

张明楷  
编

刑事

疑案探究

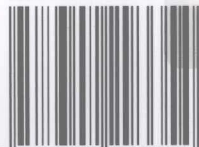
清华大学出版社

清华大学出版社数字出版网站



[www.wqbook.com](http://www.wqbook.com)

ISBN 978-7-302-29335-4



9 787302 293354 >

定价：42.00元

张明楷编

⋮

# 刑事

# 疑案探究

⋮

清华大学出版社  
北京

## 内 容 简 介

本书在坚持刑法客观主义的立场上,秉持正义理念,以案例研讨的方式,对刑法理论颇富争论的问题,进行仔细深入的研究;既重新思考传统问题,又深入探讨新课题;既使具体个案得到妥善解决,又注意完善刑法理论;在以目的解释为指导,综合运用各种解释方法的同时,充分借鉴国外刑法理论与审判实践,将问题置于世界刑法学之林思考。主要包括:作为与不作的关系、因果关系的判断、客观归责理论、被害人承诺、故意的认定、过失的判断、中止与未遂的区分、正犯与共犯的区分、间接正犯的认定、罪数的判断、教唆与帮助自杀的性质、绑架罪的认定、信用卡犯罪的认定、诈骗罪的认定、受贿罪的认定等。

本书具有重要的实践意义与学术价值,不仅适用于司法实践,而且适合法律研习者阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

刑事疑案探究 / 张明楷编. —北京:清华大学出版社,2012.7  
ISBN 978-7-302-29335-4

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑事犯罪—案例—中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 147413 号

责任编辑:方 洁  
责任校对:宋玉莲  
责任印制:沈 露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮编:100084

社总机:010-62770175 邮购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质 量 反 馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155mm×230mm 印 张:26.5 字数:405千字

版 次:2012年7月第1版

印次:2012年7月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:42.00元

---

产品编号:047981-01

## 前 言

本书收录的 22 篇案例分析论文,是清华大学法学院 2008 级和 2009 级本科生选修我开设的“刑法研讨与案例分析”课程的最终成果。

本课程采取的方式如下:在上课前,我准备了多于学生数量的疑难案例。其中,既有真实案件,也有国外教材的课堂设例,还有一些并非真实但完全可能发生的案例。第一次上课时,以抽签方式确定每位学生所要分析的案例。前几周,我就学生选定的案例逐一讲解“焦点问题”和“分析方法”。随后的十几周是案例讨论阶段。每小节课讨论一个疑难案例。首先由学生在讲台上发表自己对案例的分析意见(一般不超过 20 分钟),随后由其他学生提问、发表者回答,最后我会作一些归纳和总结,指出学生的论文初稿存在的问题与修改的要点。遗憾的是,由于时间关系,对每个案例的讨论并不十分充分。

本书所收录的论文,都由选课的学生撰写。在出版前,先由博士生王永茜、丁慧敏分别对每篇论文作了一些技术性、文字性处理。随后,我审阅了全书,既作了一些文字修改,也规范了不少注释,还删除了部分内容,但基本上没有修改论文的基本观点与处理结论(当然,不少学生在写作过程中,就案例的处理结论征求过我的意见)。尽管每篇论文都经过了学生们的反复修改,但结论不当、论证不周、表述不畅等问题依然存在于部分论文中。不过,这些疑难案例本身都具有讨论价值,编辑出版本书的主要目的,是期待读者对这些案例展开深入讨论,并对本书提出宝贵意见。

由于出版篇幅所限,部分学生的论文未能收录本书,在此,我只能向这些学生表示歉意!

张明楷

2012 年 4 月 12 日于清华明理楼

## 目 录

1. 单位犯罪的认定/任婕 .....	1
2. 不真正不作为犯的探讨/杨彦威 .....	23
3. 作为与不作为的关系/王然 .....	48
4. 存在介入因素时因果关系的判定/马腾 .....	70
5. 因果关系中断与抢劫致人伤亡的对象/侯嘉斌 .....	92
6. 共犯过剩的研究/黄诗雅 .....	107
7. 共犯错误时结果过剩的责任/杨颖琛 .....	133
8. 片面的共同犯罪/肖瑞 .....	155
9. 教唆、帮助自杀共犯之认定/魏青松 .....	178
10. 故意伤害(致死)罪与虐待罪的关系/罗潇潇 .....	198
11. 抢劫财产性利益案件的问题/冯旭 .....	215
12. 抢劫信用卡并使用的罪数认定/陈南西 .....	228
13. 使用欺骗手段将人和财物一并控制在行驶的交通工具上 的行为性质/李汀洁 .....	239
14. 敲诈勒索罪与抢劫罪、绑架罪之辨析/王鑫 .....	258
15. 盗开国有公交车的行为性质/赵书信 .....	275
16. 盗窃欠条并出卖的行为性质/赖悦 .....	291
17. 挂失借记卡并领取他人存款的行为性质/曹美竹 .....	309
18. 破坏计算机信息系统并收取“审车”、“消分”费用的行为 性质/江子昂 .....	328
19. 欺骗行为与财产损失的认定标准/陈建伟 .....	344
20. 诈骗罪中被害人的处分意识之探讨/王博闻 .....	362
21. 贩卖毒品罪的犯罪形态/何冰玉 .....	376
22. 受贿罪的主体范围与既遂标准/兰潇 .....	400



## 单位犯罪的认定

任 婕

### 一、基本案情

犯罪嫌疑人 A1,为 A 公司国际销售部经理;犯罪嫌疑人 A2,为 A 公司国际销售部业务员。

2006 年 5 月间,F(因走私制毒物品罪被判处有期徒刑五年)通过国际互联网结识了墨西哥人瑞卡多,瑞卡多让 F 帮助其在中国境内购买麻黄浸膏粉并运输出境。F 遂通过电话与 A2 取得联系,欲从 A 公司大量购买麻黄浸膏粉。A2 遂向 A1 作了汇报。为了规避国家有关易制毒化学品出口须申领出口许可证的规定,A1 经与 A2 商讨,决定以“复方减肥冲剂”的方式将麻黄浸膏粉出口墨西哥。后 A2 与 F 通过电子邮件等方式进行了多次磋商,商定以混合物的方式将麻黄浸膏粉出口墨西哥,将品名定为“绿茶减肥冲剂”,售价为每千克 14 美元,出口数量为 1000 千克。但犯罪嫌疑人 A1、A2 向 A 公司有关人员谎称对外售价为每千克 7 美元。

后 A 公司生产部门按照该公司国际销售部下发的“需货报告”，开始组织生产。后由犯罪嫌疑人 A1 主管、犯罪嫌疑人 A2 具体负责，在以 A 公司名义向某食品药品监督管理局申请办理“接受境外制药厂商委托加工药品备案”未获批准的情况下，逃避海关监管，将货品先后定为“复方减肥冲剂”、“绿茶减肥冲剂”，以 A 公司的名义，在北京首都机场海关分 7 批将共计 1075 千克含有麻黄浸膏粉的混合物（麻黄浸膏粉含量为 500 余千克）申报出口墨西哥并办结通关手续。案发后，其中 375 千克被北京海关缉私局在首都机场查获，其余已运至墨西哥的 700 千克中，有 350 千克被追回。

证据显示，A 公司法定代表人、公司其他董事以及总经理等人事先均不明知上述走私犯罪事实，而 A 公司主管生产的副总经理以及主管销售的总经理助理等人虽然知道公司为墨西哥方生产含有麻黄浸膏粉的混合物并出口的事实，但现有证据无法证实事先明知上述混合物系采用瞒报方法报关出口的具体情况，即“走私”的具体经过。

## 二、争议问题

本案涉及单位犯罪和职务侵占罪的认定两个问题。

关于单位犯罪的认定，首先要界定单位犯罪的主体范围，本案涉及的主要问题是，“二级单位”能否成为单位犯罪的主体？其次，案中的走私行为在性质上应为单位行为还是实施者的个人行为也有待探讨，亦即单位行为的认定标准问题。最后考虑单位犯罪的主观罪过形式，在可以证实单位法人代表、董事及总经理等负责人事先并不明知的情况下，是否仍可将违法行为归责于单位自身？

本案还存在另一个争议点，即职务侵占罪的客体的认定。犯罪嫌疑人 A1、A2 是在犯罪过程中实施的职务侵占行为，其所侵占的所谓“本单位财物”属于违法财物，那么，违法所得的“本单位财物”能否受刑法保护呢？



### 三、单位犯罪的认定

#### (一) 概说

“社团不能犯罪”(Societas Delinquere Non Potest)是罗马法的一项基本原则,在17世纪前曾经被世界上几乎所有的国家所认可。然而,“随着近代经济的发展,法人组织在整体上早已成为非常完备的经营社会生活的实体。法人在合理有效地为社会积蓄财富、创造财富的同时,为追逐超额利润而不择手段,造成人命伤亡或极大财产损失的情况也屡见不鲜。这种由于法人的业务活动而引起的行为,在犯罪学上习惯地称之为‘法人犯罪’。”<sup>①</sup>各国历来都是依靠民事法律、行政法规或行业规范来规制法人行为的,但是,当这些规范仍不能遏制与应对法人犯罪的产生和发展时,刑事法律就必须发挥其后盾作用,以刑法规范对法人犯罪规定刑事责任以求得对法人犯罪的有效控制。

