

不纯正不作为犯基本问题的新展开

马荣春

(南京航空航天大学 法律系, 江苏 南京 211105)

[摘要]从义务来源到保证人再到前行为,是不纯正不作为犯的基本问题。不纯正不作为犯的义务来源包括身份来源和行为来源这两大类型。保证人在不纯正不作为犯理论中不能被全盘否定,但其适用范围应受到合理限制。基于刑法的义理逻辑,合法行为和不为作为都不宜成为不纯正不作为犯的作为义务来源,即都不能构成不纯正不作为犯的前行为。犯罪行为更不应成为不纯正不作为犯的作为义务来源,即更不能构成不纯正不作为犯的前行为,因为把犯罪行为设定为不纯正不作为犯的义务来源,意味着原本是并列且对立的禁止性刑法规范与命令性刑法规范便“共存”于一个完整的行为事实所对应的同一个因果流程中,即造成禁止性刑法规范与命令性刑法规范的混淆不清,从而带来刑法在规范品性上发生“义务性畸变”和“蛮横性强化”,最终将导致实质犯罪论僭越罪刑法定原则而有类推定罪之险。因此,只有一般违法行为才能构成不纯正不作为犯的前行为。最终,“总体限缩”应是刑法教义学在不纯正不作为犯问题上的基本立场。

[关键词]不纯正不作为犯;义务来源;保证人;前行为;一般违法行为

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2025.02.011

一、引言

在不作为犯的理论中,真正复杂的是不纯正不作为犯,而真正不作为犯的认定并不存在特别障碍。^[1]之所以如此,或许根本原因在于:“纯正的不作为犯”是以不作为方式实施的纯粹的行为犯,而“不纯正的不作为犯”则是指由不作为方式构成的结果犯。^[2]易言之,纯正不作为犯即真正不作为犯,只关注不作为本身,即其只将被期待的行为作为构成要件行为;不纯正不作为犯即不真正不作为犯,则是以不作为方式来实施作为犯形式下的构成要件行为。^[3]到目前为止,从义务来源到保证人再到前行为,仍是不纯正不作为犯理论最基本且仍有争议的问题。由于不纯正不作为犯的前述基本问题最终是不纯正不作为犯的可罚性来源问题,故对之予以新的探讨,便有着相当的理论价值与实践意义。基于罪刑法定原则,本文立于“总体限缩”的立场对不纯正不作为犯的基本问题尝试着予以新的展开。

作者简介:马荣春,法学博士,南京航空航天大学法律系教授。

二、不纯正不作为犯的义务来源类型与“保证人”范围

不纯正不作为犯的义务来源类型与“保证人”的范围,是前后相继的两个问题。

(一)不纯正不作为犯的义务来源类型

作为义务的来源类型构成了不纯正不作为犯问题的根本。理论界通常认为,不作为义务的来源有以下几个方面:(1)法律明文规定的义务,如父母与子女之间的抚养、赡养义务,而当拒不履行前述义务,便可能构成相关不作为犯罪即遗弃罪;(2)职务或业务上要求履行的义务,如值班医生和执勤消防员等肩负的义务;(3)法律行为引起的义务,即合同行为、自愿接受行为等引起的义务,如甲在路边发现一名弃婴,便将其带回家收养,故当其在照顾一段时间后发现负担太重,便将其放回原处,则甲的行为便构成遗弃罪;(4)先行行为引起的义务,即由于行为人的某种行为而使得某种合法权益处于危险状态所引起的排除危险和防止危害结果发生的义务,如带小孩去游泳。^[4]陈兴良教授指出,我国在不作为犯的作为义务论述中,一般对纯正的不作为与不纯正的不作为是不加区分的。^[5]对此可进一步类型化。

首先是作为义务的身份来源,即具有某种特定身份而使得不纯正不作为犯的行为人身负某种作为义务。前述不作为的义务来源的前两项可概括出“身份来源”,作为不纯正不作为犯的义务来源的一大类型。具言之,当医生面对患者有意不施救或有意延缓施救而致人死亡,其行为构成不作为的故意杀人罪,因为医生负有“救死扶伤”的职业义务,且此职业义务形成于医生的身份。此时,医生的不施救或延缓施救行为与普通人非法剥夺他人生命的行为具有同质性。母亲有意不给孩子喂食而致其饿死,则构成不纯正不作为犯罪即不作为的故意杀人罪,因为母亲负有养活孩子的法定抚养义务,且此法定抚养义务是形成于母亲的身份。此时,母亲的不喂食行为与普通人非法剥夺他人生命的行为具有同质性。前述业务(职业)身份或法定抚养人身份,直接赋予相应身份者在个案情境中的作为义务。总而言之,在因身份而构成不纯正不作为犯的场合,特定身份产生相应义务,即“身份性”赋予行为主体以“义务性”,而“身份”也构成了不纯正不作为犯(同时也是纯正不作为犯)的可罚性之“源”。

其次是作为义务的行为来源,即行为人已经实施特定行为而使得不纯正不作为犯的行为人身负某种作为义务。从前述不作为义务来源的后两项可概括出“行为来源”,作为不纯正不作为犯义务来源的另一类型。具言之,保姆带主人的孩子在水边玩致使孩子落水,当保姆有能力和有条件施救而不施救,最终造成孩子溺亡,则认定保姆的行为构成不纯正不作为犯罪即不作为的过失致人死亡罪,因为保姆将孩子带至水边玩这一前行为即法律行为而使其负有对孩子安全的注意义务。一个成年人带邻居家小孩去河里游泳,但成年人因在河边抽烟等行为而分散了注意力,最终造成孩子溺亡,则对成年人的行为同样应认定不纯正不作为犯罪即不作为的过失致人死亡罪,因为成年人将孩子带去游泳这一前行为即先行行为而使其负有对孩子安全的注意义务。前述行为人带孩子去水边玩或去河里游泳,都是伴有危险的前行为,且使得行为人在个案情境中负有相应的危险注意和危险避免义务。于是,当不履行危险注意和危险避免义务,则伴有危险的前行为便构成了作为义务的一种来源,而当行为人怠于履行相应义务,其后续的不作为即后行为便最终生成了犯罪性。总而言之,在因前行为(包括法律行为与先行行为)而构成不纯正不作为犯的场合,前行为产生相应义务,即“前行为性”赋予行为主体以“义务性”,从而“前行为性”所赋予的“义务性”构成了不纯正不作为犯的另一种可罚性之“源”。

比较之下,作为义务的身份来源较作为义务的行为来源,更具法价值的“可被期待性”,从而违背义务的可罚性更高。

(二)不纯正不作为犯的“保证人”范围

“保证人”通常是在前行为所引起的不纯正不作为犯的语境中,被予以讨论的。学者指出,只有居于保证人地位的保证人的不作为才能成为刑法评价对象。^[6]

在所有的支配理论中,由 Schünemann 教授所首创的实际支配理论,是论证保证人地位法理基础的非常有力学说,且得到了 Roxin 教授的支持。^[7]通俗地讲,保证人就是保证不发生实害结果的人,亦即阻止前行为所伴随危险现实化的人。于是,学者将所谓前行为保证人类型构想出 8 种组合并加以逐一剖析。前行为保证人类型的 8 种组合如下:(1)故意作为 + 故意不作为,所侵害的法益不同。如放火烧他人的房子,起火之后发现房子所有人在家,但任由被害人被大火吞噬。(2)故意作为 + 过失不作为,所侵害的法益不同。如甲以迷药将妻乙迷倒,以防乙知其秘密访客,且打算访客走后叫醒乙,但因与访客外出饮酒畅谈而忘记妻乙,最终导致妻乙命丧。(3)故意作为 + 故意不作为,所侵害的法益相同。如乙被甲举刀逼入水中,甲明知乙不会游泳,便扬长而去,致乙溺亡。(4)故意作为 + 过失不作为,所侵害的法益相同。如甲因心情郁闷而将乙锁在实验室中,乙欲提前离去,但甲不予理会,且打算出去逛两个小时后再回来开门。谁知路上与朋友聊天,甲到次日才想起乙而赶回来开门。(5)过失作为 + 故意不作为,所侵害的法益不同。如甲丢烟蒂引燃厨房垃圾桶,当见智障幼儿乙走向垃圾桶,甲转身离开房子而致乙被烧死。(6)过失作为 + 过失不作为,所侵害的法益不同。如丢烟蒂而致垃圾桶有烟冒出后,甲以为烟将灭,但随后火舌突然冒出而致靠近的一个幼儿被严重灼伤。(7)过失作为 + 故意不作为,所侵害的法益相同。如管理员先将甲误锁在图书馆内,随后出于教训甲而仍多关甲数小时。(8)过失作为 + 过失不作为,所侵害的法益相同。如甲跑步将乙撞落水池,甲误以为乙善于游泳,故继续慢跑而致乙溺亡。^[8]前述 8 种组合似乎有着如下意味:在不纯正不作为犯中,保证人的行为是由作为和不作为复合而成,即其具有作为与不作为的复合性。其中,发生在前的作为即前行为伴随或内含着将在不作为即后行为中现实化的危险,而不作为即后行为正是行为人即保证人应予避免的。于是,当行为人没有避免不作为而致使前行为所伴随或内含危险的现实化,则不纯正不作为犯便得以形成。又当作为与不作为的不同复合构造出不纯正不作为犯的不同行为类型时,则保证人也就同时被“类型化”了。

