

论过失不作为犯的义务违反

谭 堃

(西北政法大学,西安 710000)

摘要:过失不作为犯中的义务违反包括作为义务的违反和注意义务的违反,其中作为义务与注意义务之间存在何种关系,是过失不作为犯成立构造上的重要问题。由于过失作为犯的存在,以及违反作为义务的行为未必违反注意义务,违反作为义务的行为需要通过注意义务违反的特征来实现过失正犯与共犯的区分等原因,所以严格区分作为义务与注意义务是必要的。作为义务与注意义务在过失不作为犯中所具备的功能不同,应当基于功能论的二层区分对两者予以明确区分。作为义务违反具有行为识别的功能,将作为刑法评价对象的行为选取出来;而注意义务违反的作用则在于不法属性的区分,实现限定刑法处罚的范围的功能,由此可解决作为义务与注意义务的区分难题。

关键词:过失不作为犯;作为义务;注意义务;保证人地位;因果经过的支配可能性



中图分类号:DF611 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2023.06.12 开放科学(资源服务)标识码(OSID):

过失不作为犯是过失犯论与不作为犯论相交错的疑难问题,我国刑法理论对该问题的研究较为薄弱。由于过失犯的本质是注意义务的违反,不作为犯的成立又以作为义务的违反为条件,因此,在过失不作为犯中就存在注意义务和作为义务双重义务违反的问题。本文将注意义务违反与作为义务违反包括在“过失不作为犯的义务违反”中,并试图在过失不作为犯的构造中探讨两者各自的体系功能。

一、过失不作为犯中作为义务违反的问题所在

过失不作为犯是以不作为的方式实施过失行为,进而导致结果发生的犯罪形态。过失不作为犯以作为义务的违反为要义,区别于过失作为犯。作为过失犯之一的过失不作为犯,以注意义务的违反作

收稿日期:2022-11-10

基金项目:国家社会科学基金项目“风险治理视阈下刑事立法的界限研究”(19XFX003);陕西省教育厅2017年专项科学研究计划项目“重大生产安全责任事故的刑法规制研究”(17JK0800)

作者简介:谭堃(1984),男,浙江衢州人,西北政法大学刑事法学院副教授,硕士生导师,法学博士。

为不法的本质特征。如果认为不作为犯的作为义务违反是行为人在防止结果发生的过程中没有作为,其与同样将落脚点置于避免结果发生的注意义务违反之间存在难以明确区分的问题。过失不作为犯处于不作为犯与过失犯的交错地带,故其显著难题便是作为义务与注意义务的区分。刑法理论针对过失不作为犯中作为义务与注意义务的关系问题难以达成共识的现状,自然映射于司法实践中对现实问题的处理,使得在该问题上形成了以下实践困境。

第一,过失不作为犯是刑法规定的犯罪类型,对相关罪名的准确适用依赖于明确过失不作为犯的成立构造。而过失不作为犯构造论的核心是处理作为义务与注意义务的关系问题。例如,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第409条所规定的传染病防治失职罪,政府卫生行政部门的工作人员严重不负责任,不履行传染病防治监管职责,导致传染病传播或者流行的情况,行为人的行为表现为一种“不履行”作为义务的不作为。而该罪又属于过失犯罪,如果认为注意义务在客观上是一种回避结果发生的义务,行为人未采取防止结果发生的任何措施也违反了过失犯的注意义务。鉴于此,确定传染病防治失职罪作为过失不作为犯的成立,就不可能绕开作为义务与注意义务的关系问题。

第二,我国司法实践中在处理过失不作为犯罪时,作为义务的违反往往被忽视,妥善处理作为义务与注意义务之间的关系未被关注。例如,在“唐某某、郑某某重大责任事故案”中,被告人李某某在未申请“动火证”及相关消防手续的情况下着手改建仓库,将搭建隔层改造仓库的工程交由被告人唐某某具体组织实施。唐某某在未查验“明火操作许可”及“电焊工操作资质”的情况下,又将该工程的电焊作业交由被告人郑某某、马某某具体操作。在施工现场堆放有大量可燃、易燃物品,且未进行有效清理及采取防火措施的情况下,由唐某某对电焊机进行电源搭接,郑某某、马某某直接进行电焊作业,导致火灾发生,造成巨大损失。除此之外,本案中尚有被告人钟某某、苏某某、肖某某系该仓库共同管理人,是仓库的消防安全责任人、管理人。3人在经营管理过程中违反消防安全管理规定,不认真落实安全责任,使得安全管理较为混乱。3人因而被认定为对仓库消防安全监督管理存在严重过失,未尽特定注意义务,对本次火灾事故具有不可推卸的责任。前述7名被告人最终被人民法院判处了重大责任事故罪。在本案中,钟某某、苏某某、肖某某被以违反特定注意义务为由认定为存在监督、管理过失。从裁判的思路来看,人民法院是以3名被告人所处的股东身份来确定其义务的性质属于监督、管理义务,并以行为人未履行该义务为由认定成立重大责任事故罪的。^① 尽管认定成立犯罪,判决书却对不作为犯及作为义务的问题没有论及。一般认为,监督、管理过失行为与结果之间仅存在间接关系,因而其往往具有不作为犯的构造。“管理、监督过失中的核心问题是违反了确立安全体制的义务,由于其行为的样态是不作为,要援用作为处罚限定理论的不作为犯理论来予以解决。”^② 在不作为犯的构造中,监督、管理过失的成立以行为人处于特定地位或具有特定身份为前提,行为人对安全体制确立义务的违反多表现为“未确立”的不作为。既然上述3名被告人属于监督、管理过失的不作为犯,判决书却只论及过失犯的注意义务,未阐述3名被告人为何处于应当履行作为义务的地位并负有何种作为义务,在划定监督、管理过失处罚范围的标准上存在不明确的问题。

与上述案件不同,个别案件的判决书虽然分别提到了作为义务与注意义务,但对两者在过失不作

^① 参见湖北省十堰市茅箭区(2018)鄂0302刑初728号刑事判决书。

^② [日]日高义博「管理・監督過失と不作爲犯論」齐藤丰治等编「神山敏雄先生古稀祝賀論文集(第1卷):過失犯論・不作爲犯論・共犯論」(成文堂,2006)140頁。