我国1979年刑法没有关于“单位犯罪”的规范,这主要是因为在当时计划经济的模式下,单位尚不存在自身的独立经济利益,不存在单位犯罪现象,也就没有规制的必要。此后,随着从计划经济体制向市场经济体制的转换,尤其是企业制度的改革促使单位犯罪现象从无到有,因而,我国1987年《海关法》开单位犯罪立法之先河,<sup>②</sup>1988年全国人大常委会《关于惩治走私罪的补充规定》中第一次以单行刑法的形式确立了单位犯罪,而1997年刑法采取总则与分则相结合的立法模式确认了单位犯罪的刑事责任,标志着我国刑法的惩治对象由个人的单一对象到单位的双重对象的进展。<sup>③</sup>但是,直至今日,关于单位犯罪的一些基础性问题还没有得到充分说明和讨论,无论在理论研究上还是实务操作中还存在许多不足。

<sup>①</sup> 黎宏:《单位刑事责任论》,1页,北京,清华大学出版社,2004。

<sup>②</sup> 1987年颁布的《海关法》第47条第4款明确规定:“企业事业单位、国家机关、社会团体犯走私罪的,由司法机关对其主管人员依法追究刑事责任;对该单位判处罚金,判处没收走私货物、物品、走私工具和违法所得。”

<sup>③</sup> 参见陈兴良:《单位犯罪:以规范为视角的分析》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2003(1)。

## （二）客观构成要件

### 1. 单位犯罪主体的范围

在单位犯罪能力的问题上,由于受大陆法的影响,我国传统学说历来对单位犯罪持否定态度,但现行刑法的颁布实施即以立法的形式表明了肯定单位犯罪的立场。<sup>①</sup>“从外延方面讲,我国的‘单位犯罪’不同于外国刑法中的法人犯罪或公司犯罪、企业犯罪,因为它的主体范围很宽泛,既包括法人(企业法人和非企业法人、事业单位法人、社会团体法人)犯罪,也包括非法人的企业、事业单位、社会团体、国家机关等的犯罪。”<sup>②</sup>虽然从我国刑法明文规定上看,单位犯罪的主体是“公司、企业、事业单位、机关、团体”,但是,在司法实践中,这些概念的界定仍然不明确。本案中存在公司内部的职能部门能否作为单位犯罪主体的争议,以下笔者将探讨二级单位犯罪的问题。探讨的思路是,先解决二级单位自身能否成为单位犯罪中的“单位”。若不能,再进一步考虑二级单位所实施的符合犯罪形式的行为能否被认定为上级单位本身的行为?

“二级单位”是对具有犯罪主体资格的单位的下属单位的统称,包括两类机构:一是单位的分支机构;二是单位内部的职能部门,如本案中A公司的国际销售部和生产部。应当认为,具有独立刑事责任能力的单位才符合单位犯罪的主体条件,才可以成为单位犯罪主体的“单位”。目前,我国刑法学界一般认为,单位犯罪主体具有合法性、组织性、独立性等特征。也就是说,只有相对独立的单位才能成为单位行为的主体。最高人民法院2001年1月21日《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》指出:“以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪,违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的,应认定为单位犯罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没

---

<sup>①</sup> 我国现行《刑法》第30条规定:“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。”第31条规定:“单位犯罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的,依照规定。”

<sup>②</sup> 张文、贾爱英:《关于单位犯罪的几个问题》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版),2001(3)。

有可供执行罚金的财产,就不将其认定为单位犯罪,而按照个人犯罪处理。”但张明楷教授认为:“不加区别地一概将单位的内设机构、部门认定为单位犯罪的主体,一方面,完全可能将普通共同犯罪认定为单位犯罪;另一方面,不考虑有无可供执行罚金的财产也会导致单位犯罪的认定丧失意义。”<sup>①</sup>因此,判断单位是否具有相对独立性就显得相当关键。“判断时不能仅看单位有无自己的名称、机构与场所,更重要的是看其有无独立的财产与经费,有无独立的行为能力,能否以自己的名义承担责任;从处罚单位犯罪的目的与效果来看,是否独立的核算单位,乃是衡量是否相对独立单位的最重要标准。”<sup>②</sup>本文认为,所谓“相对独立性”之“相对”,是在有权决策事项的范围内而言的,并非表明决策权行使的程度。换言之,相对于上级单位对任何事项都具有“绝对”的决策权而言,二级单位仅对部分与之相关的事项可进行独立决策;而不是说,在有权决策的事项范围内,二级单位仍然仅有不完整的决策权。以下根据二级单位的不同分类分别讨论。

(1) 分公司。二级单位中的单位分支机构包括分公司、子公司。我国《公司法》第13条第1款规定:“公司可以设立分公司,分公司不具有企业法人资格,其民事责任由公司承担。”分公司是公司的分支机构,是由总公司依法定程序设立并隶属于总公司的,具有不独立营业资格的非法人经济组织。民商法理论认为,“从一定意义上讲,分公司即是总公司的不独立的当然代理人。在分公司的经营业务致他人受损失的场合,总公司不得以未授权为理由对受损的他人的索赔请求行使抗辩权,即使分公司的某一业务活动超出了总公司的营业范围,也无例外。”<sup>③</sup>从以上表述来看,分公司实际上相当于公司的代理人,因此,在分公司实施了犯罪行为时,如果能查明该犯罪行为是总公司决定、授意或批准的,便可认为是总公司自身的犯罪。<sup>④</sup>但是,在总公司能够证明其已采取了最为妥善的措施来制止违法犯罪行为时,由于可以判明总公司本身不具有犯罪意图,就不能认定总公司犯罪。此时能否认定分公司犯罪呢?本文认为,

① 张明楷:《刑法学》,4版,142页,北京,法律出版社,2011。

② 张明楷:《刑法学》,4版,142页,北京,法律出版社,2011。

③ 甘培忠:《企业与公司法学》,428页,北京,北京大学出版社,1998。

④ 参见黎宏:《单位刑事责任论》,261页,北京,清华大学出版社,2004。

分公司虽不具有法人资格,但单位犯罪并不要求一定是“法人”犯罪,分公司既然符合上述独立性的要求,就应当认为其具有单位犯罪主体资格,在这种情况下应当认定分公司犯罪。

(2) 子公司。我国《公司法》第 13 条第 2 款规定:“公司可以设立子公司,子公司具有企业法人资格,依法独立承担民事责任。”虽然母公司控有子公司一定比例的资本股份,或与子公司订有支配关系合同,但这并不影响子公司在法律上的独立性,其法人地位依然成立,也就当然地可以成为单位犯罪的主体。但是,“子公司对母公司而言,具有从属性,通常要执行母公司的指示,以使其业务活动符合母公司的要求和集团公司的利益,若基于这种特殊关系,应根据具体情况,按共同犯罪的情况处理。”<sup>①</sup>

(3) 职能部门。单位的职能部门从形式上看没有自己的名称而只能附属于上级单位(如本案中的 A 公司国际销售部),机构的设置上也隶属于上级单位,其行使职权时多是以上级单位的名义,而非独立进行活动,同时,职能部门一般也不具有独立的核算单位。单位的各职能部门之间保持着一种相辅相成密不可分的关系,各自依自己的职能作为上级单位的一部分而存在,各个部门的独立程度很低。“但是,也存在个别例外情况,在当前的社会生活中,单位的内设机构也有独立对外活动的,在这种情况下,如果不将其视为单位犯罪的主体,无论是将其作为所在单位的犯罪还是个人犯罪,都有不妥之处。在这种情况下,我们主张单位的内设机构可以成为单位犯罪的主体。”<sup>②</sup>

本案情况并不属于上述的例外。虽然 A 公司国际销售部可能在国际销售事务方面享有决定交易对象、交易方式、数量等方面的权利,但是,在工作方针、年度目标等要务方面的策划和决定仍需符合 A 公司的整体意志。案例中言及的“需货报告”体现出 A 公司各部门之间紧密的工作联系,一个对外活动的最终成立须经过内部部门的各个环节。无论是 A 公司国际销售部还是生产部门,都是作为 A 公司这个

<sup>①</sup> 杨敦先等主编:《新刑法施行疑难问题研究与适用》,191 页,北京,中国检察出版社,1999。

<sup>②</sup> 陈兴良:《单位犯罪:以规范为视角的分析》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2003(1)。

有机组织体的一个职能部门, 附属于 A 公司而进行活动的, 它们分别负责处理不同方面的事务。因此, 无论哪个部门都不具有地位上的独立性, 不具备单位犯罪主体资格。

既然单位职能部门一般不作为单位犯罪的主体, 那么, 其所实施的具有犯罪外观的行为能否被认定为公司自身的犯罪行为呢? 如前所述, 职能部门在公司整体意志的指导下各自行使职能范围内的经营管理决策等权利, 对外以公司名义从事活动, 公司作为法律意义上的行为主体, 职能部门的职务行为应当都由公司负责, 其所实施的具有犯罪形式的行为也应当被认定公司的行为。

## 2. 单位行为的认定

对于自然人而言, 判断其是否应负刑事责任的依据是该人实行的事实上的行为(作为或不作为)以及行为所具备的主观要件。但是, 对于单位则无法采取这一标准, 因为单位都是通过自然人的行为来从事活动的, 并且, 只有当自然人有“放弃”的行为时单位才可能有“不作为”。因此, 认定自然人行为和认定单位行为的标准应当有所不同。

单位行为的认定在单位犯罪研究中十分重要, 正确区分一个行为属于单位行为还是自然人行为, 是认定单位犯罪或自然人犯罪的关键。概言之, 关于单位行为的认定所要解决的问题是, 如何判定什么行为以及什么成员实施的行为应认定为单位的犯罪行为。

