

不阻止他人故意犯罪的行为性质认定

何 龙^{*}

摘 要 作为义务者不阻止他人故意犯罪的行为性质认定,其核心是判断成立正犯还是共犯。对此,义务犯模式不论是在理论自治性还是结论合理性方面,都存在致命不足,不宜在我国适用;而因果关系模式,尤其其中的广义行为支配理论则在保证正犯、共犯区分标准适用的一致性和客观性方面,具有其优越性。据此,作为者原则上支配着结果的实现进程,不作为者原则上只能成立片面帮助犯(例外成立片面共同正犯);但是,作为者实行终了后不防止犯罪结果发生者,则原则上成立正犯。同时,即使刑法中存在“帮助行为正犯化”的特殊规定,也仍需要具体情况具体分析,不排除作为义务人成立片面共犯的可能。

关 键 词 不作为 参与 不阻止 义务犯 广义行为支配

一、问题意识

不阻止他人的故意犯罪(“故意不阻止他人的故意作为犯罪”的简称)是不作为参与的表现形式之一。^{〔1〕}德国学者罗克辛教授曾评价不作为的参与是“现今共犯理论中最晦涩的领域”,^{〔2〕}反映到我国刑法学中,其体现更为鲜明。从现有资料来看,我国研究该问题的学者寥

^{*} 清华大学法学院助理研究员。本文系国家社科基金项目“不真正不作为犯论之重构研究”(项目编号:15BFX084)、中国博士后科学基金面上资助项目“不作为参与行为研究”(项目编号:2016M600985)的阶段性成果。

〔1〕 除此之外,理论上还包括故意不阻止他人的故意不作为犯罪、过失作为犯罪以及过失不作为犯罪、过失不阻止他人的故意作为犯罪、故意不作为犯罪以及过失作为犯罪、过失不作为犯罪等情形。

〔2〕 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 757.转引自许泽天:“不纯正不作为犯的正犯判断标准”,载公益信托东吴法学基金会主编:《不作为犯的现况与难题》,台湾元照出版公司2015年版,第470页。

寥无几,相比于德国和日本在该领域研究的繁荣和成熟,形成明显反差。^{〔3〕}因此在我国,围绕该问题展开研究,其理论意义自不待言。

不阻止他人故意犯罪的行为性质认定,以不作为者具有作为义务为前提,讨论的核心是不作为者究竟成立正犯还是共犯。当不作为者和作为者之间存在犯意联络或者默示共谋时,由于可以评价为共谋共同正犯,其性质认定并无太多争议。但是,当二者之间既无犯意联络,又无默示共谋时,不作为者究竟成立正犯还是片面共犯,争议颇多。对此,从目前有限的资料来看,我国学者的立场主要有以下两种:一种是义务犯模式。该说以德国的目的行为论以及义务犯理论为基础,要么认为不阻止他人故意犯罪者一律成立正犯,要么就是根据义务内容的不同分别成立不作为的帮助犯和正犯。其中,前者包括“义务犯论”和“管辖理论”,^{〔4〕}后者特指“功能性理论”;^{〔5〕}另一种是“因果关系模式”。该模式根据支配侧重的不同,内部又分为“不真正不作为犯解消理论”^{〔6〕}“行为支配理论”^{〔7〕}“结果避免支配理论”^{〔8〕}以及“结果原因支配理论”^{〔9〕}等,其中除了“不真正不作为犯解消理论”属于极端的因果支配立场,否定不作为的原因力,得出极小部分情形成立遗弃罪等真正不作为犯,其他情形只能成立无罪结论以外,其他学说基本都认为不阻止他人故意犯罪的,原则上成立帮助犯(个别观点承认例外情况下成立共同正犯)。可见,依据不同的理论模式,或同一模式内的不同理论,对他人故意犯罪的不阻止行为,其性质可能存在“单独正犯”“真正不作为犯+无罪”“帮助犯”“帮助犯+共同正犯”等多种结论。因此,采用何种理论,对结论的形成至关重要。

受制于理论研究的匮乏,不阻止他人故意犯罪的行为的犯罪性这一问题意识在司法实践

〔3〕 借用许内曼教授的比喻,将不阻止他人故意犯罪的学术风景线在我国比作“塔克拉玛干沙漠”,而在德国和日本则犹如“亚马逊原始森林”,毫不夸张。参见(德)许内曼:“不纯正不作为犯及以不作为实施犯罪之形式”,王莹译,载梁根林主编:《当代刑法思潮论坛:犯罪体系与犯罪构造》(第一卷),北京大学出版社2016年版,第222页。

〔4〕 参见何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第284页;耿佳宁:“不作为参与行为的评价与犯罪论根基的改变”,《当代法学》2015年第2期,第34—35页。

〔5〕 参见赵秉志、许成磊:“不作为共犯问题研究”,《中国刑事法杂志》2008年9月号,第31—32页。

〔6〕 参见黎宏:“排他支配设定:不真正不作为犯论的困境与出路”,《中外法学》2014年第6期,第1573—1595页。

〔7〕 参见刘士心:“不纯正不作为犯的共犯”,《国家检察官学院学报》2009年第4期,第99页。

〔8〕 参见张明楷:《刑法学(上)》(第五版),法律出版社2016年版,第438页;周光权:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第367—368页;温登平:“以不作为参与他人的法益侵害行为的性质”,《法学家》2016年第4期,第138页;袁彬:“论不作为片面共犯”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第13卷),法律出版社2008年版,第309页;刘瑞瑞:“不真正不作为犯中的正犯与共犯探析”,《河北法学》2010年第10期,第137页。

〔9〕 参见欧阳本祺:“论不作为正犯与共犯的区分”,《中外法学》2015年第3期,第728页。

中尚未真正形成。例如,在著名的“深圳联防队员强奸案”^{〔10〕}[案例 1]中,丈夫躲在储物间,不阻止妻子在家中被联防队员长达一小时的毒打和强奸,如果其能挺身而出,或出手阻止或打电话报警,都可能避免悲剧发生,但丈夫并未因为不作为而被迫追究责任。此外,“蚌埠两警察目睹少女被刀杀案”^{〔11〕}[案例 2]亦是如此,目击者称“警察手上有警棍,离得也很近,如果上前制止,说不定能制止住歹徒行凶”,但主管部门仅给予两警察“行政记过处分、调离公安机关”的内部处分,并未追究刑事责任。^{〔12〕}类似的案例还有“父亲为收集证据,不阻止智障女儿被强奸案”^{〔13〕}[案例 3],该案中父亲为了证明自己的清白,故意不阻止加害人强奸自己的智障女儿,该父亲只是作为证人出庭,对于其可能承担不作为犯罪的刑事责任这一点,也不曾进入司法机关的考虑范围。但是,最近广受关注的“妻子不阻止精神病丈夫杀人案”[案例 4],法院一改传统立场,认为“被告人杨某作为精神病人丁某的法定监护人,且作为二名被害人的儿媳,明知其所监护的精神病人正在实施杀害二被害人的行为,而未及时采取有效的制止、呼救措施,其不作为与二被害人的死亡之间存在因果关系,其行为已构成故意杀人罪。”^{〔14〕}并且,在引发社会

〔10〕 具体内容参见深圳市宝安区(2012)深宝法刑初字第 1778 号判决书。原案情为:被告人联防队员杨某某手持钢管、警棍闯进被害人王某的家中一通乱砸后,对她进行长达一个小时的毒打和强奸。她的丈夫杨某则躲在几米外不敢做声,眼睁睁看着妻子遭此横祸。杨某身为丈夫,没敢挺身而出制止暴行,也没有冲出门外呼救(社区警务室就在几米开外),只是一个小时后才悄悄报警。

〔11〕 “蚌埠两警察目睹少女被杀,近在咫尺不挺身而出”,<http://ah.people.com.cn/GB/227122/355547/index.html>,最后访问日期:2017 年 1 月 1 日。原案情为:17 岁的超市收银员胡某(女),在超市内被加害人使劲往边拖拽,与被害人相隔仅两米、身着警服、手持警棍的两名警察没有出手阻止;5 秒钟后,加害人将胡某摁倒在地,不停地用刀疯狂刺向胡某,尽管目击者拽着警察衣服高喊“快去救人”,但两名警察却站在原地不动;又过 15 秒后,两名警察拿起购物篮和纸盒扔向加害人;又隔几秒,加害人开始自残,两警察乘机上前摁住加害人,并同时向其喷射辣椒水,但加害人再次爬起来,又捅了胡某几刀;后警察趁加害人再次开始自残,上前制服了加害人。但此时,胡某早已死亡。

〔12〕 类似案件中,有的以玩忽职守罪论处。参见河南省南召县(2010)南召刑初字第 198 号刑事判决书。原案情为:2010 年 9 月 23 日凌晨 0 时许,加害人褚某和出租车司机程某因乘车费用发生争执。褚某纠集了尚某、李某在县客车站十字路口对程某的出租者进行打砸,并追打程某,褚某持刀朝程某身上连捅数刀,致程某死亡。事发时,辛某等四名巡逻警察,在车站十字路口巡逻执勤,目睹了褚某等人砸车及打人、杀人的全过程却始终未予制止。

〔13〕 桂良:“为拿证据,父亲看着女儿被强暴?”,载《信息时报》2013 年 5 月 22 日 G2 版。原案情为:父亲李某因自己女儿李某某(系智障残疾人)多次怀孕并打胎,怀疑是被人强奸。某日李某某出去放牛,李某跟踪在后,当加害人曾某强奸李某某时,李某并未阻止,而是在曾某奸淫行为实施完毕后,才上前用弹力拉力器打了曾某的面部和背部。李某之所以不阻止曾某,其称是为了拿到曾某强奸的证据,因为同村村民怀疑是李某强奸了自己女儿。

〔14〕 具体内容参见北京市海淀区人民法院(2016)海刑初字第 2799 号刑事附带民事判决书。原案情为:被告人杨某和其丈夫丁某(精神病人,经鉴定无刑事责任能力)于某日凌晨 3 时来到两被害人(丁某的父母)家中,双方爆发争吵,后丁某在客厅持菜刀,反复砍击二被害人头面部及双上肢,致二被害人伤重倒地。被告人杨某在明知丈夫丁某患有精神疾病,并正在实施故意杀人行为的情况下,未实施合理的制止、呼救行为,并在明知二被害人尚未死亡时,与丁某关闭室内灯及房门后离开现场,后续亦未有任何施救行为。当日下午 17 时 20 分许,二被害人的女儿丁某某前往看望二被害人,方发现二被害人遇害,遂案发。

轰动的“母亲不阻止男友虐童案”^{〔15〕}〔案例5〕中,母亲对于男友虐待自己不满两岁的女儿不予阻止,导致女儿重伤,法院判决认为其成立不作为故意伤害罪的从犯。

不阻止他人故意犯罪,从过去不会进入刑法调整视野到其犯罪性逐渐开始被认可,司法实务迈出了重要一步。但随之而来的问题是:其一,判决根据及说理仍然固守形式的作为义务根据论,其固有缺陷难以克服。其二,将作为义务作为“不阻止”行为的犯罪性和正犯性根据,是基于义务犯论的单一正犯体系,与我国参与犯体系的共犯制度不相符合。其三,判决根据混杂不清。“不阻止”是对他人犯罪的参与,而“不救助”是他人犯罪实行终了后的单独不作为,二者并不相同。将二者不加区分,糅合评价,明显过于粗糙和随意。

上述理论争议及实践问题的解决,有待以下几个基本问题的厘清:第一,不作为是否存在独立于作为的可罚性根据?这主要解决“义务犯模式”将义务作为不作为的处罚根据和正犯、共犯区分标准的必要性和合理性。第二,立足于因果关系模式,单纯“不阻止”对“原因”的支配和对“结果”的支配,何者更为重要?以及,即使肯定对“结果”的支配,仍然需要判断对结果避免可能性的支配和对结果实现进程的支配,何者更为合理?这主要涉及“因果关系模式”内部各种支配理论的取舍。第三,不阻止他人故意犯罪的行为性质认定,与一国实定法的关系。这其中主要涉及(片面)不作为共犯与我国刑法分则所规定的遗弃罪、渎职犯罪等在适用上的区分。

下面,本文将结合以上案例,围绕上述两种模式以及同一模式内部的不同理论展开评析,并立证本文立场。

二、义务犯模式的反思及批判

义务犯模式起初是根据特殊义务的违反来肯定不作为者的犯罪性和正犯性,但随着管辖理论和功能性理论的出现,根据义务性质及内容的不同,不作为者不再总是成立正犯,而是也有可能成立帮助犯。

