

# 肖志军案中的刑法难题和价值取向

## ——不作为、因果关系与间接故意之新界

高艳东

(浙江大学 光华法学院, 浙江 杭州 310008)

**摘 要:** 丈夫拒绝签字导致妻子死亡的行为属于间接故意杀人。肖志军因具有法定的救助义务而成立不作为;刑法应偏向患者利益,在医疗领域中采用风险增高理论来判断因果关系;在拒签时,肖志军认识到了妻子死亡的具体危险性,这决定了他属于间接故意的杀人。在社会救助体制缺失时,刑法期待通过强化个人责任而确立“全力救助患者生命”的价值导向。

**关键词:** 法定义务; 风险增高; 具体危险性; 故意杀人

**中图分类号:** DF611      **文献标识码:** A

### 一、引言:坊间忽视了拒签者的刑事责任

2007年 11月 21日,肖志军将患肺炎并即将临产的妻子送进北京朝阳医院。面对经济困难且难产的孕妇,医院决定为其免费入院接受治疗。然而丈夫肖志军却拒绝为生命垂危的妻子在剖腹产手术告知单上签字。在长达 3 个小时的僵持过程中,肖志军(以下简称“肖”)一直对众多医生及病友甚至 110 警察的苦苦劝告置之不理,最终导致胎儿和孕妇双双死亡的悲剧<sup>[1]</sup>(以下简称“肖案”)。

在肖案中,社会舆论大多质问处于强势地位的医院,把更多目光投向了曾经有些“痛恨”的医疗体制,有意无意地以朝阳医院为对象发泄被压抑

了的对救助制度的不满情绪。虽然肖的岳父母选择了报警,也有个别学者提及了肖的法律责任,但坊间却“深刻地”把拷问肖的刑事责任问题转移到反省救助制度的缺憾上,颇有代表性的观点认为,“社会病了,李丽云的死,以一种极端方式展现了现有制度留下的一个死角,这个死角让每个人都可以在经验与法律支起的帐篷里躲过这场良心问责的风雪。在此,我们无意责备任何当事人,大家都很不幸,任何苛责都可能意味着一种重负与不公平”<sup>[2]</sup>。肖案之痛固然掺有医疗制度的缺憾性,然而,任何制度都难以尽善尽美,制度的缺憾不能成为个人责任的“遮羞布”,否则,任何罪犯都能以制度性原因求得宽恕。在悲剧之后,弥补制度漏洞是政府的责任;而刑法的义务是审查悲剧之中的个人责任:在并非完善的制度中,谨慎行事的个人是否有能力、有机会、有义务避免法益损害。以刑法智识冷眼看肖案,笔者在“哀其不幸怒其不争”后得出一个与直觉判断相左的结论:与尽到了最大努力的医生相比,肖的可归罪性更高,其行为构成不作为

收稿日期: 2008 - 03 - 31

作者简介:高艳东(1977 - ),男,山东烟台人,浙江大学光华法学院副教授,法学博士。

的故意杀人罪。

肖是否构成犯罪涉及的刑法难题有:肖的拒签行为是否属于刑法中的不作为;妻子的死亡结果与拒签行为之间是否有因果关系;肖对妻子的死亡是出于故意还是过失;肖的行为构成遗弃罪还是故意杀人罪;肖是否存在无期待可能性等免责事由;对肖定罪是否符合刑法的实质正义与价值取向。本文不讨论肖案中可能存在的极端情况,如肖是在精神病状态下拒签或原本有杀妻的直接故意。

## 二、对肖定罪的客观要件:不作为与因果关系之考察

### (一)拒签行为是不履行第一顺位的法定义务之不作为

构成犯罪的 premise 是实施了《刑法》所规定的构成要件中的行为。在肖案中,肖并没有实施主动的加害行为,那么,肖的拒签行为是否成立刑法中的不作为?成立不作为的核心是行为人负有作为义务,而肖具有救助义务。

首先,在法理上,由于长期共同生活的事实,肖与其妻子形成了“紧密的生活共同体”。相对于其妻子而言,肖处于“保证人”地位,具有作为义务。在作为义务问题上,德日刑法采用的“保证人说”认为,在发生某种犯罪结果的危险状态中,负有应该防止其发生的特别义务的人即为保证人,保证人虽然能够尽其义务,却懈怠而不作为时,就能够成为基于不作为的实行行为<sup>[3]</sup>。由于“保证人说”相当宽泛地认定作为义务,在中国刑法中仅属于道德义务的婚约关系、结伴探险等情形,也能够形成作为义务。1935年联邦德国法院的一个判例指出:“在极为紧密的生活共同体中,对于与外界隔离的人们而言,伦理的义务可能成为法的义务。”二战后,德国法院的判例再次确认了紧密的生活共同体的概念。而成为作为义务来源的紧密的生活共同体的关键,不在于存在共同的生活空间,而在于共同体成员之间高度的相互信赖关系<sup>[4]</sup>。借助“紧密的生活共同体”这一概念,能够明确地肯定肖的作为义务。