(1) 国外的法人犯罪责任理论。英国关于法人犯罪的刑事责任理论包括替代责任理论(vicarious liability)和“另一个我论”责任理论(personal liability)。刑事替代责任来源于“仆人过错主人负责”的古老侵权赔偿法原理, 在客观上不需要有罪过。该理论认为, 法人作为一个组织严密的体系, 如果不确认法人责任则可能无法追究真正的责任人, 因此必须寻求法人犯罪的替代主体。<sup>①</sup> 到了 20 世纪中叶, 这种追究法人代位责任的情况有了变化, 1944 年, 英国王室法院根据同一视原理(the principle of identification)——法人内的一定管理职员的意图和行为在法律上是和法人自身的意图和行为是同一的——认为即便在以行为人的主观意图为必要要件的犯罪中, 法人也不是替其从

<sup>①</sup> 参见童德华:《刑事代理责任理论介评》,载《法学评论》,2000(3)。

业人员的行为负替代责任,而是根据一定条件,对自己的行动负行为责任。从同一视原理所体现出来的、将形成法人组织的人格特征的高层管理人员(superior officer)的行为和意图(acts and state of mind)视为法人组织体自身的行为和意图,认为法人犯罪是法人组织自身实施犯罪,法人对该行为应以行为人的身份负行为责任的宗旨来看,很明显,它是法院所拟制的一种理论,但它所体现的思想,与作为成文法的解释的归结所认可的法人处罚不同,也与以各个从业人员的违法行为为基础而形成的代位或转嫁责任不一致,应当说,在这一点上它是具有划时代意义的理论。现在,同一视原理在英国的法人处罚原理中处于不可动摇的地位。<sup>①</sup>

早期的美国判例是以上述长年形成的英国法的一般见解为基础的,也经历了和英国法中的法人处罚史相类似的过程。联邦最高法院在1909年的New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States案件中所确立的、将法人的高级管理人员或包括法人最下级成员在内的代理人在其职务范围内为了法人利益的行为和主观要素,均毫无例外地归于法人自身的上级责任原理(doctrine of respondent superior),以后被众多的联邦法院所引用,在美国,现在已成为处理以犯意为要件的法人犯罪的一般原则。另外,美国律师协会于1962年制定的《模范刑法典》中,与采用上级责任原理的联邦法院的立场相异,提倡同一视原理(identification doctrine)。据此原理,只有与法人代理人的犯罪行为有实质关系的法人董事会成员及其他高级管理人员的主观意思才能归于法人自身。尽管许多州的刑法典导入了这一原理的规定,但其中大半只是扩大了成为追究法人刑事责任基础的高级管理人员的范围,使具有管理权和其他监督权的下级从业人员也包括在内。这两种原理实质上是以法人从业人员或代理人的意思和行为为要件追究法人的绝对责任,学者们强调认为,在法人犯罪的审判中,只有在法人构成人员的行为确实反映了法人自身的意志时,法人才能对该行为负责任。近年来的代表性学说有如下四种:<sup>②</sup>

① 参见黎宏:《单位刑事责任论》,20~21页,北京,清华大学出版社,2004。

② 参见黎宏:《单位刑事责任论》,53~66页,北京,清华大学出版社,2004。

①法人反应责任论(reactive corporate fault)认为,法人的明示或暗示的政策可以表示法人的意思乃至犯罪意图,因此,由法人组织的政策在事前或事后所体现出来的犯罪意思就是法人的策略性的犯罪意思,应根据法人对违法行为预防或善后的对策来判断法人的刑事责任;②法人文化论(corporate ethos theory)的基本主张是,在能够确认法人中存在促进法人成员的犯罪行为的法人文化时,便可认定法人的犯罪意图。<sup>①</sup> 这里的“法人文化”包括了法人的等级结构、目标和政策、赔偿措施以及对从业人员教育监督措施等综合因素;③结构性的法人责任论(constructive corporate culpability)认为,法人的刑事责任,只有在存在法人的结构性的违法行为,并且同该违法行为相对应的法人结构性的犯罪意思同时存在的情况下,才能认定。<sup>②</sup> 该理论试图通过对法人的构造、性质等的考察来判明法人自身的责任,并且引入以一般的、理性的法人为判断基准;<sup>③</sup> ④将法人的守法规则(compliance program)作为抗辩理由的见解认为,即便从业人员实施了违法行为,但在证明法人具有明确有效的守法政策,且法人从业人员的行为是违反法人政策的场合,可以据此免除法人的代位责任。<sup>④</sup> “这四种理论所提出的基本观念不仅可以消除上级责任原理和同一视原理所具有的不当的扩大或缩小法人刑事责任范围的弊端,更重要的是它还可以使对法人刑事责任的追究同近代刑法中所强调的自己责任(而不是替代责任)的基本理念相一致。”<sup>⑤</sup>

在日本,历来的判例和学说均否认法人具有犯罪能力。但目前日本的学者普遍认为,在法人犯罪和处罚的问题上,法人是否具有犯罪能力已不是问题,问题在于怎样才能合理地追究法人的刑事责任。日

---

① See Bucy P H. Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability. Minnesota L. Rev., 1991, 75: 1121.

② See Laufer W S. Corporate Bodies and Guilty Minds. Emory L. J., 1994, 43: 682.

③ 参见黎宏:《单位刑事责任论》,61页,北京,清华大学出版社,2004。

④ See Walsh C J, Pyrch A. Corporate Compliance Programs as A Defense to Criminal Liability; Can A Corporation Save Its Soul? Rutgers L. Rev., 1995, 47: 676~677.

⑤ 黎宏:《单位刑事责任论》,66页,北京,清华大学出版社,2004。

本的立法在相当广的范围内以“两罚规定”<sup>①</sup>的形式规定了包括法人在内的业主处罚规定,即在立法上认可了法人的犯罪和处罚。现行的“两罚规定”,通常采用“法人代表人及法人或人的代理人及其他从业人员,在法人的业务及财产方面,实施了违反某某条的违法行为时,除处罚该行为人之外,对该法人或人也处以各本条所规定的罚金”的形式。<sup>②</sup>根据“两罚规定”,为了使行为人的行为被看做法人的行为,行为人的行为必须符合以下几个条件:①该违法行为必须在外形上和一般意义上属于业主的业务,因为业主有注意、监督的义务;②该违法行为包括作为业主的业务活动的一环而实施的情况,而不仅仅局限于行为人担当的职务及与该职务有密切关系的职务范围之内,因为行为人的超出业务范围说明了业主疏于监督;③该违法行为只要在客观外形上和业主的业务有关,就可以认为行为人是在该业主的业务范围内所实施的,并不要求其具有“为了业主的利益”的主观意图。<sup>③</sup>

日本的法人处罚几乎都是按照经济法法规及其他行政法规中所规定的业主处罚规定进行的。由于这种以行政管制为主要目的而设计的业主处罚规定在程序及实体两个方面都存在许多问题,从20世纪50年代开始,学者们从法人犯罪否定论和肯定论的立场,分别提出不同的新的法人处罚立法论。<sup>④</sup>从法人犯罪肯定论的立场展开论述的见解中,“法人独立行为责任论”<sup>⑤</sup>由藤木英雄教授提出,该观点认为法人自身具有犯罪能力,可以不用考虑法人代表人的主观意思而直接独立地把握法人的犯罪行为,它是完全从法人自身的犯罪的观点来把握法人犯罪的见解。只要能判定存在客观的违反义务的事实,便可以肯定法人的违反义务的行为。<sup>⑥</sup>

---

① 《日本防止不正当竞争法》第5条之二:“法人的代表人或法人和个人的代理人雇用人或其他工作人员,在有关该法人或个人的业务上实施了前条的违法行为时,除了应当处罚行为人以外对该法人或个人也应科处同条所规定的罚金刑。”

② 参见黎宏:《单位刑事责任论》,74页,北京,清华大学出版社,2004。

③ 参见黎宏:《单位刑事责任论》,77页,北京,清华大学出版社,2004。

④ 参见黎宏:《单位刑事责任论》,93~95页,北京,清华大学出版社,2004。

⑤ 提倡这种学说的是藤木英雄教授,由于他没有给自己的学说命名,本文引用大谷实教授的提法。转引自黎宏:《单位刑事责任论》,98页,北京,清华大学出版社,2004。

⑥ 转引自黎宏:《单位刑事责任论》,98页,北京,清华大学出版社,2004。



另外,在继承法人独立性为责任论的基础上,还出现了探讨法人固有责任的所谓“企业组织体责任论”的见解。这种见解有早期见解和晚期见解之分。早期见解从根据刑法积极保护社会弱者,即居民、消费者等一般市民,免受法人企业的公害等违法活动的立场出发,关注企业活动的实际情况,认为既然企业能够以个人为中介,作为组织体而展开活动,那么,就可以认为其具有独自的意思和活动能力,因此,应当肯定企业法人的犯罪能力。按照这种见解,对于企业组织,能够在行为人之外,独立地追究其责任。晚期见解继承了早期见解所主张的法人有其自身刑事责任的基本立场,但在说理上则有了进一步的完善。如有的学者将法人行为和法人责任的判断区别开来,认为即便实施法人行为的自然人具有故意、过失,但要追究法人责任的话,仅此还不够,法人自身还必须具有实施其他合法行为的可能性。在法人尽力履行了其防止违法行为的组织制度措施的义务的场合,就可以不承担任何责任;<sup>①</sup>还有学者以“同一视原理”为基础,认为除了将法人代表的责任认定为法人自身的责任之外,就一般从业人员的违法行为而言,还应当将不能还原为法人中的自然人的企业体系或者组织结构方面的“企业结构过失”也作为问题加以考虑,具体来说,企业如果能够证明自己妥当地采取了防止违法行为发生的守法机制,在制度上尽到了足以防止其从业人员的违法行为所必要的注意义务的时候,就可以排除对企业的过失责任的推定,免除其责任。<sup>②</sup>

