

不作为犯等价性要件的学理检视

张梓弦*

摘要 我国既往观点对不真正不作为犯的等价性要件之论述存在诸多误区。这具体表现为,罔顾“等价”和“等置”的概念之差将二者混为一谈,抑或无视等价性要件的初始意涵而盲目对其赋予了可独立担负起限定不作为犯处罚范围的机能。基于对狭义等价性要件的概念源流考略,其功能定位理应是于举止关联犯的场域对不作为是否具有匹配相应举止不法的正犯性予以检视。在后续理论发展中,等价性虽渐渐沦为了徒有要件之名而无要件之实的思维方式,但仍可在涉及以背反举止方式而实现的情报传播犯以及不作为的参与等问题中为我国司法实务提供一个崭新视角。

关键词 等价性 举止关联犯 不作为的参与

一、问题的提出

在论及不真正不作为犯时,等价性并不是一个陌生的概念;但在我国,此概念并非贯通不作为犯论发展的始终。早先学说仅指明,不作为犯成立要件应为“行为人负有实施某行为的特定义务”“行为人能履行这种特定义务”“不履行应尽义务引起危害社会结果”,〔1〕而对是否应额外判断其与作为犯的等价性未置一词。直至上世纪九十年代初,随着熊选国所著《刑法中行为论》一书首次推介德日不作为犯论中等价性要件之争后,这一局面方有改观。如其指出:“既然法律把作为与不作为都规定在同一法条内,规定了同一法定刑,则表明不作为犯和作为犯在社会危害性及程度上应是等价的。”〔2〕虽然此番论证在彼时未能使得等价性要件的研究价值

* 北京大学法学院助理教授。

〔1〕 杨敦先主编:《刑法学概论》,光明日报出版社1985年版,第104页。

〔2〕 熊选国:《刑法中行为论》,人民法院出版社1992年版,第162页。

骤升,但该引介显然唤起了学界关注。之后,于理论层面对等价性要件持开放态度的学者日趋增多,等价性之论证除获得了多数著述中可观的篇幅外,其也被认为是限制不真正不作为犯无限扩张的关卡之一,在保证人地位之外发挥着独立的功能。〔3〕

但是,这一域外理论的移植难谓成功。原因在于,虽大多学者有意在文献中论及等价性要件,但围绕其实质内涵之阐述却付之阙如。仍以熊选国观点为例,其在肯定等价性应不作为犯成立要件之余,主张等价性的有无“应综合不作为犯的全部事情加以综合评价”。〔4〕但是,综合判断的路径选择显然与等价性作为独立要件之地位不符。依此推演,等价性之判断势必会侵蚀作为义务或作为可能性等要件所应发挥作用的领域。另有学者指出,不作为的等价性判断基准应设定为“行为人具有高度作为义务及严重违反作为义务”。〔5〕然而,这类观点无异于将等价性要件杂糅于作为义务中予以了二次阐述,其仍未消解等价性作为独立要件的内涵及判断标准之疑虑。

理论的含混其词也间接导致了司法实务的莫衷一是,有以下两例为据:被告人李中海凌晨驾驶营运摩托车搭载被害人章诚后,因操作不当撞至隔离带,致章诚从车后座甩出后躺在机动车道内因伤无法动弹。为逃避责任,李中海不顾章诚可能被后续车辆碾压的危险,随即驾车逃逸,后章诚被途经该处的货车碾压,造成复合伤当场死亡。判决认为:“因光线条件差,该道又属交通干线,李中海作为一名从事非法营运的熟练机动车驾驶员,应预见到在这样的条件下后续车辆很难看见路面上被撞倒的被害人,即使看见后迅速刹车也很难避免碾压,因此被告人上述不作为杀人行为可能造成的危害结果与作为的杀人行为所可能造成的危害结果具有等价性。”〔6〕而在事实关系类似的汪庆樟交通肇事案中,法官指出:

判断逃逸与故意杀人是否具有相当性时,应考虑逃逸行为对结果的客观归责程度及肇事者不履行义务对结果的原因力大小,若二次碰撞肇事者被认定不负责任,说明二次事故发生具有较大可能性,那么逃逸行为与故意杀人行为具有相当性,可将死亡结果归责于逃逸行为,以不作为故意杀人定罪;若二次碰撞肇事者被认定负有责任,则说明二次事故发生有偶然性,不能将逃逸与被害人被二次碰撞致死间的原因力等价,应认定逃逸致人死亡。经事故认定,本案二次碰撞肇事者负次要责任,存在一定过错,被告人的逃逸行为与故意杀人行为不相当。〔7〕

可见,司法实务更倾向基于交通肇事后的现场情状及后续碰撞的可能性来对等价性予以个别论定;但缘何将等价性作为独立要件以及可否对其抽象出一般的判断基准,判例也未予明确答复。

上述理论及实务的困境,标志着围绕等价性要件的探讨远未终结之现状。但在我国,有关此要件的论证大多是盲目以域外立法及学理为参照系的横向比对,但对其真实姿态却鲜有精

〔3〕 参见何荣功:“不真正不作为犯的构造与等价值的判断”,《法学评论》2010年第1期,第107页。

〔4〕 熊选国,见前注〔2〕,第163页。

〔5〕 李晓龙:“论不纯正不作为犯的等价性”,《法律科学》2002年第2期,第50页。

〔6〕 参见上海市虹口区人民法院(2012)虹刑初字第587号刑事判决书。

〔7〕 参见浙江省台州市中级人民法院(2019)浙10刑终608号刑事判决书。

准引述,乃至在理论移植过程中不乏如下偏谬之处:第一,无视不同术语的真实语境,时而在不作为犯可罚性层面,时而又在要件解释层面论及等价性。第二,对等价性的射程未有考据,将部分原本与其无涉的下位要素强行安插于其中。第三,目光仅停留于要件论,对等价性本可为一种思维方式全无认知。以下将不拘泥于传统论证范式,通过剖析等价性要件的真实语境及功能定位,进而拆析出可为实务所用的论理规则。

二、等价性要件の语境设定

(一)理论前提:广义的等置性与狭义的等价性要件

在我国现有研究中,特意论及“等置”(Gleichstellung)和“等价”(Gleichwertigkeit)之区分者无几,这便导致在不同话语体系下,此组内涵迥异的概念往往被频繁混用。典型的例证是,我国学者会以纳格勒(Johannes Nagler)或阿明·考夫曼(Armin Kaufmann)为标识,认为二者的洞见首次释明了等价性的学理地位,^{〔8〕}而后续立法中等价性条款的生成亦拜后者所赐。^{〔9〕}但是,若以是否应在保证人地位之外另行要求等价性要件的证立为基础语境,那么所谓的“等价”是如下所述直至20世纪中后叶才真正被推至前台,因而前述见解皆属误读。此前,既存的理论铺陈仅限于围绕“不作为犯亦能与可罚的作为犯等置于同一禁止规范下”这一“广义等置性”命题的展开。详言之,等置性一词的运用又分散于以下两个场域。

第一,用以描述立法的广义等置性。众所周知,德意志前旧刑法时期并不存在与作为相对意义上的不作为条款,但这并不代表彼时立法中无以觅得“不作为”的字样。依克莱门斯(Otto Clemens)的归整,部分邦国刑法典(草案)开宗明义地将作为和不作为同时纳入了有关“犯罪概念/行为”的定义之下,并据此肯定了对不作为犯亦可准用作为犯构成要件予以惩处的基本立场,因可谓之“不作为与作为于总则中的等置”。^{〔10〕}如1835年符腾堡王国刑法草案第1条“不作为同属犯罪行为之列”便为适例。草案理由称,“总则第1条包含了这样一句话,以其为据可得出犯罪行为和不作为于可罚性层面相等置的结论”。^{〔11〕}在这个意义上,用以描述立法的广义等置性即可视为肯认不作为犯可罚性的同义反复,这显然与现今所论是否应以等价性要件为媒介而限定不作为犯的问题非属同一旨趣。

第二,用以描述不作为犯可罚性的广义等置性。与前述语境相对,将不作为与作为一并统摄于犯罪概念之下的立法举措即便揭示不作为犯既被赋予了一个可罚的外观,但其可罚性缘何而来却非不言自明。为求其解,部分学者自19世纪即开始借用等置性一词以作为阐扬自身立场的结果性描述。较早的运用如格拉斯(Julius Glaser),其质疑费尔巴哈(Paul Johann Anselm v. Feuerbach)立足于契约论而将刑法外的法律或契约视为义务来源,认为“若未施行的

〔8〕 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,第29页。

〔9〕 刘斯凡:“不真正不作为犯等价性否定论”,《河南师范大学学报》2009年第3期,第116页。

〔10〕 Clemens, Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum RStGB, 1912, S.28.

〔11〕 a.a.O., S. 33.