其次,在义务性质上,肖基于夫妻关系具有法

定的作为义务。肖与妻子没有进行婚姻登记的情形属于《婚姻法》不承认的事实婚姻,即双方之间没有合法婚姻关系;但这并不影响在刑法上认定两人具有婚姻关系,进而肯定肖具有法定的作为义务。这涉及到“刑法独立性原则”,刑法的基本理念是“刑法独立性”,即刑法中的术语可以作出与其他部门法和生活领域不同的解释。“从历史上讲,刑法是最古老的法律形式,至今它还独立地调整很广泛的范围,如生命、自由、荣誉或风俗等。它不需要借鉴其他法领域的概念和作用”<sup>[5]</sup>。其他部门法要考虑各自概念间的协调统一,但是刑法却不必,也不能。刑法要审视“整体法秩序的要求”,尽量弥补其他法律形成的重大漏洞,进而根据更高的“保护社会任务”赋予每个刑法术语独特的含义。例如,在德国,“民法认为自然人只有在‘完成出生时’才存在”(《德国民法典》第1条)。刑法却相反,……一个‘自然人在出生开始时就已经存在了,因为刑法对于在分娩过程中的伤害或者杀害行为也能够评价为伤害或者杀害行为’<sup>[6]</sup>。同样,刑法中的“财物”也不同于民法上的理解。如果依赖包括宪法在内的其他法律的概念或价值,就会弱化刑法保护社会的功能,形成致命的实质不公正。刑法术语的含义不必与其他部门法相吻合,与肖案相关的例子就是,在我国《刑法》规定的重婚罪中,事实婚与法律婚具有同样意义。总之,刑法中的婚姻关系包括事实婚姻关系,肖与李的事实婚姻是刑法上的婚姻关系,由此产生了肖在刑法中的法定作为义务。因此,肖拒绝签字、不履行救助义务,就已经具备成立不作为犯罪的前提。

最后,就义务的内容、义务的强制性、不履行义务时的非难程度而言,肖承担的法定义务都高于、重于医生承担的职业义务。一方面,作为义务在内容上有差别。与职业义务、先前行为义务相比,婚姻关系形成的法定义务内容宽泛,时间长久。肖的

如果查明肖想通过拒签阻止医生救治,实现杀妻目的,则肖的行为成立直接故意杀人。另外,根据目前报道,肖不可能是在精神病状态下拒签,如何判断精神病状态,笔者在《对邱兴华案的刑法观察:知识体系与学者诉求的错位》(《华东政法学院学报》2007年第1期)一文中详细分析。

救助义务伴随其与妻子共同生活的所有期间,不能因为肖实施过送妻子去救助站、打政府电话求助等救助行为,就认定肖履行了救助义务,同时,救助义务包括所有方面,如避免妻子死亡的义务、照料、扶助义务,因此,即使签字而拒不履行照料义务也可能成立不作为犯罪。另一方面,法定义务具有不可推卸性,不履行时的非难程度更高。不作为的义务来源存在先后顺序,强制程度也相应地有所差别,而法定义务是第一顺位的义务,也是强制程度最高的义务。例如,父亲救助女儿是法定义务,而警察救助国民则是职业义务,在女儿落水的现场,父亲和警察都有能力救助却不救助时,对父亲的非难性要高于警察——父亲可能构成故意杀人罪,而警察只能构成玩忽职守罪;父亲不能推卸法定救助义务,若父亲能救助却要求警察施救而导致女儿死亡的,父亲同样成立不作为犯罪。在肖案中,肖承担第一顺位的法定义务,而医生只有第二顺位的职业义务,即便医生因为患者无钱而拒绝治疗,对肖的非难性程度都高于医生。肖更不能把第一顺位的法定义务推卸给他人,不切实际地期待医生在家属拒签时也实施手术。

## (二)医疗中因果关系的偏向性:慎用“手术也会死亡”的鉴定结论

在认定肖能成立不作为之后,还需判断此不作为与死亡结果间的因果关系。认定肖案的因果关系会存在争议,这主要源于对鉴定结论的不同理解。北京市卫生局经过专家死亡病例评审后认为,孕妇李丽云就诊当日病情严重,其死亡“不可避免”;手术可能挽救胎儿生命;医院当日做法符合法律规定。鉴定专家认为,“孕妇的病情非常严重,死亡率为80%至85%,在当时的情况下,救活机率非常小”<sup>[71]</sup>。

1. 应冷静看待肖案的鉴定结论。北京市卫生局这一鉴定的用意,可谓“司马昭之心路人皆知”。如果进入司法程序,在认定肖的责任时,不应采纳上述旨在使医院免责的鉴定结论。虽然笔者并非医学专家,但根据常识,对于多数严重疾病,即使手术也会(可能)死亡,手术或是冒险式的紧急避险,或是延缓死亡时间;而且家属在面对医生的签字建

议时,都会听到“手术风险很大”等警告,如果据此肯定拒签的合理性,家属极易以回避手术风险之借口而放弃治疗,进而引发道德危机。而且在肖案中,医生并未向肖强调手术的重大风险。在肖拒签时,医生认为有手术的必要性,据此可以推断:从医生立场看,手术至少有可能挽救李的生命(即便是很小的可能性)或者有可能延缓李的死亡。如果医生认为即使手术也必然会死亡,怎么可能反复劝说肖签字达3小时之久?

2 应借鉴风险增高理论认定医疗领域的因果关系,堵塞道德漏洞。即便采纳上述鉴定结论,仍应肯定肖的不作为与死亡结果之间的因果关系,从而做出医院免责而肖仍然有罪的判断。在刑法学上,在结果系因行为人之外的因素出现时,并不能断然否认因果关系。少数持反对意见的学者认为,如果没有行为人的行为,结果仍然发生,就能够否认行为与结果间的因果关系。如德国刑法学者考夫曼依据民事赔偿责任的基本原理指出应否定因果关系的情形,他认为,“如果行为人使用一个造成犯罪结果的行为打击了一个构成行为的客体,在这个构成行为的客体中,在这个时间点里,一个导致同样结果的发展已经达到了这样的规模,从而使得这个后果的出现在不依赖于违法行为人举止行为的情况下,应当根据自然人的判断来期待,那么,就缺乏了这个构成行为的结果无价值并且因此缺乏了不法行为构成中的一个部分”<sup>[6][251]</sup>。在考夫曼看来,如果在不实施行为结果仍然会发生时,应否定结果和行为间的因果关系;存在过失时应认为犯罪不成立,存在故意时应认定为未遂。按照这种观点,如果肖签字进行手术患者也会死亡的话,就能够否定拒签行为与死亡结果之间的因果关系,而我国刑法中的间接故意与过失都以结果存在为成立犯罪的条件,这样,肖就不会构成故意杀人罪或者过失致人死亡罪,而只能考虑遗弃罪。