构想前述 8 种组合的学者指出,在第 1 种组合中,虽然故意原本仅及于烧毁建筑物,但是放火行为的客观因果流程却及于人的生命,且此因果流程并无其他原因力介入。唯一变化的是增加了一个让乙死亡的希望,且假借已经存在的因果力量而得以实现。消极利用已经存在的因果作用以满足行为人的主观欲望,原本即不纯正不作为犯的行为构造。当行为人前行为的因果力量,即使已经造成多个法益侵害,但只有一个因果流程,故如果借由前行为保证人类型论罪而论以两罪,即故意放火和故意不纯正不作为杀人,则显然对因果流程作了两次评价即过度评价,且此过度评价在第 2 种组合中更加明显。^[9]在第 2 种组合中,单一因果流程的情况更明显,乙确因甲下迷药致死且主观上有过失,但难以说明具有“利用既存的因果流程”这样的归责基础,而所谓“过失不作为”这后半段犯罪事实中只是“过失”和“法益受害”。至于“过失不作为”,其对因果流程的作用则是“无作用”,自然无法再接受另一次评价。^[10]学者之所以反对将因果流程作两次评价即过度评价,是因为在不纯正不作为犯的场合,原本只存在着一个因果流程,即前行为(作为)对应着“因”,而后行为(不作为)对应着果。显然,如果对因果流程作出两次评价即过度评价,便意味着在一个因果流程的基础上又“无端”地增加另一个因果流程,这样势必造成将一罪论以二罪,即将一罪一罚变成数罪并罚。

在第 3 种组合中,如果认为有两段因果流程,前一段没有造成死亡结果,成立杀人未遂,而后一段

溺亡成立不纯正不作为杀人既遂,则互相矛盾:如果因果流程可以切断,则如何说明行为人必须因前行为而对后面一段因果流程负排除的保证人义务?在乙自行躲闪掉入水中所对应的“他人所制造的因果流程”中,甲如果不是居于保证人地位,则如何能因甲有杀人意欲而可与这一段因果流程以及所造成的法益受害相结合?第4种组合和第3种组合为同一类,其因果流程的单一性更明显。只因有故意的前行作为而将没有作用的过失不作为拟制为有作用的作为,则意味着任何一个作为犯皆同时是不纯正不作为犯。^[11]学者仍然在表明其对不纯正不作为犯的因果流程立场,即在不纯正不作为犯的场所,我们不能将前行为和后行为割裂开来,甚至分别对应不同的因果流程。易言之,在不纯正不作为犯的场所,存在于前行为即作为和后行为即不作为复合中的因果流程只具有“单一性”,即不具有两个(以上)的“复数性”。

在第5种组合中,和其他各类组合相同,都有一个单一的因果流程,而和第1种组合一样,仅凭行为人的主观故意,即切入过失作为所造成的单一因果流程之中,其中被归责的只是不抢救的故意,因为这个不作为的故意而使因果流程的特质改变,甚至被切成两段。第7种组合的问题与第5种组合相同。^[12]学者依然在表明其对不纯正不作为犯因果流程的“单一性”即不可被切割分段的立场。

在第6种和第8种组合中,前后两个都是过失,一个是制造因果流程,一个是对风险流程的错误评估,而当把这两个过失拆开来,则前段过失行为成为未遂,便只能就后段过失行为论罪。于是,前行为保证人类型对这类组合非但不能解决问题,反而是在制造问题,因为故意或过失对犯罪流程的作用应是连续性的,否则故意行为必然未遂,而过失行为将因无结果而不必处罚。^[13]所谓故意或过失对犯罪流程的作用应是连续性的,最终还是表明学者对不纯正不作为犯因果流程的基本立场,即不能将一个完整的因果流程“拆开来”。如何评价学者对“保证人”地位所构置的8种组合及其所提出的相应见解呢?

对于学者就不纯正不作为犯因果流程的基本立场,本文持肯定态度,即不纯正不作为犯的因果流程不能人为切割而将一个完整的因果流程变成前后两个因果流程,因为正是前行的作为和后行的不作为才构造了不纯正不作为犯,且前行的作为和后行的不作为联结为一个完整的因果流程。于是,这里对后行的不作为要有个强调,即在不纯正不作为犯中,前行为入于后行的“不作为”时没有实施积极的作为,正如 Schünemann 教授指出,不纯正不作为犯不存在于不作为时通过积极操控因果流程所形成的现实犯罪支配。^[14]而这正是“实际支配理论”与其他支配理论的重要区别。显然,如果行为人在不作为时通过积极操控因果流程形成了现实犯罪支配,则摆在我们面前的就不再是不纯正不作为犯,而是完完全全的作为犯了。

对学者就“保证人”地位所构置的8种组合,本文只承认在学者所构置的后四种组合即第5、第6、第7和第8种组合中可形成“保证人”的问题。具言之,在第5种组合中,保证人的作为义务源自“抽烟”这样的原本具有正当性的生活化行为,只不过当行为人丢烟蒂引燃垃圾桶,则抽烟引燃的行为便构成了前行为,从而抽烟者就变成了避免诸如火灾烧死他人等结果的保证人。最终,抽烟者在没有避免相应危害结果的情况下构成不纯正不作为犯。在第6种组合中,保证人的形成,其道理正如第5种组合,便不再赘述。在第7种组合中,管理员锁门原本是具有正当性的业务行为,但其误锁行为已经在客观上导致他人的人身自由法益被侵犯,即其前行为为过失地侵犯了他人的人身自由法益,但当发现了前述事实,则管理员就应在第一时间积极主动地消除前行为所造成的非法状态。最终,管理员便以一种间接故意即放任故意甚至直接故意即追求故意中背离了“正当锁门”的保证人地位,从而构成非法拘禁的不纯正不作为犯。在第8种组合中,保证人的作为义务源自“跑步”这样的正当化生活行为,

只不过当把人撞落水池,则跑步撞人行为便构成了前行为,从而使得跑步者变成了避免诸如被撞者落水溺亡等结果的保证人,最终使得跑步者在没有避免相应危害结果的情况下构成不纯正不作为犯。剩下的,即在前四种组合中,前行为都已经是直接具有法益侵害或社会危害性的行为,而后行为即后续行为只不过是前行为的延伸而加剧着前行为的法益侵害性或社会危害性罢了。而在我们应把所谓前后行为视为一个完整的个案事实或行为过程时,则前行为与后行为的分割,从而将前行为人设定为“保证人”不仅是没有必要的,而且首先是违背事实真相的。于是,对于学者在前四种组合中所指出的问题,我们可作出如下归纳:一是一个因果流程被“分割”或“虚构”成两个因果流程,两次评价即“过度评价”便由此而生。之所以认为“过度评价”,是因为本来并没有主客观要素兼备的两个独立的行为存在,而“分割”或“虚构”因果流程恰恰是“虚构”了主客观要素兼备的两个独立的行为。显然,两次评价即“过度评价”实即“分割评价”,且“分割评价”正是从“分割”一个因果流程开始的。二是作为“分割评价”的“后遗症”,除了在理论上将导致任何作为犯同时就是不纯正不作为犯的荒谬,在实践上将导致“评价过度”,即通过制造危险者和防止危险义务者的双重身份而使行为人受到双重的否定评价,从而受到双重的“过度制裁”。

