

# 不作为犯中的先前行为

张明楷\*

---

**内容提要：**应当以形式考察与实质考察相结合的方法，探讨不作为犯的作为义务的发生根据。仅肯定先前行为是作为义务的发生根据，或者完全否定先前行为是作为义务的发生根据，都不妥当。但是，如果不对先前行为进行实质的限定，就会无限扩大不作为犯的处罚范围。先前行为具备下列条件时，才能成为作为义务的发生根据：第一，对刑法所保护的具体法益造成了危险；第二，危险明显增大，如果不采取积极措施，危险就会立即现实化为实害；第三，行为人对危险向实害发生的原因具有支配。不作为、具备违法阻却事由的行为、过失犯罪行为与故意犯罪行为，均可能成为产生作为义务的先前行为。危险的先前行为不仅是不真正不作为犯的义务来源，而且是非典型的真正不作为犯的义务来源。

**关键词：**不作为犯 作为义务 先前行为

---

刑法理论将不作为犯分为真正不作为犯与不真正不作为犯。在真正不作为犯的场合，刑法不仅明文规定了不作为犯的行为主体，而且将不作为本身规定为构成要件的行为，因此，肯定真正不作为犯完全符合罪刑法定原则。但是，肯定不真正不作为犯面临着是否违反罪刑法定原则的问题。

为了确保处罚不真正不作为犯符合罪刑法定原则，德国、奥地利、日本等国的刑事立法、刑法理论与判例，将基于保证人地位的作为义务，视为不真正不作为犯的成立要件。亦即，负有防止结果发生的特别义务的人是“保证人”，其防止结果发生的特别义务就是作为义务。所以，刑法理论首先要确定哪些人是负有防止结果发生的特别义务的人，即确定特别义务来源于何处（作为义务的发生根据）。

关于作为义务的发生根据，经历了从形式的法义务说到实质的法义务说的发展过程。这是因为，既然以自由主义为基础的刑法原则是，只要没有积极地实施某种行为就不得处罚，那么，只有具备实质的根据时，才能以刑罚威慑强制人们实施一定的作为。所以，需要从实质上理解基于保证人地位的作为义务。尽管如此，仍然有许多问题悬而未决，其中最具争议的是先前行为。

本文首先交待先前行为的理论前提，其次论证先前行为能够成为作为义务的发生根据（基本性质），然后讨论先前行为的具体内容，最后说明先前行为的作用范围。

---

\* 清华大学法学院教授。

## 一、先前行为的理论前提

关于作为义务的来源，我国刑法理论一直采取形式的法义务论。较早的刑法教科书采取了形式的三分说，即作为义务来源于其他法律规定、职务（或业务）以及先前行为。<sup>〔1〕</sup>近来的刑法教科书增加了法律行为（如合同），采取了形式的四分说。<sup>〔2〕</sup>

形式的法义务论既存在理论上的缺陷，也导致司法实践中确定的保证人范围不合理。

其一，根据形式的四分说，只要行为人负有其他法律规定的义务，就成为保证人，如果不履行义务，就承担刑事责任。可是，这种观点难以回答如下问题：一个以作为方式违反了其他法律的行为，并不直接成立刑法上的犯罪；既然如此，为什么一个以不作为方式违反了其他法律的行为，反而可以直接成立刑法上的犯罪？再如，对于违反合同的行为，为什么不是仅按合同法处理，而可以直接认定为犯罪？<sup>〔3〕</sup>

其二，形式的四分说将其他法律规定的义务视为作为义务的首要来源（旨在说明作为义务是法律义务而不是道德义务），可是，在一些场合，即使行为人没有履行其他法律规定的义务，也不成立犯罪。例如，消防法第5条规定：“任何单位和个人都有……报告火警的义务。”第44条规定：“任何人发现火灾都应当立即报警。”然而，普通公民发现火灾后不报警的不作为，并不成立放火罪，也难以成立其他任何犯罪。由此可见，形式的四分说自相矛盾。

其三，形式的四分说对某些应当处罚的行为不能提供合理根据。例如，成年男子甲一人在家时，邻居7岁的女孩主动对其实施猥亵行为，但甲并不制止。认定甲的行为属于作为并不合适，宣告甲的行为不构成犯罪更无道理。<sup>〔4〕</sup>可是，根据形式的四分说，甲却缺乏作为义务的来源，不是保证人，但这种结论难以被人接受。再如，按照约定为他人抚养婴儿的乙，故意不提供食物导致婴儿死亡时，即使约定无效或者已经超过了约定的期限，对乙也应当以不作为犯论处。但是，若按照形式的四分说，乙也不具备作为义务的来源。

从形式上理解先前行为，问题更为严重，突出地表现在不当扩大不作为犯的处罚范围。例如，男子与女子经过一段时间恋爱后提出分手，女子不同意，声称如果分手就自杀，男子仍然决意分手。于是，女子在男子面前自杀，男子既不制止，也不送医院抢救。对于这类案件，以往的司法实践大多以先前行为为根据，认定男子的行为构成不作为犯罪。<sup>〔5〕</sup>可是，恋爱也好、分手也罢，都是普通的、正常的、没有危险的行为。将这种行为认定为先前行为，使行为人承担由此引起的一切结果的责任，就意味着国民的一举一动都使其负有作为义务，显然违背刑法保障国民自由的基本原理。

