

【附件一】 实证研究类范文二（法学院优秀范文）

**作为方式对量刑影响结果实证研究：以存在扶养义务的故意
杀人案件为例**

摘要

根据我国刑法学传统理论，一般将作为与不作为列为两种不同的犯罪形式，也因此将不作为犯罪分为纯正的不作为犯罪和不纯正的不作为犯罪两种。在传统理论的影响下，我国司法实务中一般认为作为犯的定罪要重于不作为犯，而近年来不纯正不作为犯的认定也呈现出扩大的趋势。但问题在于在司法实践中针对负有扶养义务的人这一特殊群体是否仍按照传统理论下对于作为方式的区分对其进行量刑，这一量刑标准在不同条件下的不作为犯罪之间又有何区别的问题，尚没有实证研究对其予以回应。

本文拟以负有扶养义务的人以作为方式故意杀人和以不作为方式故意杀人这一主题为切入点，探讨我国司法实践中对于负有扶养义务的人这一特殊群体以作为方式故意杀人和以不作为方式故意杀人的不同认定对于量刑的影响。并研究以不作为方式故意杀人中对认定为纯正的不作为犯和不纯正不作为犯的影响因素，判断不同认定下的量刑区别，从而回答负有扶养义务的主体犯作为的故意杀人罪和不作为的故意杀人罪量刑问题；认定是否构成纯正不作为犯或不纯正不作为犯对于量刑的影响问题。

关键词：故意杀人罪；负有扶养义务；不作为犯罪

Abstract

According to the traditional theory of criminal law in China, action and omission are two ways of criminal behavior, so criminal behavior can be divided into crimes of action and crimes of omission, among which crimes of omission can be divided into pure crimes of omission and impure crimes of omission, and in the traditional theory it is generally believed that the sentencing of crimes of action is heavier than crimes of omission, and the identification of pure crimes of omission also has a tendency to expand continuously. However, the question is whether the sentencing of a person with a duty of support is still in accordance with the traditional theory in judicial practice, and what is the difference between this sentencing standard and the different crimes of omission, to which there is no empirical study to respond.

This article intends to take the cases of intentional homicide by commission and intentional homicide by omission by persons with a duty of support as a starting point to explore the impact of different determinations on sentencing for intentional homicide by commission and intentional homicide by omission by persons with a duty of support as a special group in judicial practice in China. In addition, the impact of the different determinations on the sentencing difference between pure inaction and impure inaction in the case of intentional homicide by omission is studied, so as to answer the question of the sentencing of intentional homicide by omission and intentional homicide by a person with a duty of support; and the impact of the determination of whether or not a pure inaction or impure inaction constitutes a pure inaction on the sentencing.

Keywords: intentional homicide ; husband with a duty of support; crime

目录

1. 引言	1
1.1 研究背景	1
1.2 研究意义	3
1.2.1 理论意义	4
1.2.2 现实意义	4
1.3 研究内容、研究方法与研究框架。	5
1.3.1 研究内容	5
1.3.2 文献研究法与实证研究法	6
1.3.3 研究框架	7
1.4 研究创新点	8
2. 文献综述	12
2.1 作为义务来源相关研究	12
2.2 司法认定相关研究	13
2.3 文献评述	14
3. 理论基础与研究假设	16
3.1 不作为犯认定的理论基础	16
3.2 作为义务来源的理论基础	17
3.3 研究假设	19
4. 研究设计与实证分析	20
4.1 研究设计与研究方法	21

4.1.1 数据来源	21
4.1.2 变量设置	22
4.1.3 研究方法	22
4.2 计量模型构建	23
4.2.1 计量模型构建，单因素与量刑的相关分析：通过卡方检验 ..	24
5. 影响量刑的二元 Logistic 回归分析	26
5.1 回归方程的拟合优度检验	26
5.2 回归系数解读	28
6. 研究结论分析与启示	31
6.1 本文研究结论	31
6.2 研究可能存在的局限性	34
6.3 研究启示	36
6.4 研究可能的政策建议	37
参考文献	38
致谢	45

1. 引言

1.1 研究背景

一直以来，不作为犯的定罪与量刑问题都是社会和刑法学界十分关注的内容，由于对是否负有作为义务的判断不同，对于行为是否构成不作为犯的判断标准也不同，因此同案不同判的刑法案例屡见不鲜。例如近年来针对夫妻争吵中一方情绪激动自杀另一方未及时阻止是否需要承担刑事责任的问题司法实务中就存在争议¹，其一认为夫妻之间的扶养义务仅为婚姻法规定而刑法未对其做做出明确规定，因此不得做类推解释认为犯罪嫌疑人违反了夫妻之间的扶养义务而认定为不作为犯罪；第二种观点则与一相悖，认为婚姻法中规定的夫妻之间的扶养义务可以作为刑法不作为犯的义务来源，因此对犯罪嫌疑人可以认定为故意杀人罪；其三认为在此种案件中，夫妻一方对于另一方的死亡并没有积极追求的主观心态，更多是一种放任态度，因此认定为间接故意的故意杀人罪更为妥当。从上述案例中可以看出，在我国目前的理论和实务研究中，针对存在扶养义务的人之间的故意杀人罪主要存在三点争议：一、当事人之间是否存在可以作为定罪依据的救助义务；二、该义务是否可以作为不作为犯义务的来源；三、当事人一方的死亡与另一方的不作为是或否具有因果关系。²

传统的“形式作为义务说”认为只要存在四种明确的义务来源，而当事人未履行该义务，就可以以不作为犯罪处，但是，这一学说在许多情况下却造成了不作为犯罪的惩罚范围的扩张³。比如，根据《消防法》的规定，一旦有人发现了火灾，就必须立即报告⁴，若以“形式上的责任说”为定罪依据，在这个时候，如果发现了而不报警，就会成立不作为的纵火犯罪，但在我国司法实务的处理中一般并非如此。因为《消防法》是一种行政法，而行政法上的责任不能直接延伸为刑事责任，因此根据《消防法》所规定的责任直接带来为刑法的罪责也是不够妥当的。由此可见，一项义务可以被称为不作为犯的义务来源需要更加实质化的判

¹ 参见谢宇：《论刑法中夫妻之间的扶养义务》[J]。中外法学，2018，30(04)：116-126。

² 参见高铭暄、马克昌编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版，2019年版，第68-69页

³ 参见陈兴良：《不作为犯论的生成》[J]。中外法学，2012，24(04)：110-122。

⁴ 《中华人民共和国消防法》第32条：“任何人发现火灾，都应当立即报警。任何单位、个人都应当无偿为报警提供便利，不得阻拦报警，严禁谎报火警。”

断标准。这也可以在一定程度上解释上文所提及的有关夫妻双方之间一方寻死另一方不得直接以不作为故意杀人罪定罪处罚的原因，即对《婚姻法》不宜做类推解释，延展为刑事责任。实际上，在不作为犯罪中，不作为违反的是一种义务，在理论上，它被认为是一种对于义务的不作为，而负有作为义务的人理论上将其称为“作为义务者”，存在确定的作为义务是成立不作为犯的前提，因此对于不作为犯作为义务的来源出现了更加实质性的区分，也即“实质的作为义务说”，这一理论进一步对不作为犯的责任进行了区分，从监督责任和保护权利主体两个角度来分别界定不作为犯。¹

对于不作为犯的不同认定不仅会影响司法定罪，对于量刑也同样存在着明显影响，观察我国司法实务界的现状不难发现，我国对于作为犯的量刑幅度一般要高于不作为犯，例如针对导致婴儿死亡，如果以遗弃方式将其遗弃在可能让其获得收养或生还的场所，其父母构成遗弃罪的不作为犯罪，而我国《刑法》规定：犯遗弃罪的，处五年以下有期徒刑、管制或者拘役。²对于将婴儿直接杀害的，则构成以作为方式犯故意杀人罪，我国刑法规定：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。³因此针对不同行为方式认定给量刑带来的影响，从负有扶养义务的人这一特殊群体出发分析其不同作为方式下的定罪和量刑如何改变具有现实意义。

基于以上社会和理论背景，不难发现，如今对于不真正不作为犯罪的定罪问题，理论界仍然存在较大争议，而定罪问题又会直接影响量刑，由于对于这一争议如何在实然层面作出回应依然不得而知，因此本文希望通过以对故意杀人罪为例的不真正不作为犯罪进行分析，借助于回归分析的实证研究方法，对司法实践中以作为方式故意杀人和以不作为方式故意杀人的不同量刑幅度进行分析，从而为进一步明确“实质的作为义务说”提供数据支撑。

¹ 参见江溯：《不作为的故意杀人罪司法认定实证研究》[J]. 中外法学, 2020, 32(02):102-108.

² 我国《刑法》261条：对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养情节恶劣的，处五年以下有期徒刑、管制或者拘役。

³ 我国《刑法》230条：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。

1.2 研究意义

1.2.1 理论意义

本文以故意杀人罪为例，研究实践中针对负有扶养义务的人在实施此种不真正不作为犯罪中作为与不作为何者量刑更重的问题，希望通过该分析研究数据可以为“实质的作为义务说”提供相应的数据支撑，并对于不作为犯的认定问题做出回应。

根据刑法的谦抑性原则，在司法实践过程中，采取“实质的作为义务说”，¹即在能够明确确定行为人的作为义务来源后再对其进行定罪是更加合理的，并且由此也可以在量刑中设立更加明确的量刑标准。针对故意杀人罪这一不真正不作为犯罪，由于以不作为方式构成故意杀人罪一般存在于负有作为义务，并且存在作为能力时不作为导致他人死亡后果的情境下，本文选取负有扶养义务的人这一特殊群体进行讨论。由于我国对于刑法中犯罪理论的研究起步相对较晚，关于不作为犯作为义务来源的问题更是在近些年才有较多文章对其进行探讨，在当前社会背景下，与不作为犯认定所出现的问题存在一定的脱节现象²，且我国对于不作为犯的认定大多数是为了解决定罪问题，因此相关工作大多都集中在实务层面，欠缺相关的理论和研究对其进行探讨。

根据不真正不作为犯在不同行为下不同量刑幅度的比较研究，可以进一步分析研究我国刑法理论和实务界究竟更加趋向于“实质的作为义务说”还是“形式的作为义务说”，即我国刑法理论更加倾向于要求行为人阻断危险流保护法益对象的实质理由还是以“四分法”为来源的作为义务的形式来源说。此外，可以对支配性理论和等价性理论进行分析，二者从实质层面对不作为犯承担罪责提供了理论依据，支配性理论主要可以分为：实际支配说³，即行为人对于危险的支配是具有现实性的，行为人是否作为对于被害人存在实际影响，是一种监管性的支