学者指出,既然依据前行为保证人类型的法理所拟制出来的不作为,在归责流程中或者毫无意义,或者和结果加重犯互有重叠,则前行为人保证人类型犯在归责类型上即显得不重要,且并非无法替代。^[15]在本文看来,不纯正不作为犯中的“保证人理论”不能全盘否定,但其适用范围应受到严格而合理限制:保证人的地位是形成于前行为,且前行为“原本”是具有正当性的生活化行为或业务行为。而正因具有“原本正当性”的生活化行为或业务行为形成了“行为不慎”且产生了法益危险,故前行为人便成了消除业已形成的法益危险或阻止业已形成的法益危险走向“实害化”的保证人。在不纯正不作为犯的语境中,保证人就是对日常生活或工作行为负有危险注意义务乃至负有防止危险实害化义务的人。这便有一种隐含:我们要过一种勤勉而适度“谨慎”的生活。

不过,当因“不慎”而使得具有“原本正当性”的生活化行为或业务行为成为前行为,从而使得前行为人成为保证人,则前行为便因“行为不慎”而形成一种品质评价,即前行为是一般违法行为还是严重违法行为即犯罪,抑或两者兼而有之?这将是下文要进一步讨论的问题。

三、不纯正不作为犯的前行为排斥合法行为与不作为

当不纯正不作为犯存在着前行为和后行为的复合行为构造,而不纯正不作为犯的作为义务正是生成于前行为,则前行为的品质如何,便是不纯正不作为犯理论必须予以妥当解答的具体问题。由此,不纯正不作为犯的前行为首先排斥合法行为与不作为。

(一)不纯正不作为犯的前行为排斥合法行为

有观点认为,先行行为可以是合法行为,也可以是不法行为。^[16]从“法感情”或“法直觉”来说,合法行为不应构成不纯正不作为犯的先行行为即前行为,但有学者将合法行为肯定在前行为即先行行为之中,如“只要足以产生某种危险,就可以成为不作为的义务来源,而不必要求先行行为具有违法的性质”。^[17]但是,将合法行为作为不纯正不作为犯的前行为,则意味着合法行为使刑法所保护的社会关系或法益处于危险状态中。由此,合法行为还能是合法行为吗?而如果合法行为伴有如此之危险,则合法行为在实质上不就变成了违法行为乃至严重违法行为即犯罪了吗?只要我们承认刑法是前置法的“保障之法”或“后盾之法”,则说合法行为尚伴有使刑法所保护的社会关系或法益处于受损之险,则在法理逻辑上是讲不通的。稍作推敲,在被认为是合法行为构成前行为即先行行为的场合,所

谓合法行为无一不是违法行为,如保姆将小孩带至水塘边玩。保姆的责任是“安全”地看护小孩,故当其确实是“安全”地看护小孩时,我们便说其行为是合法的。但当其将小孩带至水塘边而置小孩于危险境地时,则其行为便是不合法即非法了。我们当然不能说保姆将小孩置于危险境地是保姆“安全”地看护小孩所致,即我们当然不能说违法行为是合法行为所致。有学者指出,张某将自己7岁的侄儿带到水库里教他游泳,结果小孩淹死了。在这个案件中,张某把自己的侄儿带到水库这个行为本身是合法的,但带到水库后没有履行自己的临时监护人职责,就被认为是不法。^[18]立于水库是个危险境地看问题,张某把自己的侄儿带到水库这个行为本身就已经是非法了,而带到水库后没有履行自己的临时监护人职责以至于小孩被淹死,就不仅是不法,而是犯罪即严重的违法行为了。另有学者指出,先行行为既可以是合法行为,也可以是不法行为,关键在于是否使相关合法权益处于危险状态。例如,行为人带着邻居家8岁小孩去游泳,小孩在水中遇险呼救,行为人不予理睬、置之不管的行为,就是不履行自己虽合法但置未成年人于溺水危险中的先行行为所引起义务的行为。^[19]问题是,若未使相关合法权益处于危险状态,即所谓先行行为便是合法的,则所谓先行行为还能产生作为义务而成为先行行为本身吗?在后一个事例中,我们应把带8岁小孩去危险场所游泳本身就视为非法,而当小孩在水中遇险呼救,行为人不予理睬、置之不管的行为,就同样不仅是非法行为,而是犯罪即严重违法行为了。把合法行为视为不纯正不作为犯的前行为之一,等于说一个人实施合法行为而竟有可能陷入刑事责任,这是令人惊惧的。因此,合法行为不仅不可能,也不应该构成不纯正不作为犯的所谓前行为。在学者就保证人地位所构置的后四种组合中,抽烟、锁门和跑步本身都是合法行为或正当行为,所以我们不能将抽烟、锁门和跑步本身视为不纯正不作为犯的前行为,即不能说抽烟、锁门和跑步使得抽烟者、锁门者和跑步者成为不纯正不作为犯中的所谓保证人。我们只能说乱扔烟头、草率锁门和跑步撞人可以成为不纯正不作为犯的前行为,即其可以使得抽烟者、锁门者和跑步者成为不纯正不作为犯中的所谓保证人,因为相对于抽烟、锁门和跑步本身是合法行为或正当行为,乱扔烟头、草率锁门和跑步撞人就是违法行为或非正当行为了。

在不纯正不作为犯的讨论中,我们仍然回避不了前行为、作为义务和保证人此等话题。而当不纯正不作为犯得以形成,则意味着保证人在前行为所引起的作为义务面前怠于履责,亦即陷入了对前行为与后结果之间因果流程的错误支配。但在合法行为的场合,前述从前行为到作为义务和保证人再到因果支配的叙事逻辑便无法成为现实。因此,合法行为不可能成为不纯正不作为犯的前行为。

在合法行为能否成为不纯正不作为犯的前行为的问题上,也可见模棱两可或莫衷一是之辞。有观点认为,合法行为是否应该引起作为义务,不能一概而论。若承认合法行为致法益面临危险均可引起刑法上的不为之作为义务,显然会有扩大刑罚处罚范围的危险,导致某些不当罚的行为被认定为犯罪。如正当防卫行为,在防卫手段适当、防卫强度未超出必要限度的情况下,对于不法侵害人造成的危险状态,防卫人就不具有救助的义务。但是,如果一概否定合法行为或意外行为可以引起作为义务,又会导致某些应该由刑法保护的法益遭受被漠视的危险。比如,甲邀请乙与自己一起去登山。在登山过程中,乙碰到甲的背包而身体失控并从山坡上跌落摔成重伤。此时,乙无法自救,也无法获得其他力量的救助。在此种情况下,虽然甲邀请乙登山的行为并非不法行为,乙跌落致伤也是由意外行为引起,但与乙同行的甲应当负有救助的义务。这里需要考虑两个因素:第一,合法行为或意外行为引致的法益受损危险严重而紧迫;第二,除合法行为或意外行为的实施者本人之外,没有其他人能够消除此种危险状态。之所以有第二项要求,是因为在合法行为或意外行为导致某种法益面临损害危险时,权利人自己首先负有保护自己权利的义务,而如果权利人自己能够保护自己的权利不受危险侵

害却不采取任何措施,则表明其自己漠视自己的权利,则消除危险的义务不能转移给合法行为或意外行为的实施者以外的人。^[20]首先,在防卫手段适当、防卫强度未超出必要限度的情况下,之所以防卫人对于不法侵害人造成的危险状态不具有救助的义务,根本原因在于正当防卫本来就是“正对不正”,而非仅仅是避免不当罚的行为被认定为犯罪或避免扩大刑罚处罚范围。不过,持论者已经肯定了合法行为至少“有时”是不能作为不纯正不作为犯的前行为的。其次,在登山跌落事例所对应的讨论中,我们应该分清楚:甲邀请乙登山是合法行为,而乙不慎碰到甲的背包致其本人身体失控跌落对于甲而言只能视为意外事件。我们显然不能要求一个人对一起意外事件去承担消除危险或阻止危险实害化的刑事义务。在登山跌落场景中,如果乙跌落摔伤而致待救是甲的过失行为所致,且在具备持论者所列两个因素的前提下,则可认为甲负有救助乙的刑事义务。因此,在乙跌落摔伤仍成立意外事件的前提下,言甲对乙负有救助义务,那也只能说是道德上的义务或最多是民事上的义务。因此,由登山跌落事例仍然得不出合法行为“有时”可以成为不纯正不作为犯的前行为的结论。但我们的讨论还不应就此打住,因为持论者还有一个说法或认识甚至是有“危险”的,即如果权利人自己能够保护自己的权利不受危险侵害却不采取任何措施,则表明其自己漠视自己的权利,故消除危险的义务不能转移给合法行为或意外行为的实施者以外的人。权利人漠视乃至放弃自己的权利,并不等于就要对别人承担义务,亦即不能将对自身权利的漠视乃至放弃“转化”为对他人义务的承担,因为这一“转化”不仅没有法律根据和义理根据,而且还有“道德绑架”或“价值绑架”的嫌疑。