众所周知，德国、日本以往也采取形式的法义务论。<sup>〔6〕</sup>但由于形式的法义务论存在明显的

〔1〕 参见高铭喧主编：《刑法学》，法律出版社1982年版，第121页以下。

〔2〕 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第74页以下；陈兴良：《规范刑法学》上册，中国人民大学出版社2008年版，第122页以下。

〔3〕 参见〔日〕山口厚：《刑法总论》，有斐阁2007年版，第81页。

〔4〕 英国学者指出：“甚至‘作为’有时候可以由不作为实施，例如，某人因为完全被动地接受儿童的作为行为，而被认为实施了严重猥亵儿童罪。”〔英〕J·C·史密斯、B·霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社2000年版，第56页。

〔5〕 参见岳耀勇：《见死不救 罪责难逃》，《检察日报》2000年5月9日；柴文斌、王辉：《听任女友寻短见 见死不救被判刑》，《法制日报》2000年12月2日。

〔6〕 德国以往的形式的法义务论认为，作为义务的来源是法律、合同与危险的先前行为，后来又增加了紧密的生活关系（Vgl. , H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, 5. Aufl., 1996, S. 621）。日本的形式的法义务论认为，作为义务的发生根据是法令、合同与习惯或者条理（其中包括先前行为）。参见〔日〕团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社1990年版，第149页；〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年版，第153页。

缺陷,德国、日本早就开始探讨实质的法义务来源。现在的德国,占支配地位的观点是将作为义务分为对脆弱的(无助的)法益的保护义务和对危险源的监督义务。<sup>[7]</sup>这种机能二分说也得到了部分日本学者的赞成。例如,山中敬一教授进一步将保护义务分为规范的根据、制度的或任意的根据与机能的根据,将监督义务分为对管理危险物的监督义务、对第三者的监督义务以及制造了危险的行为人负有的结果防止义务。<sup>[8]</sup>由于机能二分说具有明显的形式的法义务论的痕迹(表现为将各种形式的法义务来源进行了归类),所以,德国、日本的部分学者试图为作为义务找到一个实质的根据,以便采取单一的标准。如后所述,德国的许迺曼(Schünemann)教授提出了结果原因支配说,并得到了日本学者山口厚教授的支持。这一学说的核心内容是,只有当行为人支配了结果发生的原因时,该行为人才具有作为义务。对结果发生原因的支配,可以分为对危险源的支配(控制)与对法益的脆弱性的支配。<sup>[9]</sup>

但是,仅从实质上判断行为人是否控制了危险源,是否支配了脆弱的法益,而不加以形式的限制,就缺乏明确性,导致有时不当扩大、有时不当缩小不作为犯的处罚范围。突出的问题表现在:如何判断行为人是否支配了法益的脆弱性?例如,甲在野外狩猎时,发现了一个被遗弃的婴儿。此时,没有第三者在场,婴儿的生命完全依赖于甲,甲也很容易保护这一脆弱的法益,能否认定甲对脆弱的法益具有支配性?倘若得出肯定结论,那么,只要甲不救助,就构成不作为犯罪。但是,这一结论意味着偶然的事实导致一个人陷入犯罪(如果甲不去狩猎或者狩猎时没有经过此地,则不可能犯罪),使国民丧失预测可能性。如果得出否定结论,那么,为什么在脆弱的法益完全依赖于甲时,却认为甲没有支配脆弱的法益?由此可见,即使将对结果发生原因的支配分为对危险源的支配与对法益的脆弱性的支配,也必须进一步提出判断“支配”的标准。亦即,需要根据社会分工的原理,从形式上判断行为人是否应当承担作为义务。形式的法义务旨在使谁有义务明确化,从而实现法的安定性。换言之,在进行实质的考察时,“不允许忽视义务的发生根据。否则,保证人的义务就有被无限扩大的危险。所以,应当谋求形式的考察方法与实质的考察方法的结合”。<sup>[10]</sup>

由于先前行为原本被视为一种形式的法义务(保证人就是实施了先前行为的人),所以,只要对先前行为进行实质的限定,使先前行为同时具备实质的法义务根据,那么,一定的先前行为就能成为作为义务的发生根据。

## 二、先前行为的基本性质

德国、日本以及我国台湾地区的学者在探讨实质的法义务时,就先前行为产生了完全对立的观点。

一种观点认为,只有先前行为可以成为作为义务的来源。该说认为,不作为犯与作为犯存在构造上的差异:作为具有原因力,不作为从自然性质上不具有原因力,只不过是利用了既存的因果流程。为了消除这一差异,使不作为犯与作为犯具有构成要件上的等价性,要求“不作为人在其不作为以前,自己就设定了向侵害法益方向发展的因果关系”。因此,要成为作为义务的根据,必须有不作为者基于故意或过失的先前行为,而且仅此就够了。<sup>[11]</sup>

