

# 不真正不作为犯

## 德日的差异演进及中国的后发式研究

姚 诗<sup>\*</sup>

**摘 要** 德日两国在不真正不作为犯的合法性根据上产生分歧;这一分歧在各自立法和司法实践的催化下被加倍放大,导致两国对不真正不作为犯的功能定位形成对立,进而对不真正不作为犯教义学展开差异建构;两国在作为和不作为的区分、保证人和因果关系的认定等方面存在显著的区别。和德日相比,我国对不真正不作为犯的研究属于“后发式”研究,学界、司法和立法三方之间缺乏长期互动探讨,这是我国不作为犯功能性定位缺失、教义学研究滞后之肇因。应对相关司法判决进行整体研究,发掘“普遍的价值取向”,通过考察不真正不作为犯适用规模和法官对该类犯罪的处罚态度来“反推”我国不真正不作为犯的功能定位,并以此指导我国教义学建构。

**关键词** 不真正不作为犯 功能定位 后发式研究 教义学建构

### 引 言

20 世纪后半叶以来,人们开始意识到,自由的代价毋宁意味着控制漏洞;〔1〕在风险越大的领域,自由的空间应当越小;对于安全的需求,就是对于控制的需求。〔2〕据此,虽然刑法理论坚持在规范意义上为自由主义摇旗呐喊,但刑法实践却总在经验意义上向安全保障倾斜。

\* 湖南大学法学院教授。

〔1〕 Vgl. Haffke, Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik, FS-Roxin, 2001, S. 967 f.

〔2〕 Vgl. Cornelius Prittowitz, Strafrecht als propria ratio, FS-Roxin, 2011, S. 31 f.

在这种价值冲突的背景下,罪刑法定原则、最后手段原则的含义开始模糊,各种教义学理论更是在不同的时空中嬗变,形成了各司法辖区特有的样态。

不真正不作为犯就是上述论断的最好注脚。以强调自由为基石的传统刑法认为命令规范对自由的侵犯远大于禁止规范,因此,过去刑法对不作为犯始终抱持谨慎态度。<sup>〔3〕</sup>这种谨慎性体现在,以自由主义刑法为立场制定和解释不作为犯时,相关的审查和解释规则往往要严于一般犯罪。<sup>〔4〕</sup>但是,在社会向安全需求转化的背景下,这种统一的认识已经打破。最为我国刑法学界关注的德日两国在这个问题上看似“一脉相承”,实际早已走向了不同的道路。

本文旨在通过梳理德日两国对不真正不作为犯的合法性根据、体系定位和成立要素的认定等基本问题的认识差异,阐释两国不作为犯理论的差异演进及现状对比,来揭示这样一个比较性研究结论:德日两国对不真正不作为犯基础认识的分歧,是导致该类犯罪在两国功能性地位不同的重要原因。德国一边在社会契约理论上树立起社群主义理念来为不作为犯提供理论支持,<sup>〔5〕</sup>一边不断修正不作为犯教义学,破除归责障碍,扩大不作为犯的适用范围。而日本虽然一直亦步亦趋地跟随德国,但其在后者开始大刀阔斧地改革时却走向了一个相对保守的方向,在不作为的认定、因果关系和保证人这三个重要的成立要素上采取严格标准,限制不作为犯的成立。即使日本刑法一再受安全保障价值冲击,不作为犯在该国刑事治理中的“份额”也始终没有明显提升。

建立在上述结论的基础上,本文提出以下命题:我国不作为犯研究的后发式、追赶式特点,是我国不作为犯功能性定位缺失、教义学研究滞后之肇因;应探索从判决中寻找、确定不作为犯功能定位的进路,并以此反哺相关的教义学建构。

## 一、德日分歧的源头:不作为犯合法性根据的理论流变

不真正不作为犯的研究史,从探究不真正不作为犯的合法性根据开始。具体讨论以下两个问题:一是以不作为实施的犯罪为何能够适用作为犯的构成要件,二是不作为在何种情况下才能适用作为犯的构成要件(即如何等置)。德日对上述问题的认识,经历了由合转分的戏剧性变化。

### (一)德国的学理发展

德国对不真正不作为犯合法性根据的研究从不作为的本质切入。自19世纪开始,在很长时间里,人们都认为不需要在与作为相对的意义上另外规定不作为,不作为在法律上没有独立

〔3〕 See Andrew Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford and Portland: Hart Publishing Ltd, 2013, pp. 16—18.

〔4〕 See Joshua Dressler, “Some Brief Thoughts (Mostly Negative) about Bad Samaritan Laws”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 40, 2000, pp. 986—989.

〔5〕 (德)约亨·本克:“当今刑法的五个基本问题”,樊文译,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第10卷),社会科学文献出版社2017年版,第241页。

的必要,属于“被伪装的作为”,因此,可以适用作为的构成要件。〔6〕在如何等置的问题上,先后出现了因果关系说和违法性说。前者认为作为和不作为的等置需要在因果力上进行探讨,当不作为也能像作为那样引发因果流程时,就可以认定二者等置。〔7〕后者主张,因果关系这个概念本来就不是现实存在,是法律意义上的拟制,在构成要件层面无法区分作为和不作为;应当在违法层面以“害大于利”作为处罚依据,其中“害”是指义务主体行为自由受到损害,而“利”是指行为人所拯救的法益价值。〔8〕

其后,德国学界在不作为的本质上有进一步的探讨。那格勒淡化了不作为系“被伪装的作为”之说法,明确指出作为违反禁止规范,而不作为违反命令规范,只不过禁止规范包含了命令规范,所以作为和不作为都可适用同一构成要件。至于作为和不作为应如何等置,那格勒从德国刑法规定的遗弃罪得到启发,主张除了少数构成要件之外,大部分构成要件原则上都是为作为而设定的,要将不作为视为作为并以作为的构成要件加以处罚,不作为者必须是具有特别法律地位、确保构成要件结果不发生的保证人;保证人的不作为可以视为如同作为一般的实行行为。据此,保证人是作为和不作为等置的关键。〔9〕

随着目的行为论的盛行,阿明·考夫曼(Armin Kaufmann)对不作为的本质提出了颠覆性观点。他赞同作为违反禁止规范,不作为违反命令规范的说法,但认为,不作为没有必要向作为靠拢,它属于“本来的不作为”。因为,倘若构成要件中“禁止规范包含命令规范”,作为和不作为在适用刑法规范上没有区别,就没有必要强调保证人地位;反之,若承认存在非明文规定的保证人地位,则禁止规范就不可能包含命令规范。〔10〕据此,以作为的构成要件处理不作为犯罪是典型的类推做法,应当针对分则的每一个作为犯罪制定相对应的不作为犯。但是,在没有立法的情况下,不处罚不作为也不合适,于是考夫曼提出了所谓的“等价”观点,即当违反命令规范的不作为在不法和责任内容上与违反作为构成要件的作为几乎相等时两者即可等置,进而对不作为犯进行处罚。

〔6〕 参见(日)松宫孝明:《刑法总论讲义》(第四版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年,第64页。

〔7〕 在如何说明不作为引发因果流程的问题上,因果关系说中的论理关系说、他行为说、先行行为说等学说纷纷登场。例如,卢登(Luden)主张,“当行为人实施某个行为时,即使对他而言是被允许的,但该行为给那些没有被警示和通知的人们带来危险时,……(不作为者)同样应该被视为结果的制造者”。克鲁格(Krug)认为,先于不作为的行为对于结果的发生具有原因力,承担抚养婴儿义务的人不给婴儿喂奶的,其承担行为是婴儿饿死的原因。Vgl. Jürgen Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, Berlin: Duncker & Humblot, 1968. S. 46 f.

〔8〕 李斯特(List)提出的期待说促使违法性说于19世纪末叶登场。该说认为因果关系说只是强调了作为和不作为在形式上(构成要件上)的等置,即二者具备构成要件同一性,而没有说明二者内在价值(即违法性)的等置。具体而言,违法性说中的形式法义务论者认为,在自然科学意义上承认不作为犯的因果关系是可行的,并且这种因果关系的真实性无需置疑;但由于要解决作为和不作为的等置问题必须涉及价值上的判断,而因果关系说仅仅在客观上确定不作为的因果关系,并不能说明不作为犯的处罚根据。Welp(Fn. 7), S. 61—67.

〔9〕 Jürgen Welp(Fn. 7), S. 70—72.

〔10〕 Jürgen Welp(Fn. 7), S. 73.