¹ 参见姚诗：《不真正不作为犯德日的差异演进及中国的后发式研究》[J]。中外法学，2021，33(03)：723-742

² 参见姚诗：《真正不作为犯：义务困境与解释出路》[J]。政治与法律，2019，(06)：119-131。

³ 参见喻浩东：《不作为因果关系判断中的自由意志与规范假设》[J]。政治与法律，2022，(04)：125-142。

配¹；支配行为说，这一学说在实际支配说的基础上着重强调了行为，即行为人不仅能够实际支配危险而且可以通过一定的行为组织危险的产生；排他性支配理论，这一理论进一步提出了行为人对于危险支配力的要求，即不仅要求行为人对于危险具有支配力，而且这种支配应当是排他的，仅能由行为人完成的，这一要求进一步避免了形式的作为义务说的滥用，体现了刑法的谦抑性；领域支配理论，这一理论主要针对某些特殊领域，例如私人住宅、出租车等非一般公众可以随意进入的场所，该理论认为在特殊情形下被害人可能遭受的危险只能由该领域的支配者排除。在支配性理论下，对于不作为犯的法律责任的来源，存在一个更为严格的界定，就是只有一个人没有履行其法律所规定的实质性义务或者在当时情景下只有行为人本人才可以履行该义务行为人却没有完成²，此时才可以以不作为犯追究行为人的刑事法律责任。本文期待所提供的理论数据能够论证司法实务中以故意杀人罪为代表的真正不作为犯罪在不同作为方式下的量刑幅度是否有区别，也能够因此为“实质的作为义务说”及其支配理论或是“形式的作为义务说”提供现实依据，填补这一理论空白。

1.2.2 现实意义

由于当前理论研究的滞后性，我国对于不作为犯的认定问题只能针对当前实务中的具体情况进行摸索，针对以故意杀人为例的真正不作为犯罪，根据是否作为作出不同的量刑处理一定程度上体现了我国司法实践对于“形式的作为义务说”和“实质的作为义务说”的不同态度³。从当前实务中可以看出，我国司法实践更倾向于不把其他法律所规定的义务视为刑事责任的来源，即更加体现了刑法的谦抑性与保护人权的理念⁴，还是认同以其他法律规范作为刑法定罪量刑的基础。并以此为基础分析我国司法实务中是否存在对于不作为犯认定的滥用问题，试图为“实质的作为义务说”提供相应的数据支撑。

¹ Patrick M. Gerkin, Lauren A. Teal & Linda H. Reinstein. *Injustice for AI: A State Crime of Omission Beneath the Steps of the United States Capitol* [J]. *Critical Criminology*, 2010, 18(2): 234-248.

² 参见徐万龙：《不作为犯中支配理论的法教义学批判》[J]. *现代法学*, 2019, 41(03): 195-209.

³ 参见孟祥：《作为先行行为的犯罪行为的认定及其处理思路——以“抢劫致人死亡”为视角》[J]. *河南社会科学*, 2018, 26(12): 28-33.

⁴ 参见郝川，詹惟凯：《不真正不作为犯“作为义务二元论”再提倡——兼论作为义务与等价性之关系》[J]. *社会科学战线*, 2018, (12): 206-217.

本文将研究对象设定为负有扶养义务的这一特殊群体，分析其是否以作为方式犯故意杀人罪的不同量刑情况，通过本研究进一步明确司法实务中法官审理案件的态度，以此为实践中发生的例如夫妻之间的救助义务¹等涉及扶养义务的争议案件的处理提供一定的借鉴。因此，本文具有一定现实意义。

1.3 研究内容、研究方法和研究框架

1.3.1 研究内容

根据我国刑法学传统理论，由于不作为与作为是两种不同的犯罪形式，所以将犯罪分为不作为犯罪和作为犯罪，不作为犯罪又可以分为真正不作为和不真正不作为两种，传统的理论认为，普通作为犯的量刑比不作为犯的量刑更重²，而且近年来不真正不作为犯的认定也呈现出越来越大的趋势，但问题在于在司法实践中针对负有扶养义务的人这一是否仍按照传统理论进行量刑，这一量刑标准在不同的不作为犯罪之间又有何区别的问题，尚没有实证研究对其予以回应。

根据传统理论下的形式的作为义务说，作为犯罪一般体现为有积极主动的身体行为，主动实施刑法所禁止的危害行为³，即以主动行为积极追求犯罪结果，与作为的积极行为相比，不作为犯罪一般没有实际的身体行动，构成不作为犯罪的要件包括⁴：作为义务、可能性、不履行义务和不作为具有等同于作为后果的四个方面的特点，其中最为重要也被最广泛研究的问题集中于不作为犯作为义务的来源。

传统观点将责任的来源划分为对危险源的监督义务和对利益人的保护义务，而对危险源的监督责任则可以分为对危险源的监督责任⁵，监督他人的危险行为的责任，和监督自己先前危险行为的责任；而对法益对象的保护责任，可以根据

¹ 参见陈可倩，陈忠林：《论不纯正不作为犯故意中的意志因素及其特殊性》[J]．贵州社会科学，2017(12)：99-104

² 参见周光权：《犯罪支配还是义务违反——快播案定罪理由之探究》[J]．中外法学，2017，29(01)：51-67．

³ 参见张小虎：《论不纯正不作为犯附和于先行行为加重犯的处置》[J]．社会科学战线，2017，(02)：211-219

⁴ 参见张明楷：《不作为犯中的先前行为》[J]．法学研究，2011，21(02)：36-49

⁵ 参见温登平：《先前行为作为有无来源否定说批判》，《刑事法评论》第41卷，北京大学出版社2018年版，第59页

具体的关系和具体的范围进行区分，从法律上确定承担抚养义务的人的行为义务，也就是在保护法益的对象时，负有扶养义务的人一般为家庭成员，因此对其量刑不仅需要按照传统理论对是否作为以及作为形式进行分析，也需要同时考虑社会一般观念和我国亲缘关系下负有扶养义务的人杀害的社会影响性。

针对负有扶养的人这一特殊主体，传统观念在理论上清晰地划分了不作为犯的构成要件，但未能准确清晰地对纯正的不作为犯和不纯正的不作为犯进行界定，例如母亲将孩子遗弃致死究竟应当如何认定，是从母亲未履行对于孩子的抚养义务这一角度出发，因符合四分法下不作为犯的构成要件而认定为遗弃罪这一纯正的不作为犯罪还是从母亲遗弃孩子对其造成生命危险的角度出发认为其构成了不纯正的不作为犯罪即故意杀人罪。对于这一问题的分歧产生了实质划分纯正不作为犯与不纯正不作为犯的理论，即以行为是否对法益具有的紧迫的危险性未判断依据对上述问题进行判断。在实质说下，如果母亲将孩子遗弃时的危险较低，不具有紧迫性，则构成遗弃罪；如果危险性高，具有紧迫的危险，则可以认定为不纯正不作为犯的故意杀人罪。¹

由此从理论上解决了关于不作为犯认定的基本问题，但是在司法实践中，针对以作为方式杀人和以不作为方式杀人的定罪问题以及究竟以形式说认定是否为纯正的不作为犯罪或是由实质说进行判断仍然存在争议，基于具有扶养义务人这一主体的特殊性，是否以作为方式杀人对于量刑的影响就更具有研究价值。本文拟以负有扶养义务的人以作为方式故意杀人和以不作为方式故意杀人的问题为切入点，探讨我国司法实践中对于负有扶养义务的人这一特殊群体以作为方式故意杀人和以不作为方式故意杀人的不同认定对于量刑的影响。并研究以不作为方式故意杀人中对认定为纯正的不作为犯和不纯正不作为犯的影响因素，判断不同认定下的量刑区别，从而回答负有扶养义务的人这一主体作为的故意杀人罪和不作为的故意杀人罪的量刑问题；认定是否构成纯正不作为犯或不纯正不作为犯对于量刑的影响问题。

1.3.2 文献研究法与实证研究法

围绕以上研究内容，本文主要运用文献研究法和实证研究法进行了研究。

¹ 参见孙运梁：《不作为犯中客观归责理论的适用》[J]，清华法学，2016，10(04)：148-161.

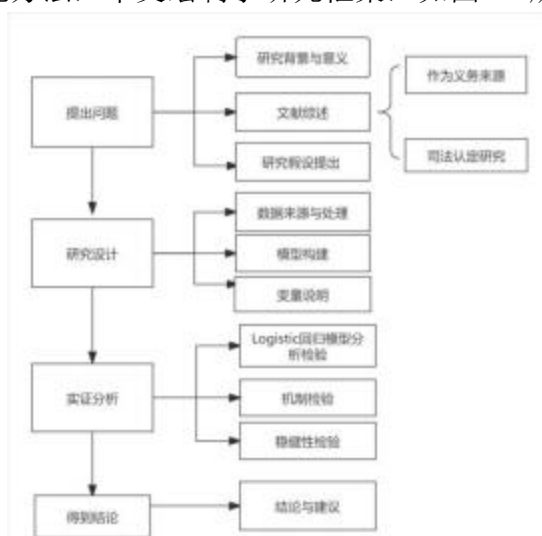
首先，通过梳理国内外相关文献，分析关于不作为犯罪相关问题的研究，并在此基础上重点针对以故意杀人罪为代表的真正不作为犯进行研究，总结相关领域的研究成果并剖析相关研究的不足之处，最终形成本文的研究思路。

本论文的研究资料来自威科先行网，以“故意杀人罪”为搜索条件，“刑事”和“判决书”为检索条件，截至 2021 年 11 月 28 日，已收集到 37728 份判决书，从其中筛选出负有扶养义务的人犯故意杀人罪共 263 份，其犯罪主体均为有扶养义务的父母、祖父母、外祖父母、兄弟姐妹。因此，本文拟以认定为故意杀人罪的 263 份判决书作为研究对象。

本研究旨在根据 2011-2021 年有关判决信息的相关变量，构建二元 logistic 模型，并利用 SPSS 分析方法对定罪进行相关性影响，并对纯粹不作为犯和真正不作为犯的影响进行了研究。本文运用描述性统计与关联度检验的方法，对单因子的分布进行了描述统计，并对其进行了分析。具体主要是通过描述性统计得出单一因素分布的频率，再通过相关性检验分析犯罪对象、犯罪时间、犯罪地点等因素对于最终定罪结果的影响。运用描述性统计和卡方检验后可以得出解释变量与被解释变量之间的关系，但此时只考虑了单一变量，未控制其他自变量，为了解控制其他自变量的情况，采用 Logistic 回归模型进行分析，由于作为或不作为为属于二元变量，故采用二元 Logistic 回归模型。

1.3.3 研究框架

基于研究内容和研究方法，本文绘制了研究框架，如图 1 所示：



图一 研究框架图

本文主要探讨负有扶养义务的人这一特殊群体在犯故意杀人罪时，以作为方式犯罪和以不作为方式犯罪在量刑上有哪些区别，具体的行文结构安排如下：

第一章：引言。该部分主要介绍有关不作为犯的理论的产生背景及其发展情况，以及伴生而来的不作为犯的认定和量刑问题，从而引出本文的研究内容、可能贡献和理论现实意义。

第二章：文献综述。该部分主要梳理归纳国内外相关文献，围绕不作为犯的区分、不作为犯义务的来源、不作为犯的认定、作为和不作为方式下的量刑四个维度进行展开论述，为本文的研究内容提供详实的理论依据。

第三章：理论基础和研究假设，该部分引入本文的主要研究对象，即负有扶养义务的特殊群体和是否以作为方式杀人在量刑上存在何种区别的问题，本文接下来所有的内容均架设在该理论框架之下，同时结合已有的文献结果和经验事实提出本文的研究假设，并对此进行理论分析。

第四章：研究设计。该部分主要介绍文章的样本数据及来源，并对选取的各变量以及实证模型进行定义和解释。

第五章：实证分析。该部分首先对文章关键变量进行描述性统计分析和单因素检验，具体展现文章的数据结构，然后展示各个单变量的回归结果，并解释该回归结果所表示的相关关系。然后对负有扶养义务的人是否作为下的量刑情况进行二元 Logistic 回归分析，最后对结论进行稳健性检验。