这种新的法人自身责任的见解,尽管在和传统刑法学理论如何衔接的这一点上存在问题,但可以说是值得瞩目的新见解。“因为法人等企业是作为组织体进行活动的,法人组织中的自然人的行为,同时又是组织体活动的一环,是该企业自身的活动或行为的基本要素之一,因此,在追究法人责任时,不能单独追究法人代表人、中层管理者及最底层的从业人员的行为责任或监督责任,而应将从法人代表人到最底层的所有的行为人的行为作为一个整体,并按此来把握法人的行

① 转引自黎宏:《日本刑法精义》,2版,104页,北京,法律出版社,2008。

② 转引自黎宏:《日本刑法精义》,2版,105页,北京,法律出版社,2008。

为责任。”<sup>①</sup>法定代表人的行为当然就不用说了，“即便是大企业的分厂厂长，分公司经理，甚至是最底层的从业人员的行为，只要该行为客观上和法人的业务有关，能够看做是企业组织体活动的一环，便应看成是企业组织体自身的行为。”<sup>②</sup>

在法国，现代刑法理论均倾向于赞成法人应负刑事责任。法国《新刑法典》第121—2条指明，法人对其“机关”或“代表”“为其利益”所实行的犯罪负刑事责任。所谓法人的“机关”是指法人的法定代表（董事长、经理管理人）以及董事会、股东大会或全体成员的全体大会；所谓“代表”是指拥有“以法人的名义”开展活动之权力（法定的权力或章程规定的权力）的自然人。“代表”可能是“唯一的总经理”（无董事长的公司内）、经理管理人、董事会的董事长，也可以是临时管理人或法定管理人。由于法律没有具体指明法人的“事实上的领导人”是否属于“法人的代表”，所以，有法国学者认为，法人的“事实上的领导人”不能使法人承担刑事责任。并且，法人的薪金雇员或职员，以及具有特别权利或得到委托授权的人，都不包括在法人的领导人之列。所以，某一工厂或车间的经理的行为就不一定会引起法人本身的刑事责任，因为，这些工厂或车间的经理仍然属于法人的薪金雇员或职员，并不具有法人代表之权力。另一方面，所谓“为其利益”，意味着“为法人的领导人”本人的利益，或者“为另一人的利益”完成的行为不会引起法人自身的刑事责任；也就是说，是“为法人的利益”或“为法人获利”而实现的行为。“获利”就意味着实现“经济上的利益”。<sup>③</sup>

相比之下，我国在单位犯罪方面的立法规范非常简略，但是，在相关的司法解释中也确定了以单位名义和违法所得的去向为认定单位

① 转引自黎宏：《单位刑事责任论》，101页，北京，清华大学出版社，2004。

② 转引自黎宏：《单位刑事责任论》，102页，北京，清华大学出版社，2004。

③ [法]卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，295页，北京，中国政法大学出版社，1998。

犯罪行为这一判定标准。<sup>①</sup> 理论界在论述单位犯罪的认定时因此大多在明确以“以单位名义”和“为单位谋取利益”的同时,还强调以单位集体研究决定或负责人的决定为标准。

(2) 本文观点。“上级责任原理”明显违反了责任原则,这种使单位为他人的行为承担刑事责任的做法明显不妥;另外,既然自然人的行为要由单位负责,那么就可以认为,某一行为必须首先能够由自然人实施,才可能归责于单位,这样就存在不当缩小单位负刑事责任范围的可能。“同一视原理”较为符合单位有别于自然人的特殊性,将单位视为一个统一的有机整体,单位犯罪是社会组织在犯罪,它既不是单位中某些自然人实施的共同犯罪,亦不是单位与自然人的共同犯罪,而是单位本身的违法行为构成了犯罪。本文基本赞同“同一视原理”的理论,将单位中特定自然人的特定行为视为单位的行为。但是,在“同一视原理”的框架下,对于哪些自然人的行为能够代表单位行为的问题,不但各国之间存在不同看法,各国国内也尚未形成较为统一的观点。单位行为的首要特征应当是,该行为反映了单位本身的意思,在单位意志支配下实施。

关于单位行为的判定标准,首先应注意以下几种情形。

第一,经单位决策机关或单位负责人(代表机关)决定实施的行为是单位行为。单位决策机关决策过程就是单位意思的形成过程,决策已经形成,单位内部任何成员只要是按照单位的决策(具体的可能是单位内部的文件、会议等)行动,他就是作为单位的“手脚”并按照单位的意思在活动,因此,他的行为就是单位的行为。<sup>②</sup>

但应注意的是,仅有单位负责人行为不一定是单位行为。将单位负责人的任何行为都看做单位行为,难以反映出单位活动的实际情况。随着单位组织规模的不断扩大,处于较高位置的中间管理层的人

<sup>①</sup> 2002年7月8日最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》在对单位犯罪行为的认定上作了新的规定,即“具备下列特征的,可以认定为单位走私犯罪:(1)以单位的名义是走私犯罪,即由单位集体研究决定,或者由单位的负责人或者被授权的其他人员决定、同意;(2)为单位谋取不正当利益或者违法所得大部分为单位所有。”

<sup>②</sup> 参见赵秉志主编:《单位犯罪比较研究》,157页,北京,法律出版社,2004。

常被赋予极大的权力,该自然人利用职务之便,易实施影响较大的看似程序合法的“单位行为”,但若要把该自然人的任何行为都统统归责于单位,有违背自负其责原则之嫌,容易不当扩大单位犯罪的处罚范围。因此,仅当自然人的行为体现了单位意思时,才能认定为单位行为。

第二,单位内部自然人符合单位业务活动的政策、规定或操作习惯的行为是单位行为。<sup>①</sup>“若仅将单位集体或负责人决定实施的行为作为单位犯罪行为,正如第八届全国人大第五次会议审议时有人大代表所指出的一样,很难说反映了我国刑法分则中所规定的犯罪的所有情况。”<sup>②</sup>因此,为了避免不当缩小单位犯罪的处罚范围,还应当考虑其他方面因素。单位的业务范围是由单位的意志决定的,在单位的业务范围内进行的活动就是单位的正常业务活动。无论该自然人是单位高级管理人员还是一般从业人员,无论该自然人的行为是否经过单位负责人的同意或单位集体的同意,只要是符合单位业务活动的政策、规定或操作习惯的行为,其实质就是按照单位的意志在行动的。实践中,对于惯常的业务活动,多数都简化了程序,无须每次都重新经过单位负责人或单位集体同意,这些惯例行为仍然应作为单位行为看待。

第三,是否以谋取单位利益为目的以及犯罪行为违法所得的归属并不是区别单位犯罪和个人犯罪的根本标志。首先,存在不是为了单位利益而为的单位犯罪,即单位过失犯罪。其次,在现行刑法颁布之后,以犯罪行为的违法所得的归属来判断是单位犯罪还是个人犯罪的方法可能对一些经济犯罪适用,但对于不以经济利益为目的的犯罪来说,则完全派不上用场。<sup>③</sup>并且,有谋利的目的并不一定就有获利“所得”的结果。以犯罪行为违法所得的归属来判断某行为是单位犯罪还

① 参见黎宏:《单位刑事责任论》,258页,北京,清华大学出版社,2004。

② 黎宏:《单位刑事责任论》,253页,北京,清华大学出版社,2004。

③ 如《刑法》第330条规定,违反传染病防治法的规定,引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的,构成妨碍传染病防治罪,单位犯该罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照刑法的规定处罚。但是,在这一犯罪中,行为人(包括单位在内)并不一定具有获利的动机,而且实际上也很少存在直接负责的主管人员和其他直接负责人员“中饱私囊”或“私分违法所得利益”的情况。

是个人犯罪的标准在其适用上并不具有普遍意义。<sup>①</sup>

本文另提出“中枢机构指令”理论——以某一行为所基于的指令的发出者是否处于单位“中枢机构”的范围之内,作为判定行为是否反映单位意志的标准。这里所谓的“发出指令”,既包括行为人基于他人发出的指令而实施行为,同时也包括行为人基于自身的主观意图实施行为的情况。简言之,需要考察的问题最终归结于对指令发出者在单位决策层中所处地位的判定。

丹宁勋爵有言道:“一个公司在许多方面类似于一个人。它有一个控制全部行为的大脑和神经中枢,也有根据中枢的指示而掌握工具并实施行为的手。在公司中,一些人士不能代表公司的心理或意志而仅仅类似干活之双手的雇员或代理人,另一些人则是代表公司的指导性的心理及意志并控制其行为的董事与经理。这些公司的董事与经理的意思就是公司的意思,至少法律是如此看待。”<sup>②</sup>现代社会中,由于法人组织的大规模化,不可能任何具体的事务都经过法人集体决定或凡事都由法人代表经手,从内部来看,法人为了实施经济、社会活动,为了将法人机关的意志转化为现实的行动,就有必要委托法人的各个组成部分具体实施一定的业务。因此,法人根据不同职能划分各部门,赋予各部门的主管部分经营管理权,并且,对于在这部分管理权范围内的各具体事项,部门主管具有完全的自由裁量权。这些具有经营管理权的人组成法人的“中枢机构”。本文需特别说明的一点是,这里的“中枢机构”是一个抽象的概念,并非实际存在的某一个机构,它的外延并不完全是静态固定的,一个人只有当他正在行使经营管理权时才可能被包含在所谓“中枢机构”范围中。由单位的“中枢机构”形成单位自身的意思,并自上而下传达,下一层的各个单位组成部分根据单位“中枢机构”的指令,进一步对各自管理的人员进行指示、命令、监督等,最终可能由单位最下层的一般从业人员实际实行具体的行为。在此场合,即便是单位最下层从业人员的行为,只要是基于单位“中枢

