criminal law is constructed with the possibility to allocate intention and the objective attitude. There are different opinions on the act's functions among the scholars in German, Italy and Japan. But these opinions are not repealed but supplied between each other. The act includes two base patterns, commission and omission. The different construes among Japan, Italy and fore-Soviet have itself merit and defect. Germany scholars believe omission is certain a act which pertrates rules,. Japanese scholars have a bit difference about it. The situation reflects further researchment on omission. About omission, there is little difference among fore-Soviet, German, Italy and Japan. Omission is divided into pure-omission and non-pure-omission in German and Japan. the two country's scholars have deeply reseached on non-pure-omission.

Key words act; omission; non-pure-omission offence

武汉大学三联博士论坛(第一期)综述

关注热点问题,体现深层思考。武汉大学研究生会博士生分会在武汉大学团委会和校研究生院的指导下,与生活·读书·新知三联书店武汉分销店共同主办的武汉大学首期三联博士论坛于 2000 年 12 月 12 日开讲,其主题是“美国大选面面观”。主题发言人分别是武汉大学政治与行政学院教授、博士生导师谭君久,《武汉大学学报》新闻学及法学编辑车英和武汉大学法学院博士汪进元。主题发言人分别从政治学、传播学和法学的角度对本次美国总统选举乃至整个美国政治、法律体制进行了反思,与会的博士、硕士研究生也积极地参与了讨论。现将本次论坛所涉及的主要内容综述如下:

一、美国总统选举的制度、过程和分析

谭君久教授认为,美国总统选举制度由两部分构成:国家公职人员选举制度和政党制度。美国总统候选人须获政党提名,提名由各党全国代表大会完成,于是就形成了独具特色的预选制度。预选实际上是各州各党选择各自出席全国代表大会的代表的过程,它拉开了大选的序幕。及至大选年 7-8 月召开各党全国代表大会时,经认可提名的总统候选人挑选竞选伙伴,此后即开始候选人之间短兵相接的竞选阶段。在 11 月的选举日上,选民投票实际上是选举“选举人”,各州的选举人组成选举团,于 12 月集会再投一次票,才选出总统。谭教授指出,与欧洲各国政党相比,美国政党缺乏左翼联盟,这主要由于其社会运动不发达;选举政治的结果也使两党政策相近,从而避免某一政党走向极端。

二、从美国总统选举看传媒与政治的关系

车英编辑认为,美国人权、自由的核心是言论自由,在公共领域即体现为新闻出版自由。在本次大选中,佛罗里达州选票尚未完全统计结束时,新闻媒体即匆匆宣布布什获胜的信息,各国元首亦随即发出贺电,后来陷入须撤回贺电的尴尬局面,就是一出媒体导演的活报剧。尽管网络出现,但在现代社会中最具影响力的传媒还是电视。自 1952 年艾森豪威尔首开电视竞选直播节目之先河以来,以电视为主的传媒就对美国总统选举起着举足轻重的作用,如 1960 年肯尼迪与尼克松的竞选中肯尼迪的最终获胜即获益于电视辩论中的精心安排。美国新闻传媒有三大政治功能:“国王”制造者、掘客和舆论监督。总之,政治离不开传媒,传媒也离不开政治。

三、司法权在美国政治中的地位和作用

汪进元博士认为,司法权在美国政治中的地位和作用是不断发展和变化的。在美国 1787 年制定的联邦宪法中司法权相对微弱,直至 1803 年建立起“司法审查权”原则后,最高法院才具有了钳制国会与总统的有效武器,加重了最高法院的分量。同样,本次大选中联邦最高法院对佛州重新计票问题干涉的依据不仅来自于宪法第 3 条第 2 款,还来自 1789 年国会所制定的《司法法》。在谈到法院对总统选举的干预时,汪进元博士以 1876 年联邦最高法院参与海斯和提尔顿之间选票纠纷的解决为例,分析了其法律依据。

此外,主题发言人同与会者还就美国选举制度的改革、“少数票总统”的合法性危机、新闻自由的限度、中国新闻法的制定时机等问题展开了广泛而深入的讨论。

(万 洪,张 园)