第六章：研究结论与启示。该部分根据前文的理论和实证分析，对全文的研究成果进行归纳总结，并从针对不同作为方式下的故意杀人罪量刑以及负有扶养义务的特殊群体犯故意杀人罪的量刑总结相应的启示。

1.4 研究创新点

本文试图根据现行的刑法理论，从作为犯与不作为犯的区别、不作为犯中真正不作为犯和不真正不作为犯的区别的角度进行分析，并结合负有扶养义务的人这一特殊主体进一步深入研究。结合刑法学基本理论和社会一般道德观念的影响，本文从不同的角度，对负有扶养义务的人因作为或不作为的行为所造成的刑罚进

行了对比研究，并对真正不作为犯和不真正不作为犯的认定标准进行了细致地分析。基于此，本文可能的创新点如下：

(1) 本文以量刑幅度为着眼点，探究了以故意杀人罪为例的不真正不作为犯罪中是否作为对于量刑幅度的影响，弥补了现有研究的不足，在研究内容上具有一定创新。在我国传统刑法理论下，杀人行为可以具体区分作为行为与不作为行为，即根据二阶层的刑法理论，犯罪构成要件中的客观层面可以以积极行为和消极不作为进行区分¹，但需要注意的是不作为犯罪中的不作为既可以存在行为也可以不存在行为，其本质上是一种对于作为义务的逃避，而不以是否有行为进行区分，以此为依据，视其是否有逃避义务的行为可将其划分为作为或不作为，我国现行刑法中对于犯罪的论处，主要是针对犯罪与特定犯罪的构成要件之间是否具有一致性关系进行分析²，而作为行为与不作为行为的区分不仅是客观层面的表现形态，如作为是指行为人以主动形态实施刑法的禁止性行为，并造成了刑法上的危害结果，不作为是指负有履行相关义务责任的行为人未积极履行其义务而对被害人产生了等同于作为形态的损害后果的样态，也在一定程度上代表了行为人的主观心态，不作为犯同样具有行为性，此时就往往会涉及行为人的内心意思表示，可以区分故意的行为和过失的行为，所以，在量刑时也要从犯罪的主观阶层，即主观恶性、社会危害等方面综合考量。并且，根据构成要件的不同，某些罪名仅可由不作为构成，如遗弃罪；而有些罪名既可以由作为方式构成也可以由不作为方式构成，如故意杀人罪，如果不对行为方式作出划分，就难以明确此罪与彼罪的界限，因此对于是否采取作为方式犯罪采不同的量刑幅度是必要的。

(2) 本文以“实质的作为义务理论”为基础，从支配性³、等价性⁴以及危险紧迫性角度入手分析针对以故意杀人罪为例的不真正不作为犯罪是否作为对于量刑不同幅度影响的原因，在理论适用中具有一定创新意义。由于以作为方式犯罪有明确导致不良后果的行动，即“不当为而为之”，其界定较为简单，也是我国刑法定义的犯罪中的主要形式，因此更需要集中研究不作为犯罪的方式问题。不作为犯罪又可以分为纯正的不作为犯罪和不纯正的不作为犯罪，由于我国传统刑法理论无法对二者作出明确的区分，为了克服其缺陷，引入了“实质的作为义

¹ 参见黎宏：《排他支配设定：不真正不作为犯论的困境与出路》[J]. 中外法学, 2014, 26(04):110-123.

² 参见陈兴良：《作为义务：从形式的作为义务论到实质的作为义务论》[J]. 国家检察官学院学报, 2010, (03)

³ 参见王莹：《先性行为作为义务之理论谱系规整及其界定》[J]. 中外法学, 2013, 25(02):123-135.

⁴ 参见孙运梁：《以客观归责理论限定不作为犯的先行行为》[J]. 中外法学, 2017, 29(05):45-60.

务理论”，该理论的意义主要在于其摒弃了只要存在作为义务就可以以不作为犯论处的形式作为义务理论，从更加实际可操作的角度对构成不作为犯的要件进行了分析¹。例如基于其而产生的紧急危险说认为，行为可以作为一种责任的源头，其本质上是由于刑法保护的目标受到了紧急的伤害，作为义务人负有义务去阻止这一损害。这一理论进一步突出了刑法的谦抑性，即法律不强人所难，避免了形式的作为义务说过多强调行为人的作为义务的情形，根据这一理论可以判断只有行为造成了法益的紧迫危险才会导致作为义务，因此不得任意在可能有作为义务的情况下即认定行为人可能构成不纯正的不作为犯罪；又如客观归责说认为先行为必须是一个风险创设活动，如果只是单纯的生活行为则不会导致责任，要求这一行为与危害后果之间具有一定风险关系，由此可见二者都强调了对于不真正不作为犯的认定的严谨性考量，即不能认为行为人负有某种广义法律上的对于被害人的责任就直接判定行为人需要对被害人成立不作为犯罪。由此可以看出，针对不同行为方式与法律基础采取不同量刑是有必要的，可以避免不纯正不作为犯认定的泛滥化问题，也可以进一步明确不作为犯的归责原则。

(3) 本文将研究对象限定为负有扶养义务的人，我国法律规定的负有扶养义务的人主要包括父母、继父母、养父母、祖父母和外祖父母，负有扶养义务的人犯罪主要是指以上主体针对其有扶养义务者不履行相应的赡养或抚养义务，并以违法或不作为的形式侵犯了他们的合法利益的行为²。本文对于研究对象的限定使得本文的研究问题更具有代表性与针对性，具有一定创新意义。负有扶养义务的人的侵害行为不同于一般主体，除了需要从犯罪的构成要件角度对其进行分析意外，社会伦理道德观念也是需要考量的重要因素³。例如母亲将孩子以作为放方式杀死和不对其履行扶养义务致其因冻饿而死究竟何者在刑法上应当受到更加严格的规制的问题，⁴从刑法角度而言，无论是作为方式或是不作为方式均侵害了孩子的生命健康法益，但从伦理道德层面分析却可能得出不同的结果。因此本文希望通过对司法实践中的判例情况进行分析，研究在此种负有特殊义务的情况下，主体以作为方式或不作为方式杀人何者会受到更加严厉的刑罚处罚。此

¹ 参见李川：《不作为因果关系的理论流变与研究进路》[J]。法律科学，2016，(01):101-112。

² 参见孙运梁：《从因果支配走向客观归责——不纯正不作为犯的归因与归责》[J]。法学评论，2016，34(02)：99-108

³ 参见高思洋：《不真正不作为犯的立法规制分析》[J]。吉首大学学报(社会科学版)，2016，37(S1)：39-41。

⁴ 参见董桂武，肖媛媛：《论不纯正不作为犯认定的评价内容及顺序——以母亲女友案系列案认定为例》[J]。法律适用，2016，(05)：108-113。

外，除了不同作为方式下的量刑幅度有所不同，同为不作为犯罪的纯正不作为犯和不纯正不作为犯的定罪也存在差异，以实质理由定罪很好的解决了这一问题，例如针对母亲将孩子遗弃致其死亡究竟应当认定为遗弃罪这一纯正的不作为犯罪还是故意杀人罪这一不纯正的不作为犯罪的问题，就可以借助“实质的作为义务说”，通过分析危险的紧迫程度进行判断¹。这也是本文希望为这一提供数据支撑的原因。

¹ 参见高艳东：《不纯正不作为犯的中国命运：从快播案说起》[J]。中外法学，2017，29(01)：68-88.

2. 文献综述

2.1 作为义务来源相关研究

对于作为义务的来源，早期我国一直坚持“形式的四分说”，将形式上的作为义务作为认定不作为犯的来源，但随着我国司法理论与实务的发展，以形式上的作为义务来源作为认定犯罪的标准逐渐显露出其弊端，¹首先是在定罪方面，可能导致不作为犯被滥用的情形，其次是在量刑方面，滥用“形式上的作为义务说”认定行为人犯罪可能加重其量刑，亦不符合刑法的谦抑性原则。²

关于作为犯罪与不作为犯罪相关问题的研究，由于不作为犯的理论外延更大，多数文献的研究对象主要是针对不作为犯作为义务的研究，主要包括作为义务的来源（陈兴良，2020）³，这些讨论主要从作为义务的来源角度对不作为犯进行了分析，认为我国关于不作为犯作为义务的来源问题的研究主要可以分为两种理论，一种是形式上的作为义务，即“形式的作为义务论”，主要包括法律明文规定的义务、职务或业务要求的作为义务、法律行为引起的作为义务和先行行为引起的作为义务⁴。形式的作为义务理论为刑法探讨行为人作为义务的来源提供了一定的参考，但其针对不作为犯作为义务来源的解释缺乏现实可行性，也无法与刑法谦抑性的要求相契合（李川，2021）⁵，形式的作为义务理论下认为只要存在以上四种义务来源就可以以不作为犯定罪的假设很容易导致不作为犯的滥用，从而使不作为犯成为“口袋罪”，显然无法体现刑法的立法宗旨，也无法真正区分纯正不作为犯与不纯正不作为犯（王莹，2021）⁶。而“实质的作为义务论”则更加注重作为义务的实际可行性，例如对于特定领域的控制带来的作为义务和存

¹ Cho, Hm-Hak. *Obligated Subject in the Crime of Omission of Aid in Traffic Accidents* [J]. *Política Criminal*, 2018, 13(26).

² Cho, Hm-Hak. *The study on Occupational Health and Safety Act Punishment System and Violation* [J]. *DONG-A LAW REVIEW*, 2015, (69).

³ 参见陈兴良：《作为义务：从形式的义务到实质的义务论》 [J]. *国家检察官学院学报*, 2021(05).

⁴ 参见高铭喧编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版，2019版，第345-352页

⁵ 参见李川：《不作为因果关系的理论流变与研究进路》 [J]. *法律科学*, 2020, 24(03):56-68.

⁶ 参见王莹：《先行行为作为义务之理论谱系规整及其界定》 [J]. *中外法学*, 2021, 33(04):88-100.

在依赖关系带来的作为义务（孙运梁，2021）¹，使作为义务的判断更加准确。其次还包括对于先行行为带来的作为义务的讨论（郑泽善，2020）²，行为人的先行行为如果对法益创设了危险，那么行为人就需要对该行为承担相应的法律义务，否则会构成不作为犯罪。不作为犯的构成要件中除了客观层面对于实质的作为以无来源、作为可能性、消极不作为、不作为给被害人造成了等同于作为行为的危害后果以外，还包括对于主观层面的讨论（何荣功，2021）³，即不作为犯罪要求行为人主观上存在故意或者过失，加入行为人主观上并无过错，属于被害人自陷风险，也不能对行为人以不作为犯罪论处。其次还有关于因果关系对于不作为犯罪的影响的研究等等，要求行为人的不作为与损害后果的发生之间存在因果关系，否则也不得定为不作为犯（Faust Kelly L. 2008）⁴。

2.2. 司法定罪相关研究

对于作为义务来源的认定会直接影响我国司法实务中对于犯罪嫌疑人的定罪，因此司法认定中也对于是否构成不作为犯以及究竟构成纯正的不作为犯或是不纯正的不作为犯的判断进行了研究。

文献的研究焦点大多集中于对于不作为犯构成要件尤其是不作为犯作为义务来源的分析，通过对于传统刑法形式说和实质说对于不同不作为犯罪的认定这一角度进行分析研究，或是研究在司法实践中影响认定纯正不作为犯和不出正不作为犯的因素（江溯，2021）⁵，江溯在这篇文章中主要从传统刑法理论对不作为犯的划分以及新的实质说对于不作为犯的界定两个不同的角度对如何认定纯正不作为犯和不纯正不作为犯的问题进行了分析，并结合实证研究方法分析在司法实务领域是否确实依照实质说对不作为犯罪进行定罪量刑，即实务领域是否有不纯正不作为犯认定泛滥化、扩大化的问题，江溯最终认为在多种因素（如犯罪地点、犯罪环境）综合分析下，我国司法实践中对于不作为犯罪基本不存在过度

¹ 参见孙运梁：《以客观归责理论限定不作为犯的先行行为》[J]. 中外法学, 2021, 33(03):78-89.