但是,考夫曼对因果关系的解说遭到了其他学者的批判。罗克辛教授针锋相对地批评到:“这个方案应当加以拒绝,因为它将导致允许人们,例如,在过失造成垂危病人死亡时无罪——这是一个对医生和医院服务人员的谨慎小心义务有着极端重

要意义的结论——并且,还将导致使这些人本身实施的故意杀人只能作为未遂加以刑事惩罚。这就与法律保护每个自然人生命的每一瞬间,以及因此至少必须使缩短生命在任何情况下都受到刑事惩罚的基本原则相矛盾了<sup>[9]</sup>。应该说,从刑法保护法益的有效性、防止刑法漏洞的立场看,罗克辛教授的学术目光更为深邃。

而如果采纳风险增高理论,认定肖案中的因果关系就不存在障碍。肖在第一次拒签时其妻子还活着,是在3个小时内历经数次拒签行为的情况下,才使其妻子的生命机会逐步丧失的。即便采纳鉴定专家的意见,刑法所关注的问题仍是:手术仍有10% - 15%的成功可能性,这就肯定了手术能够减少李死亡的风险,而拒签则增加了李死亡的风险并关闭了李的最后一线生存希望。在医生、警察明确对肖说明只有签字才能手术,才有可能挽救李的生命的情况下,肖拒绝签字就是切断了他人(医生)对李的救助可能性。因此,即便无法肯定拒签行为是死亡结果的决定性关系,也能够肯定拒签行为导致不能顺利实施手术,这就增加了妻子的死亡危险,至少推动了死亡结果更早地出现,从而可以肯定因果关系的存在。

3 风险增高理论背后的价值在于:它偏向于保护患者利益的立场和确保“全力救助患者生命”的价值导向。在认定肖案因果关系时,还要考虑特殊领域中的刑法偏向性,对刑法中因果关系的认定也要考虑特殊领域而进行适当修正。其中最典型的是疫学因果关系,按照疫学因果关系的要求,即便无法科学地证明水污染是致病的原因,只要根据统计观察法在经验上能够肯定污染的致病盖然性,也可以推定因果关系的成立,其背后的理论缘由就是基于污染的特殊性而使刑法偏向于环境保护立场。同样,在医疗行业等领域中,患者较常人更脆弱、更需要保护,因此,应着眼于保护患者利益的立场,适度放宽认定因果关系的标准,对行为人、过错者则要更严厉地归咎。

在医疗领域放宽因果关系的认定标准,有更高的价值取向,这就是:只要有一丝可能性,就不能放弃挽救生命的努力。刑法应立足于此采纳相应的

理论学说,惟此,才能够呼吁医疗人员和家属尽全力挽救生命、实现对生命的关怀。罗克辛采取的是用风险增高理论来解释因果关系,这缓和了因果关系认定上不可企及的绝对性判断。虽然这一观点有时会要求行为人对与行为没有必然因果关系的结果负责,但是,为应对多元化和复杂化的现代风险社会,刑法应有效发挥其法益保护法的功能,进而要求个人尽最大努力保护法益、控制风险。耶赛克教授在论述过失犯因果关系时也表达了相同的理念,“如果违反注意义务能够得到证实,已经对行为客体带来了较之通常的危险明显较高的危险时,就应当肯定结果的客观归责,因为,为了避免结果的发生,如果遵守注意义务能否导致该结果是不能肯定的,可能的注意义务仍然必须予以重视<sup>[51703]</sup>”。采纳风险增高理论认定因果关系,使刑法从结果无价值向行为无价值转变,能够很好地实现刑法的价值导向功能,要求行为人谨慎遵守社会规范,能减少风险的时候就减少风险,“遵守谨慎规范虽然明显地提高了法益保护的机会,但并不能肯定地保证这一点之外,立法者也必须坚持遵守谨慎规范<sup>[61258]</sup>”。例如,医疗人员、家属私自拔下一个气息细如游丝的患者们的呼吸管,即便事后无法准确认定死亡结果与行为间的因果关系,无法证明该患者在拔下呼吸管时是否已经死亡,甚至能够肯定该患者即便借助呼吸机也会很快死亡,都应该肯定因果关系,认定行为人成立过失犯或故意犯的既遂。

### 三、从抽象危险到具体危险性:肖拒签前后对危险性认识程度的飞跃

肖案的核心是,肖是否有罪过和具有何种罪过?判断肖是否有罪过的关键在于:肖是否认识到了拒绝签字有导致妻子死亡的可能性。如果肖根本没有送妻子去医院,那么还存在肯定肖未认识到妻子死亡可能性的余地。但是,从肖带妻子去诊所、被诊所送到大医院、被医生和警察劝说数小时的事实来看,在整个过程中,至少可以肯定,肖对妻子的死亡危险性有了一定的了解。刑法不要求肖能够像医生那样全面理解事态发展,“行为人有没有借助清晰的语言概念进行逻辑推理,并不影响故

意的成立”<sup>81</sup>。即便肖没有认识到危害结果如医生所说的那么严重,但在医生与警察的数次明确说明后,肖必然认识到了结果的可能发生性——除非肖有精神病。如果坚持认为在这种情形下行为人为人还认识不到死亡可能性,那么,认识可能性的概念就等于是“自杀”了。

在肯定肖存在罪过后,要判断其罪过类型是间接故意还是有认识的过失,就取决于肖认识到了妻子死亡的抽象危险性还是具体危险性。由于肖是不作为犯罪,没有实现意志内容的进一步加害行为,判断肖的意志内容就只能依赖于拒签行为时的认识内容。如果肖认识到了妻子死亡的具体危险性,就成立间接故意,反之则成立有认识的过失。因此,判断肖所认识到的妻子死亡危险程度就成为判断其罪过的突破口。同时,肖认识到了妻子死亡的具体危险性还是抽象危险性,将决定肖是成立故意杀人罪还是遗弃罪。

