

## 作为与不为之区分的目的理性思考

——以德国判例与学说为借镜

吕翰岳

**内容提要:**不作为犯在主体结构和规范标准上有其特殊性,而在多义举止方式及“通过作为的不作为”等场合,作为与不为之的区分成为问题。在德国,不真正不作为犯有其独特的法定要件和法律后果,区分作为与不为之对我国司法实践的意义在于,是否通过保证人地位限缩处罚范围。根据这一目的指引,停止能量投入应被合目的地理解为能量不投入即不为之,其他特定方向上的能量投入皆为作为。该标准适用于真正的多义举止方式和中断救助,而“逆形态参与”、原因自由不为之和作为与不为之的竞合都不是真正的行为形态区分问题。

**关键词:**不为之 保证人地位 刑法任务 安乐死 法益保护

吕翰岳,清华大学法学院博士研究生。

### 一 问题的提出

为了化解不真正不作为犯的处罚必要性与罪刑法定原则之间的张力,我国学者近年开始主张“排他支配设定说”,试图将不真正不作为犯的研究重心从义务来源转移到因果关系,进而将之消解于作为犯中。<sup>〔1〕</sup>这一观点立足于我国刑事立法、司法实务与社会观念,体现出从本土法文化中发掘地方性法理的理论自信,但无可讳言的是,在有些情况下该观点存在难以完全贯彻的问题。这种观点之所以会出现,是因为一些在域外判例中被视作不作为犯的案件具有明显的作为契机,<sup>〔2〕</sup>而我国司法实务则倾向于在类似情况下尽

〔1〕 参见黎宏:《排他支配设定:不真正不作为犯论的困境与出路》,《中外法学》2014年第6期。

〔2〕 比较典型的是神龛事件,参见日本大审院1938年3月11日判决,载《大审院刑事判例集》(第17卷),第237页。大致案情是:被告人点燃自家神龛前的蜡烛时意识到未放稳而径直外出,后引起火灾。

量当作作为犯处理,从而对不作为犯的认定表现出消极保守的态度。

如在被媒体称作“冷漠的哥”事件的李文凯强奸案中,<sup>[3]</sup> 检察官称,“李文凯明知李文臣在其驾驶的出租车上欲强行奸淫被害人,仍驾车绕路以让李文臣顺利完成奸淫行为,系对李文臣强奸行为的帮助,因此已构成强奸共犯”。<sup>[4]</sup> 显然是以绕路这一作为契机论证李文凯的可罚性。然而义务犯论者可能存在异议,即认为李文凯作为司机对乘客具有保证人地位,因此其不作为已足以成立强奸罪正犯,而不能仅仅从作为的角度认定成立帮助犯。无论不作为的强奸罪正犯是否存在,我们的确可以想象的是,在父母一方杀害畸形婴儿时,另一方提供帮助或默不作声两种情形,若前者仅成立作为的帮助犯而后者却成立不作为的正犯,将导致明显的处罚不均衡,至少应考虑将前者认定为作为帮助犯和不作为正犯的竞合。这表明在上述案例的背后,隐藏着作为与不作为相区分的问题,甚至可以说,能够找到某种作为契机并将之视作“排他支配设定”的案件,首先面临的也正是作为与不作为的区分问题。

在大多数犯罪中,行为人实施犯罪的举止方式不存在作他种理解的可能,且其行为的本体特征,亦即运动还是静止或能量投入与否,与其规范评价并无二致。如某甲用刀将某乙劈砍致死是作为的杀人,母亲丙不予授乳将婴儿丁饿死是不作为的杀人,在这样一些犯罪中,其行为形态的判断从来不是问题。真正成问题的是,在多义举止方式,即某一举止既有作为意义又有不作为意义的场合。在此我们可以用德国著名的“山羊毛案”(Ziegenhaar-Fall)<sup>[5]</sup>和“自行车灯案”(Radleuchten-Fall)<sup>[6]</sup>为例加以说明。在“山羊毛案”中,到底是伴随着未消毒的羊毛发放这一积极作为,还是单纯地未消毒这一不作为决定了行为人的行为形态?在“自行车灯案”中,到底是伴随着不开灯的驾驶这一积极作为,还是单纯地不开灯这一不作为是刑法评价的重心所在?通说毫不怀疑地将“作为”的结论视作正确,<sup>[7]</sup>然而绝不能忽视的是,使行为逾越法所允许的风险范围的,往往是多义举止方式中不作为的部分,特别是在“山羊毛案”中,只能从消毒本能杀灭的病菌中是否包含实际致病的病菌这一点,判断义务违反关联的存在与否。<sup>[8]</sup>

更为突出的问题则是,本体结构与规范评价不一致的情况,或称“通过作为的不作为”。典型案例如“肯普滕安乐死案”(Kemptener Sterbehilfefall),<sup>[9]</sup>在该案的判决中,德国联邦法院确认医生终止器械加护治疗属于对继续抢救努力的不作为,即使关闭维持生命体征的医疗器械需要一个积极的身体动作以及能量投入。根据该判决的论证,当医生凭

[3] 参见孟焕良、高欢:《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。大致案情是:出租车司机李文凯在李文臣于其车内强奸少女乘客时未予制止并绕路行驶,导致强奸得逞。另外,后来查明,李文凯本人利用其出租车已多次实施强奸行为,追究漏罪后被判处无期徒刑。

[4] 鹿轩:《出租机构构成强奸共犯》,《检察日报》2011年5月25日第7版。

[5] 参见 RGSt 63, 211。大致案情是:厂长未按规定对进口山羊毛消毒即发放给女工,后女工感染炭疽而死。

[6] 参见 RGSt 63, 392。大致案情是:三个未按规定打开车灯的骑车人中两人相撞,如果任何一人开灯即可避免。

[7] 参见 MK-Freund, 3. Aufl., 2017, § 13 Rn. 11。

[8] 我国也有学者从因果关系和结果归属理论的角度探讨这一问题。参见劳东燕著:《风险社会中的刑法:社会转型与刑法理论的变迁》,北京大学出版社2015年版,第118页以下。在先期发表的版本中这一部分论述被删减,参见劳东燕:《事实因果与刑法中的结果归责》,《中国法学》2015年第2期。

[9] 参见 BGHSt 40, 257。

借其专业判断认定抢救不再具有医疗上的意义时,其与患者间的合同关系便终止了,在结论上医生便可因不具有保证人地位的不作为而获得刑罚豁免。德国联邦法院第二刑事审判庭在2010年6月25日的“普茨案”(Fall Putz)<sup>[10]</sup>中做出了与判例一贯立场相反的结论,该判决将关闭生命维持设备的行为一律以作为论,虽然在结论上仍然认定了一个刑罚豁免,却是通过更加令人怀疑的“病人的同意发挥正当化作用”。在立法者对“安乐死”、“尊严死”等问题表态之前,通过设立超法规正当化事由得出与一直以来“生命法益不能经由同意放弃”的信条相违背的结论,与“通过作为的不作为”相比更不值得赞同。除此之外,“逆形态参与”,即通过不作为参与积极犯行或相反地通过作为参与不作为犯罪,以及原因自由不作为、作为与不作为的竞合等问题,都使两者的区分愈发复杂。

我国学者早已注意到所谓“双重行为”的现象,<sup>[11]</sup>较早的研究也对相关学说进行了详尽的平面化罗列,不过这些研究往往并非从明确的问题意识出发,更多地是从体系完整性的角度探讨两种行为形态的区分问题。<sup>[12]</sup>而2014年9月由我国台湾地区成功大学法律系承办的第五届两岸刑法论坛,则以“不作为犯的现况与难题”为主题,并将作为与不作为的区别设为第一项议题。藉由此次论坛,海峡两岸学者在此问题上充分总结了既往的研究并提出了全新的见解,大大推进了对此问题的理解。在该次论坛中,我国大陆学者主张借鉴客观归责学说,“以行为人是否创设了侵犯法益的危险来区分作为与不作为”;<sup>[13]</sup>而我国台湾地区学者则以人际关系为视角区分消极义务与积极义务,并提出,“所谓作为,即是个人在行使权利的时候,从自己的法权领域输出风险到他人的法权领域之中……所谓不作为,即是个人未扑灭他人因行使权利而落入他人法权领域内的、非个人所输出的风险”。<sup>[14]</sup>二者都采用了风险或危险这一术语,因而也面临相同的问题,即必须创设“安乐死”或“尊严死”等新的正当化事由,才能使医生“拔管子”这种在日常医疗活动中大量存在的行为免于刑责,这便忽视了作为与不作为区分的功能性意义。从本文所立足的目的理性视角,能否对“通过作为的不作为”做出合理解释,已经成为各种作为与不作为区分理论的试金石。

如上所述,本文试图对作为与不作为的区分进行目的理性思考。“目的理性”一语来自韦伯(Max Weber)的社会行为理论,意指“为了理性地作为结果所追求及所权衡的自我目的,而对外界对象或他人的举止加以期待,并将该期待作为条件或手段加以利用”。<sup>[15]</sup>在刑法语境下,这一概念首先与刑法和刑罚的目的相关,即“在何种程度上刑法制度能被

[10] 参见 BGHSt 55, 191。对该判例的深入评析,参见王钢:《德国刑法中的安乐死:围绕联邦最高法院第二刑事审判庭2010年判决的展开》,《比较法研究》2015年第5期。

[11] 最早见于熊选国:《论作为与不作为的区别》,《法学评论》1991年第5期,第12页。

[12] 最早见于黎宏著:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第17页以下。其他的如李金明著:《不真正不作为犯研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第25页以下;刘士心著:《不纯正不作为犯研究》,人民出版社2008年版,第12页以下;许成磊著:《不纯正不作为犯理论》,人民出版社2009年版,第44页以下;陈荣飞著:《不纯正不作为犯的基本问题研究》,法律出版社2010年版,第57页以下;孙春雨著:《我国刑法中不作为犯罪理论与实务》,中国人民公安大学出版社2012年版,第25页以下。

[13] 李立众:《作为与不作为的区别》,载公益信托东吴法学基金会主编:《不作为犯的现况与难题》,元照出版公司2015年版,第34页。

[14] 周漾沂:《刑法上作为与不为之区分》,载公益信托东吴法学基金会主编:《不作为犯的现况与难题》,元照出版公司2015年版,第67页。

[15] Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, 1922, Kap. I § 2, S. 12.

