

不阻止他人犯罪的刑事责任

黎 宏*

内容提要 现实当中发生的不阻止他人犯罪案件,有相当部分可以认定为作为共犯。在行为人以言语、动作、眼神乃至默示等方式指示、放任正犯犯罪时,都可以作为共犯论处。在判断不阻止行为到底是作为还是不作为时,必须结合不阻止行为实施当时的特定时空环境,考虑行为人与未被阻止的他人、行为人与被害人之间的亲密关系等因素,从物理和心理的两个方面进行。只有在难以将不阻止行为处理为作为共犯的时候,才可以将其认定为不作为共犯;判断不阻止行为是否成立不作为共犯时,必须从行为人是否具有法益保护义务和危险源监视义务入手,根据结果回避可能性的要求,判断其不阻止行为是否具有成立不作为共犯的实行行为性,然后才能将不阻止行为论以相关犯罪的共犯即帮助犯。

关键词 不阻止他人犯罪 作为共犯 作为义务 结果回避可能性 行为支配

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2020.04.011

一、问题意识

本文所称的不阻止他人犯罪包括两种情形:一是不阻止与自己有关的他人的犯罪行为,即明知与自己有特定关系的人在实施犯罪而不制止。如看见自己的孩子在实施杀人行为,能够阻止而不阻止;或者看见一起实施犯罪的同伙超出事先约定的范围,实施其他犯罪时,能阻止而不阻止的场合,就是如此。二是不阻止与自己有关的他人所面临的犯罪侵害,即明知与自己有特定关系的人正在遭遇他人的不法侵害却不制止。如看见自己过继来的幼子正在被他人殴打,能够制止而不制止,以致幼子被他人打死的场合就是如此。上述两种情形,可以出现在同一个案件当中。如轰动一时的“洛阳虐童案”就是其典型。被告人刘某利系被害人刘某某(时未满2周岁)之母,刘某利在与被告人赵某飞非法同居期间,赵某飞由于嫌刘某某哭闹,曾以透明胶带捆绑、扇耳光、烟头烫等方式对刘某某进行虐待,但刘某利均未制止。2015年9月18日晚,赵某飞用浴巾将刘某某捆作一团,提住腰部头朝下倒立在床边半个小时左右,致刘某某重伤,构成一级伤残。本案中,被告人赵某飞的行为无疑构成故意伤害罪,而刘某某的母亲刘某利的行为该如

* 清华大学法学院教授。本文系2015年度国家社科基金项目“不真正不作为犯之重构研究”(项目批准号:15BFX084)的研究成果。

何处理?对此,河南省洛阳市中级人民法院认为,被告人刘某利作为其幼女的法定监护人,有义务保护其幼女免遭伤害,在赵某飞故意伤害其幼女时,她有能力采取保护措施却未采取,且多次放任赵某飞伤害行为的发生,并造成严重后果,因此,与赵某飞构成共同犯罪。赵某飞是主犯,刘某利系从犯,判处刘某利有期徒刑10年。^①本案中,被告人刘某利的行为就是典型的不阻止他人犯罪。其既没有阻止与自己非法同居者的赵某飞的伤害行为,也没有阻止自己幼女免遭他人伤害,故被判定为故意伤害罪的从犯。

问题是,刘某利的行为是如何被认定为故意伤害罪的呢?其中,可以细分为三个问题:一是,刘某利身为被害人的母亲而见危不救的行为,可以说是不履行抚养义务、情节恶劣的行为,从《刑法》第261条的规定来看,应当构成遗弃罪,但法院为何对其认定为通常被视为作为犯的故意伤害罪,而没有认定为通常被视为不作为的遗弃罪?二是,按照不作为犯论,刘某利不履行救助义务的行为应当单独定罪,但判决为何要将其与正犯赵某飞的行为联系在一起,认定为故意伤害罪的共犯?三是,如果说身为特定义务人的刘某利的不救助行为构成故意伤害罪的不作为共犯的话,那么,到底构成正犯还是从犯(帮助犯)?

以上三个问题归结起来,就是对不阻止他人犯罪的行为该如何定罪处罚?虽说在刑法理论上,其主要涉及不作为共犯问题,^②但实际上并不仅限于此。近年来,随着规范论和法益论的勃兴,在不作为犯特别是不阻止他人犯罪的不作为参与领域,以规范论为基础的义务犯论和以法益论为基础的支配犯论之间展开了激烈的交锋,其核心内容归结起来就是,不阻止他人犯罪的,到底是成立正犯还是从犯?义务犯论者认为成立正犯;而支配犯论者认为原则上成立共犯即帮助犯。^③的确,眼见落水幼子在水中挣扎而不出手相救的父母,若不论以故意杀人罪便无法处理;但相反地,眼见自己幼女遭人性侵而不制止的父亲一律构成强奸罪的正犯,又难免跨越太大。因此,对不阻止他人犯罪行为的探讨具有深化义务犯论与支配犯论的理论价值。

从司法实践角度来看,不阻止他人犯罪的探讨还涉及作为与不作为的区分和作为犯与不作为犯的划界。因为,作为与不作为尽管名称上截然对立,但内容上并非水火不容,二者完全可以消融在同一不履行义务行为当中。如拒绝履行抚养义务的行为,既可以表

① 本案由于涉及未成年及隐私等问题,故本案判决书没有公开。本文中相关事实介绍,参见王琦:《“洛阳虐童案”宣判 施暴者被判无期 孩子生母获刑10年》,载《河南商报》2017年4月15日,第A03版。

② 理论上讲,不作为共犯问题包括三种类型:一是不作为犯的共犯(教唆),如教唆母亲采用不喂奶的方式杀婴的场合;二是不作为方式的共犯(帮助),如父亲不阻止第三人杀害自己的孩子,以及不阻止自己的孩子杀害第三人的场合;三是不作为的共同正犯,如父母看见孩子落水,相互商量,不予救助的场合。尽管具有打消他人的犯罪念头的作为义务,但由于他人犯罪念头的打消,几乎不可能通过不作为的方式实现,因此,不作为的教唆难以想象。两个以上具有作为义务的人,经过谋议,不为所期待行为的时候,理论上成立不作为的共同正犯(同时犯)。但这种情形,因为存在共同谋议,将其理解为共谋共同正犯也未尝不可。本文仅探讨上述第二种类型。

③ 相关内容,参见何庆仁:《义务犯论》,中国人民大学出版社2010年版,绪论部分;曾文科:《论不作为参与——以“管辇”为轴展开》,载《研究生法学》2011年第6期,第87页以下;周啸天:《义务犯理论的反思与批判》,载《法学家》2016年第1期,第148页以下;何龙:《不阻止他人故意犯罪的行为人性质认定》,载《中外法学》2017年第6期,第1477页以下。

现为对被害人不予照顾、不提供生活来源的不作为,也可以表现为驱赶、逼迫被害人流离失所的作为。而且,从实际生活来看,不阻止他人犯罪经常伴随有行为人鼓励、支持或者默认他人犯罪的积极身体举动,这种伴随有积极身体举动的不阻止他人犯罪的行为到底是作为还是不作为?

本文试从上述问题意识出发,结合作为与不作为的区分基准,根据国内外司法实践中的相关判(案)例以及学说,对不阻止他人犯罪的刑事责任问题进行探讨。

二、不阻止他人犯罪与作为共犯

不阻止他人犯罪并不一定都构成不作为共犯,也有可能构成作为共犯。在不阻止者以言语、眼神甚至默示等方式鼓励他人或者为他人犯罪提供帮助时,尽管外在形式表现为不阻止即不作为,但实际上完全可以作为共犯处理。以下从作为与不作为、作为共犯与不作为共犯的两个方面对此进行分析。

(一) 作为与不作为的区分

在将不阻止他人犯罪作为不作为共犯问题探讨之前,首先必须审视单独犯的场所,作为与不作为之间的区分。作为与不作为的区分理论上一直存在分歧,^④但本文认为,还是应当从行为构成即行为自身对外界影响的角度来进行判断。从此角度来看,作为是行为人主动引起某种外界变动,而不作为则是行为人不制止某种已经现实存在的外界变动。结合法益概念来说,所谓作为,就是使现实中平稳或者渐趋平稳的法益状态恶化或者加剧其恶化;而所谓不作为,则是不阻止正处在危险状态中的法益状态进一步恶化。^⑤现实生活中有许多这样的案例。如某甲落水,在水中挣扎,岸上有人向某甲扔下一个救生圈,眼看某甲快抓到救生圈的时候,岸边的某乙用木棍将救生圈拨开,致使某甲溺水死亡,某乙的行为就是作为。因为,落水的某甲在快要抓到救生圈的时候,其生命法益行将趋于平稳、安全状态,但是,某乙将救生圈拨开的行为,使得某甲生命法益趋向平稳的状态遭到了破坏,因而属于作为。相反地,在某乙远远看见有人落水,于是跳下水救人,靠近发现,落水者原来是自己的仇人某甲,就放弃了救助的念头,返身折回,某甲因此身亡,某乙的行为应当是不作为。在这里,落水本身是导致某甲生命法益状态恶化的原因,某乙的不救助行为并没有加剧这种状态,而只是没有阻止其进一步恶化而已。^⑥按照上述理解,我国实务当中很多所谓不作为的案例,其实都属于作为。^⑦常见的如交通肇事者将

