

从宋福祥案看不作为义务的来源

陈 阳

中南财经政法大学,湖北 武汉 430073

摘 要: 不作为义务的来源问题在理论和实践上为我国法律研究中一个颇具争议的话题,不作为义务的来源有哪些? 实践中如何认定不作为义务的来源? 本文以发生在1994年著名的宋福祥案为切入点,结合国外不作为的义务来源理论,对我国不作为义务来源理论进行研究,对宋福祥案进行相关理论分析。

关键词: 宋福祥案; 不作为; 不作为义务来源

中图分类号: D914

文献标识码: A

文章编号: 2095-4379-(2018)21-0068-03

作者简介: 陈阳(1998-),女,湖南浏阳人,中南财经政法大学,本科生。

一、宋福祥案案例引入

(一) 宋福祥案案情介绍

宋福祥案发生于1994年6月30日晚,被告人宋福祥酒后回到家中,因琐事与其妻李霞发生争吵扭打。李霞说:“三天两头吵,活着还不如死了。”宋福祥说:“那你就死去。”宋福祥看到李霞在寻找准备自缢用的工具,便喊来邻居叶宛生对李霞进行开导。此时二人矛盾暂时平息。但邻居叶宛生走后,夫妻二人接着继续争吵扭打。第二次,李霞寻找上吊所用的绳索,宋福祥这次不管妻子李霞的行为,李霞当晚在其家门框上上吊身亡。经南阳市卧龙公安分局刑事技术鉴定:李霞系机械性窒息死亡(自缢)。^①

(二) 法院判决结果展示

一审河南省南阳市中级人民法院经审理认为:被告人宋福祥目睹其妻李霞寻找工具准备自缢的过程,应当预见李霞会发生自缢的后果,而放任自缢的发生,在家中只有夫妻二人这样的特定环境中,被告人宋福祥负有救助妻子李霞的义务,其对李霞自缢身亡不管不顾,已构成故意杀人罪(不作为),但情节较轻,作出如下判决:宋福祥犯故意杀人罪,判处有期徒刑4年。^②

二、不作为概述

刑法中的不作为是相对于“作为”的,关于何为“不作为”,各国学者对于“不作为”的含义各执一词:德国通说认为“不作为”是指“不为法律所期待的一定行为因而惹起一定结果发生的场合为不纯正不作为犯”^③。日本通说为“由不作为而实现以作为形式所规定的犯罪构成要件的场合是不纯正不作为犯”。我国对于不作为犯的学说受德日流派的影响也是众说纷纭,通说认为以“应为、能为而不为”三字概括最为恰当:“应为”,行为人负有实施某种作为的特定义务;“能为”,行为人具有履行特定义务的能力;“不为”,行为人没有履行作为的特定义务。认定“不作为”的构成三要素中,“应为”,也即不作为义务,成为不作为犯认定中的关键。

法院对宋福祥案件的判决为不作为的故意杀人罪,在认定不作为故意杀人罪中,关键在于对宋福祥不作为义务的来源论证。对于不作为义务来源,域外各国存有不同理论。

三、国外不作为义务理论

(一) 大陆法系

1. 德国

德国不作为义务来源的所谓“形式三分说”,即法

律、契约和先行行为。德国刑法学家费尔巴哈提出将“法律”和“契约”作为不作为义务的来源:“法律”即“对侵害权利的行为用法律的形式宣告一定的刑罚,并处罚违反刑法法规的行为”^④成为不作为义务来源之一;市民之间相互缔结的契约,作为社会契约的原始形态,也成为不作为义务的来源。继费尔巴哈之后,斯鸠贝尔总结出初步的“先行行为是不作为发生的根据”结论,真正使用“先行行为”作为不作为义务来源的是在1884年,莱比锡法院在判决一不作为犯时首次将先行行为认定为作为义务的发生根据,最终,在1912年11月11日莱比锡法院的一个判例中,莱比锡法院的判例规则将先行行为归入不作为义务的来源之中。藉此,法律、契约和先行行为成为德国法不作为义务的来源。

德国也从不作为义务来源的实质条件上进行相关探讨,关于不作为义务来源的实质条件,有以下几个学说:密切的社会关系说——从社会关系中找出义务来源,如社会中的家庭关系、血姻血缘关系、共同生活关系等等;功能说,又被称之为机能二元说,认为刑法的保证义务的根据在于保护特定法益的功能(保护义务)与监控危险来源的功能(监控义务)^⑤;依赖关系和信赖关系说,该说认为作为义务的来源因从被害人所处状态与行为人之间存在的关系紧密程度,以及被害人是否得到救助,对于行为人的依赖程度。^⑥