(一)在拒签前,肖最多认识到了死亡的抽象危险性

首先,在拒绝签字前,肖无法认识到妻子死亡的具体危险性。认识到疾病导致死亡的具体危险性,包括两种情况:一是通过认识疾病的危险性而间接认识到死亡危险性,即认识到疾病的大致类型和死亡概率。然而,肖无法认识到肺炎,他认识到的疾病仅是感冒。二是直接认识到死亡危险性,这主要是指从生命体征、客观状态中意识到死亡危险性。例如,在患者陷入昏迷、奄奄一息、大出血时,即使旁人不知道疾病类型,也能够将症状与死亡前兆联系起来,从而肯定死亡的具体危险性。然而,在肖带妻子去医院前,其妻子尚未明显出现这种状态。

其次,在拒签前,肖最多认识到了妻子死亡的抽象危险性。在没有旁人、专家提醒的情况下,非医学专业出身的肖很难认识到其妻子疾病的具体、现实后果,最多只能模糊地认识到其妻子的疾病“很严重”。我们应当把肖放在社会一般人的立场上予以评析,在一般人观念中,非流血性的内科疾病,尤其是像“感冒、咳嗽”这样的常见病症,患者能够抵御疾病、实现自愈的可能性很大。实践中,虽

然不排除一般人也能够认识到“感冒”会引发肺炎、有导致死亡的危险性,但是,这是一种对后果极为模糊、宽泛的抽象危险性的认识,它与常人观念中“疾病总有危险”的认识程度并无差异。因此,如果不送妻子去医院,或把妻子丢弃在医院,乃至在拒绝签字之前的时间里,肖对妻子能够康复的认识压倒了对妻子死亡危险性的认识。肖说,“我们是来看感冒的,吃吃药就行”,显然,肖在拒绝签字前,是认为妻子抵御疾病、实现自愈的可能性要大大高于死亡的危险性。

(二)在拒签时,肖对死亡可能性的认识程度有了质的变化

有学者认为,“有人说肖志军犯了过失杀人罪,这种说法太无聊。其实在中国偏远的乡村,每天不知道有多少农民上演着同样一幕,他们把生病的亲人送到医院,因为没钱,不得不又默默把病人拉回家”<sup>91</sup>。然而,这种情况与肖案有本质区别,如果肖不带妻子去任何医疗机构或者将妻子丢在医院不管,在此等情况下,肖对妻子死亡可能性的认识程度仅是一种抽象危险。

但是,在医生、警察讲明妻子的危急状态时,肖对妻子死亡的危险性已经有了明确、具体的认识,即认识到了妻子死亡的具体危险性。“当时周围还是十几个医生和病人,都在劝他,好话说尽了,他就是不理。从病友、有可信赖性的医生和警察那里,肖已经知道了妻子的死亡危险性。肖不可能完全不相信医生的话(也许他不愿意相信医生的话),肖知道带妻子去诊所治病,这表明他相信诊所的医生能够治好妻子的病。在肖对诊所医生都有一定程度的信任感的情况下,他怎可能完全不相信大医院的医生?退一步讲,即便出于极难成立的理由,肖不相信医生和警察的言语,但是,在医生已经讲明了情况后,肖对妻子死亡危险性的认识程度也相应地增加了一步,至少是从抽象性向具体性迈进了一步。换言之,肖在拒绝签字时所认识到的危险程度(即能够对肖归罪的危险性)要高于不送妻子去医院或者将妻子丢弃在医院的情形。

(三)肖所认识到的危险性是对其归罪的限度  
从客观角度看,在根本不送妻子去医院或者将

妻子丢弃在医院等情况中的死亡危险性程度与拒绝签字情况下的死亡危险性程度可能相同。但是,对定罪起决定作用的是肖所能够认识到的危险性。无论客观危险性多大,如果行为人没有认识到,就无法据此归罪。例如,从未接触过微波炉的农村保姆使用微波炉加热听装可乐与杀人犯利用微波炉加热听装可乐杀死儿童,两种情形的客观危险性相同。但是,在定罪时(尤其在故意犯罪中)能够对行为人归罪的危险程度,只能以行为人所能够认识的为限度(在过失犯中,还包括行为人应当认识到的危险程度)。同理,要认定可以对肖归罪的危险程度,在评价故意犯罪时,只能以肖认识到的程度为限;在评价过失犯罪时,则可以扩张到肖应当认识到的危险程度。因此,与拒绝签字的情况相比,肖根本不送妻子去医院或者将妻子丢弃在医院的情况,虽然客观上导致的死亡危险性相同或更大,但后者的可归罪性要低于前者。

本文得出一个看似荒谬但却符合法理的结论:肖若根本不送妻子去医院最多构成过失致人死亡罪(甚至不构成犯罪),因为在没有专家告知疾病危险性之时,家属对感冒患者的死亡危险性缺乏足够认识;将妻子丢弃在医院后离开最多构成遗弃罪,因为家属不在场反而可以通过其他途径进行手术,避免患者死亡,遗弃行为没有致患者死亡的具体危险性;而送妻子去医院却拒绝签字就有可能构成故意杀人罪,因为家属在场且拒绝签字切断了其他救济途径,这直接增加了死亡危险性甚至必然导致死亡,拒签行为是患者死亡的决定性原因。

#### 四、肖的罪过内容分析:间接故意而非有认识过失

(一)清理判断罪过的冗长素材:把罪过还给实行行为

“行为与责任(罪过)同在”这句刑法格言告诉我们,罪过只能是实行行为时的罪过。如果离开实行行为,以情感、身份、案情、悔罪等因素为基础判断罪过,则貌似科学全面,谨慎断论,但在方法论上却违背了刑法公理,在结论上易导致把纯主观心态当作罪过。通说认为:“行为人与被害人之间的关