^④ 参见黎宏:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第14页以下。

^⑤ 参见黄荣坚:《基础刑法学(下)》(第3版),中国人民大学出版社2006年版,第447页;高橋則夫『刑法總論』(成文堂,第3版,2016年)82頁;井田良『講義刑法学·總論』(有斐閣,第2版,2018年)151頁;松原芳博:『刑法總論』(日本評論社,2013年)84頁。

^⑥ 需要注意的是,在这里,因为救人者和落水者之间还没有形成稳定的生存依赖关系。如果救助行为已经达到使被救助者能够获救的程度,如已经将落水者抱住拖至岸边,突然发现是仇人,然后放弃的,则该放弃或者说中止救助的行为,就应当是作为了。

^⑦ 参见黎宏:《排他支配设定:不真正不作为犯的现状与出路》,载《中外法学》2014年第6期,第1573页。

被害人转移到路边难以被人发现的草丛里的场合；家人将神志不清、行动不便的老人带至野兽出没的深山荒野或者少有人烟的冰天雪地的场合；在他人处于亢奋状态时，激起或者强化他人的自杀情绪，造成他人自杀身亡结果的场合；^⑧在他人因为服毒生命处于危险状态时，对前来救助的人谎称其感冒，不用送医，耽误了救助时机，以致他人身亡的场合；等等。

实际上，作为与不作为之间只是观察问题的角度不同，二者之间可以并存。换言之，一个人的身体现象，可以同时是作为，也是不作为。特别是在我国刑法中，并没有处罚不真正不作为犯的明文规定，加之从犯罪构成的角度来讲，作为犯没有主体身份要求，而不作为犯则有主体身份要求，即只有具有作为义务者才能构成。因此，实务当中出现作为与不作为交织在一起难以区分的场合，可以首先考虑成立作为；只有在不成立作为时，才需要进一步考虑成立不作为的可能性。^⑨成立不作为的，基本上是那些难以成立作为的场合。如就母亲通过不喂奶的方式杀害婴儿的事实而言，确实，母亲不给嗷嗷待哺的婴儿喂奶，就是不为一定应该做的行为，属于不作为；但是，现实当中，婴儿饿的嚎啕大哭，而母亲坐在旁边熟视无睹的情形恐怕并不多见。这种情形下，我们完全可以考虑在此期间，母亲有何作为？如母亲将婴儿放在没人照料的房间里，自己外出旅游数天后归来，致使孩子因饥饿导致生命体征消失的场合，可以说母亲的行为是“饿死”孩子的作为；或者母亲嫌孩子哭闹心烦，将枕头压住幼子口鼻致其窒息而亡的场合，可以说母亲的行为是“捂死”的作为。总之，不能因为行为人具有某种身份或者义务，没有履行义务、职责就一概将其认定为不作为，这样只会造成我国刑法中并没有明文规定的（不真正）不作为的滥用。

当然，对于一些极端案件论以作为的话，会有评价不足、罚不当罪的不妥。如在被告人带领数名小孩到岩壁陡峭的山上摘杨梅，途经一水坑附近时，有两名小孩掉入其中，被

⑧ 例如，在“李家波故意杀人案”中，被告人李家波因不救助在其宿舍里服毒的女友，而被认定为不作为的故意杀人罪。浙江省金华市中级人民法院的判决理由称：原审被告人李家波与项兰临相恋并致其怀孕，在未采取措施加以妥善处理的情况下即提出与项兰临分手，并在争吵中扔打火机刺激项兰临，致使项兰临坚定服毒自杀决心的行为，也可以视为作为行为。参见浙江省金华市中级人民法院〔2000〕金中刑终90号刑事附带民事裁定书。

⑨ 参见〔日〕桥爪隆：《有关不作为与共犯的几个问题》，王昭武译，载《苏州大学学报（法学版）》2018年第1期，第126页；〔日〕堀内捷三『刑法総論』（有斐閣，第2版，2004年）55頁。就作为与不作为的区分而言，理论上争议比较大的问题是，主治医生对于没有治愈希望的病人，关掉装在他身上的人工呼吸机的行为，到底是作为还是不作为？如果将其定性为积极的断绝生命的作为，该行为就符合故意杀人罪的构成要件，难以否定其成立犯罪。相反地，若将其看作“终止持续进行的治疗行为的撒手行为”，就可以将这种终止治疗的行为视为不作为。认定为不作为的益处是，按照保证人说，关掉呼吸机的行为，只在行为人具有刑法上继续治疗义务的场合，才符合故意杀人罪的构成要件。将关掉呼吸机的行为理解为不作为，在尊重医生的判断、减少不必要的无效治疗方面有其意义。但是，未经患者同意或者推定同意而关掉其呼吸机的行为，实际上是剥夺患者生命的行为，将此放在排除违法事由阶段、而不是构成要件符合性阶段进行深入全面考虑或许更为合适。从此意义上讲，笔者认为，关掉呼吸机的行为还是应当认定为作为。在德国，以关掉呼吸机行为为契机，有关作为与不作为的区分，有力说提倡“违法评价重点说”。但何谓“违法评价重点”尚不清楚。参见吕翰岳：《作为与不作为之区分的目的理性思考——以德国判例与学说为借镜》，载《环球法律评论》2017年4期，第100页。

告人尽管会游泳,但因害怕承担赔偿责任而未实施任何救援,放任小孩溺死的案件^⑩中,若要将被告人的不救助认定为作为的话,便只能将被告人带领被害人去危险地带摘杨梅的行为认定为引起法益侵害危险的行为即作为。但这种做法会有两个疑问:一是将故意杀人罪的着手大幅度提前至带人去危险地方的时点。此时,若没有出现小孩溺亡的结果,是不是据此要认定被告人的行为构成故意杀人未遂呢?二是即便将被告人带小孩去山上的行为认定为杀人的着手,但其当时显然不会预见或没有认识会发生死人的结果。从行为与责任同在的角度来看,即便说被告人将被害人带至危险地方的作为具有致人死亡的危险,但最多也只能评价为过失致人死亡。而这种评价没有考虑孩子落水之后,被告人能救而未救的事实,显然有评价不足之感。

(二) 作为参与与不作为参与的区分

与不履行作为义务的单独犯有作为犯与不作为犯之分一样,不履行义务的共犯也能进行类似区分。即在共同犯罪的场合,为他人的犯罪提供方便的作为行为,不要求是积极的言行。因为就帮助犯而言,为他人犯罪提供方便,不仅指提供凶器、消除障碍之类的物理方便,也包括能够强化实行犯的犯罪意思的言行,即精神鼓励。^⑪如就上述“洛阳虐童案”而言,如果有这样的情形,即刘某利在赵某飞对其小孩实施捆绑并倒挂起来的行为时,有向加害人点头表示赞赏的动作,或者有指挥加害人将被害人挂在什么地方、提醒其要注意什么的言语时,这些动作、言语在当时的情景下若具有促进、强化赵某飞实行行为的效果,当然应当以作为的帮助犯看待;即便是在被害人哭闹时,其母亲刘某利有吓唬被害人说“别闹了,再闹叔叔将你挂起来”的言语,从而激起或者强化了赵某飞的伤害念头时,也可以作为共犯即教唆犯对刘某利进行处罚。总之,不履行作为义务的行为也能构成作为共犯,有关作为共犯的判断,不能脱离行为实施时的具体情况,即行为所针对的对象、行为的时间、地点、当时的氛围、行为人在组织中的地位作用等各种因素。^⑫如此说来,以下情形,都属于作为形式的帮助:如在团伙聚众意欲围殴他人时,众人将被害人团团围住,但迟迟没敢动手。站在一旁的团伙老大瞪了其中一个下属一眼,该下属赶紧上前殴打被害人,其他围观者也一哄而上,将被害人围殴致死的场合,尽管老大只有“瞪眼”这样一个似乎微不足道的动作,但从老大在组织中的地位、作用以及当时的情形和以后的结果来看,老大的“瞪眼”行为足以被评价为故意伤害(致死)罪的作为行为;在被告人准备实施犯罪但思前想后、犹豫不决时,听其倾诉的友人说了一句“大丈夫当出手时要出手”,于是被告人立即出门对特定对象实施了抢劫行为时,该“大丈夫当出手时要出手”的话语强化了被告人的犯罪意思,属于作为的精神帮助;当行为人听说他人准备杀人时,不仅不予阻止,反而主动悄悄地到室外替其望风,该望风行为属于作为的片

^⑩ 参见浙江省台州市中级人民法院(2014)浙台刑一终188号刑事判决书。

^⑪ 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第175页;张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第419页;冯军、肖中华主编:《刑法总论》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第369页。

^⑫ 参见前注^④,黎宏书,第79页。

面帮助。总之,上述诸如此类的行为,尽管在整个犯罪过程中难以察觉,似乎微不足道,但就当时的特定情境来看,若注定具有影响整个犯罪因果进程的作用的话,就应当认定为作为共犯。