理解为为了实现社会目的而理性规划的手段”<sup>[16]</sup>与之相近的理论进路也被部分学者称作“刑法功能主义”。<sup>[17]</sup>根据该理论进路,我们完全可以并且应当认为,每一个刑法概念都有其目的和功能,有必要从其目的和功能出发检验概念构造本身的妥当性。本文所谓的目的理性,就是指立足于作为与不为之区分的意义,合目的地划定两种行为形态之间的界限。沿着这一理论进路,笔者在下文中将首先阐明两种行为形态区分的意义,继而从中寻求目的理性的区分标准,最后检验各种疑难情况是否对这一标准的妥当性构成挑战,力求为诸疑难情况寻找到妥善的解决方案。

## 二 区分意义

只有从不作为犯的特殊性中,才能发现作为与不作为区分的意义。因为,如果除了外在表现形式,不作为犯在各个方面与作为犯均无差异,那么对二者的区分便不具有任何实践价值。以下笔者将首先对不作为犯的特殊性做出一般性说明,继而在重视其特殊性的实践意义这一前提下,分别说明不作为犯在成立要件和法律后果上的独特之处,并以此为根据寻找区分两者的真正目的所在。

### (一) 不作为犯的特殊性

我国传统上将不作为视作与作为并列的一种危害行为表现形式,将之置于犯罪客观方面中的危害行为项下予以探讨,<sup>[18]</sup>这是经由学习苏联和日本,间接学习二战前的早期德国刑法理论所形成的历史惯性,<sup>[19]</sup>然而这一体系性安排恰恰忽略了不作为犯的特殊性。在目前的德国主流刑法教科书中,不作为犯获得了独立成章的重要地位,学者认为有两点理由可为这种体系编排的重大变化做出解释:<sup>[20]</sup>第一,在作为犯中发展出的一般犯罪论的很多基本概念,不能直接被转用在不作为犯中;第二,“必须担保要件”和“相当于条款”是大多数“不真正”不作为犯的特殊前提要件。

上述两项理由中的第一条主要是指,不作为犯在因果关系、故意、正犯性、未遂等重要问题上与作为犯都存在差异。在因果关系领域,条件公式的“消去法”被修正为“添加法”,因此不作为的因果关系常被称作“准因果关系”。<sup>[21]</sup>在故意领域,目的行为论者指

[16] Baumann, Zweckrationalität und Strafrecht: Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht, 1987, S. 3.

[17] 参见 Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken——Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts? ZStW 107 (1995), 843。

[18] 参见高铭暄、马克昌主编,赵秉志执行主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第66页以下。

[19] 苏联的情况参见[苏]A. H. 特拉伊宁著:《犯罪构成的一般学说》,王作富等译,中国人民大学出版社1958年版,第110页以下;日本的情况参见[日]大塚仁著:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,2009年第2次印刷,第152页以下;德国二战前的情况参见[德]李斯特著、施密特修订:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译、何秉松校订,法律出版社2006年版,第176页以下。

[20] Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 31 Rn. 1, 4.

[21] 参见 Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015, § 11 Rn. 161 ff. 一般认为,若无社会期待根本无法设想何谓不作为,因而在不作为犯中不存在脱离规范评价的纯事实因果性,但前述排他支配设定说正是产生于对这种理解的批判,参见黎宏:《排他支配设定:不真正不作为犯论的困境与出路》,《中外法学》2014年第6期。

出不作为缺乏“下定决心做”意义上的决意,故不能使用故意概念,<sup>[22]</sup>而德国联邦法院判例则认为,不作为的故意是“在保持不动与可能的作为之间的抉择”。<sup>[23]</sup>在正犯性领域,由于缺乏一个事实层面的因果驱动力,至少在部分犯罪中义务犯理论更具解释力,对其无法继续贯彻事实性的犯行支配原理。<sup>[24]</sup>在未遂犯领域,由于决意和明确的行为开始时点一并缺失而无法运用主客观混合的“着手公式”,<sup>[25]</sup>“因而(未遂犯可罚的)时点必须通过被保护的行为客体陷于直接危险来予以设定”。<sup>[26]</sup>虽然不作为犯与作为犯之间确实存在诸多不同,但是只有根据纯粹本体论的物本逻辑,才会认为添加或消去、抉择或决意、规范支配或事实支配、直接着手或直接危险这些文字游戏式的区别是实质性的,而在目的理性的视野下,这些本体论上的差异无法作为区分标准的目的依归。

上述两项理由中的第二条意味着,不作为犯有着与作为犯不同的犯罪构造:一个不具有保证人地位的行为人,即使对一个社会期待行为选择“保持不动”,从而与构成要件符合结果具有(准)因果关系,也并不能满足相应犯罪的构成要件。此外,在刑法分则构成要件对行为模式有特别要求的犯罪中,即使行为人具有保证人地位且违背社会期待地“保持不动”从而导致结果发生,却可能由于该不作为无法“相当于”作为的行为模式,从而不具有正犯的可罚性。对此可以结合《德国刑法》第13条“通过不作为的实施(作为)”来理解,该条规定:“(1)对属于某一刑法法规构成要件的结果,就其防止不予作为的人,根据法律仅在以下情况下可罚:当该人在法上必须担保该结果不发生,且该不作为相当于通过作为实现法定构成要件。(2)刑罚可根据第49条第1款减轻。”<sup>[27]</sup>

在以上规定中,无论是“必须担保要件”还是“相当于条款”,在实定法中都只有短短一个分句,因此饱受缺乏“明确性”的质疑,<sup>[28]</sup>即便如此,两者还是和刑罚减轻条款一起说

[22] 参见 Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 66 ff; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 205。

[23] BGHSt 19, 295, 299. 这便为建立在抉择自由上的罪责谴责奠定了基础。参见 Herzberg, Willensfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, S. 83 ff。

[24] 罗克辛原则上将不作为犯一律当成义务犯来把握,故完全没有适用犯行支配原理的余地,仅在亲手犯等少数场合承认通过不作为的帮助。参见 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 459 ff., 477 ff. 雅各布斯则认为,“在义务犯的场合通常不必在作为与不作为之间进行区分。所有依据制度管辖获得保证人地位的不纯正不作为都是义务犯,而依据制度管辖同时亦为保证人的个人(通过作为)实施的犯罪同样是义务犯”。参见 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 7 Rn. 70。

[25] 准确地说是“就位公式”。德国旧刑法将未遂的可罚起点设置为“实行的开始”(日本学者译作“实行的着手”),文字上较为接近形式客观理论。然而由于形式客观理论要求构成要件行为的一部分被实施,以至于未遂的处罚时点被过于推迟,故弗兰克(Reinhard von Frank)做出了如下修正:“实行的开始可在如下全部动作中找到,即由于其与构成要件行为必然的同属性,对于自然观念而言表现为后者的组成部分。”(Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 18. Aufl., 1931, § 43 II 2 b.) 韦尔策尔(Hans Welzel)部分地采纳了该观点,提出:“实行的开始并非从内部(构成要件行为)出发,而是从外部出发被确定为对构成要件行为的直接就位。”(Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, § 24 III.) 在1969年通过、1975年生效的《德国刑法》总则中,德国立法者完全采纳了韦尔策尔的措辞,将“实行的开始”改为“直接就位于构成要件之实现”,如果仍称其为“着手”似乎就忽略了近一个世纪的学说发展和立法用语的变迁。为方便理解这里暂且从俗。

[26] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 60 II 2.

[27] § 13 Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 22 Absatz 5 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) geändert worden ist.

[28] 参见 Sch/Sch-Stree/Bosch, 29. Aufl., 2014, § 13 Rn. 5/6。

明了作为与不作为相区分的实践意义,亦即不作为犯在成立要件和法律后果上都与作为犯有所不同。下文将逐一评估不作为犯的这三项特殊性,并在我国语境中进行目的理性思考,指出作为与不作为的区分对我国刑事司法实践的真正意义。

### 1. 保证人地位

《德国刑法》第13条中的所谓“必须担保”,实际上就是对刑法释义学中发展出的保证人地位理论的立法确认。在学说史上,作为义务学说肇始于18世纪初的形式法义务理论,<sup>[29]</sup>此后该说经历了数次小幅修正。<sup>[30]</sup>纳粹时期基尔学派以实质之名,试图从“一般正义原则”“健全的国民情感”等极其模糊的概念导出作为义务。<sup>[31]</sup>德国刑法学家纳格勒(Johannes Nagler)于1938年提出保证人概念,他将不作为者标示为“对结果不发生的保证人,即他有责任防止法敌对能量造成损害”。<sup>[32]</sup>目前的保证人学说以阿明·考夫曼(Armin Kaufmann)的“功能理论”为基石,将保证人划分为保护保证人和监督保证人两类。<sup>[33]</sup>该学说面临的批判是,“事实上,对保证人可能功能的描述无法不言自明地回答保证人出自哪一(法)基础的问题。通过对‘保护’和‘监督’保证人的划分,究竟能否推导出任何法上的结论,是十分可疑的”。<sup>[34]</sup>为了回应这一批判,雅各布斯(Günther Jakobs)和许内曼(Bernd Schünemann)分别从纯粹规范论和重视本体论的调和论角度建构了不同的理论模型,前者便是“组织管辖”与“制度性管辖”的二分法,<sup>[35]</sup>而后者则将作为义务的发生根据完全追溯至“对结果原因的支配”。<sup>[36]</sup>

实质化的功能理论一方面具有扩张形式法义务的趋势,如通说承认的“生活或危险共同体”,<sup>[37]</sup>实际上很难追溯到某一实定法源;另一方面却也将可能的保证人类型限定在脆弱法益保护和危险源监督两种类型之下,从而起到遏制司法擅断的作用。就本文关心的问题而言,正是保证人概念对不作为犯处罚范围的限定,使作为和不作为的区分具有重要意义。在这里特别恰当的例子是雅各布斯的“毒蘑菇案”(Giftpilz-Fall),<sup>[38]</sup>如果将雅各布斯口中的“符合社会角色期待的行为”转换成通说的语言来表述,那么或许可以认

[29] 参见 Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 11. Aufl., 1832, S. 22 f.