[7] 参见前引[6], H. Jescheck/T. Weigend书,第621页以下;[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,第433页。

[8] 参见[日]山中敬一:《刑法总论》,成文堂2008年版,第234页以下。

[9] 参见前引[3],山口厚书,第89页。

[10] 前引[6], H. Jescheck/T. Weigend书,第621页。

[11] 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111页。

根据这一观点，司机撞人后故意逃避的，构成不作为的故意杀人罪；失火后故意从现场逃避的，构成不作为的放火罪。这一学说最大的优点是，依据事实的判断明确界定不作为犯的成立范围，但也存在疑问。首先，它否定了不作为的原因力。于是，结果由先前行为引起，不作为犯罪本身就不存在了。换言之，不作为犯的处罚对象是不作为及其造成的结果，但这种观点将先前行为当作处罚对象。其次，这种观点不当缩小了不作为犯的成立范围。例如，这种观点否认了接受保护义务场合的不作为犯。于是，母亲不给婴儿哺乳致其死亡的，不成立杀人罪；值班医生不救助危重病人导致病人死亡的，也不成立不作为犯罪。<sup>〔12〕</sup>但是，这样的结论明显不当。最后，这种观点将先前行为限定为有故意、过失的行为，又不当缩小了不作为犯的处罚范围。

与此对立的观点是，完全否认先前行为能够产生作为义务。

德国的许迺曼教授坚持以对结果原因的支配为标准的一元的正犯体系，整个体系以“对造成结果的原因有支配”为上位概念，然后区分两种情形：一是作为犯中的犯罪支配，二是保证人身份犯中对于某一社会领域的控制支配。但是，危险的先前行为无法与其他真正以支配关系为基础的保证人地位相比较，亦即，没有对侵害来源（危险源）或者脆弱法益的事先的控制支配，所以，实施危险的先前行为的人并不处于保证人地位。<sup>〔13〕</sup>在许迺曼教授看来，只有当行为人对危险源或者脆弱的法益，事先存在一种常态的控制支配关系时，才产生作为义务。这一观点实际上是对机能二分说更为实质的归纳与要求。德国刑法第13条第1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。”<sup>〔14〕</sup>显然，许迺曼教授旨在通过说明不作为与作为都是对结果原因的支配行为，进而肯定不作为与作为的等价性。

我国刑法没有类似于德国刑法第13条第1款的规定。由于对不作为的故意杀人与作为的故意杀人适用同一刑法条文，所以，只有当不作为致人死亡的行为本身确实符合了“故意杀人”的构成要件时，才能将其认定为故意杀人罪。换言之，在我国，要求不作为与作为具有等价性，也只是意味着不作为必须符合刑法规定的构成要件。在作为犯の場合，作为方式的杀人是死亡的原因，行为人支配了这一原因。因此，要认定不作为成立故意杀人罪，也要求行为人支配了死亡的原因。就此而言，将实质的法义务限定为对结果原因的支配，是正当的、可取的。问题在于，在行为人实施了危险的先前行为时，不防止实害结果发生的行为，是否存在对结果原因的支配？本文持肯定回答。

由作为导致法益侵害的过程表现为，制造危险（行为制造了他人死亡的危险）→危险增大（他人的死亡危险增大）→实害结果的现实化（他人死亡）。要使不作为犯符合作为犯的构成要件，一方面，要求有危险的产生→危险增大→实害结果的现实化的过程；另一方面，要求行为人处于阻止危险的地位，却又没有阻止既存的危险。<sup>〔15〕</sup>按照德国的机能二分说，可以将不作为导致法益侵害结果的过程分为两种类型：其一，由于某种原因（如人为的或法益主体自身的原因等）法益处于脆弱（或者无助）状态，因而出现危险→危险增大→实害结果的现实化。在这一过程中，当脆弱的法益依赖于特定人时，特定人对法益的保护是一项实质的法义务。当特定人同时具有形式的法义务来源时，该特定人就成为保证人。其二，由危险源产生的危险→危险增大→实害结果的现实化。在这一过程中，只有切断危险源才能避免实害结果的发生，切断危险源是一项实质的法义务。其中，对危险源具有监督（支配）义务的人，同时具备形式的法义务来源，成为

〔12〕 参见〔日〕西田典之：《共犯理论の展开》，成文堂2010年版，第175页以下。

〔13〕 参见〔德〕许迺曼：《德国不作为犯法理的现况》，陈志辉译，载许玉秀、陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，春风煦日学术基金2006年版，第667页，第656页，第641页。

〔14〕 《德国刑法典》，冯军译，中国政法大学出版社2000年版，第10页。

〔15〕 参见前引〔3〕，山口厚书，第80页；Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck 2003, S. 683f.