² 参见郑泽善：《不纯正不作为犯新论》[J]. 求索, 2021(6):8-17.

³ 参见何荣功：《不真正不作为犯的构造与等价值的判断》[J]. 法学评论, 2021, 15(03):82-99.

⁴ Faust Kelly L. & Kauzlarich David. *Hurricane KatrinaVictimizationasa State Crimeof Omission*[J]. *Critical Criminology*, 2008, 16(02).

⁵ 参见江溯：《不作的故意杀人罪司法认定实证研究》[J]. 国家检察官学院学报, 2021(04):5-12.

泛化的情况，即认定为不纯正的不作为犯，如故意杀人罪，相比于普通故意杀人罪而言其量刑也是明显偏低的。研究究竟根据形式化或是实质化的标准认定不作为犯罪（姚诗，2020）¹，姚诗在这篇文章中主要借助“实质的作为义务论”从紧迫危险说、客观归责说、支配行为说、排他性支配说四种不同的理论角度对于纯正不作为犯和不纯正不作为犯的划分进行了界定，并通过实证研究得出结论。根据其对于案件及判决的对比分析，最终认为在形式的作为义务理论下对于不纯正不作为犯的认定尚在合理的范围之内。

2.3 文献评述

基于对上述文献的整理阅读可以发现，现有文献大多针对不作为犯的构成要件及其他相关要件进行分析，系统地论述了不作为犯罪四方面的构成要件及其成因，以及从传统形式角度划分纯正不作为犯罪与不纯正不作为犯罪和新的实质说下更加合理的对二者进行区分，从而避免在司法实践中认定不纯正不作为犯的泛滥化情况（黎宏，2014）²。而少有文献从不同主体的角度出发，研究负有特定义务的特殊主体犯罪的不同量刑标准，并以此为基础将作为犯罪与不作为犯罪进行对比分析，从而从动态层面对不同量刑幅度进行具体分析³。并进一步通过对二者的具体对比，有利于帮助理清司法实践中认定出征不作为犯罪和不纯正不作为犯罪的具体问题。

不作为犯罪的认定问题一向是我国刑法领域的热门话题，但是已有一般文献多针对不作为犯罪自身进行研究，分析不作为犯罪的认定要素，主要研究如何修正司法实践中认定的具体问题（李川，2016）⁴，或是虽然从特殊主体角度出发，但研究的主要方向是特殊主体下司法实践中对于纯正不作为犯和不纯这个不作为犯区分的标准和意义（Patrick M. Gerkin, Lauren A, 2010）⁵。由此可以看出，相比较针对不作为犯罪的具体问题研究而言，针对负有扶养义务这一特殊主

¹ 参见姚诗：《不真正不作为犯的边界》[J]. 法学研究, 2018, 28(04):78-88.

² 参见黎宏：《排他支配设定：不真正不作为犯论的困境与出路》[J]. 中外法学, 2014, 26(04):64-78.

³ Patrick M. Gerkin & Jacquelynn Doyon-Martin. *Asbestos: Not Just an Exhibit at the Smithsonian*[J]. *Critical Criminology*, 2015, 23(3).

⁴ 参见李川：《不作为因果关系的理论了流变与研究进路》[J]. 法律科学, 2016, 20(01):33-45.

⁵ Patrick M. Gerkin, Lauren A. Teal & Linda H. Reinstein. *Injustice for AI: A State Crime of Omission Beneath the Steps of the United States Capitol*[J]. *Critical Criminology*, 2010, 18(2): 234-248.

体作为犯罪与不作为犯罪之间的量刑区别的研究文献较少，也少有文献对纯正不作为犯罪和不纯正不作为犯罪的量刑情况进行具体分析。

基于对上述研究状况的分析，本文拟从特殊主体作为犯罪与不作为犯罪量刑区别的角度切入，采用实证研究的方法，具体化其区别，分析针对特定主体犯罪司法机关的认定情况，从而提供一定的现实参考。

3. 理论基础与研究假设

3.1 不作为犯认定的理论基础

行为主体、行为方式、犯罪结果是犯罪的构成要件，三者缺一不可。本文主要从行为入手，分析是否以作为方式实行行为对于犯罪的影响。根据我国传统刑法理论，行为需要符合刑法上关于危害行为的要求，即行为需要同时具有体性、有意性和有害性，纯粹的思想或无意识的行为或是不具有法益侵害性的行为，因此不属于刑法上的危害行为。¹行为又可以被区分为作为和不作为，其中作为是指违背了刑法中的禁止性条款，比如，持刀杀人违反了刑法关于对别人的身体的保护而不得故意伤害其身体健康的规定，所以被认为是一种作为行为；而不作为是一种不履行属于实质性来源的义务的表现，是不履行法律赋予的义务²，比如，不提供必要的生活条件，致使被监护人死亡，这就是不作为。不作为犯在刑法中有明确的规定，而不作为犯又可以具体分为真正不作为犯和不真正不作为犯，其中真正不作为犯是指刑法规定的只能由不作为构成的犯罪，即这一类犯罪不能由行为人的作为行为构成³，而只是一种单纯的对于刑法规定所产生义务的不履行，例如遗弃罪；不真正不作为犯，因为没有明确的法律规定，所以，既可以由作为构成，也可以由不作为构成，在此种构成的情况下，不作为犯就叫做不真正不作为，比如，故意杀人罪，可以用刀杀人或者不作为造成被害人的死亡，如果是因不作为造成的被害人的死亡，就成立不作为的故意杀人罪。

对于不作为犯，我国刑法传统理论采用的是“形式的作为义务说”，也即“形式的四分说”，这种学说将作为义务的来源分为法律规定的义务、职业带来的义务、法律行为引起的义务和先行为引起的义务⁴，根据这一理论，判断不作为犯仅仅看其是否具有义务，因此很容易出现不作为犯被滥用的情况，在此种背景下，

¹ 参见周光权：《犯罪支配还是义务违反快播案定罪理由之探究》[J]. 中外法学, 2017, 29(01):51-67.

² 参见陈兴良：《不作为犯论的生成》[J]. 中外法学, 2012, 24(04):665-682.

³ 参见张明楷：《不作为犯中的先前行为》[J]. 法学研究, 2011, 33(06):136-154.

⁴ 参见谢绍华：《作为义务来源的实质化》[J]. 政法论坛, 2008, (02):133-141.

我国大多数法学学者开始以德日理论为基础，倾向于“实质的作为义务说”。¹以此对不作为犯进行判断，在“实质的作为义务说”下，确定真正不作为犯的标准，主要是根据刑法对其行为的规定是否具有义务性²，如果是义务性的，在义务性规范下，不履行义务即构成不作为，如遗弃罪的义务来源是对孩子的抚养义务，而不履行对子女的抚养义务的犯罪构成要件就只有不作为才能实现，所以，遗弃罪就是真正不作为犯。值得注意的是，在真正不作为犯中，不履行义务的行为可以是积极的或消极的，比如抛弃一个婴儿或者不履行对其的抚养义务而对其置之不理，都构成了遗弃罪这一真正的不作为犯罪，不能因为抛弃婴儿是一种主动行为，就不将其视为不作为³。不真正不作为犯的罪责可以分为两种，在由不作为构成的情况下，即成立不真正不作为犯，因此在判断不作为犯罪是由作为构成还是由不作为构成的过程中，首先判断行为人是否有作为义务，如果有作为义务而不履行，则是不作为⁴；再看行为人是否有行为，即是否积极地制造了达到通常性的危险，如果积极制造危险，就按照作为犯处理，否则按不作为犯处理。⁵

3.2 作为义务来源的理论基础

基于刑法的谦抑性，目前我国刑法理论和实务界普遍采用“实质的作为义务说”对不作为犯进行判断，此种学说认为刑法上的作为义务是来自于某个危险源对法益产生了危险流，刑法要求行为人去阻断危险流，保护法益对象，而对于“实质的作为义务说”的解释认为这种义务之所以能够成为行为人实质的义务并且在行为人不履行时要求其承担不利的法律后果是因为行为人与危险流的生产具有直接关系，因此其负有对于危险源的监管义务，或是行为人与法益对象存在法律规定的或是特定领域下的保护关系，因此其负有对于法益对象的保护义务，此种学说也被称为“实质的二分说”。在此种理论下，不真正不作为犯罪包括三个构

¹ E. P. Fabris & M. Piccininr. *Legal aspects of end-of-life decisions in Italy: the penal relevance of the limitation of treatment in the terminally ill and the problem of causality by omission—The legal puzzle of end-of-life care in Italy: Is therapeutic limitation in the terminally ill patients a crime of omission liable to prosecution?* [J]. *European anaesthesiology*, 2008, 25 (Suppl. 42).

² Kristen Houser. *Analysis and Implications of the Omission of Offenders in the DoD Care for Victims of Sexual Assault Task Force Report* [J]. *Violence Against Women*, 2007, 13 (9).

³ 参见许成磊：《先行行为可以为犯罪行为》 [J]. *法商研究*, 2005, (04):26-30.

⁴ 参见刘士心：《不纯正不作为犯的等价性问题研究》 [J]. *法商研究*, 2004, (03):109-116.

⁵ 参见黎宏：《“见死不救”行为定性的法律分析》 [J]. *法商研究*, 2002, (06):28-34.

