

论对不作为犯罪的正当防卫

蒋旭东

(浙江工商大学法学院, 浙江 杭州 310018)

摘 要:对不作为犯罪进行正当防卫是正义与秩序的价值体现,刑法第二十条是其法律依据。暴力、胁迫等行为驱使不作为犯改变意志,积极作为的可能性也为不作为犯罪的正当防卫创造了实现可能。对不作为犯罪正当防卫的形式逻辑与对作为犯罪正当防卫不同,因此在认定过程中,对起因、时间、目的、对象和限度条件的认定也与对作为犯罪正当防卫的认定有所差异。防卫不过分苛求限度与有效性同样适用于对不作为犯罪的正当防卫。他人可代替履行义务不影响正当防卫的认定。

关键词:不作为犯罪;正当防卫;价值衡量;防卫条件

中图分类号:D914

文献标识码:A

文章编号:1673-131X(2020)01-0079-04

防卫权是现代刑法赋予公民个人的一项权利,其鼓励公民敢于反抗违法犯罪行为,以公民个人的力量维护国家、社会、本人以及他人的合法权益。在实践中,防卫行为总是被动产生的,即面对侵害人主动进攻型的侵害行为时,防卫人采取防卫手段制止其侵害行为,使其以作为方式实施的侵害行为趋于停止。在实践中对不作为型侵害行为防卫的案例很少,因此学者在论述正当防卫时往往笔墨不多。对不作为型侵害行为能否进行防卫,学界主流观点认为,我国刑法中的不法侵害包含违法与犯罪行为,犯罪行为不论是作为还是不作为都是对合法权益的侵害,当然可以对此类行为进行正当防卫^[1]。但当论述正当防卫的条件时,诸多学者以作为犯的角度出发构建正当防卫制度,对不作为型侵害的正当防卫尚缺乏系统性的论述。因此,笔者认为有必要补充对不作为侵害进行防卫的认定,从而使正当防卫理论更加完善。

一、对不作为犯罪防卫的价值考量

(一)正义与秩序是正当防卫的根本价值

“在正当防卫法律制度中已经包含了人们所追求的正义与秩序。”^[2]正当防卫的起因是由于现实的紧迫的不法侵害正在进行,不法侵害行为本身是

一种损害国家、社会、公民权利的行为,而正当防卫是为保护正在受损或将要受损的权利而采取措施防止该不法侵害继续进行的行为,因此正当防卫行为本身就具有正义属性。正当防卫权的行使同样体现其正义性,即正当防卫只能对满足一定条件的不法侵害人实施。不法侵害是对受法律保护的各种权利的侵害,因而其又是对保障社会稳定运行法律的破坏,即是对法的秩序的违反;正当防卫则是为减损该种破坏并试图恢复法律秩序的行为。正当防卫是公民在面对侵害权益的行为时,为恢复秩序的再次运行和对秩序的信赖而做出的抉择,也是秩序的必然要求。

刑法明文规定的正当防卫制度,赋予公民防卫权,在公民面对现实的不法侵害时,鼓励其以私人的力量反抗违法犯罪行为,同不法侵害者作斗争;通过损害不法侵害者权益而免除防卫人责任的方式来震慑潜在的或现实的侵害人,实现正义与维护秩序的价值在正当防卫制度中相互融贯,实现正义是维护秩序的保障,维护秩序又是实现正义的应有之义。

(二)作为犯罪与不作为犯罪在社会危害上没有本质区别

作为犯罪是实践中常见的犯罪行为方式,在法益平和稳定时期,行为人通过积极的行动损害法益,主动破坏这种稳定的法益状态;不作为犯罪是

收稿日期:2020-02-29

作者简介:蒋旭东(1996-),男,浙江杭州人,硕士研究生,主要从事刑法学研究。

在国家、社会、公民法益面对危险时,法律要求行为人积极作为以促使法益回归到稳定状态,行为人在有能力保护法益的前提下却不作为,同样是对法益稳定状态的一种破坏。行为对法益破坏的本质特征才是对其进行防卫的正当性来源,而不是其行为的方式。不作为犯罪对法益的危害性和紧迫性与作为犯罪别无二致。