考夫曼的观点引发了德国学界长期激烈的讨论,最终,在不作为的本质问题上,“本来的不作为”更胜一筹。其“既然保证人地位属于命令规范中特有,则禁止规范不可能包含命令规范”的主张难以反驳。德国也通过立法承认了不作为和作为的本质难以相容,需要类推。在等置问题上,不作为犯无需和作为犯在违法和责任上完全等价的观点占据了上风。学者们认为,根本找不到所谓“决定等价的要素”,等价性要件是一个空壳、属于循环论证,因而完全放弃了这一概念。<sup>〔11〕</sup> 等置的关键不在于“等价”,还在于保证人地位。

## (二)日本的跟随与异变

日本是从继受德国刑法学理而开展不作为犯研究的。19世纪末,冈田朝太郎留学德国,就将“不作为在本质上属于作为的附属,应将不作为向作为靠拢”等不真正不作为犯的基础认知介绍到日本。<sup>〔12〕</sup> 在等置问题上,冈田朝太郎持准因果关系说,认为只从表面现象来看不作为自身没有原因力,但从法律上来看,不作为人违反作为义务没有防止结果发生,所以可以通过作为的因果关系来认定不作为的因果关系,以作为义务为媒介肯定不作为的原因力。随后,作为李斯特拥趸的牧野英一开始倡导违法性说。牧野博士认为,作为义务是违法性要件,仅从因果关系的角度来看,可以防止结果发生的人无论是否有作为义务,他的不作为对于该结果来说都具有原因力;在不作为中,不作为的因果关系只能以生活中一般意义的因果关系来对待,违反义务的问题恰好可以判断该因果关系是否在法律上是违法的。<sup>〔13〕</sup> 违法性说在日本同样面临“使构成要件不再具有违法推定功能”的质疑。对此,持违法性说的木村龟二、西原春夫等学者提出了各自的辩解理由,但都站不住脚,相继遭到了多数学者的批判。如小野清一郎博士提出,不真正不作为犯问题应在构成要件相符性上加以解决;犯罪理论必须始终以犯罪构成要件为出发点,“违法的作为要定为犯罪就必须符合这个罪的构成要件,同样,违法的不作为要定为犯罪也必须符合这个罪的构成要件”。稍后,那格勒的保证人说被介绍到了日本,同样主张从构成要件层面解决不真正不作为犯的问题,受到了不少日本学者的支持,原来支持违法性说的木村龟二博士甚至改变自己的观点,转而支持保证人说。<sup>〔14〕</sup> 综而言之,上个世纪中叶以前,德日两国在不真正不作为犯的合法性根据上一直保持同步。

第二次世界大战导致日本与德国刑法学的学术联系被迫中断,直到1952年以后新的德国文献才又传到日本,尤其是考夫曼的《不作为犯的学理》一书,“在日本刑法学上给予了严肃认真的讨论”,<sup>〔15〕</sup> 不作为犯在60、70年代的日本成为研究热点。首先,在不作为的本质问题上,以结果无价值为主流的日本学界更认可不作为系“被伪装的作为”之说,认为刑法规定在形式上被认为是作为的表述中,在文理解释上也能包含不作为;“禁止惹起结果”的禁止规范也包含“在特定场合必须实施一定的行为”的命令规范。因此,不作为之所以能够与作为等置,不是不作

〔11〕 参见许玉秀:《刑法的问题与对策》,春风煦日出版社1999年版,第94页。

〔12〕 参见(日)福田平:“德国刑法学和日本刑法学的关系:历史的考察”,樊文译,[http://iolaw.cssn.cn/bwsf/201001/t20100105\\_4604632.shtml](http://iolaw.cssn.cn/bwsf/201001/t20100105_4604632.shtml),最后访问日期:2021年4月13日。

〔13〕 参见(日)日高义博:《不作为犯的理论》,王树平译,中国公安大学出版社1992年版,第14—17页。

〔14〕 同上注,第26—28页。

〔15〕 福田平,见前注〔12〕。

为实现了法律规定的要求出于作为所实现的构成要件,而是不作为实现了构成要件,由此该当了处罚通过行为(作为或不作为)而实现构成要件的罚则。<sup>[16]</sup>其次,关于不作为如何与作为等置的问题。考夫曼的等价性理论对日本影响深远,日本学者接受了“只有当作为和不作为在违法和责任程度上完全等值才能等置于同一构成要件中”的观点,等价性成为了不作为和作为等置必须考虑的重点。至于何谓等价性,有的学者将其视为独立于作为义务之外的不真正不作为犯的成立条件,其中又包括将等价性视为综合要件、视为主观要素和视为客观要素的不同观点。<sup>[17]</sup>有的则将其放在作为义务中考量,认为具备作为义务时就具备等价。<sup>[18]</sup>

### (三)小结

从18世纪开始直至上世纪七十年代,不真正不作为犯的发展始终由学界带领和推动,问题意识集中在不真正不作为犯的合法性根据,或者说不真正不作为犯与罪刑法定原则的关系上。比较德日两国的发展历程,日本学界在战前一直维持对德国的跟随态度,但在第二次世界大战之后发生了微妙的变化,主要是对不作为的本质认识产生了不同看法,就不作为究竟是“被伪装的作为”“违反包含在禁止规范之内的命令规范”还是“本来的不作为”“违反命令规范”,日本学界更倾向于前者,而德国深受后者的影响。在这一分歧之上,两国对于不作为犯的合法性根据发生了认识偏差:德国认为不真正不作为犯的合法性无法通过解释来证成,且不作为和作为无需通过“等价”来等置,而日本则持完全相反的观点。

## 二、德日分歧的关键:不作为犯立法与功能定位

如果说学术理论的流变还只是慢慢将两国推向不同的轨道,则立法就是承接学术变化、定位不作为犯的关键。1975年《德国刑法》第13条对不真正不作为犯做出了明确规定。与此相反,日本虽然几次三番将不真正不作为犯写入刑法草案,但最终还是删除了该规定。有无总则性规定,成为了两国对不真正不作为犯赋予不同定位的分水岭。

### (一)《德国刑法》第13条的产生及其意义

德国最早于1913年开始尝试对不作为犯进行立法,规定:“负有防止因作为而发生结果之法义务的人,由于不作为而发生结果者,得处罚之。由于自己之作为而惹起发生结果之危险者,负有防止结果发生之义务。”其后,受到“等价性”理论的影响,立法明确将等价性和保证人地位并列作为不作为犯罪的成立条件。例如1956年《日本刑法(草案)》第13条规定:“依法有防止结果发生之义务,且在情势上必须保障不发生结果而未予防止者,在大部分适合于构成要

[16] 参见(日)山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第76页。赞成的还有山口、西田、曾根等。也有少部分学者如松宫孝明坚持认为,在没有刑法条文明确规定的情况下,处罚不真正不作为犯违反了罪刑法定原则。

[17] 参见(日)川端博:《刑法总论讲义》,成文堂1997年版,第218—219页;(日)内藤谦:《刑法修改和犯罪论(下)》,有斐阁1976年版,第439页。转引自林亚刚、黄鹏:“等价性在不纯正不作为犯罪中理论地位研究”,《西部法学评论》2014年第4期,第36页。

[18] 参见(日)福田平、大塚仁:《对谈刑法总论(上)》,有斐阁1986年版,第134—135页。

件的情况下,与由于作为而招致结果之正犯或共犯视为等同。因自己之举动招致发生结果之高度可能性者,以及承担保障急迫结果之不发生者,亦负有防止结果之义务。”1959年德国刑法典草案二稿中,仍然要求不作为和作为“等价”,即要求不作为的行为与主动的实行行为之间具有同等价值。

但是在此之后,随着学界在不作为的本质及等价性问题上的转向,立法也随之发生变动。先是1962年德国刑法典草案的立法说明中将所谓的“等价”解释为“总体评价”的要求,例如在抢劫等有特殊的行为特征的犯罪中,由于不作为无法体现这一特征,因此必须通过提高保证人义务的程度,或者其他违法程度来加以弥补,进而认定等价。到了1968年,刑法改革特别委员会以“相当于”一词取代了“等价”。特别委员会的理由很明确,以不作为实施的犯罪相较作为而言值得处罚性要低,采用“相当于”一词,就是为了避免阻碍“对不作为犯减轻处罚”。<sup>[19]</sup>1975年,现行《德国刑法》第13条出台,第13条第1款被称为“相当性条款”,规定:“行为人不防止属于刑法的构成要件的结果,只有当他在法律上必须保证该结果不发生,并且当该不作为与通过作为实现法律的构成要件相当时,根据本法才是可罚的”。第13条第2款则进一步明确了“相当”的含义,即不真正不作为犯的刑罚可以根据第49条第1款的规定予以轻处。