为犯的成立判断中处于何种位阶与功能却语焉不详。例如,在“田某某重大责任事故案”中,被告人田某某系某钢材销售有限公司法定代表人。该公司将一个老旧礼堂发包给任某、蒋某进行翻新施工,但田某某并未审核任某、蒋某的相关施工资质,在未办理任何施工许可手续、未进行专业设计、未满足安全开工条件的情况下,任某、蒋某组织人员进行施工。施工过程中造成该礼堂楼房倒塌,致使3人死亡,多人受伤。该案判决书指出:“重大责任事故罪是过失犯罪,该罪的因果关系具有不作为性,犯罪结果的出现,是由于行为人违反了有关规定的作为义务……本案中,现有证据能够证明上诉人田某某未对原有房屋结构进行检测,致使未发现事故建筑存在安全隐患;在礼堂装修工程开工前未按规定向建设行政主管部门申请领取施工许可证;未严格审查任某使用的劳务单位资质,致使不具备相应资质的个人实际承揽了该装修工程;在装修工程实施过程中,未对工程现场实施有效安全管理;未委托监理单位对礼堂装修工程质量实施监管,上述行为均违反了生产、作业中的安全管理规定,实质违反了业务上的特殊注意义务。”^①本案判决的特点在于,虽提及行为人违反了作为义务,但却未论及作为义务从何而来,在犯罪的认定中起到何种作用,只是以行为违反注意义务作为定罪的根据。既然过失不作为犯是过失犯与不作为犯的交错地带,那么,作为义务与注意义务是在何种互动关系中完成罪与非罪的判断,在本案中我们难以看出端倪。

基于过失不作为犯中作为义务与注意义务关系上存在的困惑,笔者试图在明确界定二者关系的基础上,赋予二者在过失不作为犯的成立构造上以妥当的地位,为实践中过失不作为犯的认定提供具有可操作性的判断方法。

二、过失不作为犯中作为义务与注意义务区分的必要性

(一) 过失不作为犯中义务违反的理论争议

在旧过失论中,过失不作为犯中的作为义务与注意义务分别属于构成要件与责任阶层,因此,无所谓作为义务与注意义务交错的问题。而在新过失论中,由于其主张在构成要件中通过注意义务的违反界定过失犯的不法,才产生了过失不作为犯的作为义务与注意义务的区分问题。值得注意的是,主张修正的旧过失论的学者也开始产生区分作为义务与注意义务的问题意识。针对过失不作为犯中作为义务与注意义务的关系问题,逐渐形成了不作为犯说、内容同一说和区别说的不同见解。

第一,不作为犯说。不作为犯说认为,过失不作为犯中作为义务与注意义务的区分是不可能的,进而将过失犯作为一种不作为犯来理解。例如,德国学者罗克辛在旧有见解中将过失犯理解为义务犯,因此,过失犯与故意犯的结果惹起不同,其正犯性不在于行为支配,而是以注意义务违反作为判断标准,属于不作为犯。^②“从立法者对这些构成要件的表述中就可以得知,违反了特别义务的每个行为都会被评价为符合构成要件,而完全不必考虑行为人的行为是作为还是不作为,因为两种行为方式在违反特别义务的意义上是完全一样的。”^③因此,对不作为犯来说,行为支配并不重要,由保证人地位所产生的结果回避义务才是正犯性的标准。这也意味着作为义务与以结果回避义务为内容的注意义务的

^① 北京市第三中级人民法院(2017)京03刑终492号刑事判决书。

^② 杨秋野《过失不作为犯的归属原理》(成文堂,2022)4页参照。

^③ 何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第33页。

区分失去了必要性。日本学者日高义博教授也采取不作为犯说,不过其并非基于德国刑法义务犯的理论。日高义博教授指出,客观注意义务的内容是结果回避义务。结果回避义务的内容是作为义务与不作为义务混合的存在,义务违反的样态也是变动的。特别是即便存在脱离基准的行为,在具有履行结果回避义务可能性的时点,也没有可罚的义务违反行为。因此,“现实的行为样态是作为还是不作为,对于过失犯的处罚来说没有多大的意义”^①。

第二,内容同一说。内容同一说认为,过失不作为犯的作为义务与注意义务在体系上是不同的要素,只是由于两者的内容是同一的,因而无法区分。内容同一说是德日刑法理论的多数说。例如,日本学者桥爪隆教授认为:“无论是作为义务还是结果避免义务,问题都在于在具体状况之下谁应该通过何种行为来保护法益,因而两者实质上就是同一个义务,分别研究二者并不具有必然性。”^②依据内容同一说,作为义务不仅仅是保证人地位的问题,还意味着处于保证人地位的人所负有的义务;注意义务的判断也不限于预见可能性和结果回避义务,还包括主体特定的问题。因此,作为义务与注意义务的统一性是当然的结论。^③ 不作为犯说不区分过失作为犯与过失不作为犯,认为过失犯皆为不作为犯。与此不同的是,内容同一说主张维持过失作为犯与过失不作为犯的区分,却又认为过失不作为犯中作为义务与注意义务具有无法区分的同一内容。这一见解,使得即便肯定不同类型的义务违反存在,也无须在犯罪成立与否的判断中作重复的评价。如此一来,认为作为义务与注意义务是不同的要素也就失去了实际的意义,最终仅在维持两种义务的概念上与不作为说存在形式上的差别。

