

不真正不作为犯的边界

姚 诗*

内容提要：不真正不作为犯在我国的适用虽有不当，但不宜被整体评价为“滥用”。要划定不真正不作为犯的边界，应合理分析其适用的发展方向，从罪名和保证人地位两个维度来探究具体标准。德日两国不真正不作为犯的适用规模迥异，其原因是两国的立法导向和实践倾向不同。以此对比考察我国不真正不作为犯的适用，在罪名上应有所限制，在保证人地位的认定上则应持相对宽松的态度。基于不真正不作为犯与真正不作为犯在适用领域上的“互补”，应将其限制在真正不作为犯所适用罪名的反面，即与个人法益相关的犯罪上。在保证人理论的选择上，结果原因支配说更为合理。先行行为与其他作为义务类型不同，应以刑事政策作为其理论根据，将先行行为排在作为义务体系的最末端，在司法实践中对其做区别对待。

关键词：不真正不作为犯 保证人 真正不作为犯 结果原因支配说

一、不真正不作为犯存在的问题

（一）不真正不作为犯在我国并未被滥用

我国关于不真正不作为犯的研究，理论纵深性始终不足，对司法实践难以形成应有关照，具体个案的处理也是争议不断。例如，在不作为故意杀人罪的认定上，司法人员对成立条件的把握过于宽泛，⁽¹⁾以至于小偷被追跳河失主不救的，肇事者将伤者扔在医院急救大厅后逃跑而医生不救助伤者的，失主、医生都可能构成不作为的故意杀人罪。2015年的快播案，更是将不真正不作为犯问题推到了风口浪尖。有学者抨击上述“滥用”现象，主张大力限缩不真正不作为犯的适用范围。⁽²⁾但是，不真正不作为犯真的被滥用了吗？

笔者在中国裁判文书网以“不作为”为检索词，检索范围为全文，检索2005年至2015年的判决，得到1279个结果；经过筛查，与不作为犯罪相关的有125个判决，其中以不真

* 湖南大学法学院副教授。

(1) 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106页。

(2) 参见高艳东《不纯正不作为犯的中国命运：从快播案说起》，《中外法学》2017年第1期，第69页。

正不作为犯认定的有 33 个判决；同时在北大法宝数据库以“不作为”或“义务”为核心术语进行检索，另得到 10 个以不真正不作为犯认定的判决。综合两份数据，共得 43 个判决。通过对这 43 个判决进行分析，我国司法实践适用不真正不作为犯的概貌如下：^{（3）}

1. 判决数。判决数能够最直观地反映不真正不作为犯在司法实践中的适用情况。2005 年至 2012 年，不真正不作为犯的年判决数都在 0 - 2 个之间，八年共计 8 个判决。从 2013 年开始，判决数有了明显提升，至 2015 年仅三年时间，判决数就达到了 35 个。可见，近年司法实践对不真正不作为犯的认定在迅速增加。

2. 罪名分布。所谓罪名分布是指以不真正不作为犯定性的判决涉及哪些罪名。43 个判决集中在侵犯人身、财产法益犯罪，尤以故意杀人罪、故意伤害罪为主；判决所涉及的交通肇事罪、危险物品肇事罪、放火罪和危险驾驶罪虽系危害公共安全类犯罪，但本质上以保护人身法益为目标，故也可归入侵犯人身法益犯罪。值得注意的是，表 1 中诈骗罪、非法拘禁罪、放火罪和危险驾驶罪是 2013 年以后的判决中新出现的罪名，这说明不真正不作为犯的罪名适用范围在逐渐扩大。

表 1 不真正不作为犯的罪名分布（2005 - 2015）

罪名	故意杀人	故意伤害	过失致死	过失重伤	非法拘禁	交通肇事	危险物品肇事	危险驾驶	放火	盗窃	诈骗
数量	19	6	3	2	1	2	2	1	2	4	1

3. 保证人地位的类型分布。保证人地位是不真正不作为犯最重要的成立要件，保证人地位的来源范围越广，成立不真正不作为犯的机会就越大，从而影响不真正不作为犯的适用数量。从表 2 看，我国司法判决中出现的保证人地位类型并不多，而且显著地集中在先行行为这一类型上。保护责任的承担、对人的监督、场所管理等三种义务来源都是 2013 年以后的判决中出现的，这说明司法实践对保证人地位的认定也在扩张。

表 2 不真正不作为犯保证人地位的类型分布（2005 - 2015）

保证人类型	公职	先行行为	保护承担	诚信	财产保管	上下级监督	夫妻 ^{（4）}	场所管理	物的监督
数量	2	29	1	2	4	2	3	1	2

综上所述，十余年来我国司法实践经历了一个由不认识、不了解不真正不作为犯到开始大胆适用的过程。其间，判决数量跳跃式增加、适用范围陡然扩大，不可避免会出现不当认定犯罪的情况，如保证人地位认定不妥、过失和故意区分不清、因果关系认定含糊等。但是，若因为存在不当定罪的情况，就认为必须对不真正不作为犯的适用进行限缩，则缺

（3）数据检索时间为 2016 年 12 月 14 日。检索结果的全面性因如下原因而难免有不足：一是数据库没有收录国内所有与不作为犯有关的判决书；二是可能存在虽然以不真正不作为犯定性，却未提及“不作为”“义务”等字眼的判决。但是，考虑到中国裁判文书网和北大法宝数据库是收录判决最多的数据库，所收录的案例认可度高，并且本文并非依靠绝对数量来说明不真正不作为犯的适用情况，而是通过判决数增长速度、罪名分布和保证人地位的类型分布等来说明问题，因此这些数据仍具有一定的研究价值。

（4）判决中均未单独认定夫妻之间的扶养义务为义务来源，而是均伴随有争吵这类“先行行为”。

乏充分根据。一方面,这一判断是在未能正确定位不真正不作为犯的情况下作出的;另一方面,这一判断也欠缺对目前不真正不作为犯适用情况的整体把握。不真正不作为犯的判决数量虽然在上升,但其无疑还是边缘型犯罪。更重要的是,不真正不作为犯的类型过于单一,主要集中在先行行为型的故意杀人罪(17个)和故意伤害罪(5个),先行行为事由则局限于致人落水、撞人后不救这类情形。其他罪名和义务来源的判决少到可以忽略不计,这显然不合常理。应该说,不真正不作为犯在我国的适用并未实质展开。

(二) 不真正不作为犯的边界及其解决思路

不真正不作为犯的终极问题是边界问题。在法律并无明文规定的情况下,不真正不作为犯可以说是游走在罪刑法定原则的灰色地带,⁽⁵⁾但它又是犯罪治理不可缺少的手段,因此如何把握其合理边界就成为关键。

首先,需要合理确定不真正不作为犯适用的发展方向。刑法理论一直认为,不真正不作为犯标榜义务履行的做法和传统刑法理论所推崇的自由主义理念相违背。但是,当社会发展到一定阶段,人们的看法也会发生变化。“以团结互助为基本原则的现代社会法制国家,要求社会成员间相互协作以实现法律目的”。⁽⁶⁾并且,随着我国社会急剧转型、刑事法治需求向安全保障价值倾斜,不真正不作为犯在司法实践中的被接受度也越来越高。是全盘顺应这一转变,让不真正不作为犯彻底常态化,还是固守其边缘性地位,或者是在这两个端点之间确定恰当的适用规模?只有合理确定不真正不作为犯适用的发展方向,才能对这一问题作出合理回答,讨论其他问题也才有意义。

其次,有必要从罪名和保证人地位两个维度划定不真正不作为犯的合理边界。罪名维度决定了不真正不作为犯的宽度。刑法中可供成立不真正不作为犯的罪名越多,不真正不作为犯的适用范围就可能越广。从判决来看,可以成立不真正不作为犯的罪名在逐步增多,2015年的判决中新出现的危险驾驶罪打破了不真正不作为犯应限于结果犯的“常识”,2016年的判决中新出现的传播淫秽物品牟利罪更是将不真正不作为犯的触角伸向了妨害社会管理秩序类犯罪。不真正不作为犯的罪名界限在哪里,是否任何罪名(真正不作为犯除外)都可以成立不真正不作为犯?这一问题值得深入探讨。保证人地位作为不真正不作为犯的核心成立要件,决定了成立不真正不作为犯的难易程度。我国实务界和理论界对保证人地位的把握存在较大出入,前者的认定相当宽松,后者却主张严格限制。两者之间的对立该如何协调,如何构建适合我国实际需求的保证人理论体系,是亟待解决的问题。