上述立法变化,不仅与理论的变迁有关,还与德国的社会发展相关。上世纪中叶以后,德国处于后工业社会起飞发展阶段。其时,企业、政府等组织体内部的职能分工极为细致,法益侵害结果一般由多个具体执行者的孤立的身体行为共同造成,这与从责任主义出发,强调行为与认知必须合一的传统刑法产生冲突,组织体中的决策者、管理者极易以“对整个侵害过程没有完整认知”为由逃避刑事制裁。<sup>[20]</sup>换言之,“现代分工以及技术过程的复杂化,与针对特定生活范围能够单独掌控、并应单独负责的自主性个人,所设计出来的刑事责任的概念并不相当”。<sup>[21]</sup>此时,迫切需要寻找适合的犯罪类型对这些情形进行定罪。不作为犯,通过赋予管理者保证人地位而令其承担组织体内具体执行者的刑事责任,能够避免社会分工带来的归责困难,更为有效地遏制组织犯罪,成功吸引了立法者的注意。

《德国刑法》第13条明确了不作为犯在德国的功能定位。第13条中提到的“相当”“减轻”,说明不作为犯没有必要在违法和责任上与作为犯做到完全“等价”,不真正不作为犯该当的实际上不是作为犯的规定,而是作为犯扩张后的构成要件,因此其成立无需过于严格。由此可以看出,立法者强调不真正不作为犯的合法性和独立性,主张它是和作为犯平行、从另一角度保护法益的犯罪,摘除了不作为的附属地位,表明了立法者将义务履行作为一种基本的刑事管控模式的态度,为法官无顾忌地扩大适用该种犯罪提供了保障,为不作为犯在后工业社会中的广泛适用定了基调。

[19] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht AT Band 2, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Berlin: C.H Beck, 2003, S. 784—786.

[20] 姚诗:“不真正不作为犯的边界”,《法学研究》2018年第4期,第108页。

[21] (德)班德·许乃曼:“过失犯在现代工业社会的捉襟见肘”,单丽玫译,载许玉秀、陈志辉合编:《不疑不惑献身法与正义》,春风煦日出版社2006年版,第519页。

## (二) 日本的立法变化及其传递的态度

日本一开始紧跟德国,在1927年刑法修正预备草案和1931年刑法修正草案都规定了不真正不作为犯。但二战以后,日本的修法基调开始发生变化。1961年的修正刑法预备案对不作为犯的成立规定严格起来,到1974年,草案更是删除了有关先行行为的规定,同时加上了义务主体必须具备“防止可能性”这一责任能力要件和“特意地不防止结果发生”这一主观上的特别要件。所谓“特意”是指“利用既发的危险性”的积极意思,仅仅有未必的故意并不能成立犯罪,在结果发生之前为了防止结果发生而做出了真挚的努力的,也不属于“特意”,不成立不作为犯。不过,这样的从严规定也没能保留,日本立法者最终索性删除了不作为犯的规定,现行刑法中已没有不作为犯的身影。<sup>[22]</sup>

立法上这种不断从严、直至删除的态度,一方面与学界所持的不作为犯合法性根据有关。如前所述,日本在这一问题上与德国产生了偏差,学界主流认为,以“禁止规范包含命令规范、不作为和作为都能够成立原本就包括两种行为类型的构成要件的犯罪”这样的观点来缓和罪刑法定原则的质疑就足够了,这一偏差向立法传导,使得日本的立法者认为,在法律上明确规定不作为犯的必要性不大,于是逐渐脱离德国的立法轨迹。另一方面,该转变与实践上监督过失理论在日本大行其道有关。日本在20世纪六十年代以后也面临企业、政府等组织体犯罪难以规制的问题,学者们为此提出了所谓的“监督过失”“管理过失”理论,根据该理论,过失犯中没有必要区分作为和不作为,通过认定行为人的注意义务就能够认定犯罪,而不需要通过不作为犯来处理。日本法院适用该理论成功处理了诸如“森永奶粉中毒案件”等案件。申言之,日本通过对过失犯进行改造来满足治理需求,弱化了适用不作为犯的必要。

日本的立法变化,传递了一种限制适用不作为犯的信号,导致了不作为犯在日本的刑事治理体系中维持着保守状态。具体而言:第一,不作为犯附属于作为犯的定位明显。日本的教科书中,不真正不作为犯一般放在构成要件的行为部分,在论述了作为以后进行探讨,<sup>[23]</sup>而无法像德国那样“自成体系”。<sup>[24]</sup>其中,作为义务不属于主体要素,而是内化为行为要素的一部分。所谓的不作为,就是不履行作为义务的行为。这种安排,明显将不作为视为特例。司法实践中,只是在作为犯无论如何也无法适用而法益保护需求极高的情况下才肯定不作为犯的成立,不倾向于大面积展开适用。第二,不作为犯的入罪门槛较高,适用范围较窄。“不作为和作为必须等价值,才能对不作为进行处罚”这一点深入人心,所谓“利用既发危险的意思”就曾是学理上对“等价”的一种理解。虽然日本之后整体删除了该规定,但司法实践中对于“等价”的要求还是没有变。这从日本的判例就可以得到佐证。目前,日本没有以不作为为理由援引第

[22] 洪福增:《刑法理论之基础》,我国台湾地区刑事法杂志社1977年版,第223页。

[23] 日本学者山口厚和西田典之的教科书中就作如此安排。而深受德国刑法学影响的学者松宫孝明的教科书则是在“因果关系与客观归责”之后,“违法阻却”之前讨论不作为犯。

[24] 德国的刑法教科书多将不作为犯单列,系统讨论不作为犯的构成要件、不作为犯的未遂、不作为正犯与共犯的区分、作为和不作为的区分与竞合等问题。参见(德)约翰尼斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版;(德)冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I—犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版;Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin: Springer-Verlag, 1998.

66条关于“根据犯罪情节减轻刑罚”的规定的判例,这说明司法判决不承认不真正不作为犯的刑罚的任意减轻。<sup>[25]</sup> 绝大部分日本学者遵循判例的立场,<sup>[26]</sup>认为不真正不作为犯该当作为犯的处罚规定本身,而非扩张后的构成要件。<sup>[27]</sup>

### 三、德日立场之展开:不真正不作为犯教义学的差异建构

德日两国在不真正不作为犯的合法性根据上采取了不同立场,对不真正不作为犯的功能定位也截然不同,这种不同最终在不真正不作为犯的教义学建构上被加倍放大出来。限于篇幅,本文集中探讨德日在作为和不作为的区分、保证人、因果关系这几个成立要素上的区别。

#### (一)作为和不作为的区分

在德国,由于不作为犯在刑罚上得减轻,不作为和作为的区分问题一直具有非常重要的理论和实践意义。从作为和不作为的区分标准来看,德国认定不作为的范围有所扩大。过去,仅仅以身体的动静来作为区分的标准,但现在,德国学界的主流观点是以原因标准和能量标准的结合作为判断根据,即原则上以一个行为是否向结果方向投入能量来判断,但在某些情况下看似作为,仍应规范地考虑为不作为,例如原因自由不作为、中断治疗、单纯在场“观看”犯罪等等。<sup>[28]</sup> 德国司法实践则是以“可谴责的重点”来区分作为或不作为,这使得区分成为了一个评价性问题,而不再是一个事实问题。<sup>[29]</sup> 综言之,不论是学界还是司法实践,都加入了规范考量的因素,因此即使是一个有所“动静”的行为都可能认定为不作为。此外,在既有作为又有不作为的场合,有力的观点认为,即使认定了作为犯之后也仍然有成立不作为犯的余地,应该对不作为进行独立评价,或者至少有部分场合下应认可不作为犯的成立。<sup>[30]</sup> 根据这一观点,不作为犯的成立就不会因为作为的认定而直接被排除。

在日本,作为和不作为的区分在学理上也曾热闹过一段时间,受到德国理论的影响,出现了身体动作说、因果关系说、法益恶化说等学说。但现在早已不再讨论这一问题,只有个别的极端案件,如心肺装置拆除和赃物保管有所涉及。<sup>[31]</sup> 正如井田良所说,“过去曾经是日本刑

[25] 以“不作为”和“减轻”为关键词检索日本判例,在判例中没有找到直接以不作为为理由减轻的案件。<http://www.courts.go.jp>,最后访问日期:2017年9月20日。

[26] 有极少数的学者从日本有名的不作为杀人的[シャクティ]判决结果推断出裁判所在判决时对不作为有从轻的倾向。该案中,行为人将被害人从医院带到旅馆里进行所谓的[シャクティ]治疗,被害人因得不到医疗救助而死亡。日本法院一审以作为的杀人罪对被告人判处15年徒刑,但二审改为不作为的杀人,处刑7年。

[27] 山口厚,见前注[16],第80页。

[28] 近年来从规范论建构刑法体系的观点逐渐流行,作为和不作为的区分变得没有那么绝对,一方面,义务犯的存在减弱了从本体论进行区分的必要性,另一方面,在作为和不作为难以区分的场合,增加了从规范视角判断作为和不作为的可能性。

[29] Roxin(Fn. 19), S. 653.