第三,区别说。区别说认为,过失不作为犯中的作为义务与注意义务是不同的要素,由于保证人地位是注意义务的前提,因此,作为义务违反的判断应当先于注意义务违反的判断。例如,主张区分作为义务与注意义务的神山敏雄教授基于旧过失论的立场,将注意义务作为责任要素来对待,认为其内容包括预见义务与结果回避义务。其中,结果回避义务是对回避结果所应采取的外部行为的要求,其会在与保证人义务的关系上产生问题。对于保证人义务与结果回避义务之间的关系,神山敏雄教授指出:“保证人义务是侵害的危险迫近时防止侵害结果发生的义务,这种义务在故意犯和过失犯中是共通性的义务。与此相对,作为注意义务之一的结果回避义务是过失犯特有的要素。过失不真正不作为犯中,结果回避义务是为了履行保证人义务而要求的义务,两者是目的与手段的关系。因此,过失不真正不作为犯中,应当防止结果的义务是由保证人义务导出的。而为了履行保证人义务所应采取的各种手段、方法的结果回避义务是由注意义务导出的。”^④与神山敏雄所采取的旧过失论的立场不同,大塚裕史教授基于新过失论的立场探讨作为义务与注意义务的关系。由于新过失论中过失犯的核心要素是结果回避义务,所以,大塚裕史教授的论述重点在于区分作为义务与结果回避义务。大塚裕史认为:“作为义务是不作为犯固有的要件。与此相对,结果回避义务不仅是不作为犯的必要要件,也是作为犯的必要要件。结果回避义务是预见可能性与结果回避可能性的问题,与作为义务的因果经过的支配性

① [日]日高义博「管理・監督過失と不作為犯論」齊藤丰治等編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集(第1卷):過失犯論・不作為犯論・共犯論』(成文堂,2006)151頁。

② [日]桥爪隆「過失犯の構造について」『法学教室』(2014)409号117頁。

③ 杨秋野「過失不作為犯の帰属原理」(成文堂,2022)8頁参照。

④ [日]神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」福田雅章等編『大塚仁、福田平博士古稀祝賀:刑事法学の総合的検討(上)』(有斐閣,1993)49頁。

问题处于不同的层次。因此,作为义务与结果回避义务具有各自的功能,对两者予以区别存在必要。”^①进而又指出,作为义务分为作为义务有无和作为义务内容两方面问题。“作为义务有无的问题是不作为犯固有的保证人地位存在与否的问题。在肯定作为义务的场合,要求采取何种作为的‘作为义务内容’的问题,与结果回避义务的内容的特定问题事实上是重合的。在这一点上,过失不作为犯作为义务的‘内容’就是结果回避义务的内容。”^②

(二)作为义务与注意义务区别说之提倡

针对是否有必要区分过失不作为犯中的作为义务与注意义务的问题,基于以下理由,笔者主张区别说的见解,即在过失不作为犯中应当明确区分作为义务与注意义务,赋予两者独立的地位,并在犯罪成立的构造上发挥不同的作用。

第一,作为义务与注意义务的区分有利于保持不同犯罪形态体系构造上的一致性。不区分过失不作为犯中的作为义务与注意义务,就无法使故意不作为犯与过失不作为犯、过失作为犯与过失不作为犯在构造上保持一致性。一方面,故意不作为犯中作为义务属于行为不法判断的关键性要素,但在过失不作为犯中,作为义务却与注意义务处于难以区隔的状态,这就在犯罪论体系上产生了不一致的问题。如果认为过失不作为犯中无须探讨作为义务,将与故意犯的处罚产生不平衡的问题。因为,在故意犯的情况下,不作为犯较之作为犯增加了保证人地位与义务的判断;而在过失犯的情况下,作为犯与不作为犯的成立在条件上却没有差别,这将使得过失犯中不作为的作为等价性没有相应的条件予以保障。如此一来,过失犯由于注意义务范围的广泛性已经产生了处罚范围过大的忧虑^③,在过失不作为犯中又去除了保证人理论的限制,难免造成处罚范围的进一步扩大。因此,作为义务与注意义务从不同的角度对过失不作为犯的处罚作出了限制,不能以一者替代另一者。另一方面,不作为犯中作为义务具有特别的体系地位与功能。“为了不真正不作为犯和作为犯在同一犯罪构成下被等置,就要填补两者存在结构上的空隙,使得它们在价值方面相等。因此,等置问题的核心在于能否找出填补不真正不作为犯和作为犯在结构上的空隙、使两者价值相等的媒介。如果找不到,不真正不作为犯和作为犯就不能等置,不真正不作为犯的处罚就违反罪刑法定原则。”^④基于此,如果将注意义务等同于作为义务,就会在不存在等价性问题的过失作为犯中也要对等价性问题进行判断;反之,如果以注意义务掩盖作为义务,则作为义务的上述功能无法得到保障,特别是对过失不真正不作为犯的处罚将产生正当性的疑问。

第二,作为义务与注意义务的区分有利于限定过失不作为犯的处罚范围。不区分作为义务与注意义务,“由于过失犯是以违反注意义务的行为为对象的,往往会将没有保证人义务的不作为也纳入注意义务违反的判断中。作为与不作为区别上的不明确,使得非保证人的不作为存在被作为过失犯予以处罚的危险性。”^⑤反之,也可能存在尽管违反作为义务却没有违反注意义务的情况。例如,父母虽然对孩子有保护的义务,即在孩子面临危险时有采取措施避免结果发生的作为义务,但并不意味着在孩子

① [日]大塚裕史「過失不作為犯の競合」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣,2012)155頁。

② [日]大塚裕史「過失不作為犯の競合」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣,2012)156頁。

③ 参见蔡仙:《过失犯中的结果避免可能性研究》,法律出版社2020年版,第3页。

④ [日]日高义博:《不作为犯的理论》,王树平译,中国人民公安大学出版社1992年版,第35页。

⑤ [日]神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」福田雅章等編「大塚仁、福田平博士古稀祝賀:刑事法學の総合的検討(上)」(有斐閣,1993)46頁。

身上发生的所有损害,父母都需要承担过失之责。这主要是因为,在作为义务的违反之外,尚需要通过注意义务的违反才能最终确定行为的不法属性。所以,即便违反了作为义务,仍然有可能并未违反注意义务。