在以作为共犯来定性不阻止他人犯罪行为时,要注意的是,有些场合,不仅涉及不阻止行为是作为还是不作为的区分,而且还涉及该行为是否属于为他人犯罪提供了帮助或者便利的判断。如在他人准备实施抢劫的时候,行为人送给其一顶鸭舌帽和一双袜子的行为是不是作为帮助,存在争议。日本判例认为,提供鸭舌帽和袜子的行为,除非是在物理或者心理上能够促进抢劫的极为特殊的场合,不得认定为抢劫的帮助犯。^⑬所谓特殊场合,如就抢劫犯而言,其所提供的物品属于让被抢劫的对方感到心理恐惧的特殊标志(如某江湖大盗以行动时嘴叼黑玫瑰或者戴独眼眼罩为标志,被害人见到这个标志会心生恐惧、落荒而逃),或者就犯人和被害人之间的关系而言,该帽子或者袜子具有某种特殊意义(如该帽子或者袜子是被对方杀害的亲人的生前用品,带上它就意味着此举是为死去的亲人复仇),提供帽子和袜子,可以为行为人的抢劫行为提供心理支持,能够视为作为帮助。^⑭相反地,在他人以开设洗浴场所之名设立卖淫嫖娼场所时,行为人送上“开店志庆”或者“开张大吉”之类的祝贺牌匾或者花篮时,即便行为人了解实情,但只要说这种程度的人情往来不会对他人的业务活动具有特别的促进作用,或者对他人是否开店产生心理影响的话,就很难说这种送花篮或者牌匾的行为具有促进卖淫嫖娼的违法活动的效果。

问题是,行为人对于他人的犯罪只是容忍或者默认的场所,据此是否可以认定为作为共犯?对此,我国学界有两种完全相反的见解:肯定说以精神支持说为根据,认为不管行为人表面上是作为(积极参与、予以协助)还是不作为(不予制止、袖手旁观)，“在场”这种事实本身具有对被害人造成心理压力或者恐惧的效果,从而与行为人构成共同犯罪。^⑮否定说则认为,当实行犯实施超出谋议的行为时,在场的共犯人倘若没有通过言语、动作、眼神等对实行犯进行心理鼓励,仅凭其“在场”事实,无论如何不可能构成共犯。

上述两种见解中,显然否定说更为合理。“在场”本身应当是一种中立的事实,其有可能会对被害人造成心理上的压力,也可能为其他共犯提供心理上的支持,但作为在场的行为人本身若没有这种主观意图的话,无论如何不能因为其偶然在场的事实,就认定其行为构成对其他共犯人的帮助。若说在场者具有为其他人提供心理帮助的意图,则这种心理意图一定要通过某种方式表达出来。在此意义上讲,否定说的见解有道理。但在场者的心理鼓励是不是一定要通过言语、动作、眼神等表达?是不是存在默示的或者说暗中的鼓励?对这种情形该如何认定,值得探讨。

关于这一问题,日本著名的“贴身随扈事件”的判例见解值得借鉴。案件事实是,

^⑬ 大判大正4年8月25日刑録21輯1249頁。

^⑭ 成瀬幸典、安田拓人編『判例プラクティス刑法Ⅰ総論』(信山社,2010年)331頁。

^⑮ 参见陈兴良:《刑法适用总论》(上卷),法律出版社1999年版,第503、504页;赵丰琳、史宝伦:《共犯过限的司法认定》,载《司法适用》2000年第3期,第39页。

被告人 X 是某黑社会组织的会长助理兼 B 组的组长。B 组为其配备了数名专属贴身随扈,在 X 外出期间与其朝夕相处,全程护卫。X 准备到东京游玩,并将此意思传达给了兼任组长秘书的 Y, Y 将这个�息告诉了在东京负责接待的 V,并命令贴身随扈 Z 等随扈。接到消息的 V 就让 W 等准备手枪等。W 马上着手准备了 5 支手枪以及子弹,交给其随扈们。X 到东京之后,随扈们分乘 5 辆汽车,组队在东京市内移动。在 X 游玩之处和汽车移动时,由秘书等提供贴身护卫,外围则由带枪的随扈们担任警戒,集体行动。在 X 等游历完毕准备回宾馆的路上,被警察拦住,在随后进行的搜查中,从 X 所乘车辆后方的随扈车中,发现了 3 把手枪等, X 等作为现行犯被抓获。一审、二审认定,随扈和被告人 X 一道成立非法持有枪支罪的(共谋)共同正犯。^{①⑥} X 不服,提起了上诉,理由是, X 并没有任何让随扈们携带枪支的明示意思表示,何以能认定其构成以“谋议”这种作为为必要的共谋共同正犯?

对此,日本最高法院以“默示的意思联络”概念为根据,认定上述判决妥当。理由是, X 尽管没有指示、命令之类的作为即明示的意思表示,但 X 对贴身随扈当中必定有人携带枪支的事实具有确定的认识和容忍,贴身随扈们也知晓 X 具有这种认识和容忍,据此可以认定 X 和随扈之间具有默示的意思联络。另外,随扈们之所以携带枪支,是为了给 X 提供护卫,并且在这次出行当中,带枪的随扈们自始至终伴随在 X 身边, X 对他们具有指挥命令权。据此可以认定 X 对随扈们带枪与之同行的事实具有强烈的心理支配力和影响力,因此, X 和随扈们就带枪一事具有“默示的意思联络”,由此可以认定其构成非法持有枪支罪的共谋共同正犯^{①⑦}。

这种基于“默示的意思联络”概念而将“默认”认定为作为的分析方法,在另外一个日本判例中被发挥到了极致。两名被告人与同事兼朋友的后辈 X 一起从下午 1 点半开始喝酒直至傍晚, X 尽管当时已经大醉,但仍提议换地方再喝。在前往下一场酒会地点的途中,一名被告人还对 X 的状况表示了担心。三人到达目的地之后,因为距离开店还有一段时间,便钻进 X 的车里坐等。X 向二被告人提出“出去兜一圈再回来?”其中一名被告向 X 点头同意,另一名被告也应声说“好吧!”于是, X 在因酒精影响难以正常驾驶的状态下启动车辆,以时速 100 到 120 公里的速度在路上行驶,结果窜入对向车道,与两辆正常行驶的车辆相撞,造成对方 2 人死亡、4 人负伤的后果。两被告人在乘坐 X 驾驶的汽车过程中,对 X 没有任何制止行为,而是一直默认其驾驶。对此,日本最高法院认为,从被告人和 X 的关系、X 向两被告人询问是不是可以驾驶本案车辆兜风的过程,以及两名被告人对 X 的应答态度来看,可以说,就 X 驾驶本案车辆一事而言,其向两名身为前辈且一起乘车的被告人征求意见,并得到其同意的事实成为本案发生的重要契机;同时,两名被告人明知 X 因为酒精的影响而处于难以正常驾驶状态的情况下,仍然同意 X 启动本案车辆,并乘坐其中。两名被告人的这种同意以及持续默认的行为,强

^{①⑥} 东京地判平成 12 年 3 月 6 日刑集 57 卷 5 号 575 頁;东京高判平成 13 年 10 月 16 日刑集 57 卷 5 号 586 頁。

^{①⑦} 最决平成 15 年 5 月 1 日刑集 57 卷 5 号 507 頁。

化了X的驾驶意思,明显使得X的危险驾驶致人死伤罪的实施变得容易,因此,两被告人的行为成立危险驾驶致人死伤罪的帮助犯。^⑮

本案一审法官将该案两名被告人的行为拆为两段,认为前段即X向两名被告人征求驾车兜风意见时,二人表示同意的行为为作为;后段即两被告不制止X酒后驾驶的行为为不作为。但在日本最高法院的判决中,没有提及不作为问题,而是以“两名被告人的同意以及持续默认的行为,强化了X的驾驶意思,明显使得X的危险驾驶致人死伤罪的实施变得容易”一笔带过,这样说来,日本最高法院将前面的同意行为和后面的默认行为看作为一个整体,综合评价为“作为”。当然,就本案而言,作出这种认定,有两个重要细节值得注意:一是两名被告与X之间的关系。从日本职场文化的现状来看,X身为职场上的后辈,没有经过前辈即两名被告的同意,是不可能擅自带二人在二次酒会之前先去开车“兜一圈”的;二是二被告人的同意表示。即在X一开始提议御寒而进入车内,之后改变主意提出兜风,并向两名被告征求意见时,两被告对此表示同意。从此角度来讲,在X启动车辆之后,两名被告不予制止即不作为的“默认”行为,实际上可以看作前面的“同意”行为即作为的延续。因此,日本最高法院将本案中两名被告人的行为一并视为作为的理解是有其道理的。这种将前面的“默认”视为作为,而不考虑后面的“不制止”行为即不作为的做法的好处是,避免了两名同事兼朋友的作为义务从何而来及如何认定的难题。