<sup>①</sup> 参见黎宏:《单位刑事责任论》,247~248页,北京,清华大学出版社,2004。

<sup>②</sup> [英]J. C. 史密斯、B. 贝根:《英国刑法》,李贵方等译,207页,北京,法律出版社,2000。

机构”的意思而实施的,在性质上也应属于单位自身的行为。本文认为,判断某项指令的发出人在其发出指令时是否属于“中枢机构”范围内的标准如下:指令发出人处于职务活动中,正在行使由单位授权的全部或部分经营管理权,或者由这些经营管理权所衍生的发出指令权,并且在权力的行使上具有完全的自由裁量权。若符合这样的条件,则认为该指令属于“中枢机构指令”。这一标准更注重“指令”本身,关注于某项指令所依据的权力之行使情况,而非特定人的特定职位。

经法人代表或单位集体决定而实施的行为当然属于单位行为,自不必赘述。而另一方面,单位负责人或法人代表或机关成员等单位最高层的人员由于被赋予了可基于其自由裁量而行使全部管理权的权力,其下达的指令显然属于上述“中枢机构指令”,因此,经过单位负责人同意而实施的行为被认定为单位行为。

除此之外,对于其他从业人员的情况,以下将分情况进行阐述。首先,非管理人员不经指示自力而为的行为,不应被认定为单位行为。其次,若指令发出者是管理人员,他发出某项指令是基于其被授予的经营管理权,那么该指令就有可能属于“中枢机构指令”,需要进一步考察他行使该管理权时是否合法地具有完全的自由裁量权。比如,某公司的某部门主管按规定有权自行以公司名义对外签订标的在十万元以下的合同,若超过该标的就需要先报上级审批,那么,根据上述观点,只要是在十万元范围内,该部门主管就具有完全的自由裁量权,在这种情况下,应认为他可以代表“中枢机构”的意思,他下达的指令是“中枢机构指令”,无论最终的行为人是谁,即使由最底层从业人员实施具体行为,也应当认定为单位行为。但是,同样对于这位主管,假设另有一笔业务,款额超过了十万元,该主管在未经上级有权决定的人同意的情况下自行决定签订合同,由于他不具备完全的自由裁量权,不能认为该指令是由“中枢机构”发出,该行为就不能被认定为单位行为。

本案中,犯罪嫌疑人 A1、A2 分别是 A 公司国际销售部经理和业务员。走私麻黄浸膏粉的行为事先由 A1 与 A2 进行商讨,又在 A1 完全知情的情况下由 A2 与 F 通过电子邮件等方式进行了多次磋商。

之后,按照正规的程序,向公司生产部门下发“需货报告”,开始组织生产。生产过程由 A1 主管,A2 具体负责。最后以 A 公司名义将麻黄浸膏粉混合物违法申报出口墨西哥并办结通关手续。整个过程由 A1、A2 主要策划和参与。A1 作为部门经理,有权经营管理国际销售方面的各项事务,并且在行使该部分经营管理权上是被授予完全的自由裁量权的。可以认为,本案中 A1、A2 的走私行为都是基于 A1 的指令,而该指令如上所述属于“中枢机构指令”,体现单位意思。并且,在生产环节中,生产部门是照该公司国际销售部下达的“需货报告”组织生产的,也完全符合操作习惯和正常程序。因此,生产麻黄浸膏粉混合物并走私的行为属于单位行为。

### (三) 主观构成要件

#### 1. 单位具有主观罪过

出于单位犯罪肯定论的立场,单位之所以能成为犯罪主体,理由之一就是单位具有犯罪构成理论所要求的行为人的主观心理状态。当单位中的某些自然人的意思与单位自身的结构、业务范围、成立宗旨、政策等人格特征密切相关,可将自然人的意思看做单位自身的意志时,单位为自身的行为负行为责任,因此可认为单位具有主观罪过。

#### 2. 单位犯罪的罪过形式

犯罪的罪过形式从一般意义上说,包括故意与过失。但不同的犯罪的罪过形式是否包括过失,有所不同,在单位犯罪方面,罪过形式是只限于故意还是也包括过失存在较大争议。从理论上讲,单位犯罪的主观要件之中既然能有故意形式,就必然能有过失形式。<sup>①</sup>

那么,单位在什么情况下对其组成人员的自然人的行为负有故意责任,什么情况下对其组成人员的行为负有过失责任呢?应当区分以下两种情况,进行分析。<sup>②</sup>

一种情况是,法人代表或机关组成人员在单位业务活动过程中的故意或过失直接归于单位自身的情况。单位命令、指挥、默许或决策

① 参见黎宏:《单位刑事责任论》,295~297页,北京,清华大学出版社,2004。

② 参见黎宏:《单位刑事责任论》,301~302页,北京,清华大学出版社,2004。

失误(当然这种行为是通过单位的代表或主管人员体现出来的),因而导致其组成人员的自然人实施某种“法律规定为单位犯罪”的情形时,单位承担故意犯罪或过失犯罪的刑事责任。

另一种情况是,单位负监督过失责任的情况,即在单位毫不知情的(当然这种不知情也是通过法人代表或机关成员或主管人员的行为体现出来的)情况下,其下级组成人员实施了某种“法律规定为单位犯罪”的行为而必须追究单位自身的过失责任的情况。

对此种监督过失责任的情况,不宜采取严格责任的方式,应将其作为一种推定的过失责任。当有足够的证据表明单位对其组成人员的业务上的行为已尽到了适当的监督义务时,就可以免除其刑事责任。并且,应当从单位组织体自身的制度、结构、政策等方面的客观情况来考虑单位是否具有监督上的过失责任。举证责任由单位承担。

结合本案,若采用只将法定代表人的行为看做单位行为的观点,那么对于犯罪嫌疑人 A1,因其行为不能直接被看做单位行为,要追究单位责任就要考虑单位监督过失的问题,公司可能因为可以预见其管理人员的违法行为却没有预见而负监督过失的单位犯罪责任;但是,如果按照前文提出的“中枢机构指令”的标准,A1 作为公司国际销售部经理,属于 A 公司“中枢机构”范围之内,即使 A 公司法定代表人、公司其他董事以及总经理等人事先均不明知这一走私犯罪事实,A1 的意思也已经可以视为单位的意思,其行为可直接被看做单位行为,那么,本案的单位行为就可被认定为故意,在此无须考虑是否存在过失的罪过形式。

A 公司的行为属于违反国家规定非法运输用于制造毒品的配剂出境的行为,符合我国《刑法》第 350 条的规定,构成走私制毒物品罪的单位犯罪;犯罪嫌疑人 A1、A2 分别为该犯罪行为的“直接负责的主管人员”和“其他直接责任人员”,依据《刑法》第 350 条第 3 款的规定,构成走私制毒物品罪。

#### (四) 犯罪既未遂的认定

走私毒品主要分为输入毒品与输出毒品,只要明确了输入毒品的既遂与未遂标准,输出毒品的既遂与未遂标准就容易解决了。关于海



路、空路输入毒品的既遂,外国刑法理论上五种不同观点:一是领海领空说;二是登陆说;三是关税线说;四是搬出可能说;五是到达说。其中,到达说认为,装载毒品的船舶到达本国港口或航空器到达本国领土内时为既遂,否则为未遂。<sup>①</sup> 本文认为,无论是从保护国家对毒品的管制秩序还是从保护公众健康的观点出发,都宜采用这一既未遂标准的观点。反过来说,输出毒品的既未遂标准应与输入毒品的既未遂标准紧密衔接,以装载毒品的船舶离开本国港口或航空器离开本国领土内时为既遂,否则为未遂。

本案中,共计 1075 千克含有麻黄浸膏粉的混合物在北京首都机场海关被分 7 批申报出口墨西哥并办结通关手续。案发后,其中 375 千克被北京海关缉私局在首都机场查获,其余已运至墨西哥的 700 千克中,有 350 千克被追回。也就是说,走私 1075 千克制毒物品的犯罪故意中,有 375 千克因行为人意志以外的原因未能得逞,属于未遂,已运至墨西哥的 700 千克认定为既遂。既遂的数量已超过司法解释中规定的定罪起点 100 千克,<sup>②</sup>符合走私制毒物品罪的构成要件,应成立此罪。《刑法》第 350 条第 1 款后段对于“数量大”的规定是量刑规则而非加重构成,因此,应以该款前段的规定为依据,未遂的 375 千克作为从重的量刑情节。

#### 四、“本单位财物”的认定

我国《刑法》第 271 条第 1 款规定:“公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以

<sup>①</sup> 参见张明楷:《刑法学》,4 版,1011 页,北京,法律出版社,2011。

<sup>②</sup> 《刑法》第 350 条第 1 款:“违反国家规定,非法运输、携带醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用于制造毒品的原料或者配剂进出境的,或者违反国家规定,在境内非法买卖上述物品的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;数量大的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”根据 2000 年 6 月 6 日最高人民法院《关于审理毒品案件定罪量刑标准有关问题的解释》第 4 条第 1 项,麻黄浸膏、麻黄浸膏粉 100 千克以上不满 1000 千克的,依照《刑法》第 350 条第 1 款的规定定罪处罚。超过这一数量的,认定为“数量大”。

并处没收财产。”本案中,犯罪嫌疑人 A1、A2 在向 A 公司报价时,将每千克 14 美元的售价谎称为每千克 7 美元的行为是否构成职务侵占罪?争议点在于,如何界定“本单位财物”,具体来说,单位违法所得的财产是否仍属于本罪中的“本单位财物”而受刑法保护?