保证人。<sup>〔16〕</sup>当然，上述两种类型的区分不是绝对的，而可能相互交叉。<sup>〔17〕</sup>

一方面，先前行为使法益处于脆弱的、需要有人保护的状态时，如果不采取有效措施，危险就会现实化。在此意义上说，先前行为产生的是保护义务。对此，可以做以下比较：其一，可以与亲属关系产生的保护义务相比较。即使采取结果原因支配说，也会肯定父母对未成年子女的保护义务。<sup>〔18〕</sup>例如，在甲意外伤害了未成年人X的场合，X的父母乙具有救助义务。诚然，在乙履行救助义务时，甲不必履行救助义务。但是，在乙不能或者没有履行救助义务时，或者在乙要求甲救助X时（这是常见的现象），没有理由认为甲没有救助义务。其二，可以与自愿接受危险的情形相比较。在自由的社会，一个人基于自己的意志选择了对脆弱法益的保护事项时，就应当肯定其具有保证人地位。<sup>〔19〕</sup>例如，一个自愿将弃婴抱回家的人，有义务抚养该婴儿。既然自愿防止他人制造的危险的人都能产生作为义务，那么，对于自己制造了危险的人，更应当产生作为义务。其三，可以与制造危险的作为犯相比较。既然法秩序普遍要求所有的人必须防止自己制造威胁他人法益的危险，那么，就没有理由在一个人制造了这种危险之后，反而不必防止这种危险变成实害。<sup>〔20〕</sup>显然，只有肯定先前行为是作为义务的来源，才能使作为与不作为之间保持协调关系。

另一方面，当先前行为成为危险源时，在危险增大的过程中，如果不采取积极措施，就会使危险变成实害。在此意义上说，先前行为产生的是安全义务。首先，不可否认的是，在现代的复杂社会，社会分工是必要的，对于危险来源事先确定了管理者，对脆弱的法益事先也确定了保护者。但是，与对危险源存在事先控制的人具有保证人地位相比较，先前对法益制造了危险的人，更应当具有保证人地位。其次，当先前行为成为危险源时，实施了先前行为的人，也是最应当、最容易采取有效措施防止实害结果发生的人。例如，事前安放了爆炸物的人，最应当、最容易防止爆炸事故；事前拘禁了他人的人，最应当、最容易释放他人；驾驶车辆撞倒行人的司机，最应当、最容易采取有效措施防止实害结果发生。要求这样的人控制自己先前行为的危险，既是社会分工的要求，也是有效保护法益的要求。

由此可见，对危险源或者脆弱法益的支配，并不限于事先的常态支配。换言之，不能单纯从客观事实上考察行为人事先是否支配了危险源或者脆弱的法益，还必须根据社会分工的原理，规范地考察行为人是否支配了危险源或者脆弱的法益。“如果自己制造了一个会威胁到他人法益的危险，那么从‘禁止侵害他人’这个普遍的禁止命令中，也会导出‘应排除（或控制）自己所制造的危险’这样的作为诫命。”<sup>〔21〕</sup>在自由的社会，国民具有行动的自由。但是，一方面，国民的行动不能侵害他人的法益，否则，会承担相应的法律后果；另一方面，国民的行动给法益造成危险时，必须防止危险的现实化，这是社会的一般信赖原则。倘若任何人不必防止自己行为制造的危险，要么，其制造的危险只能由他人防止，其他国民就没有自由可言；要么，任由危险现实化，法益就得不到保护。况且，随着社会生活的复杂化、科学化、高度技术化，对于个人而言，社会就像一个巨大的黑匣子，不可能进行主体性的控制。与此同时，个人行为所具有的潜在危险也飞跃性地增大，人们不知瞬间会发生何种危险与灾难。<sup>〔22〕</sup>危险的突发性是当今社会的重要特征，同样，任何法益随时可能脆弱化。在这样的社会背景下，将作为义务的来源限定为对危险源

〔16〕 参见〔日〕山口厚：《新判例から見た刑法》，有斐阁2008年版，第41页以下。

〔17〕 参见前引〔7〕，韦塞尔斯书，第433页。

〔18〕 参见前引〔3〕，山口厚书，第89页以下。

〔19〕 参见〔日〕岛田聪一郎：《不作为犯》，《法学教室》2002年第8号，第117页。

〔20〕 参见前引〔15〕，Claus Roxin书，第762页以下。

〔21〕 蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，台湾元照出版有限公司2008年版，第230页。