在这种不作为与作为并存的场合,仅只考虑其中的作为之做法,在我国司法实践中也不乏其例。如2015年12月14日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害生产安全刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第10条规定,在安全事故发生后,直接负责的主管人员和其他直接责任人员故意阻挠开展抢救,导致人员死亡或者重伤;或者为了逃避法律责任,对被害人进行隐藏、遗弃,致使被害人因无法得到救助而死亡或者重度残疾的,分别依照《刑法》第232条、第234条的故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。此举意味着,在发生安全事故如在矿井出现瓦斯爆炸或者透水事故之后,井下人员尚未全部升井时,地面上的相关人员本有义务和职责全力救助,但却基于某种动机,拒不提供井下尚未升井的矿工人数,或者拒不提供井下路线图,或者拒不采用有效可行的救助方案,导致抢救不及时,出现井下人员死伤的场合,可直接以上述司法解释中的“阻挠”即作为方式认定为故意杀人罪、故意伤害罪。确实,从一般人的生活经验来看,故意杀人或者故意伤害,通常是以枪击、刀砍、火烧、投毒等足以引起某种死伤结果的方式进行的,而不提供井下矿工的准确人数和矿井路线图,不采用合理的救助方案的行为,在平常或许不是什么了不得的行为,其中不会内含有致人伤亡的危险。但在矿难发生之后,救人于水火的关键时刻,任何一个细微的失误,都会导致整个拯救方案归于失败,危及井下人员的生命安危。换言之,矿难发生之后的紧急救助,相关人员若如实提供相关信息,井下的人员就能得救;相反地,若隐瞒撒谎,不提供相关信息,便会错过救人的最佳时机,井下

^⑮ 最决平成25年4月15日刑集67卷4号437頁以下。

人员可能丧生,因此,相关人员此时的不提供相关信息的不作为行为与枪击、刀砍等剥夺或者伤害他人生命、身体的“杀人”“伤害”等作为行为没有本质区别,二者可以同等对待。如此说来,上述司法解释将这种“阻挠”行为认定为杀人、伤害犯罪是有其道理的。

同时,我国的司法判例当中,也能见到这种处理方式。如在曾经引起强烈反响的“冷漠的出租车司机案”^{①⑨}中,“冷漠的哥”李某凯并非因为“冷漠”的不救助即不作为而被定罪,相反地,他明知李某臣正欲实施强奸行为之际,不仅不予以制止,却按照李某臣的指示,提供“协助”即绕路驾驶,为李某臣的犯罪实施提供时间上的方便。这种绕路驾驶的作为,成为将其认定为强奸罪之帮助犯的关键。^{②⑩}同样,在众多的明知他人喝了酒,却仍然提供车辆供他人驾驶或者放任他人驾驶的案件中,法院通常以“放任、纵容”的作为行为为由,判定行为人构成作为的共同犯罪。^⑪这种处理方式,避开了司机与乘客以及一起喝酒的同伴之间有无制止犯罪或者提供保护义务的争议,为处理不阻止他人犯罪的复杂问题提供了一条简单的道路方案。当然,正如明知被害人正感到恐惧却对其置之不理的行为,无论如何都难以认定为“胁迫”这种“作为”一样,在将不履行义务行为而导致结果发生的举动解释为作为的时候,必须遵守罪刑法定原则,考虑该作为用语所可能具有的界限,这是不言自明的^⑫。

三、不阻止他人犯罪与不作为共犯

并非所有的不阻止他人犯罪的场合都可以找到将其理解为作为的契机,或者通过“默示”之类的实质解释将其理解为作为犯。如前述“洛阳虐童案”,就所公开的事实来看,无论如何都难以将被告人刘某利的行为认定为作为犯。此时,只能将其不阻止他人犯罪的行为按照不真正不作为犯的共犯即故意伤害罪的共犯处理。

在以不作为共犯来处理不阻止他人犯罪行为时,必然要涉及以下三个问题:一是作为义务来源,二是因果关系,三是不作为参与的定性。以下分别探讨。

(一) 作为义务来源

现代社会是权利社会,不是义务社会,因此,即便是针对他人的犯罪行为,并非任何人的不阻止行为都要构成犯罪,只有从保护法益的角度来看,对保全、维持法益具有特定责任,负有防止结果发生特定义务或者地位的人即“保证人”的不阻止行为,才可以适用作为犯的条款对其处罚(不真正不作为犯)。^⑬因此,在将不阻止行为作为不真正不作

^{①⑨} 参见鹿轩:《出租机构成强奸共犯》,载《检察日报》2011年5月25日,第A07版。

^{②⑩} 参见方鹏:《论出租车载乘行为成立不作为犯和帮助犯的条件——“冷漠的哥案”中的法与理》,载《刑事法判解》2013年第1期,第71页。

^⑪ 参见江苏省淮安市淮阴区人民法院(2018)苏0804刑初384号。类似判决,参见江苏省苏州市吴中区人民法院(2019)苏0506刑初522号;重庆市第二中级人民法院(2015)渝二中法刑初00013号。

^⑫ 参见[日]桥爪隆:《不作为犯的成立要件》,王昭武译,载《苏州大学学报(法学版)》2017年第4期,第135页。

^⑬ 大谷實『刑法講義總論』(成文堂,新版第5版,2019年)130頁。

为犯的共犯进行探讨的时候,首先遇到的问题是,什么样的人可以成为“保证人”,换言之,什么样的人具有保证法益侵害结果不发生的义务?这涉及到不作为犯的义务来源问题。保证人说认为,从价值的视角来看,刑法所有的作为犯的规定中,都可解读出保证人构成要件。其中,“保证人地位”是“作为义务”的事实前提,这两个概念在一般意义上可以互换。

关于不作为犯的义务来源,学说中历来有形式说与实质说之争。形式说主要从人与人之间相互关系的角度来把握作为义务的根据和范围,将作为义务的来源列举为法律明文规定、职务或者业务上的要求以及先行行为等。^{②④}其初衷在于,区分道德义务和法律义务,防止以实质性判断为借口扩张不作为犯的处罚范围。但是,将从一般生活道理中总结出来的先行行为作为义务来源,不仅难以实现其初衷,还使得形式说整体上陷入了自相矛盾的尴尬境地。相反地,实质说则从行为人与所保护的法益之间的事实关系的角度来探讨作为义务来源,如“先行行为说”着眼于作为与不作为之间的结构差异,认为行为人实施了对侵害法益结果具有影响的先行行为的场合,具有作为义务;^{②⑤}“社会期待说”着眼于行为人与法益主体或者危险源之间的特别的社会关系,认为法益保护强烈地依赖于行为人的作为,社会对此也具有强烈期待的场合,具有作为义务;^{②⑥}“事实承担说”着眼于法益侵害结果的不发生对不作为人的依赖,认为只有行为人开始现实、具体地承担控制已经发生的危险时,才具有作为义务;^{②⑦}“排他支配说”着眼于作为与不作为的等价,认为行为人排他、具体地支配引起法益侵害结果因果关系的场合,才具有作为义务。^{②⑧}实质说总体上着眼于作为与不作为构造上的差别,认为只有在行为人的不作为与作为在构成要件上具有同价值的场合,行为人才具有刑法上的作为义务。这种见解尽管能克服形式说对作为义务理解过宽和自相矛盾的不足,但其中也存在经不起推敲之处。如“先行行为说”无法说明在交通事故后逃逸致使被害人死亡的场合,是成立交通事故罪的加重处罚类型还是要成立故意杀人罪,而且,“先行行为说”还会导致所有故意或者过失作为犯都有转化为故意的不作为犯的可能。正因如此,在日本出现了在先行行为之后,加上对因果进程的排他性支配进行修正的观点:“社会期待说”中的“社会期待”意指为何,比较模糊;“事实承担说”的所谓在消防员只有在开始消防活动之后又放弃的场合才具有救火义务,母亲只有在生下孩子后开始照顾时才有作为义务的结论显然与实务的理解差别太大;“排他支配说”会在孩子落水时,除了其父母之外,还有数人围观的场

②④ 刘士心:《不纯正不作为犯研究》,人民出版社2008年版,第107-113页。

②⑤ 日高義博『刑法総論』(成文堂,2015年)151頁参照;何荣功:《不真正不作为犯的构造与等价值性的判断》,载《法学评论》2010年第1期,第186页。

②⑥ 大谷實·前掲書③130頁参照。

②⑦ 堀内捷三:『不作為犯論』(青林書院新社,1978年)249頁以下。我国学者冯军教授提出,行为人只有在在防止结果发生而实施了具有支配力的行为的场合,才具有作为义务的观点与此类似。参见冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第45-48页。

②⑧ 参见马克昌主编:《刑法学》,高等教育出版社2003年版,第515页;西田典之『刑法総論』(橋爪隆補訂)(弘文堂,第3版,2019年)132頁;松原芳博·前掲書⑤91頁。

合才能排除在不作为犯之外,甚至会出现否认不作为共犯的结局。^{②⑨}因此,现在多数人主张综合说,即仅以上述要素中的某一个要素来肯定或者否定行为人的作为义务,因为事实上存在诸多困难,而必须将上述多种因素综合起来,从成为问题的不作为是不是能够和作为等价的立场出发来综合判断^{③⑩}。