[30] 学说史的梳理参见黎宏著:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第122页以下。一个简明的概括见王世洲著:《现代刑法学(总论)》,北京大学出版社2011年版,第113页以下。

[31] 参见许玉秀:《论西德刑法上保证人地位之实质化运动》,载许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第617页以下。

[32] Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111 (1938), 1, 59.

[33] 参见 Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 283.

[34] 参见 LK-Weigend, 12. Aufl., 2007, § 13 Rn. 22.

[35] Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 7 Rn. 56 ff, 70.

[36] 参见[德]许迺曼:《德国不作为法理的现况》,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义:许迺曼教授刑法学论文集》,新学林出版股份有限公司2006年版,第629页以下。

[37] 参见 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl., 2016, Rn. 1009.

[38] 虽然雅各布斯在教科书中所举的“毒蘑菇案”是一个相当内行的生物学研究者试图继承叔叔遗产的例子(参见 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 7 Rn. 49),而在餐厅当帮工服务员的生物学大学生为客人端的是——一盘含有有毒植物的异域沙拉(参见 Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft: Vortiberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 2008, S. 98),但由于雅各布斯的中国代言人冯军教授数度以“毒蘑菇案”指称后者(参见冯军:《刑法的规范化诠释》,《法商研究》2005年第6期,第64页;冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期,第183页),这里笔者也将忽略蔬菜(植物)和蘑菇(真菌)在本体结构上的差异,对两者做出相同的规范评价。

为,打工的生物学大学生行为的谴责重心不在于端菜的积极行为,而在于未告知厨师或顾客的不作为,由于其对顾客的生命安全不具有保证人义务,故仅能依照《德国刑法》第 323 条 c 承担见危不救罪的刑事责任。反之,如果认为该名大学生的谴责重心在于其不告知的端菜行为,由于该行为积极地导致了顾客的死亡,故不再有保证人学说的适用余地,这里不言自明地存在一个《德国刑法》第 212 条杀人罪的可罚性。见危不救罪和杀人罪在法律后果上具有难以忽略的巨大差异(前者为 1 年以下自由刑或罚金,后者为 5 年以上自由刑),因此作为和不作为的区分在这里便具有了决定性的实践价值。

如果将上述案例置于我国刑法语境下,由于我国尚未将见危不救行为入刑,那么法律后果上的级差便是不罚与可能的死刑,因此,作为义务或保证人地位的处罚限制功能在作为与不作为的区分问题上具有更加关键性的价值。我国传统理论因袭作为义务来源的形式四分说,认可法律明文规定、职务业务要求、法律行为引起、先行行为引起四种作为义务来源,<sup>[39]</sup>这本身已是对不作为处罚范围的限制,也指明区分两种行为形态在认定犯罪方面的意义所在。不过这种形式法义务理论在出罪与入罪两个方向上都存在缺陷:前者最典型的是《消防法》第 5 条与第 44 条规定了一般公民的火警报告义务;后者的著例是非法律行为的自愿承担,如保姆甲已满 14 周岁而未满 16 周岁,故其与雇主间的劳务合同无效,然而这并不意味着她对雇主家的婴儿乙没有保证人义务,以至于她在雇主出差期间放任婴儿活活饿死可以不承担故意杀人罪的刑事责任。由于形式法义务理论存在上述缺陷,尽管还有种种争议,学界仍不可逆转地转向了实质化的保证人学说。<sup>[40]</sup>利用保证人地位对不作为犯的处罚范围进行更加合理的限定,是作为与不作为区分的主要意义所在,因而区分标准应当反映精确限定处罚范围的目的理性要求。

## 2. 相当于条款

针对相当于条款,我国台湾地区学者曾引述许内曼 1971 年的博士论文,称刑法学说“打从 1975 年立法之前就不断批评这个等价条款是个‘空话’”。<sup>[41]</sup>这一表述包含着对相当于条款最常见的几个误解,以下通过对这些误解的澄清来发现相当于条款的真意。第一,相当于条款并非表明等价性。虽然相当于条款在早期的立法讨论中以“等价性”面貌登场,亦即德国刑法学家加拉斯(Wilhelm Gallas)在大刑法委员会的会议中,以诈骗罪为例提出的,“针对此类案件我们需要第二个限缩观点,即与构成要件设定的行为模式相关的,不作为行为与积极实施(作为)的等价性”。<sup>[42]</sup>但立法者却明确地使用了“相当于”

[39] 参见高铭暄、马克昌主编,赵秉志执行主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版,第 68 页以下。

[40] 从“因果关系的排他性支配”角度提倡实质作为义务的国内论述,最早见于黎宏著:《不作为犯研究》,武汉大学出版社 1997 年版,第 167 页以下。另有学者更多地从功能理论的角度采纳“对结果原因的支配”一说,参见王世洲著:《现代刑法学(总论)》,北京大学出版社 2011 年版,第 115 页;张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社 2016 年版,第 152 页以下。

[41] 许玉秀:《保证人地位的法理依据:危险前行为是构成保证人地位的惟一理由?》,载许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 735 页。林钰雄教授对此表示赞同,参见林钰雄著:《新刑法总则》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 410 页,特别是注释 14。

[42] Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 12. Band: Zweite Lesung des Entwurfs, 1959, S. 80.

这一用语,排除了减轻处罚规定与等价的矛盾。第二,相当于条款并非空话。许内曼的原话是,“当‘法上的必须担保要件’在形式法义务理论的意义上被领会时,那些著名的异议同样有效;当其被理解为刑法上的必须担保时,这整个公式便是同义反复”。<sup>[43]</sup>因此许内曼的批判直指必须担保要件空洞无物,而无关相当于条款。<sup>[44]</sup>第三,相当于条款适用于举止关联犯,即构成要件所描述的举止方式对不法内涵亦具有决定作用的那些犯罪。针对相当于条款,目前学界主流见解是“模式等值”理论,<sup>[45]</sup>即该条款在纯粹结果犯中并不扮演独立角色,但举止关联犯的不法内涵不仅在于单纯的结果招致,还在于特殊的举止方式,不作为能否与作为的行为模式等值便成为问题。

模式等值理论意味着并非所有的不作为犯都是纯粹义务犯。罗克辛(Claus Roxin)早期曾认为,“特别行为模式的不法质量,在单纯不作为中发现不了相当性”,<sup>[46]</sup>不过后来为了维护由其提出的义务犯概念而走向了这种观点的反面。根据义务犯的正犯原理,“如果一个父亲看到自己的女儿在被强奸时而不顾……他应该是强奸罪的正犯而不是从犯,因为他有一种特别的义务”。<sup>[47]</sup>但模式等值理论更符合一般人的法感:性强制罪或强奸罪(《德国刑法》第177条)并非纯粹结果犯,视而不见无论如何不可能相当于刑法分则所规定的性行为这一举止方式,<sup>[48]</sup>故父亲不成立正犯,仅能考虑其行为构成秘密帮助犯。因此,相当于条款对行为形态区分的首要意义就在于,在不作为不可能相当于作为的举止关联犯中,从一开始便排除其正犯性,上述普通型强奸便是其适例。至于的确可能通过不作为满足相当于条款的举止关联犯,如加拉斯所举的诈骗罪,一言不发则无疑属于不作为,<sup>[49]</sup>成问题的仅仅是在陈述中部分地隐瞒真相这种多义举止方式的情况,即便其不作为的部分满足刑法分则对举止模式的特别要求,也无法忽视其依附于作为的部分这一事实。

迄今为止,我国学者对相当于条款的探讨都是在“等价性”的名义下展开的,这集中反映在对“宋福祥故意杀人案”的讨论中。<sup>[50]</sup>有学者肯定了被告人对上吊自杀的妻子具

[43] Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte; zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, 1971, S. 380. 其中同义反复一词便是我国台湾地区学者口中的“空话”,也有学者将其音译作“套套逻辑”。

[44] 其后来的文章也能与之相互印证,参见[德]许迺曼:《在莱比锡和维也纳刑法注释中所呈现出刑法修正后的德语区刑法学》,陈志辉等译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义:许迺曼教授刑事法论文选辑》,新学林出版股份有限公司2006年版,第342页。

[45] 参见NK-Wohlers/Gaede, 5. Aufl., 2017, § 13 Rn. 19. 许内曼的观点也被乃师罗克辛归类为此种学说。参见Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II; Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, S. 786 Anm. 367。

[46] Roxin, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, JuS 1973, 197, 199.