(一)义务犯理论

该论由德国学者罗克辛提出,并得到很多学者的支持。^{〔16〕}他认为,不作为的参与行为原则上都是正犯,但应当处以帮助犯之刑。其根据有二:第一,不作为犯具有特殊实行行为结构。“不作为犯罪是义务性犯罪,其实行人身份的标准不在于行为控制,而在于违反了说明行为构

〔15〕 具体内容参见河南省高级人民法院2017豫刑终289号刑事判决书。原案情为:被告人刘某(女)和赵某(男)存在不正当两性关系。2015年9月二人同居期间,赵某嫌刘某不满两岁的女儿刘某某哭闹,遂采用透明胶带捆绑、扇耳光、烟头烫等方式对刘某某进行伤害,刘某均未制止。9月18日晚,赵某将刘某某捆作一团,提住腰部头朝下倒立在床边半个小时左右。次日,刘某发现刘某某情况异常后,与赵某一同将刘某某送往医院治疗。经鉴定,刘某某所受损伤为重伤一级,构成一级伤残。一审法院以故意伤害罪(主犯)判处赵某无期徒刑,剥夺政治权利终身,以(不作为方式)故意伤害罪(从犯)判处刘某有期徒刑十年。被告人提出上诉,二审维持原判。

〔16〕 参见(德)冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第391页。

成根据的阻止结果的义务以及其他行为构成的条件。如果这些标准存在了,那么,这个不作为的行为构成就实现了”。^[17] 第二,不作为参与原本就是帮助犯的“不能犯”。“这个类型的帮助人,就像其在实行性犯罪中构成的惯例那样,在不作为中一开始就是不可能的”。^[18] 但是,其同时指出,仅限于以下三种情况下,不作为的参与才能成立帮助犯:亲手犯(如父亲不阻止自己的子女之间的乱伦行为)、目的犯(如盗窃罪)和不作为人的保证人地位仅在于应当阻止他人的帮助行为(如父亲不阻止自己孩子为他人的伤害行为提供帮助)。^[19]

该说确立的标准统一且明确,适用上简单、直接,但是其理论本身及运用都存在难以克服的弊端:

1. 理论本身不自洽,具体又表现在

一是认为不存在作为义务者的参与行为也可以成立从犯,与该说坚持作为义务是不作为犯的必要成立要素的基本原理相矛盾。^[20] 根据罗克辛的观点,对他人犯罪的不阻止成立正犯,须同时具备两个条件:“存在不作为的构成要件,参与人能够以不作为单独实施和完成该犯罪”,以及“必须存在结果防止义务”。当欠缺其中任何一个要件,例如不具有作为义务时,行为人只可能成立不作为的共犯。^[21] 但是,上述结论只在实行人具有作为义务而参与人不具有作为义务情形下成立,例如,路人教唆父亲不阻止他人对自己未成年子女的杀害行为,父亲成立不作为的故意杀人罪,路人成立不作为故意杀人罪的教唆犯。但是,当实行人本身不具有作为义务时,参与人的犯罪性就不可能脱离作为义务要件而得到肯定。例如,邻居甲不阻止加害人越过自家院墙进入邻居乙家实施杀害行为的情形,邻居甲不具有阻止加害人犯行的义务,也不应该成立加害人故意伤害罪或故意杀人罪的共犯。^[22]

二是认为处于作为正犯背后的不阻止行为总是成立正犯,这与将等价值性要件作为不真正不作为犯的处罚前提这一传统理念不相吻合,^[23] 容易得出即使不符合“等价值性”要求也可以认定成立犯罪甚至是正犯的结论,变相否定不真正不作为犯中“等价值性”要件的存在必要性。不作为和作为具有等价性,是不真正不作为犯成立的不成文(日本)或者成文(《德国刑

[17] (德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第2卷)》,王世洲主译,法律出版社2013年版,第505页。

[18] 同上注,第506页。

[19] 参见罗克辛,见前注[17],第506页。

[20] 现在几无争议的是:即使是不作为的共犯,其成立也要求具备作为义务。但是也有极少学者持不同声音,除了德国学者罗克辛外,还有日本学者町野朔,他认为作为义务作为对法益侵害危险意义上的违法要素,当行为人间有意思沟通时,对其他不具有作为义务者也具有连带性。参见(日)町野朔:“釧路せつかん死事件について——不真正不作为犯と共犯に不関する覚書き”,载井上正仁、酒卷匡编:《三井誠先生古稀祝賀論文集》,有斐阁2012年版,第307—308页。

[21] 参见(日)神山敏雄:《不作为をめぐる共犯論》,成文堂1994年版,第158页。

[22] 有学者认为,根据罗克辛教授的理论,存在导致具有阻止犯罪可能性但不具有作为义务者全部成立不作为共犯,不当扩大处罚范围的风险。参见(日)内海朋子:“不作为による幫助をめぐる問題について”,《法学政治学論究》2003年第56号,第6页。本文虽也认为罗克辛教授的理论存在上述弊端,但是内海教授的批评可能有些言过其实。

[23] 参见(日)松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第363页。

法》第13条)的前提要件。但是根据该论得出的结论是,不作为原则上成立正犯,这就意味着,不作为和作为恒常性地等价,如此的话,就变相导致二者是否等价的判断形同虚设。此外,“等价值性”要件作为判断不作为是否该当作为犯构成要件的重要衡量标准,不仅体现在“可罚性”上的等值,也应当包括“当罚性”上的等值。这就要求,对与正犯等值的须配以正犯之刑,对与帮助犯等值的配以帮助犯之刑,而不应当出现既将不阻止行为评价为正犯却只配以帮助犯之刑的结论。^{〔24〕}

2. 具体适用上对不作为者处罚过重,难以保证罪刑均衡,表现在

一是作为参与尚且存在成立从犯的可能,但不作为参与却一律成立正犯,“这本身也无均衡可言”,^{〔25〕}甚至会“导致一定的重刑化结局”。^{〔26〕}如甲无意中将毒药放在桌上,甲和乙之间并没有合意,但甲内心希望乙能顺利完成毒杀行为时,根据该说,由于可以肯定甲处于对该毒药的“危险源管理保证人义务”地位,因此应认定成立正犯。但是,当甲是故意将毒药拿给乙时,却只能成立对乙的帮助犯。显而易见的是,“这样会使得保证人所实现的事件(异于作为犯地)通常情况下无法成立单纯的参与不法,并加以处罚。较之于主动行事的参加者而言,保证人的处境就更为恶劣了”,^{〔27〕}反映到刑罚上,即是保证人无法享受到从犯“从宽”处罚的优惠,“忽视了刑法作为评价规范的一面”。^{〔28〕}对此,该说的支持者也承认这种缺陷的客观性。^{〔29〕}

罗克辛对此也提出了反驳,其理由有三:一是“一个保证人的不活动绝对不比一种主动的帮助具有更少的刑罚需要性”;二是“立法者已经在第13条第2款中预先考虑加入了一个相当于帮助的减轻处罚的可能性,因此一个不作为就从来不需要比一个主动的帮助受到更重的刑罚”;三是对“不阻止行为”论以正犯并不违反立法者的本意,因为在这个问题上,立法者“并不想表态”。^{〔30〕}

但本文认为,这种反驳有些牵强,理由包括以下几点:第一,不作为参与比作为参与需要至少相同甚至更高的刑罚需要性,这一点并不具有当然性。以罗克辛所举例子为例,一个什么都不做放任自己孩子被杀害,与一个不但不救助自己孩子反而提供工具助力实行人完成杀人行为的情形来看,后者的情形显然更应值得更高的刑罚需要性。第二,不作为参与与作为参与,

〔24〕 参见温登平,见前注〔8〕,第132页。

〔25〕 松原芳博,见前注〔23〕,第363页。

〔26〕 周啸天:“义务犯理论的反思与批判”,《法学家》2016年第1期,第159—160页。

〔27〕 (德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第406页。

〔28〕 (日)外木央晃:“不作為における正犯と共犯の区別”,《法学研究論集》2010年9月第33号,第23页。

〔29〕 台湾学者许泽天认为,“论者有关不作为相较下可能处罚过重的批判,不无道理”,但同时指出造成这种弊端的原因在于立法(我国台湾地区“刑法”并无对不作为犯从宽处罚的总则性规定),“此问题的根本处理,乃在于修改不作为犯的法律效果,即应可参考德国立法改为得减轻其刑,除可符合其较轻的不法与责任非价内涵,并避免将在各种条件下参与的不作为都评价为正犯所产生的处罚过苛现象”。许泽天,见前注〔2〕,第471页。

〔30〕 参见罗克辛,见前注〔17〕,第506—507页。

在刑罚需要性方面,究竟孰轻孰重,该说有自相矛盾之嫌。罗克辛认为,“一个保证人的不活动绝对不比一种主动的帮助具有更少的刑罚需要性”,即不作为参与的刑罚 $\geq$ 作为帮助的刑罚;但是又认为立法上已经预设了对不作为参与“相当于帮助犯”的刑罚,明显前后矛盾。而且,即使站在德国立法角度来审视,也存在明显的违和感。《德国刑法》第13条规定,“不作为行为相当于作为行为完成的法定构成要件时”,才能论以不作为犯罪。这就要求,不作为是符合了作为犯的构成要件,根据个案认定的不同,可能存在适用正犯或帮助犯的法律效果两种情形,因此,逻辑上也难以认为“刑法预设了不作为的实行只是论以帮助作为的刑罚”。第三,认为不作为为保证人原则上成立正犯,难道真不违背“立法原意”吗?诚然,立法者的“并不想表态”是回避了这个问题,其原因可能是因为这个问题并没那么想当然容易作出判断和区分,把本应属于立法解决的任务推给了“信条学”,但是,这不反过来说明“立法原意”并不确定,或者压根就不存在针对该问题的“立法原意”吗?如此说来,又谈何“并不违背立法者的原意”呢?

二是在不阻止行为发生未遂的场合,根据该说得出的结论也难以让人接受。实践中,在处罚未遂的犯罪类型中,未遂的作为参与(帮助犯)尚可能不具有刑事可罚性,但未遂的不作为参与却要作为正犯未遂而原则性受到刑罚,明显不公平。《德国刑法》第23条第1款规定“重罪未遂一律处罚,对轻罪未遂的处罚以法律有明文规定为限”,且第30条也只规定对重罪参与的未遂才可罚。^[31]我国虽然无此明文规定,但考虑到我国同样将处罚未遂犯作为既遂犯处罚的扩张事由这一点,也可认为我国采取了与德国相同的立场;而且,司法实务也正是如此操作的,^[32]即正犯未遂的处罚仅限于重罪场合,帮助未遂原则上不处罚。可见,认定为是正犯还是帮助犯,直接决定了不作为者刑事当罚性的有无。

对此,罗克辛教授反驳称,“人们所说的这种矛盾在现实中根本就不存在”,并举例称,在母亲递刀给父亲,要后者杀死新生儿,但后者并没有使用这把刀的场合,母亲既实施了“递刀”的未遂帮助,也同时实施了一个正犯者的不作为的未遂,即使可以否定前者的可罚性,也无法否定后者的可罚性,因为后者的违法性和可罚性是“独立的”。^[33]但该反驳恐怕仍难以成立,理由在于:第一,可能导致一种极不合理的结论。当保证人单纯不作为却未遂时,会受到刑事处罚;而当保证人不但实施不作为,而且还积极帮助如提供犯罪工具时,则仍然只成立不作为的实行未遂,此时“提供积极帮助如犯罪工具(递刀)”的行为,在行为性质确定方面,并没有被独立评价,存在明显的评价空白和处罚漏洞。同理,当死亡结果出现,即帮助既遂时,会因为承认不作为杀人正犯既遂,而无视“递刀”行为的存在意义。第二,逻辑推理不合理。根据该说,母亲对于丈夫杀死新生儿不予救助(未死),本身已经被赋予了杀人正犯的可罚性,但是作为行为延续的“递刀”行为由于死亡结果未出现而基于帮助未遂而不被处罚,“什么都不做”是可罚的,

[31] 《德国刑法》第30条规定:“(1)力图确定他人去实施重罪或者去教唆重罪者,根据有关重罪的力图的规定予以处罚。但是,其刑罚必须根据第49条第1款予以轻处。相应地适用第23条第3款的规定。(2)就实施重罪或者教唆重罪,表示愿意、接受他人的请求或者与他人约定者,同样处罚”。

[32] 参见黎宏:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第240页。

[33] 参见罗克辛,见前注[17],第507页。

在其基础上“又做了点什么”反而是不可罚的,这是很难令人接受的。第三,容易产生主观归罪的后果。对上例稍作修改:当母亲误认为丈夫是想刀杀孩子(丈夫实际上只是想拿刀吓唬不听话的孩子)时,会根据母亲存在不救助故意和(错误)放任丈夫“杀害”自己孩子的行为,得出母亲成立故意杀人罪(正犯)未遂的结论,但这显然是无视未遂犯作为“紧迫的法益侵害”犯罪的、带有主观主义色彩的刑法观。^{〔34〕}