二、不真正不作为犯适用的发展方向

不真正不作为犯在德日两国适用规模迥异,有必要探寻造成这一现象的原因,以为合理界定我国不真正不作为犯的适用边界提供借鉴。

(一) 德日两国不真正不作为犯适用规模对比

总体而言,德国偏向广泛适用不真正不作为犯,日本则与之相反。首先,从判决数量

(5) 参见白建军《论不作为犯的法定性与相似性》,《中国法学》2012年第2期,第109页。

(6) [意]杜里奥·帕多瓦尼《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第114页。

上看。在日本的专业法律数据库 LEX/DB 中以“作为义务”为关键词,检索 2005 年 1 月 1 日至 2014 年 12 月 31 日的刑事判决,共得 34 个。⁽⁷⁾以“§ 13StGB”(德国刑法第 13 条)为关键词,在德国的 HRRS(最高法院刑事判决线上期刊)数据库中检索同一时期的刑事判决,共得 75 个。考虑到 LEX/DB 数据库包括了日本各级法院的裁判,而 HRRS 数据库仅仅收录了德国联邦最高法院的判决,并且德国刑法第 323 条 c(见危不救罪)的存在还使得不真正不作为犯的成立范围受到影响,⁽⁸⁾上述数据对比更具有重要意义。

其次,在决定不真正不作为犯适用规模的两个因素罪名和保证人地位上,德国从司法实践到学术界都认定得较为宽松,日本则恰好相反。在罪名上,日本“包括检察实务在内,都采取较为谦抑的态度”,“并非在所有的犯罪中不真正不作为犯都成为问题”,而只是在杀人、放火、诈骗等少数几个罪中讨论不真正不作为犯问题。⁽⁹⁾德国对此没有明确限制,只是有学者根据对“等价性”的解读,认为在某些犯罪中规定了特别的行为方式,不作为缺少这种行为无价值,所以不能成立该类犯罪的正犯。⁽¹⁰⁾在保证人地位上,德国认定的范围很广。例如,自耻毛案开始,德国联邦法院一直肯定场所管理者的保证人地位,包括对场所中危险源的管理和对所处场所中的人的保护义务,⁽¹¹⁾但目前没有看到日本有这样的判例;被德国司法实务和学界普遍承认的上级对下级的保证人地位,在日本也很难见到。⁽¹²⁾先行行为上的对比更加明显。日本最高法院的判决从未仅将先行行为作为保证人地位的根据;⁽¹³⁾对于驾驶机动车撞伤他人后不救助而逃跑的,必须是将被害人抬入车内以后产生了“事实上的承担”,才能连同之前的先行行为,认定行为人有作为义务。⁽¹⁴⁾但德国司法实务和学界则没有疑问地认为,被告人因先前的撞人行为已经产生保证人地位,其不救助被害人,在有杀人的故意时即可成立故意杀人罪。⁽¹⁵⁾此外,在“保护功能的接管”上,对于“接管”的判断两国也不相同。虽然两国都认为,必须是事实上接管了保护功能才可以成立保证人地位,但在德国的判例中,医生口头答应救助病患的,即使没有在场,也是病人的保护人,急诊医生拒绝出诊救助病患就属于对保证人义务的违反。⁽¹⁶⁾这说明,在德国,成立不真正不作为犯的门槛更低。

(7) 之所以选择以“作为义务”为关键词进行检索,是因为在使用“不作为”进行检索时,包括了一部分真正不作为犯,或者只是检方或辩方提出了“不作为”但法院并不认可,或者是“不作为”中包含了一部分并非不作为犯意义上的不作为。

(8) 德国刑法第 13 条是有关不真正不作为犯的明文规定,故以此为检索关键词。德国刑法第 323 条 c 规定了见危不救罪,在存在这一规定的情况下,对保证人地位有争议的场合就倾向于适用该条。

(9) 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 81 页;[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社 2013 年版,第 72 页。

(10) 关于正犯范围的争议,参见[德]克劳斯·罗克辛《德国刑法学总论》第 2 卷,王世洲等译,法律出版社 2013 年版,第 591 页以下。

(11) 耻毛案的基本案情是:被告人是一家餐厅的经营者,他容忍四名客人在其餐厅内行使暴力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。后来,虽然德国法院一直在收缩对场所管理人义务的认定,但基本维持了上述判决。学理上的分析参见 Christoph Landscheidt, Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in Bestimmten Raumllichkeiten, Berlin, 1985.

(12) 这主要是因为日本的判决是从注意义务来讨论这些情形的。

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

(14) 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。

(15) 参见前引〔10〕,罗克辛书,第 594 页。

(16) BGHSt 7, 211, 212. 德国各级法院和大部分学者都遵循这一立场。参见前引〔10〕,罗克辛书,第 552 页。

（二）原因分析

在“立法—教义学—司法”这一链条上，立法作为输入端，当然会影响后两者。因此，造成上述适用规模差别的原因，首先必须在立法中寻找。德国刑法第13条对不真正不作为犯作了明确规定，⁽¹⁷⁾日本刑法中则无相应规定。可以说，有无总则性规定，意味着两国刑法对不真正不作为犯的角色期待完全不同。

德国刑法第13条第1款明确肯定了不真正不作为犯的合法性，也点明了其独立性。不真正不作为犯的归责与作为犯相异，立法者期待其发挥独当一面的作用，因此认为有必要将其写入刑法总则。与此对应的是，德国的刑法教科书多将不作为犯单列，⁽¹⁸⁾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。至于不作为犯的独立程度、与作为犯的关系，德国刑法第13条第2款规定不作为犯可以减轻处罚。这就是说，不作为导致犯罪结果发生的需罚性更低。总而言之，德国的不真正不作为犯该当的不是作为犯的规定，而是作为犯扩张后的构成要件。

没有明确的总则性立法的日本，对于不真正不作为犯与罪刑法定原则之间的紧张关系，通过禁止规范包含命令规范、不作为和作为都能成立原本就包括两种行为类型的构成要件的犯罪这样的解释来予以缓和。由于缺乏明文规定，不真正不作为犯要自成体系就显得“底气不足”，这导致学理上将不真正不作为犯附属于作为犯来展开研究。比如，日本的刑法教科书就常将不真正不作为犯放在构成要件的“行为”部分，在论述了作为以后进行探讨；⁽¹⁹⁾认为作为义务不属于主体要素，而是将其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。上述种种明显体现出将不作为视为特例的用意。而且，日本目前也没有以不作为本身为理由援引日本刑法第66条（根据犯罪情节减轻刑罚）的判例，这说明司法判决不承认不真正不作为犯刑罚的任意减轻。⁽²⁰⁾大部分日本学者也遵循判例的立场，认为不真正不作为犯需具备作为义务才能与作为犯“等价”，其该当作为犯的处罚规定本身，而非作为犯扩张后的构成要件。⁽²¹⁾

对比来看，德国强调不真正不作为犯的合法性和独立性，主张它是与作为犯平行、从另一角度保护法益、需罚性较作为犯低的犯罪。德国法官在适用不真正不作为犯时，不仅名正言顺，而且有丰富的理论支撑，必然会将会将不真正不作为犯的适用辐射至更多的罪名；而且，作为扩张处罚形态的不真正不作为犯，仅该当需罚性较作为犯“低一等”的构成要件，其成立要求不可能过严，尤其在保证人地位的把握上会相对宽松。这是因为，既然刑

(17) 德国刑法第13条规定：“(1) 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。(2) 其刑罚可以根据第49条第1款的规定予以减轻。”

(18) 参见[德]约翰内斯·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, 1998.