系、行为人的一般表现、事前的思想流露、事后的态度等等,都能从某一方面证明行为人的心理态度是否符合某种犯罪的主观要件。”<sup>[10]</sup>按照目前的理论,判断罪过的素材太多,因而需要把无谓的因素清除掉才会使结论明朗。为此,应在两方面清除冗杂的罪过素材:一是在判断对象上,应把身份关系等易导致情感判断的因素去掉;二是在判断时间上,要缩小考察范围,不能以综合案情为基础,而只能聚焦于实行行为时。

##### 1. 缩减判断对象:超越情感、滤掉身份

在很多案例中,根据行为应认定为希望或放任;而根据情感——如罪后态度和亲属关系,却应认定为有认识的过失。教材常举的间接故意案例是:丈夫为了杀妻,在妻子碗里投放毒药,明知孩子可能因为分食而中毒,由于杀妻心切而放任孩子的死亡<sup>[11]</sup>。其实,笼统地讲丈夫放任孩子死亡并不正确,这是以情感判断代替了法律判断。虽然从情感上看丈夫不可能希望孩子死亡,但是,如果事实上没有杀死妻子而仅杀死了孩子,就不能因为罪后的后悔心态而否认行为中的直接故意。根据“法定符合说”,妻子的生命和孩子的生命在杀人罪的构成要件上是相同的,属于同一个构成要件内的错误,类似于瞄准甲而事实上击中了乙的打击错误,因此,如果客观上仅毒死了孩子,也应认定为直接故意杀人既遂。换言之,情感上的放任或轻信可避免危害结果的发生能被认定为法律上的直接故意。

如果以感情因素判断罪过,就很容易把间接故意当作有认识过失。我国刑法理论通说认为,过于自信的过失“是希望结果不要发生,希望避免危害结果的发生,即排斥、反对危害结果的发生”<sup>[11]245</sup>。“排斥、反对”都是容易脱离行为的情绪性因素,刑法理论通说容易把情感因素溶入罪过内容,因为从情感因素看,很多间接故意中都不希望结果发生甚至反对结果发生,如瞄准打兔子而打中了人。从感情因素上看,间接故意同样可能否定结果发生,俄罗斯刑法学界认为,“在间接故意时,犯罪人可能对后果持漠不关心或者否定的态度,主动地希望它不发生,可能希望它不发生——所有这些都是间接故意所具有的对犯罪后果的态度”<sup>[12]</sup>。在判断罪过

时,应追问行为反映了行为人对结果持有的何种心理联系,这就需把身份等情感因素去掉,把行为人换成一个抽象的人。如少年因偷爷爷的钱被发现后而随手将爷爷推下楼梯,在情感上,少年是否定、不希望结果发生,但是,少年的这一行为却证明了他对结果的放任。我们应追问的是:一个普通人把老年人随手推下楼的行为,是何种罪过?这样,无论孙子还是小偷实施此行为,都是间接故意杀人。同样,基于夫妻关系,肖在感情上是反对结果出现,但是,在进行法律判断时却不应理会情感因素,而应去掉对亲属身份的考虑追问:明知手术是挽救生命的惟一机会而使被害人无法接受手术的行为,是何种罪过?

2 缩短判断时间:不能综合考虑案情,只能考虑实行行为所体现的罪过

判断罪过当然是行为后的推断,但我们经常根据案件起因、罪后态度来考察罪过,以致拉长判断罪过的时间。首先,学说经常以罪后的心态来代替和侵入行为时的罪过内容。区分间接故意与有认识过失的著名弗兰克公式(同意说)认为,两者区分的关键在于行为人主观上是否同意结果的发生,对此可概括为“早知如此就不如此”。即在肯定结果发生时假设行为人会不会这样做,如果仍然做就是间接故意,反之则是有认识过失。依此判断,肖与被害人有亲属关系且在事后追悔莫及,他显然不同意妻子死亡,因而只能是过失。但是,“同意说”将间接故意变成了“假设的直接故意”,缩小了故意的范围,因为间接故意仅是认识到结果发生的可能性而不是肯定性。而且,这种观点将对行为的评价变成了对人格的评价(如果出现这一结果,他还敢做吗?)<sup>[13]</sup>。在理论上,“同意说”所犯的错误具有普遍性。其次,“同意说”在实践中的错误在于:判断罪过内容要综合考虑案情的起因、发展及罪后态度。这种综合考虑案情的判断,使罪过的判断素材中杂糅进了很多无谓的事实,其结论不是实行行为时的罪过,而是脱离了行为的纯主观心态。笔者认为,只有在根据实行行为难以得出结论时,才能参考其他案情因素。但是,对于绝大多数案例,根据实行行为完全可以得出明朗结论,只是我们觉得其结

论有些违背情理,缺乏断论的信心,因而才去寻找额外的支持。其结果就是,要么以罪前的犯意取代了行为时的罪过,要么用事后的态度侵入了行为时的罪过内容。

在肖案中,各种与实行行为无关的案情因素极大地干扰了罪过判断。然而,肖之前与妻子同甘共苦、曾经采取过各种救治措施、事后追悔莫及等因素,肖拒绝签字的可能动机——不相信医院、想生二胎,与罪过皆无关系。我们只能根据拒签行为这一事实,以肖在拒签时对死亡结果的认识来推定其罪过内容。

(二)规范的凭藉说:区分间接故意和有认识过失的总标准

区分间接故意与有认识过失的学说有:可能性说、盖然性说、希望说、容认说、动机说<sup>[14]</sup>。然而这些学说都有无法克服的弊端。

#### 1. “规范的凭藉说”之提出

笔者认为,应依次考虑“心理罪过论”和“规范罪过论”来区分间接故意和有认识过失:(1)在认识到结果具有发生可能性的前提下,行为人认识并利用了避免结果发生的条件和事实,是有认识过失,否则是间接故意;(2)即便行为人没有认识并利用避免结果发生的条件和事实,但是,只要行为具有某些合法或值得肯定的理由,就可以从间接故意缓和为过失。