(三)要求不作为犯履行义务的独立价值

义务是为满足权利人的利益而为一定行为或不作为一定行为的必要性。不作为行为构成犯罪表明,其不履行义务的行为已具备刑法上的法益侵害性,将对不作为犯罪的侵害行为认定为正当防卫是鼓励公民积极行使防卫权、驱使行为人履行义务、防止特定危害发生、保障被害人权益的制度保障。

二、对不作为犯正当防卫的实现可能

(一)刑法明文规定之前提

对不作为犯罪进行防卫的理论正当性在于其公平秩序的价值,其制度上的正当性则是刑法的明文规定,即刑法第二十条。不作为犯罪是刑法所禁止的行为,是具有社会危害性的行为,当然包含于不法侵害的含义之下。因此,为使国家、公共利益、本人或者他人的人身财产和其他权利免受正在进行的不作为犯罪的侵害而采取的制止其不法侵害的行为,即促使保证人实施作为、履行其义务的行为,可以构成正当防卫。

(二)驱使防卫对象履行义务之行为

正当防卫的行为目的是制止不法侵害的继续发展,实现行为目的的手段是对不法侵害人合法权益造成损害。与作为犯罪不同,对不作为犯的防卫目的的实现最终需要不法侵害人的努力。有学者认为,对不作为犯不能构成正当防卫,因为即使对不作为犯进行正当防卫,合法权益遭受损失的危险也不能排除,防卫行为并不能制止侵害行为^[3]。尽管不是所有防卫行为都能对不法侵害的停止即对保证人履行义务起到促进作用,但不能否认一些情况下的防卫行为所产生的良好效果。能否对不作为犯进行正当防卫的评价因素并不是防卫效果的好坏,而是防卫效果的有无。显然,一定程度的暴力、胁迫可以驱使不作为犯改变先前不作为的态度转而去履行义务,这是不作为犯权衡利弊理性思考

后的结果。不能因对部分犯意坚决的不作为犯缺乏防卫效果而否定对不作为犯可以进行正当防卫的制度价值。

三、对不作为犯正当防卫的认定

(一)对不作为犯进行正当防卫的条件

1. 起因条件——不作为侵害的发生。不法侵害是发生防卫行为的起因,也是认定正当防卫的前提与基础。“正在发生的不法侵害”使得防卫人实施损害不法侵害人权益的行为具有防卫性,因而也具有了正当性^[4]。在对不作为犯的正当防卫案件中,起因条件是存在正在发生的危险,行为人负有消除危险的义务,并且具有实施作为行为的能力防止危险结果的继续发展而拒绝实施。正当防卫的起因必须具备紧迫性,即“不作为不法侵害对危害结果的发生构成了严重威胁或危害结果正在发生”^[5]。是否有阻止不法侵害的其他方式不是判断紧迫性的必要条件,防卫人可以采取其他方式制止不法侵害的可能不阻却正当防卫的正当性。因此,尽管在有其他更为平和的手段可以保护受损法益、制止不法侵害的情况下,对防卫人造成损害仍应该认定为正当防卫而免除其刑事责任。

2. 时间条件——行为人处于仍不作为状态。时间条件要求进行正当防卫时不法侵害处于正在进行的状态且尚未结束。对不作为犯正当防卫的起始点是行为人具有作为义务能够作为而不作为,即不作为犯罪的着手。有学者举例认为:火车扳道工在火车通过15分钟前不扳道,由于法益没有面临紧迫的危险而不能视为不法侵害即不作为犯罪的着手;如果在火车通过3分钟前不扳道则由于紧迫的危险可以看作是不法侵害的着手^[6]。笔者认为,上述观点混淆了正当防卫的时间条件和起因条件中的紧迫性要求,应当根据当扳道工没有在规定的时间点进行扳道作业即是不作为犯罪着手,而该规定的时间点与火车通过之间的时间差是判断能否认定正当防卫的紧迫性的依据:间隔时间越长,不法侵害的紧迫程度越低,则认定其构成正当防卫越困难。

