

保证人地位事实论的重构与应用

周啸天*

摘要 对于保证人地位的界定标准,我国存在规范论与事实论的对立。规范论存在缺陷而不应被采纳,事实论的理论进路尚存困境,亟待重构。立足于不真正不作为犯在归因上的开放式与归责上的主体限缩式结构,以我国刑法分则条文中的选择身份为参照点,能够析出“基于选择而事前现实地支配法益”这一保证人地位界定标准。在理论上,该标准能够明确界分作为犯、不真正不作为犯、真正不作为犯三者,且能够解决围绕先行行为所产生的理论争议;在实践上,该标准有助于我国在审判中做到罪刑相适应,且能够合理区分不作为的参与形态。

关键词 规范论 事实论 归因 归责 现实支配

引言:对三种理论路径的分析

不真正不作为犯是具有作为义务者以消极不作为的方式实现构成要件的犯罪类型,保证人地位是其重要的构成要件。界定保证人地位的两个理论基点是规范与事实,前者认为保证人地位来自于人与人之间的关系,后者认为保证人地位来自于对法益的现实支配。我国学界最初的主流理论是融合两者的二元论。作为该问题的长期研究者,黎宏曾经认为,界定保证人地位必须考察事实性和规范性两方面因素。^[1] 张明楷也从法规范与支配结果发生的原因两方面界定作

* 山东大学法学院教授。感谢黎宏老师对本文写作过程的精心指导。本文系2015年国家社科基金项目“不真正不作为犯之重构研究”(项目编号:15BFX084)的最终研究成果之一和山东大学青年学者未来计划(项目编号:YSPSDU)的阶段性研究成果。

[1] 参见黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第166-167页;黎宏:“‘见死不救’行为定性分析——兼论不真正不作为犯的义务的判断”,《国家检察官学院学报》2011年第4期,第70-72页。

为义务。^{〔2〕}从陈兴良一边同意冯军早期所持的事实承担说的观点,^{〔3〕}另一边又以形式的作为义务限定保证人地位的做法可知,^{〔4〕}他也属于二元论者。^{〔5〕}二元论的根本问题是判断标准的分裂从而有违教义学的内在统一性。例如,在某母亲将孩子刚一生在自己家里就立即出走导致婴儿死亡的场合,采取规范论,则母亲违背了基于扶弱体制而来的团结义务,其成立不作为的故意杀人罪,采取事实论,除非我们将怀孕理解为对脆弱之人的支配或者先行行为,否则我们就难以肯定母亲成立不作为的故意杀人罪(未遂),她充其量成立遗弃罪。^{〔6〕}

在此基础上,我国学界出现了分道扬镳,各采一边的现象。一元规范论的代表性论者,是车浩与何庆仁。前者将 Armin Kaufmann 的机能二分说往前推进一步,有创见地假设了一个只有父母与孩子存在的思想实验场域,并据此推导出父母对孩子的保护是延续社会存续的基础,是作为义务得以生成的原型。^{〔7〕}后者借鉴了 Jakobs 的义务犯理论,^{〔8〕}以支配犯与义务犯为统摄作为犯与不作为犯的上位原理,支配犯以支配因果流程为正犯准则,义务犯以违背“与他人共建一个共同世界”为正犯准则,据此,某些不真正不作为犯中的作为义务便是积极义务。^{〔9〕}前者的问题是,客观情况决定行为选择,在只有父母与孩子的自然状态下,父母不一定会保护孩子甚至相反,这从一些父母出卖亲生子女的案件中已经充分地体现出来。后者的根本问题是,提倡积极义务会带来重刑化结局。根据其逻辑,在母亲抱着杀意而将孩子丢弃到医院大门口的场合,母亲便因对积极义务的违背而成立故意杀人罪未遂而并非遗弃罪,这不仅重罚了母亲,也将评价的重心置于人的主观恶性之上。

近来,出于明确判断作为义务标准的理论初衷,黎宏彻底转向了事实论。他从设定对法益的排他性支配的角度,从“支配行为”与“危险创出”两方面构建了彻底的一元化事实论。^{〔10〕}姚诗也偏向事实论的方向,以“对引起结果原因的支配”作为保证人地位的判断标准。^{〔11〕}我国事实论的根本问题是,在具有不真正不作为犯总则性立法的德国,从作为犯中的支配原理类推推出作为义务的来源并无问题,但是,在并无总则或者分则性立法的我国,以作为犯类推不作

〔2〕 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第158页。

〔3〕 参见陈兴良:“不作为犯论的生成”,《中外法学》2012年第4期,第680页。

〔4〕 参见陈兴良:《教义刑法学》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第273页。

〔5〕 其他的二元论观点请参见许成磊:《不纯正不作为犯论》,人民出版社2009年版,第526页;郑泽善:“不纯正不作为犯新论”,《求索》2012年第2期,第63—64页;毛玲玲:“不作为犯义务的限制实质论”,《东方法学》2014年第3期,第32—33页。

〔6〕 参见黎宏:“排他性支配设定:不真正不作为犯的困境与出路”,《中外法学》2014年第6期,第1593页。

〔7〕 参见车浩:“保证人地位的实质根据”,载公益信托东吴法学基金会主编:《不作为犯的现况与难题》,元照出版公司2015年版,第256—292页。

〔8〕 参见ギュンタ・ヤコブス:“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57卷3号,第40—46页。

〔9〕 参见何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第78—80、282—284页。

〔10〕 参见黎宏,见前注〔6〕,第1587页。

〔11〕 参见姚诗:“不真正不作为犯的边界”,《法学研究》2018年第4期,第116—117页。

为犯的做法则面临着与罪刑法定原则的硬性冲突。如果我们认为刑法的分则条文直接包含了不真正不作为犯,那么,立法者连处罚较重的不真正不作为犯都没有单独规定,单独规定处罚较轻的真正不作为犯就更无必要,如果我们认为分则条文是以作为犯为原型制定的,那么,从作为犯之中类推出不真正不作为犯的构成要件,就有违罪刑法定原则的法律主义的要求,即罪与罚必须被成文法所创设。^[12]

由以上梳理可知,在保证人地位的界定标准上,规范论与事实论的对立已经拉开序幕,而两者都存在值得商榷的问题。本文的核心问题意识便是,如何在做出理论取舍的基础上,构建出既有实定法基础又具有明确性的保证人地位理论?本文的解决思路是,在反思事实论与规范论的基础上做出方向性选择,并以不真正不作为犯的自身结构为着眼点,以实定法中的选择身份为依据,构建出简洁明快且富有良好应用功能的事实化保证人地位理论。

一、德国的规范论与日本的事实论

在域外,对作为义务的研究,存在着以德国为代表的规范论与以日本为代表的事实论之间的差异。

(一)德国的研究路径:由事实到规范

在19世纪,德国学者们侧重于以因果关系界定作为义务,在此视角下的各种学说都昙花一现,难言成功,真正具有划时代意义的,是将作为义务放到构成要件之中加以研究的Nagler的保证人说。Nagler在“刑法典的规定中寻求不作为与作为同等看待的线索”,^[13]他认为,不真正不作为犯与作为犯的等置有着规范根据,因为《德国刑法典》分则第221条第1款^[14](该条系结果犯)将一般主体的作为与保护责任者的不作为并列规定在一起。这样一来,因为不真正不作为犯违反的仍然是以作为犯为原则而制定的禁止规范,所以其属于“被伪装的作为犯”(getarnte Aktivität)。^[15]其后,目的行为论者Armin Kaufmann注重不作为与作为之间于存在结构上的差异,并认为不作为违反的是命令规范,作为违背的是禁止规范,两个规范所针对的对象完全不同。^[16]在此基础上,其形成了自己的“新保证人说”并对立法形成影响。在该

[12] 提出处罚不真正不作为犯会违反罪刑法定原则这一根本困境的日本学者不在少数,参见松宫孝明:“保障人说について”,《刑法雑誌》1996年36卷1号,第171页;平山幹子:《不作為犯と正犯原理》,成文堂2005年版,第14页;金澤文雄:“不真正不作為犯の問題性”,载团藤重光等编:《犯罪と刑罰・上・佐伯千回博士還曆祝賀》,有斐閣1968年版,第234页。