2. 日本

日本不作为义务主流学说为“三来源说”。第一,基于法令。如日本关于父母对于未成年子女的抚养和教育义务有明确的法律规定。第二,基于契约、事物管理等法律行为的场合,如医生基于对特殊职业的管理而对于患者生命健康进行养护的义务,铁道工基于自身职责按时扳铁道的义务。第三,根据条理,习惯而产生义务。如先行行为,即自己本身的行为导致他人处于危险状态,则附有消除危险、恢复他人正常状态的义务。^⑦

关于不作为实质义务来源的观点主要有“先行行为说”,“事实上的承担说”,“具体的事实支配关系说”。^⑧

(二) 英美法系

英美法系不似大陆法系对不作为的义务来源有较为系统的学说,而不作为义务的来源体现在普通法例和判例中有如下几种观点:

1. 英国学界存在“三分法”和“五分法”之说。“三

分法”将不作为义务来源分为三类,第一,基于合同;第二,基于特定关系,如父母与子女、老师与学生、医生和病人,前者基于他们的身份,有照顾后者之责;第三,基于个人意见,如基于自愿照顾生活不能自理之人,由此产生了对对方的作为义务^⑨。“五分法”则将不作为义务来源分为五类,第一,基于合同;第二,基于自愿承担的义务;第三,由较近家庭亲属关系产生的义务;第四,由所造成危险产生的义务;第五,法律规定的义务。^⑩

2. 美国学界畅行的观点为“四分法”和“六分法”。“四分法”将不作为义务来源分为四类,第一,制定法规定;第二,基于身份关系产生的义务;第三,基于合同产生的义务;第四,自身资源负担照顾义务,且在特定空间内,被帮助的人有从行为人处获得帮助的隔绝性^⑪。“六分法”将不作为义务来源分为六大类,第一,基于相互关系的义务;第二,制定法规定的义务;第三,基于合同关系;第四,基于自愿承担的照顾义务;第五,基于自身所造成危险的义务;第六,控制他人的义务。^⑫

四、我国不作为义务的来源

我国关于不作为义务来源的主要受德国和日本学说的影响,从形式上进行探讨,至今为止,关于不作为义务的来源,有“三来源说”:法律明文规定的特定义务、职务或业务上要求履行的义务、由行为人的先行行为使法律所保护的某种法益处于危险状态所产生的义务^⑬;“四来源说”:法律明文规定的义务、职业或职务道德上要求的义务、法律行为引起的义务(主要包括合同行为和自愿行为引起的义务)、先行行为引起的义务^⑭;“五来源说”:法律上的明文规定、职业或职务道德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。^⑮笔者在此同大多数学者一样,赞同“四来源说”。

(一) 法律明文规定的义务

即由法律明文规定了的义务,此为不作为义务最为明确的义务来源。而对于“法律”的解释,在此类义务来源中显得尤为重要,该“法律”包括由刑法明文规定的义务以及“其他法律规定的并且由刑法加以认可的义务”。如关于夫妻之间相互扶养的义务,不仅在《婚姻法》中有相关规定,也为刑法所确定。又如家长对子女应当承担九年义务教育的义务,刑法未将该义务予以确认,则不属于刑法中的义务。

(二) 职务或者业务所要求的义务

根据职业或者业务活动的特殊性,对相关人员产生特殊的要求,成为不作为义务的来源。不同行业或者单位对于从事不同职务或业务人员存在一些行业性规定或者规章制度。行业性规范,如医疗卫生系统中医疗手术的具体操作规范;规章制度,如铁道工扳道、医生对患者的抢救义务、消防员的消除火患的义务等。这些都是司法实践中认定不作为义务来源时应当把握的范围。

(三) 法律行为引起的义务

这是除法律明文规定和职业或者业务所要求的义务之外的能产生权利和义务的第三种不作为义务,主要是基于合同和自愿行为引起的权利和义务。合同,是确定双方权利和义务的重要形式,自愿行为,是遵循

当事人意思自治原则为双方设定的权利和义务。但是,应当注意的是并不是所有不履行合同规定义务的都是刑法上的不作为义务的来源,否则将扩大刑法打击范围,还要看是否严重侵害了或威胁了刑法所保护的社会关系。

