

论先行行为引起的不作为犯与结果加重犯的关系

□邱 威 [武汉大学 武汉 430072]

[摘要] 先行行为能否产生作为义务,关键看是否存在作为义务。任何人都要遵守刑法规范设定的义务,一旦破坏规范,只有承担刑事责任,而无义务再防止危害后果的发生。结果加重犯中的重结果是在主观意志之下的产物,法律意义上的不作为也是主观意志之下的不作为,以不作为的主观方面与结果加重犯的主观方面是否对应来判断成立结果加重犯,还是成立不作为犯。

[关键词] 不作为; 作为义务; 结果加重犯

[中图分类号] D917 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1008-8105(2011)02-0087-04

一、几点说明

(一) 先行行为可以引起不作为犯

先行行为可以引起作为义务,在韩国、西班牙及中国台湾地区刑法中均有明文规定。在中国大陆刑法中虽然没有明确规定,但司法实践和理论上均承认先行行为可以产生作为义务。

关于什么样的先行行为可以产生作为义务?^①历来存在诸多观点。本文赞同犯罪行为可以产生作为义务,并在这一前提下,探讨其与结果加重犯的关系。

(二) 结果加重犯的模式

广义的结果加重犯是指,一个基本的犯罪行为故意或者过失地造成加重结果,只要刑法有加重其刑的特别规定,就是结果加重犯。狭义的结果加重犯是指,因基本的故意行为而发生了超过其故意的加重结果时,刑法规定了加重其法定刑的情况,才能视为结果加重犯。就基本犯的主观方面和对加重结果的主观方面而言,广义说认为包括四种类型:1)故意+过失,2)故意+故意,3)过失+过失,4)过失+故意;狭义说认为仅有一种类型:1)故意+过失,也有人认为包含两种类型:1)故意+过失,2)故意+故意^[1,2]。我国刑法理论的通说是广义说,基本犯即可能是故意犯,也可能是过失犯;对加重结果的主观态度,有故意和过失两种情形^[3,4]。广义

地说,中国刑法也存在过失犯的结果加重犯,如刑法第131条重大飞行事故罪,第132条铁路运营安全事故罪等^②。本文认为广义说符合我国刑法的规定,但我国刑法没有第四类型(过失+故意)的结果加重犯。1)故意+(只能)过失,如刑法257条暴力干涉婚姻自由致使被害人死亡的规定、第260条虐待家庭成员致使被害人重伤、死亡的规定、故意伤害致人死亡的规定等;2)故意+故意(或过失),如刑法第236条强奸致被害人重伤、死亡的规定、第240条拐卖妇女和儿童造成被拐卖的妇女和儿童重伤或死亡的规定等;3)过失+(只能)过失,如铁路运营安全事故罪中造成特别严重后果的规定等。

(三) 对加重结果持故意或过失的判断

行为人对加重结果的主观态度是故意还是过失,刑法没有明确规定,只能从解释论出发,寻求法条的真正含义。解释中要考虑法定刑的轻重平衡及体系的协调性。

主观是过失的情形。第336条非法行医罪和非法进行节育手术罪,对结果加重犯作了这样规定:“造成就诊人死亡的,处10年以上有期徒刑,并处罚金。”故意杀人罪的最高刑是死刑,这里的最高刑是15年有期徒刑,所以,行为人对“造成就诊人死亡”的心理应解释为过失,而不是故意,这样才能与故意杀人罪的法定刑相协调。第321条第2款规定了运送他人偷越国(边)境罪的结果加重犯:“运送他人偷越国(边)境中造成被运送人重伤、死亡的,……处7

[收稿日期] 2010-10-20

[作者简介] 邱威(1974-)男,武汉大学法学院博士。

年以上有期徒刑,并处罚金。”第3款又规定了对被运送人有杀害、伤害等行为的,数罪并罚。结果加重犯的最高刑明显低于故意伤害罪和故意杀人罪的最高刑,行为人对重结果的主观方面应解释为过失,否则,该款不仅与故意伤害罪和故意杀人罪的规定不协调,也与第3款的规定相冲突。

主观既可能是过失也可能是故意的情形。第240条规定了拐卖妇女、儿童的结果加重犯,造成被拐卖的妇女、儿童重伤、死亡的,最高刑达到死刑,与故意伤害罪和故意杀人罪的最高刑相同,所以行为人对重结果可以是过失,也可以是故意。

二、关于二者关系(或区分)的争论及对争论的评析

(一) 先行行为引起的不作为犯与结果加重犯的关系(或区分)