[13] (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65页。

[14] 《德国刑法典》第221条规定的是遗弃罪,其第1款规定:“行为人对于他人有下列行为之一,且而使他人遭受死亡或健康严重损害之危险者,处三月以上五年以下有期徒刑:1. 将他人置于无助之状态,或2. 任由受其照顾之人,或其有义务帮助之人处于无助之状态,而弃置不顾。”

[15] 参见松宫孝明,见前注[12],第169页。

[16] 参见島田聡一郎:“不作為犯による共犯について(一)”,《立教法学》2003年第64号,第34页。

说之下,既然不真正不作为犯有自己独立的构成要件,那么参照规定作为犯的条文来认定不真正不作为犯的做法便违背了禁止类推原则,该问题必须依赖立法来解决。保证人地位最终被规定于1975年现行《德国刑法典》第13条第1款之中。在有立法规定的前提下,因为不真正不作为犯与作为犯符合的是各自的构成要件,所以德国的通说不再纠缠于对不真正不作为犯原因力的弥补,而是肯定“假定的因果关系”。^[17] 保证人地位才是不真正不作为犯的“惟一之客观成立要件”,^[18]等置性只是在刑法分则对行为有特别要求之际,考虑正犯能否成立的因素。^[19] 少了等置性要件的羁绊,德国的义务犯理论行进在规范化的大方向上。

(二) 日本的研究路径:趋向彻底的事实化

日本刑法总则缺乏有关不真正不作为犯的规定,因此,借鉴 Armin Kaufmann 的新保证人说就不具备实定法空间,在日本流行的,是重视不作为与作为之间等置性的 Nagler 的保证人说。与此相应,不真正不作为犯与作为犯之间的等置性就成为界定作为义务的上位理念。^[20] 因为不作为与作为之间存在着不同的事实结构,所以,日本学者对于等价性的寻求,就建立在弥补作为与不作为之间原因力的差异之上。这也就确保了日本的研究路径行进在以事实化为原则的大方向上。在这一方向上又存在三种不同的理论支流,分别是“弥补原因力模式”“事中排他性支配因果关系模式”“事前支配结果的原因模式”。前者将作为与不作为一体化理解,将不真正不作为犯视为“准作为犯”。^[21] 中者侧重从事中对因果流程的支配来界定保证人地位。^[22] 后者侧重从事前支配“引起结果的原因”的角度来界定保证人地位。^[23]

二、规范论批判与我国既有事实论的困境

经分析可知,规范论存在难以克服的问题而不应被采纳,既有的事实论应当被重构。

[17] (德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第366页。

[18] 许玉秀:《主观与客观之间——故意理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第252页,脚注3。

[19] 根据 Roxin 的观点,所有的不作为犯都是义务犯,不作为的参与在原则上就只成立单独正犯,只有在分则对构成要件要素存在例外要求(如夺取罪中的非法占有目的、自手犯的自手性)而参与人不具备的场合,不作为者才成立共犯。另外,在通常的犯罪类型中不作为者所不阻止的作为犯只是共犯的场合,不作为者也只成立共犯。参见(德)罗克辛:《德国刑法学总论:犯罪行为的特别表现形式》(第2卷),王世洲主译,王锴、劳东燕、王莹、李婧、徐晓辉译,法律出版社2013年版,第506页。

[20] 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第102页。

[21] 松宫孝明:“不真正不作为犯について”,载阿部耕一等主编:《西原春夫先生古稀祝贺论文集》(第一卷),成文堂1998年版,第175页。

[22] 参见(日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第94页。

[23] 参见岛田聪一郎:“不作為犯”,《法学教室》2002年第263号,第117页;(日)山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第89-93页。

(一) 规范论批判

信赖不足以成为界定保证人地位的因素,因为是规则保障了信赖而不是信赖保障了规则,信赖说存在倒果为因的缺陷。根据时间顺序,我国规范论的代表性思想分别是“特别义务说”与“新功能说”。

义务犯理论与我国刑法总则立法存在直接矛盾之处,因此,不宜对其加以普遍性引进。我国《刑法》第 29 条规定:“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。”这一规定当然适用于身份犯的共犯,即普通主体完全有可能被评价为主犯,其刑罚高于身份者,但是根据义务犯理论,只能得出普通主体的刑罚低于身份者的结论。例如,Roxin 认为,普通人教唆或者帮助法官枉法裁判(《德国刑法典》第 339 条)的,虽然普通人能够参与法官的枉法裁判行为,但是,因为只有法官才负有特别义务从而实现枉法裁判罪所规定的高程度的“特别的不法”,所以,不是法官的人根据第 28 条的规定而相比法官减轻处罚。^[24]莫说法官身份是不法身份,即便我们将法官身份理解为加重的责任身份,因为没有超出不法限度的责任,所以,我们也绝无可能在义务犯的视角下得出普通人的刑罚高于具有特别义务的身份者的结论。就刑法分则而言,引入义务犯理论会架空第 397 条的适用空间。在义务犯理论中,警察不阻止他人杀人、强奸的,消防员不阻止他人放火的,也因违反了“与他人共建一个共同世界”的积极义务而应当分别成立不作为的故意杀人罪、强奸罪、放火罪,^[25]这无异于直接架空了《刑法》第 397 条的适用空间。在义务犯理论的发源地德国,就不存在这一问题,因为德国刑法并不存在一个违反职务的一般犯罪。^[26]

对于 Armin Kaufmann 的机能二分说,其问题在于形式大于内容,因为该说“只对保证人提出分类,其实并没有说明保证人地位的形成根据……只是提出一个形式上看起来很便捷的分类方法而已”。^[27]在敏锐地意识到这一问题的基础上,车浩提出了“新功能说”。其思路为:如果限缩所有的社会功能,那么,在维持一个社会不至于解体的最低限度内,就只剩下父、母、孩子这一核心家庭结构,因此,父母的保证人地位是基于维系社会最基本的延续功能之需要而来,这一功能就是衍生出保护法益功能兼及危险源监督功能的母体。^[28]该观点值得商榷。人受两种生产的制约:一方面是生产资料的生产,另一方面是人类自身的生产。^[29]既然生育、抚养孩子本身就是人类自身的再生产,而一切生产又离不开一定的社会经济结构以及对生产资料的占有,那么,车浩所言的核心家庭结构就是“以经济条件为基础,即以私有制对原始

[24] 参见罗克辛,见前注[19],第 191 页。

[25] 参见何庆仁,见前注[9],第 130 页。

[26] 对义务犯理论的详细批判与反思,参见周啸天:“义务犯理论的反思与批判”,《法学家》2016 年第 1 期,第 152—160 页。

[27] 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 724 页。

[28] 参见车浩,见前注[7],第 259—287 页。

[29] 参见(德)恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,中共中央马克思、恩格斯、列宁、斯大林著作编译局译,人民出版社 1972 年版,第 3 页。

的自然长成的公有制的胜利为基础的“第一个家庭形式”。^{〔30〕}与此相应,其功能也并非生养孩子,而是在维护生产资料私有制基础上的再生产。换句话说,在自然状态下,核心家庭结构并不存在,今人所想象的核心家庭结构也只是被生产资料私有制所决定的社会演化结果而非延续社会存在的原因。此外,规范论还存在一个总问题,即将父母身份视为作为义务的来源,隐藏着将人与人之间的情感、道德、伦理关系混入作为义务之中的危险。