(19) 日本学者山口厚、西田典之的教科书就作如此安排（参见前引〔9〕，山口厚书；[日]西田典之《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2013年版），而深受德国刑法学影响的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（参见前引〔9〕，松宫孝明书）。

(20) 以“不作为”和“减轻”为关键词检索日本判例，没有找到直接以不作为为理由减轻刑罚的案件。检索时间为2017年9月20日。

(21) 参见前引〔9〕，山口厚书，第80页。

罚可以减轻,那么在考虑是否成立不作为犯罪时,法官会潜在地认为已经留有余地,从而不会将入罪门槛抬得过高。⁽²²⁾在日本,不真正不作为犯的合法性存疑、附属于作为犯等特点,使司法人员只有在无论如何也无法适用作为犯而法益保护需求又极高的情况下才认定不真正不作为犯,因而不可能大面积适用不真正不作为犯。⁽²³⁾而且,司法人员将不真正不作为犯的需罚性与作为犯等同视之,这也决定了司法人员有严格认定保证人地位的倾向。

除立法外,司法倾向也影响了不真正不作为犯的适用规模。实践中对某类犯罪的适用有多少,取决于法益保护需求与该类犯罪的契合度。后工业社会的到来给法益保护带来新的挑战,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孤立的身体行为共同造成,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。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”。⁽²⁴⁾对于这一挑战,根据不作为犯的理论,只要认为管理者有回避结果发生的义务,即使其没有亲自操作,也应就其他执行者造成的侵害承担责任。德国的皮革喷雾剂案判决更是明确表示,“企业主有引领企业的作为义务,其对企业活动有直接归责性”。⁽²⁵⁾在这里,认定管理者责任范围的关键因素是管理者这一保证人地位的射程范围,即其在什么情况下对组织活动造成的侵害承担责任。由此,德国司法实务和学界极力展开对公务员、上下级监督、先行行为等保证人类型的研究,以期对管理者进行归责,遏制法益侵害。

在日本,刑法上的产品责任、安全监督管理责任在2000年以后成为讨论热点。虽然学界开始尝试从不真正不作为犯的角度来认识这类刑事责任,问题意识也从纯粹过失犯的预见可能性转向不作为犯作为义务的产生根据,但目前实务界仍然主要以过失犯来处理工业社会公共安全领域的刑事责任问题。“至少最高裁判所(日本的最高法院——引者注)还没有从正面展开不作为犯论,所被展开的还是‘纯粹的过失犯论’。”⁽²⁶⁾而这一取向与新过失论在日本占据主流有关。新过失论主张,在既有作为又有不作为的场合,从客观归责出发,应以监督过失与管理过失兼具为理由以作为犯来处理。而对于像厚生省渠道事件、Paroma 瓦斯烧水器一氧化碳中毒事件这样的纯粹不作为的场合,⁽²⁷⁾也无需展开不作为犯的讨论,理由是:“过失犯的客观注意义务是无法漠视行为者的社会地位而进行设定的,从其所处的社会生活地位”,可以导出各种监督义务;过失犯中“致(人重伤、死亡)”这样的表述,说明其本身就包含了不作为的形式,不需要讨论作为与不作为等置的问题;以基准

(22) 参见前引〔10〕,罗克辛书,第528页。

(23) 日本不如德国那样重视作为与不作为的区分,只要能认定为作为,就按照作为犯处理,而司法实践中完全没有作为而只有不作为的情况很少,所以日本司法实务对不真正不作为犯的认定很少。

(24) [德]许迺曼《过失犯在现代工业社会的捉襟见肘》,载许玉秀、陈志辉合编《不疑不惑献身法与正义》,台湾春风煦日学术基金2006年版,第519页。

(25) BGHSt, 37, 106. 皮革喷雾剂案的基本案情是:被告人作为企业决策者,在知道消费者使用该企业生产的皮革喷雾剂时出现肺水肿等健康损害后,仍然作出不回收产品的决定。

(26) [日]稻垣悠一:《刑事过失责任与不作为犯论》,张光云译,《四川师范大学学报》2015年第3期,第63页。

(27) 厚生省渠道事件的基本案情是:使用了被艾滋病病毒污染的非加热制剂的多名患者,感染了艾滋病病毒从而病发死亡;相关行政官员因未采取令制药公司回收已被污染了艾滋病病毒的非加热制剂,以及令医师控制非加热制剂的使用等措施,而被追究刑事责任。Paroma 瓦斯烧水器一氧化碳中毒事件的基本案情是:公寓在安装瓦斯烧水器之后,烧水器被维修人员做了不当改造,产生不完全燃烧,造成居住人因一氧化碳中毒而死亡,瓦斯烧水器制造销售公司的高管因此被追究刑事责任。

行为的逾越这一标准进行过失认定，“即使存在如何设定基准行为的问题，但也并无导入保证人理论来谋求筛选行为人的必要性”。⁽²⁸⁾显然，若按照纯粹的过失犯论来处理，通过发展监督过失、管理过失等理论来扩大责任主体，就不必对保证人地位的拓展有所需求。

（三）在我国不真正不作为犯适用的发展方向

从德日两国的对比可知，不真正不作为犯的适用规模基本上取决于一国的立法和司法导向。从我国的立法和司法实践看，不真正不作为犯的适用应朝以下方向发展：

首先，不真正不作为犯的罪名适用范围应有所限制。我国刑法目前还没有关于不真正不作为犯的总则性规定，不真正不作为犯与罪刑法定原则的紧张关系始终存在，因此，不真正不作为犯不可能像作为犯一样被普遍接受，而是被视为附属于作为犯的补充型犯罪。这种补充性体现在，在罪刑法定原则和法益保护原则之间进行权衡，只在一定范围内认定不真正不作为犯。另一个影响罪名适用范围的因素，是立法者对真正不作为犯的态度。我国的真正不作为犯数量多，且增长快，自2006年颁布刑法修正案（六）至今，共增设12个真正不作为犯，占同期新增犯罪数的四分之一。真正不作为犯的增多，降低了通过不真正不作为犯保障各类法益的需求，压缩了不真正不作为犯的适用空间。例如，刑法规定了拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪，就表明相应的不作为包庇行为不能成立包庇罪；规定了拒不履行信息网络安全管理义务罪，就表明网络管理者放任淫秽图片传播不太可能成立不作为的传播淫秽物品罪。

其次，对保证人地位的认定，我国宜持较为宽松的态度。一方面，我国司法实践对不真正不作为犯的处罚实际上是持可以从宽处罚的态度，这传递了降低入罪门槛、放宽保证人地位认定的信号。以笔者收集的19个不作为故意杀人罪判决为例，判处无期徒刑、死缓的有3个，判处10年以上有期徒刑的有6个，判处10年有期徒刑以下刑罚的有10个。也就是说，一半以上的判决在故意杀人罪“情节较轻”这一档及以下处刑。分析判处10年有期徒刑以下刑罚的10个判决，其中有6个是被告人追打致被害人溺水或受伤却不予救助而致被害人死亡的，所判刑罚从2到6年有期徒刑不等。单纯从列举的从宽量刑理由看，很少有自首这样的法定量刑情节，基本上都是酌定量刑情节。⁽²⁹⁾按理说，单凭酌定量刑情节，很难对刑罚有如此重要的影响，因此只能认为，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。有的判决使用了“情节较轻”的表述，应该说这是将不作为作为“情节较轻”来考量的信号。

另一方面，我国宜放宽对保证人地位的认定以满足后工业社会的刑事治理需要。需要强调的是，日本采取的过失犯路径并不可取，我国不应借鉴。这是因为：第一，日本采过失犯而舍不作为犯，是以新过失论占据通说地位为前提的。新过失论将过失实行行为解读为“没有履行结果回避义务”，消弭了作为和不作为的区别。但即便如此，以作为引发因果流程和不介入因果流程在违法性上的区别，在过失犯中依然存在，⁽³⁰⁾并不会因为新过失论

(28) 参见前引〔26〕，稻垣悠一文，第66页以下。

(29) 包括坦白、情节较轻、间接故意、如实供述、获得被害人家属谅解等从宽处罚理由。见湖北省红安县人民法院（2015）鄂红安刑初字第00030号刑事判决书；浙江省湖州市南浔区人民法院（2007）湖浔刑初字第280号刑事判决书；甘肃省临洮县人民法院（2014）临刑初字第95号刑事判决书；云南省昆明市中级人民法院（2014）昆刑一初字第23号刑事判决书。