和已施行的相等置是因特定人的非法举止而得以正当化,令人费解的是,为何违背国家法或私法义务会获得一个较之私法或国家法更甚的非难后果”;〔12〕随后,奥尔特曼(Rudolf Ortman)试图将因果中断论转至不作为犯论时称,“原因与原因间未尝有差,具备因果性的不作为和具备因果性的作为恒常等置”。〔13〕而等置性的这一使用方式也持续到了20世纪初,在形式和实质法义务说既已相互攻讦的阶段,持前者立场的特雷格(Ludwig Traeger)曾言,“不回避结果发生与违法结果惹起在如下情形等置,即当存在一个特殊法义务以防止其发生时,而无关该义务脱生于何种法源”。〔14〕至于数度被我国学者引用的纳格勒,则在较晚的1938年才以“保证人地位”为媒介述及了等置性,即“德国立法使得消极举动等置于积极举动是仰仗于特殊义务关联,因而行为人被委任或处于一个遏抑对峙作用力以回避构成要件结果发生之地位”。〔15〕但遗憾的是,纳格勒一方面批判基尔学派将义务内容诉诸“共同体内部秩序”时的空洞无益,但另一方面却未排斥形式三分说进而主张保证人的判定取决于“具体生活关系的社会伦理评价”。因而无论是等置性一词的使用方式还是基本立场,纳格勒和形式法义务论者间的分歧近乎消失,正如考夫曼批判的那般,“其相对新颖之处仅仅是选择了一个不同的建构方式以剔除那些本不该当于作为的不作为”。〔16〕

不难发现,以上观点均是在不拒斥不作为犯可罚性的前提下由此推及其证成理由,而等置性一词的运用无外乎只是论者们各异的立场所欲达成的最终结果标语;个中区别仅在于,寻得不作为与作为等置于同一禁止规范下的理由是应着眼不作为以外的因果力,抑或原生于刑法内或超然于刑法外的义务违反。这从部分教科书编排体例也可见端倪,如罗克辛(Claus Roxin)将其教科书第32章命名为“不作为与作为的等置”,并在此章A/B节分述了保证人地位和相当于条款,因而不作为犯的定式判断即是经由保证人义务违反,加之狭义的构成要件相当性之筛查,进而达成其与相应作为犯于广义层面的等置。因此,广义等置性一词的运用仅呈现了学者们旨在努力证实不作为犯可罚性的结论面向,而与额外增设等价性要件以限制不作为犯处罚范围无关;故为回避理论嫁接的失当,由19世纪初为始的一系列历史追查可径行略去。

(二)等价性要件的初始意涵

以时间为序,不作为犯的总则立法尝试虽萌芽于前魏玛时期,但首次将“等置”等类似字样映射至条文中的立法例当属诞生于大刑法委员会第一次草案诵读会期间的1956年刑法草案第13条:“①不回避结果者,仅当依法负有结果防止义务,且基于情状必须担保结果不发生时,始能与因作为而招致结果的正犯或共犯于构成要件该当层面等同;②因自身举止招致结果发生的高度盖然性,或接受担保行将发生之结果的不发生之地位者亦同。”我国学者误称本条设立是因“受等价性理论的影响,而将等价性和保证人地位并列作为不作为犯的成立条件”。〔17〕

〔12〕 Glaser, Abhandlungen aus dem oesterreichischen Strafrecht, Bd. 1, 1858, S.373.

〔13〕 Ortman, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, GA 23 (1875), S.279 f.

〔14〕 Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf-und Zivilrecht, 1913, S. 112.

〔15〕 Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111 (1938), S. 59.

〔16〕 Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 249.

〔17〕 姚诗:“不真正不作为犯”,《中外法学》2021年第3期,第727页。

但通览草案理由书可知,起草者无疑只是将纳格勒旨在使不作为犯可罚性问题凝练于构成要件层级而提出的保证人说予以了立法化。^[18] 一如博尔克曼(Paul Bockelmann)所述,“基于情状”和“依法负有”的结果回避义务仅为统摄于“必须担保”这一内涵下的堆叠性叙述。^[19] 又如理由书所述,“作为和不作为仅于如下情形等置,即不作为者依法负有义务阻止结果及基于情状须担保结果之不发生,但结果不回避仅是一般性地落入不作为者的义务领域自始无凭”。^[20] 在此意义上,“……于构成要件该当层面等同”仍仅意指对不作为犯可罚性于结果意义上的描述,这便回到了上述广义等置性的逻辑闭环内。

正因如此,彼时的起草者尚未有意在保证人地位之外另增设等价性要件以明晰不作为犯的证立方式,此举也即刻招致了非议。韦尔策尔(Hans Welzel)批判道,“在刑罚规定中,立法者谨慎地将侵害行为的样态也予以了并立规定:如欺诈、强制等。此等犯罪皆非在于单纯的结果惹起。在将作为转译为不作为时,不同犯行描述间的精细差异,都会被单调的‘结果不回避’消磨特性而均等化”。^[21] 同时,加拉斯(Wilhelm Gallas)亦于会议期间称仅凭保证人地位的存否以判别不作为的广义等置性未免偏颇,可在保证人之措辞后加入“……且当不回避结果与因作为而惹起结果可视为等价时”这一要件制约以顾周全。^[22] 遗憾的是,除博尔克曼且表赞许外,前述提议并未引发其他参会人的共鸣;诚如“同等评价/对待原则”等字样也可见于会议辑录,但这些术语所承载的内涵更多在于将不作为总则立法作为处罚扩张事由加以对待的宣示。^[23]

然而,此间的应者寥寥并未挫抑学者们对等价性要件的执念。鉴于官方未有表态,加拉斯于1959年第二次草案诵读会上率先发难,拟定条文如下:“①不回避构成要件结果者,仅当在法律上必须保证结果不发生,且其举止在考虑特殊犯行情状及法定行为要素时仍和基于作为的犯行在构成要件该当层面等同时,方可肯定其作为正犯或共犯之可罚性;②自身招致结果发生之危险者,也须保证结果不发生。”^[24] 与先前的孤立寡与不同,本次诵读会期间,耶赛克(Hans-Heinrich Jescheck)也旋即肯定了对等价性予以单独要件化的立法模式,并随后呈递了如下提案:“①不回避构成要件结果者,仅当基于个人所担负的义务必须保证结果不发生,且该不作为的方式样态在构成要件意义层面与作为具有同等当罚性时,始与因作为而引发结果之正犯或共犯等视之;②刑罚得依第65条第1款减轻。”^[25] 自此,几位学者的努力才首次以明文规定的方式赋予了等价性独立于保证人义务的要件地位,后世亦称加拉斯为等价性条款的

[18] Vgl. Kaufmann (Fn.16), S.273.

[19] Niederschriften über die Sitzung der Großen Strafrechtskommission (下称“Nied”), 12. Bd, 1959, S. 475.

[20] Entwurf des Allgemeinen Teils eines Stragesetzbuchs mit Begründung, 1956, S. 21.

[21] Welzel, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ (1958), S. 495.

[22] Vgl. Nied, 2. Bd, 1958, S. 279.

[23] a.a.O., S. 277 f.

[24] Vgl. Nied, 12. Bd, 1959, Nr. 24, S. 478.

[25] a.a.O., Nr. 5, S. 436.

首创者。^[26]但是,立法尝试尚不意味着等价性要件就此获得了一个完备理论前景。围绕此要件的诞生,我们可提出以下三个问题以逐次检验后人对其赋予的功能是否背离其初始意涵:第一,等价性要件作用场域为何。第二,其是否旨在限缩不作为犯成立范围。第三,其可否定夺不作为犯可罚性。

1. 等价性要件的作用场域

有关问题一,加拉斯在诵读会期间提交的书面理由可供参照:

违反保证义务之要求固能担保在纯粹结果犯中不阻止结果发生确与积极引发结果相等价,但立法者对结果惹起手段有所细分时(……如由“欺诈”引发财产损害),为判断结果不回避是否与积极实施构成要件描述的举止具有同等重要性及“色调”,在违反保证人义务外另需体察与作为构成要件相适格的行为要素。……通过“特殊犯行情状”之考察可知,等价性条款不仅适用于设定了特殊行为模式的结果犯,而同样适用于纯粹结果犯。因为在如因先行行为而对行为人课责等领域,亦需超然于义务违反而对不作为犯的可罚性施限这一点已是共识。……等价性的另一含蕴在于,唯有不作为之共犯可被首肯。如在故意实施犯行的第三人通过积极作为而引发结果时,不作为之加功仅与通过积极作为的帮助等价。^[27]

此外,耶赛克针对等价性条款的附议理由同可为据:

我试图表述同样的信息,即不作为在手段样态上需与作为等价,构成要件中动词的意义也需通过不作为得以满足。这一要件对部分构成要件的动词背后还暗藏深意的罪名而言是适宜的,如刑法第180条的猥亵……。而此要件之于帮助犯的事例判断也有实益。……让我们举一个守卫人对盗窃视而不见的例子,人们在此易于认为守卫人违背了对财物所有权的保证义务进而以不作为的方式致使财物被取走;但守卫人虽容认财物被取走,却也只能获得一个与狭义共犯相匹配的质。^[28]

基于以上引述,等价性条款的原初作用场域可概括为二:①在结果惹起本即表征了构成要件全部的不法内涵之纯粹结果犯的场合,保证人地位的存否即是框定可罚性门槛的唯一可视基准;但在某类犯罪群的不法内涵除结果惹起外另取决于构成要件中特定举止描述所传递出的行为非价时——即“举止关联犯”——等价性要件始被赋予了用以判别不作为是否在样态上等值于作为的功能;②在界分不作为的正犯与共犯时,一方面,若正犯性依存于构成要件中的特殊前提(如自手犯,个人资质,特定举动或意图),那么不满足这些前提者自始仅能以狭义共犯论处;另一方面,不同于作为犯,基于事实的犯行支配的操控在不作为犯的情形下被逆转为了“潜在犯行支配的不操控”,因而执拗于以支配为核心的论述便显失说服力;当存在一个横亘于保证人和结果之间积极支配犯行流程的行为人时,由保证人的“不为”向可罚结果的直接递进历程被予以阻隔,因而保证人最终仅能获得一个“参与非价”(Teilnahmeunwert)而不具足以和行为人相匹敌的正犯性。^[29]

[26] Nitze, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen, 1989, S. 26.