(二)我国事实论的困境所在

黎宏在新近文章中提倡一元的事实论。他认为,不作为并无因果力,因此应当将不真正不作为犯还原为作为犯来看待,而行为人主动设定了对法益的排他性支配,是作为义务的实质来源。排他支配设定包含两个面向:一是行为人通过中途介入而掌控因果关系的发展,即“支配行为说”;二是行为人亲自设定面向结果的危险,并对该危险的流向进行支配,即“新先行行为说”。^{〔31〕}然而,该理论尚存需要进一步克服的问题。根据该理论,在父母带小孩游泳其后见孩子溺水而故意不救助的场合,因为带孩子去游泳不能算是支配法益、维持法益的“支配行为”,所以,要以故意杀人罪处罚父母,就只能将其视为“先行行为”。如此一来,根据行为与责任同时存在原则,为了避免“事后故意”的出现,我们只能说父母在带孩子游泳之际就有故意,这显然模糊与扩大了故意的范围。另外,对“排他性”即排除他人救助可能性的要求也不具备理论必然性。即便是作为犯的因果关系,也不需要排他性地支配着整个因果流程。例如,在大白天的街道上枪击被害人后逃跑,成立作为犯,无需留在现场排除或者降低他人救助的可能性。^{〔32〕}既然在其理论中,不真正不作为犯是真正的作为犯,那么,在作为犯的成立都不需要“排他性”的前提下,在不真正不作为犯之中额外地要求“排他性”就不具有理论上的必然性。

接下来需要反思姚诗的观点。在大方向上,姚诗的观点与 Schünemann 一致,在借鉴 Schünemann 观点的基础上,她以“对引起结果原因的支配”作为保证人地位的基本原理,以先行行为作为保证人地位的补充原理,并由此构建出二元的保证人理论。^{〔33〕}姚诗的理论方向值得肯定,但是问题在于, Schünemann 的观点本身就有模棱两可之处。例如, Schünemann 认为“孕妇对无助的胎儿与新生儿拥有本质的先天的支配力”,^{〔34〕}但是,在我国,胎儿不能视为法律意义上的人,在母亲并未开始照顾婴儿之前,这种支配现实地掌控于医务人员之手,如此一来,母亲的“先天的支配力”实质上只是一种支配可能性,倘若硬要肯定此时母亲的保证人地位,恐怕只能借助于规范意义上的母亲身份加以论证,而这又有违事实论的理论初衷。这种尚

〔30〕 同上注,第62页。

〔31〕 参见黎宏,见前注〔6〕,第1587—1588页。

〔32〕 参见高山佳奈子:“不真正不作为犯”,载山口厚编著:《クローズアップ・刑法総論》,成文堂2003年版,第56页。

〔33〕 参见姚诗:《先前行为问题研究》,清华大学2010年博士学位论文,第81—85页。

〔34〕 (德)班德·许乃曼:“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·第一卷·刑法体系与犯罪构造》,北京大学出版社2016年版,第229页。

欠明确之处也出现在姚诗的理论中。例如,姚诗一方面认为:“夫妻在各自的生活中互为保护屏障,形成事先的常态支配”,^[35]另一方面又在夫妻一方经过冷静思考而自杀的场合,否定对自杀者的支配。^[36]这就产生了一个疑问:既然夫妻之间籍以紧密的生活共同体关系而具备了事先的常态化支配,而亲密者之间又是敏感的,深思熟虑的自杀者显然能够给另一方带来更多的注意线索与防果时间,为何深思熟虑反而打破了紧密关系?实际上,姚诗之所以如此认为,其背后的隐忧只能是,以紧密生活状态作为保证人地位的来源会导致处罚的加重。

(三)来自事实论困境的启示

经过反思可知,事实论的困境分别带给我们三点可兹努力的方向:

一是教义学的理论构建本身就建立在实定法的框架之内,这要求我们在实定法中寻求能够解释不真正不作为犯构成要件的依托,否则,理论将难逃直接与罪刑法定原则相抵触的诘难;二是我们应当将目光拉回到不真正不作为犯的存在结构上寻求问题的突破点。就这一努力而言,以往的事实论可以说是走对了方向找错了点,这表现在这些论者都不约而同地于因果关系层面寻求保证人地位的界定标准,从而不是引起了“思维回旋镖”现象,就是模糊了故意的认定。后者有述,前者如西田的排他性支配因果流程说就一边认为在构成要件层面,不作为与作为都与结果之间具备因果关系,但是另一边在界定保证人地位时,又将两者之间的因果关系作为问题,在两者间因果关系的不同处寻求补齐差异的可能性,这是一种典型的“思维回旋镖现象”,^[37]是作为义务与因果关系之间的循环论证;^[38]三是我们应当进一步摆脱事实论的模糊性,使界定保证人地位的理论标准更为清晰。不难发现,紧密关系成为姚诗所倡导的事实论的模棱之处。倘若沿着事实化的道路再迈进一步,不难发现,紧密生活共同体不足以成为故意杀人罪的归责基础,其只能是遗弃罪的归责基础,这便是本文所欲展开的理论构建方向。

三、保证人地位事实论的再构建

本文认为,“基于选择而事前现实地支配法益”是保证人地位的界定标准,基于危险源支配而引起损害的情形要么属于作为犯,要么属于过失犯,与不真正不作为犯无关。

(一)不真正不作为犯归因上的开放性

一个误解是,在不真正不作为犯之中,因为“有作为则无结果”公式“检讨的是一个客观上

[35] 姚诗,见前注[11],第116页。

[36] 姚诗,见前注[11],第117页。

[37] 鎮木征樹:“刑事製造責任における不作為犯論の意義と展開”,《本郷法政紀要》1999年第8号,第349页。

[38] 参见车浩,见前注[7],第236页。

并不存在的结果——构成要件实现被避免,以及一个客观上不曾出现过的行为”,^[39]所以不真正不作为犯的因果关系是假定的,而在作为犯之中,因为存在一个提供原因力的人,也存在一个结果,所以作为犯的因果关系是“实存”的。但是,“刑法上因果关系概念的目的在于确立行为人的行为对于结果发生的避免(控制)可能性,并且从此建立刑罚的正当性基础”。^[40]也就是说,当我们以“没A没B”的条件关系判断作为犯的因果关系时,实际上是看对于特定结果的发生而言,有没有结果回避可能性,如果在“没A仍有B”的场合我们仍要将结果归属于行为人,此时处罚的就是一种不论结果能否回避,死了人就要罚的状态,这种状态只能是一种倒霉的宿命,因而体现出绝对的报应主义刑罚观,^[41]它既无助于刑罚一般预防功能的实现,也为现代的并合主义刑罚理念所不容。不难发现,这里的结果回避可能性,归根结底仍是一种“假定”判断,即作为犯与不真正不作为犯都必须判断假定行为人做了其他的行为选择之后,现实发生的结果能否被回避,就判断对象而言,都假定了一个并不存在的事实,就判断标准而言,都是结果回避可能性的有无。^[42]

要指出的是,刑法中的因果关系根本不可能被纯粹物理地理解。因果关系具有两个功能:一是将不具有结果回避可能性的行为去除到因果关联之外,以此确保刑罚一般预防功能的实现;二是在具备结果回避可能性的前提下,将某结果作为某行为的作品,以此确保刑法责任分配功能的实现。由此观之,要说不真正不作为犯的因果关系与作为犯的因果关系有什么不同,就只有一点——在条件关系层面,前者的因果关系呈现开放式结构,而后者的因果关系呈现封闭式结构。例如,A持刀捅B致其死亡,我们马上可以判断出一个可归责的主体,因而呈现归因与归责判断的一次性,但是,在B落水而岸边的A、C、D都袖手旁观的场合,我们无法马上锁定一个可归责的主体,因为A、C、D都分别符合“救助即不会死”的条件关系公式。要筛选出一个可归责的主体,最终还要看谁具有应当保证结果不发生的地位。这便是真正不作为犯归因与归责的二次判断性。

(二)不真正不作为犯归责上的主体限缩性

显然,并非具有结果回避可能性之人都要被归责,在不真正不作为犯中,我们必须以保证人地位限缩主体的处罚范围,否则就有碍于刑法自由保障机能的实现。这一主体限缩,实现于归责层面。

1.主体限缩的法理选择

有两种法理可以限缩主体:自由主义与功利主义,我们应当选择前者。自由主义的核心表述是:“在作为犯的场合,除了不实施引起结果的行为之外,一切行为皆可实施,而在不作为犯