(二)不纯正不作为犯的前行为排斥不作为

不纯正不作为犯的前行为是否包括不作为,这个问题源于德国帝国法院的一个判例。行为人因长期违反自动申报义务而未申报所得致财税当局税收短少,法院判决认为,行为人在法规改变不再要求其自动申报之后,虽然后续之不作为并非违反义务的不作为,但因前面违反义务的不作为造成财税当局以为行为人无所得,故未要求其申报所得致使税收短少,从而行为人继续未自动申报所得的不作为,是违反作为义务的不作为。^[21]有学者指出,前行的不作为逃漏税,已违反法律上的义务而造成与虚报税捐一样的逃漏税捐的效果,确已成立逃漏税捐的不纯正不作为犯,但前行不作为与后行的不作为并非同一个不作为,而是不同的不作为,后行的不作为因为法律不再要求公民自动申报财产,而是经要求方有申报义务,故无违反义务的不作为存在,不能因为法律规定改变致公民获得好处,却只因过去有不法行为,即剥夺其享受法律变更带来优惠的权利。^[22]学者的分析不无道理,而在本文看来,前行的不作为要么成立纯正的不作为,要么成立不纯正的不作为,而后行的不作为只是前行的不作为的继续或延长而已,并且是对前行的不作为的“纯正性”或“不纯正性”的巩固。严格而言,分前行的不作为和后行的不作为是不恰当的,因为没有作为参照,则不作为的提法是没有意义的,况且不作为是“零”或“无”,而“零”或“无”是无法再分的。实际上,若将不纯正不作为犯的前行为视为包括不作为,则意味着先把一个完整的不作为分隔成前后两段,然后又把前段的不作为“构置”为后段的不作为的所谓前行为,从而其“分割评价”和“重复评价”的迹象甚是明显,以至于最终可能造成不应有的“数罪并罚”局面。

在学者就保证人地位而构置的八种情形中,我们撇开到底哪些情形中真正有保证人这一问题不谈,每一种情形中的前行为要么是故意作为,要么是过失作为,这对我们考量不纯正不作为犯的前行为是否包括不作为,或许有所启发或暗示:正如“无风不起浪”,只有前行为是作为,才有可能形成“危险事态”,从而进一步产生消除危险或防止危险实害化的问题。而当没有消除危险所导致的危险实害化对应着“果”,则由前行为到后续不作为即后行为,便构成了不纯正不作为犯的因果流程的“表”或

“形”，而从危险产生到危险的实害化，便构成了不纯正不作为犯的因果流程的“里”或“魂”。显然，如果将不作为也作为不纯正不作为犯的前行为，则不纯正不作为犯将因无作为义务、无保证人和无因果流程而难以成立。

张明楷教授指出，不作为能够成为作为义务的发生根据。例如，房屋主人没有留意屋顶所铺的瓦片是否稳固，瓦片掉落下来致人受伤的，主人有救助的义务。或许有人认为，在这种场合，仅以前一个作为义务（对危险源的监督义务）为根据得出行为人对受伤者有救助义务即可。事实上并非如此。瓦片砸伤被害人时，主人就需要对该伤害负责。对该伤害负责的根据，就是主人对屋顶瓦片掉落下来会砸伤人的监督义务。而瓦片砸伤他人后，在他人有生命危险时，则是基于先前的不作为产生的救助被害人的另一作为义务。对危险源的监督义务不能直接引申出主人有救助受伤者的义务。此外，倘若仅以前一作为义务说明主人有救助义务，容易得出主人成立过失犯而不成立故意犯的结论。这显然不妥当。^[23]在前述瓦片掉落致人死亡的事例中，张明楷教授是以前后两个作为义务而得出不作为故意杀人罪的结论。实际上，将前述瓦片事例视为民法中的人身损害或许更为合适，亦即将主人未留意瓦片掉落视为民法中的过失不作为或许更为合适，而不作为故意杀人罪的结论或许是“人命关天”所“倒逼”出来的结论。对于作为义务的发生根据，张明楷教授对实质的法义务根据给出了形式标准，且提出了“基于对危险源的支配产生的监督义务”。而在其所谓“基于对危险源的支配产生的监督义务”中，“对危险物的管理义务”的指向又包括危险物品，如广告牌。^[24]显然，在张明楷教授看来，前述事例中的“瓦片”也是产生“对危险物的管理义务”的一个具体标的。联系本文在前面的相关论述，主人留意自家的瓦片是否稳固，既不属于“正当化的生活行为”，也不属于“正当性的业务行为”，从而无从产生不作为犯所要求的作为义务，正如 Schünemann 教授主张“义务违反不过是支配的附带产品，有保护性支配才有刑法上的义务，否则就只是民法或者公法上的义务之违反”。^[25]但有学者指出，在逻辑层面，从支配中推导义务的思路错置了支配与义务的关系，两者至多只是伴随关系而不可能相互推导。因此，不作为犯中的支配理论无法成为保证人地位的法理基础。^[26]实际上，张明楷教授在瓦片事例中所持的主张正是领域支配理论中交往安全义务的观念反映。在领域支配理论中，交往安全义务体现的是采用结果归责的支配思维，即当存在“对危险领域的支配”（die Herrschaft über einen Gefahrenbereich），则“不得伤害他人”的消极义务便要求支配者采取所有的措施，以使得其所支配的领域摆脱损害的因果流程。^[27]但是，对于进一步损害受害者（身体、生命或健康）的因果流程，这个初害时的支配领域已经再无任何作用了。^[28]易言之，行为人对危险领域的支配已成过去，但只有一个现存且对未来结果具有原因力的支配，方可用来论证归责的合理性。^[29]由此，“前后两个义务的构罪论”或许是实质犯罪论僭越罪刑法定原则的可疑乃至危险之举，而在此僭越中，实质犯罪论跃动着类推定罪的身影。

正如我们所知，不作为已经意味着违背作为义务。因此，当把不作为也作为不纯正不作为犯的前行为，便意味着把违背作为义务作为不纯正不作为犯的义务来源。当违背作为义务构成了作为义务的反面，则其怎么又能成为不纯正不作为犯的义务来源呢？因此，将不作为也作为不纯正不作为犯的前行为，是不符合不纯正不作为犯的存在论构造或形成机理的。

四、不纯正不作为犯的前行为排斥故意犯罪行为 and 过失犯罪行为

除了排斥合法行为和不作为，不纯正不作为犯的前行为还排斥故意犯罪行为与过失犯罪行为。

（一）不纯正不作为犯的前行为排斥直接故意犯罪行为

直接故意犯罪的行为人对危害结果的发生持希望或追求态度，如果在行为人追求或希望危害结

果发生时,反而要求行为人负担防止危害结果发生的作为义务,并且如不履行该义务便成立不作为犯罪,那么就会形成行为人“积极追求危害结果出现”与法律要求行为人“防止该危害结果出现”的自相矛盾,进而会得出行为人实施直接故意犯罪行为成立一罪和行为人没有防止其“积极追求的危害结果的出现”而成立另一罪的悖论。例如,甲与乙素有矛盾,某日甲持刀刺伤了乙。甲见乙倒在血泊中无动于衷且扬长而去,乙因失血过多而死亡。事后查明,甲仅具有伤害故意。此时,甲应该成立故意伤害罪的结果加重犯。但是,若因甲在刺伤乙后便负有救助乙的作为义务,而甲未履行救助义务导致乙死亡,故将甲认定为故意伤害罪和不作为的故意杀人罪,便走向明显不当的数罪并罚。但若按照故意犯罪可以成为作为义务来源的主张,所有没有履行“防止死亡结果出现义务”的故意伤害行为,因其没有履行该作为义务而造成被害人死亡的,均可认定成立不作为的故意杀人罪,这样的结论难免荒唐和危险。