[27] Nied, 12. Bd, 1959, Nr. 24, S. 479.

[28] a.a.O., S. 96 f.

[29] Vgl. Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ (1960), S. 686 f.

2. 不作为犯成立范围的限缩?

然而,比对加拉斯和耶赛克的叙述,尚有一处细微差异待考。即前者似赋予了等价性要件以服务于限缩不作为犯成立范围这一终极目标的地位,但此论述却未见于后者的提案理由。要言之,加拉斯的提案将“特殊犯行情状”和“法定行为要素”并列作为等价性叙述的前缀,并在述及前者时将其纳入了“纯粹结果犯亦应被施限”的语境,但最终预示处罚范围限定的设例落脚点却转至了先行行为。这一略显语焉不详的阐述与其率先宣称纯粹结果犯中保证人地位的存在即担保了广义等置性之实现有所抵牾,也致使我国学者对等价性要件有了“其最初发展是为限缩不作为犯处罚范围”这一理论期待。^[30] 但将目光转至委员会交互发言的记载则可知晓,以上观念肇端于对加拉斯上下文语境未有明察后的误读;而在其解说中,等价性要件从不具备在保证人地位等判定齐备后仍可单纯限缩纯粹结果犯处罚范围的功能:

第一,加拉斯称,特殊犯行情状之省思是源自韦尔策尔质疑司法实务于交通肇事案中对基于先行行为的保证义务认定存有逻辑飞跃而来的启发。鉴此,加拉斯秉信先行行为即便无法吻合其对保证人地位所赋予的“于事实或法律的委任关系实存”之内涵,却仍不应和保证这一概念脱钩。故一方面,加拉斯于其构想的条文第2款将先行行为作为了区别于第1款的义务来源;另一方面,较之至少可通过委任关系加以范围限定的保证人地位而言,因先行行为而生的保证义务显然难以通过限定列举的方式得以澄清,遂加拉斯才于会议中有言,“即便在纯粹结果犯领域,先行行为条款同样需附加等价性考察,就此,基于先行行为的保证义务应被严格限制”。^[31] 这层含义自然与不作为犯的处罚范围应透过等价性要件得以限定等命题无关。

第二,加拉斯的另一旨意在于,先行行为有别于保证人地位的法理基础决定了此时应为法官提供一个无需仰仗他法便可实现的出罪路径。第二次诵读会期间,德国联邦司法部曾先于加拉斯草拟过一版旨在将期待可能性明文化的不作为条款,其内容为:“不回避结果发生者,当负有回避结果之法律义务且基于所属情状可期待其回避该结果时,与因作为引发结果者同。”^[32] 但将期待可能性直接纳入立法招致了加拉斯的不满。其一方面批判道,“我将第二关注点置于特殊犯行情状这一考察,但此要件在司法部的最新草案中却未充分展现”,另一方面则认为自己拟定的特殊犯行情状这一要件对于廓清因先行行为而生的保证义务而言要优于期待可能性的明文化:“在此之上,我认为有必要在保证人地位的认定中进而嵌入一个修正的可能性(即特殊犯行情状),……诚然这是一个软性条款,但却好过于司法部草案中的期待可能性条款。”^[33] 因此,在先行行为项下论及特殊犯行情状仅仅是对其自身所主张的保证人地位之判定提供了一个软性修正,而非意指通过独立的等价判断予以二次的可罚性限缩。

3. 不作为犯可罚性之定夺?

由上可见,既然等价性的作用场域仅限于举止关联犯及正犯性之证成,此既已明确遮蔽了

[30] 参见何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第102页。

[31] Nied, 12. Bd, 1959, S. 82.

[32] a.a.O., Nr. 22, S. 472.

[33] Nied (Fn. 31), S. 81 f. 因正当防卫致侵害人濒死时,防卫状况即属特殊犯行情状而可否定保证义务。

其作为一个具有普适意义的可罚性界标呈现于外的可能。换言之,以不作为方式实施纯粹结果犯的场合全无等价性要件额外介入的必要;举止关联犯的不作为之判断亦只能决定不作为者可否获得一个匹配相应罪名举止不法的正犯性。有关此点,韦尔策尔于委员会期间的述评可资参考。一方面,鉴于各罪有着形态各异的构成要件图景,因而韦尔策尔认为难以通过提取公因数的方式对保证人地位做出一个齐整的规则提炼;但另一方面,前述疑惑并未妨碍其拥护上述两位教授有关等价性条款的提议。其指出,“等价这一措辞在德语语境下意指类推相准,而这一内涵正是我所洞察出的积极意义所在,它清晰表明,此时法官被赋权可进行一个被允许的类推去处罚原本不为法所惩处的某类事项,其方向性有二:一是在正犯性确定意义上的类推,二是在构成要件举止描述意义上的类推”;而除这两个方向外,等价性要件并不具备用以填补本隶属保证人地位等领域的理论间隙的可能。^[34]

在这个意义上,实质肯定保证人地位之后便无法再以不具等价性为由而否定相应不作为的可罚性。一言蔽之,仅可由保证人地位的肯认划定不作为犯的可罚性基础,而等价性要件仅仅是在此之上决定了可被允许的类推范围。

(三) 等价性要件的理论纯度

经由以上论证的完成,概可进一步推知,后续学理的错杂源于后人不断将本隶属其他领域的要素掺杂至等价性要件之中而大幅降低了其理论纯度。

1. 盲目以等价性为介对不作为犯施限,乃至保证人地位判定流于形式

在我国,一个瞩目的观点即为何荣功对日高义博的“原因力设定说”之借鉴。根据该说,等价性要件乃旨在廓清不作为可罚性基础的双阶判断。在第一阶层,鉴于构成要件系违法行为类型,判断个中的特殊行为要素及犯行情状是否与作为相等价便应为解释论的首要制约;在第二阶层,唯行为人存在一个事前原因力设定方可填补“引发因果流程的作为犯”与“仅利用因果流程的不作为犯”间的构造格差。^[35]但由上可知,无论等价性能否担负起证实不作为可罚性基础的功能或第一阶层中特殊犯行情状的真实语境,以上立场均存疑。即便认可此观点为兼顾本国立法的理论续造,仍可对其反驳如下。

第一,倘若以原因力设定为等价判断之锁钥,循此逻辑便会得出“未对婴儿喂食致其饿死的母亲由于在该不作为之前并无其他原因设定之举,此时则不能肯定不作为犯的成立”这一与通说相悖的结论。因为此时,未回避结果发生的母亲仅是利用了因果流程,但在不予喂食这一近因外并无原因力之投用。对此,日高义博的回应是,“对无法凭一己之力维系生命的婴儿而言,对其负有养育义务且对该抚养具有支配、独占地位之人不予喂食时,该不作为便是婴儿饿死的直接原因”;^[36]何荣功的回应则是,“1天不喂奶在一般人看来不可能对小孩生命造成现实危险,而连续10天不喂奶却对生命法益侵害具有现实的危险,前者充其量是遗弃,而后者却与积极杀人等价”。^[37]但是,如果同时肯定母亲的抚养义务及其对抚养具有支配性、独占性,

[34] Nied (Fn. 31), S. 94.

[35] 日高義博『不作為犯の理論』(慶応大学出版会・1979年)154頁。

[36] 前掲注[35]157頁。

[37] 何荣功,见前注[3],第111页。

完全可凭此实质性地认定其保证人地位进而肯定此不作为在事实上支配了构成要件的实现,全然不必刻意跳入“作为独立要件的构成要件等价性”的窠臼中进行冗余述评。而至于此时的不作为是否内含致被害人死亡的现实危险,则全然是一个隶属着手实行领域的判断而无关等价性要件。

第二,更为关键的是,日高义博之所以得出前述结论肇始于其本人对保证人地位的形式化解读。如其另一篇论稿所称,“私见看来,法的作为义务判断和构成要件等价判断应被区分;前者的产生根据不限于先行行为,只要符合四种类型(法令、契约、事务管理、条理)中的任一即足”。〔38〕从此角度来看,原因力设定说无非只是将一部分本应纳入保证人地位的考察要素移至于等价性要件之下,而此进路选择虽避免了等价性于现代语境下的“贬值”,但将本可用一个要素予以说明的分析路径予以繁冗拆解无疑只会导致形式法义务说的回潮。在这个点上,不仅仅是原因力设定说,我国更有学者将“排他性支配、义务的强度”等本在实质解释保证人地位时已有所察的下位要素纳入等价性项下的见解同样直面此疑虑。〔39〕

2. 认同等价性的独立要件地位,但对其判断标准却诉诸漠然的整体评价

与此同时,另一影响深远的见解即为开篇所称,由熊选国参照德国1962年刑法草案引介而来的整体评价标准。该草案第13条规定:“不回避构成要件结果者,仅当法律上具有必须保障结果不发生之义务,且其举止在考虑到所属情状时仍和基于作为的法定构成要件之实现等价,始可肯定其作为正犯或共犯的可罚性。”以文本论之,该条与加拉斯提案相差无几,但此版草案理由颇有新意地对如何判断等价性有所述及:“具有决定意义的是一种整体性评价;若构成要件以影响不法的既定行为要素为前提,而其通过不作为之犯行实施并非具有可视性时,就可通过保证人更大的义务约束,或通过其他提升不法程度之情状以填补。”〔40〕

但是,此基准乃拘囿时代背景的产物。如罗克辛所言,首先,在形式法义务说仍大有市场的二战后十年,上述草案将可实质限定不作为犯成立的要素纳入等价性判断固然只是受困于形式法义务说而导致的宽泛处罚范围时的一个补足回应,而这在现今保证人地位的实质认定风潮下已无适用余地。其次,早期观点多认为,不作为在其他情形全然相同时有着一个较之作为更轻缓的罪责程度,若欲和作为犯共用一个构成要件加以惩处,则需额外判别是否存有其他罪责增量。〔41〕然而,在7年后颁布的《德国新刑法总则》中,〔42〕等价一词已被“相当于”(entsprechen)置换,且减轻处罚规定的增设使得以上探讨显失必要,新刑法立法理由明确称,“相当于条款对于淫媒罪等以特别行为样态为前提的构成要件而言尤为重要;但对不具特别行为样态的结果犯……,保证人地位的肯定即告相当于条款之证立”。〔43〕就此,整体性评价的基

〔38〕 日高義博「作為犯か不作为犯か」専修ロージャーナル4号(2009年)159頁。

〔39〕 参见赵秉志等,见前注〔8〕,第32页。

〔40〕 Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962 mit Begründung, S. 125.