(30) 参见吕英杰《论客观归责与过失不法》，《中国法学》2012年第5期，第129页。

的上述处理而消失。第二,新过失论并不像其宣称的那样能够代替保证人地位的判断。例如,在被认为贯彻了新过失论的厚生省渠道事件、Paroma 瓦斯烧水器一氧化碳中毒事件的判决中,日本最高法院将重点放在了行政法规上的监督权、法益需保护性、保护可能性这三个方面,但是,对于保证人地位的确立,这些要素还远远不够。实际上,注意义务和保证人义务应当加以区分,而且也能够进行区分。⁽³¹⁾ 第三,新过失论下的监督过失、管理过失会导致过失犯由限制正犯概念向扩张正犯概念转变,不当扩大处罚范围。比如,我国的玩忽职守罪就存在滥用的问题。法官一方面不得不认定犯罪,另一方面又以“多因一果”为由免除处罚,这导致玩忽职守罪的免除处罚比率畸高。⁽³²⁾ 对此,应如井田良所说,通过保证人理论对主体进行限定。⁽³³⁾ 例如,在某案中,被告人未有效制止某村民无证在宅基地上联户开发建房,后因有关单位缺乏监管,该村民又一房二卖,骗取316户居民巨额购房款,致使“两会”期间购房者集体上访。法院以“多因一果”、村民实施了诈骗行为为由,对被告人免除刑事处罚。⁽³⁴⁾ 可是,实际上本案被告人对被监管者并无保证人地位,本不应成立犯罪。

三、罪名适用范围的界定

从前述分析可知,我国在适用不真正不作为犯时,罪名范围应有所限制。因此,需要研究宜就哪些罪名成立不真正不作为犯。

(一) 不真正不作为犯的罪名适用不应限于轻罪

近年来,白建军、高艳东得出了较为一致的结论:不真正不作为犯只应在轻罪中成立。

高艳东的核心观点是:刑法的本质是禁止危险行为而不是保护法益,杀人等传统重罪是以行为危险性为蓝本的,不作为不具备这种危险性质,故不能构成杀人行为;而且,我国刑法明确将不作为排除出重罪,比如关于累犯、特殊防卫等的多个条文就将杀人、抢劫、强奸等罪总括为“暴力性”犯罪;另外,绑架等重罪的法定刑过高,若包含不作为则可能违反罪刑相适应原则。⁽³⁵⁾ 针对高艳东就我国刑法部分条文所展开的解读,笔者提出以下商榷意见:首先,“暴力性”犯罪并不是一个描述性概念,而是评价性概念。当刑法在杀人、抢劫、强奸等之后缀以“暴力犯罪”时,并不必然说明该类犯罪都是由物理意义上的暴力所构成。其次,将不作为的杀人、强奸等包摄入关于特殊防卫、假释的规定,并无不当。根据刑法第20条、第81条的规定,并不是说只要是不作为的杀人、强奸等,就可以实施特殊防卫或者不得假释,而是说只有当不作为的杀人、强奸能够被评价为“严重危及人身安

(31) 需要保护哪些利益、制止哪些危害,是由保证人义务和注意义务共同决定的,两者相互确定、互相约束。比如,具有危险性的企业的企业主的保证人地位决定了他需要采取必要的安全措施;而他是否允许容忍一定程度的危险,取决于一般的注意义务。参见前引〔18〕,施特拉腾韦特等书,第425页。

(32) 笔者以“不作为”为关键词检索到的判决中有大量玩忽职守案件。根据统计,对被告人判处刑罚的有19个,免于刑事处罚的有44个,无罪的有3个。

(33) 参见〔日〕井田良《大规模火灾事故における管理・监督责任と刑事过失论》,日本《法学研究》第66卷第11号,第7页注〔10〕,转引自吕英杰《监督过失的客观归责》,《清华法学》2008年第4期,第121页。

(34) 见河南省鲁山县人民法院(2013)鲁刑初字第125号刑事判决书。

(35) 参见前引〔2〕,高艳东文,第75页以下。

全”或者被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑时，才能适用相应规定。第三，从绑架罪的规定看，认为绑架后“杀害被绑架人”中的“杀害”包括不作为杀人，并不会违反罪刑相适应原则。一方面，以不作为的方式实施犯罪，其处刑并不一定比作为犯轻。绑架婴儿后不给婴儿喂奶，任其哭闹数天后饿死的，将婴儿轻轻放入水中溺死的，很难说二者在违法性和责任上有本质区别。另一方面，绑架后“杀害被绑架人”应理解为绑架罪和故意杀人罪的结合犯，实施了基本的绑架行为（法定刑为10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产）后，又实施不作为杀人，根据其违法性和责任的程度差异，在“无期徒刑或者死刑，并处没收财产”这一幅度内进行刑罚评价，并无不当。⁽³⁶⁾

高艳东还认为，“现有的不作为的重罪应认定为作为犯或过失犯”，⁽³⁷⁾这一点也是站不住脚的。不是所有的不真正不作为犯都能认定为作为犯，即使能够认定为作为犯，也由于作为犯不需要以保证人地位为成立条件而更容易入罪，这与避免过度处罚的初衷相违背。高艳东还以 *Territory v. Manton* 案⁽³⁸⁾ 中被告人成立过失杀人罪，过失杀人罪的最高刑期仅为5年有期徒刑为据，指出英美国家都将不作为故意杀人认定为轻一级的过失致人死亡罪。这恐怕是对该案判决的误读。该案一审认定了不作为的谋杀，并宣告20年有期徒刑。二审推翻了一审判决，改判为非预谋杀杀人罪（manslaughter），刑期为10年有期徒刑。二审判决指出，“当存在法律上义务，而任何不履行该义务的不作为导致了死亡结果发生时，不作为人成立严重的杀人罪”。本案不认定谋杀的原因，一是本案中的不作为没有给被害人的生命带来即刻的危险（判决认为这是非预谋杀杀人罪和谋杀的根本区别），二是谋杀的所有构成要素必须以排除合理怀疑的程度被证明，本案没能达到此种程度。该判决表明，在美国，不作为为完全可以成立谋杀等重罪，也可以适用重刑。⁽³⁹⁾

白建军认为：不真正不作为犯触及了罪刑法定原则的盲区，需要限定其成立范围；用等价性这一“似是而非”的概念无法回答“哪些犯罪不可能由不作为构成”的问题，容易造成不真正不作为犯的任意扩张；法定不作为犯作为不作为犯罪的典型代表，“是控制、限缩刑法义务边界的基本依据”，应以此实定法原型和样本“抽象出学理概念”，来限定不真正不作为犯的成立范围，“而不能反过来将学理概念硬塞进实定法本身”。白建军据此展开实证研究，找出刑法中所有的法定不作为犯，对其特征进行提炼，认为法定不作为犯是“特殊主体出于轻率以上的罪过，采用非暴力手段不履行刑法义务，造成公共权益实际损害的轻犯罪”。在法定不作为犯之外符合这一描述的犯罪即可成立不真正不作为犯，而杀人、放火等重罪与这一描述的相似性程度几乎为零，因此这些犯罪不应成立不真正不作为犯，相关问题应通过立法来解决。⁽⁴⁰⁾但是，上述论证存在疑问。

首先，对法定不作为犯的特征作归纳研究，只能表明这一类不作为犯的特点；若将该

(36) 在刑法修正案（九）颁布之前，绑架后杀害被绑架人的只能处死刑，但刑法修正案（九）将这一法定刑修改为无期徒刑、死刑，这一修改恰恰支持了本文的观点。

(37) 参见前引〔2〕，高艳东文，第69页以下。

(38) *Territory v. Manton*, 8 Mont. 95; 19 P. 387 (Mont. 1888). 本案的基本案情是，被告人在冬天的夜晚将醉酒的妻子留在雪地里导致妻子死亡。

(39) 另有判决支持这一观点。比如，在 *Jones v. State*, 43 N. E. 2d 1017 (Ind. 1942) 中，被告人被指控成立不作为的谋杀。

(40) 参见前引〔5〕，白建军文，第110页以下。

特点推及不真正不作为犯,前提必须是两者为同一类犯罪。诚然,两者在某些方面可以说是“相似”的,即行为都是不作为,主体都负有特定义务;若通过研究法定不作为犯的作为义务类型,提炼作为义务的特点,再由此推及不真正不作为犯尚可理解,但将法定不作为犯在罪质、刑罚轻重、保护法益等方面的特点赋予不真正不作为犯就缺乏根据。不真正不作为犯与作为犯共用同一刑法条文,其在罪名、罪质、保护法益等方面的特点不可能由法定不作为犯来决定。实际上,法定不作为犯和不真正不作为犯在刑法保护上的侧重点本来就不同,规制着不同的领域,不可能从前一个推导出后一个的本质特征。