诚然,不作为行为只有达到一定的现实危险程度才能被评价为犯罪。此处的现实危险程度的比较对象是作为犯罪,即与作为犯罪相同的危险性,如果不作为行为没有对法益形成该等程度的危险,

即犯罪尚未着手^[6]。在对法益形成一定的现实危险后,不作为犯罪即着手犯罪开始,此时才跨入正当防卫的时间条件内。不作为的不法侵害已经结束,表明此时已经没有必要对不作为犯进行防卫:一是不作为犯履行或者明确表示愿意履行作为义务;二是不法侵害人的不作为犯罪结果已经发生或者凭不法侵害人本人的努力已经无法阻止结果发生。

3. 目的条件——驱使不作为犯履行义务以保护法益。防卫目的是保护国家、公共利益、本人或者他人的人身财产权利。防卫目的要求防卫人具有基础的防卫认识,并在此认识上产生防卫意志,通过意志最终实施防卫行为。对不作为犯罪的防卫认识是指,防卫人认识到正在发生的不作为不法侵害,并且认识到不法侵害人具有作为义务有能力履行作为义务而没有履行。防卫意志是指,防卫人通过损害不法侵害人的权益来驱使其履行作为义务,防止危害结果的发生,从而实现防卫目的的主观态度。在不作为犯罪中,防卫手段是暴力或者其他侵害不作为犯法益的行为,驱使不作为犯履行义务,最终达到保护面临危险的法益的目的。

4. 对象条件——不作为犯本人。对不作为犯罪正当防卫的防卫对象是不作为犯本人,即不作为犯罪中的保证人。防卫对象只能是具有防止危害结果发生的作为义务的人,不能针对除此外的其他任何人代替其实施作为而对他实行防卫。有学者认为,防卫对象需要满足不作为犯罪三个层次的条件^[7],这是混淆了防卫起因与防卫对象的结果。防卫对象条件纯粹只有作为义务,如果保证人没有作为的能力,则失去了不作为犯罪的前提,对不作为犯罪的防卫更是无从谈起。因此,行为人有能力作为而不作为是正当防卫的起因条件,学者将其归入对象条件则是对存在不作为犯罪的不必要的重复。当然,笔者认为的防卫对象自然也是满足上述要求的。

此外,需要注意的是,在两人以上负有作为义务时,其中一人履行义务的行为往往能够阻断犯罪行为的紧迫性,即该不作为犯罪不具备正当防卫的起因要件,损害不作为者权益的行为很难被认定为正当防卫。因此,只有在所有保证人均不履行作为义务时,才可对不作为犯进行正当防卫。

5. 限度条件——综合判断作为可能性。刑法条文对正当防卫的限度要求较为宽松——没有明

显超过必要限度造成重大损害。作为犯罪的危害结果与行为人的犯罪手段决定对其防卫的限度,危害结果越大,犯罪手段侵害性越强,对行为人的防卫限度也就越高。与对作为犯罪进行正当防卫的逻辑不同,对不作为犯罪进行正当防卫是要驱使行为人履行作为义务,对法益的保护需要不法侵害人即被防卫人的积极作为,因此防卫限度更难把握。“防卫过当是防卫行为过当与防卫结果过当的统一。”^[8]对不作为犯罪的正当防卫限度,笔者存在以下理解:

第一,作为可能性是影响必要限度的因素之一。犯罪手段、受损法益类型、法益面临的危险紧迫性等因素是影响正当防卫限度的客观因素。与对作为犯罪的正当防卫不同,对不作为犯罪进行正当防卫还应考虑不作为犯的作为可能性。一般来说,对于犯意坚决、作为可能性较低的不作为犯,可以采取强度较大的防卫措施;对于犯意不坚决、作为可能性较大的不作为犯,采取强度较大的防卫措施则有可能超出必要限度。

第二,对不作为犯罪的正当防卫不存在无过当防卫。一方面,对不作为犯罪进行正当防卫的本质是通过对不法侵害人造成损害,驱使其履行作为义务,保护合法权利。如果对不法侵害人实施严重损害其身体机能的防卫行为,可能导致其丧失作为的能力,无法起到保护被侵害人权利的效果。另一方面,刑法第二十条第三款所规定的无过当防卫,针对的是严重危及人身安全的暴力犯罪。因此刑法仅对作为犯罪规定了无过当防卫,对不作为犯罪进行无过当防卫则没有法律前提。