[30] Roxin(Fn. 19), S. 656.

[31] 参见(日)井田良:《新论点讲义シリーズ2・刑法各论》,弘文堂2007年版,第155页。

法教义学不可或缺之组成部分的比较法研究,现在已退居次要的地位;一些与日常的实践问题关联不大的刑法基础问题,已越来越少成为研究和教学的对象”。〔32〕究其原因,日本学术研究带有浓厚的判例先行、实务需求为导向的特点。由于不作为的附属性及其与作为在处刑上的无差别性,使得日本的司法实践中区分两者的必要性不大。在某些领域甚至一开始就排除了作为和不作为的区分问题。例如在过失犯中,实务并不会讨论作为和不作为的区分,而是在有注意义务违反的情况下就直接考虑为业务过失致人死亡罪,“模糊了行为构造的侧面”。〔33〕再如,在不作为地参与他人犯罪的场合,虽然是不作为,但是不作为者和作为者在事前或者现场有明示或默示的共谋,就可以按照共谋的作为的共同正犯处理,而不需要再考察不作为。只有在不能认定为共谋,考虑其参与的重要性应该加以处罚时,才按照不作为的帮助犯处理。〔34〕所有这些做法,都大幅减少了日本适用不作为犯的可能。

## (二)保证人

德日司法实践中对保证人的认定差别较大。例如,德国联邦法院自“耻毛案”以来一直肯定场所管理者的保证人地位,〔35〕但目前日本没有这样的判例;在德国普遍承认的上级对下级的保证人地位,在日本也难以找到。在先行行为上,日本最高裁的判决从未仅将先行行为作为保证人地位的根据,〔36〕对于驾驶机动车撞伤他人后不救助而逃跑的,撞人的事实本身并不产生作为义务,〔37〕德国则完全相反。〔38〕此外,两国对“保护功能的接管”程度的要求也不相同,日本强调事实上的接管,德国则主张,电话口头答应了救助病患的,即使没有在场接管病人,也是病人的保护人。〔39〕这些差别的原因,正是两国所采取的完全不同的保证人理论。

德国的保证人理论具有浓厚的规范色彩。其最早是从社会学、从社会内部的人际关系出发寻找保证人地位,形成了以社会秩序说、事先存在的密切关系说和公共福祉和社会角色说为代表的社会群体关系说。继贝尔汶科(Bärwinkel)从“公共福祉”推导出社会功能概念,将寻法基础从“社会关系”向“社会功能”推进后,考夫曼提出了目前德国文献的主流观点机能二分说,

〔32〕 (日)井田良:“走向自主与本土化:日本刑法与刑法学的现状”,陈璇译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第40卷),北京大学出版社2017年版,第373页。

〔33〕 (日)大山徽:“论监管过失中的作为与不作为”,余秋莉译,《中国刑事法杂志》2015年第1期,第131页。日本学界虽然对注意义务和保证人义务的混同进行反思,认为这可能是过失犯处罚范围不当扩张的原因,但并没有改变实务的做法。

〔34〕 参见(日)西田典之:“不作为的共犯”,王昭武译,《江海学刊》2006年第3期,第27页。

〔35〕 耻毛案基本案情是:被告人是一家餐厅的经营者,他容忍了四名客人在餐厅内暴力地剪去一名年轻女士的头发和部分耻毛。德国联邦最高法院认定了被告人的保证人地位。学理上的分析具体参见 Christoph Landscheidt, Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in Bestimmten Räumlichkeiten, Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

〔36〕 参见(日)山口厚:《从新判例看刑法》(第2版),付立庆、刘隽译,中国人民大学出版社2009年版,第33页。

〔37〕 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2003年版,第140页。

〔38〕 Roxin(Fn. 19), S. 793.

〔39〕 BGHSt 7, 211, 212. 各级法院和大部分学者都遵循这一立场。

将社会功能分为保护控制和安全控制两类,并将保证人类型分为对特定法益的保护和对危险源的监督。<sup>[40]</sup> 由于机能二分说仅仅提供了一种控制方案,指出了不作为以何种方式起作用,却无法说明作为和不作为为什么能够“相当”,因此之后的保证人理论主要围绕如何说明“相当”来展开。布哈姆森的期待说认为,保证人义务的实质法理根据是“社会团体内部的相互期望”。当保证人违反这种期望地不作为时,就会对社会生活的信任基础造成严重损害,而这种损害与通过积极作为对个别法益所造成的危害一样严重。<sup>[41]</sup> 许乃曼的结果原因支配说认为,作为是对身体(造成结果的原因)的支配,支配的核心是“支配意志”和“信赖行动”,因此,不作为也需要达到相当的程度,对脆弱法益或者危险源有类似的支配。<sup>[42]</sup> 雅各布斯认为,作为和不作为都是对规范的违背,主要违反两种义务类型:一种是因体制管辖而生的义务,是指为了维系社会体制正常运行,刑法对特定主体赋予的义务,如父母对子女的义务。另一种是因组织管辖而生的义务,每个人都可以自由实施任何行动来扩大自己的生活圈,但在这一过程中必须遵守不侵害他人的义务。<sup>[43]</sup> 从上述列举的期望、支配、管辖说可知,德国学者在确定作为和不作为“相当”的基础时,更多地是从前刑法中寻找规范性根据。

在日本,则是强调保证人地位的事实化。受到考夫曼的《不作为犯的理论》一书的巨大影响,学者们认为,“保证人地位的实质法理”是以“和作为等价”为目标的,应将保证人地位的理论根基牢牢锁定在刑法本身,面向法益损害,将重点放在存在结构上,寻找作为和不作为的差别并填补之。主要有两条进路:一条强调原因设定,以日高义博的“先行行为说”为代表,即“不作为人在实施该不作为前,必须是亲自设定了面向法益侵害的因果过程”,此时不作为才和作为一样具有引起结果发生的原因力。<sup>[44]</sup> 不少学者都采取或部分采取该进路。<sup>[45]</sup> 另一条着重于“因果经过的支配”。此一进路由堀内捷三率先提出,以开始实施、反复继续实施法益承担行为、排他的因果流程控制作为保证人地位的根据。<sup>[46]</sup> 其后,西田典之重申了“排他的因果流程控制”这一核心,但为了修正该说范围过窄的缺陷,在“非基于本意的支配”情形中加入了

[40] 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第642—643页。

[41] Vgl. Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten. Berlin: Duncker und Humblot, 1986. S. 114—128.

[42] (德)班德·许乃曼:“德国不作为犯法理的现况”,陈志辉译,载许玉秀、陈志辉合编:《不疑不惑献身法与正义》,春风煦日出版社2006年版,第667页。

[43] Vgl. Günther Jakobs, Die Strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen. Opladen: Westdeutscher, 1996, S. 19—23.