1. 重叠关系说。重叠关系说主张,在故意作为+过失不作为的组合中,前后侵害的法益不同一时,例如,甲用迷药将妻子乙迷倒,以避免乙知悉甲会见秘密访客,原拟于访客走后叫醒乙,惟与访客畅谈投机相约出外饮酒而忘记乙尚在昏迷中,因为甲逾期时未叫醒乙,乙因而一命呜呼。本文认为该例是典型的结果加重犯,此时,过失不作为也成立不作为犯,即不作为犯与结果加重犯具有重叠性^③。

2. 罪过说。该说认为,对加重结果持过失的是结果加重犯,对加重结果持间接故意的是基于先行行为的不作为犯^[5],对加重结果持直接故意的是该结果的直接故意犯^[6]。

3. 故意不作为说。该说认为,在“过失+故意不作为,侵害不同法益”的情况下,应当属于不纯正不作为犯考虑的情况;而在行为人对加重结果持故意心态时,不纯正不作为犯和结果加重犯都存在成立的余地。……区分二者,关键看是否存在后一个“故意不作为”的情况。……其余情况或者属于单一的过失犯罪,或者属于结果加重犯,不存在不纯正不作为犯的成立余地^[7]。

4. 罪责刑相适应说。该说主张,在故意犯罪中,当行为造成的危害结果超出法律对该行为评价标准的时候,假如超出部分对行为人来说是过失的,一般用结果加重犯来进行补充评价即可;但如果超出部分是行为人故意造成的,就应对其犯罪性质重新进行评价。在过失犯罪中,过失行为一下子就造成定型的严重结果的,自然不存在防止危害结果发生的问题,但是,当过失行为开始造成较轻结果,而该较轻结果正向更严重的结果转化时,行为人就有

责任防止更严重危害结果的发生。因为法律就较轻的危害结果所构成的过失犯罪进行评价时,刑罚较轻;对故意造成的严重结果进行评价时,刑罚要重得多。……若行为人出于过失而未能防止更严重的结果发生,可按过失犯罪的结果加重犯重新评价;如果行为人追求或者放任更严重结果发生,则按过失犯罪向故意犯罪转化的原理按故意犯罪重新评价^[8]。或者说,基于罪责刑相适应原则,应以行为人所放任发生的危害结果是否能为前罪的犯罪构成(包括加重构成)所包括作为区分标准:能包括的,没有作为义务,依据前罪的法定刑幅度定罪处罚即可;超出前罪犯罪构成范围而触犯更严重犯罪的,则有作为义务^[9]。

(二) 对以上争论的评析

1. 关于重叠关系说。首先,认为结果加重犯中前后被侵害的法益不同一的观点是有疑问的^④;其次,按照中国大陆刑法的规定或者理论,甲构成非法拘禁罪的结果加重犯,后续的过失不作为不能成立不作为犯,因为在该情况下,行为人后续的过失不作为仍然属于非法拘禁罪的客观行为,行为人既然违反了该罪的规范,就没有法律义务再防止该规范设定的结果,只能承担该规范规定的刑事责任。质言之,既然成立结果加重犯,就没有不作为犯成立的余地,其原因将在后面进一步论述。

2. 关于罪过说。根据上述结果加重犯的分析,我国刑法存在对加重结果持故意的立法例,罪过说将结果加重犯做狭义的理解,不符合事实——至少刑法规定了对加重结果持故意或过失的立法例是其一;其次,根据不作为犯的定义,尤其从对先行行为引起的不作为犯有立法规定的国家的刑法来看,存在直接故意的不作为犯。罪过说不仅未能正确把握二者的关系,而且对二者本身的理解也存在偏差。

3. 关于故意不作为说。本文认为在以下几点值得商榷,第一,论者举出抢劫致人死亡的案例来说明死亡是由前行为直接所致,而非不作为,所以不成立不作为犯,但是,在抢劫致人轻伤或重伤后,行为人扬长而去致使被害人得不到及时救助而死亡的案件中,死亡也可看做不作为所致,这说明“故意不作为”作为区分二者的标准并不明确,该案例之所以不成立不作为犯,原因在于行为人没有作为义务;第二,不作为实际上是对结果发生没有阻止行为,结果的发生永远是由先行行为所致,只是行为人具有保证人地位,才有义务阻止结果的发生,不阻止便是刑法中的不作为,作者把“死亡”结果看成前面的“抢劫”行为所致,从而否定不作为,如果将此推广,那么不作为犯就没有存在的余地——因为任何