第三,作为义务与注意义务的区分可以为正犯与共犯的区分提供统一的标准。在限制的正犯概念之下,过失犯也存在正犯与共犯的区分问题,“应当从刑事政策的角度否定过失共犯的可罚性”^①。“如果承认过失共犯,其处罚范围只能是极其宽泛,在充满危险的现代社会,这属于过度的刑事控制。”^②过失共犯的不可罚性使得过失犯中正犯与共犯的区分具有确定可罚性存在与否的特殊意义。日本学者井田良教授指出:“实行行为(不作为义务的违反)与结果回避义务的违反的区别是重要的。即便没有实行行为,即未违反不作为义务仍产生结果的场合,因果关系(条件关系)将被否定。与此相对,基于被允许的危险行为(即实行行为)造成了一定结果的场合,如果尽到了结果回避义务仍然产生结果时,因果关系会被肯定,但这不是违反结果回避义务与结果之间的关系,在这个意义上被否定的是结果回避可能性。”^③问题在于,作为义务的违反未必是与不作为犯的实行行为画等号的。如果将不作为的共犯纳入考察范围,则违反作为义务的行为既有可能构成不作为的正犯,也有可能构成不作为的共犯。理论上试图在违反作为义务的特征上区分不作为的正犯与共犯的见解不在少数。^④但是,作为义务的违反并不一定能够成立正犯。^⑤由于作为与不作为仅仅表现的是不同行为方式的构造特征,即便借助保证人理论对不作为犯的成立予以规范化,作为义务的违反也仅能体现共同犯罪客观方面的特征。如果认为正犯与共犯的区分应当坚持主客观相统一的标准进行判断,那么,试图在作为义务的违反中实现正犯与共犯的区分实际上是不可能的。

第四,作为义务与注意义务的区分符合实践中存在过失作为犯的客观事实。如上所述,如果不区分作为义务与注意义务,则过失作为犯也将被认为具有不作为犯的构造,这与过失犯的实存状态并不相符。以监督管理过失为例,其行为构造包括:监督者由于不注意而给予被监督者以错误的指示,进而引起事故的情况,此即作为;在被监督者引起的事故中,由于监督者不注意而未给予必要的指示,导致事故发生的情况,此即不作为。^⑥监督管理过失往往以监督管理者未采取监督管理措施为特征,即以不作为的方式实施行为的情况较为常见。但是,不能否定监督管理过失中也存在以作为的方式实施行为的情况。例如,在“上海某特大火灾事故案”中,项目经理沈某某为赶工期,在未制订新施工方案的前提下,就在工程例会上宣布搭建脚手架和喷涂外墙保温材料交叉施工,产生了严重的安全隐患。最后电焊工人在脚手架上违规实施电焊作业,引发特别重大火灾事故。^⑦在本案中,沈某某的行为与直接导致火灾发生的电焊作业之间存在监督关系,不过其是以自身错误指示的作为来实施过失行为的。如果认为这里的过失是没有实施正确行为的“无”,那么,又该如何评价行为人所实施的错误指示行为

① 谭堃:《论过失犯的正犯概念》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第48卷),法律出版社2017年版,第152页。

② [日]西田典之《刑法総論(第2版)》(弘文堂,2010)383頁。

③ [日]井田良《講義刑法学·総論(第2版)》(有斐閣,2018)230頁。

④ [日]神山敏雄「不作為をめぐる共犯論」(成文堂,1994)49頁以下参照。

⑤ 参见杨秋野:《日本药害艾滋病案视角下的不作为犯论》,载陈兴良主编:《刑事法判解》(第22卷),人民法院出版社2021年版,第202页。

⑥ [日]神山敏雄「不真正不作為をめぐる過失犯」(成文堂,2020)146頁参照。

⑦ 参见上海市第二中级人民法院(2011)沪二中刑初字第81号刑事判决书。

的“有”呢?因此,不能认为过失犯全部都具有不作为的构造。将过失犯全部作为不作为犯来对待,“导致了过失犯的变形”^①。所以,诸如“通常交通事故的场合,实行行为不是不注视前方、不减速的不作为,而是在这种状态下行车的行为”^②。过失行为是“有”,而不是“无”。

综上所述,笔者认为,应当在过失不作为犯作为义务与注意义务关系问题上采区别说,明确区分作为义务与注意义务,并在过失不作为犯的成立构造上赋予两者以不同的体系位置。

三、过失不作为犯中作为义务与注意义务区分的功能性路径

(一)功能区分路径之提倡

过失不作为犯中应当明确区分作为义务与注意义务,问题在于两者区分的标准与路径何在。有学者指出:“在行为以及行为主体识别的意义上,关于保证义务存否的事实与认定结果回避义务时所选取的事实相互重叠的部分很多。”^③因此,无法对二者进行截然的区分。但是,判断所依据的事实的重叠性是否就会导致作为义务与注意义务无法区分呢?

相同事实在不同事物的判断中,完全有可能依照所需判断事物的自身属性,而在其中发挥各自不同的作用。因此,即便作为义务与注意义务的判断基础相同,围绕两者在过失不作为犯的构造中所具有的不同作用,相同事实用于证实二者不同作用时所发挥的功用、所侧重的方面就可能不同。例如,行为人所处的地位、所具有的职权等对于判断其是否处于保证人地位具有积极的作用。而处于保证人地位负有作为义务的人,是否具体地违反注意义务,以及是否达到可罚性的程度,则无法通过保证人地位的判断直接完成。而在注意义务的判断中,同样需要通过行为人的地位、权限、作用、职责及参与状况等来确定行为人应采取的结果回避措施。^④但是,依照行为人所处的地位、所具有的职权等来确定注意义务是否存在,仍然需要确定行为人在具体情形中应当采取何种结果回避的措施,或者已经采取的措施与所应采取的措施比较而言是否充分等。特别是在由复数过失参与人的行为所形成的过失竞合中,行为人虽然处于保证人地位负有作为义务,却可能由于其他过失参与人违反注意义务行为的存在,使得行为人虽未采取结果回避措施,但也不对犯罪实现起支配作用。换言之,行为人违反注意义务的行为应当如何评价,与其行为在犯罪实现的整个系统中处于何种地位存在紧密关系。这与单纯基于地位、职权所确立的作为义务的判断完全不同。

总之,作为判断基础的事实尽管相同,但在用于判断作为义务还是注意义务时,分别与作为义务与注意义务中的其他事实交互作用,形成了判断义务违反的整体系统。因此,相同的事实在用于判断作为义务还是注意义务违反时,所发挥的功能可能完全不同。有学者指出:“结果回避义务应当是基于预见可能性、回避可能性的判断,作为义务是对处于保证人地位的人科以与具体状况相应的义务。两者虽然存在重合,但判断构造却不相同,应当进行个别的判断。”^⑤由此可见,相同的事实在不同判断构造