作为义务问题之所以如此复杂的主要原因是,从理论上讲,在不作为犯的场所,不履行义务就要构成犯罪;特别是不真正不作为犯的场所,违反作为义务,就要适用作为犯的条款定罪量刑。但是,无论从刑法规定还是事实情况来看,不作为与作为之间存在巨大差别。从我国刑法规定来看,犯罪有作为犯和不作为犯之分,其中典型的不作为犯是指真正不作为犯,其法定刑通常要比作为犯低得多。对于我国刑法当中例外予以处罚但却没有明文规定的不真正不作为犯,按照通说的理解,直接按照作为犯的条款处罚,由此便让人产生了侵犯人权的担心。实质的作为义务论就是在这种背景之下登场的,其以作为与不作为之间的结构性差别为由,以作为与不作为之间的等价性为理念,意图以作为义务为手段,限定不真正不作为犯的处罚范围,在此,作为义务就成了认定现实中的某种不作为行为构成刑法分则所规定的作为犯的关键。但从保证人的角度来看,作为义务只是说明行为人不履行特定义务行为的实行行为性,即该行为是不是具有侵害法益危险的一个事实要素。这种实行行为性的要求,不仅适用于单独犯的既遂形态,也适用于未遂犯、共犯等修正的构成要件形态。换言之,在考虑不作为是不是与作为等价之前,先得考虑该不作为是不是属于具有侵害或者威胁法益之虞的实行行为,而这一判断的关键,就在于该行为的主体即行为人是不是具有作为义务。因此,在判断行为人是否具有作为义务阶段,就考虑作为与不作为之间的等价性显然是操之过急;在作为义务的考虑当中,没有必要加入等价性的考虑。

如果说作为义务来源与不作为和作为的等价性考虑无关的话,则有关作为义务的探讨就可以简化为什么样的人具有防止侵害法益结果义务的问题。对此,只需从现实生活当中所形成的社会生活上的依存关系的角度来探讨就足够。如孩子落水,正在水中挣扎,生命危险迫在眉睫,此时岸上有很多人围观。从事实依存关系的角度来看,每个围观者都对落水孩子的生命具有支配关系,但若仅仅以此就断定围观者的不救助行为构成不作为犯,要求其对孩子之死承担故意杀人罪的刑事责任,显然是要求过高。因为,与孩子无关之人的围观不救助行为和将孩子推下水的行为,在因果结构上完全不同。此时,不得不从对孩子的生存处于保证人地位的孩子双亲的角度来考虑。虽说这一要求最终会回到法律规定等形式说上去,但孩子与父母之间的生命依存关系并非民法或者婚姻法中规定了亲子抚养义务关系之后才产生的,相反地,正是因为存在只有双亲给幼子女提

^{②⑨} 上述批判,西田典之·前掲書^{②⑨}130頁参照;高橋則夫·前掲書^⑤160頁;〔日〕佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第75页。

^{③⑩} 大塚裕史、十河太郎、塩谷毅、豊田兼彦『基本刑法I(総論)』(日本評論社,第3版,2019年)85頁;前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会,第7版,2019年)100頁;井田良『講義刑法学·総論』(有斐閣,2015年)146頁;高橋則夫·前掲書^⑤161頁。

供抚养才能维持幼子女生命活动这一事实要素,才有了上述法律规定。该种依存关系并非因为不作为者与被害人之间所具有的规范关系,而是因为存在不作为人即父母不出手相助的话,就会出现孩子难以存活的结果——这种事实上的依赖关系。如此说来,从形式说,在作为认定社会关系依存说的根据来限定不真正不作为犯的处罚范围的“限定法理”有其存在价值。

当然,在作为义务的发生根据与法益的关系上,可以分为直接保护法益和间接保护法益,如此说来,将作为义务分为保护处于危险中的法益的义务(法益保护义务)和管理威胁法益的危险源的义务(危险源管理义务)的见解是有道理的。只是解决了作为义务来源,是否就解决了刑法上的实行行为性的问题则要另当别论。不真正不作为犯的实行行为性,是与作为犯之间的等价性的问题,解决这个问题,只能依据先行行为、事实承担、排他性、支配性等诸多事实要素。^{③①}我国司法实务大致上也遵循了这种思路。如在“杨某某故意杀人案”中,针对作为精神病患者的妻子,在丈夫砍杀其亲生父母时无动于衷,致使被害人死亡的事实,法院认为,被告人杨某某作为精神病人丁某某的法定监护人,且作为二被害人的儿媳,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^{③②}。

本案中,要将被告人杨某某的不阻止行为认定为故意杀人罪,从保护法益义务即保护其公婆生命义务的角度来看具有一定困难。因为,从我国现行的法律规定来看,身为儿媳的杨某某不具有保护其公婆生命法益的义务。我国《婚姻法》中没有规定儿媳具有赡养公婆的义务;不仅如此,从我国《继承法》的相关规定来看也可以得出同样的结论。^{③③}另外,从案情介绍来看,被告人和其丈夫没有与其公婆居住在一起,不存在相互照料和保护的共同体关系。^{③④}因此,若要认定杨某某的行为构成不作为犯只能另寻出路,从其对丈夫的监视义务的角度来考虑。刑法理论上,夫妻之间是否具有相互监视义务存在争议。有见解认为,虽然从我国《婚姻法》第20条当中能够推定出夫妻之间存在互相抚养的义务,但其只涉及对另一方利益的保护,而不包括对另一方利益的监视。因为配偶之间的相互控制,是为相互保护而服务的,并不是为保护公众服务的。^{③⑤}但在配偶一方为精神病人的场合,这种见解恐怕不能适用。依照我国《民法总则》第28条的规定,无

③① 山中敬一『刑法総論』(成文堂,第3版,2015年)244頁以下参照;高橋則夫·前掲書⑤161頁。

③② 北京市海淀区人民法院(2015)海刑初2799号刑事判决书。

③③ 依照我国《继承法》第10条,法定继承人包括配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母和外祖父母,没有提到儿媳。继承是在血缘和抚养关系的基础上成立的一种回报。既然儿媳不具有继承权,也当然可以认定,儿媳对公婆不具有赡养义务。当然,我国法律也鼓励丧偶儿媳赡养公婆。如《继承法》第12条规定,丧偶儿媳对公婆尽了主要赡养义务的,可以作为第一顺序继承人。但这只是提倡或者说鼓励而已,并非法定义务。

③④ 一个人把另一个需要护理的人(无论是否有合同、是否有亲属关系)接到家里照顾的,他就是保证人,相互之间就接管了保证安全的责任。参见[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549页。

③⑤ 参见前注③④,克劳斯·罗克辛书,第547页;冯军:《论配偶刑法上的作为义务》,载《政治与法律》2017年第5期,第73页。

民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人,由有监护能力的配偶等担任监护人;同时,《侵权责任法》第32条规定,无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任。这就意味着,夫妻之间,在一方为精神病人的场合,另一方不仅有抚养义务,而且还有监视义务。另外,从对危险源的监视义务的角度,也能说本案被告人具有作为义务。^{③6}正因如此,上述案例中,法院认定,“被告人作为丁某某的法定监护人,负有对丁某某进行监视的法定义务,在丁某某杀害二被害人时,当然负有阻止义务”,从而认定其不阻止行为构成故意杀人罪。笔者认为这一判决是妥当的。

相反地,被告人陈某某对携女友前来借宿的外甥的强奸行为没有予以制止的“陈某某强奸案”,法院认定被告人陈某某构成强奸罪的帮助犯^{③7}的判决则值得商榷。且不说被害人到陈某某家居住是出于对其男朋友的信赖,而不是对陈某某的信赖,二者之间没有形成信任共同体关系;同时,陈某某给自己的外甥免费提供住处的行为本身也不能成为具有制止义务的来源。因为,本案的空间——住宅本身不是危险源,住宅本身的特点也不具有引起犯罪行为的风险,空间所有人的身份也不是产生监视他人犯罪义务根据。^{③8}相反地,就本案而言,“徐某与被害人睡一床,陈某某睡另一张床,两床仅隔一张窗帘”,在这样一个空间之内,一般而言,由于人的正常羞耻心的作用,只会降低犯罪风险,而不会升高犯罪的风险;而以存在舅甥关系为由,要求其负有长辈约束晚辈不当行为的责任,即监视义务的说理也极为勉强,因为,舅舅并不是外甥法律意义上的监护人,也没有因为自己的原因而导致外甥的强奸行为,其成年外甥也并非需要看管的精神病人。因此,无论从那一方面讲,都难以说被告人负有约束外甥的不当行为的责任即监视义务。

(二) 因果关系

不阻止他人犯罪的行为常常发生于以引起一定结果为构成要件的结果犯的场合,因此,不阻止行为和结果之间的因果关系判断便必不可少。只是在不阻止他人犯罪的场合,不阻止者与最终发生的构成要件结果之间有一个介入因素,即未被阻止的他人也就是正犯的犯罪行为。此时,不阻止行为与正犯所引起的侵害法益结果之间的因果关系如何判断成为问题。