再如,甲为了抢劫财物而持刀将乙捅伤,乙倒地不起。按照故意犯罪可以成为作为义务来源的主张,此时甲还不能逃跑,因为他负有救助乙的义务,若不履行该义务而导致乙死亡,则甲便又成立不作为的故意杀人罪。上述结论存在明显矛盾:逃避刑事责任追究则会构成“不履行救助义务”的不作为犯罪,而“履行救助义务”则也可能受到刑事责任追究,因为救助可能未果。上述矛盾也与刑法理论中所认可的“犯罪后逃避刑事责任追究的行为属于事后不可罚行为”相悖。犯罪后立即逃走的行为是事后不可罚的行为,而如果将直接故意犯罪行为作为前行为,即让行为人负担故意犯罪后救助受害人的作为义务,且在其不履行该作为义务时又成立新的不作为犯罪,则会得出犯罪后逃走属于不可罚的无罪行为和犯罪后逃走属于不履行救助义务的犯罪行为这一对“既有罪又无罪”的矛盾结论。可以认为,我国刑法将抢劫致人重伤、死亡规定为抢劫罪的结果加重犯,是否定了将故意犯罪行为作为不纯正不作为犯的前行为。本来,与犯罪后逃避刑事责任追究相比,让行为人承担“防止危害结果发生或扩大”的义务就不具有期待可能性。因此,应当否定直接故意犯罪行为可以成为不纯正不作为犯的前行为,即在实施直接故意的犯罪行为后,只能让行为人承担相应的刑事责任,而不可能再要求行为人履行不具有期待可能性的防止危害结果发生或扩大的作为义务。其实,一如强奸罪、绑架罪等,抢劫罪在行为构造上属于由手段行为和目的行为构造而成的复行为犯。而在复行为犯中,属于实行行为一部分的手段行为,其本身就是刑法所直接禁止的,亦即其违反了与命令性规范相对的禁止性规范,从而直接产生作为犯的刑事责任,当然不存在违反命令性规范而构成不作为犯罪的问题。

前行为包括直接故意犯罪行为的主张,还存在着分割因果流程和重复评价的定罪思维错误。对于A故意导致B重伤,明知不及时抢救B就会死亡,但A仍然不抢救而最终导致B死亡,有学者将前述例子概括为“故意作为侵害法益+故意不作为,所侵害的法益不同”。^[30]此时,造成B死亡结果出现的原因只有一个,即A的故意伤害行为,并无其他原因力的介入。如果将A致B重伤的行为认定为先行行为,从而将A不抢救B的行为认定为不履行救助义务的行为,进而认为A成立作为的故意伤害罪和不作为的故意杀人罪,让其承担从一重罪处罚或数罪并罚的责任,则“显然对因果流程做了两次评价,即过度评价”。^[31]具言之,若认定A成立作为的故意伤害罪和不作为的故意杀人罪,则是将A伤害B进而导致其死亡的整体因果流程分割成两个:A伤害B为一个因果流程,A伤害B后放任其死亡结果的出现为另一个因果流程。然而,上述两个因果流程都出现了“A伤害B”这一造成B死亡的原因力,或者说第二个因果流程是以“A伤害B”为基底的,故若认为A成立作为的故意伤害罪和不作为的故意杀人罪,则对“A伤害B”这一导致B死亡的原因进行了重复评价。因此,对于B死亡结果的出现,只能从整体上来把握,既肯定其与A的伤害行为密不可分,即认定A故意重伤B的行为导致了

B 死亡结果的出现,故 A 应当承担故意伤害致人死亡的责任。可见,正是由于犯罪是一个过程,故应当从整体上把握犯罪的进程,而不应该将犯罪进程人为进行“切割”,更不应该在将犯罪进程进行“切割”后又人为地创设“作为义务”,并以此为依据让行为人承担本身并不存在的作为义务,进而又得出不履行该义务便构成不作为犯罪的荒谬结论。再比如,甲欲杀害乙,在海滩边将乙打成重伤致其昏迷,甲误以为乙已经死亡,便离去,但乙因海水涨潮而被淹死。毫无疑问,乙的死亡结果可归属于甲的重伤行为,而不能在对因果流程进行分割的基础上,认为是甲未履行救助义务才造成了乙的死亡结果,从而认定甲另成立不作为的故意杀人罪;更不能在对因果流程进行分割的基础上而认为甲的行为成立故意杀人罪(未遂)与过失致人死亡罪的想象竞合,甚至不能认为成立故意杀人罪(未遂)与过失致人死亡罪的数罪并罚。可见,在上述两个例子中,分别导致 B 与乙死亡的行为仅有一个,因果流程亦仅有一个,故直接认定 A 成立故意伤害罪的结果加重犯、甲成立故意杀人罪既遂即可,而不应该再对因果流程进行人为分割,进而在重复评价的基础上,认定行为人又成立不作为犯罪。

有观点认为,在刑法就某种故意犯罪行为规定了结果加重犯或因发生严重结果而成立重罪时,由于可以将加重结果评价在相应的结果加重犯或者另一重罪中,故不需要再评价行为人对加重结果的不作为。^[32]实际上,之所以不需要再评价行为人对加重结果的不作为,根本原因在于加重结果是基本犯的行为造成的,即基本犯行为与加重结果之间存在因果关系,亦即加重结果仍处于一个因果流程。而既然只有一个因果流程,就不应将其人为割裂为两个因果流程来“虚构”前行为和作为义务,以最终“炮制”不纯正不作为犯。这里便要讨论一下非法伐木砸死人的事例。有学者指出,行为人盗伐珍贵林木,树木倒下时砸到他人头部,行为人不救助而导致被害人死亡的,成立危害国家重点保护植物罪和不作为的故意杀人罪或者不作为的过失致人死亡罪,实行并罚。^[33]也有学者针对前例指出,非法采伐珍贵树木是《刑法》第 344 条规定的犯罪行为,但第 344 条并没有就该罪规定死亡结果,亦即造成死亡的行为以及死亡结果不能被评价在危害国家重点保护植物罪中。在这种情况下,应当将非法采伐珍贵树木的犯罪行为,视为导致行为人负有抢救义务的先前行为,从而视案情认定为不作为的故意杀人罪或过失致人死亡罪,与危害国家重点保护植物罪实行并罚。^[34]在本文看来,前例的定罪量刑直接采用牵连犯理论解答即可,而无需引入故意犯罪行为产生作为义务即采用不纯正不作为犯的理论而将问题人为地复杂化。当然,在成立牵连犯的前提下,出于体现罪责刑相适应原则,也可实行数罪并罚,而非一定要采用“择重处罚”原则。

行文至此,还有必要回应一下故意犯罪可以成为作为义务来源的相关论证。张明楷教授指出,既然过失犯罪能使行为人产生作为义务,故意犯罪更能使行为人产生作为义务。承认故意犯罪能够成为作为义务的来源,具有必要性与合理性:第一,承认故意犯罪可以成为作为义务的来源,有利于实现刑法的协调。例如,甲意外地导致乙重伤,明知不抢救乙就会死亡,但仍不抢救而导致乙死亡。如果满足其他条件(具有结果回避可能性与作为可能性),甲的行为无疑成立不作为的故意杀人罪。A 故意导致 B 重伤,明知不抢救 B 就会死亡,但仍不抢救而导致 B 死亡。如果否认故意犯罪可以成立先前行为,对于 A 就只能认定为故意伤害(致死)罪。可是,与甲相比,A 的行为应当受到更为严重的否定评价和更为严厉的谴责。所以,只有肯定故意犯罪能成为先前行为,才能肯定 A 的行为也成立不作为的故意杀人罪,不致形成不协调的刑法评价。第二,承认故意犯罪可以成为作为义务的来源,有利于解决正当防卫问题。例如,行为人安装了定时炸弹,造成了法益危险,具有拆除的义务,不拆除的行为就是不作为的违法行为,他人当然可以实施正当防卫,迫使其履行义务(说出炸弹所在位置或拆除炸弹)。如果认为先前安装炸弹的故意犯罪行为并不产生作为义务,便难以进行正当防卫。第三,承认