① [德]Hans·Joachim·Hirsch「过失犯的不法」振津隆行译『金沢法学』52卷(2010)2号131頁。

② [日]井田良「注意義務をめぐる諸問題」『刑法雑誌』34卷(1995)1号96頁。

③ [日]稻垣悠一「不作為的過失と不作為犯論——注意義務確定の手法に關連して」『刑事法ジャーナル』(2015)46号25頁。

④ [日]稻垣悠一「過失犯における注意義務確定のプロセス——不作為的過失を中心に」『日高義博先生古稀祝賀論文集(上卷)』(成文堂,2018)311頁參照。

⑤ [日]平野浩「過失不作為犯における「注意義務」」『人文社会論叢.社会科学篇』(2015)34号69頁。

中之所以应当进行个别的判断,正是因为其在不同的构造中所要发挥的功能并不相同。

因此,作为义务与注意义务难以区分,并不是因为在判断基础上出现了事实的重叠,而是两者在功能上出现了混淆。当作为义务与注意义务在功能上产生了交叉,原本由注意义务违反所体现的功能也被纳入作为义务违反中予以判断,问题就转变为相同的事实被用于判断相同的功能存在与否,自然使得作为义务与注意义务完全丧失区分的可能性。正如有学者指出:“现在的作为义务论混入了等价值性判断、主体识别、正犯性判定等各种各样的要求与机能,存在眉毛胡子一把抓的倾向。”^①基于此,笔者认为,应当先明确作为义务与注意义务在过失不作为犯的构造中应当发挥何种功能,将不应由作为义务所承担的功能从作为义务的违反中剥离出去,进而依照两者各自所具有的独立功能实现对两者的区分。

在论及过失不作为犯中作为义务与注意义务的区分时,学者们也关注到了两者在过失不作为犯构造上的功能性差异,只是针对两者的功能界定未能达成共识。例如,陈璇教授指出:“确定某个行为是作为还是不作为,关键在于行为人是否以积极的方式创造了法益侵害危险;是否违反注意义务,则只是用于判定该危险是否处在法所容许的范围之内,或曰决定作为或者不作为是否具有规范违反性的标准。”^②又如,日本学者小林宪太郎认为,注意义务相对于作为义务而言,具有更多的内涵。其从义务主体、容许的危险以及预见可能性三个层次来把握过失不作为犯中的作为义务与注意义务的关系。^③小林宪太郎的见解,试图避免结果回避义务被作为义务所涵盖,以容许的危险作为具体义务内涵的标准。小林宪太郎的见解尽管聚焦于义务的内容,但实质上仍然关涉作为义务与注意义务的功能性区分。

(二) 作为义务与注意义务的功能区分

1. 作为义务的行为识别功能

理论上之所以探讨作为义务,主要源于不真正不作为犯的行为等价性问题,根本上是要赋予不真正不作为犯以处罚的正当性根据,因为不真正不作为犯如果要适用作为犯的规定予以处罚,就必须解决两者在构造上存在的差异性问题。作为通过引起导致结果发生的因果关系,支配着结果发生的因果流程,而不作为只是利用因果关系,两者在导致结果发生的因果构造上存在差异。^④ 刑法处罚的是行为,通常表现为“静”的不作为要借用作为犯的构成要件予以处罚,就缺少一个待评价的实体行为。因此,为了使不真正不作为犯能够与作为犯被等置于一个构成要件之下,作为义务就成为了填补不真正不作为犯因果构造上所缺失部分的要素。

因此,不论理论上是否认为作为义务足以填补不真正不作为犯构造上的缺失部分,作为义务在不作为犯中的根本性功能不过是要判断某种不作为是否与作为具有等价性。只有具备行为等价性的不作为,才能够获得待处罚的实体存在,成为刑法评价的对象。所以,作为义务违反的判断是要为某种不作为获得刑法上行为的资格提供根据。

总之,作为义务在过失不作为犯成立与否的判断中所要发挥的是行为识别功能,即判断哪些不作为可以进入刑法评价的范围,哪些不作为自始就不具有成为刑法上行为的资格。理论上认为作为义务

① [日]稻垣悠一「不作為的過失と不作為犯論——注意義務確定の手法に關連して」『刑事法ジャーナル』(2015)46号27頁。

② 陈璇:《刑法归责原理的规范化展开》,法律出版社2019年版,第45页。

③ [日]小林宪太郎『刑法總論の理論と實務』(判例時報社,2018)125-127頁。

④ 参见[日]日高义博:《不作为犯的理论》,王树平译,中国人民公安大学出版社1992年版,第78页。

要起到的是行为主体的限定功能,但其实质上仍然是行为的识别而不是行为人的识别。也即作为义务及其违反的判断要对应当纳入刑法评价的行为范围作出限定,行为主体的保证人地位也不过是为行为识别提供契机。因此,作为义务是要为刑法上的行为与非行为划定一条明确的界线。基于作为义务违反的判断,为应当纳入刑法评价范围的行为划定了边界。

2. 注意义务的不法限定功能

通过作为义务违反的判断,可以把处于保证人地位者的不作为行为选取出来,将该不作为行为作为刑法评价的对象。至此并不意味着过失不作为犯构成要件符合性的判断已经结束,作为义务的违反是行为符合构成要件必要且不充分的要件。注意义务违反在过失犯中是与行为不法性密切关联的要素,唯有经过注意义务违反的判断,才能对成为刑法评价对象的不作为作出实质性的限定。因此,注意义务在限定可罚的过失不法方面具有以下功能。

第一,判断行为是否制造了法所不允许的危险。在现实社会中,违反注意义务的行为范围极为广泛,新过失论提出以来,违反注意义务的行为与过失不法行为之间的等价性被打破,也即存在即便行为人的行为违反了注意义务,却仍然不能被评价为刑法领域不法行为的情况。因此,刑法中过失行为不法性的判断,不能以行政法律等社会规范载明的注意义务为唯一的根据,违反注意义务的行为还需要在刑法上被评价为制造了法所不允许的危险的行为,才能够成为刑法处罚的对象。反之,行为人即便实施了具有危险性的行为,只要其遵守了必要的规则谨慎地安排了自己的行为,即使在客观上造成了法益侵害结果,也不能被认为具备了刑法上的不法性。因此,注意义务违反的判断需要将制造法所不允许的危险的行为与制造法所不允许的危险的行为区分开来,将值得处罚的过失不法限定在制造了法所不允许的危险的范围之内。