[47] 来自冯军教授的发言,参见《刑法方法论论坛实录》,载梁根林主编:《刑法方法论》,北京大学出版社2006年版,第305页。罗克辛也举过类似的例子。参见Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II; Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 32 Rn. 234。

[48] 一个小小的“例外”是所谓“对发生在自己身上的危险行为的阻止义务”。参见张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第159页。当男子任由幼女与自己发生性行为而不加阻止时,似乎属于“不作为的性行为”,但“性行为”这一概念原本便不要求双方均以积极的身体举止参与,因而奸淫幼女型强奸罪在相当罕见的场合也属于下述“分则条文对行为模式有所要求,却的确可以通过不作为满足‘相当于作为’之要求的犯罪”。

[49] 民法上,沉默既有可能意味着同意,又有可能意味着放弃表示。在前者的情况下,不作为的诈骗并非完全不可想象。参见Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band; Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, S. 64 ff。

[50] 参见张海燕、陈元舵:《宋福祥故意杀人案》,载中国高级法官培训中心、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(1996年刑事审判卷),中国人民大学出版社1997年版,第34页以下。



有作为义务,认为该义务是基于夫妻关系或紧密生活共同体而产生,但这一义务程度较弱,具有构成遗弃罪的可能性。<sup>[51]</sup> 另有学者从刑法法理结合刑事政策的角度提出,宋妻之死的主因是其自杀行为,宋福祥的不救助行为与故意杀人罪中杀人的作为行为之间不具有等价值性,这是由见危不救的立法阙如引起的。<sup>[52]</sup> 此外,也有学者认为只有基于行为人自己故意或过失的先前行为导致法益面临危险的不作为,才可能与作为具有相等的价值,宋妻在完全意志自由的状态下设定了侵害生命法益的危险,其死亡结果的直接原因在于其本人的行为,宋福祥的行为属于遗弃。<sup>[53]</sup> 以上各种观点所忽略的是,故意杀人罪是典型的纯粹结果犯,肯定作为义务后又否定所谓“等价性”是难以自圆其说的,这些观点成立的唯一前提是否定夫妻间具有相互救助义务,这便回到了上述保证人地位问题。这里限于篇幅无法就该案展开详尽探讨,但就结论而言,宋福祥并非单纯基于夫妻关系,而主要是基于空间领域支配具有了保证人地位,因为故意杀人罪属于纯粹结果犯,故无需讨论相当于条款的问题便可直接认定其构成不作为的故意杀人罪。虽然在我国有关模式等值理论的研究还有待展开,但这对本文关心的问题影响有限,如上所述,真正疑难的是以多义举止方式触犯某一可由不作为构成的举止关联犯的情况,对此相当于条款未能提供任何目的性指引。

### 3. 刑罚的减轻

根据德国联邦法院的意见,刑法分则已经将不作为与作为等同规定的犯罪不再适用刑罚减轻,并且刑罚减轻还要取决于具体情形中的事实基础,<sup>[54]</sup> 这意味着刑罚减轻条款的适用范围应当被限定。对此可以区分以下三种情况:第一,只有当某一犯罪的作为形态是基于“组织管辖”的支配犯,而行为人以“制度管辖”的保证人地位不作为地实现其构成要件时,才有理由对行为人减轻处罚。如会游泳的甲放任自己未成年的女儿乙溺水而死,由于作为的杀人罪要求犯行支配亦即“组织”活动,而本例中甲完全是因为“对积极建造一个共同的世界负有义务”,<sup>[55]</sup> 其不法与罪责内涵便不会与他将乙摁入水中致其溺死完全等价。第二,当具体案件中的不作为也在事实上支配了构成要件的实现时,则该不作为具有与作为同等的质量。如母亲丙不予授乳将婴儿丁饿死,在此丙便“在存在的意义上支配着无助法益”。<sup>[56]</sup> 第三,当构成要件所预定的作为本身即为基于“制度管辖”的义务犯时,便“使作为与不作为存在结构的区分很大程度上不重要了”。<sup>[57]</sup> 如工程监理人员

[51] 张明楷:《论不作为的杀人罪:兼论遗弃罪的本质》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第3卷),中国政法大学出版社1998年版,第221页以下。

[52] 谢望原、季理华:《见危不救人罪的期待可能性问题研究》,《河南省政法管理干部学院学报》2009年第2期。

[53] 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。

[54] 参见 BGHSt 36, 227, 228 f.

[55] Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung; zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 98 f.

[56] LK-Schünemann, 12. Aufl., § 25 Rn. 41. 虽然雅各布斯原则上认为父母对未成年子女所负担的是基于制度要求的团结义务,(参见 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., § 29 Rn. 59 ff.) 但人作为一种哺乳动物,毋宁说母亲为婴儿授乳是一种“自然事件”,阻断这种自然事件便在事实上支配了婴儿的死亡。

[57] Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 31 Rn. 71.

戊,无论他是违反强制性标准实施监理行为还是全然不作为以致未能发现工程质量问题,最终出现楼宇垮塌的重大伤亡事故,他都只不过是违反了制度性义务,而非支配了整个因果流程。在后两种情况下由于不作为与作为之间完全等价,刑罚减轻便毫无必要乃至是错误的了。

我国刑法并未对不作为犯做出一般性规定,更不存在不作为减轻条款,那么能否对不作为犯从宽处理便成为问题。在上述宋福祥案中,法官似乎给出了肯定的回答:宋福祥虽然被认定为故意杀人罪,但因情节较轻,仅被判处有期徒刑4年。<sup>[58]</sup>单从判决书的措辞中,我们无法获知宋福祥被认定为情节较轻与其行为形态到底有多大的关联性,但在本案中更关键的应该是被害人自杀身亡这一事实,因为宋福祥的保证人地位绝不仅仅源自夫妻关系或生活共同体,一审判决书正确地指出,“在家中只有夫妻二人这样的特定环境中,被告人宋福祥负有特定义务,”<sup>[59]</sup>亦即存在学理上所称的空间场所支配。据此,在被害人完成上吊动作并丧失自救可能后,宋福祥在自己支配的领域中掌控了其后的因果流程,若无被害人自杀这一情节,宋福祥未必能获得从宽处理。可以设想如下情况:被害人瘫痪在床,行为吸烟时不慎引燃家具,却既不灭火也不救助被害人便径行离去,被害人葬身火海。此时似乎便没有了被评价为情节较轻的余地。因此,是否从宽处理还是应回到笔者在上文提出的标准,即以“制度管辖”的保证人地位不作为地实现一个支配犯的构成要件时才具有从宽的实质根据。

在作为与不作为的区分中,刑罚减轻条款无法发挥目的性指引作用。如上所述,对于部分不作为犯予以刑罚减轻的实质根据是,就同一犯罪而言,义务犯相较于支配犯具有更轻的不法内涵,然而在作为犯与不作为犯、支配犯与义务犯(“组织管辖”与“制度管辖”)之间,并不存在严格的对应关系,<sup>[60]</sup>假设将刑罚减轻设定为作为与不作为区分的根本目的,则只有部分(而非全部)义务犯能够被划入不作为的范畴,这便混淆了存在结构和规范评价。即便是从目的理性的视角出发,我们探寻的也仍然是对作为和不作为存在结构差异的功能界分,而非追问支配犯与义务犯在规范评价上的区别何在。

## (二) 区分标准的目 的 设定

根据以上讨论,我们可以得出如下三点结论:第一,不作为犯能够以保证人地位限制处罚范围,因此正确地区分作为与不作为对可罚性有无的判断具有关键意义;第二,相当于条款排除了部分举止关联犯以不作为方式构成的可能性,但是,在另一些举止关联犯中,模式等值理论无助于多义举止方式的行为形态确定;第三,在作为时即属义务犯以及不作为时仍属支配犯的犯罪中,没有刑罚减轻的余地。因此,区分作为与不作为最重要的意义和目的,便是通过保证人地位限制处罚范围。对于该目的,必须结合“辅助性法益保护”<sup>[61]</sup>的刑法任务来考虑,这里的辅助性是指刑法是法益保护的最后手段。详言之,当一个举止中含有积极作为因素,然而,处罚不具有保证人地位的行为人却并非实现法益保护

[58] 河南省南阳市中级人民法院(1995)南刑终字第002号。

[59] 河南省南阳市人民法院(1994)南刑初字第264号。

[60] 对此问题的深入探讨,参见何庆仁著:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第32页以下。

[61] Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlage, der Aufbau der Verbrechenslehre, 2006, § 2 Rn. 1.

目的之适当手段时,宜将该举止视作不作为,从而达到通过保证人地位精确限制处罚范围的效果。

### 三 区分标准

如前文所言,我国现有的研究已经对行为形态区分标准的学说进行了详尽的梳理,但这些基础性工作仍然存在一个缺憾,即未对各种学说进行历史性考察与归类,并通过这种考察与归类发现不同学说背后的联系与差异。在两岸刑法论坛上,我国大陆学者与我国台湾地区学者都使用了存在论、描述性视角与价值论、评价性视角二分的范式,<sup>[62]</sup>使汉语刑法学界对此问题的认识上升到新的层次。在此,笔者除了同样使用类似的经验性标准与规范性标准相区分的论述范式外,还进一步尝试从学说史的视角,藉由一手文献还原历史中先后出现的经验性标准和规范性标准之原貌,以此对现有的各种区分理论进行重整,分别分析其合理之处与主要缺陷,特别是在功能性上的不足,并在此基础上,回到上文所提出的,以辅助性法益保护的刑法任务为指导,通过保证人地位精确限制处罚范围这一目的设定,探寻目的理性的区分标准。