[44] 日高义博,见前注[13],《不作为犯的理论》,第111—112页。

[45] 例如,岛田聪一郎所主张的“危险创出说”认为,刑法处罚不作为只是自由主义的例外,必须进行限制;保证人地位的法理依据是,只有当行为人的行为可能使法益风险增高时,才能要求行为人承担某些义务而使自己的行动自由正当化。参见(日)曾根威彦、松原芳博:《刑法総論》,成文堂2008年版,第48页。

[46] 具体而言,从法益保护为出发点,行为人和某种受保护的法益之间,存在具体的依赖关系时,不作为可视为作为。对依赖关系的判断,要考虑满足如下因素:第一,开始实施维持、继续法益的行为,如开始给婴儿喂食;第二,反复继续实施这种承担行为;第三,行为人在避免结果发生这方面具有排他性,即其将因果关系的发展进程控制在自己手中。参见(日)堀内捷三:《不作为犯论》,青林书院新社1978年版,第249页。

规范考量。山口厚的结果原因支配说将前两种学说所要求的“因果经过的排他性”支配去除，认为不作为犯只要达到像作为犯那样的对因果流程中的原因有支配就可以了，进一步扩大了保证人的范围。综合的几种学说，都是对作为犯和不作为犯进行对比后，寻找两者在因果流程上的事实差异，然后在保证人地位中弥补这种差别。

综上，德日保证人理论的发展对比可知，从前刑法中寻找的保证人根据，规范色彩浓厚，其更具弹性，包容力也更大，但可操作性较弱；从刑法中面向具体法益侵害流程寻找的保证人根据，事实要素强烈，其可操作性更强，含义更清晰，但张力较小，范围更窄。

### （三）因果关系

不作为因果关系可谓“假定的因果关系”，必须满足“如果履行了义务就能够阻止结果发生”这样的要求。对于这里的“能够阻止”，主流意见认为必须达到“十拿九稳”的程度，否则就有疑罪从有的嫌疑。但是，因果关系错综复杂，在很多情况下，证明某个行为和结果间达到十拿九稳的程度几乎是不可能的，这就容易导致处罚漏洞。因此，应否松弛认定不作为因果关系就成了关键。

德国司法实践中，为了将不作为的因果关系对归责的阻碍减到最低，采取了以下几种做法：

第一，对“十拿九稳”的标准进行修正。例如，在企业监督者对下级的监督问题上，“十拿九稳地阻止任何损害结果发生的监管措施是不存在的”，监督者即使履行了监督也不一定能制止危害结果的发生，因此因果关系难以证明。于是，有的判例将“十拿九稳”表述为“相当于一般生活经验的较高可能性”，或者“实施该行为本来会在很大程度上”回避结果来肯定因果关系。<sup>〔47〕</sup>再如在医疗领域，能够十拿九稳地避免结果发生的医疗措施并不多见，通常的情况是，手术成功的几率只有一半，或者即使手术成功，病人也可能因为发生率较高的排异反应等其他原因而死亡。联邦法院在一些判决中指出，医生如果采取正常措施，该病人的生命本来能够延长一天，就能肯定医生的责任。<sup>〔48〕</sup>对于进行如此修正的理论根据，一些学者采取风险降低理论。但另一些学者则认为该理论违反了罪疑惟轻原则，应采取其他方法。<sup>〔49〕</sup>如许乃曼就认为，应该在《德国刑法》第13条加入规定：“如刑法构成要件所设定之结果，是由工厂所属人员为了工厂所为的行为，或由需要加以监督的工厂所属物品所引起的，而且假设其行为在合序的监督下，将变得有显著困难时，则负监督之责者依据此法具有可罚性，但依第49条必减其刑。企业与工厂同视。”<sup>〔50〕</sup>

第二，使用循环论证等“诡计”消除因果关系认定的障碍。以对经济组织的集体决策者归责为例。在著名的皮革喷雾剂案中，面对缺陷产品极可能造成消费者损害的事实，董事们都对“不召回缺陷产品”的决议投了赞成票。根据传统的因果关系理论，每个董事

〔47〕 BGHSt 25,163; RGSt 75,328.

〔48〕 BGH NStZ 1981,219; BGH NStZ 1985,27.

〔49〕 Roxin(Fn. 19), S. 644.

〔50〕 许乃曼，见前注〔21〕，第528页。

都能够抗辩说,其他人都投了赞成票,因此即使自己投了反对票也无法阻止结果发生,并不成立不作为犯罪。但是,联邦最高法院对每一个投赞成票者,甚至对于并未到会、仅事后对会议决定表示同意的董事都认定了因果关系。其理由是,召回产品的决定只能通过多名董事的共同决定才能得出,“每一个人,尽管具有共同作用的能力,但对作出自己的贡献不作为的,就都成为所要求措施的不作为的一个原因”;事后同意者对于“达成不回收的同意,提供了必要的贡献”。<sup>[51]</sup>实际上,判决并没有提出什么有说服力的理由,<sup>[52]</sup>不外乎是将导致结果的原因描述为结果本身,展开了循环论证:不投反对票是不投反对票的原因;不投反对票是该决议被赞同的原因。

在日本,却没有将不作为犯的因果关系所要求的“十拿九稳”作松弛认定的趋势。这主要是因为,日本对不作为犯赋予了弱功能性定位,使得不作为犯所涉及的治理范围仍停留在传统领域,像企业、医疗等领域的刑事治理则托付给了过失犯。日本整体从监督过失、管理过失出发来考虑问题,根据风险升高理论,以“假定的合义务替代行为”讨论过失行为和结果之间的因果关系,<sup>[53]</sup>在实施了该行为较实施合乎规定的行为显著地升高了危险时,就可以认定存在因果关系,进而归责。据此,日本学界没有动力去突破传统的不作为犯的因果关系之认定。

在实在不能回避不作为的场合,日本学界和司法实践都严守高度盖然性的结果回避可能性要求。例如,针对集体决策的问题,若董事都没有在会议上提出回收决议这个问题,<sup>[54]</sup>而最终发生损害结果,并且同时认为不存在过失的共同犯罪,那么就必须证明每一个单独的不作为与损害结果之间存在因果关系。由于存在“因其他董事反对提案而遭到否决的可能性”,因此所有的董事都不对因不召回产品造成损害而承担责任。再如,在损害结果多样,通过作为能够防止的结果数量有限的场合,行为和各结果之间因果关系论证也面临困难。在5个人从船上掉入海里,行为人没有把仅有的3个救生圈扔下,5人全部淹死的场合,由于即使扔下去也不一定能救人、不知道哪3个人会获得救生圈、5人争抢救生圈可能导致无一人获救等原因,难以认为行为人的不作为与任一个人的死亡结果之间存在因果关系。这在德国司法实践中,很可能会将法益侵害结果修正为“至少3人死亡”,并运用风险降低理论,来认定每一个不扔救生圈的行为和结果间存在因果关系,以三罪的观念竞合来处理。但是,日本并不采取这样的观点,而是认为应首先考虑行为与各个具体死亡结果之间的因果关系,成立犯罪之后,再以观念的竞合来处理。在该场合,因果关系是难以认定的。<sup>[55]</sup>

[51] BGHSt 37,104.

[52] (德)英格博格·普珀:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第152页。

[53] (日)島田聡一郎:“管理・監督過失における正犯性、信賴の原則、作為義務”,山口厚编:《クローズアップ刑法総論》,成文堂2003年版,第98-99页。

[54] 若董事就“是否不召回”投了赞成票,则此后发生损害后果的,由于日本在存在作为时就倾向于认定作为犯的惯性,极有可能按照作为犯来处理。

[55] 松宫孝明,见前注[6],第54页。

## 四、我国的后发式研究：问题与方向

### （一）比较视野下的问题意识

如陈兴良教授所言，“在短短 30 年间，我国不作为犯论从一无所有的荒芜状态重演了德日上百年的不作为犯的理论发展过程，这是一种学术追赶的态势”，也就是所谓的“后发式研究”。<sup>〔56〕</sup> 后发式研究给我国带来了不少优势，学界得以在短时间内完成基础理论的认识，并迅速与德日同步，跟进最新、最热、最前沿的研究成果。但是，这种后发式研究存在不小的隐患。

德日上百年时间对不作为的本质、不作为犯的合法性根据、不作为与作为的等置条件等基础问题的研讨，最为重要的并不在于具体的结论，而是观点不断交锋中价值观不断明朗的过程本身，是学界、司法实践与立法三个环节在社会变化中互动互促的过程本身。德国教义学上论证了不作为犯的独立性，立法中大胆承认“类推”，将不作为犯视为扩张处罚形态，再加上司法实践对不作为犯的青睐，促使不作为犯在德国刑事治理体系中大放光彩。相反，日本最初在学理上就坚持不作为的附属性，几次立法都没能成功将不作为犯明文写入刑法，在面临后工业社会的刑事治理难题时，日本司法实践更倾向于适用作为犯和过失犯来取代不作为犯的认定，由此，不作为犯只能偏于一隅，无法发挥重要的作用。申言之，两国对不作为的基础认知出现了差异，这种差异在两国各自的理论更迭中得到了强化，形成了对不作为犯不同的性质定位。这种定位被立法和司法实践进一步发扬，最终构成了不作为犯在两国刑事治理体系中不同的功能定位。