〔41〕 Vgl. Roxin, Strafrecht, AT, Bd. II, 4. Aufl., 2003, § 32. Rn. 228 f.

〔42〕 《德国刑法典》第13条:①不回避构成要件结果发生者,仅当其在法律上必须保障结果不发生,且该不作为与基于作为而实现的法定构成要件相当时,始为可罚。②刑罚得依第49条第1款减轻。

〔43〕 Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, 92. Sitzung, Anlage. 2, S. 1865.

准再不见踪迹,相当于条款的作用场域也被拉回到了加拉斯所述第一维度。

因此,倘若坚守保证人地位的实质化判定,且承认不作为犯仅可于“以制度管辖的保证人地位不作为地实现一个支配犯构成要件”〔44〕等例外情形才具有较之作为犯更轻缓的罪责内涵,整体性评价则是一个无益的说辞。回到熊选国的论述中,其所称整体性评价除“危害性质”等程度描述外,另将如消防员不救火“只有具有直接故意才与放火相等价,而在间接故意的情形下仅与玩忽职守相等价”作为了例证。〔45〕如此一来,该判断除可能涵摄本隶属保证人地位的要素外,甚至侵蚀了故意这一作为与不作为共通的责任要素领域,故有失妥当。

3. 盲从域外学理,误将表征当罚性尺度的量化基准与等价性要件混同

除企图将并不自洽的诸多下位标准填充至等价性中的误区外,我国另有学者受考夫曼影响,在认可等价性要件具有独立于保证人地位之维时,将其内涵诉诸不作为与作为在违法/有责性层面的等价评判。〔46〕如所周知,考夫曼于超法规的价值论层面将不作为犯的修正要件归纳如下:①存在一个处罚引发法益侵害或其危险的行为构成要件;②须存在一个以防止法益侵害或其危险为内容的命令规范;③这一命令规范违反在不法内涵和责任非难程度、进而在当罚性上和①中所谓的作为近似等同。同时,其承认保证人义务的判断应属上述第一和第二阶层,并在论述第三阶层时则称“此处才是等置性问题的独立场域”。〔47〕

诚然,即便考夫曼从始至终未用等价性要件一词,但凭前述论断似可推定其旨在表达义务违反并不能穷尽说明不作为与作为于广义层面的等置。但应注意,在上述观点提出两年后的一篇笔谈中,考夫曼在对自身立场予以补充时明确区分了“当罚性的法政策问题”和“保证人命令规范违反的可罚性问题”,并指出:“由结果回避义务的存在可导出违反该义务已获得了一个可落入相应作为犯量刑区间的违法性,此时焦点便凝聚在了当罚性这一特殊刑法问题层面,……当罚性的等量及由此得出的不法与责任内涵于量的层面的一致构建了价值论的连接点,也为侵犯同一法益而负有答责性的情形提供了物本基础。”〔48〕就此而言,考夫曼未如先前草案那般关心不作为可否获得一个与构成要件描述的举止不法的“质”相等价的塑造,而是要求不作为犯应匹配以作为犯为蓝本而拟定的构成要件法定刑所折射的对违法性的“量”之定型性要求。但是,一旦接受了其对当罚性的这一语境设定,鉴于任何刑事违法性均应包含值得科处刑罚之程度判断的实质内容,那么违法性/责任的等量齐观这一要求显然不仅仅是一个不作为犯所固有的要求,而是一个即便是在作为犯的场合也应普遍考察的类似于日本学者所称“狭义的可罚违法性(可罚的责任)”之要求。一如部分学者的指摘,只关注程度的等价性评判未免空泛,因为当量的比较仅限于假设一个相似作为犯实存的前提下,“一个不作为事例却绝无法

〔44〕 吕翰岳:“作为与不为之区分的目的理性思考”,《环球法律评论》2017年第4期,第95页。

〔45〕 熊选国,见前注〔2〕,第164页。

〔46〕 参见陈洪兵:“作为犯与不作为犯的区分”,《法治研究》2017年第1期,第127页。

〔47〕 Kaufmann (Fn.16), S. 284.

〔48〕 Kaufmann, Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS (1961), S. 177.

在事态流程上构建出一个类似程度的作为事例”。〔49〕

4. 司法实务中等价性措辞的异化使用

以上诸多疑障的直观表现,多在于保证人地位的认定被虚置化,从而致使等价性承载了用以判别不作为犯可罚性这一并不配位的重荷。而此外,即便某些保证人地位似无争议的场合,我国实务仍有等价性措辞的异化使用之虞。于此,不妨先对开篇两案进行简要分析。

首先,两案的争议点均在于,行为人的逃逸可否评价为不作为故意杀人。依等价性要件的第一层内涵,故意杀人罪系纯粹结果犯,因而在实质肯定保证人地位后便无法再以不具等价性为由否认其可罚性。在此情境下,只要承认交通肇事罪第二档刑期所折射的含义在于交通肇事罪基本犯与遗弃罪的结合犯之表征,而第三档刑期则意指结合犯的结果加重犯,〔50〕那么最终的问题便仅在于如何区隔作为结合犯之构成的遗弃行为和不作为故意杀人于危险程度上的差异。虽然开篇两案中不作为的危险判断并非物理意义上内化于行为属性的危险(即并非逃逸本身所内含的危险),而是一种将独立于行为本身的外部情状(如后续碾压可能性)作为危险判断素材而“转置”于其中的思维路径。但即便是在作为的故意杀人中,独立于行为本身的外部情状同可被纳入危险判断的素材中。如行为人将无行动能力之人带至深冬极寒的无人山谷而致其冻死即可评价为故意杀人便为此例。鉴于这样一种危险判断的素材取舍及立场抉择是所有犯罪的归责前提,那么此处对等价性措辞的援用便不再是一个仅局限于不作为犯内部的要件论,而是一个应同时及于所有作为犯且与本文主旨无关的前提性判断。〔51〕据此,若实务者执意在此类判例中使用等价性一词以说理,那么显然也仅意指“独立于逃逸的外部情状是否对被害人生命造成了具体危险”之判断。在这个意义上,李中海一案法官称“因光线条件差,该道又属交通干线”是对此外部情状危险程度的直接描述,而汪庆樟一案法官称“二次碰撞肇事者是否无需担责”则是用以推定此外部情状危险程度的间接描述。

另外,部分学者将警察的渎职行为可否被评价为正犯的不作为参与等问题视为等价性要件的另一施展空间。然而,如警察漠视第三人实施强奸的场合,即便其似有玩忽职守之表象,但鉴于玩忽职守罪系过失犯,因而显与警察对于第三人犯行的故意视而不见无法兼容。退言之,即便如部分学者那般将本案警察的渎职行为失当地评价为滥用职权,〔52〕那么此间的问题也仅在于不作为的强奸帮助和滥用职权罪的竞合评价,因而仍与等价性要件无涉。

(四)小结

综上,等价性要件自始便不具备限缩不作为犯处罚范围的机能,这一误解源于后人将本依归于其他领域的要素强加至其身后的虚构。同时,决定不作为犯可罚性的关键在于保证人地位的存否,等价性要件只可于举止关联犯的场合定夺保证人的正犯性。故此,围绕等价性要件

〔49〕 Pfleiderer, Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, 1968, S. 124.