第二,区分过失正犯与共犯。在限制的正犯概念之下,过失犯中也应当区分正犯与共犯,违反注意义务的人当中既有可能是过失正犯,也有可能是过失共犯。过失共犯尽管也违反了注意义务,但从限定处罚范围的政策性角度考量,应当将其排除在处罚范围之外。鉴于此,过失不作为犯中应当处罚的也只是具备正犯性的过失不作为正犯。“过失犯的正犯性正是在于其以直接侵害法益的规范违反行为对法益侵害危险的创出或者增加起到支配作用,并最终导致了构成要件该当结果的产生。相反,过失共犯的行为规范违反行为由于缺乏这种法益侵害危险的创出或者增加起到支配作用,所以与正犯具有本质的区别。”^①基于此,就难以从作为义务的违反中直接得出过失不作为犯的正犯性。这是因为,不作为犯往往表现为一种“静”,在“未履行”的静中认定因果性的支配作用自然与作为犯的“动”存在差异。理论上有见解主张,以排他的支配性实质性地判断作为义务为根据,并以此种支配性的判断同时完成不作为正犯与共犯的区分。^②即将不作为犯中的排他的支配性等同于正犯性判断中的支配性。如此一来,由于不作为的共犯在犯罪实现中本就不需要存在支配性,那么,其行为又将以什么样的标准获得被纳入刑法评价的资格呢?有学者认为:“有共犯者的情况下,处于共犯关系中的行为人要作为一个整体来判断排他性。”^③但是,此观点无法通过排他支配性的判断完成正犯与共犯的区分。这与笔者所主张的作为义务的违反仅仅具有行为识别功能的见解,在结论上具有一致性。总之,违反作为义务

① 谭莹:《论过失犯的正犯概念》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第48卷),法律出版社2016年版,第150页。

② [日]岛田聪一郎「不作为犯」『法学教室』(2002)263号119页参照。

③ [日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第79页。

的行为既包括不作为的正犯行为,又包括不作为的共犯行为。作为义务的违反将值得刑法评价的行为选取出来之后,其所需发挥的功能就已经实现了。通过作为义务的行为识别功能所划定的行为范围,无法通过作为义务的违反实现过失正犯与共犯的区分,此项任务需要过失犯中注意义务的违反来予以实现。此时,就需要通过对过失不作为犯中的注意义务违反的样态、程度,以及在结果发生进程中所起作用的判断,进而发挥正犯识别的作用。

四、过失不作为犯中作为义务与注意义务的判断位阶

选定了区分作为义务与注意义务的路径之后,还应当明确两者在过失不作为犯的成立中所具有的判断位阶,以此作为具体案件认定中的判断步骤。过失不作为犯成立与否的判断中,作为义务的违反起到的是行为识别的功能,即先依照作为义务的违反与否判断是否存在刑法评价的对象行为,然后由注意义务违反的判断发挥不法界定的功能。通过注意义务违反的判断,将不值得刑法处罚的制造了被容许的风险的不作为行为排除在刑罚处罚之外,并通过正犯性的判断对过失不作为犯的处罚范围进一步予以限定。

(一)法秩序统一原理下的作为义务违反

德国学者恩吉施认为,只有将法秩序统一视为前提,法律体系才不会发生混乱。法秩序统一性原理要求排除规范矛盾,防止同样的行为既被禁止又被允许,从而向公民提供一致的行为指引。^①与法秩序统一原理紧密联系在一起的是对违法性到底应当采取统一的还是相对的判断问题。但是,如果从主张法秩序统一原理的初衷来看,其旨在通过统一的行为规范为国民的行为提供指引。本文并非要探讨应当在法秩序统一原理之下采取违法判断的统一性还是相对性,而只是要明确在法秩序统一原理的视角之下,刑法与其他部门法之间在所禁止的行为上必然存在交叉。具体到不作为,存在刑法所禁止的不作为行为在其他部门法中也同样被禁止的情况,这是因为在不同的部门法中可能要求相同的作为义务。其根本上体现的是法秩序对于行为人应当实施某种作为的行为指引。

从法秩序统一原理的角度看待作为义务的违反,可以发现不作为的行为方式并非只有刑法中存在。例如,在侵权领域同样存在以不作为的方式实施加害行为的情况,而且在侵权领域不作为的判断构造与刑法并无二致。此外,不同部门法之间违反作为义务的不作为行为并非毫无关联。刑法中由于违反作为义务而被认定为违法的行为,在其他部门法同样有可能被认定为违法。因此,不如认为通过不作为的“静”需要明确的是法秩序之下各部门法中成为评判对象的行为存在与否的问题。例如,《刑法》第261条规定的遗弃罪,以违反法律所规定的抚养义务为前提。其中的“法律”指的是《中华人民共和国民法典》等非刑事法律。因此,未履行抚养义务的不作为在非刑事法律中亦属于违法行为。除此之外,作为义务的一致性集中体现在行政犯中,因为行政犯的行为方式往往规定在行政法规当中,刑法所要处罚的不作为同样也是行政法规禁止的行为。所以,理论界有观点认为,不作为应当属于构成要件符合性阶层的问题,因为脱离构成要件而将不作为定位于行为论是存在论的观点并不能成立。结合以不作为的方式构成行政犯的情况来看,某种不作为是否成为刑法评价的对象,在进入刑法评价之

^① 参见马春晓:《法秩序统一性原理与行政犯的不法判断》,载《华东政法大学学报》2022年第2期,第34页。

前就已经经过了法的评价,不是一个纯粹存在论的概念,更何况现今的行为理论也已经朝着更为规范化的方向发展,并非单纯站在自然主义的角度判断某种身体动静是否属于刑法上的行为。有见解将行为论置于构成要件该当性之前,又将作为义务的违反作为构成要件的评价问题予以判断^①,似乎保证了行为论的事实判断属性。但问题在于,离开了作为义务就难以将某种身体动静评价为行为,作为义务的违反与不作为行为的认定是紧密联系在一起的,不应机械地予以分割。另外,行为论未必处于构成要件该当性之外,架构犯罪论体系的多数观点将行为论置于构成要件该当性之中进行判断。那么,处于构成要件该当性判断中的不作为就不可能是前刑法的事实概念。经过不作为这种抽象的不法构成要件判断,完成的正是本文所主张的行为识别的功能。