如前述“杨某某故意杀人案”中,被告人辩解说其被惊吓过度,且被其丈夫控制纠缠,因此,其当时“不是不想救助,而是不能救助”,故不成立不作为犯。但法院以“案发现场的每个卧室都有可正常开关的房门和可对外打开的窗户,如果杨某某在看到双方发生肢体冲突时立刻进入房间,关上房门,开窗呼救、报警,或者利用手机拨打110,理应能增加犯行被制止和被害人获救的可能性,且未必能增加其受人身伤害的风险”,因此驳回了被告人的辩解。^{③9}在日本的判例中也能看到类似情形。如在母亲X对同居男友A反

^{③6} 精神病人在精神病发作时会对周围的人造成危险,对其具有控制地位的人,必须防止其违法行为,如精神病院的院长必须防止他的病人去犯罪。参见前注^{③4},克劳斯·罗克辛书,第561页。

^{③7} 参见上海市奉贤区人民法院(2011)奉刑初879号刑事判决书。

^{③8} 参见前注^{③4},克劳斯·罗克辛书,第564页。

^{③9} 参见前注^{③2}。

复以暴力手段“教训”自己的3岁儿子却无动于衷,致使孩子死亡的“钏路劝谏死亡事件”中,日本一审法院基于成立不作为的帮助犯,必须是“能够几乎毫无悬念地阻止犯罪的实行却放置不管”的前提,认为本案当中,考虑到X曾经遭受过A的暴力及其正在怀孕等实际情况,断定“X难以以实力阻止A的暴力”,宣告X无罪。^④但二审法院认为,对于不作为的帮助犯来说,不要求行为人“能够几乎毫无悬念地阻止犯罪的实行”,在X当时所面临的三种选择即“监视A不要对D实施暴行”、“以言辞制止A的暴行”以及“以实力阻止A的暴行”当中,选择实施要求较低的行为,即“从本案的具体情况来看,对X而言,上述监视乃至制止行为比较容易,因此,阻止A对孩子的暴行是可能的”,据此认定X的行为能够和作为的帮助同等看待,^⑤故撤销原判,改判被告人成立伤害致死罪的帮助犯。

上述两个判例中的共同问题是,在认定不阻止他人犯罪的不作为犯的场所,行为人的不阻止行为必须达到何种程度?换言之,不阻止行为是必须达到阻止正犯结果发生的程度,还是只要达到让正犯行为难以实施即可?这个问题涉及不作为共犯,即不作为帮助犯因果关系的理解和判断问题。以下分两个层次进行分析。

1. 不作为犯的因果关系判断

在不作为犯因果关系的判断上,由于我国刑法学通说采用了“若实施被期待行为,就能防止结果”的假定因果判断,使得不作为犯因果性的判断具有了二重性的特征。在其判断上,必须区分为两个层次进行:第一层次是对“期待行为”的判断。这层判断是对作为假定因果关系公式适用前提的“若实施所期待行为”中的“期待行为”是不是具有作为程度的实行行为性的判断,以有无结果回避可能性的分析为中心;第二层次是被期待行为和现实发生的结果之间的引起和被引起关系的判断。这层判断当中,以有无介入因素、介入因素对结果的发生有无影响、有多大的影响分析为中心。上述二重性的特点,使得在不作为犯因果关系的认定上具有了若干不同于作为犯的复杂性。作为犯的场所,在前行为和后结果中间,如果没有介入因素,经过一次判断即可完成。如甲开枪向乙射击造成乙死亡的场合,只要有开枪行为和他人被子弹射中死亡的结果,中间没有其他介入因素(如发现其他人也在向被害人开枪射击),即可断定甲的开枪行为和乙的死亡结果之间具有因果关系,甲构成故意杀人罪既遂。

在不作为的场合,情况就比较复杂。正如人们常说“若没有开枪射中心脏的行为,就不会有死亡结果”的判断容易进行,但说“当时叫救护车的话,被害人100%不会死亡”的结论却难以得出一样,日本在“注射兴奋剂事件”的判例中指出,在暴力团成员X向少女注射兴奋剂导致其陷入精神错乱状态,X没有喊救护车,而是径直离去,少女由于急性心脏病发作而死亡,“如果被告人马上请求急救医疗的话,十有八、九能够救命。这样该女的救活可以说具有超出合理怀疑程度的确定性,具有刑法上的因果关系”,因而认

^④ 钏路地判平成11年2月12日判時1675号148頁。

^⑤ 札幌高判平成12年3月16日判時1711号170頁。

定 X 的不救助行为构成保护责任人遗弃致死罪。从此之后,“十有八、九能够救命”便成为判断不作为犯因果关系的一般标准。其意味着,若达不到“十有八、九能够救命”的程度,被告人的不救助行为与被害人的死亡结果之间就没有因果关系。但要注意的是,就本案而言,没有因果关系只是表明 X 的不救助行为不构成保护责任人遗弃致死罪,并不意味着该不救助行为不构成任何犯罪。上述案件中,行为人还有可能构成日本刑法中的保护责任人遗弃罪。但由于上述判决中没有提及这一点,因而让人形成了一种错觉,即在不作为犯的场合,只要因果关系的判断被否定,行为人就可以不构成任何犯罪。前述我国“杨某某故意杀人案”中被告人的辩解以及日本“钏路劝谏死亡事件”的一审判决结论的背后,都能看到这种理解思路。应当说,这种理解是错误的。其没有注意到,不作为犯因果关系的判断是二重判断,只有在不作为的实行行为性和不作为行为与侵害结果之间的因果关系同时都被否定的场合,才能彻底地宣告该行为无罪;而仅在不作为行为与侵害结果之间的因果关系被否定时,就马上断定该不作为行为无罪着实有些言之过早。这一问题,在将日本“注射兴奋剂事件”的案情稍作修改,改为“被告人当时具有杀意”的场合,便能看得一清二楚。在被告人具有杀意的场合,若说“被告人马上请求急救医疗”也难以达到“十有八、九能够救命”程度时,虽然可以说被告人的离开行为和被害人的死亡结果之间因为不具有因果关系,因而不构成故意杀人罪既遂,但绝对不能据此而得出无罪结论。被告人出于杀意的不救助行为,有可能构成故意杀人罪未遂。同样,在我国的“杨某某故意杀人案”中,如果有确切的证据证明,即便被告人采取“关上房门,开窗呼救、报警或者利用手机拨打 110”等措施,也未必能达到“增加犯行被制止和被害人获救的可能性”的效果时,可以说被告人的行为不具有成立帮助犯的实行行为性,只能宣告其无罪。

2. 不作为帮助犯的因果关系

所谓帮助犯,就是为正犯的实施提供方便的行为,虽说其和最终发生的侵害法益的构成要件结果之间具有因果关系,但这种关系也是通过被帮助者即正犯的实行行为而间接实现的。换言之,帮助行为和正犯结果之间并不要求具有“没有前行为,就没有后结果”之类的条件关系,只要具有“没有帮助行为,就没有正犯的方便实施”程度的正犯促进关系就足够了。将这种观念置换到不作为帮助的场合,就是不要求具有“若实施特定不作为,就一定能‘确实’(十有八、九)避免结果发生”的事实关系,只要具有“没有不作为的帮助,正犯结果就不会引起那么容易”,或者反过来说“不作为使得正犯的犯行变得容易”的关系即可。^⑫将这种观点贯彻到底的话,即是:就不作为的单独犯而言,结果回避可能性的要求必须达到“确实(十有八、九)”的程度。与此相应,在共同犯罪的场合,行为人若实施特定不作为,“确实(十有八、九)”能够回避结果的场合,其成立不作为的同时正犯;若只是使他人犯罪的结果发生变得“不那么容易”或者“有些困难”的场合,就只能成立不作为的帮助。

^⑫ 西田典之·前掲書 ⑳ 390 頁参照。

从这种立场来看,上述“钏路劝谏死亡事件”一审判决存在严重不足。其对不作为正犯和共犯的因果关系等量齐观,而没有分别开来。实际上,如果说作为帮助的场所,只要具有促进正犯行为或者为正犯行为提供方便,并不要求其一定能引起正犯结果的话,则在作为帮助的相反形态——不作为帮助的场所,为何一定要求“作为义务者几乎能‘确定无疑’地阻止犯罪实行”呢?正因如此,二审判决认为,就当时的情形而言,被告人尽管除了以实力阻止之外,还有“监视行为”和“以言语制止”等让正犯行为变得困难的方式,但被告人X由于“对A还抱有爱情,和D等的母亲的立场相比,优先考虑了和A之间的同居关系”,因此,“对A加之于D的暴行熟视无睹,予以容忍”,^④法院据此认定被告人“熟视无睹,予以容忍”的行为构成不作为的帮助犯。相反地,在我国“杨某某故意杀人案”中,针对被告人“不能救助”的辩护意见,法院基于“关上房门,开窗呼救、报警或者利用手机拨打110,理应能增加犯行被制止和被害人获救的可能性,且未必能增加其受人身伤害的风险”的理由,认定被告人当时的辩解不成立。应当说,这种判断是完全符合只要能够使得正犯的犯行变得困难而实施的话,就构成不作为帮助的宗旨的。