#### (一) 经验性区分标准

##### 1. 早期自然主义标准

本体论意义上的作为与不作的区分,可以追溯到 19 世纪与 20 世纪之交由贝林(Ernst von Beling)与李斯特(Franz von Liszt)所代表的“自然主义的因果行为概念”。贝林将行为定义为“意愿的举止或意志动作”,其中包括了作为与不作为,“不作为是对运动神经的抑制;意志在此支配着神经,正如身体运动时一样:它致力于神经控制和肌肉收缩”。<sup>[63]</sup>李斯特进一步提出,“不作为概念的前提是,通过行为人可能的、且被我们期待的、却未被其实施的作为,本能够避免已发生的结果;在此概念中存在着一个作为因果性的类似要素,而非因果性本身”。<sup>[64]</sup>据此可知,贝林和李斯特使用了身体动作和因果关系这类自然主义概念对作为和不作为进行区分。然而,贝林和李斯特的理论都并非从解决疑难案例的问题意识出发,一旦面对(并非那么疑难的)实际问题,便显得捉襟见肘。例如,不具有保证人地位的甲眼见乙陷入危难,却快速逃跑不予救助。这里当然存在一个意志控制的肌肉运动,却不可能成立作为的杀人罪,原因在于,死亡结果并非甲的逃跑所招致,即使他未逃跑而伫立原地,具体的死亡结果依旧会发生。又例如,丙在丁同意的前提下将丁关入密室,后丁要求开门丙却不予理会,丁活活饿死。由于室门紧闭的状态是关门动作的效果保持,我们承认关门动作与死亡结果间的因果性,便无法否认作为因果链中间环节的保持室门紧闭与结果的因果性,但丙却并非通过作为保持了这一状态。因此,这种

[62] 参见李立众:《作为与不作的区别》,载公益信托东吴法学基金会主编:《不作为犯的现况与难题》,元照出版公司 2015 年版,第 20 页以下;周漾沂:《刑法上作为与不为之区分》,载公益信托东吴法学基金会主编:《不作为犯的现况与难题》,元照出版公司 2015 年版,第 34 页。

[63] Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 9, 15.

[64] Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16./17. Aufl., 1908, S. 132.

早期的自然主义区分标准在今天的讨论中已经鲜有直接意义,但不可否认的是,这两种学说为今天仍被提及的经验性标准奠定了基础。

## 2. 能量投入标准

目前仍然被反复提及的“能量投入”标准是由恩吉施(Karl Engisch)首倡。早在1933年,他便提出作为是“在特定方向上的能量花费”,不作为是“在特定方向上的能量不花费”,<sup>[65]</sup>这一标准也被其本人承认为“自然的前法概念”,不过后来恩吉施提出了新的表述,将“花费”替换为“投入”,并宣称,“我所说的‘能量’并非意指物理意义上的,而是日常意义上的任意人类力量投入,也就是人们经常说的‘成效’、‘努力’”。<sup>[66]</sup>这一修正,似乎使“能量投入”标准具有了规范意义,然而由于所谓的“日常意义”实际上存在于语言的深层逻辑结构当中,这样一种“能量”概念仍然是描述的而非评价的,多数学者也都正确地将该标准归类为自然主义的或经验性的区分标准。<sup>[67]</sup>公允地讲,能量投入标准在多数场合下是适用的,对上述早期自然主义标准无法妥善解决的问题也能给出令人信服的答案。但该标准仍然不够充分,概念的确定不仅要考虑其意义的核心部分,同样要考虑边缘部分,能量投入标准仍然无法解决“通过作为的不作为”问题,因为我们总能够在诸如关闭生命维持装置的动作中发现一个在确定方向上的能量投入。在过度医疗成为社会问题的今天,我们无法对既浪费医疗资源又剥夺临终患者尊严的过度抢救视而不见,也毫无必要为医生中断针对临终患者的抢救这种常见行为设置新的正当化事由,因此无法对“通过作为的不作为”做出合理解释的标准明显存在功能性缺陷。

## 3. 因果关系标准及其与能量投入标准的综合

新的因果关系标准乃是由阿明·考夫曼提出,他针对能量投入标准指出,“我不认为,不作为可被视为原因性的特定能量投入标识的缺失”。进而认为,“在不作为中原因性的仅仅是不作为要素:不行为以及对现实的不改变。对于行为的缺失不作为者的存在并非条件,对于不作为的因果性不作为者并非原因”。<sup>[68]</sup>因此,阿明·考夫曼的因果关系标准和前人殊为不同,他并非一概否定不作为与结果的因果关联,而是否定不作为者与不作为本身的因果性,这必须与其目的行为论相联系才能够被理解,因为不作为者并非以一个特定目的“驱动”自己无所作为。这一观点获得了韦尔策尔(Hans Welzel)的赞同,他进一步宣示,“不作为本身既无因果性也无(现实的)目的性”。<sup>[69]</sup>由此,前述闭门不开的案件也可以通过新的因果关系标准得到解决,即虽然保持室门紧闭的不作为可能被视作死亡结果的合法条件,但不作为者却由于缺乏目的性身体活动,而不被承认为该因果流程

[65] Engisch, Besprechung von Gehart Husserl, Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht. Studien zur Theorie der Unterlassung, zur Theorie und Dogmengeschichte des Schuldverhältnisses, Breslau 1931, MschKrimPsych 24 (1933/34), 237, 239.

[66] Engisch, Tun und Unterlassen, FS-Gallas, 1973, 163, 167, 171.

[67] 参见 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl., 2016, Rn. 987; Krey/Esler, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016, Rn. 1107; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine: Strafrechtslehre, 2004, S. 156。

[68] Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 60, 62.

[69] 参见 Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 201。

的肇始者。

阿明·考夫曼的学生萨姆松(Erich Samson)对上述标准做出了修正,在他的理论中“法益状况”占据重要地位,因此也被一些未考察该理论来龙去脉的学者径直视作独立的“法益状态说”。事实上,萨姆松极力为因果关系标准辩护,他坚称通过因果关系标准对作为与不作为进行区别并非自然主义的或价值无涉的,进而提出:“如果行为人是最终出现的法益状况的合法条件,他便是实施这一行为的人。如果与不存在行为人时可能出现的(状况)相比,(目前的)法益状况更加不好,那么便是他通过实施(作为)恶化了法益状况,并违反了禁止规范。相反地,如果认定,行为人不是最终出现的法益状况的合法条件,那么只要他有能力改善法益状况,并且对于改善行为具有承担义务的保证人地位,他便侵害了命令规范。采取恶化(法益状况)进犯的人侵害禁止规范,而不促进法益改善的人则侵害命令规范。”<sup>[70]</sup>从这段论述我们可以发现,萨姆松的理论其实是一个大杂烩,他既考虑到目的行为论所坚持的行为人与行为的因果性,也从法益状况的角度考虑禁止规范与命令规范,但由于其根基上的目的行为概念,多数学者仍然将之归类为本体论的或经验性的区分标准。<sup>[71]</sup>

后来的发展放弃了目的行为概念,却类似地综合了能量投入标准与因果关系标准,如齐白(Ulrich Sieber)认为,“只有当一个由行为人采取的能量或力量投入,对符合构成要件的或法益侵害的结果是原因时,才被承认是作为”<sup>[72]</sup>更新的说法则是由布拉姆森(Jörg Brammsen)博士用极其精确的语言提出的,“只有当一个人通过一个能量投入,引导、促进或加强了一个发生过程,且该过程事实上或根据其预想在具体情况下适合于妨害一个构成要件指称的攻击客体时,该能量投入才是刑法上重要的积极作为”<sup>[73]</sup>然而无论如何措辞,都无法掩盖这一标准在处理“通过作为的不作为”这一疑难情况时的窘迫,关闭医疗设备当然适合于“妨害”生命法益,否则任何人都可以不经专业判断关闭危重病患者的呼吸机而不受惩罚,这当然也是无法想象的。罗克辛原则上同意上述布拉姆森的观点和表述,并取巧地将“通过作为的不作为”称作“例外”,声称这些例外“不改变这一原则”,<sup>[74]</sup>这种回避问题的做法是不能令人满意的,同时这也揭示了该标准在功能性上仍然存在不足。

## (二)规范性区分标准

### 1. 早期社会意义标准

早期的社会意义标准可以追溯到施密特(Eberhard Schmidt)在修订李斯特的刑法教科书时对民法学者提出的社会行为概念的支持,“行为使我们感兴趣的并非自然科学观

[70] Samson, Begehung und Unterlassung, FS-Welzel, 1974, 579, 595.

[71] 参见 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl., 2016, S. 358 Anm. 8; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine; Strafrechtslehre, 2004, S. 156 Anm. 3.

[72] Sieber, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“ Gesprächsteilnahme——Zugleich eine Besprechung der Entscheidung BGH 3 StR 398/81 vom 10.2.1982, JZ 1983, 431, 436.

[73] Brammsen, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 2002, 193, 206.

[74] Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 31 Rn. 78.