〔50〕 参见劳东燕:“交通肇事逃逸的相关问题研究”,《法学》2013年第6期,第9页。

〔51〕 如行为人醉酒后执意驾车的行为固然符合危险驾驶罪之要件,但是否另成立以危险方法危害公共安全罪则需对该醉驾行为是否达到了可匹配放火、爆炸相当程度的具体公共危险进行二次判断。假若认为这样的危险判断也可符合等价性之名,那么等价性便沦为了所有罪名的构成要件该当性之意。

〔52〕 参见陈兴良、周光权主编:《案例刑法研究总论·上卷》,中国人民大学出版社2020年,第184页。

而展开的进一步考察便可精炼为以下两个命题：第一，在举止关联犯的场所，举止不法的等价判断可否被抽取具有总则性意义的普适基准。第二，在论及不作为的正犯与共犯的场所，等价性思维能否为既往观点中存疑的论证提供一个可能的补正说理。

三、等价性要件的功能定位

（一）命题一：举止关联犯与等价性判断

有关命题一，后人将加拉斯赋予等价性要件的第一层内涵归纳为“样态等值论”，后续学说也大多吝惜篇幅地仅围绕这一基础维度予以了简要提示，^[53]但此论断显然不足以析构出一个可供判别的普适规则。循此问题意识，部分并不满足于此的学者尝试剖释不同的举止关联犯，以期赋予等价性要件以更富解释力的形貌。另有学者转而认为等价性并不具有独立的要件地位而仅为一种隶属分则领域的思维方式。

1. 举止关联规则的类型化

①有关样态等值论的解释力，阿茨特(Gunther Arzt)提供了别样的建构方式：保证人地位和相当于条款实质上处于一个位阶体系中，前者担负“一次等置判断”的使命，而后者则在前一层级的检验完备后始被赋予了“二次等置判断”的角色定位。纯粹结果犯的证成可当保证人地位所代表的一次性等置判断完毕后宣告终结，但此外的罪名则需进一步划分为“具有特殊行为非价要素的结果犯”及“具有结果犯元素的构成要件”以待再考。^[54]

其中，前者并非通说意义上举止关联犯的同义反复，而是意指在剔除特殊行为非价要素后结果惹起本身仍可单独为罪的犯罪群。《德国刑法典》第 211 条谋杀罪即为此例，其基本构成要件为第 212 条故意杀人罪，但在杀人这一纯粹结果之外另将“阴险、残酷”等特殊行为要素作为了不法增量（谋杀可视为故意杀人的情节加重犯）。此时，样态等值判断的核心即在于，保证人的所辖范围限于结果惹起本身，而行为非价要素对应的内涵可否由不作为完成则关乎回避结果的方式所传递出的价值取向。然而，就能否提炼出进一步的下位规则，阿茨特却暧昧地写道“唯有在个案中通过对相应举止关联犯之解释方得以确证”。^[55]

反之，阿茨特因诈骗罪中财产损害仅可由欺诈之样态所招致，但此结果本身却并无一个对应的基本构成要件而将其归类为了后者（诈骗并非任何罪名的情节加重犯），并引用一则判例以强化说理：“T 将房屋卖予 O 时，O 未询问屋顶事宜，但 T 实则知晓该屋顶存在缺漏且曾尝试以拙劣的技术修理。”有关此，阿茨特在指出“考察财产损害防止这一概括性的结果回避义务已无足轻重，……若考察 T 是否具有私法上的释明义务，那么防止 O 产生错误这一结果犯元素才是重要检证对象”后便草草煞尾。^[56] 虽可洞察的是，其旨在说明考察诸如诈骗罪等具有

[53] Vgl. Kühl, Strafrecht, AT, 5. Aufl., 2017, § 18, Rn. 123. 后引德国新刑法公布后的文献乃采“相当于条款”表述，故下文在直译新刑法后的域外文献时以原文术语为准，但在理论叙述时仍采等价性一词。

[54] Vgl. Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA (1980), S. 716.

[55] a.a.O., S. 717.

[56] Arzt (Fn. 54).

结果犯元素的构成要件时,保证人地位的认定不能仅及于结果回避,而是在于回避因基于组成结果之元素而导致的结果发生,但这一论证似已与样态等值的阐明相去甚远。

②除行为样态之外另对犯行结果有所提及的还有韦尔普(Jürgen Welp)。其一方面认可应于举止关联犯中对样态等值予以个别考察,另一方面认为部分犯罪的“结果样态”同为审视对象。即,若结果的持续性本身并不具备一个超然于该结果状态之创设的反价值性,那么该不作为只不过是单纯的“不予填补”,因而不具样态等值属性。这一观点在区分即成犯、状态犯与继续犯的不作为形态时有所裨益。例如,《德国刑法典》第169条规定了伪造身份关系罪,当行为人提供不实的登记注册信息以隐匿或变造身份时本罪已既遂,后续对不实身份的未订正只是单纯“不予填补”,因而不具有样态等值性;而非法拘禁和故意伤害等罪名中,法益侵害分别在行为人实施拘禁或伤害时既已实现,但由拘禁或伤害行为所带来的侵害及痛苦均伴随着法益侵害状态而持续累加,因而可肯定在单纯的结果创出之上有着额外的可非难之处,进而可肯定不作为犯的成立。^[57]

然而,韦尔普巧妙地将纯粹结果犯和举止关联犯予以了混同。非法拘禁和故意伤害本为纯粹结果犯,若能肯定故意犯罪等先行行为是义务来源之一,那么该不作为者的单纯不解除拘禁或对伤者不予救助便可直接肯定后续的不作为犯之成立,但这显然是一个无关样态等值的判断;此时,鉴于先前已既遂的作为犯和后续不作为犯均侵犯了同一被害客体及同一法益,最终认定二者为包括的一罪即可。

③雅各布斯(Günther Jakobs)则将视野扩张至了不作为正犯与共犯的区分。在他那里,相当于条款的作用是使不作为在其施行方式上提供一个可与构成要件举止描述相勾连的“呼应项”(korrelat)。在此前提下,当举止关联消融于“相叠因果流程(多行为犯)或平行因果流程”时,“呼应项”的构建并无困难。前者例如,父亲并未阻拦自己孩子遭遇抢劫时,其处于对孩子免受因暴力胁迫而致使财物流失的保证人地位,但却因欠缺不法所有意图而仅成立不作为共犯。后者例如,行为人并未阻止自己管辖的炸弹以危害公共安全的方式爆炸致人死亡时,若其本身是一名对由爆炸引发死亡事故及公共危险皆负保证义务的烟火制造者,那么即可相当于《德国刑法典》第211条所称“使用危害公共安全之手段”的谋杀,而非第212条故意杀人。^[58]

而在此外的举止关联犯中,雅各布斯进一步区分了“定式自手犯”及“情报传播犯(伪证、侮辱、诈骗)”,并指出前者的场合仅当存在行为人的身体介入时方能肯定正犯性。如机动车所有人未阻止他人故意醉酒后驾车,那么所有人则因欠缺身体的介入而仅构成醉态驾驶罪的帮助犯;如果机动车所有人未阻止他人基于非故意而醉酒后的驾驶,那么并不会因醉态驾驶而负有罪责,因为此时就成立帮助犯而言欠缺一个正犯的主行为,而就成立间接正犯而言则欠缺一个车辆所有人的身体介入。有关后者的场合,雅各布斯指出,“当未予传播情报本即有信息价值

[57] Vgl. Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 19 f.

[58] Vgl. Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl, 1991, 29/78.

时,那么可肯定一个与作为相当的不作为。如依社会沟通惯例,当对于沟通的相对方而言并不应接受某事项的不发生,但是否报告该事项则取决于行为人;若行为人对于沟通相对方能够信赖通常的惯例负有保证人地位,那么则需承担不作为之罪责。……但单纯对于信息的保留却不与作为等值”。例如,火车上的乘客在被乘务员问及刚上车的事情时沉默不语可构成不作为的诈骗罪,而一个父亲在自己孩子遭遇严重欺诈时并未以一种出于教育目的而以可容许的方式加以阻止,那么仅成立诈骗罪的帮助犯。^[59]

从以上引述可看出,雅各布斯除推动样态等值论的类型化之余,另使得本节所论等价性要件的第一命题和后述第二命题终于产生了联动。但仍有缺憾的是,雅各布斯对自创复杂术语未深度展开,其所谓“相叠/平行因果流程”或传递出不作为者的角色期待即对其必须担保的管辖范围之划定有所指引的讯号,^[60]而这与等价性应否要件化的问题关联度已相当稀薄。至于定式自手犯及情报传播犯等,当并不具备一个超然于个别判断的共性规则抽取时,等价性问题的症结无疑又回到了能否将“不闻不问”解释为构成要件所要求的举止之内涵。

2. 要件否定论

①正是意识到了前述问题,罗克辛在新刑法尚未生效时便对相当于条款颇有微词。其认为,“当相当于条款能否定刑法第 13 条前半句(保证人地位)时不免令人惊愕;因为这表明,若某人在法律上必须担保结果不发生,但若作为附加要件的相当性未能满足,那么其仍不必对结果回避担责;……相当于条款还内含如下危险,即判例会借机毫无顾忌地扩张保证人地位,只因个案中仍可通过否定相当性关系而否定不作为的可罚性”。^[61]此后,罗克辛虽在不作为犯领域有着较大观念转变,但对相当于条款的批判态度始终如一;而其见解也再度成为了相当于条款本与不作为犯可罚性无涉这一基本立场的有力宣示。

如其指出,众人口中关乎相当于条款的设例要么“无一例外地可否定保证人地位”,要么“看似依相当于条款寻得了等置性但实为作为犯”。前者以诈骗罪为例,“如银行出纳错误地支付了过多金钱,知晓此事的顾客悄然将其拿走,或者,对某样商品误算了更为低廉的价格等不作为诈骗罪之否定例中,论理依据并非是欠缺相当性,而是在于顾客并不负有保护其相对方免于在自己的领域内或基于自身过失而导致财产损害的义务,况且顾客也未对被害人财产创设出任何不具相当性的危险”。后者则以侮辱罪为例,“如在欢迎仪式上示威性地拒绝握手应为侮辱,但这却并非是一个需考察附加于保证人地位之上的相当性关系的不作为侮辱,毋宁说拒绝这一举止本身便是一个蔑视态度的积极宣告,因而理应是一个作为犯”。^[62]

基于此,等价性要件被加拉斯赋予的第一个维度内涵在罗克辛处则转为了一种不足以担负起要件之名的思维方式:“在判断既定行为模式的举止关联犯时,不介入某一事态经过可否被评价为‘提供或制造机会’‘诈骗’等,不能抽象地从总则的保证人地位得解,倒不如说这是一

[59] a.a.O., 29/79 f.