[39] 徐育安:“不作为犯之因果关系”,载公益信托东吴法学基金会主编:《不作为犯的现况与难题》,元照出版公司2015年版,第172页。

[40] 黄荣坚:《基础刑法学·下》(第4版),元照出版公司2012年版,第696页。

[41] 参见山口厚:《问题探究·刑法总论》,有斐阁1998年版,第10页。

[42] 参见黄荣坚,见前注[40],第696—697页。

的场合,除了实施避免结果的行为之外,一切行为皆不允许”,〔43〕因为不真正不作为犯对人的自由的压缩大于作为犯,所以其“只能例外地被承认”。〔44〕功利主义的核心表述又分两种:效率论与利益衡量论。效率论认为:“根据行为人的能力,和行为人与需要被救助的法益的距离,以及其与被救助法益主体之间掌握信息的差距大小等因素来看,能够最有效率地回避结果发生的人,就有可能成为保证人。”〔45〕利益衡量论认为,不法是“基于事情本身对于当事人的利害平衡关系的客观考量……就生命的价值和拨打 119 电话所耗费的力量和实践做对比,不作为的本身应该可以被理解为违背衡平关系的利益侵害行为”。〔46〕在自由主义视野下,只有具备保证人地位者才能归责,主体限缩与不法相关联,在功利主义视野下,只要是符合效率要求,或者在救人投入小于所得回报的前提下而不救人的,就存在于不法阶层被归责的可能性。〔47〕

我们应当选择自由主义法理基础。如果在该处采取功利主义,不仅存在侵犯人的尊严之虞,还会造成以刑罚来确保人们成为“好撒玛利亚人”的强制性结局。例如,在父亲带孩子游泳,孩子溺水,父亲虽然会游泳但是远不如身边一位游泳健将游得好的场合,无论从效率还是利益衡量的角度看,游泳健将都是那个回避结果的最佳人选。如果游泳健将不下水救人,我们可以拿来绳子,一头捆住他,另一头扔到孩子手中然后将他推到水里,因为我们是为了保护一个更高的利益。在这里,游泳健将被当成了救人的手段,这违背了人应当作为目的而不是手段的道德律令,〔48〕侵犯了人的尊严,也会使得能力过人者人人自危。

2. 主体限缩的具体标准:基于选择而事前现实地支配法益

首先要回答的是,主体限缩如何可能?在我国刑法分则中,存在一个起到提高可罚性(被不法所决定)、限缩处罚范围的功能性要素——选择身份。例如,第 251 条规定了非法剥夺公民宗教信仰自由罪与侵犯少数民族风俗习惯罪,虽然普通主体与国家机关工作人员都可能实施其实行行为,造成犯罪后果,但是法律只处罚特殊主体。不难发现,这“与在不防止结果发生的众多行为中,只处罚具有作为义务的人的不作为的情况具有一致性。”〔49〕黎宏曾经敏锐地指出,其深层次原因在于“有身份者同无身份者相比,有身份者同某种被侵害的法益之间,具有更加亲密的关系。”〔50〕黎宏找到了界定保证人地位的一种指导性原理——人与法益之间的关系本身就是一种可被归责的,提升不法程度的要件。这为本文析出具体的判断标准做出了良好的前期理论铺垫。本文认为,析出判断标准的目光可以锁定在贪污罪中的国家工作人员身份之上。国家工作人员监守自盗的,成立贪污罪,而非国家工作人员单独实施盗窃行为只能成

〔43〕 島田聡一郎,见前注〔23〕,第 116 页。

〔44〕 张明楷,见前注〔2〕,第 150 页。

〔45〕 鎮木征樹,见前注〔37〕,第 355 页。单纯以效率为理由而界定保证人地位当然会导致对人自由的侵犯,因此,在效率之后,镇木还加了一个限定要件——对回避结果的地位进行事前选择。

〔46〕 黄荣坚,见前注〔40〕,第 701 页。

〔47〕 黄荣坚,见前注〔40〕,第 714 页。

〔48〕 参见(德)康德:《实践理性批判》,邓晓芒译,人民出版社 2016 年版,第 37 页。

〔49〕 黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 147 页。

〔50〕 同上注。

立盗窃罪,其道理在于,前者利用了支配公共财物的职务便利。这一支配具有两个面向:一是对财物的支配(财产);二是在人与物之间形成一种紧密的支配关系(廉洁性),而这种关系本身就是提升不法程度之要素。实际上,《刑法》分则第251条中的身份和贪污罪中的身份都是提升行为不法程度的要素,只不过不同的是,普通主体实施贪污罪中的相当行为还另行迈过了可罚性门槛,而普通主体实施《刑法》分则第251条的相当行为并未另行迈过可罚性门槛而已。

其次要回答的是,人与法益之间的紧密关系如何形成?就如何界定贪污罪中的国家工作人员身份的核心而言,公务论是我国的通说,即着眼于某人所从事工作的管理性与职务性,对事不对人。^[51]结合晚近的司法解释更不难发现,我国理论与实践的理解是一致的,即对受损法益(国有资产)的现实支配是国家工作人员身份的核心。我国于2010年出台了《最高人民法院、最高人民检察院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》,其中第6条第2款规定:“经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定,代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员,应当认定为国家工作人员。”这一司法解释实质性地扩大了“国家工作人员”的范围,加大了对国有资产的保障力度,因为,根据该解释第6条第2款的规定,“经过国家机关、国有公司、企业、事业单位委派不再是认定国有控股、参股公司中国家工作人员的必要条件。”^[52]另外,该款也包含这一层意思,即对于国家出资企业委派到国家出资企业从事领导、管理等工作的“二次委派”人员,也完全可以认定为国家工作人员。^[53]一方面,该司法解释显然完全抛弃了以形式化的思维即根据有无文件任免等委派程序而获得的身份来界定国家工作人员的倾向;另一方面,该司法解释将国家工作人员的认定范围延伸至含有国有资本的国有控股、参股的次一级子公司之中。两者共同指明一点:在最大化保护国有资产的价值导向下,司法解释秉承了在犯罪行为之前,以行为人有无对国有资产的现实支配为核心的标准来界定身份的实质化思维。

根据上述原理,保证人与法益之间的紧密关系是如此展开的:国家工作人员将被害法益纳入自己的自由支配领域之内,从而建立起了一种与行为人自由支配个人组织领域内的诸多事物(身体、财产、名誉等等)相当程度的“内部支配关系”。在此,国家工作人员可以完全地贯彻其意志于国有资产之上,而一份自由一份责任,基于这种高度的支配意志贯彻可能性,法规范向国家工作人员发出了强烈的避免法益受损的期待。违背这种期待的法律效果,便是行为人被纳入一个更高度的不法归责范围之内,其可罚性连带地升高。通过主体身份限缩归责范围的理论工作至此完成。

最后,从时间上来看,对法益的现实支配地位来自于事前,并且从取得方式上来看,

[51] 参见黎宏:《刑法学各论》(第2版),法律出版社2016年版,第503—504页。

[52] 吴涛、杨艳荣:“国有控股、参股公司中国家工作人员的认定”,载《人民法院报》2013年6月5日,第006版。

[53] 参见张宁、桑爱红:“国家出资企业人员职务犯罪有关问题的认定——国家出资企业人员职务犯罪研讨会综述”,载《人民法院报》2013年1月23日,第006版。

成为国家工作人员并接受职务安排,是行为人的自愿选择。前者表现在国家工作人员总是在事前就以自己的权力支配着公共财产,后者表现在国家工作人员的身份系通过行为人自愿参与录用、考核、晋升等过程而得来。总结以上,我们从选择身份所蕴含的丰富法理中可以分别析出“事前”“自愿选择”“支配受损法益”这三个要素,这三个要素共同构成了保证人地位的具体限定标准,即“事前自愿选择支配受损法益”。《刑法》分则第 251 条规定的选择身份,可以看作是保证人身份的实定法基础,这就避免了处罚不真正不作为犯有违法律主义的诘难。通过解释与第 251 条具有相同法理的具体条文——第 382 条中的国家工作人员,可以析出保证人地位的明确判断标准,这就避免了处罚不真正不作为犯有违法律明确性原则的追问。

(三)对危险源监管不当而输出风险的行为应成立作为犯或过失犯

对危险源监管不当而致人伤害的,可以分别消解于作为犯与过失犯之中。从法理上而言,对危险源的监管人只是从外部监管着危险源,从内部自由支配受损法益的人是被害人自己,而自己才是自己法益最好的照顾者,这样一来,危险源监督者与受损法益之间的关联就是并不紧密的间接关联,这种间接关联难以成为不作为者对法益受损之结果答责的正当性基础。实际上,我们对自己身体的监管,就是对典型危险源的监管,^[54]既然从自己身体范围内输出风险的行为是作为,从自己监管领域中输出风险的行为也可以是作为。