鉴于法秩序统一原理视角之下不作为的交叉现状,作为义务违反的行为识别功能在法系统中起到的作用不过是将某种不作为界定为法秩序会作出否定性评价的行为而已,至于某种具体的不作为行为是否具有刑法意义上的不法,难以从作为义务的违反中直接导出。例如,《中华人民共和国传染病防治法》第67条规定:“县级以上人民政府有关部门未依照本法的规定履行传染病防治和保障职责的,由本级人民政府或者上级人民政府有关部门责令改正,通报批评;造成传染病传播、流行或者其他严重后果的,对负有责任的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”因此,政府卫生行政部门的工作人员实施不履行传染病防治监管职责的行为时,其不作为未必都能达到刑法处罚的程度。上述人员的不作为行为是否构成《刑法》第409条所规定的传染病防治失职罪,还需要依照行为方式之外的其他不法要素进行具体判断。

(二) 制造法所不允许的危险中的注意义务违反

1. 注意义务违反与不法属性的判断

某种不作为由于作为义务的违反而被认为是法律体系中的行为时,仅仅意味着存在刑法可以评价的对象,或者说所需评价的“静”的状态并非处于不应由刑法评价的范围之内。但是,违反作为义务的判断并不能直接得出行为具备刑法上完整不法属性的结论。在过失不作为犯中,违反作为义务的行为往往比最终应当作为犯罪予以处罚的行为的范围要大。以作为义务的违反所完成的行为识别的工作,不过是划定了应由刑法加以评价的行为的最外部边界。至于其中哪些行为能够成为刑法处罚的对象,还需要在此基础之上根据注意义务违反的判断进一步予以限缩。

在现实生活中,违反注意义务的行为范围极为广泛,刑法不可能将所有违反注意义务的行为全部纳入处罚范围。要保证社会的持续发展,人类要继续享用科技与社会进步所带来的利益,就不可能禁止一切有法益侵害危险的行为。因此,以社会发展的需求性及危险行为的有用性为出发点,应当允许一定范围的危险行为存在成为理论上的共识。从限制过失犯处罚范围的角度出发,可以将值得刑法处罚的行为限定在制造了法所不允许的危险行为的范围之内。基于制造了法所不允许的危险的判断,注意义务的违反就获得了不法区分的功能。当然也需要指出,注意义务违反的判断并不是与制造法所不允许的危险画等号的概念。注意义务违反是认定一切制造法所不允许危险存在的要件,是制造法所允许危险与否的判断资料。即通过注意义务违反的内容、样态、程度的判断,将值得动用刑法予以处罚的过失行为从广泛存在的具有法益侵害危险的行为中选取出来,为刑法处罚的范围划定明确的、合理的

^① [日]曾根威彦『刑法原論』(成文堂,2016)97頁參照。

界限。

但问题在于,在过失不作为犯的成立构造上作为义务违反与注意义务违反的位阶关系该如何处理?事实上,基于业务分工,具有保证人地位的人未必需要亲自履行结果回避的行为,也就没有违反注意义务。例如,父母将孩子交给保姆照管,从保姆接手孩子开始,父母并不必然处理所有事务。但是,当出现保姆无法处理的危险时,父母却未及时返回处理,这种情况才可以认定其违反了注意义务。在前述“田某某重大责任事故案”中,被告人田某某处于保证人地位,具有保障安全生产的作为义务,仅此作为义务的违对于判断过失不作为犯的成立尚不充分。还需要通过“未对原有房屋结构进行检测,致使未发现事故建筑存在安全隐患;在礼堂装修工程开工前未按规定向建设行政主管部门申请领取施工许可证;未严格审查任某使用的劳务单位资质,致使不具备相应资质的个人实际承揽了该装修工程;在装修工程实施过程中,未对工程现场实施有效安全管理;未委托监理单位对礼堂装修工程质量实施监管”等一系列违反注意义务的行为的判断,才可以认为其制造了法所不允许的危险,具备了过失不作为犯的不法属性。

以注意义务的违反作为判断制造法所不允许的危险的基础,并不会使过失不作为犯丧失成立构造上的独特性。在过失不作为犯中,是否制造法所不允许的危险是以注意义务的违反作为基础来进行判断的,并不意味着制造法所不允许的危险等同于注意义务的违反。故意不作为犯中是否制造法所不允许的危险的判断也是与不法判断相关联的内容,只是故意犯中制造法所不允许的危险的判断不依赖于注意义务的违反。以逃税罪为例,其行为方式体现为逃避缴纳税款的不作为,但仅有不作为的行为尚不足以构成逃税罪。在判断逃税行为是否制造了法所不允许的危险,进而纳入刑法处罚的范围还有赖于其他要素的判断。如果偷逃数额未达5万元以上并且占各税种应纳税总额10%以上的;或者数额虽达成罪标准,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不构成逃税罪。由此可见,逃税罪的成罪条件在不作为行为之外,还有进一步表征不法性的要素,而这些要素并不体现为注意义务的违反。

2. 注意义务违反与正犯不法性的判断

过失不作为的正犯与共犯的区分是不同位阶不法性的区分,由于注意义务的违反是过失犯不法性的基础,所以过失正犯与共犯的区分自然与注意义务违反中的某些特征存在关联。如果认为对犯罪事实起到支配作用的人是正犯,则过失正犯也应当具有“支配性”的特征。只不过,过失不作为犯与故意作为犯的支配性判断不同,行为人是通过未采取必要的行动来违反注意义务的,因此,过失不作为犯的注意义务违反存在着假定性的判断。其实,过失不作为犯之正犯的支配性主要体现为一种支配的可能性。正如德国学者奥托指出,可罚的过失正犯的成立要件,除了因果关系、结果的预见可能性及回避可能性之外,还必须具备规范意义上的“因果经过的支配(操纵)可能性”^①。日本学者甲斐克则教授也认为:“实质因果性支配(‘排他性支配’)人,也就是拥有与该事态有关的实质权限且掌握了回避结果情报的人应当是正犯。”^②因此,正犯只对处于自己支配可能性之下的事项负有答责性。支配可能性的对象,不是导致结果的全部事态经过,只是可以引起法益侵害的危险创造或者增加。同时,支配可能性还