[60] 参见何庆仁:“特别认知者的刑法归责”,《中外法学》2015年第4期,第1044页。

[61] Roxin, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS(1973), S. 198 f.

[62] Roxin, Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen, FS-Lüderssen, 2002, S. 582 f.

个隶属分则的各罪要件解释问题；诚如是，这一要件仅为构成要件解释的指导方针，而未有任何内容上的所指。”〔63〕

②类似否定意见也可见于赫茨贝格(Rolf D. Herzberg)。其虽赞同纯粹结果犯与举止关联犯之分，但亦认为“举止关联犯的可罚不作为之阐明应属刑法各论；其例外情形下可见于法律条文中，在通常情况下则由分则各罪解释论而为之”。〔64〕在他看来，历来观点无疑只是在解释学的施展中夸大了等价性的机能，乃至僭越了部分本无需溯及保证人地位的作为犯判断。

继以诈骗罪为例，赫茨贝格指出“在一个‘不为’中存在富有表达力、说明力且可被推断出的举止时，于身体层面消极地放任事态经过也可成立诈骗罪”。〔65〕但是，这并不意味着有关“不为”的考察是一个独立于保证人地位的等价性要件考察，而是根本不需回溯保证人地位的一个纯粹的构成要件内涵判断。例如，在“某人写了一封内容为要将某物卖给某熟客的信件后，立刻由其秘书投至邮箱；之后行为人意识到自己对商品误写了高昂的价格，但却未作订正”这一设例中，赫茨贝格称“此例无关基于先行行为的保证人义务，而是完全在于，当行为人有意地使具有错误信息的信件被投递出时，完全可因故意的虚假陈述而归责于行为人”。〔66〕进言之，构成要件的举止描述并非不能包含消极的静态放置，倘若“不为”本身便折射了构成要件所蕴含的意思内容，或至少和其他积极举动并合为了一个可整体评价的意义单位(Sinneinheit)，那么最终成立的应是作为犯，无需上升至规范意义的保证人地位及等价性要件等层面去谈及不作为犯的证成。这样一种将构成要件中行为模式予以合目的解释以发掘其可能隐含的不作为之意蕴，谓为“可推断(konkludent)的不作为”。

③就否定等价性条款的直接论据而言，许内曼(Bernd Schünemann)亦称样态等值实为“未来的刑法各论问题”，其定可消融于各罪要件解释论内部。一方面，如以沉默方式隐瞒部分真相可该当伪证、故意不通报以使遗失物公示期流逝可成立侵占、通过某不作为所具有的社会观念及惯习而可推断出具有引发错误之内容时即为诈骗等，皆属作为犯之例。此中，鉴于构成要件非为对事态历程于自然意义上的穷尽描述，而是各罪核心意涵的载体及媒介，因而等价性条款全无他用，恰是这些“不为”所折射的内容本被隐含于了构成要件解释中。〔67〕

另一方面，诸如性犯罪及谋杀罪等历来被认为需在结果惹起外另行判断样态等值的罪名，在此同样无关乎等价性的独立要件化。如其指出，性犯罪的构成要件本未规定哪一方应为积极主动的一方，消极接受对方对自己施以的性行为同可为罪；此时，若可肯定行为人对自身身体所负有的支配性，那么根据前法律的社会性评价而言，性犯罪的构成要件本即同时囊括了作为和不为的叙述。〔68〕至于谋杀罪的情形，许内曼则直接否定了以不作为实施本罪的可能性。其指出，一般情况下不作为和作为在不法层面虽为等值，但在责任层面前者却较之后者有着较

〔63〕 Roxin (Fn.61), S. 199.

〔64〕 Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 106.

〔65〕 a.a.O., S. 74.

〔66〕 Herzberg (Fn. 64), S. 38 f.

〔67〕 Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 368 ff.

〔68〕 另参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第207页。

低的非难程度。在谋杀罪中,鉴于立法者将作为和不作为统括于同一构成要件中,并预设了一个可涵摄所有情形的法定刑幅度,那么余下仅存的解释可能性便为:谋杀罪无法通过不作为得以实施,因为其在《德国刑法典》中处“终身监禁”这一绝对确定的法定刑,而这一刑法典中的最高刑期所对应的责任程度仅可能通过作为而实现。〔69〕

顺乎此,许内曼断言:“等价性条款并无立法上的价值,相反,它昭示着立法者放弃了自身立场;……现行等价性条款的文本毫无意义,以于是可被完全弃置的。”〔70〕但即便如此,许内曼仍在有限篇幅内尽可能地展现了一个分则各罪不作为形态的类型化图景。故应反思的是,当等价性的释明只得依附于各罪的要件解释时,固守将其视为具有总则意义的普适性要件之立场尚可存焉?从许内曼数度强调此仅为一个“未来的刑法各论问题”来看,答案便不言自明了。

(二)命题二:不作为参与的定性

与命题一相对,加拉斯赋予等价性要件的第二层内涵却在学界少有展开。原因在于,不作为参与的判定并不同于传统意义的共犯与正犯之界分,在不作为者和第三人并不存在一个意思联络的前提下,既往论述所采答责领域分配等视角并不足以直接平移至不作为的同时犯或片面帮助犯的项下。但是,这一差异反在部分学者处为等价性思考的介入留下了余地。

1.加重构成要件与机能二分说

博施(Nikolaus Bosch)赞同通说将相当于条款的作用限定于举止关联犯的作法,但于“加重构成要件”之场域另辟蹊径地依不同保证人类别重塑了等价性的判断基准。概言之,若保证人的任务是旨在保护法益免受不特定人的侵犯(保护保证人),此时的保证人原则上不对由他人所实施的、与特定犯行强度相关联的刑罚加重要素担责。反之,若保证人的任务是旨在监督特定人不侵犯他人法益(监督保证人),此时的保证人理应保障被监督者不为具有特定犯行强度之举。譬如,具有保护保证人地位者不阻止他人以阴险手段杀害被保护者的,虽鉴于杀人手段的阴险性而对杀人者以《德国刑法典》第211条谋杀罪论,但对保证人仅以第212条故意杀人罪论处;与之相对,一名父亲未阻止自己的幼子以危及性命的方式刺伤他人,那么父亲同样对基于《德国刑法典》第224条危险伤害罪所规定的程度更高之不法有所加功,而非仅成立第223条之伤害罪。〔71〕

应当说,这一区分方式精准地将相当于条款和保证人地位建立起了关联,使其从纯粹的分则问题回归到了刑法总则视野,颇具价值。甚如罗克辛那般对相当于条款不以为然者亦称在加重构成要件中作此思考是该条款的“唯一残存价值”。〔72〕据此,相当于条款也呈现出了与机能二分说相对应的判别路径。但仍难以忽略的是,虽其传递出了相当于条款另有所指的价值倾向,但其同样直面机能二分说所面临的诘难。如质疑者会指出,无论是保护或监督,其终

〔69〕 Vgl. Schünemann (Fn. 67), S. 370 ff.

〔70〕 a.a.O., S. 380.

〔71〕 Vgl. Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl., 2019, § 13, Rn. 4.

〔72〕 Roxin (Fn. 62), S. 583.

极目标无非直指法益保护;而为何仅在监督义务时对等价判断作特殊处理有待商榷。〔73〕虽然博施极力辩称犯行样态考察同样应及于条文中所确证的“攻击方式的苛烈程度或加增的风险”,并认为“如果缺乏物本逻辑意义上的可对比性,那么仅完成一个构成要件该当举止的具象化说明则无济于事”。〔74〕但毋庸讳言,这一辩解并没有真正回答义务内容何以直接影响等价性认定的问题。

2. 攻击样态关联与结果关联

有鉴于此,查致格(Helmut Satzger)拒绝了义务内容的二分路径,而是采用了一个缓和的术语——三方关系——用以描述相当于条款可在除不作为者及被害人之外另存在一个独立的犯行实施者等事例群中有所贡献,并辅以如下两例:①母亲M放任女儿T被X以阴险手段杀害;②父亲V知晓孩子S被B所拘禁的地点,但却漠不关心而未解救S,以至其两周后才被释放。〔75〕两案争议点均在于,保证人最终应担负加重构成要件之不作为罪责抑或仅停留在基本构成要件层级(谋杀或故意杀人;拘禁罪第1款或第3款)。依其观点,此时的核心并不在于保证人义务内容有何区分,而是一视同仁地考察立法者对加重构成要件的描述是为“结果关联导向”还是“攻击样态关联导向”。前者意指,法定刑升格的依据在于以任意形式加剧了结果本身的恶化,因而可肯定此时保证人的不作为等值于因作为而实现的加重构成要件;后者意指,加重要件是以一种关乎具体攻击样态的方式得以型塑,进而与法益侵害举止本身的犯行强度相勾连,此时便难以肯定不作为与因作为而实现的加重构成要件相等值。而此观点背后的法理依据则是,“保证人的所辖范围仅限于结果及加重结果的回避,而与实施积极举动的同时犯的攻击强度及样态无关”。〔76〕

循此逻辑,谋杀罪中的“阴险手段”当属“攻击样态关联指向”无疑,故①中M的不作为并不与谋杀罪相等值。此外,拘禁罪第3款中“剥夺被害人自由超过一周”则与具体的手段样态全无关联,其只是加增了结果本身的“量”,因而②中V的不作为同样可等值于因作为而实施的拘禁罪第3款。在得出这一结论后,最终尤待解决的问题便回到了等价性判断是否会因义务内容的不同而有所差别这一点。无论如何,即便认可等价性要件二维度的内涵余留了丰富理论资产,但仍无法改变以上就不作为参与而提出的解释路径仍不足以担负起等价性之要件地位的事实。故此,褪去等价性作为“要件”的思维桎梏势在必行了。

(三) 小结

综上,就样态等值这层意涵而言,等价性已可谓徒有要件之名而无要件之实。企图进一步对举止关联犯予以类型化的诸多理论续造皆演变为彻头彻尾的分则解释学研究。但不可否认的是,如果不执拗于将等价性作为独立于保证人地位的要件,而是承认其本为一种思考方式,那么凭借此仍可对既往过度仰仗或完全无视等价性的部分探讨予以纠偏。尤其是,等价性亦可在不作为的参与等问题中获得一席理论之地的现况尚未被充分体察,这在某种程度上也为

〔73〕 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1488页。

〔74〕 Bosch (Fn. 71), § 13, Rn. 4.