在具体分类上,我们可以将对危险源的监督分为两种情形:一是在事前现实地支配了危险源,并且于侵害发生过程中不行使支配力而致使危险源伤人的。例如饲养人在牵着狗的过程中,看到狗咬断绳子而咬死别人,自己放任不管的;二是在事前还尚未开始对危险源的现实支配,结果便已经发生的场合。例如,广告维护工刚一上岗,其辖区内的广告牌就轰然倒塌压死路人的。对于后者而言,本文同意高艳东的观点,主张将其分解到过失犯之中。^[55] 本文进一步提出的论证理由是,在行为人并未实地查看危险的场合,行为人即便再希望广告牌倒塌而压死人,也不过是一种单纯的愿望而难以称之为故意,因为成立故意至少需要对表明结果发生可能性的事实有所认识。^[56] 此时的不作为状态也只不过是刑诉过程中,法官用以判断“行为人是否欠缺必要的内心意识的紧张感从而违背注意义务的判断资料而已”,^[57]那么,将此处的行为人论以过失犯罪即可。从新过失论出发,过失犯中的注意义务才是重点,在过失犯之中,“即使存在如何设定基准行为的问题,但也并无导入保证人理论来谋求筛选行为人的必要性”。^[58]

对于上述第一种情形,本文认为其成立作为犯而并非不真正不作为犯。作为是“使法益状

[54] 参见许乃曼,见前注[34],第 228 页。

[55] 参见高艳东:“不纯正不作为犯的中国命运,从快播案说起”,《中外法学》2017 年第 1 期,第 87 页。

[56] 参见松宫孝明,见前注[13],第 137 页。

[57] 堀内捷三:《不作为犯论—作为义务论の再構成》,青林書院新社 1978 年版,第 259 页。

[58] 稻垣悠一:“刑事过失责任与不作为犯论”,张光译,《四川师范大学学报》2015 年第 3 期,第 66 页。

态恶化的身体活动”，^{〔59〕}不作为是“不阻止处于危险中的法益状态进一步恶化”。^{〔60〕} 具体而言，若某行为的存在使得法益恶化的因果流程被开启，该行为是作为，在法益恶化之因果流程已经开启之际，不使法益好转的行为就是不作为。^{〔61〕} 既然如此，在上述第一种情形中，被害法益并未在行为人有所行动之前恶化，毋宁说，正是行为人从自己的组织领域内输出风险到被害人的自由领域内，引起了法益侵害结果的发生，因此，行为人的行为应当是作为而并非不作为。

实际上，上述案例中的行为人并非什么都未为，其行为经过了一个“从牵着狗到不阻止狗咬绳子”的“从作为到不作为的转化”过程，正是这一转化设定了被害人法益由平稳转向恶化的因果进程，其应当是作为。“现实世界并非静止不动，而是每一刻都在变动的统一体，统一体中的各个事物作为相互之间关联而存在，并保持着平衡。”^{〔62〕}从动态平衡的角度来看，在起重机吸附铁片的时候，吸力与引力使得铁片处于一种力学上的平衡状态，而切断电流则是将吸力从作为状态变更为不作为状态，正是这一状态变更打破了力学上的平衡，造成了铁片的跌落，设定了他人的死因，^{〔63〕}由此看来，打破自然界中力与力之间的平衡状态并设定原因的行为，就是作为。

四、“事前现实支配说”的应用

本文将上一部分所构建的以“基于选择而事前现实地支配法益”的保证人地位判断标准，简称为“事前现实支配说”。“事前现实支配说”有两个应用面向：一是在理论上，该说能够合理界分不真正不作为犯、作为犯、真正不作为犯三者，并且解决先行行为能否成为作为义务来源的理论聚讼；二是在实践上，该说有助于我国的相关刑事判决做到罪刑相适应，同时，还能够简洁明快地判断不作为的参与形态。

（一）“事前现实支配说”的理论面向

1. 区分作为犯、不真正不作为犯、真正不作为犯

将作为犯、不真正不作为犯、真正不作为犯三者放置在一起考察可知，不真正不作为犯存在两种定位可能，即重视作为的一面与重视不作为的一面。日本的事实论者重视其作为的一面，^{〔64〕}德国的规范论者多在不作为之下讨论真正不作为与不真正不作为的区分标准，^{〔65〕}这

〔59〕 黎宏：《刑法学总论》（第2版），法律出版社2016年版，第81页。

〔60〕 同上注。

〔61〕 参见高山佳奈子，见前注〔32〕，第45页。

〔62〕 梅崎進哉：《刑法における因果論と侵害原理》，成文堂2001年版，第271页。

〔63〕 同上注，第267—268页。

〔64〕 参见松宫孝明，见前注〔13〕，第64页。

〔65〕 参见罗克辛，见前注〔19〕，第474—480页；（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360—361页；参见（德）汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第726—730页。

是重视了其不作为的一面。本文认为,不真正不作为犯仍然是自由主义刑法观之下的产物,与作为犯一样,其违背的是消极义务,而真正不作为犯大多数是基于团结义务而来的犯罪,与前两者不同,其违背的是积极义务。

首先,在界定三者关系之前,我们应当重申一个大前提,即我国刑法是以处罚违背侵害原理的作为犯为原则的,处罚不作为是例外。一个众所周知的理由是,尽管学界近年来增设见危不救罪的呼声日强,^[66]但是,该罪仍然未被写入刑法,这表明,我国刑法仍然是以侵害原理为原则,而对团结义务或者说积极义务保持一种谨慎的态度。另一个有力的证据则是,我国《刑法》分则第 245 条规定的非法侵入住宅罪的条文表述仅是单纯的“侵入”,与之相比,《德国刑法典》第 123 条所规定的非法侵入住宅与场所罪中的条文表述则既包含了“违法侵入”的作为,也包含了“已受权利人退去之要求,而仍固滞留”的不作为,^[67]《日本刑法典》第 130 条规定的侵入住宅罪中的条文表述也包含了“侵入”与“经要求退出但仍不从上述场所退出”两种行为样态。^[68]德日两国的立法固然在保护住宅权上更为周延,但是也带来一个解释上的困境,那便是行为人一开始基于正当理由(例如维修水电)进入住宅,其后正当事由消失,住宅权人要求其退出而不退出的行为,应被评价为侵入型不真正不作为犯还是不退去型的真正不作为犯?如果认为先行行为会带来作为义务,则在正当事由消失之后,不论住宅权人要求其退出与否,都不会影响行为人侵入型不真正不作为犯的成立,可是如此一来,无疑是架空了“要求退出”的法律规定,无视了住宅权人的意思表示。^[69]相反,我国立法只规定了作为行为,因而不会带来上述困惑,这不得不说是我国立法的优越点之一。尽管我国也有学者在解释非法侵入住宅罪之际,将不退出也包含在行为之内,^[70]但是“这种解释有类推解释之嫌,因为难以将‘不退出’本身评价为‘侵入’。”^[71]上述立法表明,相较于德日,我国立法在更大范围上压缩了不作为犯的存在空间。

其次,本文认为,我国的真正不作为犯大多数都是以保障团结义务为立法根据的,在这个意义上说,它们是义务犯,而另外一些真正不作为犯则可以纳入到行政犯的范畴之内。从实质角度来看,真正不作为犯都是立法者在权衡保护法益原则与罪刑法定原则之后,认为在有必要保障后者的前提下,将一些不作为以明文规定下来的犯罪。从这一点出发梳理立法可知,我国刑法中的真正不作为犯除去遗弃罪被规定在个人法益一章中之外,剩下的都被规定在超个人法益的章节之中,而不真正不作为犯的适用条款恰恰都集中于侵害个人法益的犯罪之中。^[72]

[66] 参见黎宏:“一定条件下的见危不救人刑研究”,《中外法学》2018 年第 3 期,第 592—601 页。

[67] 参见《德国刑法典》,李圣杰、潘怡宏编译,元照出版公司 2017 年版,第 183 页。

[68] 参见《日本刑法典》(第 2 版),张明楷译,法律出版社 2006 年版,第 50 页。

[69] Vgl. Rackow, in: BOK StGB, 48. Aufl. 2020, § 123 Rdn. 19.3.