(二)可代替作为不影响正当防卫的认定

在他人能够代替不作为犯履行作为义务时,能否对不作为犯实行正当防卫,要求该特定的不作为犯实施作为? 笔者的答案是肯定的。实施特定的作为行为、防止危害结果的发生是特定的不作为犯的义务。尽管他人可以代替其履行该义务,但该代替行为不改变义务的归属。只要起因条件没有消失,即法益面临的危险的紧迫性没有消失,那么不作为犯始终负有消除危险的义务,即作为义务,对不作为犯则仍可以实施正当防卫,驱使其履行特定消除危险的义务。在不作为不法侵害发生时,具有代替作为可能而选择代替其履行义务虽然同样可以起到保护被害人法益的效果,但其不能成为阻却正当防卫的理由,选择使用暴力、胁迫手段逼迫不

作为犯亲自履行作为义务,也应豁免其责任。当然,如果在不作为犯不履行义务时,存在他人现实的代替不作为犯正在保护被害人的法益,此时不应再将对不作为犯的侵害认定为正当防卫,因为此时被害人所面临的法益侵害已不具有紧迫性。

四、余论

由于对不作为犯罪正当防卫的特殊构造,防卫有效性问题是不得不考虑的问题。在作为犯罪中,行为由不法侵害人主动实施,防卫行为的目的是使不法侵害人停止身体动作,因此对不法侵害人实施暴力便可以达成防卫目的。对不法侵害人的伤害越大,出于恐惧或是能力不够,不法侵害人停止侵害的可能性越大。如果不法侵害人仍不停止,剥夺其生命会是最后的防卫手段,也是制止侵害的终极且有效的方法。然而对不作为犯罪的防卫有效性取决于不法侵害人的作为,防卫有效意味着不法侵害人着手实施作为,防止危害结果的发生;防卫无效意味着不法侵害人保持不作为。对不作为犯罪的正当防卫效果缺乏预测的精准性,导致防卫人无法准确判断实施何种程度的防卫会使不法侵害人

履行作为义务,因此对不作为的正当防卫不应过分苛责防卫人对限度的控制,更不能要求防卫有效才免责。

参考文献:

- [1] 郭泽强. 正当防卫制度研究的新视界[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2010: 22-25
- [2] 彭卫东. 正当防卫论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2001: 17
- [3] 姜伟. 正当防卫[M]. 北京: 法律出版社, 1988: 64-65
- [4] 李贵方. 正当防卫中“不法侵害”的认定[J]. 中国检察官, 2019(2): 33-35
- [5] 张巍. 对不作为不法侵害的正当防卫[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2008(1): 58-61
- [6] 何荣功. 论实行的着手[J]. 刑法论丛, 2008(1): 189-237
- [7] 王志华. 对不作为不法侵害的正当防卫[J]. 福建政法管理干部学院学报, 2004(3): 13-14
- [8] 陈兴良. 正当防卫的司法偏差及其纠正[J]. 政治与法律, 2019(8): 41-57

(责任编辑: 刘 鑫)

On Justifiable Defense against Omission Crime

JIANG Xu-dong

(Zhejiang Gongshang University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: Proper defense of inaction crimes is a reflection of the value of justice and order, and Article 20 of the Criminal Law is its legal basis. The possibility that acts of violence, coercion, etc. drive involuntary offenders to change their will and actively act also creates the possibility for the legitimate defense of inaction crimes. The formal logic of the justifiable defense against crime is different from that of the justifiable defense as a crime. Therefore, in the process of identification, the identification of the cause, time, purpose, object, and limit conditions is also different from that of the justifiable defense as a crime. The undemanding limits and effectiveness of defense also apply to the legitimate defense of inaction crimes. Others may perform the obligation instead of affecting the determination of legitimate defense.

Key words: omission crime; justifiable defense; value measurement; defense conditions