〔22〕 参见〔日〕井田良：《刑事立法の活性化とそのゆくえ》，《法律时报》2003年第75卷第2号，第4页以下。

或脆弱法益的事先的常态支配，既过于严格，也不符合社会现实。<sup>〔23〕</sup>

山口厚教授认为，对法益侵害结果原因的支配，是产生作为义务的实质根据。他指出：“就先前行为制造、增加了危险的事例而言，不能将先前行为本身作为理由，肯定对结果原因的支配。必须留意的是，即使在实施可能制造、增加危险的操作的阶段，可以肯定基于危险源的支配的保证人地位=作为义务，但在不当采取措施而产生了危险之后的阶段，难以认为行为人在支配向结果发展的原因。例如，在机动车将要冲向行人时，要求司机采取刹车等适当的操作（危险源的支配）。然而，一旦发生事故，致人受伤时，对伤害的恶化就不存在对原因的支配（在这种场合，同在场的与事故无关的人一样）。”<sup>〔24〕</sup>诚然，如果认为制造事故的人，事后对已经造成的伤害本身不可能支配原因，是完全正当的。但是，若认为制造事故的人对由伤害到死亡的发展（死亡的危险）与无关的第三者相同，因而没有作为义务，那么，倘若制造事故时属于意外事件，当时也没有警察在场，被害人的生命就得不到应有的保护；在被害人死亡的情形下，也没有人对该死亡结果负责。这种结论难以被人接受。另一方面，山口厚教授又承认，制造了危险产品的人，在事后知道产品的危险性之后，具有结果原因的支配性，存在产品回收义务。<sup>〔25〕</sup>但是，与制造危险产品相比，交通事故所制造的危险更为紧迫。承认前者对结果原因的支配，却否认后者对结果原因的支配，恐怕有自相矛盾之嫌。事实上，“驾车不慎撞倒行人，可以说成这时候前行为人和被害人在同一空间，又是开启因果流程的人，最有可能救助被害人，因此应该救助被害人；也可以说成前行为人虽非故意开启因果流程，但他实际上可以有机会改变因果流程，所以有事实的支配，所以有救助被害人的义务。”<sup>〔26〕</sup>此外，山口厚教授认为，对法益的脆弱性的支配，一般以行为人接受法益的保护为重要判断标准。<sup>〔27〕</sup>但是，这一观点仅考虑了自由主义的原理，而忽视了社会分工的原理。

日本学者西田典之教授认为，只有当行为人具体地、现实地支配了因果流程时，其不作为才成立不作为犯。具体分为两种类型：其一，行为人基于自己的意思具有或者设定了排他性支配的场合，对因果流程具有支配的地位，因而产生作为义务。其二，虽然不是基于自己的支配意思但事实上处于支配因果流程的地位即支配领域性的场合，由于行为人没有支配意思，因而需要考虑“只有行为人应当作为”这样的规范要素。“但是，在这种场合，从作为义务的根据中排除先前行为是妥当的。因为，第一，先前行为在多数场合，能够作为过失犯、结果加重犯处罚，因此，以先前行为为根据追究更重的罪责，形成了双重处罚，因而不当。第二，这种类型中成为作为义务的事实前提的支配领域性，是随着具体状况而变化的，随着轧人后逃逸、失火的现场是否属于这样的具体状况，而左右犯罪的成立，于是，被一时地、偶然地置于该状况中的不作为者的立场就极不安定，从而损害法的安定性。基于这样的考虑，这种类型的规范要素，应当限定为亲子、建筑物的所有者、租用者、管理者这样的，基于身份关系、社会地位而在社会生活中持续性地负有保护、管理义务的场合。”<sup>〔28〕</sup>

但是，第一，如后所述，以过失犯罪、结果加重犯处罚先前行为，并不妥当，也有漏洞。行为

〔23〕 还应当注意的是，德国刑法学者否认先前行为可以成为不作为犯的义务来源，不至于导致行为无罪，因为如后所述，德国刑法第 323 条 c 规定了见危不救罪。但是，即便如此，也存在处罚不均衡的问题。于是许迺曼教授建议增设加重犯的规定，亦即：“行为人引起危险或有特别的义务防止危险，但是不为第一项之救助义务者，处……（加重）……”（参见前引〔13〕，许迺曼文，第 642 页以下）。我国刑法没有类似于德国刑法第 323 条 c 的规定，如果否定危险的先前行为能够成为作为义务的来源，就使法益得不到应有的保护。