[70] 参见黎宏,见前注[51],第 261 页。

[71] 张明楷,见前注[2],第 907 页。

[72] 这一点,鉴于姚诗的前期成果已经做出精准的统计,笔者直接援引其统计结果,即在 2005 到 2015 年的十年间,在所有的 43 个案件中,交通肇事、危险物品肇事、危险驾驶、放火分别占 2 个、2 个、1 个、2 个,占比 16%,剩下的都是侵害个人法益的犯罪。参见姚诗,见前注[11],第 104 页。

原因在于,不真正不作为犯与真正不作为犯位于正反两面,肯定一方必排斥另一方,上述德国刑法将“侵入”与“不退出”并列规定而带来的困境也体现出这一道理,即保证人地位与真正不作为犯中作为义务不同,正如 Roxin 所指出的:“一个保证人地位绝对不能从一个纯正的不作为犯罪的行为义务中引导出来”。〔73〕

真正不作为犯中的作为义务,应当被理解为团结义务。团结义务是在保障人必要生存所需的基础上,在风险面前,于最小限度内,科以一定主体以承担风险,保障法益存续的义务。〔74〕这是社会连带理念对自由主义理念的一种必要补充,实际上是给每一个处于危机之中的弱者,以刑罚的方式上了一份保险。最为典型的保障团结义务履行的犯罪是《德国刑法典》第 323C 条所规定的见危不救罪,此外,攻击的紧急避险中的容忍义务,在根本上也是一种团结义务。由团结义务出发,梳理我国刑法分则中的真正不作为犯不难发现,其中绝大多数犯罪都是保障团结义务履行的犯罪。例如,第 139 条之一不报、谎报安全事故罪是为了保障对弱者的积极救助,第 169 条之一背信损害上市公司利益罪第 1 款第 6 项(无正当理由放弃债权、承担债务的)保护的是在信息落差中处于劣势地位的万千股民的财产,第 261 条遗弃罪保护的是家庭中每一个需要维护的老人或者孩子等。

要补充说明的是,并非所有的真正不作为犯都与团结义务相关,刑法分则中的另外一些真正不作为犯可以纳入行政犯的范畴,比如第 286 条之一拒不履行信息网络安全管理义务罪。因为相比于刑法而言,网络监管法规与部门规章显然更能灵活调整尚处于发展阶段的互联网新兴事物,所以,该罪根本上是为了保障行政法规与命令得以顺畅运行的后置性刑法规范,将其纳入行政犯的范畴更为妥当。

2. 解决围绕先行行为的理论争议

对于先行行为能否成为作为义务来源的问题,我国理论争议激烈。肯定者如张明楷、王莹,否定论者如姚诗。归纳而言,张明楷在正当性、效益性与应用性三个层次上证立了先行行为肯定论。在正当性上,当国民的行动给法益造成危险之际,其就必须承担随自由行动而来的消除危险的责任;在效益上,先行行为人最应当、最容易防止结果的发生;在应用性上,肯定先行行为有利于解决一系列问题,尤其是解决教唆先行行为人不救助的教唆行为定性问题。〔75〕王莹则站在客观归责的角度,以先行行为必须创造风险、先行行为与损害结果之间必须存在风险关联两点来限定先行行为的范围。〔76〕姚诗针对上述第一个层面反驳道:“这样的法理,只是为先前行为型保证人地位提供了一个规范性前提要件,却无法提供成立不真正不作为犯所

〔73〕 罗克辛,见前注〔19〕,第 480 页。

〔74〕 参见坂下陽輔:“正当防衛権の制限に対する批判的考察(三)”,《法学論叢》2016 年 178 卷 2 号,第 98 页。

〔75〕 参见张明楷:“不作为犯中的先前行为”,《法学研究》2011 年第 6 期,第 140—149 页。

〔76〕 参见王莹:“先行行为作为义务之理论谱系归整及其界定”,《中外法学》2013 年第 2 期,第 333—346 页;王莹:“论犯罪行为人的先行行为保证人地位”,《法学家》2013 年第 2 期,第 120—129 页。

要求的不作为与作为的对等性”，〔77〕针对第二个层面反驳道：“‘最容易避免结果发生’仅仅表示一种支配可能性，无法以此推出支配本身的存在”。〔78〕在此基础上，姚诗提倡先行行为为原则否定、例外肯定论。〔79〕

本文认为，以先行行为作为普遍的作为义务来源的做法不具有正当性基础。一则，根据本文所提出的“事前现实支配说”，行为人在事前并未与法益建立起任何支配关系，即便退一步，认为对危险源的支配也是作为义务的来源，但在先行行为实施完毕之后，现实的支配就宣告结束，在我们判断不作为的时点，先行行为人仅对结果具有一种潜在的（假设的）控制。〔80〕这种潜在的控制实际上是结果回避可能性，除了先行行为人之外，所有在场的第三人都具备，而结果回避可能性固然能够成为归因的基础，但却难以成为作为义务的来源；二则，如果先行行为实施完毕之后的结果回避可能性不足以为作为义务奠定基础，那么，先行行为人就仅仅应当对其先行行为负责。正如许玉秀所指出的：“行为人的行为造成法益受侵害，却没有直接得到一个处罚，而是拟制成法益受到两次侵害，甚而是由两个法益受到侵害，而给予行为人双重处罚”，〔81〕这违背了禁止重复评价原则。但是我们也应当看到，刑法教义学理论固然建立在正当性之上，但是却不可避免地带有政策性的目的导向，相对于排斥后者，毋宁说如何平衡两者之间的关系才是更为重要的课题。本文认为，在某些情况下，我们应当基于“刑事政策的权益之选”〔82〕而赋予先行行为者以作为义务。例如，在甲持刀将乙追杀至水中的场合，甲的确是“最应当、最容易”〔83〕救助乙的不二人选。

真正的问题在于，如何清晰地界定先行行为带来作为义务的场合？根据本文以身份为出发点的思路，进一步梳理刑法分则可知，分则中存在一个绝佳的参照点——第269条。先要予以澄清的是，身份并非仅限于一种地位，也可以包含一种基于实施某种行为而来的状态，即着手之前的行为状态也可以是身份，〔84〕《刑法》第269条中的犯盗窃、诈骗、抢夺的人也可以看作是基于先行行为而来的一种身份。我国理论一般认为，第269条是法律拟制，〔85〕即将先取财后暴行或胁迫的行为拟制成一个抢劫罪加以处罚，否则，在后行为并未引起他人轻伤以上结果的场合（我国没有暴行、胁迫罪），一般而言，行为人只承担一个侵犯财产罪的刑事责任，之所以加重行为人的刑事责任，则来自于立法者的政策性目的——以重罚规制行为人狗急跳墙而

〔77〕 姚诗：“先前行为保证人地位的理论根据”，《清华法学》2014年第5期，第163页。

〔78〕 同上注，第166页。

〔79〕 参见姚诗，见前注〔11〕，第118—120页。

〔80〕 参见许乃曼，见前注〔34〕，第228页。

〔81〕 许玉秀，见前注〔18〕，第228页。

〔82〕 许玉秀，见前注〔18〕，第175页。

〔83〕 张明楷，见前注〔75〕，第140页。

〔84〕 参见十河太朗：《身分犯の共犯》，成文堂2009年版，第336页。

〔85〕 参见张明楷，见前注〔2〕，第677页。对于第269条法条性质的新近分析，参见周啸天：“事后抢劫罪共犯认定新解——从形式化的理论对立到实质化的判断标准”，《政治与法律》2014年第3期，第45—48页。