目前关于“本单位财物”的界定一般有两种观点:一是认为仅指本公司、企业或者其他单位享有所有权的财物;二是认为还应包括虽然没有所有权,但由本单位实际控制或管理使用的他人所有的财物。本文赞成后一种观点,认为本单位财物并非必须是单位所有的财物,也包括本单位占有的财物,所谓“占有”即占有财物的权利(他物权)以及债权。经营活动中依据一定法律或事实关系占有的非本单位所有的财物,虽然并没有移转财物的所有权,也应当视为本单位的财物。

财产犯罪所保护的法益应包括财产所有权及其他本权。<sup>①</sup>对财物使用、收益和处分等权能都是基于占有得以实现的,因此,无论是对于所有人本人而言,还是对非所有人而言,保护财产所有权的前提,是有效地保护对财物的占有本身。并且,“随着社会的发展,财产关系日益复杂化。推行市场经济体制以来,所有权与经营权相分离的现象普遍存在,所有者可以通过各种形式转让经营权,并可以凭所有权取得利益。在如此复杂的财产关系面前,不能仅以所有权作为财产犯的法益,而应当将所有权以外的值得刑法保护的某些利益也作为法益。”<sup>②</sup>职务侵占罪的行为内容包括将基于职务管理的单位财物非法占为己有(侵占)以及利用职务之便的窃取、骗取等行为。其作为财产犯罪的一种,“本单位财物”应当包括本单位所有的和本单位占有的财物。这里的“占有”分为两种情形:一是在经营活动中暂时占有的其他单位或者其他个人的财物,此时与其他单位、个人之间具有民事法律关系,例如保管、抵押、留置、加工、借贷等,此单位就暂时地占有了该财物。第二种情形是各种单位暂时占有的公民个人、非国有社会组织的财物,《刑法》第 91 条关于“在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产,以公共财产论”的规定就是相关

① 参见张明楷:《刑法学》,4 版,838 页,北京,法律出版社,2011。

② 张明楷:《刑法学》,4 版,839 页,北京,法律出版社,2011。

例证。

本案的问题在于,如果某财物并不是由单位合法取得的,那么,能否将其认定为单位财物?本文持肯定态度。单位通过非法活动甚至犯罪活动得到的财产,在民法的意义上说的确不是本单位的合法财产,但即使民法上的非法占有,也不意味着给占有本身不受法律保护。“民法上认定为非法占有,意味着应当根据民法将财物返还给所有人;而刑法保护这种占有,意味着他人不得随意侵害该占有。”<sup>①</sup>应该说,需要通过法定程序改变现状(恢复应有状态)的占有也是刑法所保护的法益。

就本案而言,犯罪嫌疑人 A1、A2 的行为属于利用职务之便骗取 A 公司的应收款,应收款可以被认定为“本单位财物”。虽然 A 公司的该笔应收款属于非法所得,但如上所述,依然受刑法保护,A1、A2 的行为构成职务侵占罪。最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》(1996 年 1 月 24 日公布实施)第 2 条第 3 款规定:侵占公司、企业财物 5000 元至 2 万元以上的,属于“数额较大”;侵占公司、企业财物 10 万元以上的,属于“数额巨大”。本案中出售混合粉共 1075 千克,A1、A2 将每千克 14 美元谎称为 7 美元,计算其侵占的数额为  $1075 \times 7 = 7525$  美元,折合人民币超过 2 万元但不足 10 万元,属于“数额较大”。综上,犯罪嫌疑人 A1、A2 犯有职务侵占罪未遂,实行数罪并罚。

## 五、结论

在单位犯罪的认定中,A 公司国际销售部作为 A 公司内部的职能部门,不能单独地成为单位犯罪主体;真正反映单位意思的行为应当被认定为单位行为,A1 作为 A 公司国际销售部经理,在其相应部分经营管理权的行使上具有完全的自由裁量权,根据上文所述的“中枢机构指令”标准,本案中走私行为所基于的指令是由中枢机构发出的,因此这一走私行为属于单位行为;即使在公司法定代表人、董事、总经理

<sup>①</sup> 张明楷:《刑法学》,4 版,839 页,北京,法律出版社,2011。

等事先并不明知的情况下,亦不影响单位行为的认定。

另外,职务侵占罪中的“本单位财物”包括了单位所有和单位占有的财物,违法所得的财物也应当被包括在内。

总之,本案中走私制毒物品的行为应当认定为 A 公司的单位犯罪行为,A 公司犯走私制毒物品罪既遂,对 A 公司判处罚金。犯罪嫌疑人 A1、A2 犯走私制毒物品罪既遂和职务侵占罪未遂,数罪并罚。应根据《刑法》第 350 条和第 271 条的规定实行数罪并罚。

## 2 不真正不作为犯的探讨

杨彦威

### 一、基本案情

2007年3月12日凌晨2时许,被告人陈五星、冯杰仁酒后,由冯杰仁驾驶其红色两厢夏利牌轿车与陈五星到某地顺心酒楼嫖娼。因不满意小姐的服务,陈在该酒楼吵闹,顺心酒楼老板即被害人李衡达便提议去阳光酒楼。当日凌晨3时许,由冯驾驶其夏利轿车,陈乘坐副驾驶位置,李乘坐后排座位,一同去往某地阳光酒楼。途中,陈提议改去吴兴洗浴中心洗浴,被害人拒绝并要求下车,此时车行至某地祥瑞饭店门前,被害人从车上坠落,受伤昏迷。陈、冯商议后将李送回顺心酒楼,并编造其昏迷是因饮酒过量所致、其鼻子部位的血迹是撞在饭店门上所致的谎言,而未告知被害人昏迷的真实原因,在场人员信以为真。陈留下假的电话号码后,二被告人离开顺心酒楼。2007年3月12日上午9时许,顺心酒楼人员发现李在房间内已停止呼

吸,遂将其送往某地医院抢救,但确诊已经死亡。经依法鉴定,被害人具备在运动状态下头后枕部着地致重度颅脑损伤死亡特征。

## 二、争议问题

本案的争议问题在于,陈五星、冯杰仁的行为是否成立不真正不作为的过失致人死亡罪。本文着重讨论以下问题。

首先,陈五星、冯杰仁在被害人从车上坠落,受伤昏迷后有两个主要的行为,一是没有及时救助被害人;二是在将被害人送回顺心酒楼后,编造被害人昏迷是因饮酒过量所致、其鼻子部位的血迹是撞在饭店门上所致的谎言,致使在场人员信以为真,没有对被害人采取救助措施,最终导致被害人死亡,这是不作为和作为并存的双重行为吗?如果陈五星、冯杰仁的行为构成杀人,就没有必要讨论不作为的问题。因此,在本案中,讨论不作为和作为的判断标准,有助于我们对陈五星、冯杰仁的行为进行定性,这是我们讨论其他问题的前提,也是对本案进行定性的关键之所在。

其次,不作为的可罚性,在于行为人应当履行法所期待其履行的义务,而行为人却没有履行,因此行为人是否具有作为义务对不作为犯的认定至关重要。这就涉及不作为的作为义务来源问题,法律上对此没有明确规定,学者们对此问题的认识也存在分歧。因此,本案中,陈五星、冯杰仁是否具有作为义务,也值得讨论。另外,不作为和作为的等价性问题与作为义务问题紧密相连,本文在探讨作为义务问题时,也将讨论不作为和作为的等价性问题。

再次,在违法构成要件方面,行为人具有作为义务,只是不作为犯成立的一个要件,成立不真正不作为犯还需要具备“作为可能性”和“结果回避可能性”。在此,需要特别说明的是,本案中是否具有结果回避可能性,需要判断如果陈五星、冯杰仁履行救助被害人的义务,被害人是否必然不会死亡,这涉及医学鉴定问题,不是本文要解决的问题。对于本案,我们是以具有结果回避可能性为前提进行讨论的。

最后,本案中行为人在触犯不真正不作为的过失致人死亡罪时主观上究竟是出于故意还是过失,也是可以争论的。

### 三、作为与不作为的界定

#### (一) 作为与不作为的区分标准

关于作为和不作为的区分,学说上主要存在两种不同的立场:一种是着眼于物理的身体动静来区分作为和不作为;另一种侧重于规范的价值判断的立场来区分作为和不作为。早期的行为论,在区分作为和不作为的界限上,往往着眼于物理的身体动静,即出于意思决定而表现为身体运动的,为作为;出于意思决定而表现为身体静止的,为不作为。<sup>①</sup>但时至今日,这种观点已经很少为人所主张。因为刑法中通常以静止方式所构成的犯罪,其实现方式并非表现为身体的绝对静止。以日本刑法中的不退出罪为例,行为人在主人要求退出时并不退去,而是在住宅之内悠闲信步,拒不离开,也可以构成本罪。因此,可以这样认为,运动的方式也同样可以构成刑法中通常被认为是以不为一一定运动的方式所构成的犯罪。对此,我国学者王作富教授曾说:“在理论上有的把作为和不作为说成是‘动’与‘静’的两种不同形态,这是不确切的。因为,这并不是二者的实质区别。例如,偷税行为本质上是不履行纳税义务的行为,即不作为,但是,并非为此而什么事也不做。相反地,行为人往往为此而要进行伪造账目等活动。然而这并不改变其不作为的本质。但是,有的著作中说,偷税人伪造账目,弄虚作假,是作为,应纳税而不纳税是不作为。我认为,这在概念的运用上是不准确的。刑法上的作为与不作为的特有含义,是指犯罪行为的基本形态。不能把任何一种积极的动作,就叫做作为;否则,就找不出什么纯粹的不作为的犯罪了。”<sup>②</sup>从侧重于规范的价值判断的立场来区分作为和不作为的学说有多种,其中法规说是一种传统的观点,该说以行为违反的法律规范的性质为标准来区分作为与不作为,行为违反的法律规范是禁止性规范的,是作为;行为违反的法律规范是命令性规范的,是不作为。这种观点并未过时,仍然具有重要的意义。除此之