成要件：一是有作为的义务，这种义务包括对危险源的监管义务，例如对被监护人行为的监督，对自己饲养的动物的控制和对自已的先行为所产生后果的注意义务，需要注意的是，如果行为人的行为实质上降低了危险或是被害人自陷风险，则行为人没有作为义务；此外，这种义务还包括了对对象的保护义务，这种保护义务一方面可以来自于特定领域，在特殊领域中，犯罪嫌疑人的保护义务来自于其满足了以下两个条件：一是犯罪主体是某一领域的管理者，另一方是对某一领域的危险的排除具有排他性，即被害人针对该领域的危险与行为人形成了依赖关系，例如在自己家中所承担的特殊的保护义务；另一方面来自于特定关系，即基于法律规范产生的保护义务，例如监护人对被监护人的监护义务。二是有作为的可能性，即行为人有能力和条件实施作为行为，以作为行为阻断危险源，防止危险的发生，例如对于醉酒的人就不能认为其在醉酒状态下有作为能力，也就不能主张其成立不作为犯。三是行为人没有作为，需要注意得是，刑法之所以在特定情境下给行为人附加了作为义务，是基于对于法益对象的保护进行的考量，也正是通过对法益对象受到保护所进行的考虑，刑法认为如果承担了作为义务的行为人可以尽职地行使其义务，就能够防止危险后果的出现，从而保障法益对象的权益，亦即具有结果避免可能性，但如果行使了该义务，危险后果还是会出现，就不能谴责行为人的不作为，亦即行为人不构成不作为犯罪。四是不作为引起的结果与作为行为所引起的损失在本质上是对等的，而这一对等是由客观危险的程度和主观的恶意程度来综合判定的，即行为人不作为的行为给被害人带来的损害不得小于以作为方式可能给被害人带来的损害，以此从实质上限制了不作为犯被滥用的情况。除去以上客观要件，最终成立不作为犯还需要行为人主观上具有故意或者过失。

本文在“实质的作为义务说”的基础上，以故意杀人罪为例，探讨不真正不作为的量刑情况，为了使这一研究更加具有现实意义，本文采用了具有扶养义务的人这一群体作为研究对象，着重研究负有扶养义务的人的以作为方式故意杀人和以不作为方式故意杀人何者量刑更重的问题。

3.3 研究假设

根据刑法基础理论和我国实务现状，如上文所述，目前采取“实质的作为义务说”对于不作为犯的认定更加合理，但针对负有扶养义务的人这一特殊群体，以作为方式犯故意杀人罪和以不作为方式犯故意杀人罪何者应当量刑更重的问题一时却难以给出准确的答案。并且在司法实务中，量刑情况与行为人犯罪时的手段，犯罪地点、犯罪造成的社会影响都存在着相关关系，因此对于这些因素对于量刑的影响程度以及在控制变量情况下作为方式对于量刑影响的研究是具有其现实意义的。基于上述分析，本文提出以下假设：

H1：在控制犯罪时间、犯罪地点、犯罪对象的情况下，负有扶养义务的人以作为方式犯故意杀人罪的量刑要重于以不作为方式犯故意杀人罪。

4. 研究设计与实证分析

4.1 研究设计与研究方法

4.1.1 数据来源

本篇的调查数据来自于威科先行网，以“故意杀人罪”为搜索词，以“刑事”、“判决书”为搜索条件，以2021年11月28日为截止日期，共收集到37728份判决书，从其中筛选出负有扶养义务的人犯故意杀人罪共263份，其犯罪主体均为有扶养义务的父母、祖父母、外祖父母、兄弟姐妹。因此，本文以263件被认定为故意杀人的判决书为研究对象。

4.1.2 变量设置

被解释变量为负有扶养义务的主体以作为或不作为方式致使被害人死亡的危害结果，将其设定为 Y ，根据一般实证研究习惯，对因变量进行编码，将原值为作为的故意杀人行为赋予内部值，设定为1；将原值为不作为的故意杀人行为赋予内部值，设定为0。

解释变量为在行为人以作为或不作为方式实施犯罪行为的过程中与量刑有关的其他可能影响因子，将其设定为 X 。根据犯罪的主观构成要件与客观构成要件，并考虑不同法益侵害对象，在本文中设定4个影响因素并结合其不同性质设定为不同的哑变量。

第一个潜在影响因素为损害对象，设定为 X_1 ，分为子女、父母和配偶；第二个可以潜在影响因素为犯罪地点，设定为 X_2 ，根据是否可以为一般人随意出入具体分为公共场所和私人领域，公共场所包括如公共道路、广场、公园等一般人可以随意进出的领域。私人场所包括如私家住宅、私人酒店房间、私家车库等非一般人可以随意进出的场所；第三个潜在影响因素为犯罪时间，将其设定为

X3，通过分析已有判决书中的犯罪事件将其划分为白天（6：00-19：00）和黑夜（20：00-6：00）；第四个潜在影响因素为犯罪行为恶劣程度，设定为 X4，根据判决书所提及事实分为一般放任、行为恶劣与行为极其恶劣，其中以一般放任如将被监护人遗弃，但由于该遗弃行为给被害人的生命安全造成了紧迫危险而被认定为故意杀人罪，如不履行对于被监护人的监护义务导致其因冻、饿死亡；行为恶劣如行为人持刀杀人或以其他工具杀人；行为特别恶劣如行为人在杀害被害人后对其进行分尸等行为，给受害者家属带来极大的心理创伤和不良的社会影响。一般放任一般视为不作为犯罪，一般恶劣和特别恶劣一般视为作为犯罪。

表一 变量定义与描述性统计

	N	
Y=定罪		
1=以作为方式故意杀人	168	63.9%
0=以不作为方式故意杀人	95	36.1%
X1=损害对象		
1=子女	197	74.9%
2=父母	23	8.7%
3=配偶	43	16.3%
X2=犯罪地点		
1=公共场所	24	9.1%
2=私人场所	239	90.9%
X3=犯罪时间		
1=白天	97	36.9%
2=夜间	166	63.1%
X4=行为方式		
1=一般放任	13	5.0%
2=一般恶劣	242	92.0%
3=特别恶劣	8	3.0%

4.1.3 研究方法

本研究旨在根据 2011-2021 年的故意杀人罪的判决对相关变量进行定义，利用这一数据构建二元 logistic 模型，进而利用 Spss 软件对故意杀人罪的行为模式对量刑的影响及其相关性进行分析。

4.2 计量模型构建

4.2.1 计量模型构建，单因素与量刑的相关分析：通过卡方检验

本文拟采用描述性统计的交叉分析与相关性检验进行实证分析，在纵向分析法和横向分析法的基础上采用交叉分析法，可以弥补以上两种分析方法“各自为政”所带来的偏差，具体分析两个变量之间的相关关系，更加显著地表示不同影响因子的频数与比例，以便于更加直观地观察变量之间的相关关系。继而通过卡方检验判断所定义的影响因子与量刑结果是否存在显著相关性。

（一）交叉分析

如表二所示，关于损害对象，在本文作为研究对象的 263 份样本中，杀害对象为子女（包括亲生子女与养子女）的共 197 份，占比 74.9%，被认定为作为的故意杀人罪即以暴力损害子女生命的占 20.6%，刑期 10 年以上占比 88.2%；被认定为以不作为方式致使子女生命受到了紧迫危险而被认定为故意杀人罪的占 79.4%，刑期 10 年以上的占比 11.8%。杀害对象为父母的共 23 份，占比 8.7%，被认定为作为故意杀害父母的占 22.4%，刑期均为 10 年以上；被认定为以不作为方式故意杀人给父母生命造成紧迫危险致使父母死亡的占 77.6%，刑期 10 年以上占比 42.2%。杀害对象为夫妻的共 43 份，占比 16.3%，被认定为故意杀害配偶的占 76.3%，刑期 10 年以上占 89.8%；被认定为以不作为方式故意杀人给配偶生命造成紧迫危险致使配偶死亡的占 23.7%，刑期 10 年以上占比 24.4%。

关于犯罪地点，在本文作为研究对象的 263 份样本中，犯罪地点为公共场所的共 24 份，占比 9.1%，均被认定为在公共场所以不作为方式损害被害人生命健

康，但由于其行为显然给被害人造成了紧迫危险，严重危及了被害人的生命，被认定为故意杀人罪，根据判决书显示，此种情况下被判刑期 10 年以上的占比 23.6%。犯罪地点为私人场所的共 239 份，占比 90.9%，被认定为在私人场所以作为方式故意杀害被害人的占 76.8%，被判处 10 年以上有期徒刑的占比 89.2%；被认定为在私人场所以不作为方式损害被害人的生命健康，但由于给被害人生命造成了紧迫危险而被认定为故意杀人罪的占比 23.2%，被判处 10 年以上有期徒刑的占比 23.2%。

关于犯罪时间，在本文作为研究对象的 263 份样本中，故意杀人侵害被害人生命安全的行为发生在白天的共 97 份，占比 36.9%，以作为方式故意杀人的共 23 份，占比 23.7%，其中被判处十年以上有期徒刑的占比 90.2%，以不作为方式但由于给被害人生命造成紧迫危险而构成故意杀人罪的共 74 份，占比 76.3%；故意杀人侵害被害人生命安全的行为发生在夜间的共 166 份，占比 63.1%，被判处十年以上有期徒刑的占比 89.4%。以不作为方式故意杀人，因给被害人生命安全造成了紧迫危险而被认定为故意杀人罪的发生在白天的共 134 份，以作为方式故意杀人的共 68 份，占比 51%，被判处十年以上有期徒刑的占比 85.7%；因给被害人生命安全造成了紧迫危险而被认定为故意杀人罪的发生在夜间的共 66 份，占比 49%，被判处十年以上有期徒刑的占比 27.3%。

关于犯罪行为的恶劣程度，在本文作为研究对象的 263 份样本中，以作为方式故意杀人情节一般恶劣的共 242 份，占比 92%，以作为方式犯故意杀人罪的共 187，占比 77.3%，被判处十年以上有期徒刑的占比 89.6%；以不作为方式但给被害人造成了紧迫危险的共 55 份，占比 22.7%，判处十年以上有期徒刑的占比 36.2%。以作为方式故意杀人情节极其恶劣的共 8 份，占比 3%，均被判处 10 年以上有期徒刑。以不作为方式故意杀人的均属于一般放任，被判处十年以上有期徒刑的占比 13.4%。

表二 变量频数与比例

变量		样本个数	作为方式 刑期 10 年 以上 (%)	不作为方 式刑期 10 年以上 (%)	作为方式 刑期 10 年 以下 (%)	不作为方 式刑期 10 年以下 (%)
损害对象	子女	197	(156) 88.2%	(41) 11.8%	(156) 11.8%	(41) 88.2%
	父母	23	(5) 100%	(18) 42.2%	(5) 0	(18) 57.8%
	配偶	43	(33) 89.8%	(10) 24.4%	(33) 10.2%	(10) 75.6%
犯罪地点	公共场所	24	0	(24) 23.6%	0	(24) 76.4%
	私人场所	239	(184) 89.2%	(55) 23.2%	(184) 10.8%	(55) 76.8%
犯罪时间	白天	97	(23) 90.2%	(74) 25.7%	(23) 9.8%	(74) 74.3%
	夜间	166	(68) 85.7%	(66) 27.3%	(68) 14.3%	(66) 72.7%
行为方式	一般放任	13	0	(13) 13.4%	0	(13) 86.6%
	一般恶劣	242	(187) 89.6%	(55) 36.2%	(187) 10.4%	(55) 63.8%
	特别恶劣	8	(8) 100%	0	(8) 0	0

(二) 单因素与量刑的卡方检验

本文主要通过研究以不同行为方式犯故意杀人罪对于量刑的影响分析行为方式与量刑是否具有显著的相关性，因此，本文所用的被解释和解释的变量都是无序的，所以在研究它们的关系和强度时，采用了双向无序的 $R * C$ 数据的卡方检验。¹

基于 2011 年至 2021 年的案件判决数据，本文样本量共计 263 个，根据样本量大于 40 个时卡方检验的显著性值主要参考皮尔逊卡方的一般原则，在下文中

¹ 双向无序的 $R \times C$ 表资料的卡方检验的适用条件，除了两个分类变量均为无序变量，还要求总样本量 >40 ，期望计数 >5 ，若期望计数 <5 则其数量须 $<20\%$ 。其基本原理是零假设(H0)是不显著的，两个变量之间无关联；备选假设(H1)是显著的，两个变量之间有关联。当 P 值 <0.05 时，拒绝零假设，接受备选假设，认为两个变量之间是有关联的。