不作为犯的结果都是有前行为直接导致的;第三,该主张似乎只承认故意的不纯正不作为犯,而否定过失的不纯正不作为犯。

4. 关于罪责刑相适应说。我国刑法第5条规定了罪责刑相适应原则:“刑法的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”可见,罪责刑相适应是在定罪之后解决刑罚的问题。以罪责刑相适应来解释不作为犯成立与否,具有以下不足。首先,对重结果的发生,行为人出于过失的,按故意或者过失的结果加重犯论处;行为人故意不防止的,则按不作为的故意犯罪重新评价,这种做法与上述罪过说具有相同的缺陷,将结果加重犯的重结果看做行为人的过失心态造成,先行行为引起的不作为犯只能由故意构成。其次,不作为是否构成犯罪、构成何种犯罪,涉及罪刑法定原则的问题,而不是,或者说其次才考虑罪责刑是否相适应的问题,直接以罪责刑相适应原则来决定是否成立不作为犯,似有倒果为因之嫌。最后,判断不作为犯罪是否成立,根据“三段论”的判断逻辑,应以不作为的事实为大前提,以法律规定为小前提,然后得出判断结论。以法定刑的轻重反推不作为犯罪是否成立,似有方法论上的不足。

三、本文观点

前行犯罪行为引起了危险,行为人的后续不作为是否成立犯罪,关键看是否存在作为义务。有义务而不为,可能构成犯罪,无义务而不为,无犯罪可言。如何判断该问题,还要回归到刑法的规定。

刑法对所有犯罪的规定,就等于对所有人设定了或者隐含了相应的义务规范,所有人不得违反这些义务规范。行为人实施了某种犯罪行为,就等于违反了该罪设定或者隐含的禁止或者命令义务,既然违反了该罪的义务,也就无阻止结果发生的义务,而只能承担相应的法律责任。否则会导致矛盾的现象:我故意杀死他人,死亡还没发生时,我有法定义务将他送到医院以阻止死亡的发生,这是难以想象的。

任何犯罪所规定的义务都包含主客观两方面内容,只有两方面同时具备时,才能说明行为人违反了相应的义务,此时,行为人只有承担法律规定的相应责任,而无防止危害后果发生的法律义务;当缺乏一个方面时,尤其是客观上具有危险性,而主观缺乏相应过错的,法律规定义务没有真正被违法,行为人仍然有法律义务阻止危害后果的发生,如果能防止而不予防止致使后果发生的,行为人应承担

相应的法律责任。比如,行为人在树林旁随意扔掉烟蒂,当他发现烟蒂正在引燃干草,有可能进一步燃着树林时,此时,他面临着不得放火的义务规范,他有作为义务以阻止危害后果的发生,当他能扑灭火焰却置之不理时,行为人违法了故意放火罪设定的义务;当他自信或者疏忽而没有及时扑灭火焰时,或者采取了灭火措施但未能阻止结果的发生,他就违反了失火罪规定的义务,而没有违反放火罪规定的义务。

结果加重犯设定的义务包含两个方面,一是不得违反基本犯所体现的义务,二是不得违反加重结果所对应的义务,同时这两种义务也包含主客观两个方面。就具体模式而言:

1. 故意 + (只能) 过失,如刑法第234条故意伤害致人死亡的规定,其包含的义务一是不得故意伤害他人身体的义务,二是不得过失致他人死亡的义务。行为人故意伤害他人,则违反了第一项义务,行为人就没有义务再阻止伤害结果的发生,只有承担伤害罪的刑事责任;行为人过失地造成被害人死亡的,则他又违反了第二项义务,应当承担伤害致人死亡的刑事责任;行为人故意地造成被害人伤害并认识到有死亡的危险性时,此时,行为人面临“不得故意杀人的义务规范”,在该义务规范被破坏前,行为人就有法定的作为义务以防止被害人死亡的发生,能阻止而故意不阻止的,则违反了故意杀人罪规定的义务,而没有违反故意伤害致人死亡所规定的义务,后续的作为应当成立不作为犯。

2. 故意 + 故意(或过失),如刑法第263条抢劫致人重伤、死亡的规定,也包含两项义务,一是不得抢劫他人财产的义务,二是不得故意或者过失致人死亡的义务。行为人故意抢劫财产,违反了第一项义务,当然就没有义务再防止该后果的发生,只有承担普通抢劫罪的刑事责任;行为人故意或者过失致被害人死亡的,无论死亡是瞬间发生,还是行为人故意或者过失不予防止致伤害慢慢地发展为死亡,行为人均违反了第二项义务,既然违反了第二项义务,他就没有义务再去防止结果的发生,所以,后续的不作为不成立不作为犯。

3. 过失 + 过失,如刑法第131条重大飞行事故罪中造成飞机坠毁或者人员死亡的规定,包含的义务是,不得过失地危害航空运输的安全,以及不得过失地造成航空器坠毁和人员死亡。行为人违反了前项义务,理应承担相应的责任;行为人过失地没有采取救助致使出现航空器坠毁或人员死亡的,后