其次,相似性理论并不能合理限制不真正不作为犯的成立范围。该理论将不真正不作为犯的罪名适用范围界定为侵犯公共权益的轻罪,照此,大多数犯罪都能由不作为构成,这实际上是大幅扩张不真正不作为犯的成立范围。而且,相似性理论试图抛弃保证人理论,从罪质、保护法益、刑罚等角度来划定不真正不作为犯的边界,但什么样的人才有作为义务并承担不作为的结果,始终是决定不真正不作为犯适用边界的核心难题。即使对与法定不作为犯不相似的不作为犯进行立法,如明确规定不作为的故意杀人,也还是存在如何确定主体的问题。

(二) 不真正不作为犯的罪名适用应限制在个人法益类犯罪上

从最大限度保护法益的角度看,任何犯罪(真正不作为犯除外)都可以成立不真正不作为犯,但这显然不利于保障人权。因此,确定不真正不作为犯的罪名适用界限,实际上就是综合考量立法状况、时代观念等,以保持法益保护与人权保障的动态平衡。

那么,如何保持这一动态平衡?受白建军的启发,笔者认为,有必要从真正不作为犯和不真正不作为犯的关系入手来考察。在是否被刑法明文规定这一点上,两者显然是对立的。法官在审理案件时,必须补充不真正不作为犯的不成文要素,这与构成要件明确性原则形成了紧张关系。在对法益保护原则和罪刑法定原则进行权衡后,无法避开后者的诘难时,就只能通过立法来解决,此时即进入真正不作为犯的领域。⁽⁴¹⁾申言之,两类不作为犯分属法律创制与法律适用,在这两者“之间存在着一种显著的‘互补性’”,⁽⁴²⁾共同回应刑事治理需求。站在真正不作为犯的角度看,既然这些不作为被立法者明确规定为犯罪,它们就更适合以法律创制的方式入罪。考察真正不作为犯的刑法规定,分析其形式和特点,即可知什么样的不作为犯罪是立法者倾向于明确规定处罚的,而不真正不作为犯有很大可能正处在其反面。也就是说,笔者拟以两类不作为犯的教义学区分为逻辑起点,发现真正不作为犯的立法规律,从而反推不真正不作为犯的罪名适用空间。

为此,有必要先确定真正不作为犯的范围。笔者主张以两层标准判断真正不作为犯。一是形式标准,即从法律文本的表述来框定大致范围。可以肯定的是,有“拒不”“拒绝”“不履行”等典型表述的犯罪都属于真正不作为犯,如拒不履行信息网络安全管理义务罪、不报、谎报安全事故罪等。⁽⁴³⁾但是,有“严重不负责任”“失职”“放纵”“背信”等表述

(41) 参见[日]日高义博《刑法解释论与不真正不作为犯》,张光云译,《四川师范大学学报》2014年第6期,第19页。

(42) 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第156页。

(43) 参见前引〔5〕,白建军文,第110页。

的犯罪，如医疗事故罪、玩忽职守罪，则需要进一步辨析。这类犯罪的条文中既包括作为也包括不作为，考虑到真正不作为犯强调的是法律明文规定能够由不作为构成犯罪，而并非只能由不作为构成，⁽⁴⁴⁾ 既然不作为是这些表述中的应有之义，理应认为这些犯罪的一部分也属于刑法明文规定的不作为犯。二是实质标准。有的犯罪虽然具备上述形式表述，但法益侵害实际上由作为造成，则这些犯罪不属于不作为犯。例如，扰乱国家机关工作秩序罪处罚的是扰乱国家机关工作秩序的作为，而不是处罚经行政处罚后仍不改正的行为，后者只是限制处罚范围的客观处罚条件。⁽⁴⁵⁾ 综合上述形式标准和实质标准进行筛选，目前我国刑法规定的真正不作为犯共 49 个。

分析这 49 个犯罪，可以发现如下特征：第一，真正不作为犯的主体通常比较单一、明确。如玩忽职守罪的主体是“国家机关工作人员”，拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪的主体是明知他人有上述犯罪行为的人，背信损害上市公司利益罪的主体是“上市公司的董事、监事、高级管理人员”。第二，真正不作为犯的保护法益多属超个人法益。49 个罪名基本被列在超个人法益犯罪的章节中，刑法明文规定以人员伤亡等个人利益损害作为犯罪结果的罪名仅有 4 个。⁽⁴⁶⁾ 第三，真正不作为犯多属刑罚较轻的犯罪。真正不作为犯的基础法定刑基本在 3 年有期徒刑以下，监禁刑的刑期也远低于其他犯罪。⁽⁴⁷⁾ 综上，真正不作为犯基本上属于特定主体侵犯超个人法益、刑罚较轻的犯罪。

据此，大体上可得出如下结论：对于不具备上述特征的不作为犯罪，立法者不倾向对其作明文规定。对于以超个人法益为侵害目标的犯罪，不宜成立不真正不作为犯；对于以个人重要的人身、财产法益为侵害目标的犯罪，以及虽然规定在超个人法益犯罪章节，但根据犯罪性质会造成重要个人法益损害的犯罪，则可以成立不真正不作为犯。具体而言，首先，扰乱法庭秩序罪、走私罪、包庇罪等犯罪属于侵害超个人法益的犯罪，对这些犯罪应谨慎认定不真正不作为犯；确有必要处罚时，应考虑能否认定为作为，否则宜通过立法来解决。其次，刑法分则第四章、第五章规定的犯罪，除了刑罚轻微的犯罪，一般都能成立不真正不作为犯。刑法以保护个人法益为核心，以不作为的方式侵犯该类法益，若不加以惩处，无论如何都无法令人接受。再次，有一些犯罪表面上看是对超个人法益的侵害，但实际上总是以对个人法益的侵害为前提，例如放火罪等侵犯公共安全犯罪会同时侵犯个人的安全，这类犯罪不属于超个人法益犯罪，⁽⁴⁸⁾ 可以成立不真正不作为犯。

上述结论能从刑法的规定中找到进一步的支持。例如，行为人明知他人实施了一般犯罪而拒不提供证据的，不会成立不作为的包庇罪，但行为人若拒不提供恐怖主义犯罪等犯罪证据的，却可以拒绝提供恐怖主义犯罪证据定罪处罚。立法者另立新罪的理由是，包

(44) 参见前引〔9〕，山口厚书，第 74 页。

(45) 再如，非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品，拒不说明来源与用途的，侵害法益的是非法持有行为，而非拒不说明来源与用途的行为；说明了来源和用途的，成立其他犯罪。同理，侵占罪、挪用资金罪、挪用公款罪、非法集会、游行、示威罪等，也都不是真正不作为犯。

(46) 这四个罪名是：教育设施重大安全事故罪，不报、谎报安全事故罪，遗弃罪，医疗事故罪。

(47) 真正不作为犯的有期徒刑上限平均为 88 个月，下限平均为 2 个月；其他犯罪的有期徒刑上限平均为 115.6 个月，下限平均为 6.7 个月。参见前引〔5〕，白建军文，第 116 页。

(48) Vgl. Luis Greco, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines Kollektiven Rechtsguts?, Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Roxin, Berlin/New York, 2011, SS. 210 – 213.