回过头来看我国的情况，我国缺乏长时期对不作为犯基础问题的敲打磨砺阶段，所有问题的答案都由德日快速继受而来，并在学界内部迅速消化完毕。例如，在不作为为何能够适用作为的构成要件、是否违反罪刑法定原则的问题上，未经过系统、充分的论争，就已经有了出奇统一的答案：刑法条文系禁止规范包含命令规范，不作为违反了命令规范，因此可以适用刑法条文。究其原因，基础问题看起来“过时”“无用”，不值得耗费更多的精力；在解释论上赋予不作为犯合法性，最为便宜。这种做法固然使我们得以“后发”，但研究过程缺少对价值观感的关照，且教义学单兵突进，与立法和司法都没有形成观念互动，要由此进一步探讨不作为犯在我国社会中的功能定位就难以推进。不作为犯是否属于作为犯的附属？不作为犯是否作为犯的扩张处罚形态进而减轻处罚？不作为犯应否在刑事治理体系中发挥更大的作用？所有问题都没有深入思考。显然，与德日相比，后发式研究缺少了上百年的发展过程，也就缺少了一边糅合各样价值观、一边汰换价值、选择立场的机会，缺少了水到渠成地对不真正不作为犯进行功能性定位的可能。

在我国，不真正不作为犯功能性定位的缺失，使相应的教义学建构难以深入展开。成功的教义学理论，取决于两个方面：一是，是否能够进行逻辑上、标准上、价值上的统一，能够一以贯

〔56〕 陈兴良：“不作为犯论的生成”，《中外法学》2012年第4期，第671页。

之地体系性地解决一类问题。“教义学被期待之实践功能在于,为法律规范适用于个案时不可避免的评价性判断余地给出智识上可检验、公开和合理的操作标准。”<sup>[57]</sup>也就是说,操作标准本身是否足够科学,是一个理论本身是否合适的判断根据。二是,与“法外要素”的契合度。不同理论对法外要素的认识和吸纳不同。这里所谓的法外要素,包括法哲学、法政策、宗教、社会、经济和生态的价值与目的。<sup>[58]</sup>这些要素实际上构筑了“一定时间和地点的社会秩序的图画”,在进行理论选择时具有决定性意义。<sup>[59]</sup>越是能够和这些要素契合,满足时代精神,就越能被实践所接受。具体到不真正不作为犯,一国对不真正不作为犯的功能定位可以说是针对这类犯罪适用时的理想图景之勾勒。正是由于缺少这一“理想图景”,一方面使得我国理论研究始终缺乏方向性,对不真正不作为犯的成立要素,如保证人地位、因果关系、不作为的认定等问题无法从整体出发来考察,只能关注局部理论的逻辑自洽性,这样的视角难说科学。另一方面,导致理论无法与实践同频共振。借鉴而来的理论没有经过实践的诘问和反思,没有融贯蕴藏在实践中的基础价值观,很难对司法起到指导作用。例如,在保证人的问题上,主流学说从上世纪90年代开始就紧跟德日前沿课题,展开对于形式法义务的批判,并一再倡导严格限缩不作为犯适用的排他支配说,<sup>[60]</sup>主张原则上排除夫妻之间的救助义务、严格限制先前行为义务的成立,但该观点始终没有被司法实践所接受。实际上,近年来,法官也早已知晓形式法义务理论的错误,但宁愿固守形式法义务也不采用排他支配说,恐怕还是与该说并不能说服法官、与情理事理不尽相容有关。

## (二)如何寻找功能性定位

不真正不作为犯在我国的刑事治理体系中究竟应发挥更大的作用,还是应局限在传统和核心领域,这是我国不作为犯研究进入深水区后必须要解决的问题。从本文对德日的差异演进之整理来看,不作为犯的功能定位的关键因素,一是司法实践对不作为犯是否有扩大适用的需求,二是不作为犯能否扩大适用,是属于在违法和责任上低一级还是与作为犯完全等价的犯罪形态,适用的是作为犯本身的构成要件还是扩张的构成要件。这两个问题,都可以从判例研究中找到答案。判例是活的法律,判决的整体倾向可以传达出基本的国民价值观和现实的刑事需求。

首先,可以从我国司法对不作为犯的适用规模入手。既然功能定位决定了适用规模,通过

[57] Franz Wieacker, Zur praktische Leistung der Rechtsdogmatik, FS-Hans Georg Gadamer, Band II, 1970, S. 316.转引自(德)乌韦·迪特里希森:“法教义学的道路”,雷磊译,舒国滢主编:《法理》(总第4卷),商务印书馆2018年版,第168页。

[58] Vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin, Heidelberg; Springer-Verlag, 1991, S. 224 ff.

[59] (美)罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2010年版,第26页。

[60] 参见冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年,第45—48页;李晓龙:“论不纯正不作为犯作为义务之来源”,载高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》(第5卷),法律出版社2002年,第100页;黎宏:“排他支配设定:不真正不作为犯的困境与出路”,《中外法学》2014年第6期,第1587页;陈兴良:“作为义务:从形式的义务论到实质的义务论”,《国家检察官学院学报》2010年第3期,第79页。

对这些判决分析我国不作为犯的适用情况,可以反应实践中对不作为犯的接受度、需求度。

本文分别在中国裁判文书网、北大法宝、北大法益和无讼网收集 2017 年以前的不真正不作为犯,共得 117 个判决。<sup>[61]</sup> 1995 年到 2011 年间平均每年 1 件判决,2012 年上升至 5 件,2013 年达到 10 件,2014 年至 2017 年年均 20 件。统计数据显示,不作为犯在实践中的适用数量在近二十余年来成几何倍数增长。从罪名分布来看,1995 至 2011 年间,每年判决涉及的罪名较为单一,以故意杀人、故意伤害、过失致人死亡、放火、盗窃等罪名为基础。但近十年来,随着判决数的增加,罪名也有了波动,新增了诈骗类罪、危险驾驶罪、职务侵占罪、盗伐林木罪、破坏生产经营罪、掩饰隐瞒犯罪所得罪、传播淫秽物品牟利罪、帮助犯罪分子逃避处罚罪和非法储存爆炸物罪。从保证人分布来看,2011 年以前,每年判决涉及的保证人只有 1 到 2 个,2011 年以后,保证人种类急剧上升,增加了自愿承担、合同、职业、监护、上下级监督、场所管理等多种义务来源。但是,先前行为、夫妻义务(尤其是一方自杀的情况)仍然包揽了 80% 以上的判决。

上述数据描绘了不作为犯适用规模扩张的图景,体现了司法实践在后工业社会以来利用不作为犯进行社会控制的趋势。司法系统对于不作为犯的运用探入“妨害社会管理秩序罪”一章,不再局限于传统个人法益的犯罪,集合法益与不作为的结合似乎正在不断加强;而且,不作为的危险驾驶罪的出现还打破了不真正不作为犯局限于结果犯的“常识”。在保证人方面,职业、上下级监督、场所管理这几类的增加,体现的正是司法实践对由于分工极端细化下刑事追责的困难所进行的应对。

其次,从判决对不作为犯的处罚态度,可以反推不作为犯“能否适用”的答案。所谓不作为犯扩张处罚的实质,是主张不作为和作为在违法和责任上可能存在程度差异,表现为不真正不作为犯的刑罚得减轻。因此,有必要考察我国不真正不作为犯的刑罚状况。

以不作为的故意杀人罪为例。在搜集到的 48 个判决中,死刑(缓期执行)2 例,无期徒刑 4 例,10 年以上有期徒刑 13 例,3—10 年有期徒刑 17 例,3 年以下 12 例(其中 4 例适用了缓刑)。<sup>[62]</sup> 判决的刑度分布说明,在故意杀人罪情节较轻一档及以下即 3—10 年以及 3 年以下处刑的判决占到了 60%,这和故意杀人罪整体的处刑情况相比,减轻处罚的比例相当高。重刑率,即 5 年及以上的判决占比 62%,远低于故意杀人罪的整体重刑率 82%;通过对死刑缓期执行和无期徒刑与自由刑进行换算,不作为故意杀人罪的平均量刑为 8.88 年,<sup>[63]</sup>这一数据也

[61] 本文通过在中国裁判文书网、北大法宝以“不作为”进行全文检索,在北大法益和无讼网以“不作为”+“义务”进行全文检索后,再对搜索结果进行判断筛查,最终得到 119 个判决。最后访问日期:2018 年 10 月 30 日。