(二)管辖理论^{〔35〕}

雅各布斯(Günther Jakobs)教授在罗克辛教授义务犯论的基础上,提出“义务犯是违反积极义务的、以制度管辖为基础的犯罪,支配犯是违反消极义务的、以组织管辖为基础的犯罪”。^{〔36〕}具体而言,义务犯具有区别于支配犯的正犯原理,支配犯是基于“组织自由和结果责任互换”立场,让破坏组织自由的人对该结果负责,而义务犯是基于维持社会中重要制度的立场,让具有“(源于制度)特别义务”者对该结果负责。这种区别与作为犯和不作为犯的区别无关,不论是支配犯还是义务犯,都可以通过作为或者不作为来实现。支配犯场合,由组织管辖者对被害结果承担正犯责任,“是谁‘组织管辖’的结果”以及“组织管辖的‘量’”都会成为区分正犯和共犯的考察因素。而在义务犯场合,“特别义务者”对(源于制度)的“特别义务”的侵害是最重要的、“一身专属”的,不存在“量”的问题,只存在“质”的问题,只要存在义务而不履行义务就恒常性地成立正犯,而无“从属性”共犯存在的可能。^{〔37〕}该说在德国颇具影响力,学者赫茨贝格、金德霍伊泽尔等就明确支持该观点;^{〔38〕}在我国,也不乏支持者。^{〔39〕}

“管辖理论”与义务犯理论的不同之处,表现在:一是并非所有的不作为犯都是义务犯,并非所有的不作为犯都是正犯,只有违反积极义务的不作为才是义务犯,而违反消极义务的不作为则成立支配犯,只有在后者的情况下,才存在成立共犯的可能。这样,该说就很巧妙地回避了根据义务犯理论所遭致的诸如“作为方式参与尚可成立共犯,而不作为方式参与却总是成立正犯”等批评。二是正面肯定作为帮助的正犯性。在不作为正犯和作为帮助竞合的场合,不同于被质疑的罗克辛的“后者优先于前者”的观点,雅各布斯教授不是回避该质疑,而是积极论证“前者”即不作为正犯成立的优先地位。在其看来,虽只是单纯提供作为帮助,但却是因为违反了基于制度管辖的义务而受罚。^{〔40〕}三是方法论上具有新颖性。“该说是将作为和不作为之

〔34〕 参见周啸天,见前注〔26〕,第159页。

〔35〕 雅各布斯认为,其管辖理论源于黑格尔法哲学思想,即人类形式世界,“形成”即“组织化”,要强化对他人(利益)的考虑,将人格抽象化,作为形式上法的基础,并以法命令形式定型化,“有人格者,要尊重他人的人格”;而“制度化”的根源不是抽象的法,而是“共同世界”中“刻有”生活的社会姿态、不存在其他选项的各种制度,这种制度就是黑格尔所说的“基于人伦”的制度,如包括家族、团体和国家等制度。参见(德)Günther Jakobs:“支配犯および義務犯における関与”,阿部純二、緑川邦夫译,《法学》1993年3号,第40—42页。

〔36〕 (日)平山幹子:《不作為犯と正犯原理》,成文堂2005年版,第132页。

〔37〕 参见Jakobs,见前注〔35〕,第45页。

〔38〕 参见金德霍伊泽尔,见前注〔27〕,第407页。

〔39〕 参见何庆仁,见前注〔4〕,第284页。

〔40〕 (日)島田聡一郎:“不作為による共犯について(1)”,《立教法学》2003年第64号,第42页。

间的区别予以相对化处理,在此基础上,探究二者共同的结果归属根据”。^{〔41〕} 根据其理论,不作为犯和作为犯的区分意义已经不存在,存在意义的只是何种义务或规范被违反,因此,不作为与作为等价是该说当然的结论。

但是,该说同样存在难以回避的缺陷:

1. 理论本身带有很大的模糊性

首先,作为义务犯之义务来源基础的“制度”指代什么,并不明确。根据雅各布斯教授的观点,这里的“制度”,“并不是直接指其他部门法中具体的各种法律制度,而更多地是指抽象的、法哲学意义上的制度,它来源于历史、社会地形成的群体生活实践的要求”。^{〔42〕} 但是如此认定保证人的义务来源,正如许内曼(Bernd Schünemann)教授正确批判的,“只是倒退到陈旧的形式法律义务理论”。^{〔43〕} 对该批判,雅各布斯也表示认可,“确实,义务犯领域的范围至今仍未得到充分论述,只是得到了个别化认可”,^{〔44〕} 并且,“个别化认可”也总是处于不确定之中。例如,雅各布斯教授在对婚姻关系是否为基于“制度”的特别关系的立场上,其早期持肯定立场,后期改为否定立场。^{〔45〕} 其次,“积极义务”和“消极义务”的区别标准不明确,也不合理。例如,将同属于建立在对法益无助状态存在支配的“基于承担所产生的保证人地位”和“基于特别信赖所产生的保证人地位”,分别归属于支配犯和义务犯范畴,就是其典型。^{〔46〕} 再次,将原本属于社会学概念的“制度管辖”转用到刑法学领域,其本身的抽象性恐怕不会发生改观,“期待会有耀眼的前途,恐怕必然会大失所望”。^{〔47〕} 最后,作为该说核心论据的“作为犯中的标准不完全适用于不作为犯”,但是,在支配犯场合,却又将作为犯中区分正犯和共犯的标准运用于不作为事例,认为“基于风险支配的监督者保证人则可以像作为犯中那样来区分正犯和参与”。^{〔48〕} 如此表述,无论是从形式上还是结论上,与其自身理论体系,都难以自洽。

2. 该说完全无视不作为与作为在存在论上的构造差异

雅各布斯教授宣称,“只要人们承认重要的是归属而不是自然,不作为的问题就会得到解决”。^{〔49〕} 诚然,“归属”固然重要,但“自然”也不得被忽视。因为,“刑法学创造作为和不作为这一对概念的动机在于:后者即不作为的概念是必要的”。^{〔50〕} 具体而言,不作为与作为的差异,首先表现在构造的不同。对不作为和作为进行等价值判断的努力,是建立在对二者存在构

〔41〕 同上注,第 41 页。

〔42〕 何庆仁,见前注〔4〕,第 28 页。

〔43〕 (德)许迺曼:“作为学术的刑法释义学”,吕理翔译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选集》,台湾新学林出版股份有限公司 2006 年版,第 137 页。

〔44〕 Jakobs,见前注〔35〕,第 46 页。

〔45〕 何庆仁,见前注〔4〕,第 27 页引注。

〔46〕 参见欧阳本祺,见前注〔9〕,第 724 页。

〔47〕 陈志辉:“身份犯之正犯认定——以德国义务犯理论为中心”,《政法法学评论》第 130 期,第 57 页。

〔48〕 金德霍伊泽尔,见前注〔27〕,第 407 页。

〔49〕 (德)格吕恩特·雅各布斯:《行为 责任 刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 85 页。

〔50〕 (日)西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社 2006 年版,第 86 页。

造差异(事实判断)承认的基础之上的,目的是借助规范上的等价值判断来淡化甚至消除因构造差异所导致的不合理影响。因此,不作为与作为的事实判断是等价值判断的前提,事实判断是第一位的,等价值判断是第二位的,二者必然呈现出某种层级。况且,即便立足于规范论角度,也并不意味着不作为和作为的区分就失去意义。因为,站在刑法的行为规范和制裁规范功能共同决定行为的违法评价的角度,正如“在制裁规范的标准上,正犯和共犯的区别成为问题”,同样,“在行为规范的标准上,作为与不作为的区别仍是问题之所在”,^[51]仍有区分的必要性。

3. 其贯彻将导致对构成要件定型性功能的淡化甚至破坏,^[52]并与犯罪的法益侵害本质观不相融合

成立正犯还是共犯,必须结合具体行为的方式。详言之,正犯行为必须符合刑法分则规定的个罪的行为类型(如杀人行为或者盗窃行为),共犯行为也必须符合类型性要求(我国刑法规定了教唆犯和从犯)。但是根据管辖理论得出的结论恰恰相反:只要是违反“积极义务”的行为,不论是实行行为,还是非实行行为(如教唆、帮助行为),都只成立正犯。例如,父亲故意杀死自己孩子的(杀人)行为成立正犯,父亲递刀给杀人犯杀死自己孩子的(帮助杀人)行为也成立正犯。如此,正如有学者所批判的,“雅各布斯教授把体制管辖带到作为犯,而认为仅提供作为助力的保证人可论以作为正犯,则已过度扩张作为犯正犯的认定范围,偏离了紧缩正犯的基本立场”。^[53]另外,还将导致出现在义务犯场合并不存在共犯参与的余地,刑法典关于共同犯罪的规定将出现选择性部分失效的局面。而且,根据管辖理论,“积极义务”违反同时赋予了行为的犯罪性和正犯性。义务违反(而不是法益侵害)才是行为可罚与否的实质根据,这与论者主张的“刑法保障的是规范的适用,而不是法益的保护”^[54]犯罪本质观一脉相承,但是与当已经确立的“刑法是法益保护法”的基本理念相背离的。

4. 具体适用中往往出现不合理的结论

第一,不作为的证人有被重罚的风险。例如,父亲甲将刀递给杀害自己孩子(乙)的凶手丙手中的场合,雅各布斯教授会认为甲成立(作为犯)正犯,其理由是甲乙之间处于源于“制度”的亲子关系,甲有保护孩子的义务,却通过其作为侵害了这种义务。同理,当父亲甲将刀递给自己成年的孩子乙助其杀害丙的场合,甲同样有成立帮助犯的余地,但是当乙是未成年人时,根据该说又会得出甲只能成立正犯的结论。可见,某种程度上,处于特殊地位的证人在受到重罚的风险方面,该说比罗克辛的观点走的更远(根据罗克辛理论,也会认为甲的递刀行为属于作为,有被评价为帮助犯的余地)。

第二,第三者犯罪行为尚未实施时,证人单纯违反义务的行为就可能被认定为是正犯。例

[51] (日)高橋則夫:“不作為による幫助犯の成否”,《現代刑事法》2000年第6号,第105页。

[52] 参见欧阳本祺,见前注[9],第725页。

[53] 许泽天,见前注[2],第461页。

[54] (德)雅各布斯:“刑法保护什么:法益还是规范适用”,王世洲译,《比较法研究》2004年第1期,第98页。

如,作为看守金库的甲向同为看守人的乙说自己想拿走金库内的财产,乙不但不阻止,反而在甲犯罪之前就外出旅游,此时根据该说,由于阻止甲犯行的最后机会也丧失了,乙已然成立背任罪正犯(未遂)。^[55]但是,在犯罪是否实施以及法益是否会受到侵害等都是未知的情况下,让保证人承担正犯责任过于严苛。

第三,还将导致与真正不作为犯处理的不协调。纯正不作为犯场合,即使符合该身份者,当参与者所起作用仅限于帮助时,也不排除成立从犯的可能,为何违反“基于制度管辖”的义务时却一律成立正犯,而违反法律明文规定的义务(如父母对未成年子女的扶养、赡养义务)时却存在成立从犯的可能,不无疑问。而且,逻辑上看也是如此。违反抽象的“基于制度管辖”义务的行为的刑事符合性和处罚必要性,本应比违反刑法明文规定的义务的情形,在认定上更加谨慎(在没有明确规定不真正不作为犯的我国,尤其如此),但是该说的适用结论却恰恰相反。

5. 不符合我国特殊的立法规定

第一,不符合《刑法》关于共同犯罪的规定。我国《刑法》第27条第1款规定:“在共同犯罪中起次要作用或者辅助作用的,是从犯”。其中,“起次要作用者”为次要正犯,“起辅助作用”者为帮助犯。该规定应同时适用于作为犯和不作为犯,这是将不作为和作为进行等价值评价的必然结论,也是肯定不作为行为犯罪性的当然要求。但是,根据管辖理论,“积极义务”违反者独立成立正犯,不存在共犯参与的问题,^[56]这就意味着,不存在成立帮助犯的余地,甚至也不存在成立次要正犯的可能,这就变相地否定了共同犯罪的刑法规定在不作为犯领域的适用。第二,也不符合《刑法》关于相关个罪的具体规定。根据管辖理论,单纯的义务违反就构成犯罪,义务犯等同于举动犯,^[57]例如,在遗弃罪事例中,父亲将自己生病的小孩遗留在医院不予接走、不管不问的行为,当然成立遗弃罪,^[58]或至少也是遗弃罪的未遂。^[59]并且,在不作为参与的场合也是如此,保证人只要违反了积极义务,就成立正犯。但如此处理,与我国刑法中的个罪规定以及立法和司法所采取的以“行为+结果(情节)”的犯罪规定模式不相符合。包括诸如遗弃罪这样的真正不作为犯在内(我国《刑法》第261条规定的遗弃罪的成立以“情节恶劣”为要件),^[60]犯罪的