故意犯罪可以成为作为义务的来源,有利于解决共同犯罪问题。例如,甲以杀人故意而将乙砍成重伤。随后,甲看到了乙躺在血泊之中的痛苦表情,顿生悔意,打算立即叫救护车。此时,无关的过路人丙却极力劝阻甲,唆使其放弃救助念头,乙因失血过多而死亡。如果否认故意犯罪可以成为作为义务的来源,就意味着丙不可能成立犯罪。^[35]首先,第一点理由是牵强的。在所举事例中,甲只有一个加害行为,而当其同时明知不抢救乙就会死亡,则完全可通过过失致人重伤罪与(间接)故意杀人罪的想象竞合且通过“择重处罚”来实现刑法的协调,而不必通过前行为产生了所谓救助义务再续上一个所谓不作为的后行为这么一个“曲里拐弯”的路径来谋求所谓刑法的协调。类似的道理,在所举事例中,A也只有一个加害行为,而当其同时明知不抢救B就会死亡,则完全可通过故意伤害致人死亡罪与(间接)故意杀人罪的想象竞合且同样通过“择重处罚”来实现刑法的协调。其次,第二点理由也是牵强的,甚至是“适得其反”的。当肯定安装炸弹的人还负有拆除炸弹的作为义务,则别人还不便于对之进行正当防卫,因为若肯定安装炸弹的人还负有拆除炸弹的作为义务,则此义务应该有待安装炸弹的人去履行。最后,第三点理由也是牵强的。在所举事例中,当丙劝阻了甲,意味着丙的行为促成了甲的故意杀人罪既遂,从而丙直接成立故意杀人罪的承继共犯。丙的行为如何不能成立犯罪?或者何必要通过为甲预设所谓作为义务而才能使得丙的行为在后续的不作为中成立犯罪?至于只有认定甲的故意杀人行为引起了救助义务,其后来的不作为也属于杀人行为,才能认定丙教唆甲实施了不作为犯罪,进而成立教唆犯,^[36]实际上,所谓“后来的不作为”仍是甲前面的杀人行为的延续,而这一延续是丙的教唆行为将其接上的,亦即可将丙的教唆行为直接置入甲的整个杀人行为中而成立共犯,且可论以教唆犯。可见,主张故意犯罪可以成为作为义务的来源,难道不是将简单问题复杂化吗?

综上,对于直接故意犯罪而言,当行为人积极追求或希望危害结果发生时,却同时又让其负担防止危害结果发生或扩大的作为义务,这样的要求不仅苍白无力且徒劳,而且有违刑法义理。于是,否定直接故意犯罪行为可以成为作为义务来源或构成不纯正不作为犯的前行为,不仅不会放纵犯罪,而且能够从整体上把握犯罪事实,即不再将后续事实与先前事实割裂,从而避免了将后续事实另外认定为不作为犯罪而使行为人的行为受到重复评价,最终避免了对行为人一个行为的“一罪双罚”。这就是本文不赞同学者把第1种和第3种情形也作为保证人地位论证的道理所在。

(二)不纯正不作为犯的前行为排斥间接故意犯罪行为

间接故意犯罪行为,也应当否认其能构成不作为犯罪的作为义务来源,即其同样不应属于不纯正不作为犯罪的前行为。

甲携带已经混有毒药的一瓶可乐去某公园欲行自杀。待到公园后,甲感念妻儿等家人,便放弃自杀,但将毒可乐放置于公园一长椅上,然后离去。于是,我们可设想甲离去后的不同情形来讨论间接故意犯罪行为可否成为不纯正不作为犯的作为义务来源,即其可否构成不纯正不作为犯罪的前行为。

一种情形是,走后不久,甲觉得不应将毒可乐放置于长椅上以形成他人误饮的危险,故其急忙将毒可乐取回并倒入垃圾桶中。甲将毒可乐倒入垃圾桶的行为,能否被认定为属于“履行前行为引起的作为义务”的行为呢?对此应持否定回答。具言之,履行前行为引起的作为义务,是指当前行为使得某种法益处于遭受损害的状态,则行为人应负担起积极阻止损害结果发生即防止法益危险实害化的义务。若行为人的前行为引起了法益遭受侵害的危险,则行为人就应负有消除这一危险的作为义务,即“先行行为引起的作为义务的思想基础在于,谁创设法益侵害的危险,谁就应该防止该危险现实化”。^[37]因此,应当认为“使刑法保护的具体法益面临紧迫的危险,是先前行为成为作为义务来源的实质根据”,^[38]即前行为必须是使法益具有遭受侵害的重大风险的行为,并且该风险应当是前行为所直

接导致的。易言之,只有当行为人因其前行为直接导致了法益具有遭受侵害的紧迫危险时,行为人才负有阻止危险实害化的作为义务。而在此例中,在甲将毒可乐倒入垃圾桶时,此时并无人饮用或准备饮用毒可乐,即并无法益遭受侵害的紧迫危险出现。既然甲放置毒可乐的行为并没有引起法益遭受侵害的危险,罔论紧迫的危险,则甲也就不存在消除危险抑或阻止危险实害化的作为义务。因此,甲将毒可乐倒入垃圾桶的行为不属于“履行前行为引起的作为义务”的行为。

较进一步的情形是,当返回时看到小朋友乙正拿着毒可乐而要喝到口中,甲立即将毒可乐夺回并倒入了垃圾桶。由于此时已经出现了法益遭受侵害的紧迫危险,甲防止了危害结果的发生,故应将甲的行为认定为犯罪中止,同样不能认为甲的行为属于“履行防止危害结果发生的作为义务”的行为。若认为在犯罪过程中,自动放弃犯罪行为或者自动有效地防止犯罪结果发生的行为,是“履行前行为引起的作为义务”的行为,则刑法中规定的犯罪中止便无立足之地。即原本是鼓励在犯罪过程中自动放弃犯罪行为或自动有效地防止犯罪结果发生的犯罪中止,被强制性的作为义务所取代。更为荒谬的是,若在犯罪过程中也有“履行前行为引起的作为义务”的存在余地,则履行前行为引起的作为义务不仅会在“犯罪前”“犯罪后”出现,也会在“犯罪中”出现,甚至在犯罪过程中“履行前行为引起的作为义务”无时不在,无处不在。而若出现前述局面,则必将导致不作为犯罪无时不在,无处不在,最终必然导致犯罪认定的混乱与罪责刑失衡。概言之,如果承认在犯罪过程中还存在“履行前行为引起的作为义务来源”,那么犯罪中止将不复存在,并且在犯罪未遂或犯罪既遂成立的同时,“履行前行为引起的作为义务”也会随之而来,进而在行为人不履行该义务时不作为犯罪也将随之成立。此外,即使将征表人身危险性降低的犯罪中止与行为人在犯罪过程中“应当负担的作为义务”相比较,也难以认为在犯罪过程中让行为人负担“作为义务”比承认犯罪人成立犯罪中止更具优势:就鼓励犯罪人放弃犯罪而言,若认定自动放弃犯罪行为或者自动有效地防止犯罪结果发生的行为成立犯罪中止,则应当免除或减轻处罚;而若认定放弃犯罪行为或者自动有效地防止犯罪结果发生的行为,是履行前行为引起的作为义务,则对于行为人“履行义务”的行为,不应有减轻或免除处罚的鼓励性措施。另就犯罪认定而言,若行为人未自动放弃犯罪行为或者未自动有效地防止犯罪结果发生而造成了危害结果的,则直接认定为作为犯罪即可,并不需要先认定行为人未履行作为义务,再认定其成立不作为犯罪,即“履行前行为引起的作为义务”在此并无必要。总之,无论是就鼓励犯罪人放弃犯罪而言,还是就犯罪认定而言,在犯罪过程中自动放弃犯罪行为或者自动有效地防止犯罪结果发生的,认定为成立犯罪中止比将该行为认定为履行作为义务的行为,具有更显著的优势。因此,在犯罪过程中,自动放弃犯罪行为或自动有效防止犯罪结果发生的,应当认定成立犯罪中止,而不应认为该行为属于“履行前行为引起的作为义务”的行为。在犯罪过程中,根本就没有“履行前行为引起的作为义务”的存在余地。故在上一个情形中,甲自动有效防止危害结果发生的行为,应当认定成立犯罪中止,而不属于“履行前行为引起的作为义务”的行为。