(四) 先行行为引起的义务

是指行为人的行为使得刑法所保护的社会关系处于危险状态时,要求行为人实行特定的行为,以消除、减轻危害或危险。需要注意的是,“先行行为”包括两大性质行为:其一,为非法先行行为,即违反一般法律规定的一般违法行为和违反刑法规定义务的犯罪行为均在此列。最常见的就是司机交通肇事造成被害人受伤,而后不管不顾扬长而去,违反了司机对于被害人及时抢救的义务。司机交通肇事则为非法行为,违反行政管理法规的先行行为;其二,为意外事件,也即合法行为。合法行为也能成为先行行为引起不作为义务来源的一种,但对于合法行为不能一概而论的认为只要造成了某种社会关系受到损害的危险状态就引起了刑法上的不作为义务,应当根据合法行为本身的性质和引起的后果综合评价。如果合法行为本身是合法的,其造成的结果也在法律允许的范围以内,就不能做否定评价;如果合法行为实施之际,产生的结果在法律所允许的范围之外,就应当认定行为人产生了刑法上所认定的不作为义务的来源。

五、从“宋福祥案”看我国不作为义务来源研究

法院对宋福祥的判决为不作为的故意杀人罪,综上,以“四来源说”对本案进行分析,宋福祥是否构成不作为犯罪,关键在于认定宋福祥是否具有救助义务,首先,基于宋福祥无特定的身份和双方无合同关系,排除“职业或者业务所要求的作为义务”和“法律行为引起的义务”,下面,从法律明文规定的义务和先行行为引起的义务两个来源对本案进行分析。

(一) 首先,宋福祥与妻子的争吵厮打不是一种先行行为。一般来说,不管其行为合法或非法,只要是该行为足够产生某种危险就能够引起不作为义务。本案中,宋福祥与其妻子的争吵厮打是自杀的诱因,但并非引起其妻死亡的直接原因,一般情况下,夫妻之间日常的争吵不足以引起行为人的自杀,不至于使其妻子处于危险状态,因此不能够把妻子自杀的原因归结为前期的争吵;其次,宋福祥不具有法律明文规定的不作为义务。法律明文规定的义务,是指由刑法直接规定或者法律、法令或各种行政法规规定的,并且最终由刑法加以认可的义务。我国《婚姻法》第20条规定夫妻有相互扶养的义务,如果不履行这种义务,就可能构成遗弃罪,但是,刑法并未明文规定夫妻一方阻止另一方免于自杀的救助义务,认为扶养义务包括救助义务,一定程度上违背了罪刑法定的禁止作有罪类推的原则,是一种没有法律依据的解释。因此,不能基于法律明文规定夫妻之间的救助义务的理由认定宋福祥的不作为义务。

(二) 基于“四来源说”,宋福祥不具有刑法上的不作为义务,但显而易见,不管是基于社会公俗、道德伦理还是法律精神,宋福祥对其妻子应当负有救助义务。“四来源说”是从形式上对不作为义务来源的概括,但实际司法操作中,许多现象无法用形式要件的“四来

源说”对案件事实做准确的评价,此时,需要用到判断不作为义务来源的实质条件,这也是目前我国在不作为义务来源的确立方面需要予以改善的方面。那么,如何认定宋福祥的不作为义务呢?——基于夫妻关系在一个特定的私人空间,宋福祥产生了救助其妻子的特定义务,这种义务是在当时私人住宅的封闭性以及宋福祥救助的排他性引起的。

(三)中国的实际判例中,夫妻双方不救助一般都判处了刑法上的不作为犯罪:天津市西青区王稳庄王春某杀妻,跳河死亡;张某杀妻和河北李某杰杀夫,服用敌敌畏死亡,共同点都是夫妻双方因琐事争吵,其中某一方自杀死亡,另一方被判处不作为犯罪。除此之外,也有极个别的案例未成立不作为犯罪,只进行民事上的赔偿,如李方某杀妻,北京市朝阳区龚某被判处民事处罚。关于不作为义务的探究,必定会随着具体案情的不同而得出不同结论,以夫妻双方的救助义务为例,对于夫妻双方的救助义务是否构成刑法上的不作为义务,不能在法律明文规定之下强制适用,对不作为犯罪的论证,除运用“四来源说”等形式要件来论证以外,也要同时把握不作为义务来源的实质要件,借鉴域外关于不作为义务来源实质要件的研究,灵活的应对不同的现实案情。

六、结语

(上接第72页)