[55] 参见 Jakobs, 见前注[35], 第45页。

[56] 参见 Jakobs, 见前注[35], 第44—45页。

[57] 但是,即使认为真正不作为犯属于与举动犯相同的概念,对不真正不作为犯也不应做相同理解,因为前者违反的是命令规范,后者违反的是可以与禁止规范等价评判的作为义务规范,因此,后者不得不同时兼含结果犯的性质。参见陈宏毅:《论过失不作为犯》,台湾元照出版公司2014年版,第62页。

[58] 此为冯军教授的观点。详细介绍请参见何庆仁,见前注[4],第199页。

[59] 参见何庆仁,见前注[4],第199页。

[60] 2015年3月2日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》中虽明确规定“对于只是为了逃避扶养义务,并不希望或者放任被害人死亡,将生活不能自理的被害人弃置在福利院、医院、派出所等单位或者广场、车站等行人较多的场所,希望被害人得到他人救助的,一般以遗弃罪定罪处罚”,但是实践中具体处理上也并非只要存在上述遗弃行为就构成遗弃罪,而是存在诸如医院民事诉讼判决、法院司法拘留等前置性程序。郭丹:“夫妻诉医院 牵出遗弃病儿案”,载《北京晨报》2016年7月19日,A13版。

成立都要求具备某种结果或者情节(立法往往直接规定了结果、数额或情节,即使没有规定,司法解释也会作出限定,即便立法和司法解释都没有规定,司法机关在适用时也会要求达到某种程度),而不可能存在仅有行为而没有“结果”就成立犯罪的可能。

(三)功能性理论(义务区别说)

以功能性理论作为区分不阻止他人故意犯罪行为成立正犯还是共犯的理论基础,最早源于德国学者施罗德,^[61]后得到赫兹贝格等人的发扬,^[62]并在世界范围内得到很多学者的支持。^[63]该理论认为,作为义务分为“保护法益义务”(或照料性保证人义务)和“阻止犯罪义务”(监护性保证人义务),违反前者原则上成立正犯,因为保证人对被害人负有“全面保护义务”,其义务不履行行为与结果发生之间具有“直接关系”;违反后者原则上成立帮助犯,因为保证人对被害法益受到侵害时不承担义务,而仅仅负有监督危险源的“特定保护义务”,其义务不履行与结果发生之间具有“间接关系”。简言之,结果回避义务等于正犯义务,犯罪阻止义务等于共犯义务。

确实,根据该说得出的结论或许具有直觉上的妥当性,容易被人接受,^[64]且客观上通过义务内容来区分正犯和共犯,在标准统一性这一点上也是其长处。^[65]但是,其立说和论证均存在明显缺陷,而且,其结论也经不起仔细推敲。

1. 义务区分方法本身不尽合理

一方面,从语言学或逻辑学上看,这两种义务本来就是同一义务的不同侧面。“保护某人”可以理解为“为了某人而监督对其发生的危险”,“监督某危险源”也可以理解为“保护受到该危险源威胁的人”。^[66]另一方面,相对于“保护法益义务”是从保证人和法益主体的关系角度,重在防止法益被侵害,“阻止犯罪义务”是从保证人和危险源的关系角度,重在阻止危险源的法益侵害,但是这不等于该保证人不具有对无关的被害人的“防止法益被侵害”义务。换言之,“在任何保证人地位上都要保护受威胁的法益”,^[67]或者说“刑法上的保证人义务的本质在于,无论是从哪种关系来推导保证人义务,最终都会指向结果的发生这一点”。^[68]

[61] 不过,功能性理论最早由考夫曼提出,其本身是作为对作为义务从内容或机能角度的区分理论而已。参见罗克辛,见前注[17],第536页。

[62] 施罗德和赫兹贝格的观点介绍,请参见罗克辛,见前注[17],第509—510页。

[63] 在日本,该说首倡者是阿部纯二教授,详细介绍请参见神山敏雄,见前注[21],第176页;(日)中义胜:《刑法上的诸问题》,关西大学出版部1991年版,第356页;(日)野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第429页;(日)山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,第848页;刘凌梅:《帮助犯研究》,武汉大学出版社2003年版,第151页。

[64] 外木央晃,见前注[28],第17页。

[65] 参见内海朋子,见前注[22],第8页。

[66] 参见内海朋子,见前注[22],第7页。

[67] 罗克辛,见前注[17],第510页。

[68] 神山敏雄,见前注[21],第177页。

2. 以义务的不同来源作为不作为正犯和共犯的区分标准过于形式化^{〔69〕}

首先,正犯和共犯同为不作为可能的参与形式,本质上都是不作为犯(二者具有同质性),而且,(某种程度上)不作为是因违反作为义务而导致法益侵害才具有犯罪性,既然如此,不作为犯就应该在作为义务及来源上也具有同一性。否则,将导致不作为正犯和不作为共犯的作为义务来源存在不同的判断标准。其次,无法解决保证人同时违反保护法益义务和阻止犯罪义务的情形。例如,13岁的男孩(哥哥)暴力殴打9岁的女孩(妹妹),母亲明明看到却不及时阻止或救助,致使女孩重伤的事例中,母亲此时既负有监督男孩(危险源)不为危害行为的义务,也负有保护女孩身体法益的义务,此时母亲同时违反这两个义务,该如何处理?根据该说,显然无能为力。^{〔70〕}再次,将人为地导致同一构成要件划分为分别适用于保护者保证人和监督者保证人的构成要件。^{〔71〕}刑法分则中,某罪的构成要件是唯一的,各种行为符合该罪,在构成要件上必然是同一的。但是,根据该论,具体符合上述两种构成要件中的哪一种,决定了保证人是成立正犯还是共犯。例如,甲目睹自己的孩子乙暴力殴打小女孩丙,丙的父亲丁呆在现场观望,甲和丁都未阻止乙的暴行,此时,根据该论,会因为甲符合监督保证人构成要件成立帮助犯,丁符合保护保证人构成要件成立正犯,但这种推理和结论,又有多少人能接受呢?最后,也是最为重要的,其并没有摆脱形式说的窠臼。正如有论者批判的,“其批判形式说,但并没有完全摆脱形式说的影子”,^{〔72〕}“(该分类)只是分类,并未对保证人的法理依据提出更进一步的说明,反而还应该先有一定的法理依据,才能进而从事分类”,^{〔73〕}并且不同的保证人类型对应不同的犯罪参与类型本身也需要实质上的理由。

3. 结论欠缺妥当性

例如,甲看到自家院子里的狗挣脱绳子跑了出去并撕咬路边小孩,同甲看到自家院子里的狗被乙解开绳子带到路边撕咬小孩这两种情形,如果说前者是狗的法益侵害的话,后者则应该看作乙的法益侵害行为。显然,在后者的情况下,将狗主人的不作为与对乙的积极帮助行为同等评价并不合适。换言之,源于对物责任给犯罪阻止义务奠定实质根据的,应该仅限于物(上例中的狗)直接发生法益侵害危险的场合更为妥当。^{〔74〕}而且,即使是在所谓保护法益义务场

〔69〕 参见张明楷,见前注〔8〕,第438页。相同批评意见,参见(日)佐伯仁志:《刑法総論の考え方・楽しみ方》,有斐閣2013年版,第432页;松原芳博,见前注〔23〕,第363页;(日)西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第324页。

〔70〕 类似例子还有,“游泳池的监视人的义务既来源于对于游泳池这一危险源的监视义务,也来源于入场游泳者的保护义务”。松原芳博,见前注〔23〕,第363页;“一家百货商店的保安应当是保卫所有者的财产呢,还是应当警戒与经营一家人人都能进入的百货商店相联系的危险”。罗克辛,见前注〔17〕,第510页。

〔71〕 (日)松生光正:“不作為による関与と犯罪阻止義務”,《刑法雑誌》1996年36卷1号,第154页。

〔72〕 周光权,见前注〔8〕,第113页。

〔73〕 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第682页。

〔74〕 参见神山敏雄,见前注〔21〕,第93页。

合(如仓库保管员不阻止窃贼偷走所负责保管的财物),从等价值要素来看,也只适宜认定为帮助犯,因此并非所有不保护的情形都一律成立正犯(除非法律明确将这种帮助行为正犯化)。〔75〕最后,在亲手犯场合也是如此。如甲明知自己的10岁的小孩作伪证(因为被告人给了小孩一块糖),但是甲却不阻止,根据该理论会认为甲没有履行监视小孩(危险源)的义务,成立不作为的伪证罪(帮助犯)。但是,原本不符合伪证罪“亲手”要件的甲,为何会因为违反监视义务而满足该要求呢?显然这并不合理。

三、因果关系模式的肯定及发展

因果关系模式坚持将作为犯中区分正犯和共犯的原则适用于不作为犯场合,这就产生两种截然不同的倾向:一种是否定不作为具有与作为相同的因果支配,将对他人故意犯罪的不阻止行为解消在真正不作为犯和作为犯中;一种是原则上肯定不作为的因果支配性,只是在存在作为者时,认为作为者处于因果支配地位,不作为者充其量起促进作用。下文将具体予以展开。

(一)不真正不作为犯解消理论

该说为我国学者黎宏教授所首创。其立足于因果一元论,否定不作为的原因力,将传统讨论的不真正不作为犯情形解释为作为犯,将单纯不阻止侵害脆弱法益的行为解释为属于真正不作为犯的遗弃罪,通过这两种出路彻底解消不真正不作为犯概念。〔76〕根据该说,前者如母亲将婴儿生在便池而不予救助,由于将婴儿生在便池本身属于创造危险的作为行为,因此母亲成立作为方式的故意杀人罪,而不是所谓的不真正不作为犯;后者如母亲不阻止他人伤害或杀害自己未成年子女时,将“未成年子女”解释为“患病的人”,将“不阻止”解释为“遗弃”,母亲构成遗弃罪;而如果只是单纯不阻止脆弱法益主体实施的犯罪行为,则只能是无罪。

该说存在的问题主要包括以下几点:

1. 如此区分作为和不作为,脱离了“行为”的定型性要求,也有违责任原则

该说以“法益恶化”为标准来区分作为和不作为,使平稳法益状态恶化者是作为,不阻止已处于危险状态的法益进一步恶化者为不作为。〔77〕这种区分方法本身没有问题,但是必须结合作为和不作为的上位概念即“行为”来理解。作为刑法客观构成要件的行为,其具有实质的内涵,必须是对法益侵害具有具体危险的、类型化的危害行为。如此说来,小孩被父亲带到河边玩耍却不慎掉入河中,父亲能救助却不予救助的情形,父亲带小孩到河边的行为本身确实属于恶化小孩平稳法益状态,具有向实害转移的危险,但是却

〔75〕 (日)松宫孝明:“不作為と共犯”,载中山研一等編:《レヴィジョン刑法(一):共犯論》,成文堂1997年,第190页。

〔76〕 参见黎宏,见前注〔6〕,第1589页。

〔77〕 参见黎宏,见前注〔32〕,第80页。

难以将“带小孩到河边”本身评价为犯罪的实行行为,因为该危险只是抽象危险,而非具体危险。^{〔78〕}而且,如此提前认定实行行为,也有违“行为与责任同在”原则之嫌。在父亲将小孩带到河边时,小孩的法益平稳状态已经被打破,面临向实害转移的危险,即使可以将“带小孩到河边”评价为作为,也无法说父亲此时就具有过失甚至故意(哪怕是缓和的过失和故意)。否则,日常生活中,父母亲会因为担心带孩子到河边或湖边玩耍就可能构成犯罪而惶恐不安。

2. 不阻止侵害脆弱法益的行为并不当然成立遗弃罪

首先,行为方式上,不阻止侵害脆弱法益的行为并不等同于遗弃。确实,对脆弱法益的侵害不阻止和遗弃,形式上都表现为“该救不救且能救不救”,但是二者却存在着本质的差别,当不阻止或不救助将使被害人生命或重大身体健康面临立即造成侵害的威胁,只能认定为是故意杀人罪。司法实务也采取的是这种立场,^{〔79〕}认为“是否立即造成被害人死亡以及被害人对被告人的依赖程度等”都是区分遗弃罪和不作为故意杀人罪的重要参考要素。在不阻止他人故意杀害自己小孩の場合,小孩身体及生命对父亲的依赖不可谓不高,小孩生命会“立即”丧失的可能性也非常高。换言之,父亲此时如果不救助小孩,无异于置小孩于“死地”,因此从客观上,也无法将这种“不阻止”理解为是遗弃。