再进一步的情形是,当甲返回时小朋友乙已经喝了毒可乐,甲便及时将乙送往医院救治,使乙脱离了生命危险,则甲的行为仍属于犯罪中止。如果造成了乙身体损伤,则甲可能成立(间接)故意伤害罪或(间接)故意杀人罪的中止,此时同样没有“作为义务”存在的空间。如前所述,在犯罪过程中,于危害结果发生前,行为人通过自己的努力阻止了更严重的危害结果出现的,应当认定成立犯罪中止,即不应或无需在此进行“作为义务”问题的讨论。但是,如果甲看到乙喝毒可乐而放任不管,最终造成乙身体损伤或死亡的危害后果,甲的放任行为应该如何评价呢?即是否应该认定甲的放任行为成立不作为犯罪呢?若将甲的行为分为放置毒可乐和因放任毒可乐被乙饮用而负有救助义务两个阶段考

察,则甲因未实施救助义务而造成乙身体损伤或死亡,其将会被认定为成立不作为犯罪。但是,甲的一系列行为都发生于间接故意犯罪过程中,故应当整体考察甲的行为。从甲放置毒可乐到放任乙喝毒可乐的这一过程,都是间接故意犯罪逐渐成立的过程,如果仅有甲放置毒可乐的行为,而无放任乙喝毒可乐并最终造成了乙身体损伤或死亡的危害后果,则甲的间接故意犯罪本身最终无法成立。无论是甲放置毒可乐还是任由乙喝毒可乐,甲的主观心态一直是放任危害结果的发生,即对危害结果的发生一直持有漠视态度。正是由于甲放置毒可乐并放任乙饮用毒可乐而不闻不问,才会有乙受到伤害或死亡的危害后果,从而甲的间接故意犯罪本身才得以成立。可见,对于甲放置毒可乐并放任乙饮用毒可乐的行为且致乙伤亡,不应该对其进行分割考察,更不应该在分割考察的基础上得出甲成立不作为的故意伤害罪或故意杀人罪的结论,而是应当从整体上将其行为直接认定为(间接)故意伤害罪或(间接)故意杀人罪。当然,如果甲在事后实施了防止更严重结果出现的救助行为,应当认定为犯罪后的悔罪表现,即可将其作为量刑情节对待,即同样不能认定为“履行作为义务”的行为。实际上,当我们通常把间接故意犯罪本身也视为与过失犯一样的结果犯,则结果犯的“结果”一旦出现变成“定局”,则防止法益危险实害化的所谓“作为义务”便毫无意义。

综上,对于间接故意犯罪甚或是所有犯罪而言,无论是犯罪过程中,还是犯罪既遂后,都没有“履行前行为引起的作为义务”的存在空间。而在认定间接故意犯罪时,应当从整体上把握其成立过程,切不可将其成立过程分割为不同阶段,并在此基础上人为地构造“作为义务”,进而要求行为人承担该“无中生有”的作为义务。总之,不纯正不作为犯的前行为不应该包括间接故意犯罪行为,即间接故意犯罪行为也不能成为不作为犯罪的作为义务来源。

(三)不纯正不作为犯的前行为排斥过失犯罪行为

不纯正不作为犯的前行为,不仅排斥故意犯罪行为,而且排斥过失犯罪行为。

过失犯罪要求危害结果的现实发生,而既然危害结果已经发生,就再无“防止危害结果”发生的可能,从而“作为义务”就变得毫无意义。因此,如果还有“作为义务”一说,则难道已经形成的刑事责任居然可以拿掉?可见,在行为人过失犯罪成立后,要求行为人承担因过失犯罪行为引起的防止危害结果扩大的作为义务,是不现实的。如果要求过失犯罪行为承担“防止危害结果扩大”的作为义务,这就相当于在要求行为人承担过失犯罪刑事责任的基础上,又同时要求行为人承担防止危害结果扩大的作为义务,并且这一义务最终指向的是另一个刑事责任,即当过失犯罪行为人不履行防止危害结果扩大的义务时,又将成立新的不作为犯罪。易言之,过失犯罪成立意味着危害结果发生,等待行为人的只能是过失犯罪刑事责任的承担。如果行为人实施了防止危害结果扩大的行为,则证明行为人悔罪态度好,可以从轻处罚;如果行为人不仅没有实施防止危害结果扩大的行为,反而对危害结果的扩大持事后希望或放任态度,则应该在量刑范围内酌情从重处罚。但是无论如何,都不应在割裂过失犯罪的整体过程的基础上,又通过对行为人过失犯罪所造成的危害结果假借所谓的“作为义务”而进行重复评价,进而在行为人不履行该“作为义务”时,又得出行为人还需再承担不作为犯罪责任的结论。有学者指出,过失犯罪与过失违法行为一样,都可以成为作为义务的根据。如行为人过失致他人受伤,在具有死亡危险时,行为人故意不救助而导致他人死亡的,成立不作为的故意杀人罪。^[39]实际上,在前例中,能够肯定行为人成立故意杀人罪,但没有必要通过过失犯罪与过失违法行为产生作为义务来得出结论,而是可通过竞合犯理论来解决问题,即通过过失致人重伤罪与(间接)故意杀人罪的想象竞合且采用“择重处罚”来定罪量刑。至于张明楷教授指出的,既然刑法理论肯定过失的一般违法行为可以成为作为义务的发生根据,那么就没有理由否认过失犯罪可以成为作为义务的发生根据,^[40]

在本文看来,张明楷教授采用的是一种“举轻以明重”的定罪思维,但正因为过失犯罪所产生的已经是刑事责任,而过失的一般违法行为只产生民事责任或行政责任,故过失犯罪无需且不应再假借某种作为义务而生成另一个刑事责任。过失的一般违法行为可以被肯定为不纯正不作为犯的前行为,亦即其可产生不纯正不作为犯所要求的作为义务,但过失犯罪却不能。

可以肯定的是,在把过失犯罪行为所造成的危害结果进行切割后创设“作为义务”,进而当行为人不履行该“义务”时得出成立不作为犯罪的结论,其实质是对过失犯罪行为所造成的危害结果进行重复评价的基础上,又使行为人承担“不履行防止危害结果扩大义务”的不作为犯罪责任,亦即使得过失犯罪行为承担“重复责任”或“重叠责任”。可见,在过失犯罪本身成立后,甚至是所有犯罪成立后,要求行为人负担防止危害结果扩大的义务,在逻辑上难经推敲,同时也将使得犯罪包括故意犯罪和过失犯罪陷入“罪刑无穷尽也”的怪圈:当某一行为构成犯罪并造成危害结果时,行为人不仅需要承担相应的刑事责任,而且在危害结果出现的同时又要承担防止危害结果扩大的义务,并且如不承担该义务造成危害后果扩大时,则又成立不作为犯罪;而在成立不作为犯罪后,“防止已经扩大的危害后果再扩大”的作为义务又开始发挥作用,如还不履行该义务,则再次成立不作为犯罪,以此类推,循环不止。如果肯定“犯罪行为能够成为前行为”,即犯罪行为能够成为不纯正不作为犯的作为义务来源,则将会出现作为义务的“环环相生”,从而使行为人的刑事责任“源源不断”,进而造成行为人命运的“险象环生”。可见,不仅应当否定行为人过失犯罪后负有“履行防止危害结果扩大”的作为义务,而且应当否定所有犯罪后负有“履行防止危害结果扩大”的作为义务,除非刑法立法有着“万不得已”的考量。

综上,过失犯罪也不应该成为不纯正不作为犯的作为义务来源,即过失犯罪不应属于不纯正不作为犯的前行为。在过失犯罪已经成立,即危害结果已现实发生的情况下,除非刑法明文规定将过失犯罪行为人不履行作为义务造成更严重后果作为结果加重犯予以处罚,如交通肇事后逃逸加重处罚的规定,行为人在犯罪后未实施防止危害结果发生或扩大行为的,均不能成为行为人另构不作为犯的缘由。如果行为人实施了防止危害结果扩大的行为,则可在量刑中予以考量,但不应将其视为“履行前行为引起的作为义务”。