首先,这一标准采纳的是“有凭藉说”的合理内容,“有凭藉说”认为,有认识过失主观上对于避免结果发生是有所凭藉的,而间接故意则无所凭藉<sup>[13]</sup><sup>62</sup>。笔者的标准不仅要求行为人在主观上认识到凭藉条件,而且要考虑行为人是否利用了这些条件,以防止仅凭主观想法就改变罪过类型。其次,标准引入了规范罪过论,缓和了心理罪过论的僵硬。区分间接故意和过于自信过失的传统学说以心理联系为基础,试图以认识因素和意志因素区分两者,这显然忘记了现代罪过是兼具心理罪过论和规范罪过论的内容。因为,用心理罪过论根本无法解释过失,“故意的内容由有关犯罪行为的‘真实的心理因素组成,而过失则基本上是一种法律的评价,即对主体是否遵守与其行为相关的注意义务

的判断。在过去,人们曾多次试图寻找过失存在的心理学根据,但最终都一无所获<sup>481216</sup>。过失犯要么没有心理联系,如忘却犯;要么实际的心理联系没有刑法意义,如遗忘性犯罪中与行为人心理联系的事实是球赛。只有引入规范罪过论,才能够解释过失。令人不解的是,刑法学者却试图完全以认识因素和意志因素即心理联系来区分间接故意和有认识过失。

在此,试以两个例子说明规范罪过论在区分两者时的优势:恐怖分子甲在深夜安放炸弹企图炸毁某纪念性建筑物时,知道该处即使在深夜,仍可能有行人经过并因爆炸而受伤或死亡。长期以来,意大利刑法理论和司法实践都认为,此时主体对于结果的心理态度属于间接故意或可能“故意”<sup>481210-211</sup>。如果在同样的地点和时间,工人乙对纪念碑施工,在使用数量相同的炸药作业时导致路人死亡,乙也知道即使在深夜,仍可能有行人经过(甚至由于长期作业,对路人可能出现这一事实的认识情况比恐怖分子更清楚),但认定乙对死亡结果负过失责任更妥当。其原因就在于:行为人与法秩序的对立程度因为某种有价值的目的而被缓和了,乙心理联系上的故意因存在施工这一正当理由而被规范罪过论评价为过失。

## 2 肖接受了结果,成立间接故意

按照标准(1),肖没有认识到,更没有利用任何有利条件避免妻子死亡,如果肖是把妻子送到另外的医院,哪怕是送到他更信任的民间郎中那里,都有成立过失的可能。在法律上,没有认识和利用任何条件避免结果发生即意味着接受结果,此时无需再考察其他心理态度,“根据理论界最通行的观点,行为人是否‘接受危害结果发生的危险’,是决定可能故意成立的根据”<sup>481211</sup>。肖虽然排斥结果发生,但是,肖写下了“拒绝剖腹产手术生孩子,后果自负”,据此,肖以行为表达了对结果的接受,成立间接故意。而且,按照标准(2),肖拒签的背后没有任何正当的理由和有价值的动机,也无法采用规范罪过论排除其心理联系上的故意。

(三)认定不作为中的故意与过失要更多地依赖认识因素

首先,不作为中缺少判断意志内容的控制因素。罪过包括认识因素和意志因素,与之对应的是辨认能力和控制能力,在作为犯罪中,应根据对行为和结果的控制过程来考察意志因素。但是,在不作为中,行为人没有控制行为和结果,如救生员不救落水儿童时,儿童被水淹死是行为人无法控制的过程(若救生员对这一过程加以控制,如增加游泳池水量,就是作为犯罪),救生员只是认识、预见到儿童的死亡过程而已。因此,不作为的意志因素,没有相对应的行为控制过程,只能寻求认识因素的帮助。

其次,为防止主观归罪,判断不作为的罪过类型必须依赖认识因素。判断罪过的线索是行为,在作为犯罪中,由于不同的身体举动多是不同罪过类型的体现,所以认定罪过的素材更多。相反,在不作为犯罪中,由于缺少有意义的身体举动,认定罪过类型所依据的素材极少。例如,儿童在游泳池喊救命,救生员听见后但不救助,由于救生员没有刑法意义的身体举动,似乎认定罪过类型只能依据其内心想法:如果他因对雇主不满而希望儿童死亡,使泳池生意冷淡,就是直接故意;如果他因为失恋而满脑子是女友的影子而对儿童之死漠不关心,就是间接故意;如果他认为只有历经危险才能够学会游泳,相信儿童能够自我救助,就是有认识过失。同理,拒签行为到底属于何种罪过,似乎取决于肖内心是希望妻子死、对妻子之死漠不关心,还是相信妻子能够转危为安等想法。但是,如果这样理解不作为中的罪过,就是以没有客观标准的犯意定罪,是把纯粹的“想法”当成了罪过内容,落入了主观归罪的泥坑。

因此,为防止主观归罪,对意志内容的判断必须依赖、凭借客观事实。在缺乏身体举动即缺乏判断意志内容之素材的不作为中,只能依赖行为人的认识内容,因为认识内容毕竟是对客观世界的反映,具有相对客观性。判断不作为的意志内容,取决于行为人认识到的危险性:如果行为人认识到了结果的具体危险性,即使其对结果的“想法”是轻信可避免,也应认定为故意;如果仅认识到了结果发生的抽象危险性,即使其内心想法是“希望”结果发