庇罪本身属于超个人法益犯罪，一般人没有保护义务；若要对涉及恐怖活动的犯罪加大处罚力度，就必须明确立法。再如，妨害传染病防治的行为属于不作为的投放危险物质，但立法者仍然增设妨害传染病防治罪，这是因为立法者要着重处罚该侵犯社会管理秩序的行为，并不要求该罪的结果与行为之间具备如投放危险物质罪那样的归责关联。

上述结论也经得起刑法教义学的检验论证。首先，在超个人法益犯罪中认定不真正不作为犯，不利于维护自由主义刑法观。在刑法的处罚范围不断扩张的当下，超个人法益的范围也迅速扩大。若认为超个人法益犯罪可由不作为构成，不作为犯就会随着这类犯罪的扩张侵入刑法的各个角落。这一做法很难与自由主义刑法观相契合，却迎合了社群主义刑法观。社群主义认为，超个人法益的存在是个人法益的先存基石，其本身具有独立意义，不需要依附于个人法益而存在，法律应当采取家长主义的态度规定更多的超个人法益。社群主义和不作为犯有天然的亲和性，它强调个人应负起自己的社会角色，履行其应该履行的义务，如此才能被视为特定社群的成员。在现代社会风险越来越多的情况下，更要求行为人为积极履行义务，共同缔造美好社群。⁽⁴⁹⁾若弃自由主义刑法观而转向社群主义刑法观，保护超个人法益的不真正不作为犯会越来越多，将产生国家任意出入人罪、侵犯人权的高度风险：超个人法益的模糊性、不作为行为轮廓的缺乏、主体的不确定性等因素集合在一起，使得在解释论上对保护超个人法益的不真正不作为犯进行限制的可能性微乎其微。

其次，在超个人法益犯罪中认定不真正不作为犯，也缺乏必要性。由于超个人法益过于抽象，除了对其有保护职责的人，一般主体对它不太敏感，在这类法益面临危险时一般人难以形成反对动机。而且，超个人法益的保护主要依赖专业人员，通过亲属关系、先行行为、保护功能的承担等方式难以形成保护超个人法益的义务来源。换言之，超个人法益犯罪和专业职务人员的联系远大于其他主体，通过认定不真正不作为犯来扩充这类犯罪的义务主体并无必要。正是基于这样的考虑，立法者在49个真正不作为犯中规定的职务、职业类犯罪多达30个。处罚这类主体，不但能够有效地、最大限度地保护法益，而且不会造成处罚畸轻。以走私类犯罪为例，由于只有极少数走私犯罪的最高法定刑为死刑，大部分为有期徒刑，而放纵走私罪的最高法定刑为15年有期徒刑，倘若海关工作人员不作为放纵走私，考虑到司法实践对不作为的处罚采可以从宽的态度，以放纵走私罪来认定不作为的走私行为完全可以做到罪刑均衡，从而不需要以不作为的走私罪来处理上述情形。

四、二元保证人理论的构建

（一）保证人理论的选择

保证人理论大致可以分成规范性阵营和事实性阵营。前者是德国刑法理论的主流，强调在刑法之外规范地寻找保证人地位，如最早的社会群体关系说、机能二分说，到现在的期待说、管辖说、依赖说等。后者是日本刑法理论的绝对多数，强调对作为犯和不作为犯进行对比，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，先行行为说、排他支配说是其代表。那么，在这些理论中应如何作出选择，如何判断什么样的

⁽⁴⁹⁾ 参见贾健《人类图像与刑法中的超个人法益》，《法制与社会发展》2015年第6期，第128页以下。

理论才是好的理论?

好的理论,首先应具备解释力,其次应适合我国的需求。规范要素具有弹性,保证人理论越强调规范性,保证人地位的范围就越广。但同时,这一特点也容易令其陷入“模糊不清”的境地。⁽⁵⁰⁾例如,期待说强调的“社会内部的相互期望”,⁽⁵¹⁾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。与此相反,事实要素更加清晰明了,但缺乏延展性,保证人理论的事实化程度越高,保证人地位的成立范围就越窄。例如,堀内捷三的事实承担说就存在实践解释力过低的问题,这一学说只能解释“保护责任的承担”这唯一的一类作为义务来源。⁽⁵²⁾从我国立法、司法的现状和社会发展的趋势看,保证人地位不宜限定在一个狭窄的范围内,而应当能够满足后工业社会的刑事治理需求。可见,具备一定清晰度、能够成为具有可操作性的判断标准,同时又拥有较大包容力的保证人理论,才是好的理论。

为了满足上述要求,我国的保证人理论应当聚焦于事实性阵营,并考虑如何修正事实性所带来的保证人范围过窄的问题。在这方面较为成熟的理论有两个,一是排他支配设定说,二是结果原因支配说。

排他支配设定说坚持对因果流程的排他支配这一核心,并以“原因设定”这一要素进行补充,认为:一方面,行为人必须设定面向法益侵害结果的因果关系,并保证该原因按照自己的设想在实害结果中顺利实现;另一方面,行为人虽不是该因果过程的最初设定者,但其中途介入面向法益侵害结果的因果流向,从而掌控因果关系的发展进程的,也具有保证人地位。⁽⁵³⁾该说希望借助“原因设定”来扩大保证人范围,以弥补排他支配无法囊括先行行为的缺陷,同时将社会持续性关系转化为“原因设定”予以吸纳。但是,排他支配设定说在内在逻辑和处罚范围的界定上均有值得商榷之处。

一是“排他支配”这一核心概念的问题。“排他”有两层含义:(1)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。⁽⁵⁴⁾但是,这混淆了保证人地位的成立和不真正不作为犯的归责。比如,在有第三人介入的场合,若无法将结果归责给行为人,仍有成立未遂犯的空间,而不能就此否定保证人地位从而得出行为人无罪的结论。(2)要求排除他人的干涉。但是,这一要求究竟是事实上的还是规范上的,令人疑惑。⁽⁵⁵⁾在什么场合采取哪一种意义上的“排他”,也不甚清楚;该要求与同时犯的概念也无法融合。实际上,排他支配类学说仅在有限的场合强调“排他”,如在故意杀人罪的认定上。在其他场

(50) 参见前引〔10〕,罗克辛书,第542页。

(51) Vgl. Joerg Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, Berlin, 1986, SS. 114 - 128.

(52) 堀内捷三认为,作为义务必须满足以下要件:第一,开始实施维持法益状态的行为,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。

(53) 参见黎宏《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。陈兴良的观点与此相近,参见陈兴良《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。

(54) 参见上引黎宏文,第1588页。

(55) 如黎宏在其旧版教科书中,在交通肇事的场合强调“将被害人抬入车内”这种事实上的排他;在父亲带小孩去公园的场合又主张“社会一般观念下,只有父亲对该小孩有支配”这种规范上的排他(参见黎宏《刑法学》,法律出版社2012年版,第88页)。而在其新版教科书中,对于什么是“排他支配”却避而不谈(参见黎宏《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第83页以下),但这一问题显然无法回避。

合,例如失火后不救火的,这类学说并不强调“排他”。这是因为:一方面,在该场合很难说清楚该如何“排他”;另一方面,在生命法益的保护上,在缺乏排他性而不认定行为人构成故意杀人罪时,还能退一步认定遗弃罪,但在放火罪的场合,由于不存在一个法定刑低于放火罪的同类犯罪,故只能选择性地无视“排他”的要求。⁽⁵⁶⁾

二是排他支配设定说提及的两类情形,不论是原因设定还是中途介入,都要求行为人“事实上介入”,而这种要求无法满足法益保护需求。一方面,“事实上介入”使得那些具有监督、管理职责却疏于监督、管理或者故意不介入的人难以被赋予保证人地位。在这种场合,要求以“事实上介入”为前置条件并不现实。在行为人是国家机关工作人员时,尚能以渎职类犯罪勉强弥补处罚空隙,但在行为人是企业管理者时则难以处理;即使通过过失犯进行归责,也难以满足我国的刑事治理需求。另一方面,通过原因设定将夫妻、父子这类社会持续性保护关系转化为先行行为的做法,也不合适。根据排他支配设定说,在被害人自己造成危险时,行为人没有介入的,一律不具有保证人地位,只能视情况认定为遗弃罪。但是,遗弃罪的主体也需要具有保证人地位,否定保证人地位从而无法成立故意杀人罪时,遗弃罪也没有成立的空间。⁽⁵⁷⁾而且,这一结论不符合司法惯例,不照料妻子、不救助小孩从而致其死亡的,各国毫无疑问认定为不作为杀人。⁽⁵⁸⁾

另一个受到关注的理论是结果原因支配说。该说认为,不作为必须与作为等置,但这一等置仅要求不作为和作为一样支配了造成结果的原因即可,而不需要达到排他的程度;但是,支配的程度也必须达到像作为犯自如地支配自己或者工具来实施犯罪的程度,这考虑的并不是支配可能性,而是行为人和被支配对象之间形成了支配与被支配的双向意向,前者对后者有支配意志,后者对前者有默示的依赖。这就要求一种事先的常态支配,这种常态支配一方面来自于主动承担保护责任,即行为人主动将被支配对象纳入自己的支配范围;另一方面来自于行为人和被支配对象之间存在持续的紧密的社会关联。⁽⁵⁹⁾笔者认为,结果原因支配说能够适应我国的实际需求,较好地确定保证人地位的范围。