〔24〕 前引〔3〕，山口厚书，第 91 页以下。

〔25〕 同上书，第 90 页。

〔26〕 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 690 页。

〔27〕 参见前引〔3〕，山口厚书，第 90 页。

〔28〕 前引〔12〕，西田典之书，第 180 页。

人对先前行为没有责任时,既不可能以过失犯罪处罚,也不可能以结果加重犯处罚。第二,使先前行为成为不作为的义务来源,并不属于双重处罚。一方面,肯定某种先前行为导致行为人产生作为义务,并不是一个法律上的否定评价。即使认为这是对先前行为的否定评价,也不直接产生否定的法律后果。另一方面,即使先前行为本身成立犯罪,并认为先前行为产生了作为义务,不履行义务的行为成立另一犯罪,也不会导致双重处罚。例如,甲过失导致某物体燃烧,原本可以轻易扑灭避免火灾,但甲故意不扑灭而引起了火灾。就此而言,只能评价为一个不作为的放火罪,而不是认定为失火罪与放火罪,更不可能实行并罚。即使前行为与后来的不作为侵害的法益不同,因而并罚,也是分别对前行为与后面的不作为分别评价,不存在双重处罚的问题。第三,先前行为产生作为义务,不存在随意性和偶然性,并不损害法的安定性。诚然,先前行为也可能是偶然的,但是,行为人知道或者应当知道自己的先前行为给法益造成了危险时,便产生作为义务。这一点并不因人而异、因时而异、因地而异。而且,将先前行为当作作为义务的来源,是最容易被国民接受的。危险的制造者当然成为法益的保护者,是天经地义的事情。再者,即使在某些场合,先前行为本身具有偶然性,也不意味着将先前行为当作作为义务的来源会影响法的安定性。例如,何时、何地发生危难常常是偶然的,但没有人认为要求警察救助危难会影响法的安定性。因为对于偶然发生的危难,警察的救助义务是确定的。这说明,危难的偶然性并不影响法的安定性。基于同样的理由,行为人可能偶然地制造了危险,但是,要求制造了危险的人防止实害结果的发生,则是不变的规则,不会影响法的安定性。其实,可能影响法的安定性的只是先前行为的判断。因此,如果对先前行为提出明确的判断标准,就不会影响法的安定性。第四,西田教授的观点会造成不公平现象。例如,被告人甲发现其住宅内的神龛中点燃的蜡烛倾倒,极有可能引起火灾,但他想到可以借此得到保险金,而掩门外出,果然引起了火灾。在公司加班的乙,发现因自己的重大过失而导致办公桌下用于取暖的炭火将桌子和文书点燃,当时原本容易扑灭,但乙为了避免他人发现自己的过失,也没有告诉值班人员就仓惶逃走,导致办公楼被烧毁。西田教授认为,甲成立不作为的放火罪,乙不成立放火罪。理由是,甲是建筑物的管理者,而乙不是。<sup>[29]</sup>但是,这种观点难以被人接受。与建筑物的管理者相比,一位在建筑物内违章使用炭火的人更加具有灭火义务。

台湾地区学者许玉秀教授也反对将先前行为当作不作为的义务来源。她将先前行为与不作为分为不同类型,逐一提出了解决方案。<sup>[30]</sup>但在本文看来,其解决方案存在疑问。

(1) 前行为是故意的作为,后行为是故意的不作为或者过失的不作为,所侵犯的法益不同的,按结果加重犯处理即可。例如,放火后发现建筑物内有人而不救助,被害人被烧死的,按放火罪的结果加重犯处理,不必将先前的放火行为当作不作为的义务来源。再如,使人服下毒药(伤害行为)后因忘记给解药,导致被害人死亡的,认定为故意伤害致死即可,不必将先前的伤害行为当作不作为的义务来源。但是,这种解决方案并不能解决后述共犯问题。例如,甲放火后发现建筑物内有人,原本打算救助被害人,但过路人乙教唆甲不救助,甲接受教唆没有救助,导致被害人死亡。如果不承认后行为(故意的不作为)具有独立的意义,就不能认定乙的行为构成故意杀人罪的教唆犯。<sup>[31]</sup>

(2) 前行为是故意的作为,后行为是故意的不作为或者过失的不作为,所侵犯的法益相同的,按前一行为的既遂犯罪论处即可。例如,行为人在砍杀被害人的过程中,被害人掉入水池,行为人不救助导致被害人死亡的,只需按先前行为认定为故意杀人既遂。再如,故意拘禁他人之后,忘记了被害人被拘禁的事实的,只需要按先前行为认定为一个非法拘禁罪。诚然,对于后例

[29] 参见前引[12],西田典之,第170页,第180页。

[30] 前引[26],许玉秀书,第673页以下。

[31] 甲的行为同时触犯了放火罪与故意杀人罪。

而言，仅按前一行为的既遂犯论处并无大碍。但是，在前例中，如果法医鉴定结论是被害人溺水身亡，而要认定先前的砍杀行为本身导致被害人溺水身亡，是不合适的。换言之，要认定行为人对被害人的溺水身亡负责，必须肯定被告人对被害人掉入水池具有救助义务。因为刑法中的结果，并不是抽象的结果，而是具体的结果。被害人是溺死还是被砍死，实际上是两种不同的结果，否则，无法讨论因果关系问题。而且，仅按前一行为的既遂犯罪论处，同样不能解决共犯问题。

(3) 前行为是过失的作为，后行为是过失的不作为，所侵犯的法益不同或者相同的，按非真正的结果加重犯处理即可，不必将先前行为当作作为义务的来源。例如，过失引燃垃圾桶，发现幼儿正走向垃圾桶，以为火会熄灭而未加阻止，幼儿被烧死。再如，过失将他人推入水池，误以为被害人熟悉水性而未予救助，导致被害人死亡。就前例而言，虽然对行为人仅按所谓非真正的结果加重犯处理并无不当，但也不能解决共犯问题。就后例而言，如果要认定为过失致人死亡（溺死），就必须肯定后面的不作为致人死亡。否则，难以处理过失将他人推入水池后，明知被害人不懂水性而故意不予救助，导致被害人死亡的案件。更为重要的是，所谓非真正的结果加重犯，并不存在于刑法分则中。例如，过失致人死亡罪是单纯的过失犯，而不是所谓非真正的结果加重犯。