带来的风险。这与肯定先行行为能够带来作为义务相同,都是超出刑法教义学范畴的基于政策性考量的责任加重,既然如此,我们就可以援引第269条的法理作类比推理——先行行为对后果负责的前提是,先行行为所招致的风险应当达到与“抢劫罪”之严重程度(可能致人伤亡)相当的风险,并且先行行为人就在“当场”从而具有阻断风险升高之切实可能性、切实容易性。在这两个条件下,先行行为能够被“拟制”为作为义务的来源。而我国司法实践其实也是根据这两个标准来有限地肯定先行行为的。^[86]如此一来,本文就细化了姚诗的原则否定、例外肯定说,^[87]明确界定了能够带来作为义务的先行行为之范围,这对于缺陷产品召回义务的判断也有着一定的启示意义。当然,该问题超出了本文范畴,只能留待将来探讨。

(二)“事前现实支配说”的实践面向

1. 贯彻罪刑相适应原则

我国的司法实践在父母遗弃孩子,夫妻一方自杀而另一方见死不救的场合,形成了“重拿轻放”的局面,即以故意杀人罪定性,但量刑却在“情节较轻”的范围内。显然,这里的父母、夫妻身份“一身兼两任”——因为有身份,所以定重罪,因为有身份,所以轻罚。这体现出一种对罪刑相适应原则的极为灵活的看待方式,在罪与罚之间人为造成了巨大格差。与其这样,不如直接扩大遗弃罪的适用范围,压缩故意杀人罪的适用空间。

我国遗弃罪的延展性较强。德日两国刑法分则中都分别规定了普通遗弃罪与保护责任者遗弃罪,以及遗弃致死或遗弃致死伤的刑罚加重情形。因为日本将两罪条文分立,问题更为明显,所以在此以日本条文为例。在日本,普通遗弃罪被规定在第217条,行为表述是“遗弃”而并无特定主体要求,刑罚是1年以下惩役;保护责任者遗弃罪被规定在第218条,行为表述是“遗弃或者对其生存不进行必要保护”,主体要求是“对于老年人、幼年人、身体障碍者或者病人负有保护责任的人”,刑罚是3个月到7年惩役。因为普通遗弃罪的主体本身就包含了保证人,且两个法条对行为样态的规定并不一致,如何区分两罪就给日本学界带来了困难。现在一般认为,第217条的主体是先行行为者或者是暂时照顾法益者,后者的主体限于亲权者、看护义务者或者接受亲权者。^[88]可是这又带来一个问题,即仅仅主体不同的话,何不将其并列为一个条文而将后者作为前者的加重处罚形态?反观我国,就不存在上述问题,我国刑法只规定了一个遗弃罪,并且刑罚是5年以下,该区间大抵可以包含普通遗弃罪与保护责任者遗弃罪的刑罚幅度,这表明,我国遗弃罪的延展性较强。如此一来,扩大遗弃罪而限缩故意杀人罪,就不失为克服审判实践中“重拿轻放”倾向的一条道路。具体而言,我们应当注意以下两个方面:

一是母亲将孩子生在粪坑里、悬崖下等危险场合的,成立作为的故意杀人罪,生在安全场合的,成立遗弃罪而并非故意杀人罪。我国的审判实践将孩子生在安全场合的行为论以故意杀人罪,这并不妥当。例如,在最高人民法院公布的侵害未成年人典型案例之中,包含了未婚

[86] 参见浙江省湖州市南浔区人民法院(2007)湖浔刑初字第280号刑事判决书、山西省太原市中级人民法院(2015)并刑初字第71号刑事判决书、福建省南安市人民法院(2015)南刑初字第847号刑事判决书。

[87] 参见姚诗,见前注[77],第175—176页。

[88] 参见松宫孝明,见前注[13],第63页。

产子(产于冲凉房地板上)之后放置不管导致男婴死亡的案件,法院将行为人的罪名定为故意杀人罪。^[89] 因为在我国,胎儿并非法律意义上的人,怀孕就不能视为自愿承担脆弱法益延续的行为,在母亲没有开始现实地照顾婴儿的前提下,她仅根据团结义务而在真正不作为犯的幅度内承担责任。或许有人认为,在母亲开始照顾孩子而后又放置不管任由孩子饿死的场合,母亲成立不作为的故意杀人罪,维持生命的情形反而比什么都没做的情形量刑要重,这似乎难以让人接受。但是,人应当对自己的选择承担责任,具体而言,在母亲开始照顾孩子的时候,母亲就要承担基于支配孩子生命而带来的一份责任,这并不背理,也不背情,相反有助于我们经过深思熟虑后再做出选择。实际上,故意杀人罪的定性难以起到一般预防作用而极易沦为一种道德宣示,因为对于未婚而孕的女性尤其是偷食禁果的低龄女孩而言,在没有足够物质保障与稳定家庭关系的前提下,我们很难期待她不做逃脱养育重任的行为,既然如此,不如直接扩大遗弃罪的适用范围,以其定性,以其论刑,以此做到真正意义上的罪刑相适应。

二是在夫妻之间一方自杀另一方见死不救的场合,在不能证明一方存在作为的教唆、作为的帮助的场合,以及不能证明一方对另一方的法益存在支配的场合(这往往需要长期的照顾、扶助事实),对其应当论以遗弃罪。例如,被告人孙某某要去农五师 83 团去看望儿子刘某和孙子,其丈夫(被害人)陆某某(刘某继父)不同意,二人发生争执。在争执过程中,被告人孙某某拿出事先用冰红茶瓶装的鼠必死药液准备喝,被陆某某夺去自己喝掉。陆某某喝完后出现中毒反应,被告人孙某某未予救助,陆某某中毒死亡。在此案中,法院从孙某某购买毒药和自杀的先行行为以及孙某某和被害人之间的夫妻关系两方面肯定作为义务,并基于孙某某未履行该作为义务而认定其成立故意杀人罪,判处有期徒刑 4 年。^[90] 对于这一案件,先行行为理论并不适用,因为自杀是针对自己,并不会给对方带来风险,而我们亦看不出孙某某的自杀行为包含着教唆或者帮助自杀的内涵,那么结局就是,作为正常人的陆某某应当对自杀行为自我负责,除非孙某某对陆某某形成了法益支配关系,而我们从案件信息中难以看出这一点。与其以故意杀人罪定性并以 4 年量刑,不如直接判处遗弃罪更能符合罪刑相适应原则的内在精神。类似的案件不胜枚举,此处不赘。

另外,与压缩遗弃罪的适用空间相反,在故意杀人罪与玩忽职守罪的关系上,我国司法机关往往都以后者定罪处罚。^[91] 在以往的理论体系中,这并不合理,因为警察与脆弱公民之间也完全能够形成一种保护关系,警察有意见死不救的,应当成立不作为的故意杀人罪才对。但是本文认为,在不能证明行为人作为或者已经现实地支配了法益的前提下,以玩忽职守罪论

[89] 参见“最高法公布五起侵害未成年典型案例之三:女子未婚产子后将其遗弃致男婴死亡获刑三年”,载北大法宝网, <http://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f31fd7d18bcbf1923e70dca05d02074f1bdfb.html?keyword=%20>,最后访问日期:2020年3月19日。

[90] 参见新疆维吾尔自治区芳草湖垦区人民法院(2008)芳刑初字第40号刑事判决书。

[91] 参见云南省昆明市中级人民法院(2009)昆刑终字第500号刑事判决书、辽宁省瓦房店市人民法院(2014)瓦刑初字第789号刑事判决书、新疆生产建设兵团第六师中级人民法院(2014)兵六刑终字第05号刑事判决书、河北省唐山市中级人民法院(2018)冀02刑终655号刑事判决书。