<sup>①</sup> 参见许成磊:《不纯正不作为犯理论》,44~45页,北京,人民出版社,2009。

<sup>②</sup> 王作富:《中国刑法研究》,113页,北京,中国人民大学出版社,1988。

外还存在其他学说,但这些学说都有缺陷:①能量说认为,向一定方向投入能量的是作为,不向一定方向投入能量的是不作为。例如,士兵因为听到“注意!”的命令而像柱子一样站立时,由于士兵使用了内部能量而直立,故属于作为;再如,医生撤除患者的生命维持装置的行为,意味着没有投入更多的能量,因而是作为。但是,这种观点导致作为与不作为区分的复杂性与恣意性,而且实际的区分结论也不妥当(如上述医生的行为应否认定为不作为,便存在疑问)。②因果关系基准说提出,引起了结果的行为是作为,没有引起任何现象的是不作为。但是,如果认为不作为与结果没有因果关系,对于不作为的结果犯就只能以未遂犯论处,这恐怕存在疑问。③社会意义说根据行为的社会意义是引起结果还是不防止结果来区分作为与不作为。但由于“社会意义”的概念不明确,也导致其区分标准不明确。④法益状态说认为,使法益状态恶化的是作为,没有使法益状态好转的是不作为。法益状态说虽具有一定的合理性,但也并不明确。例如,阻止第三者救助被害人的行为是作为,但这种行为可能只是没有使法益状态好转的行为。⑤介入说认为,法益向好的方向发展时,行为人介入的(如阻止医生救助他人),是作为;法益向恶的方向发展时,行为人不介入的(如医生不救助患者),是不作为。但是,在许多场合,作为一种存在的法益不一定有向好的或恶的方向发展的趋势,因此,该观点也有不足之处。<sup>①</sup>

法规范说从刑法规范的立场来区分作为与不作为,在一般情况下,无疑是合理的。因为在刑法学上谈及作为与不作为,作为与不作为便具有了刑法规范的意义,这与我们日常生活中所说的一般意义上的作为与不作为是不同的。再者,犯罪行为归根结底是一种法律评价行为,是事实与规范统一,离开了法律规范谈及作为与不作为都是不合理的。

法律规范总是要求人们为或者不为一定的行为,这便涉及法律义务的问题。这里有必要提及我国有些学者主张的“法律义务说”,该说根据行为人违反法律义务的内容和性质来区分作为和不作为。法律

<sup>①</sup> 参见张明楷:《刑法学》,4版,148~149页,北京,法律出版社,2011。



义务的内容如果是要求行为人不为一定的行为,而行为人有所为,是作为;反之,法律义务的内容要求行为人为一定行为,而行为人不为,是不作为。<sup>①</sup>对法律规范的遵守与否最终要通过人们为或者不为一定行为来体现,因此,法律规范说和法律义务说在本质上是一样的,只不过法律规范说是从抽象的层面上来区分作为和不作为,而法律义务说则从更为具体明了的层面来区分作为与不作为。由此,我们也可以这样认为,区分作为和不作为,应以一定的法律义务为标准,如果法律义务要求行为人不为一定行为,而行为人竟为之,是作为;如果法律义务要求行为人为一定行为,而行为人竟不为,是不作为。

综上所述,在区分作为和不作为时,我们可以得出以下认识。作为是指行为人实施刑法所禁止的行为。从违反法律规范的性质上看,作为直接违反了禁止性的罪刑规范;从违反法律义务的层面来看,作为是法律义务要求行为人不为一定行为,而行为人竟为之。不作为,是指行为人在能够履行自己应尽义务的情况下不履行该义务。从违反法律规范的性质上看,不作为不仅违反了禁止性罪刑规范,而且直接违反了某种命令性规范;从违反法律义务的层面来看,法律义务要求行为人为一定行为,而行为人竟不为。另外,需要指出的是,不作为是指行为人没有履行作为义务,行为人在此期间实施的其他行为,并非不作为的内容,也不影响不作为的成立。例如,锅炉工在当班时,负有给锅炉加水的义务,但他没有加水,造成锅炉爆炸事故,这就成立不作为犯罪。至于锅炉工当班时实施了其他何种行为(如睡觉或外出游玩等)则并非不作为的内容,也不影响不作为的成立。<sup>②</sup>

## (二)“双重行为”下犯罪形态的认定

通常情况下,依据上述标准,作为和不作为是很容易区分的,这种情形下犯罪形态的性质也很容易认定。

但在少数的例外情况下,行为并非单纯的作为,或是单纯的不作为,而是作为与不作为同时并存的复合行为,换言之,一个构成要件该

<sup>①</sup> 参见黎宏:《不作为犯研究》,27页,武汉,武汉大学出版社,1997;熊选国:《刑法中行为论》,120页,北京,人民法院出版社,1992。

<sup>②</sup> 参见张明楷:《刑法学》,4版,148页,北京,法律出版社,2011。

当结果是同时由同一个行为人的作为与不作为造成的,这样的行为就是双重行为。<sup>①</sup> 比如,在德国被经常引用的“羊毛案”中,毛笔工厂主人进口一批中国山羊毛,依当时的规定,必须先经消毒杀菌才可加工,毛笔工厂主人没有将带有病菌的原料消毒,就将原料交给工人加工,致使四名从事羊毛笔加工的女工因感染病菌而死亡。其中,工厂主未消毒是不作为,交付工人加工是作为,工厂主的行为是作为与不作为同时并存的双重行为。本案也存在此种情形,陈五星、冯杰仁在被害人从车上坠落,受伤昏迷后有两个主要行为,一方面,没有及时救助被害人;另一方面,编造被害人昏迷是因饮酒过量所致、其鼻子部位的血迹是撞在饭店门上所致的谎言。在凌晨3时许这样一个时间,被害人从车上坠落,受伤昏迷,被害人的生命已处在危险状态之中,刑法规范要求陈五星、冯杰仁及时救助被害人,<sup>②</sup>而二人却并没有及时救助被害人,没有从事法所期待的行为,属于应当为而不为,是不作为。陈五星、冯杰仁将被害人李衡达送回顺心酒楼,编造被害人昏迷是因饮酒过量所致、其鼻子部位的血迹是撞在饭店门上所致的谎言,致使在场人员信以为真,从而使顺心酒楼人员也没有对被害人实施救助行为,二人的行为实际上属于“阻止他人合法行为”的行为,违背了法律所要求的“不得阻止他人合法行为之义务”,属于不应为而为,是作为。故陈五星、冯杰仁的行为属于作为与不作为并存的双重行为。

认定双重行为下犯罪形态的性质,是比较困难的,这种情况尤其集中在过失犯的场合。对此,大陆法系刑法理论有两种不同的观点:非难重点说和作为犯优先说。<sup>③</sup> 非难重点说认为,应当根据刑法非难的重点来确定行为构成作为犯还是不作为犯。此种情况下,一个犯罪行为在举止方式上有多重含义,引出以下问题:是由哪个组成部分(作为或不作为)在构成对于刑法上的评判所关键性的连接点? 举止的外部表现形式是否就同时必然在决定举止是作为一个作为,还是一个不作为的法律上质变? 此种情况下,要在作为和不作为之间划分,不是

<sup>①</sup> 参见林山田:《刑法通论》(下册),增订10版,236~237页,台北,作者自版,2008。

<sup>②</sup> 当然此处涉及陈五星、冯杰仁不作为行为下的作为义务问题,笔者将在下文详细论述。

<sup>③</sup> 参见刘士心:《不纯正不作为犯研究》,35页,北京,人民出版社,2008。

一个纯粹以经验能够解决的问题,而是一个价值评价问题,德国主流观点认为,决定性(决定行为是作为还是不作为)的更多的是从(法律)规范的角度观察和考虑行为的社会方面影响,要看刑法上重要的举止之重点是在什么地方。<sup>①</sup>另外,关于此种情况下如何区分作为与不作为,我国台湾地区的林东茂先生也这样认为:“到底是作为或不作为,要看事件的社会意义,要看特定举止的重点。”<sup>②</sup>犯优先说认为,这种情况下应当首先考虑是否成立作为犯,只有作为犯不能成立时才考虑不作为犯是否成立。如耶塞克等人的观点即表达了这种意思,他们认为这种情况下“如果行为人通过客观的构成要件该当的积极作为,故意或者过失地引起结果,该行为首先是对于刑法而言具有重要意义的连接点。当行为欠缺违法性或责任时,还必须进一步斟酌,行为人是否没有为能够避免结果的可期待的行为”<sup>③</sup>。又如,韩国学者李在祥认为:“当作为和不作为的区分不明确时,首先探讨作为是否属于构成要件且是否违法、有责任,仅将作为当做刑法评价的对象,而只有在否定的情况下再探讨不作为的问题,才是合理的方法。”<sup>④</sup>

尽管双重行为下行为是构成作为犯还是不作为犯并非因为学说的不同而有很大差异,<sup>⑤</sup>但事实上,非难重点说和作为犯优先说都有其缺陷。非难重点说中,所谓非难的重点“在何处,只能根据法律审理的

---

① 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,424~425页,北京,法律出版社,2008。

② 林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》,增订3版,49页,北京,中国人民大学出版社,2009。

③ [德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,725页,北京,中国法制出版社,2001。

④ [韩]李在祥:《韩国刑法总论》,[韩]韩相敦译,104页,北京,中国人民大学出版社,2005。

⑤ 韩国学者李在祥认为,非难重点说和作为犯优先说在以下几种情况下都得出了相同的结论:第一,过失犯当中未完全履行注意义务而积极作为的情况是作为犯;第二,积极妨害他人的救助行为时,即使具有不实施救助行为的不作为要素,也构成作为犯;第三,中断自己对救助付出的努力时,也属于作为犯;第四,在对原因自由的不作为的情况下,以积极行为致使其陷入无行为能力状态下不作为时,也构成作为犯。参见[韩]李在祥:《韩国刑法总论》,[韩]韩相敦译,104~105页,北京,中国人民大学出版社,2005。