以皮尔逊卡方为参考对本文的研究数据进行检验。

表三 卡方检验结果

符号	类别	未汇报样本量	汇报了样本量	皮尔逊卡方	自由度	卡方
X1	损害对象	3 (1.14%)	260 (98.86%)	01	6	10.645
X2	犯罪地点	5 (1.90%)	258 (98.10%)	03	5	12.833
X3	犯罪时间	3 (1.14%)	260 (98.86%)	062	6	8.642
X4	行为方式	6 (2.28%)	257 (97.72%)	01	4	7.779

根据上表所得的皮尔逊卡方检验结果可以发现，对于 X1 损害对象而言，损害对象对于以作为方式故意杀人和以不作为方式故意杀人的量刑的影响具有显著性（ $X^2=263$ ， $df=6$ ， $P=0.01$ （ <0.05 ））；对于 X2 犯罪地点而言，犯罪地点对于以作为方式故意杀人和以不作为方式故意杀人的量刑的影响具有显著性（ $X^2=263$ ， $df=5$ ， $P=0.03$ （ <0.05 ）），但相比于 X1 损害对象而言，其对量刑的影响显著性稍弱；对于 X3 犯罪时间而言，犯罪时间对于以作为方式故意杀人和以不作为方式故意杀人的量刑的影响不具有显著性（ $X^2=263$ ， $df=6$ ， $P=0.062$ （ >0.05 ））；对于 X4 行为方式而言，行为方式对于以作为方式故意杀人和以不作为方式故意杀人的量刑的影响具有显著性（ $X^2=263$ ， $df=4$ ， $P=0.01$ （ <0.05 ））。且在四个自变量因子中，不同行为方式对于量刑的影响是最显著的。

由上文可知，以卡方检验分析影响犯罪行为的单一因素（损害对象、犯罪时间、犯罪地点、行为方式）与最终的量刑结果之间的关系是可行的，经过上述分析可以发现作为的故意杀人罪和不作为的故意杀人罪中损害对象、犯罪地点和犯罪的行为方式对于量刑具有显著性影响。

5. 影响量刑的二元 Logistic 回归分析

通过上文的交叉分析与卡方检验可以得出作为的故意杀人罪和不作为的故意杀人罪中损害对象、犯罪地点和犯罪的行为方式对于量刑具有显著性影响，但以上检验仅考虑了四个单因素变量，对于其他实际案件中可能出现的不确定因素未进行考量，因此该结果对于实务中案件处理的可参考性有限，为了使实验结果更好地为实务提供参考，一般需要综合考量实际中可能出现的其他尚未被纳入考量范围的因素，并在此基础上进行分析，因此在控制变量的情况下需要通过进一步通过回归模型分析负有抚养义务的特殊群体是否以作为方式犯故意杀人罪与刑期的相关性如何的问题。因此，下文中将逐一对犯罪对象、犯罪地点、犯罪时间和犯罪的行为方式四个影响因素进行 Logistic 回归模型分析。

由于本文所研究的量刑幅度包括十年以上有期徒刑和十年以下有期徒刑，故选择二元 Logistic 回归进行分析研究。在回归假定的前提下，首先要把所有的分类变量转换成哑变量，然后再选取一个参考类。参照类别设置如下：损害对象的参照对象为配偶；犯罪地点的参照对象为私人场所；犯罪行为方式的参照对象为一般放任。在 Spss 统计软件中输入有关四种影响因素和两个不同结果的被解释变量的有关数据，并使用二元 Logistic 回归模型对其进行分析，由于本文所选取的变量属于无序变量，因此在进行数据输出时均将其设置为分类变量，在参数类型中，选择最后一个，将 Exp (B) 置信区间设定为95%，在自变量导入模式中选择输入（系统默认）。

5.1 回归方程的拟合优度检验

由于样本数据较少，且未控制其他变量，仅以样本数据为参考得出的回归方程无法完全还原实际中可能遇到的情况变动，也很难直接预测或解决现实问题，因此为了使其具有更强的现实参考意义，常常借助其他统计检验对其进行验证。

回归模型能够对实际情况进行准确预测并以此为基础解决实际问题的前提是回归方程具有足够高的拟合优度¹。一般而言，通常用 R^2 来检验线性回归方程的拟合优度²，而霍斯默—莱梅肖检验（Hosmer Lemeshow Test）是检验其拟合优度的主要方法；同时也可以借助分类表对拟合优度进行检验³，分类表的精度愈高，则方程式拟合优度愈佳。

表四 霍斯默—莱梅肖检验

霍斯默—莱梅肖检验			
步骤	卡方	自由度	显著性
1	612	3	.892

表五 分类表

Classification Table					
	实测		预测		正确百分比
			Y		
			否 (0)	是 (1)	
步骤一	刑期十年以上是否作为	否 (0)	172	165	96.0
		是 (1)	89	87	97.8
	总体百分比				96.9
a. 分界值. 500					

由上表可以得出，本检验中霍斯默—莱梅肖检验显著性为 0.892，显然大于 0.005，可以看出本文回归模型的拟合优度很好，因此二元 Logistic 回归模型能够很好反应变量之间的关系。该分类表显示：以作为方式犯故意杀人罪刑期在 10 年以上的群体共有 172 个，分类表预测群体有 165 个，分类表显示的预测正确率为96%；以不作为方式犯故意杀人罪刑期在 10 年以上的群体共有 89 个，预测该群体共 87 个，分类表显示的预测准确率为 97.8%，经平均计算可以得出分类表的整体预测准确率为 96.9%，这一高预测准确率从另一方面证明了二元

¹ 回归方程的拟合优度检验是指检验样本数据点聚集在回归线周边的密集程度，从而评价回归方程对样本数据的代表程度。参见薛薇：《统计分析与 SPSS 的应用》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 231 页。

² 决定系数 R^2 是一个反映回归直线与样本观测值拟合优度的相对指标，是因变量的变异中能用自变量解释的比例。其数值在 0-1 之间， R^2 接近 1，说明因变量不确定性的绝大部分系数能有回归方程解释，回归方程拟合度好。参见何晓群、刘文卿：《应用回归分析》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 36 页。

³ 根据 Logistic 回归模型，对样本重新判别分类，符合率越高，模型拟合越好。

Logistic 回归模型与观测值的拟合程度很好。

经由上述检验可以看出，本检验所选取回归方程拟合优度很好，因此可以准确反映具有扶养义务的特殊群体是否以作为方式犯故意杀人罪与刑期之间的相关关系。以及犯罪时间、犯罪地点、犯罪对象与刑期之间的关系，对于行为与量刑之间的关系的反应也具有很高的准确度，由此推测其可以正确观察各种影响因素对于故意杀人罪的认定具有显著性影响。

5.2 回归系数解读

一般而言，对于回归系数的分析，主要依赖于对于 P 值¹、B 与Exp (B) 的分析。体现显著性的 P 值越低则代表准确性越好，一般将 $p=0.05$ 视为衡量标准，即当一回归方程的回归系数小于 p 值 0.05 时，可以认为解释变量与被解释变量具有显著的相关性。B 值体现为方程的回归系数和截距（常数项），回归系数是表示解释变量 x 对被解释变量 y 影响大小的参数。B 值越大表示 Y 受到自变量 X 的影响程度越高，正回归系数代表正相关性，负回归系数代表二者为负相关关系。一般情况下，回归系数 β 被解释为，当解释和变量变化时，平均对于被解释变量的影响，Exp(B) 即比率，是指当控制其他因素不发生变化时，odds 的事件发生概率的变化率。odds 越大，事件的发生概率就越高，而不会出现的可能性也就越低。

表六 回归系数

		b	Exp (b)	显著性
步骤 1 ^a	X1=损害对象			0.036
	1=父母	1.922	6.83	.031
	2=子女	1.204	3.33	.029
	3=配偶	Ref	Ref	Ref
	X2=犯罪地点			0.021
	1=公共场所	1.506	4.51	.028

¹ P 值就是当原假设为真时所得到的样本观察结果或更极端结果出现的概率。如果 P 值很小，说明原假设情况发生的概率很小，而如果出现了，根据小概率原理，就有理由拒绝原假设，P 值越小，拒绝原假设的理由越充分。0.05 则是一个通用的风险概率。参见贾俊平等：《统计学》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 160-161 页。

	2=私人场所	Ref	Ref	Ref
	X3=犯罪时间			0.062
	1=白天	Ref	Ref	Ref
	2=夜晚	1.014	2.76	.069
	X4=行为方式			0.015
	1=一般放任	Ref	Ref	Ref
	2=一般恶劣	1.254	3.50	.024
	3=特别恶劣	1.998	7.37	.013
	常量	1.635	000	.018

由上表可知对故意杀人罪量刑具有显著性的影响因素。在控制其他影响因素的情况下，损害对象为子女、父母或配偶对于是否以作为方式犯故意杀人罪的定罪具有显著影响（ $X_1(p) = 0.036 (< 0.05)$ ）； $B = 1.922$ ，说明损害对象为父母与是否以作为方式犯故意杀人罪的定罪为正相关关系； $B = 1.922$ ， $\text{Exp}(B) = 6.83$ ，说明相较于损害对象为配偶的情况，损害对象为父母时，刑期大于十年的可能性增加了 $\text{Exp}(1.922)$ 倍； $B = 1.204$ ， $\text{Exp}(B) = 3.33$ ，说明相较于损害对象为配偶的情况，损害对象为子女时，刑期大于十年的可能性增加了 $\text{Exp}(1.204)$ 倍。在控制其他因素的情况下，犯罪地点为公共场所或是私人场所对于是否以作为方式犯故意杀人罪的定罪具有显著影响（ $X_2(p) = 0.021 (< 0.05)$ ）； $B = 1.506$ ，说明犯罪地点为公共场所与是否以作为方式犯故意杀人罪的定罪为正相关关系； $B = 1.506$ ， $\text{Exp}(B) = 4.51$ ，说明相较于私人场所的犯罪，犯罪地点为公共场所时以作为方式故意杀人刑期大于 10 年的可能性增加了 $\text{Exp}(1.506)$ 倍。在控制其他因素的情况下，犯罪时间为白天犯罪和夜间犯罪对于是否以作为方式犯故意杀人罪的量刑不具有显著影响（ $X_3(p) = 0.062 (> 0.05)$ ）。在控制其他因素的情况下，犯罪行为方式为一般放任、一般恶劣或是极其恶劣对于是否以作为方式犯故意杀人罪的定罪具有显著影响（ $X_4(p) = 0.015 (< 0.05)$ ）； $B = 1.254$ ，说明犯罪行为的方式为一般恶劣与是否以作为方式犯故意杀人罪的定罪为正相关关系； $B = 1.254$ ， $\text{Exp}(B) = 3.50$ ，说明相较于一般放任的犯罪形态，犯罪行为方式为一般恶劣时以作为方式故意杀人刑期大于 10 年的可能性增加了 $\text{Exp}(1.254)$ 倍； $B = 1.998$ ， $\text{Exp}(B) = 7.37$ ，说明相较于一般放任的犯罪形态，犯罪行为方式为一般恶劣时以作为方式故意杀人刑期大于 10 年的可能性增加了 $\text{Exp}(1.998)$ 倍。