首先,关于夫妻的保证人地位。夫妻和亲子关系一起构筑了人类关系的核心圈,是人类繁衍、生存的根本。这种身份关系形成了共同紧密生活的事实,由此产生高度的互相依赖状态,使得夫妻在各自的生活中互为保护屏障,形成事先的常态支配。因此,在夫妻一方患病、面临生命危险的时候,另一方支配着对方的脆弱法益,具有救助义务。一方不履行救助义务的,视法益侵害程度成立故意杀人罪或遗弃罪。但是,在夫妻一方自杀的时候,

(56) 从日本的判例来看,不作为的放火罪,多数以“自己的住宅失火”因而处在自己的支配下这一理由来认定为义务,但在小偷侵入事务所后过失起火却不救火这类场合(参见前引〔9〕,山口厚书,第83页),却完全没有考虑行为人是否具有排他支配。

(57) 我国刑法规定,遗弃罪的主体是“负有扶养义务的人”,但哪些人是负有扶养义务的人并不清楚,因此,还是需要通过保证人理论来加以确定。实际上,遗弃罪和故意杀人罪的区分取决于法益侵害程度,应考察被害人是否完全不能自救、被害人发病的场合、是否可能得到其他人救助等,而非行为人是否进行了原因设定。

(58) 例如前述美国的 Territory v. Manton 案、我国的南京饿死女童案(http://newspaper.jrb.com/html/2013-09/20/content_141423.htm,2016年12月14日访问)。即使在认定不作为故意杀人罪最为严格的日本,也将不履行照管婴儿的合同义务的行为认定为不作为故意杀人罪(参见前引〔9〕,山口厚书,第83页)。

(59) 参见〔德〕班德·许乃曼《不纯正不作为犯及以不作为实施犯罪之形式》,王莹译,载梁根林主编《刑法体系与犯罪构造》,北京大学出版社2016年版,第227页以下;张明楷《不作为犯中的先前行为》,《法学研究》2011年第6期,第139页以下;前引〔9〕,山口厚书,第89页。

应区别处理：一是夫妻一方经过理性思考后决定结束自己的生命，二是夫妻一方患病（如抑郁等精神疾病）影响了正常的思维判断而决定自杀，三是夫妻吵架或者其他情况导致夫妻一方情绪冲动而自杀。对于第一种情形，由于自杀者行使了对自己生命的支配和处分，此时另一方对自杀者并无支配，因此不具有保证人地位，不予救助的不构成故意杀人罪或遗弃罪。第二种情形则与之相反，由于自杀者的自我决定能力存在瑕疵，其决定并非自由作出的，这一状态决定了其需要由另一方予以保护，因此另一方负有救助义务。成问题的是第三种情形，这也是我国司法实践中最常见的情形。⁽⁶⁰⁾ 对于这一情形的处理，司法实践和学界存在重大对立。⁽⁶¹⁾ 笔者认为，第三种情形和第二种情形更为相似，自杀者都是在非正常的思维状态下作出决定，这种“自我支配”属于有瑕疵的、欠缺稳定性的支配。考虑到夫妻关系是人类生活的核心关系，自杀是对生命这一终极法益的处分，应当认为：互为保护屏障的配偶不仅要在对方丧失自我支配时予以保护，在对方的自我支配有瑕疵时也应予以保护，因此在第三种情形下另一方负有救助义务。

其次，基于职务监督的保证人地位。以警察不阻止不法侵害为例，警察面对正在发生的不法侵害故意不予阻止，致使被害人死亡的，由于警察对实施犯罪者并无支配，因此没有阻止犯罪者的保证人义务；警察虽然有保护公民生命、财产的职责，但该被害人当时并不在警察的高度支配之下，故警察也不具有保护被害人法益的保证人地位，警察仅成立滥用职权罪。⁽⁶²⁾ 但是，在警察能够对犯罪者进行支配却放任不管的场合，则应当肯定其具有保证人地位。比如，在唐群泽玩忽职守案中，被告人作为值班民警，在带领保安人员出警的过程中，放任保安人员殴打被害人；事后返回案发现场查看死者时，被告人明知其伤势严重却没有救助；上述两次不作为最终造成被害人死亡。法院认为：“在发现保安人员殴打被害人时，唐群泽有义务及时制止，在事后返回案发现场查看死者的时候，唐群泽有义务履行救助职责。在本案中，唐群泽不及时履行法定职责”，“其行为符合玩忽职守罪的刑法规定”。⁽⁶³⁾ 但是，这一判决存在疑问。在本案中，被告人对保安人员具有支配，其放任保安人员伤害被害人时具有故意，能够认定其构成不作为的故意伤害罪；被告人在自己的执勤时间和地段，发现自己放纵保安人员施暴而致其严重受伤的被害人，理应救助却不救助，视情形被告人有可能成立不作为的故意杀人罪；上述两罪依罪数理论处理。

再次，关于场所管理者的保证人地位。根据结果原因支配说，支配的有无要综合考虑法益侵害原因和支配意志。在这里，支配是一个类型概念，包括两个可区分等级的要素。⁽⁶⁴⁾ 根据场所对法益侵害的重要程度，可大致分为以下几种情形：一是场所本身的缺陷导致侵害，如屋顶灯饰掉落砸伤人；二是利用场所本身的特点制造侵害，如第三人利用场所本身

(60) 笔者目前看到的配偶对另一方自杀不予救助的案件，都属于一方吵架后冲动自杀的案件。见新疆维吾尔自治区芳草湖垦区人民法院（2008）芳刑初字第40号刑事判决书；重庆市第二中级人民法院（2003）渝二中刑抗字第4号刑事裁定书；浙江省金华市中级人民法院（2000）金中刑终字第90号刑事裁定书。

(61) 司法实践一般认为成立故意杀人罪，仅有少数案例外，但学界基本否定配偶对另一方自杀的救助义务。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；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。

(62) 与遗弃罪和故意杀人罪之间的关系不同，在滥用职权罪中，造成他人死亡和滥用职权之间并无归责关联，因此国家机关工作人员并不需要具有保证人地位。这是滥用职权罪（造成他人死亡）和故意杀人罪的根本区别。

(63) 见云南省昆明市中级人民法院（2009）昆刑终字第500号刑事判决书。

(64) 参见[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25页。

的特点实施犯罪；三是法益侵害与场所的关联性很低，如被害人自身患病造成的需救助状态。支配意志的强弱则与场所的封闭性、私密性有极大关系。具体而言，对于封闭、私密的场所来说，场所管理者对被邀请进入者的支配意愿最为强烈，次之是有正当理由进入者，如物业管理人，再次之是无正当理由、非法进入者。对于公共场所而言，任何人都可以进入，场所管理者和这些人仅存在松散的关联，因此场所管理者的支配意愿很低。

根据类型概念的理论，是否存在支配，取决于上述两个可层升要素的搭配情况。支配意志越强，法益侵害原因的重要程度越高，就越应当肯定支配的存在，反之则应当否定。对于处于中间层级的搭配情况，则应当进行具体的权衡讨论。笔者初步认为，庭院主人对于进入庭院突然发病的流浪汉不具有救助义务；小卖部主人对于被第三人拘禁在小卖部的被害人没有救助义务；⁽⁶⁵⁾肇事者将伤者带上出租车后又逃逸的，出租车司机对伤者缺乏支配意志，故对伤者没有救助义务。⁽⁶⁶⁾但是，在出租车司机不阻止拼车者强奸的案件中，一方面，被害人进入出租车系基于双方达成的意向；另一方面，考虑到出租车这一狭小空间的密闭性和移动性等特点，出租车本身为在车内实施强奸提供了不可或缺的便利条件，而司机对该空间具有极高的支配程度。因此，在这一案件中，完全可以认定司机具有保证人地位。⁽⁶⁷⁾

（二）理论的补正

结果原因支配说虽然能够为大多数作为义务来源提供理论根据，但是，和大部分支配说一样，它与先行行为很难相容。然而，我国不论在立法上还是在司法实践中，都一边倒地肯定先行行为是作为义务的来源。比如，刑法第133条的规定就显示了立法者对先行行为的态度。一般认为，该条规定的“交通运输肇事后逃逸”的本质是不救助。交通运输肇事后逃逸致人死亡，实际上就是实施先行行为后，没有履行结果回避义务从而导致结果发生。司法实践也积极肯定先行行为是作为义务来源，从前述笔者收集的判决看，先行行为作为义务来源类型的案件占了一半以上。当然，司法实践的这种做法在很大程度上是考虑了舆情与法理的结果。⁽⁶⁸⁾但是，既然“刑法并不仅仅是逻辑现象，更是社会现象”，⁽⁶⁹⁾那么检验理论的方法就不是先找理论再用事实来“求对”，而是先看现实需求再找理论来“求错”。⁽⁷⁰⁾在确定理论无法满足现实需求时，就应当进行相应的理论修正，而不是削现实需求之足以适理论之履。