(4) 前行为是过失的作为，后行为是故意的不作为，侵犯的法益不同或者相同的，通过立法途径解决。例如，过失引燃垃圾桶，发现幼儿正走向垃圾桶，不加阻止而离开，导致幼儿被烧死。再如，过失将他人锁在房间，发现后为了教训被害人而决定多关半天。许玉秀教授主张，对于前一种情形，应当通过设立过失加故意的结果加重犯来解决；对于后一种情形，则需要通过设立过失中止犯的规定，以奖励过失行为人阻止结果发生。但是，其一，这种方法论存在问题。亦即，自己的观点在解释论上行不通时，就谋求立法的做法，并不合适。换言之，既然自己的观点在解释论上行不通，就表明自己的解释是失败的，应当寻求另一种解释论。其二，不管是设立过失加故意的结果加重犯的规定，还是设立过失中止犯的规定，都不是理想的立法建议。一方面，结果加重犯本来就是结果责任的残余，<sup>〔32〕</sup>与其增设过失加故意的结果加重犯，不如承认先前行为引起作为义务，直接将后面的不作为认定为故意犯罪。另一方面，过失犯本来就只有既遂犯，而没有未遂犯，何以设立过失中止犯的规定？

此外，许玉秀教授并没有考虑到先前行为既无故意、也无过失的情形。所以，其解释方案也是不全面的。

由上可见，完全否认先前行为能够成为不作为犯的义务来源是不合适的。换言之，应当承认先前行为是不作为犯的义务来源之一。

我国刑法事实上肯定了先前行为能够成为不作为犯的义务来源。例如，根据刑法第133条的规定，犯交通肇事罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；交通肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处3年以上7年以下有期徒刑。刑法之所以仅在交通肇事罪中将逃逸规定为法定刑升格的情节，就是因为，在交通肇事的场合，有需要救助的被害人，进而促使行为人救助被害人。由于行为人的先前行为（包括构成交通肇事罪的行为）使他人生命处于危险状态，产生了作为义务，不履行作为义务的行为，当然能够成为法定刑升格的根据。<sup>〔33〕</sup>

承认先前行为是作为义务的来源，也可以解决司法实践面临的难题。

〔32〕 参见张明楷：《严格限制结果加重犯的范围与刑罚》，《法学研究》2005年第1期。

〔33〕 最高人民法院2000年11月10日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定：“‘交通运输肇事后逃逸’，是指……在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。”但是，这一规定不具有合理性。犯罪后为逃避法律追究而逃跑，对于犯罪人而言可谓“人之常情”。正因为如此，自首成为法定的从宽处罚情节。如果将“逃逸”解释为“为逃避法律追究而逃跑”，就不能解释刑法为什么不将逃逸规定为其他犯罪的法定刑升格的情节（参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第543页）。



例如,最高人民法院2000年11月10日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定:“交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。”应当认为,这一解释结论具有妥当性。但是,由于我国刑法仅承认故意的共同犯罪,所以,如果不从先前行为出发理解司法解释的这一规定,就会认为,这一规定意味着过失的交通肇事罪包含了故意的结果加重犯,这是难以被人理解和接受的。如上所述,交通肇事的行为人使被害人身受重伤时,实际上因先前行为产生了救助义务。因逃逸致人死亡,实际上是因不履行救助义务而致人死亡。此时,肇事者是负有作为义务的人,教唆肇事者逃逸,就是教唆肇事者实施故意的不作为犯(基本犯,相当于遗弃罪)。在肇事者的不作为造成了被害人死亡的加重结果时,只要教唆者对加重结果具有预见可能性,教唆者也要对加重结果承担责任。概言之,当指使者指使肇事者逃逸,对肇事者适用因逃逸致人死亡的法律规定时,对指使者也应适用因逃逸致人死亡的规定。但应肯定的是,由于肇事者是负有作为(救助)义务的人,所以,指使者只是逃逸的教唆犯。基于同样的理由,帮助肇事者逃逸的,也能成立帮助犯。<sup>[34]</sup>

再如,承认先前行为是作为义务的来源,有利于解决产品召回责任问题。如所周知,在伪劣产品泛滥的时代,要求制造者回收危险产品,已成定论。否认先前行为是作为义务来源的许迺曼教授,也否认制造者具有回收危险产品的义务,主张按先前的过失行为处罚。<sup>[35]</sup>例如,制造的危险产品致人死亡的,认定为过失致人死亡罪即可。但是,这种做法并不理想。其一,在制造者虽然制造了危险产品,但制造、销售时并无过失,事后才发现所制造的产品具有侵害生命、身体的危险时,由于先前行为并无过失,如果不将先前行为当作作为义务的来源,就不能以犯罪论处。这便形成了不应有的处罚漏洞。其二,在我国,过失致人死亡、过失致人重伤的处罚范围实际上比德国、日本窄。最为典型的是,在我国,生产、销售伪劣产品的行为致人重伤、死亡的,成立结果加重犯,而不是成立单纯的过失犯罪。可是,生产、销售伪劣产品罪是故意犯罪。所以,即使行为人制造、销售伪劣产品时具有过失,但由于过失生产、销售伪劣产品的行为并不成立犯罪,如果不将先前行为当作作为义务的来源,也难以认定为犯罪。即使认定为过失致人死亡罪、过失致人重伤罪,也不能保持刑法的协调。其三,或许有人认为,由于行政、经济法律规定了行为人应当回收危险产品,所以,行为人不履行危险产品回收义务的,属于没有履行法律规定的义务,因而成立不作为犯。可是,这种观点回到了形式的法义务论,不能回答为什么违反其他法律的行为能够直接成立刑法上的犯罪这样的问题。不难看出,以危险的先前行为为根据要求危险产品的制造者履行回收义务是最恰当的。