点下的心理现象,而是在其‘针对社会现实的作用方向上’作为一种社会现象”。<sup>[75]</sup> 但在不作为到底多大程度地关乎评价的问题上,施密特态度暧昧地写道,“作为‘结果不可避免’的举止的观念,相反绝不意味着评价,而仅仅是获得了评价的连结点”。<sup>[76]</sup> 在其本人的著作中,这样的社会意义标准得到了进一步发展。他指出,作为这样一个意志动作是结果之条件,它在构成要件性“事物本质”中体现其“社会意义”,而不作为根据相同的视角则应被理解为“构成要件结果的不避免”,例如在一例失败的医疗手术中不能避免病人的死亡。<sup>[77]</sup> 这样的理解便放弃了前构成要件的行为概念,在不预设立场的前提下当然不能立即视这种观点为错误,但至少可以毫无顾虑地批评这种观点不具有实际意义,如在“自行车灯案”中。总而言之,问题是造成了符合构成要件的被害人伤亡,如何通过这一“社会意义”来区分“引起”和“不避免”。

## 2. 作为通说的重心标准

目前,德国判例与通说都以“可谴责性的重心”为区分作为和不作为的标准,这一标准源自梅茨格尔(Edmund Mezger)对社会意义标准的发展。他首先根据一种评价的方法,将“山羊毛案”和“药剂师案”(Apotheker-Fall)<sup>[78]</sup> 都认定为不作为,<sup>[79]</sup> 其后又提出完整的表述,“实施(作为)犯行与不作为犯行相互的区分问题,不能根据具体案件的外在形态,而必须根据法的谴责指向何处来回答……它并非一个事实问题,而是一个评价问题”。<sup>[80]</sup> 至于“可谴责性的重心”这一术语,则是由德国联邦法院首先提出。<sup>[81]</sup> 借助这一说辞,当然可以“解决”所有问题,因为我们可以根据法感随时调整“可谴责性的重心”,但这恰恰是问题所在,因为何谓“可谴责性的重心”根本无法探明,这一说辞空洞无物以至于根据这一“标准”我们得不出任何法上有意义的结论,最终决定具体案件行为形态的不过是法官的个人感觉罢了,且不说法安定性无法保障,恐怕距离司法擅断亦不远矣。虽然迄今为止仍有多如牛毛的判例、学说支持这一“理论”,<sup>[82]</sup> 使其长期占据通说地位,但其模糊性注

[75] Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Band; Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1932, S. 153 Fußnote. 耶赛克与魏根特在引用该句时提出社会行为概念是由埃伯哈德·施密特“顺便发展出的”,而罗克辛则称该句是“由李斯特在清晰的界限下写道”,然而查阅原文可以发现,这一观点出自民法学家格哈德·胡塞尔(Gerhard Husserl)于1931年出版的专著《民法中的消极应为:不作为理论、债务关系理论及学说史研究》。恩吉施早期提出的“能量花费”一说正是出现在对该书的书评中。参见 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 22 III 2 a; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I; Grundlage, der Aufbau der Verbrechenslehre, 2006, § 8 Rn. 27; Engisch, Besprechung von Gehart Husserl, Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht. Studien zur Theorie der Unterlassung, zur Theorie und Dogmengeschichte des Schuldverhältnisses, Breslau 1931, MschKrimPsych 24 (1933/34), 237。

[76] Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Band; Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1932, S. 169 f. Anm. 1.

[77] 参见 Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 77 ff.

[78] 参见 RGSt 15, 151。大致案情是:药剂师第二次交付药物时未查验处方,导致病人药物中毒死亡。

[79] 参见 Mezger, Strafrecht; Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 116 Anm. 21。

[80] Mezger/Blei, Strafrecht: Ein Studienbuch, Band I; Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1970, S. 81.

[81] BGHSt 6, 46, 59.

[82] 参见 BGHSt 40, 257, 266; BGHSt 51, 165, 173; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl., 2016, Rn. 987; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016, Rn. 1107; MK-Freund, 3. Aufl., 2017, § 13 Rn. 5。

定了其与刑法严密精细的特性不相吻合。

### 3. 作为优先标准

在规范性标准的脉络中,还可以论及一种作为优先标准,该标准最早由阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)提出,其核心内容是,“一个既包括行动要素又包括不作为要素的整体性举止,存疑时应被视作积极作为”。<sup>[83]</sup>之所以将该种标准归入规范性标准的脉络,首先是因为其并非以身体动作、因果关系、能量投入这样一些本体性或经验性要素判断行为形态。其次则是因为这种判断标准反应了这样一种价值取向,即刑法的评价是以作为为核心的。正如施特拉腾韦特(Günter Stratenwerth)所指出的那样,该种方案“根据辅助性原则”<sup>[84]</sup>处理区分问题,不作为在刑法评价中总是处于辅助性地位。魏根特(Thomas Weigend)解释道,“在同等情况下,与不作为相比,在积极的作为中,存在着法益侵害或危险所要求的更强烈更巨大的压倒性”。<sup>[85]</sup>与通说的重心标准相比,作为优先标准的优势在于其无懈可击的明确性,并且施特拉腾韦特与魏根特的说理也极具说服力。但遗憾的是,这一标准还是未能从功能性上顾及“通过作为的不作为”这一特殊情况,那么进一步的理论发展便势在必行了。

### (三) 目的理性的新思考

通过对学说史的梳理我们了解到,无论经验性进路还是规范性进路,都尚未发展出既具有明确性又能够包容“通过作为的不作为”的功能性标准,从而为目的理性的新思考提供了契机和空间。前文笔者已经指出,区分作为与不为之的根本目的在于,以辅助性法益保护的刑法任务为指导,通过保证人地位精确限制处罚范围,那么以此目的为依归,我们需要重新思考作为与不为之的区分究竟意味着什么。首先,无能量投入的静止不动无论如何不可能被认定为作为,因为不管是社会评价还是法律评价都要以一定的事实为基础,无能量投入的静止意味着缺乏任何可能被评价为作为的积极事实,显然缺乏被评价为作为的契机。其次,虽然有身体运动却缺乏引起结果方向上的能量投入时,也不可能被认定为作为,如前面提到的具有保证人地位的甲眼见乙陷入危难,却快速逃跑不予救助,这说明引起结果方向上的能量投入,亦即作为一种有力学说的因果关系和能量投入的结合标准,同样是作为不可或缺的事实基础。最后,并非所有引起结果方向上的能量投入都是作为,在一些案件中我们需要利用保证人地位限定处罚范围,故作为优先标准并不合用,而社会意义和“可谴责性重心”的说法不具有可操作性,因此我们的任务在于提出一个明确的判断标准,使之适合于挑选出那些自然意义上属于作为却应被评价为不为之的情况。简言之,作为与不为之的区分,实际上就是以限定处罚为目的,把那些外观上像是作为的不作为挑选出来。

以下将首先考察多义举止方式和“通过作为的不作为”所涉及的中断治疗,以及与后者类似的中断救助等情况,继而提出合目的且普遍适用的区分标准。至于“逆形态参

[83] Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, FS-Schmidt, 1961, 200, 212.

[84] Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat, 6. Aufl., 2011, § 13 Rn. 2.

[85] LK-Weigend, 12. Aufl., 2007, § 13 Rn. 7.

与”、原因自由不作为、作为与不作为的竞合,则作为疑难情况,留待下一部分逐一检验。

### 1. 多义举止方式

多义举止方式是指包含作为与不作为两方面意义的举止类型。“山羊毛案”、“自行车灯案”和“药剂师案”,都是这一类别下引用率最高的案例。然而需要注意的是,应当区分真正多义举止和不真正多义举止两种情况。前者是指同一时空下的同一举止中既有作为成分又有不作为成分,其中不作为因素依附于作为因素而存在,亦即只有和作为因素一起才具有法上的重要意义。“山羊毛案”和“药剂师案”皆为其适例,交付未消毒的羊毛和未查验处方的药物,如果不存在羊毛和药物的交付,也就无所谓“未”消毒和“未”查验处方。后者是指在密接的时空中先后存在一个作为与一个不作为,并且先在行为的效果持续到后行为之中。比较典型的情况是不作为在前、作为在后,如在“自行车灯案”中,不开车灯本身就具有法上的独立意义,而撞人是嗣后发生的。又如“汽车司机在十字路口遇到红灯时,仍然向前行驶,导致行人死亡”。<sup>[86]</sup> 在闯红灯的刹那,不踩刹车的作为与闯红灯的作为组成了真正多义举止,加上撞人的部分则又构成复合的不真正多义举止。这样区分的意义在于,对于不真正多义举止,有可能辅助性地考虑一项不作为犯罪,特别是在行为人不作为时有责任能力,实施作为部分时却陷入无责任能力状态的时候,而对于真正多义举止,不作为所引起的直接危险是依附于作为的,不可能单独考虑一项不作为犯罪,罗克辛已经正确地指出这一点。<sup>[87]</sup> 至于作为在前、不作为在后的不真正多义举止,学说上也被称作“举止形式的承继”,如“工人挖开坑道或打开井盖,因为没有立起围栏作为附带措施,或完工后未盖回井盖,从而引起事故”。<sup>[88]</sup> 在这种情况下,如果先在的作为缺乏正当化根据,则不作为的部分仍然根据辅助性原则退到作为之后,但是当作为被正当化时便只剩一个不作为的可罚性了。

前文提到,多义举止方式中往往是不作为的部分使行为逾越了法所允许风险的范围,不过由于不作为因素总是与作为因素相结合地发挥作用,即使风险关联以不作为的义务违反为根基,在不存在作为因素时不作为因素也并不具有法律意义(真正多义举止),或仅具有有限的法律意义(不真正多义举止)。换言之,仅仅消去多义举止方式中的作为部分,便足以排除具体结果的发生。在不包含下述“通过作为的不作为”的意义上,无论是真正多义举止还是不真正多义举止,都存在着辅助性原则的考虑,亦即优先检验作为部分的可罚性,这可以根据精确限定处罚范围的目的设定加以说明:多义举止方式中的不作为因素所违反的都是一般注意义务,而非特别义务,因此没有以保证人地位限定处罚范围的余地。并且,出于辅助性法益保护的考虑,对于总是伴随着作为因素发生效果的注意义务违反而言,对于行为的整体加以禁止并非是过度的,而是恰当的法益保护手段。当然,不真正多义举止与真正多义举止并不完全相同,它总是遵循竞合原理。

### 2. 中断救助与中断治疗

在学说中普遍存在的现象是将中断救助与中断治疗视为两种情况,这是不符合现实

[86] 参见张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第148页。

[87] 参见Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 31 Rn. 86 f.

[88] Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 116.