综上所述，在综合因素和控制其他因素的情况下，损害对象、犯罪地点、行为方式等因素对是否以行为方式犯故意杀人罪的量刑效果具有显著的影响；犯罪时间对于否以作为方式犯故意杀人罪的量刑影响不具有显著性，在损害对象内部，相比较而言，损害对象为父母时，是否以作为方式犯故意杀人罪对于量刑的影响更加显著；在犯罪地点内部，相比较而言，犯罪地点为公共场所时，是否以作为方式犯故意杀人罪对于量刑的影响更加显著；在犯罪行为方式内部，相比较而言，犯罪行为方式为一般恶劣时，是否以作为方式犯故意杀人罪对于量刑的影响更加显著。

6. 研究结论分析与启示

6.1 本文研究结论

形式上的作为义务说和实质上的作为义务说之间的分歧，是造成对不作为犯认定区别的理论根源，针对这一分歧，首先需要结合作为与不作为的定义进行探讨，作为是指违反刑法禁止性规定的行为，而不作为是指违反刑法义务性规定的行为，二者的区别就在于前者是“不当为而为之”，后者则是“应为、能为而不为之¹”。近年来，我国理论界与实务界都更加倾向于“实质的作为义务说”，这一变化主要是由于“形式的作为义务说”过于简单和形式化，在很大程度上片面的扩大了对于不作为犯的认定，而“实质的作为义务说”更加注重从实质性义务的角度对行为人是否负有作为义务进行分析，它的责任来源可分为对危险源的监督和对权利客体的保护。²

对危险源的监督责任可分为对危险品的监督，如所有者对所饲养的动物的监督，这种义务来自于行为人对该物体或动物的现实支配，基于此种支配关系，刑法要求其承担相应的监管危险的法律义务；对其危险行为的监管责任，这里的其他人主要是指与其有监护、监管关系的人，由于行为人与此类人具有法律意义上的监护关系，因此也需要对其危险行为承担相应的监管义务³，例如父母对年幼子女的危险行为负有监督义务；行为主体对自身的先行为的监督义务，其前提条件是自身的先行为对法益构成了风险，而在此基础上，以排除自身的危险、保护他人的法益为基础，产生了相应的作为义务，例如饭店食物致人中毒，饭店管理人员对中毒客人的救助义务。但在此种情况下需要注意的是，如果行为人的先行为对于被侵害对象而言实际上降低了危险则无需承担此种作为义务，或是被害人

¹ 参见马克昌：《刑法中行为论比较研究》[J]。武汉大学学报(社会科学版)，2001，(02)：133-147。

² 参见陈兴良：《犯罪不作为研究》[J]。法制与社会发展，1999，(05)：47-55。

³ 参见刘艳红：《论不真正不作为犯的构成要件类型及其适用》[J]。法商研究(中南政法学院学报)，2002，(03)：52-61

属于自陷风险、自己负责的状况，行为人也不负有作为义务。¹

对于法益对象的保护义务可能产生于特定关系或是特定领域。特定关系和特定范围是指，法律利益客体的保护责任可以在某一特定的关系中产生，也可以在特定的范围内发生。特定关系是指在法律利益受到损害的情况下²，法律利益的保护取决于当事人，即行为人与被害人形成了依赖关系³，当该法益处于危险境地时，行为人负有保护义务，这一保护责任可能是基于法律准则而产生的，如父母对孩子的保护；也可能是基于职业、业务或制度规定而产生的保护责任，如医生对患者的保护责任，此种解释就避免了“形式化的作为义务说”对于作为以无来源的认定过于表面化的问题，只有负有特定职责、任务的人才负有职业义务，对于普通民众而言“法律不强人所难”，更不能将一般义务扩大化、滥用为刑法义务；或者，根据契约所产生的责任，如照顾协议中的保姆对婴儿的保护；最后是根据行为人自愿接受的行为所产生的保护责任，是指在一种权利受到威胁的情况下，当事人自愿承担保护义务，这是一种法律上的依赖性⁴，在这种情况下，由于被害人紧迫的危险被行为人的救助行为打断，行为人就负有了继续救助的义务，例如，行为人对于被抛弃的婴儿本不负有救助义务，但如果行为人将该婴儿带回家就需要承担继续对其进行照顾的责任，此种情况即属于行为人自愿承担了救护义务，且与此同时，行为人的救护行为相当于剥夺了他人救护的可能性，因此此时行为人不得再放弃承担该义务，否则将会构成不作为犯罪。而在特殊领域中，保护义务的生成需要满足以下两个方面：一是作为某一领域的管理者；二是其在某一领域中的支配性作用，即此时被害人与行为人同样形成了依赖关系，行为人的救助对于被害人而言是唯一的救助途径。

从以上对于“形式的作为义务说”和“实质的作为义务说”对于作为义务来源的不同认定的讨论可以看出，“实质的作为义务说”更加强调可以赋予行为人义务的实质的理由，而非以表面理由要求行为人承担相应的法律责任，这样一来，此种理论就能够从更加严谨的角度对行为人的作为义务进行分析，并且更加符合刑法的罪刑相适应的基本原则。但针对此理论尚不具有完备的数据支撑，尤其是

¹ 参见李晓龙：《论不纯正不作为犯的等价性》[J]. 法律科学. 西北政法学院学报, 2002, (02): 43-53.

² 参见李晓龙、李立众：《试析交通肇事罪中的“因逃逸致人死亡”》[J]. 法学, 1999, (08): 34-38.

³ Fletcher George P.. *Criminal Omissions: Some Perspectives*[J]. The American Journal of Comparative Law, 1976, 24(4).

⁴ 参见齐文远、李晓龙：《论不作为犯中的先行行为》[J]. 法律科学. 西北政法学院学报, 1999, (05): 56-64.

针对不真正不作为犯罪这一特殊情形，其认定和实务中的处理都有待进一步的论证。本文基于上述讨论，选择以故意杀人罪为不真正不作为犯罪的对象，以对于不作为犯罪的理论争议为研究背景，通过研究在不同的单因素影响下是否以作为方式犯故意杀人罪对于量刑的影响，并经过对于本文所选取的 263 个司法案例的分析，现得出以下结论：

首先，从我国司法案件的判决情况来看，对于负有抚养义务的这一特殊群体，以作为方式犯故意杀人罪的量刑幅度总体高于以不作为方式犯故意杀人罪的量刑幅度，这一点在损害对象、犯罪地点、犯罪时间、犯罪行为方式四种不同的单因素影响下都有显著体现。具体而言，以作为方式犯故意杀人罪刑期在 10 年以上的比例总体接近 90%，而以不作为方式犯故意杀人罪刑期在 20 年以上的比例总体大约为 20%左右，由此可以看出目前我国实务界仍然认为对于负有扶养义务的人以作为方式犯故意杀人罪的可谴责性高于以不作为方式犯故意杀人罪。由此也可以看出我国司法实务目前也更加趋向于“实质的作为义务说”，在无明确作为义务来源的情况下，更加主张以作为犯罪定罪，而非盲目扩大不作为犯的认定范围。

其次，经过对于损害对象、犯罪地点、犯罪时间和犯罪行为方式四种单因素变量下是否以作为方式犯故意杀人罪对于量刑影响的研究可以发现，我国司法实务中量刑也受到一般道德观念的影响，例如针对损害对象为父母时作为方式犯故意杀人罪量刑更重的可能性更高，刑期十年以上的比例为 100%，损害对象为子女和配偶刑期十年以上的比例分别为 88.2%和 89.8%。针对犯罪地点，在私人场所以作为方式犯故意杀人罪刑期十年以上的可能性更高，为 89.4%。针对犯罪时间，在白天以作为方式犯故意杀人罪刑期十年以上的可能性更高，为 90.2%。针对犯罪行为方式，我国司法实践体现出行为方式恶劣程度越高刑期越长的特点。此外，研究还发现损害对象、犯罪地点和犯罪时间对于是否以作为方式犯故意杀人罪的量刑具有显著性影响，而犯罪时间对其影响则不具有显著性，由此可以看出，由于损害对象、犯罪地点和犯罪行为方式的不同对于案件的恶劣程度、社会公序良俗的违背程度和社会影响的恶劣程度都有所不同，因此其对于量刑的影响也更加显著，而犯罪时间的不同则一般是由于犯罪嫌疑人对于犯罪可实现性的判断不同，并无明显的社会危害性和对被害人伤害严重性的区分，因此对于量刑影

响的显著性更低。并且通过犯罪行为方式对于量刑结果具有显著性影响也可以从侧面支撑“实质的作为义务说”的观点，实质上的作为义务说认为，构成不作为犯要求行为人在客观上负有必须履行的义务，并且存在着行为的可能性，行为人具有作为可能性，行为人最终未履行，并且不作为给被害人造成了与作为行为具有等价性的后果以外，还要求行为人在主观上具有故意或者过失，如果行为人产生了事实认识错误则会排除其犯罪故意，因此犯罪主观恶性的不同会对量刑结果产生影响。

综上，本文主要得出了负有作为义务的人以作为方式犯故意杀人罪的量刑重于以不作为方式犯故意杀人罪，以及除犯罪时间外三个单变量因素对量刑具有显著影响的结论，并希望以此为基础为“实质的作为义务说”提供相应论据。

6.2 研究可能存在的局限性

本文在对以故意杀人罪为代表的真正不作为犯罪进行研究时，可能存在以下三点局限性：

第一，本文主要的研究目的是从作为义务的来源与其他不作为犯罪的定性和定量因素分析“实质的作为义务说”相比于“形式的作为义务说”更加可取之处，希望通过实证研究数据支持这一理论。“实质的作为义务说”强调作为义务来源的合理性，即对于阻断危险流行为人负有监管与保护义务，同时强调行为人具有行为能力，不能以牺牲行为人为代价要求其作为，为了使作为义务人对于义务的“应为”与“能为”更加突出，也为了本文具有更加现实的意义，在对研究对象进行选择时，将其限定在了负有扶养义务这一特殊的群体之中，但这种对于群体的限制也导致了本文样本数量的减少，在涉及故意杀人罪判决中，仅有 263 个涉及负有扶养义务的主体与不作为犯罪，因此本研究在实际应用中可能存在一定的局限性，无法完整地体现在所有群体中的实证结果。且对于不作为犯罪的判断一般包括两个步骤，由于真正不作为犯只有由不作为构成时，才称为真正不作为犯，否则仅成立普通犯罪。因此首先看行为人是否负有作为义务，如果行为人负有作为义务的，而行为人不履行消除危险的行为，即可成立不作为，其次

看行为人的行为是否可以构成作为，如果可以构成作为则直接成立作为犯，不再成立不真正不作为犯。因此当作为与不作为产生竞合时一般直接认定为作为犯罪，这就导致在我国刑法体系下作为犯罪的认定本身多于不作为犯罪，因此本研究得出的结论一定程度上来源于我国现行的刑法体制，缺乏针对性。