〔75〕 《德国刑法典》第239条拘禁罪第3款将“剥夺被害人自由超过一周”作为了加重构成要件。

〔76〕 Satzger, Wann » entspricht «ein Unterlassen einem Tun?, Jura (2011), S. 757.

其核心适用规则提供了可能的路径指引。了然此点,之后的探讨便可再分为二。第一,在涉及不作为的单独正犯时,部分罪名的单独正犯可否通过不作为得以实现。第二,在涉及不作为的参与时,等价性思考可否影响正犯与共犯之区分的理论阵营选择。

四、等价性要件的理论澄清

(一)由要件论至思维方式

有关第一点,当静止不动难以被评价为某类构成要件中的动词(如煽动、拐卖)时,以不作为单独正犯的方式成立此类罪名的可能性自始被排除。我国学者对此已有提点。^[77]与之相对,真正成为问题的则是,部分的确可能通过不作为得以施行的举止关联犯中,行为人对事态经过的静态放置却并不必然成立一个不作为犯,这一问题意识包括但不限于前述情报传播犯等场合。然而,本文无意详述分则各罪,仅在此提供一个大致解释方向。

首先,行为人消极放置整个事态流程且缺乏可被评价为作为的能量投入等事实基础时,等价性思考意味着,这一静态放置同样应具备一个等值于构成要件举止的可推断之内涵。例如,在“快播案”等涉传播淫秽物品牟利的“媒介传播犯”中,^[78]若能肯定视频缓存只是一个由预设程序自动完成而无需介入行为人额外能量投入的工作,^[79]继而仅可在肯定保证人地位后从不作为的角度证成本罪时,我们需思索不阻止缓存视频以无障碍的方式抵达受众的过程是否等值于传播方可完成此处的考察。另鉴于传播的本质在于“信息从传者经由大众传播这一集中控制的系统,最终抵达受者的分享过程”,^[80]而与行为人是否积极实施传播举措无关,那么即可肯定法院在快播案中以不作为论处并无不妥。又如,在诈骗罪中,行为人事态流程中的一言不发似难以评价为作为,当保证人地位的肯定并无争议时,则尚需考察该不作为是否具备一个与作为相等值的富有欺诈意涵的说明价值。举例而言,两方当事人常年约定以往来账簿的方式办理业务,且就如下事宜达成一致:债务人A会于清偿期内发送明细账目至债权人B,并据此由债权人再次检查账目并将其中的错误于指定期限内向A通报,但B在检查时发现了一个有利于自己的由A犯下的错误但未予通报。^[81]此时,根据我国《民法典》第140条,沉默可在当事人约定的情况下拟制为意思表示,因而本案中B的行为即可获得一个可推断的欺诈性说明意涵(即“该账目无误”的说明价值)。结合上例,受制于我国刑法并不存在将不作为犯视为可被允许的处罚扩张事由之条款,等价性思考在此便成为了于解释者施展解释技巧时恪守罪刑法定主义的一环。仅凭义务的存在而将等价的着眼点诉诸“归责上的等价”概不足

[77] 参见张明楷,见前注[68],第207页。

[78] 参见北京市第一中级人民法院(2016)京01刑终592号刑事判决书。

[79] 参见吕翰岳:“互联网共同犯罪中的意思联络”,《法学评论》2017年第2期,第145页。

[80] (丹)延森:《媒介融合:网络传播、大众传播和人际传播的三重维度》,刘君译,复旦大学出版社2012年版,第54页。

[81] Vgl. Herzberg (Fn. 64), S. 81.

取,〔82〕因为不作为犯的结果归责总是取决于保证人地位和作为义务违反。

其次,当行为人将部分事态的“不为”嵌入至其他举动而可整体作为一个意义单位呈现于外时,即构成所谓“背反举止”(ambivalent Verhalten)。〔83〕此时,即便此背反举止中的不作为部分满足各罪对举止模式之要求,也无法忽视其依附于作为的部分这一事实,〔84〕因而最终成立无需额外考察等价性及回溯保证人地位的作为犯。典型教学案例为,行为人为吃白食佯装带有钱财去餐厅点餐时,一个隐瞒支付能力及意愿的“不为”则被部分地嵌入了点餐这一举动中,无论此时的不为能否通过解释获得一个和欺诈相等值的外观,都无法改变其总是伴随作为因素发生效果的事实。〔85〕再以侵占罪为例,当保管他人财物者实施诸如携物逃跑、变卖转移等举动时,一个彰显拒不返还意愿的“不为”则被部分地嵌入了逃跑、变卖等举动中,无论此时的不为能否通过解释获得一个和侵占相等值的不法内涵,这一案件亦与等价性或保证人地位无关。因此,有鉴于侵占罪法益侵害的谴责重心本不在于不作为,且仅凭基于契约的返还义务认定保证人地位存有前文所述致使形式法义务说回潮之嫌,因而无论是对侵占罪赋予真正不作为犯之名或企图通过不真正不作为犯之证成加以说理均属不妥。

(二) 等价性的核心适用规则

1. 不作为参与的补正原理

而将目光转至不阻止他人犯罪等不作为参与的案例群时,另一呼之欲出的论断便是:除可依事前意思联络而成立共谋共同正犯的情形外,等价性的思考方式意味着并非所有不作为都具正犯性,因而在区分不作为正犯和狭义共犯时,原则正犯说及以义务内容为界的二元论并不足取(但义务区分本身并非无益,见后述)。除素来所列诸多批驳外,二者均忽略的一点是,无论义务犯还是支配犯,都有可能在其内部存有进一步的纯粹结果犯和举止关联犯之细分。当不作为者的不闻不问在语义上无法被涵摄至举止关联犯中的举止描述时,便应承认相应不作为在该举止所直指的不法内涵层面有所缺失,因而仅残存(片面)帮助犯的角色定位而退居于可对其进行举止归责的作为者(正犯)之后。是故,在框定不作为正犯与共犯区分的基本立场时,鉴于立法者除少数纯粹结果犯外对分则各罪的举止样态大多有着粗疏或详尽的描述,依照等价性思考可为既往只关注纯粹结果犯的原则共犯说阵营提供一个恰如其分的补正原理。

第一,通过样态等值的思路筛除部分无法成立正犯的不作为举止类型除更迎合一般人的法感外,〔86〕其背后还蕴藏的一层理论背景是,共同正犯的认定除结果归责外尚需考察举止归责,而这一要求在不作为帮助犯的审视中有所松弛。与作为的帮助不同,不作为参与的归责并不以共同犯行计划或对他人举止的可操控性为基础,毋宁说保证人地位的存在及作为义务违反即担保了归责的可能;同时,帮助犯的成立于归因层面均无需以实施由构成要件所确证的既定行为模式为前提,而只需具备任意形式的因果性协作即足。就此而言,当与他人并无事先联

〔82〕 参见周光权:“犯罪支配还是义务违反”,《中外法学》2017年第1期,第61页。

〔83〕 Engisch, Tun und Unterlassen, FS-Gallas, 1973, S. 165.