有学者试图通过规范地认定“支配”来容纳先行行为。一种观点认为，先行行为人虽然只是偶然、临时地与脆弱法益或危险源共存于同一空间，但根据社会分工的原理规范地考察，行为人“最应当”、也“最容易”采取有效措施防止法益侵害结果发生，因此先行行为人具有规范的支配。⁽⁷¹⁾该观点在确定何为规范的支配时采用了“社会分工”的概念，结

(65) 见广西壮族自治区贵港市覃塘区人民法院（2013）覃刑初字第147号、第188号刑事判决书。

(66) 参见杨兴培、李芬芳《见死不救旁观者是否构成犯罪及救助义务探析》，《东方法学》2013年第3期，第60页。

(67) 以“开车”这一作为来认定犯罪的成立，并不妥当。例如，在司机尚未发动车辆，拼车者就开始实施强奸时，司机就完全没有任何作为。

(68) 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。

(69) 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，第983页。

(70) 参见张五常《卖桔者言》，中信出版社2010年版，第19页。

(71) 参见前引〔59〕，张明楷文，第140页；欧阳本祺《论不作为正犯与共犯的区别》，《中外法学》2015年第3期，第726页。

果以“社会分工”概念架空了“支配”概念。而且,在对“社会分工”进行判断时,所谓“最容易”采取有效措施防止法益侵害结果发生,仅仅表示一种支配可能性,而仅凭支配可能性是无法推论出支配本身的;所谓“最应当”采取有效措施防止法益侵害结果发生,则对应否承担作为义务作了预判,陷入了循环论证。另一种观点将“对结果的原因的控制”这一标准中“控制”的边界在规范上加以扩大,认为不仅在引发法益侵害的开始时,而且在侵害继续升高、发展的过程中,人们也应当有义务阻止侵害结果发生。⁽⁷²⁾但是,这只是强调认定先行行为的必要性,却不能说明先行行为符合对“支配”的界定。对“控制”的边界予以规范化扩展,会稀释结果原因支配说中“支配”的内涵。这是因为,行为人对先行行为实施后危险升高过程的支配,既无法达到作为者对自己身体的支配程度,也缺乏基于社会关联而形成的支配意志。⁽⁷³⁾

笔者认为,在通过理论修正无法满足现实需要的情况下,应大胆补正,将先行行为视为例外,在结果原因支配说之外单独考虑其理论基础。既然由教义学演绎出的数量有限的理性原则无法涵盖所有值得刑法保护的价值,那就应当将刑事政策引入刑法教义学,以避免后者的封闭化和僵化,⁽⁷⁴⁾从而强化法益保护。具体而言,从刑事政策出发,应挑选履行作为义务的负担相对最轻的主体,以便将侵犯个人权益的程度降到最低。作为“法律上离风险最近的人”,先行行为人最有可能马上补救法益“事前放置爆炸物的人,能轻易防止爆炸事故;事前拘禁了他人的人,能轻易释放他人”。⁽⁷⁵⁾从刑事政策出发,还应挑选最应当回避结果发生的主体。人们普遍认为,先行行为人承担作为义务“在正义的感情上是理所当然”的。⁽⁷⁶⁾制造了危险的人是法益侵害的始作俑者,道义上更应避免结果发生;当行为人不这样做时,对其进行谴责并不违背法感情。

以结果原因支配说为原则、以先行行为为例外的二元保证人理论,固然存在教义学上的不完美,但二元理论凸显出先行行为与其他作为义务来源在本质上的不同,为司法实践区别处理不同义务类源类型的不作为犯提供了依据。具体而言:第一,在先行行为和其他作为义务人都在场的情况下,先行行为应让位于其他作为义务来源。先行行为是为解决法益保护不力而被刑事政策所特别肯认的,因此,在先行行为制造了法益侵害的场合,若恰好存在其他保护主体,例如警察、配偶、未成年子女的父母等,则先行行为人应“退居二线”。在其他作为义务主体对被害法益具有支配,同时有结果回避可能性,并且实施了结果回避措施的情况下,先行行为人自然不构成犯罪;在其他作为义务主体客观上不能履行结果回避义务时,先行行为人应当承担作为义务;在其他作为义务主体能够履行而不履行义务时,先行行为人不履行的,对前者宜认定为正犯,对后者则宜认定为帮助犯。第二,先行行为型不作为犯在可罚性上要低于其他义务来源型不作为犯。由于先行行为人不具有对结果原因的支配,其只是在非常偶然的的情况下成为被害法益的屏障,这与那些在既定的

(72) 参见前引〔10〕,罗克辛书,第572页。

(73) 毋宁说,该观点想表达的是,先行行为型作为义务的来源源于刑法规范本身,即刑法规范不仅反对引起危险,而且反对在引起危险后任由危险进一步发展,而这难以和支配建立任何关联。

(74) 参见劳东燕《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》2012年第4期,第30页,第34页。

(75) 参见前引〔59〕,张明楷文,第145页。

(76) 参见许玉秀《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第679页。

社会圈中原本就是被害法益屏障的作为义务主体不同。这一差异应在先行行为型不作为犯的处罚上有所体现。⁽⁷⁷⁾ 在司法实践中,基于先行行为负有作为义务从而成立故意杀人罪的,量刑结果差异过大。其中一半以上的判决在法定刑的最低档处刑,但仍有相当多的判决,比如行为人与被害人扭打致被害人落水后不予救助一类的案件,对行为人以故意杀人罪判处 10 年甚至 15 年有期徒刑。⁽⁷⁸⁾ 考虑到先行行为处在作为义务体系的最末端,其地位具有附属性,可罚性也较低,后一种量刑结果显然过重。

Abstract: Criminal omissions in China, although occasionally applied improperly, should not be regarded as “over-criminalization”. This paper attempts to analyze the development trend of commission by omission crime and investigate its scope in two dimensions, i. e., the kind of commission crime that should include omission, and the identification of *Garantenstellung* (subject of legal duties). In China, the Criminal Law does not provide for commission by omission crime in its General Provisions, but contains a large number of omission crimes in its Specific Provisions. Besides, judges are prone to impose a lesser or mitigated punishment on commission by omission crime, which is more suitable for meeting increasing challenges of criminal justice in postmodern society. In light of the above fact, China should restrict the application of commission by omission to only some crimes, while adopting a relatively relaxed attitude towards the identification of *Garantenstellung*. Based on the fact that commission by omission crime is complementary to omission crime, commission by omission should be applied to crimes without these features, i. e., crimes against important individual legal interests. In identifying *Garantenstellung*, the theory of *Herrschaft über den Grund des Erfolges* (control over the ground of the infringement of legal interest) is more reasonable in comparison to other relevant theories. *Ingerenz* (creation of peril), which differs from other types of *Garantenstellung*, should be justified by criminal policy, rather than the theory of *Herrschaft über den Grund des Erfolges*. In view of this, *Ingerenz* should be placed in the second layer of the system of legal duties, hence, be treated differently from other duties in criminal judicial practice.

Key Words: commission by omission crime, *Garantenstellung*, omission crime, *Herrschaft über den Grund des Erfolges*

(77) 有学者从不同角度得出了同样的结论。Vgl. Silva Sánchez, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, Hrsg., Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Botke, Bernhard Haffke & Hans-Joachim Rudolphi, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai, 2001, Berlin, 2001, S. 641; Jacobo Dopico Gómez-Aller, *Criminal Omissions: A European Perspective*, *New Criminal Law Review*, Vol. II, Number 3, 2008, pp. 448 - 449.

(78) 见湖南省娄底市中级人民法院 (2015) 娄中刑一终字第 11 号刑事裁定书; 浙江省高级人民法院 (2014) 浙刑一终字第 148 号刑事附带民事判决书; 江苏省南通市中级人民法院 (2004) 通中刑一终字第 74 号刑事裁定书; 浙江省杭州市中级人民法院 (2013) 浙杭刑初字第 74 号刑事判决书。