(故意包含过失)处是符合罪刑相适应原则的。如此一来,本文理论就有效避免了刑法有可能面临的对警察等具备公权力的身份者宽,对父母、夫妻等不具备公权力的公民严的诘难。

2. 区分不作为参与中的正犯与共犯

该说还能够合理解释不真正不作为犯的共犯问题。对于不作为者的参与行为应当被论以正犯还是共犯的问题,我国学说争议颇多,恐难回应实践。概言之,我国现存四种主要理论模式:一是管辖理论模式。该模式认为,在支配犯之中,不作为者存在成立共犯的可能,在义务犯之中,具有积极义务的不作为者成立单独正犯;^[92]二是结果避免支配理论模式。该模式认为,只要履行作为义务就能确实避免结果的场合,不作为者成立共同正犯,否则成立帮助犯;^[93]三是结果原因支配理论模式。该模式在无意思联络且不救助他人自杀的场合认为:“在他人自杀的场合特定关系人并不具有对法益脆弱性的支配——支配法益的正是自杀者本人”;^[94]四是广义行为支配理论模式。该模式认为,作为者原则上支配着结果实现进程从而是正犯,不作为者原则上只能成立片面帮助犯,但是,在作为者犯罪结束后不防止结果发生的不作为者,原则上成立正犯。^[95]简言之,第一种理论模式中的特别义务来自于刑法之外,其始终具有强烈的道德色彩而难以成为刑法中的义务;第二种理论模式易造成身强力壮者成立正犯而羸弱矮小者成立帮助犯的结局;第三种理论模式则只是表面引用了 Schünemann 的“结果原因支配”理论,实际上得出的结论与 Schünemann 的结论恰恰相反。Schünemann 认为,在支配脆弱法益的场合,不作为者成立正犯,在监管危险源的场合,不作为者成立共犯。^[96]第四种理论模式系何龙借鉴自日本学者岛田聪一郎的观点而来,^[97]因为岛田根据溯责禁止论来区分共犯与正犯,这当然会导致在作为者实行终了离去之后,负有法益保护义务的不作为者尚且留在现场的场合,不作为者成立正犯的结论。但是,若以不作为者目睹了孩子被作为者推下水中直至淹死的全过程为前提,根据何龙的观点,倘若在能够救助的最后时点,作为者一直在场,则不作为者成立共犯,倘若作为者有事提前离开,则不作为者成立正犯,这是一种谁留在最后谁倒霉的“狗只咬跑得最慢的人”的逻辑,该逻辑难以被人认同。

根据本文提倡的“事前现实支配说”,对脆弱法益的支配是一种内部支配,在这种场合,无论作为者是否在能够避免结果的最后时点离场,不作为者都应当成立正犯,因为要伤害脆弱法益,必须突破脆弱法益之外所包裹着的来自支配者的保护屏障,这一层保护屏障是保护脆弱法益的最后一道防线,这导致保护者的不作为才始终是最后一个介入因素即“近因”,这种介入因

[92] 参见何庆仁,见前注[9],第284页。

[93] 参见张明楷,见前注[2],第438页;周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第366—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。

[94] 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732页。

[95] 参见何龙:“不阻止他人故意犯罪的行为性质认定”,《中外法学》2017年第6期,第1498—1505页。

[96] Vgl. Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 377.

[97] 参见岛田聪一郎:“不作為による共犯について(二・完)”,《立教法学》2004年第65号,第298—300页。

素的最后性确保了保护者的不作为与法益受损结果之间的直接关联性。^{〔98〕} 如此看来,在保护脆弱法益的场合,从保护者与脆弱法益之间的规范紧密关系来看,保护者的不作为才是“对结果原因的支配”,作者是通过保护者的不作为来间接地侵害法益,从而应当成立共犯(包含共同正犯)。另外,本文将对危险源监管不当而输出风险的行为理解为作为,那么,在监管危险源的场合,就始终存在着一个危险源使用者的介入,这种介入使得使用者才是引起结果的“近因”,而危险源监管者只是通过使用而间接地引起法益侵害结果而已,即监管者应当成立共犯。该结论虽然与义务区别说的结论一致,但是,却建立在与义务区别说根本不同的正犯归责原理之上,且有效避免了义务区别说所遭受的两种义务难以区别和区分标准过于形式化的批判,从而在保持一定的理论简洁明快性的同时,还具备自洽性。

将本文观点运用到审判实践中,例如,在“父亲为收集证据,不阻止智障女儿被强奸案”^{〔99〕}之中,因为父亲与智障女儿之间是一种对脆弱法益的现实支配关系,所以,父亲应当负有防止结果发生的义务,在其具有作为可能性、结果回避可能性的前提下,父亲应当成立不作为的强奸罪的正犯,如果能够认为作者的作为起到了与父亲相当重要的支配作用,则两人成立强奸罪的共同正犯(父亲是不作为的片面共同正犯)。再如,在“母亲不阻止男友虐童案”^{〔100〕}之中,不阻止男友虐待自己孩子的母亲应当成立不作为的故意伤害罪的正犯,但是,鉴于其男友通过现实支配对结果贡献很大,所以,两人也应当成立共同正犯关系。因为在共同正犯之中,我们尚且能够根据可罚的责任之大小进一步划分出主犯与从犯,^{〔101〕}而母亲的特殊预防必要性小,这决定法院判决母亲成立从犯的结论是正确的。还如,在“妻子不阻止精神病丈夫杀人案”^{〔102〕}中,杨某的行为样态属于从作为到不作为的转化,该转化是释放出危险源并设定被害人死因的作为,因此,杨某成立作为的故意杀人罪的帮助犯。

需要补充的是,与被害法益没有任何先在关系的人参与保护责任者的遗弃行为的,因为遗弃罪是基于团结义务而来的义务犯,而违背义务本身便是其正犯原理,所以,不具备义务的参与者成立遗弃罪的作为的帮助犯,保护责任者成立遗弃罪的正犯。例如,在“出租车司机遗弃案”中,某与被害人长期同居的人,在带被害人到医院看病一天而未治愈的前提下,出门来到出租车司机面前,与出租车司机达成一笔价格为70元的交易,让出租车司机将被害人拉到一个偏僻的地方遗弃,致使被害人没有得到及时医治而死亡,^{〔103〕}该案中的出租车司机,便成立遗弃罪的帮助犯。

〔98〕 参见李志恒:“不作为参与理论的反思与构建”,《苏州大学学报(法学版)》2017年第3期,第110—111页。

〔99〕 参见桂良:“为拿证据,父亲看着女儿被强暴?”,载《信息时报》2013年5月22日,第G2版。

〔100〕 参见河南省高级人民法院(2017)豫刑终289号刑事判决书。

〔101〕 参见周啸天:“正犯与主犯关系辨正”,《法学》2016年第6期,第125—126页。

〔102〕 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。

〔103〕 参见江苏省淮安市清浦区人民法院(2007)浦刑初字第134号刑事判决书。

五、结 语

近年来,我国审判实践中对不真正不作为犯的判处有扩大倾向。嫖客与妓女之间在发生性关系时嫖客因不适猝死,妓女见死不救的,将妓女论以故意杀人罪便是其例。^[10] 根据本文构建的“基于选择而事前现实地支配法益”的判断标准,对于场所的支配不足以成为作为义务的来源。对于上述情况,应当考虑以立法的形式解决,即设立见危不救罪,以其作为不真正不作为犯的补充条款。这一条款的确立,也有利于呼应刑法总则中的紧急避险制度,建立起刑法范畴内的扶弱机制。

本文的写作初衷是站在自由主义刑法观的立场上,去道德化并明确化不真正不作为犯中保证人地位的判断标准,并限缩其处罚范围。本文所建构的理论方向只是自由探索的结果之一,如何界定保证人地位的问题仍然是一个未竟的课题。

Abstract: For the defining standard of guarantor's status, there has been an adversarial relationship between the normative theory and the factual theory in China. Through reflection, the normative theory with flaws is considered to be unadoptable, and the theoretical approach of the factual theory is still in a dilemma with the requirements of reconstruction. Based on the diversity of attribution and the subject limitation of imputation represented in the non-real omission, the defining standard of guarantor's status that translates into the prior and realistic domination over the legal interest based on the choice can be deduced by taking the selective identities in the provisions of the criminal law of China as the reference point. Theoretically, this standard is not only capable to clearly distinguish between the act as a crime, the non-real omission crime, and the real omission crime, but also competent to resolve the theoretical controversy surrounding the antecedent act. Practically, the standard is helpful for China's legal system that seeks the achievement of proportionality of crime and punishment in the trial, and enables a reasonable distinction to be made between the forms of participation by omission.

Key Words: Normative Theory; Factual Theory; Attribution; Imputation; Reality Domination

(责任编辑:车 浩)

[10] 参见黑龙江省海伦市人民法院(2015)海刑初字第25号刑事附带民事判决书。