当然,上述判例在判定不阻止者的行为构成帮助犯的论述当中存在一定的不足。在作为帮助的场所,帮助行为和正犯行为之间的因果关系表现为具体的促进关系,如物理上为正犯侵害法益的实行行为提供了方便,心理上强化或者助长了正犯实行犯罪行为的决心。相反地,不作为帮助的场所,若说该不作为对于被阻止的他人即正犯也具有该种程度的物理或者心理上的促进效果的话,则也应具有一定的具体体现,如严辞呵斥,切实能够动摇正犯的犯罪意念;动作制止,切实能够加大正犯的犯罪难度等,这样便能避免将纯粹的违反义务态度作为不作为加以处罚。

(三) 不作为参与的定性

按照我国《刑法》第27条的规定,在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。对于从犯,应当从轻、减轻或者免除处罚。因此,在行为人义务且能阻止他人犯罪却不阻止,引起了侵害法益的结果,构成不作为共犯的场所,到底是构成共同正犯(即正犯)还是构成共犯之帮助犯,对于行为人而言,具有重要意义。对此,学说上争议极大,主要有三种观点:原则正犯说、原则共犯说和二分说。

1. 学说述评

“原则正犯说”来自义务犯论,这种观点认为,正犯性来自义务违反性,违反义务既是不作为犯的成立要件,又是正犯性的要件,因此,不阻止他人犯罪的不作为行为,除了不具备如“非法取得”等一些特殊正犯要素场合之外,原则上成立单独正犯。这种见解的主倡者是阿米·考夫曼(Armin Kaufmann)、克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)等德系学

^④ 前揭注④参照。

者,^{④④}日本学者井田良、^{④⑤}我国学者何庆仁^{④⑥}等也持这种观点。一般认为,原则正犯说存在以下问题,即作为义务或许能保证不作为和作为之间的等价性,而不保证其正犯性。正犯说认为,侵权人等的违反保护义务而导致的侵害客体的法益侵害,是其成为正犯的根据。但问题是,仅此就可以将其与以作为行为直接侵害保护客体的法益的人一样,以“正犯”看待吗?正如中、外刑法中均将教唆、帮助等狭义共犯单独加以规定所显示的一样,在通过他人的作为而实行犯罪的场合,只是消极参与其中的人,原则上是不能成立正犯的。^{④⑦}另外,按照上述理解还会得出不合理的结论来:即自己的孩子在杀害第三者之际,向孩子提供凶器的行为,是故意杀人罪的帮助犯;但以放任意思旁观的话,反而成立故意杀人罪的单独正犯。这显然有处罚不平衡之嫌^{④⑧}。

“原则共犯说”来自行为支配犯论,这种观点认为,即便是不作为犯,也应该根据是否存在掌控事态进程意义上的行为支配来区分正犯和狭义共犯。相比于以作为方式引起结果的人,以不阻止这种不作为的方式对发生结果作出贡献的,通常列在第二顺位,原则上成立共犯(从犯说)。因为在这种场合,结果发生与否取决于正犯,而不阻止者只是借助于正犯行为间接地对结果产生影响。^{④⑨}这种观点的主倡者是日系学者,^{⑤⑩}其在我国也是多数说。^{⑤⑪}对于原则共犯说,批判意见认为,原则和例外的区分标准不明。虽然本说认为,违反结果防止义务的成立正犯,违反正犯阻止义务的成立共犯即帮助犯,但从保护法益的角度来看,阻止义务和防止义务无法区分;而且,按照原则共犯说,不阻止自然现象或者被害人自身原因而引起危险的场合是正犯;不阻止第三人引起的危险的场合,就

^{④④} 外木央晃『共犯の基礎理論』(成文堂,2018年)107頁以下参照。

^{④⑤} 井田良·前掲書⑤548頁参照。

^{④⑥} 何庆仁博士尽管没有明说,但从其认为希望用存在论意义上的因果力来区分不作为参加的正犯与参与的做法尤其错误,义务犯法理的发现为我们走出包括不阻止他人犯罪的不作为参与的定性困境指明了新的方向的论述来看,他是从义务犯说的角度主张原则正犯说的。参见前注③,何庆仁书,第276、284页。

^{④⑦} 当然,有可能成立真正不作为犯的正犯。如财产管理人眼看盗窃罪犯偷走财物,或者父母放任幼儿被绑架的场合,按照日本学者松宫孝明的看法,分别成立背信罪和保护责任人遗弃罪的正犯。因为,这些规定旨在规范被害法益与不作为人之间所存在的特别保护关系。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273页。从日本判例来看,也有将不阻止他人犯罪的不作为者认定为杀人罪正犯的情形。如在同居对象将自己的孩子塞进双层尼龙袋,把口封紧,放进大型体育用品箱子里,导致孩子窒息而亡的时候,法院对和同居对象站在一个立场上,对孩子不闻不问的母亲,认定成立杀人罪的共同正犯。広島高判平成17年4月19日高刑速3号312頁参照。但如此判决,仅此一例而已。

^{④⑧} 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;前注②⑨,佐伯仁志书,第364页。

^{④⑨} 参见前注④⑧,松原芳博书,第364页。

^{⑤⑩} 参见前注④⑧,松原芳博书,第364页;前田雅英·前掲書③⑩369頁;[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386页;[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第419页。

^{⑤⑪} 陈家林教授认为,一般来说,作为者能够单独实现对犯罪客体的侵害,不作为者则不能直接侵害犯罪客体。因此,应将作为者认定为正犯,将不作为者认定为帮助犯。参见陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第271页;何龙博士也认为,在不阻止他人故意犯罪的场合,作为者支配着结果的实现进程,不作为者原则上只能成立帮助犯;但是,作为者实行终了后不防止结果发生者,原则上成立正犯。参见前注③,何龙文,第1477页;前注④⑨,刘士心书,第275页以下。

是帮助犯,这种区分会导致判断上的失衡。^{⑤②}也有学者认为,原则共犯说存在方法论上的缺陷。即原则共犯说将作为其基础的“支配”的内容等同于物理的因果力,然后以因果力的有无和强弱来决定不作为参与者是正犯还是共犯,从而导致对应当规范理解的正犯原理的忽视^{⑤③}。

“二分说”是近年来在德、日新兴起的学说。其根据义务来源和内容,将作为义务分为两类:一类是从行为人与被害法益的关系上看,要求行为人保护法益的“保护义务”,另一类是从行为人与危险源的关系上看,要求行为人管理、监督该危险源的“监视义务”。^{⑤④}对二分说,批判意见认为,将作为义务二分为“保护义务”和“监视义务”的做法本身就不合理。因为,保护义务和监视义务是同一义务的不同侧面,同样的义务既可以表述为“保护义务”,又可以表述为“监视义务”。如果认为处罚不作为犯的目的在于保护法益,来自对危险源进行监督的职责所产生的监视义务也应当还原于具体状况下的法益保护义务,对保护义务和监视义务进行形式上的区别没有道理;^{⑤⑤}而且按照上述理解,会得出不合理的结论来。如监护人看到精神病人杀人时不予制止的,作为监护人的保证人,只是杀人犯的帮助犯吗?正犯又何在?^{⑤⑥}

2. 本文见解——帮助犯说

本文认为,将不阻止他人犯罪理解为不作为参与的情况,实际上是不阻止者与他人一道,共同引起了作为犯的犯罪结果,其中,未被阻止的他人起着主导支配作用,成立主犯即正犯;^{⑤⑦}而不阻止者基于其义务性质以及实际所起的作用,只能实质地评价为共犯即帮助犯。理由如下:

第一,不阻止他人犯罪的行为,在我国刑法中,只能评价为不真正不作为犯。如前所述,不阻止他人犯罪包括两种类型,一是不阻止与自己有关的他人面临的犯罪侵害;二是不阻止与自己有关的他人实施犯罪。在我国现行刑法没有规定“见危不救罪”或者“不报告罪”之类的真正不作为犯的背景之下,若要处理不阻止他人犯罪的行为,最终便只能论以刑法中的作为犯,即不真正不作为犯。如此说来,父母未阻止他人杀害自己孩子的,或者父母未能阻止自己孩子杀害他人的,最终只能以故意杀人罪的条款处罚。这是根据不真正不作为犯的内部构造所推导出来的必然结论。

第二,对不阻止他人犯罪的行为不能以义务犯论为根据评价为正犯。因为,即便是违反作为义务的行为,也不一定要成立正犯,还有可能成立帮助等狭义共犯,这要从不作为与作为之间的等价性的角度以及不阻止者与实施犯罪的他人之间的作用大小来进行区分。作为义务只是为行为人成立不作为犯奠定了基础,但不能为其不作为行为成立

^{⑤②} 井田良·前掲書⑤548頁参照。

^{⑤③} 参见前注③,何庆仁书,第269页。

^{⑤④} 具体介绍,参见前注④,松原芳博书,第363页。

^{⑤⑤} 参见前注④,松原芳博书,第363、364页。

^{⑤⑥} 参见前注③,何庆仁书,第276页。

^{⑤⑦} 我国刑法中没有正犯概念,但通常认为,我国《刑法》第26条所规定的主犯相当于国外刑法中所称的正犯。

正犯提供依据。之所以会出现在孩子杀人之际,父亲向其提供凶器的,构成故意杀人罪的帮助犯;但以放任意思冷眼旁观的话,就要构成故意杀人罪的正犯这种轻重颠倒的结局,就是因为没有注意到不真正不作为犯的内部构造的缘故。