其次,将不阻止他人犯罪中的被害人包括在遗弃罪的对象之中,虽也并非不可,毕竟“没有独立生活能力的人”根据人身依附程度高低的差异,在依赖性越高的场合,就越靠近甚至等同于“没有独立生存能力的人”(刚出生的婴儿对父母的“生活能力”的依赖,就等同于“生存能力的依赖”)。但是,即使作此理解,也仅仅是针对加害行为结束后对被害人的不救助而言的,而对之前的加害行为的不阻止行为本身,却无法评价在内,而这正是不阻止他人故意犯罪讨论的核心。再之,即使从主观方面来看,也不宜将对被他人侵害的脆弱法益主体的不救理解为是遗弃,这一点从司法部门的实践操作中也可得到证明,即被告人的主观故意也是区分遗弃罪和故意杀人罪的重要参考标准之一。

最后,从遗弃罪的法定刑设置来看,并无法包括基于故意心态对脆弱法益主体面临的侵害不予阻止的情形在内。根据《刑法》第261条的规定,遗弃罪的法定刑为“5年以下有期徒刑、拘役或者管制”,且仅设置此一档法定刑;该罪的成立不以造成“严重后果”为必要,只要达到“情节恶劣”标准即可。例如,单纯遗弃“患严重疾病或者生活不能自理的被害人”就已成立该罪,如果将不仅存在上述遗弃,而且是对被害人重伤和死亡结果持故

〔78〕当然这也不是绝对的,还必须结合被害人的年龄、河边的具体危险程度等综合判断。如在大雨过后,河边湿滑,已连续发生多起伤亡事件,媒体也频繁、流动播报,警告禁止前往该区域活动,但父亲仍执意带小孩去玩耍,结果小孩果然掉入河中的,这种情形完全可以理解为作为形态。

〔79〕最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2015年《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第17条规定,“准确区分遗弃罪与故意杀人罪的界限,要根据被告人的主观故意、所实施行为的时间与地点、是否立即造成被害人死亡,以及被害人对被告人的依赖程度等进行综合判断……对于希望或者放任被害人死亡,不履行必要的扶养义务,致使被害人因缺乏生活照料而死亡……应当以故意杀人罪定罪处罚”。

意态度的也包括在内,也在该较低的法定刑幅度内量刑,有违责任原则。这也是为何司法部门认为“要根据被告人的主观故意”以及“所实施行为的时间与地点、是否立即造成被害人死亡,以及被害人对被告人的依赖程度等”进行综合判断来区分遗弃罪和故意杀人罪的原因所在。

3. 容易得出明显不合理甚至荒唐的结论

父母不阻止第三人杀害自己未成年子女,该说认为父母构成遗弃罪,但对于父母不阻止未成年子女杀害他人,该说又会认为未成年子女是加害人,父母什么都没有做,子女的犯罪行为与其无关,因而得出父母无罪的结论。但是,这是典型的“只许州官放火、不许百姓点灯”式思维。自己的孩子面临法益的侵害或威胁时,父母必须予以阻止,否则构成犯罪,但自己的孩子去侵害或威胁到他人的法益时,父母却可以放任不管,不构成犯罪,从结论妥当性角度来看,也有违民众朴素的法感情。而且,也存在违反定罪之“举轻以明重”的基本逻辑。例如,父母对未成年子女正在面临的轻伤害而不予阻止,可能成立不作为帮助犯,但当未成年子女正在面临的是抢劫等严重暴力行为时,由于无论如何也不可能把受到抢劫的子女解释为“患病的人”,因而可能对父母的不阻止行为无法定罪。但是,父母不阻止轻伤害暴力行为尚且构成犯罪,而不阻止更为严重的暴力行为却无法成立犯罪,同样逻辑上难以成立。

(二)行为支配理论

因果支配模式的主流立场,还是承认不作为的行为支配力的。只不过,在其内部,“统一帮助人理论”认为,在不作为参与作为犯的场合,其支配力让位于作为者;而“兼顾义务区分的因果支配理论”则认为需要根据义务内容来判断不作为者的行为支配力。

“统一帮助人理论”由德国学者加拉斯(Wilhelm Gallas)确立。该说认为,不作为的保证人总是只能在主动的实行行为人身边作为一个帮助人。^{〔80〕}具体来讲,“于作为者尚支配着行为过程时,保障者并未阻止作为犯之行为,则保障者成立帮助犯”。^{〔81〕}其理由是:“对于处于保证人地位的不作为人来说,面向可罚结果的直接通道就被阻断了,此时,不作为人只是‘消极的促进者’”。^{〔82〕}但是,该说同时认为,特殊情况下,保证人也可能成立正犯。例如,“当被保护者的祸福完全依赖于保证人保护机能的实现时,保证人的不作为与由作为正犯者惹起的结

〔80〕 详细介绍参见罗克辛,见前注〔17〕,第508页。在我国,也有学者持该观点。参见刘代华、齐文远:“帮助行为因果关系研究”,载林维主编:《共犯论研究》,北京大学出版社2014年版,第454页。

〔81〕 陈子平:《刑法总论》(第三版),台湾元照出版公司2015年版,第669页。

〔82〕 (日)内田文昭:“《論說》不真正不作为犯における正犯と共犯”,《神奈川法学》2001年第34卷(3),第665页。此外,保条成宏教授也认为,加拉斯和内田教授在将不阻止作为犯的犯罪而成立帮助的处罚根据方面并不明确,但其肯定二人提出的不真正不作为犯的“帮助性格”,认为在存在论的角度,“帮助性”是不真正不作为构造的实体。可以说保条教授和加拉斯以及内田教授的观点是完全相同的,只不过保条教授对加拉斯和内田教授的论述进行了细化而已。参见(日)保条成宏:“児童虐待に対する刑事処罰とその限界(1):‘不作为による帮助’の事案をめぐって”,《中京法学》2003年38卷2号,第86—88页。

果在社会重要性上相等同,可以作为成立帮助犯的例外”。^{〔83〕}

该说遭致多方质疑,^{〔84〕}但其中核心的问题是:承认根据被保护者对保证人的依赖程度来决定保证人成立正犯还是共犯,无异于根据身份或义务来决定保证人成立正犯还是共犯,这与其主张的不作为保证人的“帮助性”明显相冲突。具体来讲,该论认为,“当丈夫是精神上健康且自由地下定决心自杀时,妻子的自杀不阻止行为成立自杀的帮助;但是当丈夫不是处在自杀事实上的支配时,妻子违反其义务不行使其‘潜在行为支配’,就必须承认妻子成立正犯”。^{〔85〕}但是,显然此时根据丈夫是“精神健康、自由决意”的自杀时对妻子依赖程度低,而“精神恍惚、意识弥留”的自杀时对妻子依赖程度高,来区分妻子成立正犯还是共犯,标准未免过于形式和恣意。况且,依赖程度的高低与作为义务程度的高低,本身并无不同,以此为标准,无疑又倒退回了义务犯模式。

“兼顾义务区分的因果支配理论”认为,在不作为参与场合,相比于不作为,作为者对结果发生具有最终的决定权。换言之,作为者只要不实施作为,结果就能确定不发生,因此具有防止他人犯罪义务的保证人,包括违反“犯罪阻止义务”和“法益保护义务”,原则上成立不作为帮助犯。^{〔86〕}该说的特点在于:第一,虽然以是否能够“直接改变因果流程”作为不作为参与的正犯和共犯的区分标准,但是在形式上仍固守义务区分理论。^{〔87〕}第二,在不可能参与作为犯的实行行为时,保证人成立正犯。例如,他人从远距离以红外线枪瞄准屋内的小孩,小孩的父亲虽然无法参与正犯者的行为,但其只需要拉下百叶窗就可以救助小孩却未采取该措施,导致小孩被射杀时,父亲成立故意杀人罪的正犯。第三,在作为者实行行为已经终了导致无法参与的场合,保证人也成立正犯。

该说在将因果关系作为区分不作为正犯和共犯根据这一点上,是值得肯定的,但是其仍采用义务区分模式则略显不足,因此上述关于义务区分理论的批判同样适用于该说。而且,将“直接改变因果流程”还是“通过阻止作为者或者作为危险源的人来间接改变因果流程”作为正犯和共犯的区分标准,也并不妥当。上例中,加害人对小孩实施射杀行为时,父亲不管是直接击倒加害人,还是夺走加害人使用的枪支,抑或是拉下百叶窗阻挡加害人的射击视线,都有可能直接阻止加害人的杀人行为,在“直接改变因果流程”这一点上没有不同,都属于对阻止作为者之实行行为具有等同效果的措施。当父亲不实施这些阻止措施时,理应获得相同的评价,与“是否可能参与作为犯的实行行为”无关。

〔83〕 神山敏雄,见前注〔21〕,第63—64页。

〔84〕 罗克辛教授对加拉斯的观点提出了六点批判意见,详细介绍参见罗克辛,见前注〔17〕,第508—509页;神山敏雄,见前注〔21〕,第64—65页。此外,小林宪太郎还评价称,将不作为参与统一认定为帮助犯,这与“不作为犯是该当与作为犯同一的构成要件”这一点,欠缺“整合性”。参见(日)小林宪太郎:“不作为による関与”,《判例時報》2015年2249号,第8页。

〔85〕 神山敏雄,见前注〔21〕,第64页。

〔86〕 参见(日)大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第274页;(日)大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学2008年版,第420页。

〔87〕 参见陈子平,见前注〔81〕,第670页。

(三) 结果原因支配理论

该论最早由许内曼教授提出。其立足于德国不作为犯立法所要求的“对等性”要求,认为“仅有当不作为人针对造成法益受侵害之事实的法律地位,以对于结果归责具决定性的观点与作为行为人的法律地位可加比较时,那么以作为犯的构成要件处罚不作为才属适当”。^{〔88〕} 具体言之,“在不作为犯中,不作为犯行为人的保证人地位必须对整体事件进程的关键性部分具有现实的支配力,才能认定不作为与结果之间具有与作为犯所类似的联系”。^{〔89〕} 这里的“对整体事件进程的关键性部分具有现实的支配力”,指的是对造成结果的原因的支配。在我国,欧阳本祺教授支持该观点。^{〔90〕}

该说将“结果原因支配”作为作为和不作为对等处罚的“上位”根据,作为犯场合表现为行为支配,不作为犯场合表现为保证人地位支配,而保证人地位支配的来源,“不是针对危险源就是针对法益无助性的两种在物本逻辑上可能的控制形式”。^{〔91〕} 确实,该说在试图突破单一的规范论视角,从存在论角度发展出“支配原则”作为不作为犯处罚的根据,方法论上的创新性是值得称赞的。但是,如果从根据该说得出的结论来判断,会发现在危险源监督和法益无助状态场合,与根据义务区分说理论得出的结论完全一致,即肯定不作为者成立正犯。但是,如果该结论在单独犯场合尚可成立,但是在不作为参与场合,是否仍然能够成立,存在疑问。

对此,山口厚教授提出,在单独犯场合,应当从“对结果惹起的支配”视角,根据“结果原因支配”的有无,来判断行为人是否具有保证人地位。^{〔92〕} 在不阻止他人犯罪场合,也应该“准照”单独犯场合认可保证人地位所需的“结果原因支配”,来判断行为人不阻止行为的性质。具体来讲,“故意实现构成要件该当事实的直接作为者支配着结果发生的原因,与此相对,对此以不作为参与者,原则上应否定对结果原因的支配,因此不能成立不作为的正犯,而仅限于成立作为正犯者的共犯……在不作为帮助场合成为问题的是,作为义务并非直接防止和回避结果发生的义务,而是阻止正犯之实行的义务,当怠于履行该义务使得正犯实行变得容易时,可以认为成立不作为的帮助”。^{〔93〕}

可见,结果原因支配,作为一种因果流程启动之前的“事前支配”,在单独犯场合赋予行为人“正犯性”,但在犯罪参与场合却只能让位于行为支配,保证人原则上仅成立帮助犯。因此,从这个角度来说,许内曼教授的结果原因支配理论,在犯罪参与领域并没有得到真正贯彻。而之所以导致这样的局面,很大一部分原因在于论者所使用的抽象概念“结果原因支配”本身。而且,从得出的结论与根据传统义务区分说得出的结论高度一致这一点来看,“结果原因支配”在专业术语上的意义更大于其实质意义。同时,这也从侧面说明,将“支配性”提前到因果进程