律责任,建立多元化的监督制度。转移支付行为应当同时受到立法机关、行政机关、社会群体的监督,落实财政资金的使用,评估专项转移支付资金的效果。

(二) 相关配套制度的完善

首先,明确政府干预与市场调控的界限,财政职能的过度越位将导致财政负担过重,而财政职能的缺失将导致公共商品和服务的不足。因此,针对专项性转移支付,一方面出清竞争性领域的财政资金配套;另一方面,规范救济型、应急型专项资金配置。其次,合理分配、明确划分政府间的事权、财权。一方面,在“营改增”的政策下,地方政府主体税种缺失,应当积极寻求稳定的税种接力成为地方主体税种,强化地方政府的财力;另一方面,通过规范性法律文件明确各级政府的事权范围或者通过简化政府层级结构的方式将政府

(上接第74页)

阻碍司法活动,威胁、报复陷害、侮辱诽谤、暴力伤害司法人员的行为依法从严惩处,在社会上形成崇尚法治、敬畏法律、维护司法权威的良好社会舆论和法治环境。当一名被执行人、一名恶意侵犯法官权威的行为者,其拒不履行法律义务,将屠刀挥向司法者,践踏的不仅是所有社会成员共同维系的社会安全感,还有一个社会公平正义和法律权威的底线^[2-4]。

司法制度改革的重点在于审判制度改革,其核心在于审判权的独立运行和审判活动的合法有序展开,使案件事实举证证明在法庭,案件事实真相发现在法庭,案件事实结果裁判在法庭,而这一改革的实现则必

“四来源说”作为不作为义务来源中的形式要件,具有相对确定性和明确性的优点,但也难以应对复杂的现实生活,我国对不作为义务来源的研究不应止步于“三来源说”、“四来源说”、“五来源说”以及其他形式学说,抓住不作为义务来源背后的保护法益和判定逻辑,才能做到“罪责刑相适应”。

[注 释]

- ①河南省南阳市人民法院(1994)南刑初字第264号。
- ②河南省南阳市人民法院(1994)南刑初字第264号。
- ③韩忠谟.刑法原理[D].台湾大学,1981年修订14版。
- ④陈青松.不作为义务来源研究[D].四川大学,2007。
- ⑤李海东.著.刑法原理入门(犯罪论基础)[M].北京:法律出版社,1998。
- ⑥许玉秀.刑法的问题与对策[J].春风煦日编辑小组,1999。
- ⑦黎宏著.不作为犯研究[M].武汉:武汉大学出版社年版,第一页。
- ⑧陈青松.不作为义务来源研究[D].四川大学,2007。
- ⑨[英]鲁伯特·克罗斯,菲利普·A·琼斯[J].英国法导论。
- ⑩[英]鲁伯特·克罗斯,菲利普·A·琼斯[J].英国法导论。
- ⑪张健.英美刑法中犯罪行为理论。
- ⑫张健.英美刑法中犯罪行为理论。
- ⑬赵秉志主编.新刑法教程[M].北京:中国人民大学出版社,1997。
- ⑭陈兴良著.刑法哲学[M].北京:中国政法大学出版社,1991;赵秉志,吴振兴著.刑法学通论[M].北京:高等教育出版社,1993。
- ⑮马克昌主编.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,2003。

的事权具体化。最后,建立中央与地方政府之间事权协商机制,保护地方政府的权益,协调各级政府之间的财政关系。因而,推进转移支付法专项立法,同时完善相关外部制度,从法学的视域化解困境,促进财政转移支付制度规范有效的运行。

[参 考 文 献]

- [1]倪志龙.财政转移支付法律制度研究[D].西南政法大学,2009。
- [2]刘剑文.中国财政转移支付立法探讨[J].法学杂志,2005(05):31-35。
- [3]方正.法学视域中的财政转移支付制度研究[D].郑州大学,2017。
- [4]刘京焕主编.财政学原理[M].北京:高等教育出版社,2010。
- [5]熊伟.财政分税制的规范意旨与制度进阶[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2016,37(05):30-41+191。
- [6]刘剑文主编.财政税收法[M].北京:法律出版社,2007。

须依靠法官依宪法法律而行使的审判权,为了保障其实施则必然要求赋予法官权威性和维护法官权威的权利来保障法官依法履职,维护司法权威,推进实施全面依法治国战略。如此才能实现司法改革的终极目的——让审理者裁判,让裁判者负责,如此才能实现法律的社会效果,实现社会法治公平正义。

[参 考 文 献]

- [1]孙红霞.浅析法官的权威性[J].工会论坛(山东省工会管理干部学院学报),2006。
- [2]张晓毅.论法官职业保障[J].法制与社会,2013(35)。
- [3]干朝端,郭珣.论我国法官豁免制度的建立[J].法律适用,2003(05)。
- [4]孙伟良.我国法官权利保障研究[D].吉林大学,2012。