〔84〕 参见吕翰岳,见前注〔44〕,第94页。

〔85〕 参见吕翰岳,见前注〔44〕,第102页。

〔86〕 参见吕翰岳,见前注〔44〕,第94页。

络且对犯行的单纯不阻止难与构成要件举止描述相等值时,基于等价性思考而在举止关联犯的场域得出原则共犯结论即是在最低限度内实现了构成要件保障功能。

第二,纯粹结果犯并不意味着实现相应结果无需以任何既定举止样态为前提,而应理解为“存在无数种可等同引发结果的举止样态之可能,且任一举止之于结果惹起均有着等同且不可偏逆的不法价值”。^[87]正因如此,我国既往观点在不作为参与的理论阵营选择时将重心近乎局限于故意杀人/伤害等纯粹结果犯领域,而恰在这些为数不多的罪名群中,举止不法是以何种方式(作为或不作为)呈现于外无法起到任何筛别作用。这也直接导致了,在探讨这类罪名时,是否存在一个独立于己方的犯行实施者或可影响最终结果认定;或在部分场合下,通说的着眼点只得回溯至“支配”这一迄今为止仍未获得统一说理的概念。换言之,传统观点下的学说对立几乎是以纯粹结果犯为蓝本的对立,在此路径下义务或支配的视角之争当然恒久存在;而若放眼我国刑法分则整体,占据绝大多数的举止关联犯自始便排除了通过不作为等价于正犯的可能性。

第三,以上思考能够提供一个契合我国司法实务的说理模式。近年,姚诗曾梳理自1995年来涉及不作为加功作为犯的25起判例,其中9起将不作为认定为主犯而剩余16起皆认定为从犯。在此过程中,姚诗试图探寻传统观点中“因果支配、结果回避可能性、义务区分”等若干关键词可否为我国司法实践提供一个统括的说理可能性,但最终却不得不承认前述关键词均与实务相去甚远。^[88]然而,如果适度转换视角,具体的类型化方式或许没有那么复杂。仍援用姚诗的梳理成果,先从最终认定为从犯的判例来看,其中叶华诈骗案及熊某欧某诈骗案分别涉及财产保证人未阻止第三人“冒用身份进行理赔”“对电子秤弄虚作假”,^[89]而两案中仅需承认相应保证人毫无说明价值的“不阻止”全然不可能等值于“欺诈”这一举止便可得出其最终仅成立从犯的结论;而在徐某强奸案、张杰强奸案及杨某组织卖淫案中,保证人均对住所内发生的强奸或卖淫行为不闻不问,此时仍仅需知晓单纯的不闻不问无论如何难以被评价为“强奸、组织”等举止即可径直否定三起案件中保证人的正犯性。^[90]

除此之外,尚有两起姚诗未尝考据的判例可兹补充。一则,盖晶某虐待案中,^[91]法院称:“虽有观点认为被告人盖晶某未尽保护义务的不作为与妻子虐待行为间的等价性不足,不成立虐待罪。但盖晶某作为父亲,在妻子殴打被害人且被害人身体伤痕渐增的情形下,客观上未采取任何有效措施履行对被害人的法定保护义务,成立虐待罪的帮助行为。”可见,法院一方面否定了将等价性与不作为犯可罚性相勾连的传统立场,另一方面则认为盖晶某的不管不顾并不

[87] 张梓弦:“牵连犯的概念保留与范围确定——以《刑法》第229条第2款之修正为契机”,《法学》2021年第11期,第80页。

[88] 参见姚诗:“不作为正犯与共犯之区分:实践发现与理论形塑”,《法学家》2020年第4期,第124页。

[89] 参见浙江省金华市中级人民法院(2017)浙07刑终691号刑事判决书、湖南省株洲市天元区人民法院(2017)湘0211刑初214号刑事判决书。

[90] 参见上海市奉贤区人民法院(2011)奉刑初字第879号刑事判决书、浙江省海盐县人民法院(2018)浙0424刑初346号刑事判决书、上海市闵行区人民法院(2018)沪0112刑初1136号刑事判决书。

[91] 参见北京市石景山区人民法院(2017)京0107刑初218号刑事判决书。

具备“虐待”这一举止的不法内涵而只可于狭义共犯限度内肯定其罪责。这一点上,本案完全契合了前文所述等价性要件的功能定位。二则,我国司法实践还存在部分涉作为和不作为的竞合之例也具参考价值。如“冷漠的哥”李文凯强奸一案,^[92]李文凯对发生于车内的强奸不闻不问反而绕道行驶,但鉴于不闻不问难以在不法层面等值“强奸”这一举止,法院最终依竞合逻辑凭绕道这一行为认定李文凯成立作为的帮助犯无可非议。

反之,为数不多涉及举止关联犯但最终却认定保证人为主犯的判例,则是忽略了存在可被认定为“作为犯”的事实因素。例如,隋某放任其兄销售假药一案中,^[93]依法院认定,隋某除单纯放任外仍有“相当程度的参与”,因而完全可能成立作为的共同正犯。再如,吴涛盗窃案、逯某职务侵占案及骆某盗窃案中,^[94]几名被告人均与其他同案人事先有所共谋,且分别实施了“联系换班”“带领办理出门手续”“接受贿赂恶意磋商”等完全可被评价为作为犯的事实。从这个角度来看,在不对本可由作为犯进行评价的判例群有所僭越的前提下,等价性思考全然契合涉及以不作为方式实施举止关联犯时的实务立场。而至于说以上仅考察举止关联犯的做法是否存有孤证不立之嫌,那么当再度聚焦于姚诗所列举的最终认定为主犯的其他判例时,不难发现,这些判例所涉及的罪名均局限于故意杀人/伤害、破坏生产经营等纯粹结果犯之间,且这些判例中的保证人尚有部分被法官认定为了从犯。^[95]

2.法定刑升格要件的定式描述

另外,根据本文第三节的论述可知,纯粹结果犯这一领域也不意味着等价性思考的全面撤出。部分纯粹结果犯的基本构成要件虽可涵摄无数种可等同引发结果的举止方式,但立法者对其法定刑升格要件却可能有着一个超然于结果发生而与犯行举止相关联的定式描述。在此意涵下,司法者理应考虑该法定刑升格要件的具体指向。这一观念背后的逻辑即如前述,至少在保护保证人地位的场合,保证人的管辖范围限于法益侵害结果本身的有无和程度,而与犯行举止之强度或样态相勾连的要素考量则并不落入保证人的管辖范围内。

将以上规则融入我国立法,一个典型的例证即为故意伤害罪第3档刑期中的“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”。如在此贯彻等价性思考,当一名父亲未阻止无关第三人以特别残忍手段重伤自己的孩子时,即便对正犯需依第234条第3档刑期论处,但鉴于特别残忍手段系法定刑升格要件中对于举止不法的描述,因而单纯的视而不见显然在不法内涵层面难与该举止相等值。由此得出的结论是,鉴于保护保证人仅对法益侵害结果或加重结果负责,最终仅对该父亲以第234条第2档“致人重伤”之刑期论处。

然而,本文第三节的考察中残留了一个问题是,当以保护保证人为例审视以上案例时或无争议,但若将视野转至监督保证人地位时等价性判断是否会随之变动? 笔者的观点是,保护义

[92] 参见“坐视车内少女被强暴‘冷漠的哥’获刑两年”,《人民法院报》2011年5月21日第3版。

[93] 参见上海市第三中级人民法院(2018)沪03刑终20号刑事判决书。

[94] 参见宁夏回族自治区石嘴山市中级人民法院(2014)石刑终字第21号刑事判决书、新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州中级人民法院(2014)昌中刑终字第124号刑事判决书、内蒙古自治区乌拉特中旗人民法院(2014)乌中刑初字第62号刑事判决书。

[95] 参见姚诗,见前注[88],第122页。

务和监督义务并非共享同一法理基础,二者的判断理应有差。与保护保证人不同,危险源监督义务的法理基础并非是从监督者和受损法益之间的关联性处获得,而是在于,“自律的支配域之继受或分配一方面能创生出自由的人格发展之可能,但另一方面却对行为人在负有答责性地行使此可能性时课以了义务”。^[96]因此,认为保护和监督的终极目标均系法益保护,因而区分二者近乎徒劳的观点恐有疑问。不难发觉,二者仅于被保护的法益和被创设的危险均可落入保证人自律支配域之内的情形下区分无益。例如,父亲未阻止罹患精神病的妻子刺杀自己幼子时,其当为保护幼子的生命免受侵犯抑或监督患病妻子不输出风险是为一体两面。但当被侵害的法益游离于保证人自律支配域之外时,前述质疑并无道理。典型例为,某甲并未阻止饲养的恶犬挣脱绳索后对过路人撕咬致其重伤。于此,监督保证人地位实与先行行为共享类似的法理基础,即不得从自己所辖领域向外输出任意形态的不被允许之风险。

明确这一逻辑后,我们可对监督保证人地位情形下的等价性思考进行一个概括,即此时的保证人并不对无法落入自己管辖范围内的(第三人)法益侵害结果的发生及程度负责,而是应对由其自律支配域内部向外输出的风险负责。既如此,在监督保证人的场合下,等价性思考所对应的考察便转换为了行为人所创设的风险本身的样态和强度。据此,如果将前述设例改为父亲并未阻止幼子以特别残忍手段重伤无关第三人的情形,当重伤他人的风险本是由保证人自律支配域内的行为所创设,那么特别残忍手段这一风险样态同样隶属于该父亲的所辖范围内,因而对其应以我国刑法第234条第3款论处,故以上观点便可视作是对前述在机能二分说下展开的不同等价性判断的学理补充。质言之,在重视举止不法之独立意涵的立场下,义务内容的二分虽难径直对不作为参与的理论阵营选择施以影响,但不同义务的不同法理基础直接决定了等价性判断的着眼点到底是为结果本身抑或风险样态。

Abstract: There are many misunderstandings in previous research on the equivalence of criminal omissions. This is specifically manifested as conflating the difference between “equivalence” and “equalization”, or ignoring the initial meaning of the equivalence element and assigning it independent responsibility to limiting the scope of criminal omissions. Based on this research, the equivalence element’s functional positioning should be to examine whether the omission has the principal offense that matches the corresponding illegality in the field of behavior-related crime. In the follow-up theoretical development, although equivalence has gradually reduced to a mode of thinking, it can still be involved in issues such as information transmission crimes and provides a new perspective on judicial practice.

Key Words: Equivalence; Behavior-related Crime; Omission Participation

(责任编辑:车 浩)

[96] LK-Weigend, 13. Aufl., 2020, § 13, Rn. 48.