〔88〕 (德)许内曼:“德国不作为犯学理的现状”,陈志辉译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第13卷),中国政法大学出版社2003年版,第397页。

〔89〕 许内曼,见前注〔3〕,第228—229页。

〔90〕 参见欧阳本祺,见前注〔9〕,第728页。

〔91〕 罗克辛,见前注〔17〕,第539页。

〔92〕 参见(日)山口厚:《刑法总论》(第3版),有斐阁2016年版,第90页。

〔93〕 同上注,第389—390页。

之前,将保证人地位支配也理解为对构成要件该事实的“支配”本身就不妥当。况且,由于该说将保证人支配也作为结果原因支配的一种,因此其判断“具有一定的模糊性和不确定性,因过于宏观,甚至连支配概念都难以界定清楚”。〔94〕

(四)结果(实现或避免)支配理论

顾名思义,该说指的是保证人的不作为在多大程度上导致了侵害结果的发生;或者说,如果保证人实施作为,结果在多大程度能够避免,确定避免者,成立正犯,只是延缓结果实现时,则成立帮助犯。该说在日本和我国颇有市场。西田典之教授认为,只有着眼于“因果关系的质的差异”,才可能区分不作为的正犯和共犯,“如果不作为者实施作为则本应‘确实地’避免了结果发生之时,属于不作为的同时正犯;如果是‘有可能使得结果的发生更为困难’,则属于不作为的帮助”。〔95〕我国学者张明楷教授也持该立场:“保证人的不作为是成立帮助犯还是正犯……取决于履行作为义务对防止结果发生所起的作用大小。在只要履行作为义务就‘确实’能够避免结果发生的场合,应认为该不作为对结果的发生起到了重要作用,不履行义务的保证人成立不作为的共同正犯。一般来说,在保证人不履行阻止犯罪的义务时,实际上只是使正犯的行为更为容易,因而认定为帮助犯较为合适”。〔96〕周光权教授也持相同立场,〔97〕所不同的是,周教授认为,如果不作为者是警察,则原则上成立玩忽职守罪,只是在特殊情况下综合考虑到现场的情况和警察的犯罪心态,可能与作为的故意杀人行为具有等价值性时,才成立不作为的故意杀人罪。〔98〕

该说的最大优点是便于实践操作、简单易行,但是单纯追求适用上的简捷必然带来理论构建的不精细,以至于说理和结论上的不完善甚至自相矛盾,表现在:

1. 该说的适用和贯彻将落入行为人刑法的窠臼

论者的逻辑是“能避免结果实现者成立正犯,只是使得结果实现变得困难者成立帮助犯”,如此说来,面对成年第三者暴力殴打自己的小孩,身强力壮的父亲出手阻止则伤亡结果必然不会出现,成立正犯;而娇小柔弱的母亲即使出手阻止,对孩子被打死的结果实现也可能无关于

〔94〕 谢望原:《刑事正义与学者使命》,中国人民大学出版社2016年版,第120页。

〔95〕 (日)西田典之:“不作为的共犯”,王昭武译,《江海学刊》2006年第3期,第33页;此外相同的立场还见于(日)佐濑惠子:“不作為の共犯に関する一考察”,《創価ロージャーナル》2015年第8号,第149页。

〔96〕 张明楷,见前注〔8〕,第438页。需要指出的是,张教授虽然自称采取的是“重要作用理论”,以“不作为在共同犯罪中所起作用大小”作为不作为正犯和共犯的区分标准,但是其仅仅将“重要作用”理解成了“防止结果发生的作用”,与日本学者龟井源太郎所称的“重要作用理论”并非同一概念。此外,温登平博士认为西田典之所采取的立场也是重要作用理论,参见温登平,见前注〔8〕,第138页。但这显然误读了西田教授的观点。因为:第一,西田教授明确反对重要作用理论,因为“重要作用理论无法区别不作为的‘共同正犯’和共犯”。西田典之,见前注〔69〕,第324页;第二,西田教授认为的“本应切实避免结果发生的,是正犯;只是有可能使得结果发生更为困难的,则属于帮助犯”的观点,是从对结果防止角度来讲的,而不是从保证人在犯罪中的作用来讲的。

〔97〕 对此立场,周光权教授也表示同意。参见周光权,见前注〔8〕,第367—368页。与张明楷教授所不同的是,周光权教授否定片面共同正犯概念,认为对不作为的片面正犯行为应当按照不作为的单独正犯定罪。

〔98〕 参见周光权,见前注〔8〕,第116页。

补,则只能成立帮助犯。此时,同为保证人的父亲和母亲,仅仅因为自己或者加害人身体、力量的原因,其不救助行为的刑法评价竟然如此天差地别,这样的结论会有多少人可以接受呢?而且,还有可能出现对“母亲是否可以打的过加害人”这种无关紧要的事实无法判断,而导致死亡结果是否“确实”能被避免而无法判断的局面,最终无法区分正犯和帮助犯。更为关键的是,“根据结果回避可能性程度来区分正犯和帮助犯,仅仅根据结果发生的概率作为区分标准,与作为犯中正犯和共犯的区别标准相比,有失均衡”。^[99]

2. 该说论证根据有自相矛盾之嫌

论者的结论是,结果避免可能性的大小是区分不阻止他人犯罪成立正犯还是共犯的关键所在,但同时认为,“如果公安人员对他人犯罪不予阻止,则应认定为正犯”。^[100] 这里判断公安人员不阻止行为成立正犯还是共犯的标准,是公安人员的特殊身份以及特殊的作为义务违反,而不是结果避免可能性的大小。父母有保护未成年子女的(亲子)义务,公安人员有保护国民的(职责)义务,二者虽然义务来源不同,但在阻止犯罪、保护法益这一点上并无差别。因此,论者不见理由的自我限定没有道理。而且,论者本身也认为以作为义务的来源区分不作为的正犯和共犯,过于形式化,^[101]但是在已说论证上,却又采取了根据不同身份者区分正犯、共犯的双重标准,岂不自相矛盾!

3. 将不作为的帮助犯限于“保证人在场且作为者对此明知”的情形,不当缩小了不作为共犯的成立范围

周教授认为,“以不作为方式帮助作为犯,强化作为犯的心理,使其犯罪变得更容易,则是有可能的”,^[102]并举例称警察路遇暴行,驻足观看一眼后随即离开并未制止暴行的,警察的不作为“客观上起到了强化现行犯犯罪心理的作用”,因此成立帮助犯。从周教授的观点及事例说明来看,其言下之意,不作为参与行为成立帮助犯是可能的,但仅限于“保证人在场且作为者对此明知”的场合。但是如此处理,将造成极大的处罚空隙。实际生活中发生的案例,很大一部分是正犯者正在实施犯罪,保证人对此亲眼目睹却无动于衷,同时正犯者并未意识到保证人的场合。如行凶者甲在楼下对未成年人丙暴力殴打20分钟,丙的父亲乙在楼上阳台看到这一幕却不下楼阻止,结果酿成惨剧。此时,根据论者的观点,父亲并不在犯罪现场,很难说父亲的不下楼救助行为“客观上起到了强化甲的犯罪心理的作用”,因此无法认定成立帮助犯。但是,从父亲不出手阻止这一点来看,看不出父亲是在楼下还是楼上,对其不阻止行为的性质认定有何本质的影响。

4. 该说的运用可能得出不合理的结论

例如,行为人丙正欲将未成年人乙推入河中,而丙的父亲甲不阻止时,相对于“丙正在将乙推入河中”,“丙正准备将乙推入河中”时父亲阻止行为的结果避免可能性更高,甚至可以达到

[99] (日)山中敬一:《刑法总论》(第3版),成文堂2015年版,第966页。

[100] 张明楷,见前注[8],第438页。

[101] 参见张明楷,见前注[8],第438页。

[102] 周光权,见前注[8],第367页。

“确实避免”的程度。父亲此时不阻止的,成立正犯;而当父亲是在“丙正在将乙推入河中”时不予阻止的,则成立帮助犯。显然,这无异于变相鼓励父亲甲不要在后者的情形下实施阻止行为,而要尽量推迟到前者的情形下再出手阻止,以获得更轻的处罚,该结论显然比较荒唐。而且,这种不合理性,在徐行犯の場合更为明显。例如,假设投毒 100 克可以使人死亡,行为人丁每周都往被害人戊的牛奶中注入 5 克毒药,预谋分 20 次完成。此时,如果保证人已从丁第一次投毒时就发现了,那么从避免结果角度来看,显然越早揭发或阻止丁的行为,戊获救的几率越大,或者说如果在前几次投毒时就阻止的,戊死亡的结果“确实地”可以被避免。那么,越早阻止,保证人成立正犯,越晚阻止,保证人反而成立帮助犯,这明显不具有合理性。

5. 认为警察不阻止他人的犯罪行为原则上成立玩忽职守罪并不妥当

依本文来看,警察不阻止他人的犯罪行为,没有成立玩忽职守罪的余地。诚然,警察的“不阻止”行为客观上属于“不履行职务”的典型表现方式,符合玩忽职守罪的客观构成要件,但是无法满足其主观构成要件。如本文开头部分所举事例,实践中受到刑法关注的不阻止他人故意犯罪的,作为义务者在主观方面往往表现为故意,而根据我国《刑法》第 397 条的规定,玩忽职守罪的主观方面只能是过失(与主观方面是故意的滥用职权罪相对应)。而且,以玩忽职守罪论处难免处罚过轻。玩忽职守罪的法定刑和过失致人死亡罪一样,最高刑为七年有期徒刑,如果将对被害人死亡结果持故意态度的不阻止或不救助行为,与传统的对被害人死亡结果持过失态度的行为作相同评价,显然难以实现处罚均衡。再之,根据相关规定,^[103]在人身伤害案件中,成立玩忽职守罪以“造成死亡 1 人以上”等后果为要件,当未出现死亡结果时,例如只造成 1 人重伤或轻伤,如果只考虑玩忽职守罪的成否,必然得出保证人无罪的令人无法接受的结论,难免形成处罚漏洞。

(五)事实规范结合理论

除了上述纯事实支配的考察路径以外,学说上还有一些兼顾事实和规范判断的立场,^[104]代表学者是神山敏雄教授。

神山教授指出,“保证人不防止作为者惹起的侵害结果の場合,首先对作为者具体地发布规范命令,他的态度如何决定了法益是否被侵害,因此无论从规范上还是事实上,作为者都发挥了重要作用。与此相反,保证人的不作为态度場合,以作为者违犯其规范命令为前提,向

^[103] 2013 年 1 月 9 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》第 1 条。

^[104] 此外,台湾学者黄荣坚教授立足于统一正犯概念,认为期待可能性是有责性判断的核心和基础,而非与故意、过失相并列的独立的有责性判断要素,并且将保证人地位和帮助犯均视为涉及“罪责”的问题,因此推导出从期待可能性高低的角度来判断不作为参与人是成立正犯还是共犯。具体言之,“必须依个案之期待可能性做论断,例如具备对价关系而产生的保证人地位(例如公务员职务上或契约保全人员的作为义务),保证人地位正是对价关系的核心,自然应该认为保证人对于侵害的防止具有高度期待可能性,所以其不作为不适用帮助犯的减轻规定……至于其他保证人之不作为,基本上犹可能是一般惰性所使然(父母亲放任小孩窃取邻居之财物),可能适用帮助犯的规定”。黄荣坚:《基础刑法学》(下),台湾元照出版公司 2012 年版,第 736 页。但该观点的本质在于根据身份来确定不作为者是成立正犯还是共犯,并不可取。

保证人发布防止该当法益侵害的第二次的规范命令。当违反第二次命令规范时,无论是规范上还是事实上,保证人不是延缓作为者的行为进程,而是发挥了促进的作用”。^[105] 具体来讲,该说认为应以规范命令的发出顺序以及不作为者和作为者所处的具体状况为基础,对保证人的不作为和作为者的作为,根据价值论的考察最终评价各方发挥的是“主要作用”还是“次要作用”;负担“主要作用”者为正犯,负担“次要作用”者为帮助犯。我国学者陈家林支持这种观点。^[106]

但是,该说的问题在于:第一,作为者和第一次规范命令、保证人和第二次规范命令,并不总是处于一一对应关系。例如,在第三人教唆保证人不予履行作为义务时,保证人才是所谓的被发布第一次规范命令的人,此时保证人成立正犯。第二,在神山理论体系中,作用是重要还是次要,并不具有判断上的独立性。神山教授认为,作为者和第一次规范命令、保证人和第二次规范命令是一一对应的,作用重要与否是根据规范命令违反的顺位所推导出来的,并无独立判断作用重要与否的具体规则或者考察要素。第三,也是最为关键的是,“倘若系以保护法益为目的之规范,为何对作为者之规范较对不作为者之规范优先”,^[107]或“不作为作为‘劣后’于作为的‘防止法益侵害的第二次规范命令’之违反”,^[108]并无实质的根据。而且,方法论上,只要承认不作为的正犯和不作为的共犯二者作为义务的同质性,就无法区分义务的重要性,否则就有自相矛盾之嫌。^[109]