[62] 10 年以上包括 10 年,3 年以下包括 3 年。

[63] 有学者对此进行过换算:根据 1997 年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干法律问题的规定》第 16 条规定:“无期徒刑罪犯在执行期间,如果确有悔改表现的,或者有立功表现的,服刑两年以后,可以减刑。减刑幅度为:对确有悔改表现的,或者有立功表现的,一般可以减为 18 年以上 20 年以下有期徒刑;对重大立功表现的,可以减为 13 年以上 18 年以下有期徒刑。”由此可见,无期徒刑的下限为 15 年;上限 22 年。对于死刑缓期两年执行,在司法实践中绝大多数既没有重大立功表现也没有故意犯罪,根据我国刑法第 50 条规定,在死刑缓期执行期间,如果没有故意犯罪,二年期满以后,减为无期徒刑,所以一般认为,死缓等于 24 年。参见尹明灿、李晓明:“故意杀人罪实证研究”,《中国刑事法杂志》2009 年第 6 期,第 106 页。

也远低于故意杀人罪的平均刑期 23.75 年。<sup>〔64〕</sup> 诚然,仅此还不足以说明“不作为”对刑罚确实存在影响,有必要进一步分析具体的判决理由。我国的司法解释虽然没有将“不作为”作为明文规定的从、减轻处罚事由,但司法判决中仍然有明确将其视为减刑根据的做法,最早在判决中指出这一点的,是 1995 年王兵戈徇私枉法罪。该判决指出,“鉴于被告人系消极的不作为犯罪,并没有采取积极的作为行为,……,故其犯罪的主观恶性和社会危害性相应较小,可酌情从轻处罚”。<sup>〔65〕</sup> 在本文搜集的不作为的故意杀人案中,则是采取了不同的方式认可了不作为的减刑作用。有的判决基于被告人的不作为而认定为“情节较轻”,从而减轻处罚。<sup>〔66〕</sup> 有部分判决虽然没有在从轻、减轻的理由中列明“不作为”,但单纯从法官列举的减刑理由来看,自首这样的法定量刑情节都很少,基本上是酌定量刑情节,<sup>〔67〕</sup> 按理来说很难对刑罚起到如此重要影响,不足以作大幅度的减轻,只能认为,法官在量刑时受到了被告人实施的是“不作为”这一因素的影响。<sup>〔68〕</sup>

综上,我国司法实践中适用不真正不作为犯的范围从犯罪数量、保证人类型、罪名数量几个维度上都在逐渐增加;刑罚采取的是“得减”的模式,很大比例的案件都考虑到了不作为的特殊性,认为其在违法和责任上较作为低一些。这样看来,我国司法实践对不真正不作为犯已经先于立法和理论研究做出了定位选择,即有必要扩大适用不真正不作为犯的范围来应对安全需求;不真正不作为犯的成立不要求违法和责任与作为犯完全等价,不作为犯属于作为犯的扩张处罚形态。

### (三)教义学问题的解决方向

在上述功能定位下,我国不真正不作为犯的教义学建构也就有了方向。本文初步探索如下:

首先,应放宽保证人的范围。既然我国期待不真正不作为犯在现代刑事治理体系中发挥更为广泛的作用,“得减”其刑,则在不作为犯的核心要素“保证人”的认定门槛上就必然会相应宽松。具体确定上,应遵循以下原则:

第一,应注意规范和事实要素的融合。如前所述,规范和事实要素的比例构成,决定了理论的包容度、弹性和可操作性。期待说、信赖说和管辖说等学说从规范的角度去建

〔64〕 同上注,第 105 页。

〔65〕 王兵戈徇私舞弊案,海南省海口市振东区人民法院刑事判决书,(1996)振刑初字第 226 号。

〔66〕 如宋福祥故意杀人案,河南省南阳市中级人民法院刑事判决书,(1995)南刑终字第 002 号;詹桥故意杀人案,湖北省红安县人民法院刑事判决书,(2015)鄂红安刑初字第 00030 号;贺某乙故意杀人案,河北省邢台市中级人民法院刑事判决书,(2013)邢刑终字第 280 号。

〔67〕 包括坦白、情节较轻、间接故意、如实供述、获得被害家属谅解等减刑理由。参见颜克于等故意杀人案,浙江省湖州市南浔区人民法院刑事判决书,(2007)湖浔刑初字第 280 号;贾彦强故意杀人案,湖南省常德市临澧县人民法院刑事判决书,(2014)临刑初字第 95 号;郑磊、宋燕东故意杀人案,云南省昆明市中级人民法院刑事判决书,(2014)昆刑一初字第 23 号。

〔68〕 姚诗,见前注〔20〕,第 109 页。

构的保证人理论,缺乏清晰合理的操作标准,例如,期待说强调的“社会内部的相互期望”,〔69〕既难以被理解也难以被证伪,因而不具备解释力,容易回到形式地考察作为义务的老路上去。而完全事实化的学说,如具体依赖说以及经由该说发展出来的排他支配说,虽然足够清晰,但适用范围极窄。

第二,应与实践中体现的重要价值取向一致。“刑法并不仅仅是逻辑现象,更是社会现象。”〔70〕司法实践中认为极其重要的义务类型,即体现了司法人员整体价值取向、体现了法外要素的类型必须要包括进来。〔71〕一是应当包括夫妻、亲子间的保证人地位。夫妻一方生病、遇到危险或自杀时,我国判例都肯定配偶的救助义务。二是应当肯定先前行为保证人地位。与日本的情况不同,我国司法实践中单独以先前行为作为义务来源的案例比比皆是。夫妻、亲子间义务和先前行为义务这两类案件,在我国不真正不作为犯判决中占了80%以上。应当认为,浸淫在一国文化、社会环境等诸多因素中的法官们,已自然做出“考虑了舆情与法理”的选择。〔72〕既然如此,理论应当对此予以尊重。

第三,应符合社会发展方向。所选取的保证人理论应当能够很好地说明政府、企业中上下级监督、场所管理等保证人地位。这类义务在目前的司法实践中并不多,究其原因,不作为犯罪的教义学尚未发展成熟时,为了应对刑事治理的需求,我国在分则中进行了大量渎职类犯罪的立法。但是,这样的立法有饮鸩止渴之嫌,只能满足当下基本的处罚需求,阻碍了教义学发展,也难以达到精细司法的目标。滥用职权罪和故意杀人罪的区别、玩忽职守罪和不作为的过失致人死亡罪的区别等问题,一直困扰着理论和司法实践,其关键即在于渎职领域中仍然需要对保证人进行认定。司法由满足刑事治理的基本需求,到精细司法的阶段,必然会提出诸多问题。这是后工业社会以来为了追究管理者的刑事责任,以便更好地回应现代化挑战的必然选择。

以上原则考察我国目前存在的排他支配说和结果原因支配说的论争,前者显然与我国不作为犯功能性定位不符。一方面,我国主流的排他支配说要求行为人对整个因果流程的排他,即必须维持法益侵害危险变成现实的侵害结果,以及要求排除他人干涉,其所要求行为人达到的支配程度明显高于只要求“对引发因果流程的原因进行支配”的结果原因支配说。但是,既然我们并不需要将不作为的处罚与作为等同,那么,就不应要求一个违法和责任程度极高的义务违反。另一方面,排他支配说无法囊括我国司法实践中重要的保证人类型。由于强

〔69〕 Brammsen(Fn. 41), S. 114—128.