第二，本文在影响因素的控制与讨论方面也存在不足，本文在研究中仅对犯罪对象、犯罪时间、犯罪地点、行为方式四个单因素对于是否以作为方式犯故意杀人罪对于量刑的影响进行了分析，而对于其他现实中的可能影响量刑结果的因素则没有进行完善的分析。例如针对不作为犯，一般说来，如果行为人在客观上减少了受害人的危险，则不会产生作为义务，但其减少危险的行为也有可能构成自愿接受的行为，也就是说，在法益上，被害人与行为人之间存在依赖关系，此种情况下行为人会产生作为义务，显然在这两种不同的情境下是否成立不作为犯的结果是不同的，本文未对此进行区别讨论；其次，不作为犯既可以由故意构成也可以由过失构成，而本研究并未对这两种不同主观状态下对于量刑的影响进行分析，又如事实认识错误不产生故意的主观心态，也就不会成立不作为犯罪，但法律认识错误则有可能产生不作为犯罪，但此种情况下的量刑往往会更轻，本研究对此也并未进行区别讨论。此外，本文对于综合因素对于量刑的影响也仅使用了二元 Logistic 回归检验，因此在面对实务中更多因素的复杂变化情况可能存在一定局限性。

第三，本文在进行讨论的过程中由于研究对象数量较少且故意杀人罪量刑情况较为单一化等因素，将刑期长短分为了十年以上与十年以下，但实际上由于不同的不作为犯与普通犯罪量刑差别较大，例如，虽然在紧急避险和刑事诉讼中，由于存在侵权，二者都可以设立先行为义务，但是，很明显，犯罪行为对法益的损害更为显著，因此其刑期一般也会更长，而这其中又包括多个行为，一行为是作为犯罪，另一行为是不作为犯罪的情况，此时如果只制造了一个犯罪结果，就不能数罪并罚，只能根据吸收犯原理，重罪吸收轻罪，这也会导致刑期的变化，因此以十年来标准区分刑期长短，其实在一定程度上缩小了本研究的讨论范围，使得本文仅能在此较为单一的量刑标准下进行讨论，无法更加全面地体现不同作为方式对于故意杀人罪量刑的影响。

6.3 研究启示

本文通过研究不同的单因素情形下对于是否以作为方式犯故意杀人罪对于量刑的影响，得出了当前实务界针对负有扶养义务的群体以作为方式犯故意杀人罪的量刑幅度明显高于以不作为方式犯故意杀人罪的量刑幅度以及除犯罪时间外三个单变量因素对量刑具有显著影响的结论，为“实质的作为义务说”提供了一定的数据支撑。在“实质的作为义务说”的观点之下，不作为犯的成立需要与作为行为产生的危害后果具备等价性，因此可以看出，在“实质的作为义务说”下，具有实质来源的作为义务、具有作为可能性、作为义务人消极不作为是不作为犯的定性要求，而不作为与其所造成的损害后果相等的对等原则，则是对不作为犯罪的一种量化要求，对等原则需要考虑客观危险的程度和主观的恶性。在判断客观危害程度时，还应当考虑行为人对于危险的支配程度，正如本文研究所表明的，当行为人以作为方式犯故意杀人罪时，由于其作为方式对于故意杀人罪这一不真正不作为犯罪而言由于具有更大的客观危害程度和主观恶性程度，不满足与不作为犯具有等价性的条件，因此其量刑更重，并且在此种情况下，行为人违反的是刑法不许伤害他人身体健康的禁止性规定，而不是消极不履行自己可行的作为义务，以此行为人也不被允许被视为不作为犯，进一步证明了“实质的作为义务说”。且由于“实质的作为义务说”认为构成不作为犯的前提还包括行为人具有作为可能性，这种可能性的存在，要求根据行为人本身的能力和客观情况来判断，即：个人的能力能否使其履行义务，或者客观上是否具备履行义务的条件，如果不具备以上两个方面的条件，则不能以不作为犯认定该行为人，但作为犯属于行为人客观不遵守刑法的禁止性规定，造成了危害结果，主观存在恶性，而不存在被迫违反刑法禁止性规定的情况，因此其量刑幅度应当高于不作为犯，本文研究也证明了这一结论。此外，由于受到一般社会道德观念的影响，在公共场合、白天，或是以恶劣手段犯故意杀人罪的量刑也会更重，特别是基于我国古代定义为“尊亲谋杀”的道德观念的影响，在损害对象中杀害父母的量刑相比于其他损害对象也会更重，本文的这一研究结论也具有以上现实意义。

基于以上讨论，本文认为在司法实务中可以适度提升对于以不作为方式犯故意杀人罪的量刑幅度，尤其是针对负有扶养义务的这一特殊群体，其本身负有对

于被害人的抚养义务，且这种扶养义务不仅来自于法律规定，更多来自于社会的公序良俗，因此对其的破坏不仅是违反刑法的犯罪行为，也更多突破了社会的道德底线。因此其犯故意杀人罪的社会影响会更加恶劣，也更加违背普通民众的道德感，强化对其的量刑并非违背刑法的谦抑性，而是希望以司法审判为导向，作出更加符合社会公序良俗和民主朴素道德感的判决。

6.4 研究可能的政策建议

本文通过对于以故意杀人罪为例的不真正不作为犯罪的研究，得出了在我国司法实务界针对负有扶养义务的这一特殊群体，其以作为方式犯故意杀人罪的量刑幅度仍然高于以不作为方式犯故意杀人罪的结论。但基于上文分析可以看出，在“实质的作为义务说”之下不作为犯罪存在对于危险源的监管义务和对于受害对象的保护义务的实质义务来源，且作为义务人在具有作为可能性时消极不履行义务，最终给被害人造成了损害结果，可以看出不作为犯在本质上也是对于危害结果的过失甚至是主观层面的故意，并不能因为其不是作为犯罪就降低对其主观恶性的考量，且不作为犯罪并非没有任何行为，其不履行作为义务的方式既可以是积极举动也可以是消极静止，因此更不应在量刑上使其与普通作为犯罪存在过大差距。不作为犯造成的损害后果要求与作为犯具有相同的损害程度，因此针对不作为犯，其量刑不应过度低于作为犯，尤其是针对负有扶养义务的特殊群体，身份关系和家庭关系赋予其的作为义务不仅仅是法律层面的作为义务，也是道德层面的作为义务，其不履行作为义务而给被害人带来的损害后果可能存在更加恶劣的社会影响。基于此，本文认为，根据我一般社会公众的道德感与正义观，结合我国的社会情形与一般的公序良俗，在法官在进行案件审判的过程中可以适当提高对于以不作为方式犯故意杀人罪者的量刑幅度，在道德感与刑法谦抑性之间寻求平衡，从而引导社会舆论走向与道德选择。

参考文献

中文文献：

- [1] 谢宇:《论刑法中夫妻之间的扶养义务》[J]. 中外法学,2018, 30(04):116-126.
- [2] 高铭暄、马克昌编:《刑法学》, 北京大学出版社、高等教育出版社 2019 年版: 68-69
- [3] 陈兴良:《不作为犯论的生成》[J]. 中外法学, 2012, 24(04):88-100
- [4] 江溯:《不作为的故意杀人罪司法认定实证研究》[J]. 中外法学, 2020, 32(02).
- [5] 张明楷:《不作为犯中的先前行为》[J]. 法学研究, 2011, 21(02):36-49
- [6] 温登平:《先前行为作为以无来源否定说批判》,《刑事法评论》第 41 卷, 北京大学出版社 2018 版, 第 59 页
- [7] 黎宏:《排他支配设定:不真正不作为犯论的困境与出路》[J]. 中外法学, 2014, 26(04):110-123.
- [8] 陈兴良:《作为义务:从形式的作为义务论到实质的作为义务论》[J]. 国家检察官学院学报, 2010, (03).
- [9] 王莹:《先性行为作为义务之理论谱系规整及其界定》[J]. 中外法学, 2013, 25(02):123-135.
- [10] 孙运梁:《以客观归责理论限定不作为犯的先行行为》[J]. 中外法学, 2017, 29(05):45-60.
- [11] 李川:《不作为因果关系的理论流变与研究进路》[J]. 法律科学, 2016, (01):101-112.
- [12] 姚诗:《不真正不作为犯的边界》[J]. 法学研究, 2018, 28(04):78-88.
- [13] 陆凌, 黄文君:不真正不作为犯处罚范围实证研究——以 100 份判决书为样本[J]. 广西警察学院学报, 2021, 34(05):8-19.
- [14] 姜涛:拒不执行判决、裁判罪的法理研究[J]. 法制博览, 2021, (28):76-78.
- [15] 巩鑫, 唐文琳:制度环境抑制了企业过度负债同伴效应吗? ——基于信息不

对称中介效应的分析[J]. 财经理论与实践, 2021, 42(05):26-33.

[16]唐攀:试析过失不作为犯之结构与路径重塑[J]. 乐山师范学院学报: 1-11.

[17]桥爪隆,王昭武:论遗弃罪相关问题[J]. 法治现代化研究, 2021, 5(04): 172-186.

[18]魏汉涛,向梅:犯罪行为引起的危险行为人有无救助义务[J]. 江汉大学学报(社会科学版), 2021, 38(04):39-49+126.

[19]姚诗:不真正不作为犯德日的差异演进及中国的后发式研究[J]. 中外法学, 2021, 33(03):723-742.

[20]陆诗忠:对“犯罪着手”若干问题的再思考[J]. 青少年犯罪问题, 2021, (01): 43-51.

[21]郁倩:论不纯正不作为犯的等价性[J]. 法制与社会, 2020, (25):12-15.

英文文献:

[1]Patrick M. Gerkin & Lauren A. Teal, Linda H. Reinstein. *Injustice for AI: A State Crime of Omission Beneath the Steps of the United States Capitol*[J]. *Critical Criminology*, 2010, 18(2).

[2]Fabris E P & Piccinni M. *The legal puzzle of end-of-life care in Italy: is therapeutic limitation in the terminaly ill patients a crime of omission liable to prosecution?*[J]. *European journal of anaesthesiology. Supplement*, 2008, 42.

[3]Faust Kelly L. & Kauzlarich David. *Hurricane Katrina Victimization as a State Crime of Omission*[J]. *Critical Criminology*, 2008, 16(2).

[4]E. P. Fabris & M. Piccinnr. *Legal aspects of end-of-life decisions in Italy: the penal relevance of the limitation of treatment in the terminaly ill and the problem of causality by omission-The legal puzzle of end-of-life care in Italy: Is therapeutic limitation in the terminaly ill patients a crime of omission liable to prosecution?* [J] . *European journal of anaesthesiology*, 2008, 25(Suppl. 42).

- [5]Fletcher George P. *Criminal Omissions*[J]. The American Journal of Comparative Law, 1976, 24(4).
- [6]Alex A. Rennie. *Why Not a Crime Prevention Act?*[J]. The Police Journal: Theory, Practice and Principles, 1970, 43(4).
- [7] Bing ZOU, Zhen ZENG. *Reflectionson “NotRescuingPeopleinDanger” From the Perspective of Criminal Law Legislation*[J]. Studies in Sociology of Science, 2015, 6(1).
- [8]Todd S. Aagaard. *A Fresh Lok at the Responsible Relation Doctrine*[J]. The Journal of Criminal Law and Criminology , 2006, 96(4).
- [9]Kimberly D. Krawiec & Kathryn Zeiler. *Common-Law Disclosure Duties and the SinofOmission: TestingtheMeta-Theories*[J] . Virginia Law Review, 2005, 91(8).
- [10]Glenn D Walters. *Changesin positive and negative crime expectancies ininmatesexposedtoabrief psychoeducationalintervention: further data*[J]. Personality and Individual Differences, 2003, 37(3).