四、己说的展开及运用

在本文看来,行为支配作为区分正犯和共犯的标准,不仅应适用于作为犯,而且应同样适用不作为犯,这是作为和不作为等价值性的必然要求。同时,立足于结果无价值论立场,结果归属的判断至关重要,这就要求行为对结果的作用力或影响力必须作为区分正犯和共犯的考察要素。将单纯地行为支配作为正犯和共犯区分标准,是不可取的;而应该综合考察行为和结果进行判断:当对行为和结果同时具有支配时,自然属于实质层面的“行为支配”;当无法对行为进行支配,而只能对结果实现进行支配时,同样应当肯定结果的归属。^[110] 这种广义的行为支配理论(或者称之为因果实现进程支配理论)不仅适用于作为犯,也同样适用于不作为犯。

^[105] 神山敏雄,见前注[21],第182页。

^[106] 参见陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第271页。

^[107] (日)山中敬一:“不作为犯与作为犯的共犯关系”,余振华译,载林山田教授纪念论文集编辑委员会编:《刑与思——林山田教授纪念论文集》,台湾元照出版公司2008年版,第100页。

^[108] (日)山中敬一:“不作為による幫助”,载(日)渥美東洋等編:《齋藤誠二先生古稀記念“刑事法学的現実と展開”》,信山社2003年版,第345页。

^[109] 参见西田典之,见前注[95],第33页。

^[110] 此处强调结果支配的重要性,不在于否定单纯行为支配对结果实现的支配作用,而在于说明无(狭义)行为支配但存在结果支配的场合,同样应当肯定广义的行为支配的存在。

具体而言,“即便是不作为犯,也应根据是否存在掌握事态进程这种意义上的行为支配,来区别正犯与(狭义的)共犯”,^{〔11〕}而其中的“行为支配”,“支配的对象不是介入者或者被利用者的‘行为’,而是‘犯罪实现过程’”。^{〔112〕}例如,当小孩被疯狗咬伤时,母亲却故意不送医导致孩子因传染狂犬病而死亡的,此时小孩死亡的事态进程掌控在母亲手上,母亲应成立不作为的正犯。但是,在不阻止他人故意犯罪的场合,由于作为者直接支配着事态的发展,不作为者原则上应否定具有支配地位,而成立帮助犯;^{〔113〕}而只有对结果的发生(与作为者)共同起支配作用者才成立片面共同正犯。并且,这种支配性,始于发生结果的原因,终于实行行为终了。

除了上述等价值要件的考虑外,本文支持广义行为支配理论的理由还包括以下两点:

1. 我国特殊的立法现实

德国学界主张原则正犯说,日本学界主张原则从犯说,这是与各自国家的刑事立法现状相吻合的。《德国刑法典》第13条规定,对于不作为犯减轻处罚,因此即使采取原则正犯说,对不作为的参与者也会处以轻于正犯的刑罚;而日本刑法典并无像德国刑法的类似规定,因此只有采取原则从犯说,才可以同样达到对不作为参与者从宽处罚的效果。而我国与日本类似,立法并无处罚不真正不作为犯的规定,因此根据行为支配理论得出的原则从犯结论更为适宜。而且,正是鉴于这种立法现实,在根据教义学路径所得出的结论可能存在扩大化和处罚上的重刑化时,更有必要从客观的角度,立足于行为支配的有无来限制不作为参与成立正犯的可能。

2. 坚持结果无价值理念的必然要求

正犯和共犯属于不同的犯罪参与形态,其区别在于客观面,必须立足于违法性阶段才能作出判断。根据传统的“违法是客观的,责任是主观的”基本理念,在违法性有无及程度判断上必须坚持判断的客观性,不允许添加任何主观性要素。这就要求,在区分不作为的正犯和共犯时,也必须从纯客观角度进行分析,因此义务论、价值论以及规范论的考察方法在方法论上就出现了偏差或者错误。^{〔114〕}只有站在行为支配角度,将作为犯中区分正犯和共犯的理论适用于不作为犯,才具有方法上的一致性以及判断上的客观性。

(一)具体展开

不阻止他人故意犯罪的行为,广义上来讲,可以分为“阻止犯罪行为”和“防止犯罪结果发生”两个阶段。其中,“阻止犯罪行为”阶段,只存在单纯地“不阻止”行为,作为义务者原则上成立片面帮助犯,例外成立片面共同正犯;而在“防止犯罪结果发生”阶段,根据作为义务者介入

〔11〕 松原芳博,见前注〔23〕,第364页。

〔112〕 松原芳博,见前注〔23〕,第284页。

〔113〕 这里的“事态发展的直接支配”,或许会让人产生等同于“结果避免可能性”的疑问,但正如本文前面“对‘结果实现(或避免)支配理论’的批驳”,笔者明确反对该主张。所谓“事态发生的直接支配”,在有作为者的场合,作为者启动和控制着事态发展进程,原则上肯定其直接支配性,成立正犯;在仅仅存在不作为者或者作为者已经实行终了的场合,不作为者对事态发展进程具有直接支配性,成立正犯。

〔114〕 高桥则夫教授认为,“在以正犯和共犯的区分为核心的正犯论中,应包括参与者的利益、动机等的要素考虑在内,从刑罚目的视角来综合判断”。高桥则夫,见前注〔51〕,第105页。

时点的不同,又存在单纯“不防止犯罪结果发生”行为以及“不阻止且不防止犯罪结果发生”行为两种情形。其中第一种情形,因不存在犯罪参与问题,直接按照不作为单独正犯来处理;第二种情形,作为义务者成立片面帮助犯和单独正犯的竞合,根据吸收犯的处理原则,成立单独正犯。

1. 阻止犯罪行为阶段

在第三人实施作为犯罪的场合,当实行行为已经开始、尚未结束时,面向结果的因果流程是被第三者所掌控的,保证人原则上只能是处于边缘性地位,成立帮助犯,例如,某公司仓库保安人员看到第三人进入仓库盗窃,却假装睡着,不管不问的场合,^[115]盗窃行为是否实施、如何实施以及盗窃数额等都是由窃贼本人所决定,盗窃行为及结果实现的整个流程都由窃贼控制,因此,保安充其量只能成立帮助犯。此外,本文开头部分提到的[案例3]和[案例5]也是如此。智障女儿是否被强奸以及强奸的时间、地点以及方式等结果实现过程,全部掌控在加害人手中,父亲躲在一旁的行为充其量也只是便宜了加害人强奸行为的实施;同样的,孩子是否被虐待以及虐待的时间、强度等均由加害人(母亲的男朋友)来控制,母亲的不阻止行为也充其量只是提供帮助。因此,两案例中的作为义务人仅仅成立帮助犯。当然,不阻止他人的犯罪行为,不排除理论上不作为和作为同时达到功能性支配程度,而成立片面共同正犯的可能(尽管可以设想的情形不是很多)。

此外,在不具有刑事责任能力者实施作为犯罪侵害无关第三人的,作为义务者原则上也只成立帮助犯。对此,有力观点认为,在诸如无结果发生认识、欠缺期待可能性以及无是非辨别能力以及行为控制能力的场合,不作为的参与者成立间接正犯。^[116]但是,从行为共同说的立场来看,不具有刑事责任能力者实施作为犯罪的场合,其符合不法层次的犯罪概念,对其负有监视义务的保证人不阻止其犯行时,一般情况下,保证人的不阻止行为至少对不具有刑事责任能力者的作为及结果实现具有促进或便利作用,因此,认定保证人成立不作为的片面帮助犯是比较容易的。如[案例4]妻子明知丈夫患有精神病,妻子有监护作为危险源的丈夫的监视义务,丈夫的杀人行为完全符合客观不法层面的犯罪,其实际掌控着杀人行为的整体进程,成立正犯(但由于不具有刑事责任能力而不承担刑事责任),而妻子却不予阻止,充其量也只是促进了丈夫的杀人行为,宜成立帮助犯。同样,当作为义务者和不具有刑事责任能力者各自的行为,达到可以评价为功能性支配的程度时,将其评价为不作为的片面共同正犯,也未尝不可(只是生活中很难发生而已)。

2. 防止犯罪结果发生阶段

相比于阻止犯罪行为阶段不作为参与行为认定的简易性,作为者实行终了后,不作为者不防止犯罪结果发生的,认定存在很大分歧。

^[115] 对此,松宫孝明教授认为,这种情况下,保安构成背信罪,而不是盗窃罪的不作为帮助犯。同样,在“父母放任幼儿被绑架的场合”,父母应成立保护者遗弃罪的正犯,而不是故意伤害致死罪的不作为帮助犯。参见(日)松宫孝明:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第206页。

^[116] 参见岛田聪一郎,见前注[40],第50页。

有的认为成立正犯,代表学者是加拉斯以及岛田聪一郎等。^{〔117〕}加拉斯认为,“当不作为人看到的不再是行为控制的操纵,而仅仅是面对这样一种操纵还具有的可以改正的作用,那么在他保持不活动时……就应当同样作为行为人来看待”;^{〔118〕}岛田聪教授也同样认为,“作为者的犯罪行为终了以后,不作为者的不作为和结果之间不存在任何介入者,因此不作为者成立直接正犯”。^{〔119〕}有的认为成立帮助犯,代表学者是神山敏雄和内海朋子。神山教授认为,不阻止作为规范主体的作为者引起的法益侵害的保证人,此时与作为者是否实行终了且从现场离开无关,都应统一评价为不作为的帮助犯。^{〔120〕}内海教授也赞成该结论,但是不同于前者所采用的“规范的、价值的”视角,其是仍立足于行为支配说立场,认为实行终了后的结果实现进程仍由作为者操控,“即使作为者实行行为已经终了,故意行为引起的因果控制并未到此终了,故意惹起的全部因果进程控制仍可以获得承认,直至结果发生的行为支配仍然掌握在作为者手中”。^{〔121〕}

后一种观点显然难以成立,理由在于:第一,可能导致对“第一次规范违反”和“第二次规范违反”本身作限定性理解。神山教授的逻辑是:作为者直接侵害法益的场合,间接参与其中的保证人被发布“第二次规范命令”。如果是这样,那么当作为者实行终了后,保证人可以“直接”参与其中,对之后的结果防止过程,保证人是出于被发布“第一次规范命令”的地位,应当成立正犯才符合逻辑。^{〔122〕}但显然神山教授是反对该结论的,因此只有对其理论本身作限定性理解,即规范命令发出顺位只适用于作为者实行终了前,才能避免这种结论的出现。第二,在实行终了后,为何作为者对结果的发生仍居于支配地位,理由并不明确。毕竟,实行终了后,已经无所谓“行为”,又谈何“因果控制”?