一项义务被违反,行为人只有承担加重结果的刑事责任,没有作为的义务去防止重结果的发生,所以,后面的过失不作为不成立不作为犯。然而,当行为人认识到加重结果有可能发生的危险性时,他面临“不得故意造成航空器坠毁和人员死亡”的新的义务规范,这种规范没有被破坏前,行为人有法定的作为义务以防止加重结果的发生,能救助却不予救助并造成重结果发生的,刑法第131条关于结果加重犯的义务规范没有被违反,而是这种新的规范被违反,后续的不作为构成以危险方法危害公共安全罪的不作为犯。

四、结语

刑罚法规——无论是禁止规范还是命令规范,所有人都要遵守,仅此而言,刑法规范是一种义务规范。破坏了刑法规范,承担刑罚是行为人的法律责任,防止危害后果的发生不再是其法律义务,也没有阻止行为后果发生的法律义务,一旦行为人自愿履行法律之外的义务——阻止危害结果的发生,作为奖励,法律对此作了减免刑罚或者不认为是犯罪(如过失行为之后的故意中止)的规定。但是,在刑法规范被破坏之前的危险阶段,消除危险乃是行为人的法律义务,能阻止而故意或过失地不予阻止,行为人应负不作为犯罪的刑事责任。

结果加重犯中的重结果,是在主观有相应过错下的产物,超过主观过错的重结果不再是结果加重犯里的重结果。对重结果的主观态度,有的只能是过失,有的可能是过失,也可能是故意,这要通过对法条的体系解释来确定。实施基本犯之后、重结果出现之前的不作为,也是在主观意志之下的“行为”,对重结果只能持过失的结果加重犯而言,后续的过失不作为没有违反法律义务,不成立不作为犯,仅成立结果加重犯,故意的不作为则违反了法律义务,成立不作为犯;对重结果既可以持过失又可以持故意的结果加重犯来说,后续的不作为无论出于过失还是出于故意,均没违反法律义务,不成立不作为犯,只成立结果加重犯。先行行为引起的不作为犯与结果加重犯不会发生重叠。

注释

①诸如先行行为可否是合法行为、违法义务的行为、违法行为、犯罪行为及不作为等问题,在任一篇关于先行行为引起的不作为犯文章中,均有过讨论。

②明确肯定中国刑法存在过失犯的结果加重犯的文章,

如侯国云、张豫生:《交通肇事能否引起救助义务辨析》,载《人民检察》2002年第9期。明确否定中国刑法中存在过失犯的结果加重犯的著作,如马克昌的《犯罪通论》认为,“存在过失犯的结果加重犯较为合理”,但没有具体表明中国刑法是否存在过失犯的结果加重犯,如高铭喧、马克昌的《刑法学》。

③这是该论者提出否定前行为保证人类型的理由之一。其他理由是:承认前行为保证人类型,在侵害法益同一的情况下,每一个作为犯都会受到双重的非价;在受害法益不同的情况下,会导致因果关系被重复评价,并且,刑法通过拟增设过失中止犯和过失加重犯的规定,可以解决前行为保证人类型在归责上的问题,从而主张否定先行行为可以引起不作为犯(参见许玉秀的《当代刑法思想》中的第676-680页)。本文认为其理由和结论均值得商榷。

④从法律对结果加重犯的规定来看,实施基本行为,通常伴随重结果发生的可能性,也正是这种原因,刑法才有必要将情形规定为结果加重犯。如刑法第236条关于强奸罪的规定,强奸行为不仅侵害了被害人的性自由权利,其手段通常侵害或者威胁了被害人的人身权,基本行为侵犯的法益不仅直接包括了基本犯罪构成所对应的法益,也间接包含了重结果对应的法益。将加重结果对应的法益视为独立于基本犯对应的法益,似有不妥。

参考文献

- [1] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2006: 651.
- [2] 高铭喧. 刑法专论[M]. 北京: 高等教育出版社, 2002: 461.
- [3] 高铭喧. 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2000: 194-195.
- [4] 赵秉志. 刑法各论问题研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 1996: 448.
- [5] 杨矿生. 论以犯罪作为为其特定义务来源的不作为犯罪[J]. 法律学习与研究, 1987, (6): 17-21.
- [6] 李晓龙. 论不纯正不作为犯作为义务之来源[C]//见高铭喧, 赵秉志. 刑法论丛(第5卷). 北京: 法律出版社, 2002: 106-107.
- [7] 许成磊. 不纯正不作为犯理论[M]. 北京: 人民出版社, 2009: 292-293.
- [8] 侯国云, 张豫生. 交通肇事能否引起救助义务辨析[J]. 人民检察, 2002, (9): 13-14.
- [9] 赵秉志. 不作为犯罪的作为义务应采四来源说——解析不作为犯罪的作为义务根据之争[N]. 检察日报, 2004-05-20(6).

(下转第112页)