当把犯罪行为包括故意犯罪行为和过失犯罪行为设定为不纯正不作为犯的义务来源,意味着原本是并列且对立的禁止性刑法规范与命令性刑法规范便“共存”于一个完整的行为事实所对应的同一个因果流程中,从而造成禁止性刑法规范与命令性刑法规范的混淆不清,正如陈兴良教授所指出的,作为与不作为是一种对立关系,一个犯罪行为不可能同时包含作为与不作为。^[41]当禁止性刑法规范与命令性刑法规范混淆不清,意味着在不纯正不作为犯的场合,刑法在规范品性上将发生“义务性畸变”和“蛮横性强化”。而就在刑法规范发生“义务性畸变”和“蛮横性强化”的背后,发生着支配理论的强势误导。具言之,“支配”是一个权力概念,而赋予一个人权力,意味着赋予他自由,即自由选择如何行使权力、是否行使权力。^[42]于是,有权力的人便拥有“行动自由”。相反,义务意味着“行动不自由”,且违背义务将产生制裁效果。^[43]可见,当从“支配”中推导“义务”,则意味着从“权力的自由”中推出“义务的不自由”。但是,“因为你有权力(自由),因此你有义务(不自由),是一个不能存在的逻辑矛盾”。^[44]当支配是一个纯粹事实性的描述概念,而保证人义务是一个“规范性的陈述”,则从支配这一描述性概念出发求取义务这一规范性概念,就犯了从“实然”导出“应然”的自然主义谬误。^[45]可见,支配理论的强势误导及其“义务要求”的谬误,将滑向危险的实质犯罪论,且体现为违背罪刑法定原则中的类推定罪,故其最终的问题便集中在权利保障或自由确认上。

无论是故意犯罪,还是过失犯罪,都形成于行为人对法益状态的错误支配。而当行为人对法益状

态的错误支配已经构成犯罪且有待追究刑事责任,则要求行为人对已经完成的错误支配再来个正确支配或纠错支配,就必然造成刑法在其规范功能上的自相矛盾,从而使得支配理论在不纯正不作为犯中也无法展开话语逻辑。

五、代结语:不纯正不作为犯的前行为只能是一般违法行为

在作为义务来源上,不纯正不作为犯罪与纯正不作为犯罪存在区别。纯正不作为犯罪的作为义务,纯粹来源于法律的明文规定,即其纯粹是“法定义务”;而不纯正不作为犯罪的作为义务,除了来源于法定义务或业务义务或职业义务,还来源于前行为,但该前行为首先不包括合法行为,再就是不包括犯罪行为,而只能是介于合法行为与犯罪行为之间的一般违法行为。只有一般违法行为才能构成不纯正不作为犯罪的作为义务来源。一般违法行为与犯罪即严重违法行为之间存在“质”的界限或差别,但一般违法行为可以在一定条件下“质变”为犯罪即严重违法行为。当一般违法行为呈现出在一定条件下“质变”为犯罪即严重违法行为的危险态势,则行为人便负有义务来阻止该危险态势,毕竟该危险态势系其先前的违法行为所造成的,而用通俗的话说,行为人不应“一错再错”——既然“再错”即不阻止危险态势的进一步发展或恶化,亦即任由法益危险的实害化,则其便要承担“再错之责”即不作为的刑事责任。由此,在一般违法行为构成不纯正不作为犯罪的作为义务来源这一命题的背后,所潜藏的是这样的基本法理:行为人对行为负责包含着对行为的最终结果负责,即包含着对未阻止法益危险实害化或现实化负责。可见,将不纯正不作为犯罪的作为义务来源限定为一般违法行为,便符合预防犯罪即将一般违法行为抑制在“一般违法”状态的规范旨趣。

不纯正不作为犯的等价性是犯罪构成事实的等价,其作用在于通过等价性的判断来限制不纯正不作为犯的处罚范围,维护罪刑法定主义。^[46]当不纯正不作为犯的罪质是前行为人不履行阻止义务而“加剧”或“恶化”前行为已经产生的法益危险而成,亦即不纯正不作为犯是已经具有法益危险的前行为通过“量变引起质变”而成,则前行为与最终形成的不纯正不作为犯之间便存在着“差价性”,而此“差价性”只有通过一般违法性与犯罪性即严重违法性的对比才真正有意义。“差价性”能够实质地说明将不纯正不作为犯的前行为设定为一般违法行为的可能性与必要性。既然“比例原则在哪里得到了严格实施,哪里自由、平等、博爱就会兴盛”,^[47]则将一般违法行为设定为不纯正不作为犯的前行为,也可得到比例原则的支撑。世界上越来越多的国家或组织已经开始将比例原则写入宪法或相关法律文本之中。^[48]至于在刑法领域,比例原则对于贯彻法益保护原则则具有方法论的意义。^[49]由此,一般违法行为人可被期待不将其一般违法行为“恶化”为犯罪即严重违法行为,因为其通常还有“积极作为”的时空条件,而一个已经犯了罪的人几乎不可被期待去消除业已招致的法益危险或已经造成的法益实害,因为不仅事态通常无法挽回,而且逃避追究通常是其第一反应。因此,将已经产生刑事责任的犯罪行为作为下一个不作为犯罪的作为义务来源,因有违“法律不强人所难”而不具有期待可能性。^[50]此外,“差价性”也意味着“可支配性”,而此“可支配性”实即前行为与后结果之间的“因果性”。在不纯正不作为犯中,只有当前行为是一般违法行为,才能形成前述“差价性”“可支配性”和“因果性”,因为前述“差价性”“可支配性”和“因果性”正是前行为人“作为义务性”或“保证人性”的形成基础与体现平台。易言之,只有一般违法行为才能为不纯正不作为犯提供作为义务的逻辑预设,且此逻辑预设实质上正是“保证人”的地位预设,因为只有一般违法行为才有可能进一步“沦陷”为严重违法行为即犯罪,而一般违法行为人正是阻止此“沦陷”的“保证人”。

本来,“不作为”就曾长期被视为刑法领域中的“怪物”,其在刑法制度中的扩展是“自由国家”向

“社会法治国家”过渡的表现。^[51]不纯正不作为犯的义务来源及其延伸出来的保证人与前行为,是不纯正不作为犯的法教义学所要解答的基本问题。而当我们把正当的规范目的视为刑法教义学的“义”,即规范目的的正当性是刑法教义学的“义性”所在,^[52]则我们对不纯正不作为犯基本问题的法教义学解读,也将自觉地采取“总体限缩”的立场且谨守罪刑法定原则或罪刑法定主义。

注释:

- [1][23][24][34][35][40]张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2021年,第196-203页。
- [2][意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理(注评版)》,陈忠林译评,北京:中国人民大学出版社,2004年,第126-127页。
- [3][日]西田典之:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,北京:法律出版社,2013年,第97页。
- [4][16][18][32][33][39]贾宇主编:《刑法学》,北京:高等教育出版社,2023年,第126-128页。
- [5]陈兴良:《不作为犯论的生成》,《中外法学》2012年第4期。
- [6][8][9][10][11][12][13][15][21][22][30][31][43]许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,北京:法律出版社,2008年。
- [7]Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003, § 32, Rn. 17 ff.
- [14][27][28][29]Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 288-294.
- [17]陈兴良主编:《刑事法评论》第3卷,北京:中国政法大学出版社,1998年,第215页。
- [19]石经海主编:《中国刑法学总论》,北京:中国人民大学出版社,2023年,第127页。
- [20]刘艳红:《刑法学》,北京:北京大学出版社,2016年,第110-111页。
- [25]何庆仁:《义务犯研究》,北京:中国人民大学出版社,2010年,第64页。
- [26][45]徐万龙:《不作为犯中支配理论的法教义学批判》,《现代法学》2019年第3期。
- [36]蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,台北:元照出版公司,2008年,第223页。
- [37]尚勇:《“先行行为引起作为义务”的限定》,《西南政法大学学报》2018年第3期。
- [38]张明楷:《不作为犯中的先前行为》,《法学研究》2011年第6期。
- [41]陈兴良:《本体刑法学》,北京:中国人民大学出版社,2017年,第210-211页。
- [42][44]许玉秀:《当代刑法思潮》,北京:中国民主法制出版社,2005年,第728页。
- [46]赵秉志、王鹏祥:《不纯正不作为犯的等价性探析》,《河北法学》2012年第10期。
- [47]David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 172.
- [48]刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期。
- [49]张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017年第7期。
- [50]张明楷:《刑法格言的展开》,北京:北京大学出版社,2013年,第396-409页。
- [51]陈忠林:《意大利刑法纲要》,北京:中国人民大学出版社,1999年,第93-94页。
- [52]马荣春:《刑法教义学的“义”:何物、何在与何为》,《学术界》2023年第12期。

[责任编辑:邹秋淑]