本文支持“正犯说”,必然无法回避这么一个问题,如佐伯仁志教授质疑的,在第三者将自家孩子推入湖中的场合,在落水现场观望行为全程的成立帮助犯,而事后赶来目睹这一切却放任不管不予救助的反而成立正犯,这明显不均衡。^{〔123〕}不得不承认,这种所谓的“不均衡”现象

〔117〕 除此之外,学者基尔魏因(Gerhard Kielwein)教授和山中敬一教授等也采取该立场。详细介绍参见神山敏雄,见前注〔21〕,第60页;山中敬一,见前注〔108〕,第358页。山口厚教授应该也持该立场,即“在不作为帮助场合成为问题的是,作为义务并非直接防止和回避结果发生的义务,而是阻止正犯之实行的义务,当怠于履行该义务使得正犯实行变得容易时,可以认为成立不作为的帮助”。山口厚,见前注〔92〕,第389—390页。从该论述来看,山口教授亦认为,不作为者不阻止正犯之实行,成立帮助犯;言下之意,当属于“直接防止和回避结果发生”时,应成立正犯。

〔118〕 罗克辛,见前注〔17〕,第508页。

〔119〕 岛田聪一郎,见前注〔40〕,第51页。

〔120〕 唯一例外成立正犯的情形是,当作为者是精神病或幼儿的场合,由于无法根据刑法规范期待其不破坏法益,因此,规范上看承担法益侵害的主要作用的只能是保证人。参见神山敏雄,见前注〔21〕,第182页。与神山教授采相同表述者还有学者松宫孝明,松宫教授亦认为,“在对结果应当负担第一罪责的正犯存在的场合,不防止犯罪实行终了后的结果时,(保证人)宜认定成立帮助犯”。松宫孝明,见前注〔75〕,第191页。

〔121〕 内海朋子,见前注〔22〕,第12—13页。

〔122〕 参见岛田聪一郎,见前注〔40〕,第52页。

〔123〕 参见佐伯仁志,见前注〔69〕,第433页。

是客观存在的。但是,这种情况是完全可以避免的。如后述,当“不阻止”行为和“不防止犯罪结果实现”行为可以明确分开的场合(如佐伯教授所举事例),作为义务者同时存在这两个行为,属于不作为帮助犯和不作为单独正犯的竞合,应按照吸收犯的处理原则,对其以不作为正犯论处。但是,当“不阻止”行为和“不防止犯罪结果实现”行为无法明确区分,而是发生重合时(当第三者将自家孩子推下悬崖时),由于只存在犯罪参与的情形,因此只能成立不作为的帮助犯。这种区别处理看似“不均衡”,但这并非源于不作为参与本身属性的差异,而是由存在一行为还是数行为决定的。

在第三者实行终了、结果发生之前的阶段,保证人的不作为成立正犯,这一结论在作为者已经离开现场的场合,比较容易理解和接受。可能存在疑虑的是作为者仍停留在现场的情形,如丙将甲的孩子乙推入河中后,并未逃跑,而是呆在现场残忍地看着痛苦的乙挣扎着慢慢死去,此时在背地里目睹这一情况的甲,是成立乙故意杀人罪的片面帮助犯,还是成立单独正犯,争议颇大。有观点认为,这种场合甲“一次也没有单独地将事情控制在自己手中,无法承认具备排他支配性,因此应否定单独正犯的成立”。^[124]

但是,根据本文立场,即使可以肯定留在现场的丙对乙死亡结果的实现具有支配地位,但也不影响肯定甲也同时具备该支配地位,亦即甲成立不作为的单独正犯,并不以自己的支配地位具有排他性为限。换言之,第三者实行终了后,其不论是离开还是留在现场,作为义务者均成立正犯。下面,本文将以作为义务者的介入时点为标准,将不防止犯罪结果分为“作为者实行终了后介入”和“作为者实行终了前介入”两种情形,分别予以论证。

(1)作为者实行终了后介入

所谓“作为者实行终了后介入”,主要指的是作为者的加害行为已经实行终了以后,结果未发生之前,作为义务者介入的情形。不防止犯罪结果发生的案件大多发生于这一阶段。此时,作为者已经实行终了,客观上已不存在犯罪参与的可能,因此不作为者不可能成立共犯。作为义务者此时只是单纯不防止犯罪结果的发生,应成立不作为(单独)正犯。对该结论,争议并不大。存在争议的是,保证人成立正犯的实质根据是什么。对此,有以下几种代表性观点:

“转移说”认为,“只有当行为人不再控制行为过程时,行为控制才会转移到不作为者那里”,^[125]即保证人因获得“行为控制”而成立正犯。显然,该主张是意图恪守行为支配理论,但作如此缓和理解很难行得通。首先,为何在作为者实行终了后,原先被作为者掌握的“行为控制”会转移到不作为者一方,理由并不明确。其次,也无法解释保证人留在现场的情形。当作为者实行终了并逃离现场时,保证人事实上(与作为者在场时对比而言)支配着结果的实现进程,此时或许可以勉强称之为保证人处于行为支配地位;但是当作为者留在现场时,犯罪结果的避免完全可能由于他的中止行为而实现,而不是依赖于保证人的作为,此时,称作为者的“行为控制”转移到了保证人,显然不符合事实。

[124] 島田聡一郎,见前注[40],第51页。

[125] (德)汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第845页。

此外,“依赖说”认为,“如果刑法上结果的发生只依赖于保证人的行为,保证人就直接控制了因果进程……例如当作为者实行终了后离开现场的,结果侵害的因果进程正在进行,只有保证人可以支配该进程,因此保证人成立正犯”。^[126]但是,本文认为,如果说结果发生与否只依赖于保证人时就成立正犯,同时依赖于保证人和作为者时则成立帮助犯,这无疑还是“排他性”思想在作祟。正如前面讨论过的,作为者实行终了后,不论是离开现场而失去对结果实现的支配,还是留在现场仍保留对结果实现的支配,到达现场的不作为人对结果发生与否已具有支配力,据此就可以判断成立正犯,而与不作为人是否独自拥有支配权无关。

最后,“潜在行为支配”理论也很有影响力,值得注意。该说认为,可将不作为参与犯罪进行分类,分为“知晓作为者犯行计划阶段”“作为者已开始实施犯行阶段”“作为者实行已终了并退出现场且结果可防止阶段”以及“作为者准备着手阶段”。其中在“知晓作为者犯行计划阶段”和“作为者实行已终了并退出现场且结果可防止阶段”,不作为人拥有潜在性支配,因此原则上成立正犯;但在“作为者已开始实施犯行阶段”和“作为者准备着手阶段”,因作为者实际掌握着行为支配,排除了不作为“潜在支配”的可能性,故只能成立帮助犯。^[127]本文认为,这种观点同样存在难以解决的问题,即如果将“潜在的行为支配”限定在上述两种场合,将导致这里的“潜在行为支配”不再是行为支配,而是对“结果防止可能性”的支配,在自己的支配范围内能防止结果的,就认为存在潜在行为支配,在他人支配范围内需要通过介入他人行为的,则不认为存在潜在行为支配。显然,对“潜在行为支配”做如此限定,并无合理根据。

“转移说”和“依赖说”都将保证人实际控制了结果实现的进程,作为保证人成立正犯根据,只是这种控制性的来源不同:前者转移自作为者,后者产生于被害结果防止的现实依赖。但是这种意图从事实或因果关系角度寻找根据的做法,终归是徒劳。因为,作为者已实行终了而失去行为控制,保证人什么都不做更谈不上对结果实现控制。在本文看来,此时不得不借助规范的考虑,即从某种限定的法义务来源来确定保证人的正犯性根据。具体而言,当基于身份或者社会性地位而处于恒常性保护、监护的场合,保证人的不防止结果发生行为一律成立正犯。不过,“承认这种社会关系上的、制度上的义务,某种程度上,会使得不真正不作为犯的成立范围归于不明确,这一点的确不可否认”,^[128]但如果承认这种义务来源本身不是为了扩大义务的成立范围而是限缩的话,则这种标准的“不明确性”某种程度上也是被允许的。

(2) 作为者实行终了前介入

所谓“作为者实行终了前介入”,主要指的是保证人在第三者实行作为犯罪时已经可以履行阻止义务但却未履行,直到第三者实行终了后结果尚未发生时仍未防止结果发生的情形。这种场合,根据作为者身份的不同,也可以分为对无关第三人作为犯罪的犯罪结果的不阻止和对作为危险源的自然人作为犯罪的犯罪结果的不阻止两种情形。但不管在何种情形下,保证

^[126] 此为大多学者的观点。详细介绍请参见神山敏雄,见前注[21],第54页。

^[127] 参见(德)Woerner, Täterschaft und Teilnahme, 1958, S.57 ff.转引自(日)神山敏雄,见前注[21],第57—59页。

^[128] 松原芳博,见前注[23],第75页。

人均成立正犯。只是与犯罪实行终了后介入的情形不同的是,保证人同时存在不阻止他人实行行为和不防止犯罪结果发生行为两个行为,分别对应成立不作为的片面帮助犯和不作为的单独正犯,此时应根据吸收犯的处理原则,对保证人以不作为正犯论处。如在[案例4]中,当患有精神疾病的丈夫杀害自己父母时,妻子有阻止丈夫杀人的义务,其不阻止行为成立不作为的故意杀人罪的帮助犯;而当丈夫已经将父母砍到在地准备离开时,妻子明知二被害人尚未死亡,有采取拨打120或呼救等方式防止二被害人死亡的义务,其不防止行为亦可能成立不作为故意杀人罪的单独正犯。此时,妻子存在数个行为:不阻止行为和不防止行为,前者是后者实施的必经阶段,可以评价为广义的不防止法益被侵害的手段行为,两者存在吸收关系,可以按照吸收犯的处理原则,对妻子以不作为故意杀人罪的单独正犯予以处理。

(二)司法适用

如上,根据本文前述立场,本文“问题意识”部分提及的案例,其中[案例1][案例2][案例3][案例5]中的作为义务人,因只存在单纯的犯罪不阻止行为,而不存在犯罪结果的不防止行为,因此均成立不作为的帮助犯,而[案例4]中的作为义务人则由于先后存在上述两个行为,属于“犯罪实行终了前介入的”不防止犯罪结果发生的行为,应成立不作为的(单独)正犯。此外,前述实践中常发的,诸如具有扶养义务的人对他人故意杀害脆弱法益主体的行为不予阻止,也并不成立遗弃罪(单独正犯),而是原则上成立不作为故意杀人罪的帮助犯。而且,在作为义务者是警察的情况下,也并不成立玩忽职守罪(单独正犯),而是同样原则上成立不作为故意杀人罪的帮助犯。

同时需要注意的是,上述结论是以刑法没有特殊规定为前提的。当刑法中就某种行为存在“帮助行为正犯化”的特殊规定时,这一标准是否仍然适用呢?在本文看来,不管刑法有无此特殊规定,该标准都同样适用,只不过与没有特殊规定的情形相比,在有特殊规定的场合,除了该标准的适用之外,还需继续判断犯罪竞合的问题。因此,当存在“帮助行为正犯化”的特殊规定时,结论自然不是绝对的,而是需要具体情况具体分析,可能有时成立(单独)正犯,有时则以不作为帮助犯论处更为妥当。前者以放行偷越国(边)境人员罪为例,当边防、海关等国家机关工作人员,明知是偷越国(边)境的人员,仍予以放行的,成立该罪;同时,该行为也成立偷越国(边)境罪的不作为共犯。此时,二者发生竞合,应以处罚更重的放行偷越国(边)境人员罪定罪处罚。^[129]后者以监管失职导致环境污染“后果特别严重”情形为例。^[130]根据相关司法解释的规定,^[131]环境监管失职罪和污染环境罪在作为成立要件的“严重后果”方面完全相同,但是前者却并没有针对类似于后者的“后果特别严重的”情形作出规定。这就意味着,当发生“严重后果”时,对污染环境者和监管者在相似的法定刑幅度内量刑(前者为“三年以下有期徒刑或者

^[129] 前者法定刑为“三年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑”;后者法定刑为“情节严重的,处一年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金”。

^[130] 类似的罪名还包括徇私舞弊不征、少征税款罪、徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪、放纵走私罪、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪、不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪等。

^[131] 2016年12月23日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第1、2、3条的规定。

拘役”,后者为“三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金”);而在“后果特别严重”时,对污染者在“三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金”幅度内量刑,对监管者却仍然只能在“三年以下有期徒刑或者拘役”幅度内量刑。显然,这并不具有形式合理性。在本文看来,立足于体系解释,根据竞合理论,对监管者以污染环境罪的不作为共犯论处,在与环境污染者适用相同的法定刑幅度内量刑,才能消除这种不合理性,才是保证处罚均衡的最佳途径。

五、结 语

诚然,正如许内曼教授所言,“基于严谨的学术观点而言,在不作为的正犯性判断问题上没有通说才是正确的”。^[132]但是,在该问题上没有立场则是不应该的,并且固守现有刑法分则体系寻找不阻止他人犯罪行为的犯罪性根据,更是不可取的,有必要兼顾共犯体系、运用共犯理论,在贯彻罪刑法定原则的前提下,找寻对此类行为均衡处理的最佳途径。本文只是对不阻止他人故意犯罪行为的认定进行了粗浅地探讨,希望能引起学界同仁对该问题的注意和重视。

Abstract: The major problem in appraising the criminal liability for failure to prevent intentional offense of others is the distinction of perpetration and participation. On this issue, the mode of *Pflichtdelikt* has fatal weakness in the self-consistency as well as in the reasonableness of the conclusion, thus it should not be adopted in China. In the meanwhile, the mode of causation, especially the theory of control of the crime in a broader sense has advantages in consistency and objectivity of the criterion of the distinction of perpetration and participation. Accordingly, the person who conducts an action controls the causal course in principle, while the person who conducts an omission is normally deemed as a unilateral aider and exceptionally as a unilateral co-perpetrator. However, the person who does not prevent the result after the active perpetration of others should also be deemed as a perpetrator. Moreover, even if a legal fiction of perpetration exists, a case-by-case approach should still be adopted, because the person who bears a duty to act could be a unilateral perpetrator.

Key Words: Omission; Participation; Failure to Prevent Intentional Offense of Others; *Pflichtdelikt*; Control of the Crime In a Broader Sense

(责任编辑:江 溯)

[132] 参见许内曼,见前注[88],第389页。