第三,对不阻止他人犯罪的行为也不能以“保护义务”和“监督义务”二分为标准,评价为正犯和共犯(帮助犯)。即便是在违反监督义务的场所,行为人也能构成正犯。因为,在猛兽或者精神病人攻击无辜他人的时候,监督义务者是唯一能够对此后果承担责任的人类代表,可以认定为引起犯罪结果的唯一正犯。^{⑤⑧}原则正犯说和二分说的失误在于,没有将自然现象与人的行为区别评价。刑法所调整的是人与人之间的关系,不作为犯的作为义务,也要以人与人的关系为出发点。越是不将人的行为与自然现象加以区别,有关不作为责任的认定就越会从社会关系中脱节。现行刑法之所以将数人共同犯罪的场合要区分(共同)正犯和共犯,而将行为人利用自然力引起结果的场合只是作为正犯分别进行法律上的不同评价,根本原因就在于此。

第四,在将现行刑法中所采用的正犯与共犯的区分标准即行为支配说适用于以不阻止他人犯罪的不真正不作为犯时,可以进行如下分析:不阻止他人犯罪的场合,不阻止者的义务有“保护义务”和“监督义务”之分。在保护义务的场所,不作为者对于被害法益具有保护义务。这种场合,由于支配犯罪过程、主导侵害法益的是作为犯,不阻止者的不作为只是使作为犯的犯行变得容易而已,因此,不阻止者当然只是成立(片面)帮助犯;即便在第三人将孩子推入水中,孩子的父亲未予救助,以致孩子淹死的场合,也是如此。因为,对于孩子之死,作为需要承担刑事责任的人类代表,除了孩子父亲以外,还有将孩子推入水中的第三人。而且,对孩子父亲未予救助的不作为评价,不能改变孩子之死主要是由于第三人将其推入水中的事实。^{⑤⑨}相反地,在监督义务的场所,不阻止者本来就不承担有保护第三者生命的义务,因此,对于受到犯罪侵害的第三者,其不具有成立正犯的可能性。该不作为人所承担的,仅仅是阻止自己孩子实施犯罪的义务。违反这种义务,让正犯即自己孩子的犯行变得容易的场合,由于不是自己亲自实施了故意杀人罪的实行行为,因此只能成立孩子故意杀人罪的(片面)帮助犯。但在孩子属于未成年人或者精神病人的场合,可以考虑成立间接正犯或者(片面)共同正犯。

结 论

偌大的刑法学中,不阻止他人犯罪虽然是一个不起眼的现象,但其背后却体现着一个大的方向问题:即在不作为犯的研究和处理上,到底应当选择义务犯的路径还是支配犯的路径,大而言之,在刑法发展方向上是选择规范论还是法益论的路径。德国学者罗

^{⑤⑧} 外木央晃·前掲書④④126頁参照。

^{⑤⑨} 只是,对于孩子落水之后,父亲能救而不救助的,另外可以评价为故意杀人罪。也有人主张应评价为(保护责任人)遗弃罪。参见前注④⑦,松宫孝明书,第206页;日高義博·前掲書⑤⑤508頁。

克辛 (Claus Roxin) 意图将二者结合, 承认不作为犯是义务犯, 原则上都是正犯, 但却又从支配犯的角度得出了作为参与者只能是共犯这个令他本人都难以接受的结论。据此, 有见解认为, 包括不作为犯在内的义务犯理论, 现在已经走到了一个十字路口, 面临着是将义务犯的规范化进行到底, 还是为消除义务犯寻找理论根据的选择。^⑥ 本文便是基于后者的立场进行的一种尝试。

按照本文的观点, 对现实中发生的不阻止他人犯罪的案件, 可以分为两种类型处理: 一是作为共犯类型。此时, 必须对案发当时的具体背景进行分析, 寻找对案件结果具有决定意义的细节, 从该细节是否引起或者影响了导致结果发生的因果关系的角度出发, 判断该行为是否可以认定为作为; 一旦能够认定为作为, 则即便案件整体上呈现出不履行特定义务的不作为的特点, 则只要不会出现量刑上的偏差, 便可将该案以作为犯处理; 只有在穷尽一切可能, 都难以将不阻止行为处理为作为共犯的时候, 才可将其以不作为共犯处理。这样, 实务中相当部分被义务犯论认定为正犯的不作为犯, 便可以作为犯轻松解决。二是不作为共犯类型。即对不能以作为共犯解决的不阻止行为, 可以不作为参与的形式, 按照不作为犯的共犯处理; 在不阻止者基于法律规定、职务业务要求以及先行行为、事实承担等因素, 具有法益保护义务或者危险源监视义务的场合, 根据结果回避可能性的要求, 判断其不阻止行为是否具有成立不真正不作为犯所要求的实行行为性, 然后基于不作为与作为之间的等价性要求, 将不阻止行为论以相关犯罪的共犯即帮助犯。

按照以上思路, 对本文提及的“洛阳虐童案”中被害女童的母亲刘某利的不阻止行为的性质进行分析。首先可以肯定, 刘某利的行为难以构成赵某飞故意伤害罪的作为帮助犯。因为, 从媒体公布的案件事实来看, 在赵某飞对刘某利幼女采用透明胶带捆绑、扇耳光、烟头烫等方式进行伤害时, 身为母亲的刘某利只有不阻止行为, 而没有其他任何的提供工具帮助或者言语鼓励行为, 故难以说刘某利的行为构成作为形式的帮助。但这并不意味着刘某利的行为不构成犯罪。从相关案件事实的说明来看, 刘某利是不满2周岁的被害人的生母, 对被害人具有法律上的抚养义务; 而且被害人之所以能够出现在被害现场, 也是因刘某利和情人约会, 是其将被害人带到宾馆的。从刘某利和正犯赵某飞过往的经历来看, 在其二人幽会期间, 刘某利因为被害人刘某某哭闹而招致赵某飞的毒打一事, 是非常清楚且有预见的。由此可以推断, 对于被害人来讲, 刘某利和赵某飞幽会的场所, 就是自己可能会因为哭闹而招致伤害的危险场所; 刘某利明知这种事实而将尚无独立判断和行为能力的被害人带往这种地方的行为, 就是让被害人陷入危险状态的先行行为, 按照常理, 行为人刘某利此时具有消除被害人所面临危险的义务。因此, 无论从被告人与被害人之间所具有的抚养关系, 还是从被告人使被害人陷入危险的角度来讲, 刘某利都有阻止被害人所面临伤害的义务。

同时, 刘某利具有履行阻止赵某飞犯罪义务的可能性。不作为帮助场合, 只要行

^⑥ 参见前注③, 何庆仁书, 第23页。

为人实施了让正犯行为不便的举动即可,不要求达到确实能够阻止他人犯罪行为的程度。就本案而言,虽然相关媒体上报道说,刘某利接受记者采访时坦言,自己有制止行为,但因为害怕而最终放弃,^⑥但不阻止他人犯罪,并不要求其制止行为能够确定无疑地让他人放弃犯罪,只要使他人的犯罪变得困难即可。从案发地点系宾馆这种公共场所的情景来看,行为人当时完全可以采取呼救或者将孩子带离宾馆的方式制止赵某飞的暴行。但遗憾的是,身为被害人母亲的刘某利在整个案件发生过程中,并没有采取任何让正犯行为变得困难的制止行为。

不阻止他人犯罪,引起严重后果的场合,行为人应当构成正犯的帮助犯。本案中,由于造成被害人严重残疾的伤害结果的直接行为人是赵某飞,刘某利并没有参与对被害人实施的暴行,换言之,引起并掌握导致被害人严重伤害结果的因果流向的是赵某飞,刘某利只是没有阻止赵某飞,而是为其肆无忌惮地实施伤害行为提供了方便而已。因此,从整个事件发展过程中二被告人的作用和地位来看,实施殴打行为的赵某飞属于主犯,而刘某利属于处于辅助或者次要作用的从犯即帮助犯。如此说来,洛阳市中级人民法院的判决结论是正确的。

Abstract: A considerable part of cases that do not prevent others from committing crimes in real life can be deemed as participation of action. When the actor instructs or lets the perpetrator commit a crime with words, actions, expression in his eyes, or even in implicit ways, he shall be deemed as participator. In the judgement of whether the non-preventive behavior is the action or omission, such factors must be considered from both physical and psychological aspects, the specific space-time environment in which the non-preventive behavior was performed, the intimate relationship between the actor and the prevented person, the actor and the victim. Only when it is difficult to treat the non-preventive behavior as participation of action, can it be regarded as participation of omission. In the judgement of whether the non-preventive behavior can be deemed as participation of omission, it is necessary to start with whether the actor has the legal interest protection obligation and the danger source supervision obligation. According to the requirement of the possibility of avoiding the result, only if the non-preventive behavior is deemed as the behavior of participation of omission, can the non-preventive behavior be deemed as participation of related crime, who is the aider.

(责任编辑:白岫云)

^⑥ 参见前注①,王琦文。