① [日]安达光治「客観的帰属論の展開とその課題(三)」『立命館法學』(2000)270号52頁参照。

② [日]甲斐克则:《不作为的过失竞合》,谢佳君译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第55卷),法律出版社2018年版,第348页。

受到自我答责性原理的制约。过失犯的正犯性根据是,在自我答责的领域,创造或者增加危险而实现了构成要件该当的结果,且行为人对危险创出或者增加的因果经过存在支配可能性。^①反之,“被卷入该因果关系链的行为人,基于个别事由使其向消灭危险(并未走向完全消灭)尽到一定程度的相当的注意义务时,至少可以使其从正犯的地位降格为狭义的共犯(从犯),从而不受处罚,使其从因果关系中解放出来”^②。因此,对因果经过具有支配可能性的人属于过失不作为正犯,不具有这种支配可能性的人只是过失不作为共犯,不具备刑法意义上的可罚性。

运用因果经过的支配可能性判断过失正犯的范围,需要结合具体案件事实,依照影响因果经过支配可能性的诸多要素进行综合性的判断。具体判断中所依据的事实主要包括:各过失行为对结果的原因力、各行为人掌握的信息情况、防止结果发生是否委于他人、行为人是否从所在组织中脱离、行为人是否尽到建议义务等。例如,在日本发生的“明石步道桥事故案”中,明石市举办的烟花大会结束时,人行天桥上的大量游客跌倒并挤压垒叠在一起,最终因踩踏导致11人死亡、183人受伤。法院认定,与安保事务有关的警察地方官、安保公司分公司经理、主办方的公务员都以业务上过失致死伤罪被追究刑事责任。对此,甲斐克则教授认为,将明石市的公务员作为过失正犯处罚过于苛刻,并试图通过过失共犯的认定来解决这个问题。^③但是,对于如何将这些公务员认定为过失共犯,却未能提供明确的判断标准。与此不同的是,大塚裕史教授指出:“虽说因时间段的不同而有所不同,但支配因踩踏事故发生死伤结果的因果经过的应当是安保公司或警察中的任一方。对于已经将安保管理业务委托给拥有防止踩踏经验的安保公司的明石市职员而言,不能将其与安保的专业人员且能够出动机动队的警察署地方官员相提并论而被视为‘正犯’。”^④明石市的公务员通过将安保管理业务委托给安保公司,由此在事故发生的因果经过中已经丧失了支配可能性,其不过是过失共犯。

又如,在“段某某等重大责任事故案”中,某超市筹划举办周年店庆打折促销活动,该超市防损部经理被告人向某某全面负责此次店庆活动的安全工作。向某某安排防损部经理助理被告人段某某负责活动期间外围入口的安全保障工作。向某某组织制定了周年店庆活动安全防范预案,其中规定要尽量打开所有的入口,对不牢固的防护栏加固,要移开主入口有安全隐患的设施设备,确保主通道的通畅。段某某未按照预案要求,擅自决定在超市三个店门的入口下行楼梯处摆放桌子,以控制人流。次日,向某某在例行检查安全工作中发现东门入口下行楼梯处有桌子堵住入口的情况,但未提出异议。之后,大量购物群众涌入该超市,将入口处摆放的桌子挤倒,部分群众被桌子绊倒,大量群众相继跌倒,发生了严重踩踏事故。^⑤在本案中,向某某尽管将安全保障工作安排给段某某负责,但其职责范围就包括对段某某的监督,以及在例行检查中亦发现存在安全隐患等方面判断,其仍然对事故的避免存在支配力,因此,其仍然应当构成过失不作为正犯,并承担相应刑事责任。

① [日]安达光治「客観的帰属論の展開とその課題(三)」『立命館法学』(2000)270号52頁参照。

② [日]甲斐克则:《医疗事故与刑法》,谢佳君译,法律出版社2017年版,第132页。

③ 参见[日]甲斐克则:《不作为的过失竞合》,谢佳君译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第55卷),法律出版社2018年版,第339页。

④ [日]大塚裕史「過失不作為犯的競合」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣,2012)161頁。

⑤ 参见重庆市第一中级人民法院(2008)渝一中法刑终字第307号刑事判决书。

五、结语

本文的研究聚焦于过失不作为犯中作为义务违反与注意义务违反之间关系的探讨。针对过失不作为犯的成立,尚需要判断不作为的过失行为与结果之间的因果性。对该问题,理论上的见解大多数是从结果避免可能性的角度展开讨论。笔者主张,在客观归责理论的架构之下判断过失犯的因果性,因此,结果避免可能性的判断会消解在风险升高的问题中。不同的是,在过失不作为犯中法律关注的重点不是违背义务使风险增高,行为人实际上违背的是降低风险的义务,因此,需要重点判断的是行为人如果履行了义务,相应的风险是否会降低。对此问题,笔者将另撰文探讨。ML

On the Obligation Violation of Negligent Omission Crime

TAN Kun

(Northwest University of Political Science and Law, Xi'an 710000, China)

Abstract: The breach of obligation in negligent omission includes the breach of act obligation and the breach of duty of care. The relationship between act obligation and duty of care is an important issue in the establishment of negligent omission. Because the existence of negligent act as crime and the act of violating act obligation may not violate the duty of care, and the act of violating act obligation needs to distinguish between negligent principal and accomplice through the characteristics of the breach of duty of care, it is necessary to strictly distinguish act obligation and duty of care. The functions of act obligation and duty of care in negligent omission crime are different, so we should make a clear distinction between them based on the two-tier division of functional theory. As a violation of obligation, it has the function of behavior selection, which selects the behavior as the object of criminal law evaluation; The function of breach of duty of care lies in the division of illegal attribute, realizing the function of limiting the scope of criminal punishment, which can solve the problem of division between duty of care and duty of care.

Key words: negligent omission crime; act obligations; duty of care; guarantor status; dominant possibility of causal process

青年学术编辑:张永强