生,也只能认定为过失。

最后,根据行为人是认识到具体危险性还是抽象危险性而判断间接故意和有认识过失,也是很多国家刑法学的观点。意大利学者认为,“就故意而言,行为人所预见到的可能发生的结果是一种具体的结果,即行为人认为该结果(即使发生可能性不大)就是自己实施的具体行为的结果。有意识的过失的典型特征就是:行为人所预见到的可能发生的结果只是一种抽象的结果,或者说不是与行为人所实施的具体行为相联系的结果。行为人所预见到的结果是否是和行为人的具体行为相联系的具体结果,就应该是判断行为人是否接受危害结果发生的危险的标准”<sup>[18][21]</sup>。俄罗斯刑法学者也认为,“在故意时,犯罪人预见到具体后果,而轻信时这些后果是一般地预见的”<sup>[12][155]</sup>。诚然,完全依赖认识内容判断间接故意或有认识过失未必妥当,但是,在不作为犯罪中,这是惟一可以凭借的客观标准。例如,在交通肇事罪中,醉酒司机对于在何时、何地、把何人撞成何种程度,都无明确认识,这就是一种对抽象危险性和结果的认识,只能成立过失。相反,如前所述,肖被告知的是妻子这个特定人死亡的具体危险性和具体结果,肖认识到了具体危险性,成立间接故意。

### 五、罪名选择:肖属于故意杀人罪而非遗弃罪

在肯定了肖是间接故意之后,还需要判断:肖是故意杀人罪还是遗弃罪?关于如何区分不作为的故意杀人罪与遗弃罪,理论上存在诸多争议。笔者认为,遗弃罪中所认识到的死亡可能性以抽象危险性为上限,“根据判例和通说,遗弃罪是抽象危险犯”<sup>[15]</sup>。相反,故意杀人罪中所认识到的死亡可能性以具体危险性为下限。

在主观上,肖认识到了妻子死亡的具体危险性。在医生、警察明确讲明其妻子的疾病状态、不手术的危害后果时,肖对妻子死亡可能性的认识程度就是一种具体、现实的危险性。在客观上,肖在现场以丈夫身份写下“拒绝剖腹产手术生孩子,后果自负”时,是阻挡了医生的救治行为,切断了妻子

获救的途径,直接增加了妻子死亡的危险性,这种具体危险性应被评价为杀人罪的内容。

反之,如果肖不送妻子去医院或者把妻子送到医院后逃离,肖所认识到的妻子死亡可能性仅是一种抽象危险性,这种危险性最多只能被评价为遗弃罪的内容。肖送李去医院后留在医院陪李,反而构成更重的杀人罪,这似乎难以理解。但问题的关键在于:主观上,肖不在场时,由于缺乏医生明确告知,肖所认识到的危险性更低;在客观上,肖不在场,不会阻挡医生的救治,这能减少妻子死亡的危险性。

### 六、破解对肖的宽恕因素:期待可能性与刑法价值导向

(一)为什么不能免责:“生命高于一切”才是刑法期待的价值取向

本案不存在讨论期待可能性的余地。如果肖因为没有钱,只能将妻子送往小诊所,或者认为医院要交钱才能救治,因而未将妻子送往任何医疗机构救治,最终导致了妻子的死亡,尚有探讨有无期待可能性的余地。因为,在医疗费用昂贵的今天,我们无法期待身无分文的肖送妻子去医院,也无法期待信息闭塞的肖能预见医院会减免费用。但是,肖案的关键在于:医生要肖签字时,并未提及只有交钱才能手术。无论医生是否已说明可以减免手术费用,还是日后需要偿还手术费用,在妻子面临具体危险时,都应期待肖毫不犹豫地采取一切可能挽救妻子生命的合理措施。退一步讲,即便在其他案例中医生讲了“交钱才能手术”,家属在能签字的情况下也必须签字并要求医生先手术后付钱。换言之,只要有救助妻子生命的一点可能性,肖都应不计“金钱后果”地尽全力而为。

对于拒签的原因,肖有多种解释——医生在杀人和想生二胎。这是推脱个人责任的滑稽辩解,即便能够成立,也不能否认其拒绝签字有更重要的原因:担心背负上经济包袱。我们可以换个角度思考这个问题:如果肖在妻子怀孕期间突然中了100万的彩票大奖,还会作上述辩解吗?如果会,那答案只有一种:肖是精神病人。总的来看,肖不签字是

出于经济上的担心。肖的情形犹如在房间着火时，旁人呼吁甲要先救助重病的妻子，而甲却先把昂贵家具搬出火海以致妻子因得不到救助而死亡。肖的贫穷是不争的事实，但是，经济窘迫性不能成为免责的理由。因为经济窘迫而拒绝签字，不履行救助义务，其潜在的逻辑是：财产权高于生命权。如果对肖适用无期待可能性而免责，就变相地肯定了这种倒错的法益等级关系。在肖案及其他类似案件中，刑法要期待国民恪守基本价值底线，即不惜一切代价挽救生命，任何经济压力都不能成为漠视生命权的理由。

(二)为什么忽略了肖的刑事责任：民众同情心的两面性

肖令人同情的坎坷人生，使民众忽略了对其刑事责任的关注。其实，这是人类固有的同情弱者的心理在作祟，在笔者看来，同情弱者就是人们对竞争能力比自己低的个体的一种忽视。弱势个体不会对自己构成威胁，人类的目光总是向上的，希望通过某种手段使自己成为或者超越强势个体。人们在意与关注强势个体的程度总是高于弱势群体，对犯罪的愤慨也是表达关注的一种方式，因此，人们对于弱势个体的愤慨总是低于强势个体。在诸如民工王斌余为讨薪而杀人等案件中，民众总是表达出一种对弱势个体犯罪的宽宥姿态。反之，如果将肖案的主角换成一个大款、官员，也许就不会引起无谓的争议，无论这个大款、官员如何解释，都会出现治罪的呼声。在肖案中，表达意见的网民、关注媒体的国民，都是肖的上位阶层，肖不会给他们带来竞争危机感，民众缺少既以刑法打击犯罪又借机削弱其竞争优势的“一箭双雕”之心理动力。