结果得出,因而一开始就要求它只能成为不合理的感情判断”<sup>①</sup>,也就是说,这种判断有很大的主观性,缺乏客观性标准。作为犯优先说的根据是“以作为而导致结果的发生,较之以不作为而导致者,具有较高的应刑罚性”,<sup>②</sup>其初衷是“从一重处断”,实现罚当其罪,但事实上过失的作为犯的处罚往往低于故意的不作为犯,该学说可能导致罪刑失衡。因此,笔者认为,在判断双重行为下犯罪形态的性质时,应当独立地考察作为犯的成立和不作为犯的成立,通常优先判断行为是否构成作为犯,<sup>③</sup>但同时要考虑刑法规范所保护的重点,也就是要关注行为对法益的侵害程度,在不作为行为对法益的侵害程度更大的情况下,则应考虑成立不作为犯。

就本案而言,一般情况下,应当优先认定陈五星、冯杰仁的行为成立作为犯。但是,刑法规范重在保护被害人的生命利益,而不在于评价陈五星、冯杰仁编造谎言阻止顺心酒楼人员救助被害人的行为,换言之,他们行为中的“作为”,实际上只是他们实施的“不作为”行为的要素而已,也就是说,其“不作为”行为通过吸收“作为”行为而最终导致了危害结果的发生。显然,从法益侵害程度上来看,陈五星、冯杰仁的不作为行为,对被害人法益的侵害程度更大。因此,依据笔者上文中提出判断双重行为下犯罪形态性质的标准,可以初步认定陈五星、冯杰仁成立不作为犯(其行为是否真正构成不作为犯,我们将在下文进行详细分析)。

### (三) 陈五星、冯杰仁的行为成立不真正不作为犯

刑法理论将不作为犯区分为真正(纯正)不作为犯和不真正(纯正)不作为犯,真正不作为犯,是指刑法分则条文明文规定了保证人与不作为内容的犯罪,例如,《刑法》第311条规定:“明知他人有间谍犯罪行为,在国家安全机关向其调查有关情况、收集有关证据时,拒绝提供,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制”;不真正不作为

<sup>①</sup> [韩]李在祥:《韩国刑法总论》,[韩]韩相教译,104页,北京,中国人民大学出版社,2005。

<sup>②</sup> 参见林山田:《刑法通论》(下册),增订10版,237页,台北,作者自版,2008。

<sup>③</sup> 此种优先判断的依据在于,法秩序主要是处罚危害社会的作为,而非危害社会的不作为。

犯,是指刑法分则没有规定保证人与不作为内容,但行为人以不作为实施了通常由作为实施的构成要件的犯罪,<sup>①</sup>例如,我国刑法关于故意杀人罪的表述,并没有限制保证人的范围,《刑法》第232条只是规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。”陈五星、冯杰仁的行为涉及了故意杀人罪或者过失致人死亡罪的不真正不作为犯。

## 四、不真正不作为犯的成立条件

### (一) 不真正不作为犯的违法构成要件

不真正不作为犯的违法构成要件要素包括保证人的地位、作为可能性、结果回避可能性等。

#### 1. 保证人地位

大陆法系刑法理论对作为义务来源问题的讨论经历了从形式到实质的变化过程。我国刑法理论原先是从“形式”方面对作为义务来源问题进行限定和探讨,形成了“形式说”,但关于作为义务的具体来源和种类,学者们观点不一,主要观点有以下几种:<sup>①</sup>三来源说,即法律上明文规定的义务,职务上或业务上要求的义务和行为人先前行为产生的义务;<sup>②</sup>四来源说,即法律明文规定的义务,职务或业务上要求的义务,法律行为引起的义务和先行行为引起的义务;<sup>③</sup>五来源说,即法律上的明文规定,职务和业务上的要求,行为人的先行行为,自愿承担的某种特定义务和特殊场合下公共秩序和社会公德要求履行的特定义务。<sup>④</sup>但是,“形式说”既存在理论上的缺陷,也导致实践中确定的保证人范围有时过宽、有时过窄。一方面,根据“形式说”,只要行为人负有其他法律规定的义务,就能够成为不真正不作为犯的保证

<sup>①</sup> 参见张明楷:《刑法学》,4版,151页,北京,法律出版社,2011。

<sup>②</sup> 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编),132~133页,北京,中国法制出版社,1999。

<sup>③</sup> 参见赵秉志、吴振兴主编:《刑法学通论》,151~152页,北京,高等教育出版社,1993;张明楷:《刑法学》,3版,144页,北京,法律出版社,2007。

<sup>④</sup> 参见马克昌主编:《犯罪通论》,3版,170~173页,武汉,武汉大学出版社,1999。

人,进而承担刑法上的刑事责任。但是这种观点难以回答以下问题:为什么不履行其他法律规定的义务,就直接构成刑法上的不作为犯罪?一个以作为形式违反了行政法、婚姻法、经济法的行为,通常不会成立刑法上的犯罪;既然如此,一个没有履行行政法、婚姻法、经济法规定的义务的行为,为什么反而可以直接成立刑法上的犯罪?<sup>①</sup>也就是说,在理论上,“形式说”难以在不履行其他法律规定的义务的行为与成立刑法上的犯罪之间架起一座沟通的桥梁。另一方面,行为人所管有法律、契约以及先行行为所赋予的作为义务,但不履行该义务在何种场合下成立不真正不作为犯,仍然并不明确。例如,双亲对于未成年的子女在民法上负有教育监护义务,这可以成为作为义务的发生根据,但是如果家中15岁的子女,因为营养不良而面临死亡的困境,其父母明知此事而撒手不管,以致孩子死亡的案件中,对于该双亲能马上以故意杀人罪定罪吗?还有,对交通肇事后逃跑者的行为是否一律按杀人罪来处理呢?相反地,假如民法中不存在父母对于未成年子女有监护、教育义务的规定,对于母亲不给婴儿喂奶以致婴儿死亡的场合,对该母亲就不能认定杀人罪吗?可见,形式的作为义务说中的作为义务的发生根据同现实中客观存在的处罚不真正不作为犯的根据并不一致。<sup>②</sup>也就是说,实践中对于处罚不真正不作为犯时确定的保证人范围与“形式说”的主张并不一致。

正是由于“形式说”存在诸多缺陷,近年来我国学者也逐渐开始进行不作为的作为义务的实质化运动,注重不作为的作为义务的形式来源和实质来源的结合。<sup>③</sup>比较有代表性的是张明楷教授在其《刑法学》第4版中提出的观点。他认为不作为的作为义务来源有:①基于对危险源的支配产生的监督义务,包括对危险物的管理义务,对他人危险行为的监督义务和对自己的先前行为引起的法益侵害危险的防止义

① 参见张明楷:《刑法学》,4版,154页,北京,法律出版社,2011。

② 参见黎宏:《不作为犯研究》,126页,武汉,武汉大学出版社,1997。

③ 参见黎宏:《不作为犯研究》,122页以下,武汉,武汉大学出版社,1997;周光权:《论实质的作为义务》,载《中外法学》,2005(2),216~225页;陈兴良:《作为义务:从形式的义务论到实质的义务论》,载《国家检察官学院学报》,2010(3),70~79页;张明楷:《刑法学》,4版,154~159页,北京,法律出版社,2011。

务。②基于对法益的无助(脆弱)状态的特殊关系产生的保护义务,包括基于法规范产生的义务,基于制度或者体制产生的保护义务和基于自愿(合同与自愿接受等)而产生的保护义务。③基于对法益的危险发生领域的支配产生的阻止义务,包括对自己支配的建筑物、汽车等场所内的危险的阻止义务和对发生在自己身体上的危险行为的阻止义务。④这种观点既从法益侵害的角度提出了作为的作为义务的实质根据,又辅之以形式标准,使实质的法义务范围更加明确。笔者赞同这种观点。

本案中,被害人从车上坠落,受伤昏迷,生命处于危险状态的原因可能有如下两种:第一种情形是陈五星、冯杰仁在被害人要求下车时拒绝停车,被害人坚决要求下车并打开车门下车,导致从车上坠落;第二种情形是,陈五星、冯杰仁并未阻止被害人下车,而是车本身存在问题,比如车门存在故障,以至于被害人在下车时意外地从车上坠落。下面分别分析这两种情形。

在第一种情形下,陈五星、冯杰仁和被害人共同的行为致使被害人从车上坠落。这里需要讨论的是行为人的先前行为(其中介入了被害人的行为)可否成为不作为的作为义务来源。依据张明楷教授提出的标准,“对自己的先前行为引起的法益侵害危险的防止义务”是不作为的作为义务来源之一,⑤这实际上将先行行为限定于行为人自己的行为,但本案中,并非只有行为人陈五星、冯杰仁的行为使被害人处于危险状态中,其中还介入了被害人自己的行为,因此,有必要讨论先行行为是否局限于行为人自己的行为。对此,也有不同的观点。有些国家或地区在立法上对先行行为引起的义务作出了规定,将先行行为局

① 参见张明楷:《刑法学》,4版,155~159页,北京,法律出版社,2011。

② 其实关于先行行为能否作为不纯正不作为犯作为义务的来源,目前大陆法系刑法理论中意见不一,有肯定说和否定说两种观点。但是,我国刑法理论通说和司法实务都肯定先行行为引起的义务是一种不真正不作为犯的义务来源类型。因此,本文不再探讨这个问题。