的,因为中断治疗只不过是中断救助中人们更倾向得出无罪结论的特殊情况,只有将两者结合考虑才有可能得出有意义的行为形态区分标准。目前的通说认为,在救助手段到达受害人之前中断救助的是不作为,但在救助手段到达受害人后再中断便是作为了,<sup>[89]</sup>这便与中断治疗总是构成不作为<sup>[90]</sup>产生了矛盾。针对这一矛盾,如本文开头所述,德国联邦法院第二刑事审判庭在“普茨案”中不值得赞赏地倒向了彻底的自然主义,得出了与生命法益亦可经由同意放弃的结论。当然,这一判决实际上扩大了所谓“消极安乐死”的生存空间,因为同意的对象不仅可以是医生,甚至可以是任意第三人。但诸如取消医生“通过作为的不作为”之“特权”,完全以同意取代医生的专业判断仍是极为可疑的,因为即使不去质疑“针对生命法益的同意”,也必须认识到,病人在弥留之际是否还有清醒的意识以及同意所需的意志能力,在不同个案间差异巨大。从获得一般认可的医疗技术操作规程出发,即使没有病人现实的同意,医生在其法领域内依专业判断做出关闭设备的决定也是应该被允许的。

解决中断救助与中断治疗间的矛盾必须通过另一种途径达成——承认中断救助是一种“通过作为的不作为”,无论救援手段是否达到被害人。之所以这样考虑,是因为包括治疗在内的所有救助行为,都包含着一种持续的能量投入,这一投入对行为人而言未尝不是一种负担,如果其身体动作仅仅是为了使之停止继续投入能量,从而得以从这种事实性负担中解脱,而没有直接造成额外后果,那么将其行为视作不作为便不无道理。当然,行为人随时可以从投入能量的事实性负担中解脱,却不意味着行为人随时可以从作为义务与刑事责任中解脱。当救援手段到达被害人后,被害人法益状况的维持甚至改善便完全系于行为人持续的能量投入,此时如果能量投入仍然具有实际意义,制度便赋予行为人一个基于自愿承担的保证人地位,<sup>[91]</sup>一旦他选择从负担中解脱,就将面对刑法的制裁,刑法的保护范围并没有因之缩小。并且,由于行为人是基于“制度管辖”的保证人地位而构成不作为犯罪,可以考虑对其从宽处理,在德国语境下即为适用《德国刑法》第13条第2款,在我国语境下则是将其行为评价为“情节较轻”。

上述解决方案完全适合于实现精确限定处罚范围的目的,亦即在处罚不具有保证人地位的行为人并非保护法益的适当手段时,将其行为评价为不作为从而使之不被置于刑罚威慑之下。具体而言,持续的能量投入本身并不产生保证人义务,对于非保证人的负担解脱应予允许,而对于保证人的停止投入论以不作为即已足够,无论这种解脱负担、停止投入在现象上是否显现出与作为类似的外观。申言之,将能量持续投入者停止投入能量的行为一律视作作为,事实上禁止了非保证人从事实性负担中解脱,是一种超出辅助性法益保护任务的过度要求。除医生关闭生命维持装置的例子外,还可以想象的是危险共同

[89] 参见 Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 46. Aufl., 2016, Rn. 990; Sch/Sch-Stree/Bosch, 29. Aufl., 2014, vor § 13 Rn. 160。

[90] 参见 Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, § 31 Rn. 117 f。

[91] 虽然雅各布斯认为,“针对承担的责任根据与在先行行为的场合相同,行为人必须担保对自己组织领域进行塑造的后果,在此即通过承担举止的塑造”。参见 Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, § 29 Rn. 46。但无论是在狭义的先行行为还是在自愿承担的场合,行为人的不作为对后续损害流程都缺乏可与作为等视的支配。毋宁说,要求风险输出者和自愿承担者负责到底,是基于社会一般观念和习惯法的制度性安排。

体的解散。如甲乙一同登山,途遇暴风雪,乙坠入山崖奄奄一息,但腰间的安全绳仍然与甲相连,甲通过该绳向乙递送食物,一段时间后甲体力耗尽,食物也已不多,此时既无法将乙救起,也不能困守原地坐以待毙,在继续等待必死无疑的情况下,可以认为危险共同体赋予的作为义务已经到达极限,危险共同体由此解散,此时甲停止递送食物并斩断安全绳并未直接造成损害,应当认为其行为属于不作为,并且由于保证人地位已不复存在,不再追究其不作为杀人的刑责。这与“卡尔涅阿德斯的木板”(Brett des Karneades)案件并不相同,因为将对方推入水中的行为直接地导致了死亡,康德(Immanuel Kant)认为将对手推入水中后幸存下来的人能够获得一个“主观的豁免”,<sup>[92]</sup>德国刑法学家赫鲁施卡(Joachim Hruschka)正确地指出,“‘不可罚’在康德那里就是对一项免责事由的认可”。<sup>[93]</sup>与之相反,在上例中甲斩断安全绳并没有直接导致任何后果,就像医生关闭设备的动作本身不直接导致死亡,而是要经过人体器官失去器械支持后自行衰竭的一定因果流程(自然死亡),当我们认定该能量投入所指向的是停止持续的能量投入时,便不再考虑将一个间接导致的结果向积极的身体动作归属,仅仅从不作为的角度,以不具有保证人地位为由否定其构成要件符合性。<sup>[94]</sup>

### 3. 目的理性标准的提出

上面对行为形态区分问题中最典型的两种情况进行了说明。就多义举止方式而言,其不作为因素所违反的是一般注意义务而非特别义务,由于其总是依附于作为因素发挥作用,禁止整个行为是法益保护的适当手段。就中断救助与中断治疗而言,持续投入能量者停止能量投入的身体动作如果没有直接导致后果,将其行为认定为不作为便可将处罚范围限制在行为人具有保证人地位的场合,而不处罚不具有保证人地位的行为人。根据上述两点,笔者在此提出以下目的理性标准:停止能量投入的能量投入具有单纯解脱事实性负担的性质,应被合目的地理解为能量不投入即不作为,其他特定方向上的能量投入皆为作为。换言之,这里仍然大体维持了能量投入标准,仅对特定方向做出了限制,将停止能量投入这一方向排除在外,而不作为除能量不投入外还可进一步被理解为事实性负担的不予承担或不继续承担。

对于这一标准还需要进行几点说明:第一,在多义举止方式中,总存在一个引起结果方向上的能量投入,因此原则上即应认定为作为。对于这样一种注意义务违反的作为中存在不作为因素的情况,普珀(Ingeborg Puppe)正确地指出,“当一个作为是直接的原因时,一个多少是附带地给定的结果引起不作为便在任何情况下都退到了作为之后。对于

[92] Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, S. XLI - XLII. 和现代刑法用语不同,康德所区分的“无辜”(unsträflich, inculpabile)与“不可罚”(unstrafbar, impunibile)对应着“客观的豁免”即“符合法律性”(Gesetzmäßigkeit)与“主观的豁免”。

[93] Hruschka, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant*, GA 1991, 1, 8 f.

[94] 另外还存在一个思路是否定甲作为的可要求性(期待可能性),但这也以认可其行为属于不作为为前提,并且不作为犯中作为可要求性的地位存在争议。参见 Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 46. Aufl., 2016, Rn. 1040。如果能够直接否定保证人地位,则无需后续检验。

可谴责性重心的司法确定因此不再具有空间”。<sup>[95]</sup> 第二,“通过作为的不作为”与多义举止方式的最大区别在于,行为中的作为因素是否以停止能量投入并解脱事实性负担为方向。这里所谓的方向并非行为人个人的主观意图,而需要在结果解释的意义上理解。<sup>[96]</sup> 详言之,在从能量投入到损害发生的因果流程中,如果必须首先以该能量投入解释对持续能量投入的停止,再通过对持续能量投入的停止间接解释结果发生,那么该能量投入就是以停止能量投入并解脱事实性负担为方向的,反之如果仅仅以该能量投入便能够独立、直接地解释结果发生时,该能量投入便是以结果引起为方向的。第三,必须在事实性负担和法上的义务间做出区分,单纯解脱事实性负担可能因不具有特别义务而不成立犯罪。本文所谓的事实性负担是一种使行为人持续投入能量的事实情况,能量投入者只有在自愿承担的情况下才具有保证人地位,如果不自愿则自始不具有保证人地位,如果负担超过“制度管辖”所能要求的限度则中途解消保证人地位。第四,能量投入者以外的其他人中断事实性负担的属于阻碍救助,可能构成作为犯罪。对于能量投入者以外的人而言,由于其并非事实性负担的承受者,其中断他人事实性负担的行为便不包含被评价为不作为的契机,因而结果只能归属于中断负担的作为,只要不存在特别的正当化或免责的事由,便可认定其行为构成作为犯罪。

因此,本文用以区分作为与不作为的一系列概念都具有经验性特征,如能量投入、因果解释、事实性负担,但组织这些概念的根据则具有规范的合目的性。这样一种偏重本体论的调合论进路并非笔者个人的立场选择,而是由论题所决定的,亦即上文已经指出的:这里探讨的仍然是作为与不作为的存在结构差异,而非支配犯与义务犯的规范评价区别。需要说明的是,在纯粹的规范论者那里,有意义的仅仅是从管辖概念引导出的对积极义务和消极义务的区分,而作为和不作为的差异毋宁仅仅是“表型上的”。<sup>[97]</sup>

#### (四) 其他疑难情况

在上文中我们处理了行为形态区分问题上最令人困惑的两种情况,即多义举止方式和中断救助这种“通过作为的不作为”,并据此提出了目的理性的区分标准,但是这样一个因果性能量投入减去单纯解脱事实性负担的作为标准,在尚未处理的疑难情况中是否会面临挑战,则有待下文逐一检验。

##### 1. 逆形态参与

“逆形态参与”可分为两种情况,即通过不作为的犯行促进和通过作为参与不作为犯罪。前者的典型情况是由罗克辛所设想的案例,可简单地概括为,邻居为已知的刺客留门,以使其经由自己的后院顺利杀死住在隔壁的为自己所憎恶的政治家,这里是否存在一个不作为的犯罪参与。<sup>[98]</sup> 后者的问题不在于对不真正不作为犯的参与,因为相应构成要

[95] Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl., 2016, § 28 Rn. 8.