〔70〕 陈兴良:“刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开”,《中外法学》2013年第5期,第976页。

〔71〕 什么样的人应当承担保证人地位,应当以普遍的价值取向为根本,教义学则起到对这一价值取向进行澄清、发展和细化的作用。但这并不是说,判决都是对的,所谓的“普遍的价值取向”无法在这个意义上被提炼。但是,在判决所表现出来的关键特点上,应该说绝不是巧合,而是体现了一种法外因素共同作用的结果。

〔72〕 参见许成磊:《不纯正不作为犯理论》,人民出版社2009年版,第347页。

调“排他”，排他支配说只能对因果流程单一且明显的情形来认定保证人地位，难以适应因果关系错综复杂的情形。排他支配说还往往难以包含夫妻、亲子之间一方患病、自杀时另一方的救助义务，<sup>〔73〕</sup>更无法包含先前行为。<sup>〔74〕</sup>与此相反，结果原因支配说只要求行为人对结果的原因有支配，支配度较排他支配明显低一些，更符合“扩张处罚形态”这一定位。同时，它既能够包含传统的夫妻之间、亲子之间的义务，又能够包含现阶段急需认定的监督、管理方面的义务，更能够满足实践的需求。

其次，应当松弛认定不作为犯的因果关系。因果关系对于不作为犯的成立影响极大，尤其在过失的不作为犯罪中。诚然，违反逻辑、采用循环论证的方式扩张因果关系并不妥当，但在结果回避可能性存疑时，不作为犯因果关系是应当以“十拿九稳”的标准从严认定，还是可以风险降低理论松弛认定，值得探讨。

我国理论界在这一问题上讨论不多。许成磊认为，不作为犯的因果关系只要达到“相当”的程度即可，对于一些专业领域这个标准还应当放松；<sup>〔75〕</sup>李川强调，不允许的危险必须有可能转化为危害结果，危险绝无可能实现时应排除归责，<sup>〔76〕</sup>但对结果回避可能性似并未表态。风险降低理论在不作为犯中的运用，则尚未有专门的研讨。有学者在过失犯的研究中讨论了该理论的适用，反对者如车浩认为，风险降低理论违反罪疑惟轻原则，不宜采用；<sup>〔77〕</sup>赞成者如陈璇认为，“结果避免可能性达到了占据优势的程度，就足以肯定义务违反和结果之间的关联”。<sup>〔78〕</sup>学界的懈怠也影响了实践。判决几乎从不论及对结果回避可能性的证明，即使少数案件中律师提出相关疑问，由于证明的困难和不追究刑事责任将带来的压力，法院也并不作出说明。值得注意的是，近来出现了适用风险降低理论论证因果关系的判决。例如，在杨×1故意杀人案中，法官论证因果关系时表示：“如果杨×1在看到肢体冲突时，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”；又表示，“现有证据无法证明二被害人的具体死亡时间，不排除二被害人此时即使得到医疗救助，仍旧会死亡的可能，但被告人杨×1在先于丁×2走出房间，自身已经脱离所谓的危险状态时，仍未立刻向邻居求救或打电话报警，……，事实上将二被害人获救的可能性降至最低。”<sup>〔79〕</sup>

笔者认为：第一，不作为犯的因果关系没有必要也不宜采用十拿九稳说。至今滥觞于德日的十拿九稳标准，是德国帝国法院开始采取并流行至今的。其时，从作为犯出发，强调“没有前

〔73〕 参见冯军：《刑法问题的规范理解》，北京大学出版社2009年版，第52页；黎宏，见前注〔60〕，第1587页；王钢：“自杀的认定及其相关行为的刑法评价”，《法学研究》2012年第4期，第172页。

〔74〕 从堀内捷三到西田典之，都根据自己的学说得出了反对将先前行为纳入作为义务范围的结论。

〔75〕 许成磊，见前注〔72〕，第228—229页。

〔76〕 参见李川：“不作为因果关系的理论流变与研究进路”，《法律科学》2016年第1期，第47页。

〔77〕 参见车浩：“假定因果关系、结果避免可能性与客观归责”，《法学研究》2009年第5期，第145页。

〔78〕 陈璇：“论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联”，《中外法学》2012年第4期，第683页。

〔79〕 杨×1故意杀人案，广东省广州市海珠区人民法院刑事判决书，(2015)海刑初字第2799号。

行为就没有后结果”的条件理论,因此在不作为犯需要反过来主张“如果有义务行为,就能够避免结果发生”。由于这是假设性的过程,考虑到“人类认知能力的有限性”,要证明到百分之百的程度即绝对不会发生结果的程度是不可能的,因此法院退一步要求达到十拿九稳的程度。十拿九稳说旨在通过将概率推到极致(仅保留了人类认知的有限性)来证明事实因果关系,可以看出,该说希望通过向作为犯的因果关系的证明看齐来证明不作为犯,但是,条件说是解决归因层面的问题,不作为犯的因果关系是假设的、拟制的,其本质是一个归责的问题,适用条件说倒置之后的“十拿九稳”说显然不妥当。而且,所谓“十拿九稳”,就是“几乎可以确定”的意思。在过去,不作为犯仅限于少部分核心犯罪,最为常见的是父母不照顾孩子导致其死亡的情况。在这种情况下,造成结果的原因简单明了,以“十拿九稳”来判断是完全没有问题的。但是,现在不作为犯适用的领域复杂了许多,要证明某个不作为与结果之间达到“几乎可以确定”的程度相当困难。而且,科技进步使得事实判断越来越困难,无法预知的模糊地带扩张了许多,人们对因果关系的认定更是不可能完成的任务。再考虑到我国宽松认定不作为犯、降低不作为犯的处罚的整体功能定位,传统的“十拿九稳”的观点显然已不合时宜。

第二,不作为犯的因果关系可以采用风险降低理论。既然不作为犯的因果关系实质上是归责标准的制定,则必然要考虑风险分配的法理。不作为犯中,是否发生结果就始终是一个概率问题,永远不可能像作为犯那样证明到“有无”的程度。在履行义务之后,就能够较大概率不发生结果的话,义务的履行对法益侵害避免来说就具有实质意义。此时,将不利后果交由不履行义务的行为人来承担完全是合理的。这种做法在作为犯中也存在。例如,在公害犯罪等领域,即使查不清楚行为人的行为和结果之间的作用机制,也会因为发生侵害结果的概率来要求行为人承担刑事责任。风险降低理论受到两种质疑,一是使结果犯变为危险犯。本文认为,即使是采取十拿九稳的标准,也只是大概率可能实现结果,其证明的仍然是一种结果发生的危险,永远也无法像作为犯那样证明某个行为和结果之间有确实的关联。在某种意义上说,“结果犯变为危险犯”其实是不作为犯的本质。二是违背了罪疑惟轻原则。本文主张,疑罪从无只是属于诉讼法上的一种证明标准,而不是实体归责标准。履行义务能够大概率避免结果发生时肯定因果关系,这是实体法上的标准,与疑罪从无、罪疑惟轻原则并不冲突。在确定了这一标准后,只要在事后能够“排除合理怀疑”地证明,在当时的环境下,行为人履行义务能够显著地降低结果发生的危险,就可以认定存在因果关系。

第三,在具体应用上,应当分两种情况讨论。首先,在传统的核心犯罪领域,履行义务会大概率地避免结果发生时,即超过50%的概率不发生时,就应当肯定因果关系。在不及时送医导致被害人死亡、不喂奶导致婴儿死亡等场合,只要能够认定履行义务后很有可能避免结果发生,就应当肯定因果关系。据此,前述杨×1故意杀人案的论证并不充分。该案属于典型的核心类犯罪,判决仅仅从“增加获救可能性”和“可能性降至最低”的角度论证因果关系是不够的,应当证明被告人履行以后,被害人获救的可能性达到50%以上。否则,行为人应仅认定为故意杀人(未遂)。其次,在技术极端复杂、因果关系的确定几率较低(通常难以达到50%)、关涉

到重要的人身法益、公共安全的领域,如环境、医疗领域,本文倾向于认为只要履行义务就能够降低风险时,不履行义务与结果之间就存在有因果关系。这些领域对安全要求极高,而且,社会对这些行业从业人员履行义务的期待度极高,一旦不能履行义务,将造成无法挽回的侵害结果,更会导致社会信任基础的动摇;这些领域一般是过失犯罪,如果因为该领域因果关系本身的特点而否定因果关系成立,它们将成为“(刑)法外之地”。因此,只要从事后来看,采取规定措施能够使风险降低,就应当承认不履行义务的行为和结果之间存在因果关系。<sup>〔80〕</sup>

**Abstract:** The legitimacy basis of the commission by omission crime is divergent between Germany and Japan. This divergence is magnified by their legislation and judicial practices, which leads to the opposition of functional positioning in the commission by omission crime, and further construct different doctrines. There are significant differences in the distinction between act and omission, identification of *Garantenstellung*, and causality between the two countries. Compared with Germany and Japan, the study of the commission by omission crime in China has been a late comer. The interaction and discussion among academia, judicature and legislature has been lacking for a long time, causing absence of functional positioning and stagnation of theoretical research in the commission by omission crime. We should conduct an overall investigation of the relevant judicial decisions to reveal the “universal value orientation”. The functional positioning of the commission by omission crime in China can be reversely inferred through its application scale and judges’ attitudes towards its punishment, in order to guide the doctrinal development.

**Key Words:** Commission by Omission Crime; Functional Positioning; Late-coming Research; Doctrinal Development

(责任编辑:车 浩)

〔80〕 某一个义务履行对于结果发生的概率大小,应当采取定量分析的方法,进行统计学上的归因研究。