更深层的原因还有民众固有的“受害预测性”。个人极为关心自己的未来命运，并会下意识地通过现实状况预测自己的前途，公众的意见和判断往往包含着自己对未来的要求。在对犯罪进行评判时，人们总是预测自己能否成为受害者，进而选择自己的立场。同样是弱势群体犯罪，如果民工伤害了包工头、劳动局官员，民众在潜意识中就预测出这种行为的危害后果具有限定性，不会危及到普通人的安全，因而会体现出更多的容忍心。反之，如果民

工伤害的是路人，这种拦路抢劫的危害后果则具有扩散性、不特定性，任何人都是潜在的受害人，因此，宽恕性就不复存在。肖的“杀妻”行为是不作为犯罪，没有积极的进攻性和血腥性，危害后果也具有局限性，根本不会危及到普通国民的安全，因此，国民自然会产生强烈的宽宥心态。

(三)为什么要定罪：在价值观混乱的社会中重申刑法导向

每一个刑法判例都传达并彰显着重大的社会价值取向。如果认定肖成立故意杀人罪，那么，在患者具有紧迫手术必要性、无重大风险的手术是挽救生命的唯一途径且没有合理的拒签理由等类似情形中，刑法就把监护人导向了“生命高于一切”的立场。这样的判决亦使刑法堵住了重大的道德漏洞：如果监护人具有杀人故意，那么，送患者到医院并以拒绝签字的方式阻挡医生的救治就成为合法而隐蔽的犯罪手段。这种担心绝非空穴来风，可以设想的情况有：另觅新欢；农村的父亲为生儿子，拒绝给本有残疾的重病女儿治疗。如果在类似情况下拒绝签字，可能属于直接故意杀人。

笔者的结论虽然有些冰冷、稍显武断，但其起点和归宿都是生命关怀。在一个孝义与责任观念日渐淡化、快乐与功利主义大行其道、医疗与救助体制勉为其难的国度，作为后盾法的刑法应当设置最后一道防线，拦住那些逃避责任之徒的脚步。因此，应以刑事责任强化道德责任，使个人背负起更多的责任以弥补社会体制的缺失；应让刑法成为垂危之人能拽住的最后一根救命绳，以让那些本有生机的患者在冷漠面前享受生命之光。刑法的根本，终归是塑造人性之社会，维系文明之成果，确保个人之利益。笔者的结论即便背叛了一些形式教义学的理论，却吻合了人类文明的进路；文明的进步，并非仅要求刑法的谦抑和宽容；更好地保护老弱病残，亦是文明的标尺。在肖案中，被害人的身上几乎聚集了文明观念下所有应受特殊保护的因

在笔者看来，实施同一种犯罪，与以作为方式实施时的危害性相比，以不作为方式实施时的危害性要轻得多，其可罚性更低。肖属于情节较轻的故意杀人，可以适用《刑法》第63条的规定在法定刑以下量刑，也可以适用缓刑。

素——孕妇、重病患者、即将出生的胎儿,因此,认为将肖定性为故意杀人过于残暴的观念,必与文明的指向背道而驰。我希望在一方现代女性的悲凉墓碑上,刻上一纸文明社会的刑事判决。<sup>JS</sup>

参考文献:

[1] 妻子难产 丈夫拒不签字致死两条人命 [EB/OL]. <http://news.qltv.com.cn/shehui/huahuashijie/20071122/5230.html>, 2007 - 12 - 27.

[2] 熊培云. 谁来结束医患战争 [N]. 南方周末, 2007 - 12 - 06(8).

[3] 大塚仁. 刑法概说(总论) [M]. 冯军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 136.

[4] 张明楷. 法格言的展开 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 139.

[5] 耶赛克, 魏根特. 德国刑法教科书 [M]. 徐久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001: 69.

[6] 罗克辛. 德国刑法学总论 [M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 184.

[7] 孕妇死亡不可避免 医院无责 [EB/OL]. <http://news.sina.com.cn/o/2007-11-29/050912988324s.shtml>, 2007 - 12 - 16.

[8] 帕多瓦尼. 意大利刑法学原理 [M]. 陈忠林, 译. 北京: 法律出版社, 1998: 208.

[9] 许志永. “肖志军悲剧”后的更大悲剧 [N]. 南方周末, 2007 - 12 - 06(8).

[10] 张明楷. 刑法学 [M]. 2版. 北京: 法律出版社, 2003: 215.

[11] 高铭暄. 刑法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1998: 100.

[12] 斯库拉托夫, 列别捷夫. 俄罗斯联邦刑法典释义 [M]. 黄道秀, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 49 - 50.

[13] 李海东. 刑法原理入门(犯罪论基础) [M]. 北京: 法律出版社, 1998: 62 - 63.

[14] 川端博. 刑法总论二十五讲 [M]. 余振华, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 67 - 74.

[15] 西田典之. 日本刑法各论 [M]. 刘明祥, 王昭武, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 27.

## The Criminal Law's Problem and Value Orientation in the Xiao Zhijun Case —a new explanation of the inaction, causal relation and indirect intention

GAO Yan-dong

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 320008, China)

**Abstract:** The husband's rejection of signing on the operation sheet which resulted in the wife's death has committed a crime of indirect intentional homicide. Failing to perform his legal duty, Xiao committed a negative crime. The criminal law should make a preference for the patient's interest and the causal relation in medical field should be analyzed by the theory of increased risk. When refusing to sign on the operation sheet, Xiao had realized the specific risk of his wife's death, which determined that he had committed the crime of indirect intentional homicide. When there is a lack of social assistant system, the criminal law is expected to establish a value orientation of "all for saving the patient's life" by reinforcing personal responsibility.

**Key Words:** legal duty; increased risk; specific risk; intentional homicide

本文责任编辑:梅传强