[96] 参见 Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, S. 82 Anm. 16 m. w. N.

[97] 参见 Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 25。在此意义上,我国台湾地区学者从人际关系角度区分消极义务和积极义务,进而区分作为与不作为的构想,在理论根基上或许存在疑问。参见周漾沂:《刑法上作为与不为之区分》,载公益信托东吴法学基金会主编:《不作为犯的现况与难题》,元照出版公司 2015 年版,第 63 页以下。

[98] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 485 f.

件原本便未排除作为的参与行为,需要特别说明的是对真正不作为犯的参与,例如以积极的身体动作教唆或帮助他人犯《德国刑法》第138条的知情不举罪或第323条c见危不救罪,这里是否存在一个以不作为罪名处罚的积极作为便引起争议。虽然我国并无这两项罪名,但我国《刑法》第311条拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪和第416条第1款不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪,实际上正是这两种犯罪的特殊形态,既然我国刑法分则设置了真正不作为犯,这一讨论在我国就同样具有意义。之所以会将这两种情况作为问题提出,是因为在前者中根据义务犯的观点,不作为者原则上都是正犯;在后者中,参与人以积极的作为导致他人死亡,可能构成更重的罪名如杀人罪。这两种情况都不涉及真正的行为形态区分问题,因为前者属于不作为后者属于作为是不言自明的。在前者中只需要破除不作为犯一律属于义务犯,且义务犯的正犯性由义务违反独立决定。关于后者,萨姆松也早已正确地指出,“如果行为者并非通过针对不作为的威胁或欺骗实现其帮助意图,他便缺乏正犯质量……问题不再是实施(作为)与不作为的区分。毋宁是关于犯罪参与刑罚基础的从属性问题”。<sup>[99]</sup> 据此,两种“逆形态参与”都不会对本文提出的判断标准构成挑战。

## 2. 原因自由不作为

原因自由不作为是原因自由行为的一种变体,如扳道工使自己陷入无责任能力状态,而在需要扳道时缺乏行为能力,并引起重大伤亡事故。处理这一问题的困难之处在于,先在的作为并非一个“构成要件符合举止”,随后的不作为举止虽然符合构成要件,却缺乏责任能力而不可谴责。需要指出的是,作为通说的“构成要件模式”实际上是一种“归责模式”,<sup>[100]</sup>按照一种“行为归责”的构想,我们需要检验后一举止的构成要件符合性和前一行为对后一举止的可操控性,进而使具有责任能力下实施的先在行为既符合构成要件又可承受谴责。这样一来,原因自由不作为同样不是一个作为与不作为区分的问题,因为先在的自陷行为当然可以是作为的(这一点并非必然),但构成要件符合举止是一个不作为。在该场合下所谓“通过作为的不作为”与前述中断治疗与中断救助的情况并无关联,而完全是一个将不作为的构成要件符合举止向作为归属的问题。

## 3. 作为与不作为的竞合

这里将进一步处理作为与不作为的竞合,并不包括真正的多义举止,因为在真正的多义举止中不作为因素完全依附于作为因素而存在,故不仅举止是单一的,法律评价也是单一的。但在不真正多义举止的情况下,则可能产生竞合问题,又可进一步分为不作为在前和作为在前两种情况。前者如“自行车灯案”,未开灯的注意义务违反之效果持续到与被害人发生撞击时,但如果行为人在骑行中突然陷入无责任能力状态,则仍然有可能考虑将

[99] Samson, Begehung und Unterlassung, FS-Welzel, 1974, S. 582.

[100] 反对意见参见 Zenker, Actio libera in causa; ein Paradoxon als öffentlicher Strafanspruch in einem vom Schuldprinzip geprägten Rechtsstaat, 2003, S. 38 ff. 该作者将归责模式等同于例外模式。支持意见参见 Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung; die verfahrenübergreifende Verwendung von Informationen und die Grund- und Verfahrensrechte des Einzelnen, 2005, S. 491. 笔者所谓的“归责”是指将无责任能力下的构成要件符合举止向有责任能力阶段的先在行为进行归属,而非向无责任能力下的举止直接进行罪责归属。

伤害结果向先在的不作为归属,并使之承担罪责。后者如“母亲将苍蝇药放在地板上而她的孩子将其喝下”。<sup>[101]</sup> 在该案中,若母亲在不作为阶段才产生故意,则应考虑一个不作为为故意杀人的可罚性。这种多行为一结果的犯罪竞合问题是一个仍然有待充分探讨的难题,但仅就与本文相关的问题而言,现有的竞合理论是足以应付的,亦即根据辅助原则或吸收原则,将性质上较重的举止作为主犯行,而将较轻的作为共罚的前后犯行处理。<sup>[102]</sup> 那么根据法律后果级差的大小,首先应考虑的是故意与过失(故意犯与过失犯的刑罚存在明显级差),然后是正犯与参与(根据《刑法》第27条第2款,从犯应当从轻、减轻处罚或者免除处罚),最后才是作为与不作为(是否从宽无法律规定)。既然如此,作为与不为之的竞合仍然不是一个行为形态的区分问题,而只是根据竞合理论决定主犯行何在的问题,此种情况对笔者所提出的区分标准同样不造成威胁。

经过以上检验我们能够确认,逆形态参与、原因自由不作为和行为形态竞合都不是真正的行为形态区分问题,上述情况并不会减损本文所提出标准的普遍意义。

## 四 结 论

迄今为止,在我国学者关于作为与不作为区分的讨论中,虽然也有部分文献论及两者区分的意义,但仍然存在区分意义与区分标准脱节的弊端。本文以行为形态区分的实践性意义为立足点发展新的区分标准,正是为了克服这种意义与标准的脱节现象,使得作为与不为之的区分问题不再是理论体系中无足轻重的一个环节,而被赋予了独特的功能性。

出于上述理论企图,通过对不作为犯特殊性的考察我们发现,区分作为与不作为最重要的实践性意义是通过保证人地位精确限制处罚范围。结合辅助性法益保护的刑法任务,对于同时具有作为与不作为契机的行为,应考虑处罚不具有保证人地位的行为人是否属于实现法益保护目的之适当手段。从区分功能性的角度考察,现有的经验性标准和规范性标准都存在不足,特别是面对“通过作为的不作为”这一试金石时显得捉襟见肘,因而需要对行为形态的区分进行目的理性的重新思考。在此意义上本文考察了真正多义举止、中断治疗及中断救助这两种情况,对于真正的多义举止,没有通过保证人地位限制处罚的余地,对行为整体予以禁止是保护法益的恰当手段。而对于不具有保证人地位的能量持续投入者,不应禁止其从事实性负担中解脱,否则便超越了辅助性法益保护的适当界限。据此,笔者提出了停止能量投入的能量投入应被合目的地理解为能量不投入即不作为,其他特定方向上的能量投入皆为作为这一标准。而其他通常也被置于作为与不为之的区分项下讨论的问题,诸如“逆形态参与”、原因自由不作为、作为与不为之的竞合,则分别涉及参与从属性、行为归属和竞合理论,与行为形态区分无关,故对本文提出的区分标准并无影响。

根据上述观点,我们可以对文章开头提到的案例做出解答。在李文凯强奸案中,出租

[101] Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 105.

[102] 有关共罚犯行,又称与罚行为,参见柯耀程著:《刑法竞合论》,中国人民大学出版社2008年版,第145页以下。

车司机李文凯基于客运合同和空间领域支配,对受害少女具有保护性保证人地位,其不予救助具有独立的刑法意义,与继续驾驶的积极帮助行为构成不真正多义举止,因此该案涉及的是作为与不作为的竞合而非作为与不作为的区分。强奸罪属于举止关联犯,对于未实施奸淫行为又未支配他人实施奸淫行为的保证人,因其不作为无论在语义上还是社会一般观念上都不相当于作为形式的奸淫,故不宜认定为正犯。因此无论是作为部分还是不作为部分李文凯皆仅构成强奸罪的帮助,根据竞合理论中的辅助原则,不作为的可罚性退到作为之后,法院根据其继续驾驶的作为认定其刑事责任是正确的。与此不同的是,对于父母一方在另一方杀害畸形婴儿时提供帮助的行为,由于故意杀人罪为纯粹结果犯,保证人单纯的不救助已足以构成故意杀人罪正犯,那么同样根据竞合原理,其帮助行为退到不作为之后,应认定为不作为的故意杀人罪正犯。

[本文为清华大学法学院黎宏教授主持的 2015 年度国家社科基金项目“不真正不作为犯论之重构研究”(15BFX084)的研究成果。]

---

[ **Abstract** ] Because of the ontological and normative particularities of criminal omissions, the distinction between action and omission is a major problem in the cases of ambiguous behavior and “omission via action”. In the German Criminal Code, a number of special conditions and an optional mitigation are provided to criminal omission, whereas in China the practical significance of the distinction is whether a limitation of punishment by means of guaranty is necessary. For this purpose, the input of energy that stops a continuous input of energy is to be understood as non-input of energy, i. e. omission, whereas inputs of energy in other directions are still actions. This rule applies to genuinely ambiguous behavior and termination of rescue. The problems of “participation through behavior in inverted form”, *omissio libera in causa*, and competition between action and omission do not belong to the distinction between action and omission in the first place and therefore have no influence on the above-mentioned criterion.

---

(责任编辑:王雪梅)