综上所述,应当肯定一定的先前行为能够产生作为义务。但不可否认的是,对先前行为不加限定,导致不当扩大处罚范围,也是不合适的。

问题是如何限定?以往的德国帝国法院的判例,不问先前行为违法与适法,有责与无责,甚至只要先前行为是结果的一个条件时,就赋予行为人以作为义务,因而广泛地认定不作为的可罚性。但是,在学说上,在19世纪初,斯鸠别尔(Stübel)就认为,只有当先前行为是可罚的或者

[34] 本文并不主张过失的交通肇事罪包含了故意的结果加重犯,问题可能出在罪名的确定上。一方面,司法解释没有将逃逸致人死亡确定为独立的罪名,但在将指使逃逸的行为认定为交通肇事罪的共犯时,又是将逃逸致人死亡作为独立罪名对待的;另一方面,交通肇事罪属于过失犯罪,而过失犯罪没有共同犯罪,但司法解释直接肯定了过失的共同犯罪。这便是司法解释的问题所在。倘若将逃逸致人死亡作为一个独立的罪名(逃逸致人死亡罪),其中的逃逸是基本犯(不作为犯,只不过这种基本犯不可能独立地受到处罚,只能作为交通肇事罪的加重情节处罚),致人死亡是结果加重犯(相当于国外刑法规定的遗弃致人死亡罪),司法解释的上述规定也许不会引起争议。

[35] 参见[日]岩间康夫:《制造物责任と不作为犯论》,成文堂2010年版,第90页以下。

至少是违法行为时，才能成为作为义务的发生根据。19世纪后叶，刑法理论普遍主张应当对基于先前行为的作为义务进行某种限制。特别是“二战”以后，要求先前行为具有义务违反性，成为最有力的学说（义务违反性要求说），这种观点也被德国联邦法院采纳。<sup>〔36〕</sup>

但是，义务违反性要求说存在疑问。首先，当先前行为成为作为义务的来源，进而肯定不作为构成犯罪时，并不是将先前行为作为处罚根据。既然如此，就没有理由将先前行为限定为违反义务的行为。换言之，同样是制造了危险的先前行为，没有理由认为只有其中违反义务的行为才产生作为义务。其次，义务违反的界限并不明确。在德国，虽然义务违反要求说得到了诸多支持，但是，只有鲁道菲（Rudolphi）教授作了较为具体的说明。“按照鲁道菲的观点，义务违反性的界限，由有关共犯的法律上的特别规定、答责性原理、分则的构成要件解释以及不法论的一般原则来决定。”<sup>〔37〕</sup>不难看出，义务违反并没有一个明确的标准。再次，要求先前行为违反义务，在很大程度上是为了将正当防卫排除在先前行为之外。但如后所述，正当防卫产生了过当的危险时，同样产生作为义务。最后，从我国的相关法律规定来看，行为人基于先前行为所引起的作为义务，并不以违反义务为前提。例如，道路交通安全法第70条第1款前段规定：“在道路上发生交通事故，车辆驾驶人应当立即停车，保护现场；造成人身伤亡的，车辆驾驶人应当立即抢救受伤人员，并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部门。”显然，抢救受伤人员的作为义务，并不以驾驶人违反交通运输管理法规为前提。表面上看，抢救受伤人员的作为义务源于法律规定，但该法律规定的根据则是行为人的先前行为。

本文认为，使刑法保护的具体法益面临紧迫的危险，是先前行为成为作为义务来源的实质根据。第一，先前行为对刑法所保护的具体法益造成了危险。对不受刑法保护的利益造成的危险，不能成为作为义务的来源。但是，如后所述，不必要求先前行为具有违法性。例如，在阻却违法的紧急避险行为给第三者造成法益侵害的危险时，紧急避险人具有救助义务，但紧急避险行为本身并不违法。再如，X抢劫未遂后逃走，甲、乙、丙为了将X抓获归案而追赶，X在前方无路可逃时坠入深水中。甲、乙、丙的追赶行为并不违法，但的确给X的生命制造了危险，不能否认他们有救助义务。第二，危险明显增大，如果不采取积极措施，危险就会立即现实化为实害。例如，甲的先前行为致人重伤，并具有造成死亡的危险。此时，甲具有救助义务。反之，乙在被害人的工作单位，使用暴力使被害人的手指骨折，然后离开现场。手指骨折这一伤害结果并不会使死亡危险明显增大，乙的行为不可能成立不作为的故意杀人罪。第三，行为人对危险向实害发生的原因具有支配。亦即，在当时的情况下，先前行为是最应当防止实害结果发生的人；或者说，没有其他人更应当优先保护法益，否则，就应当由其他人保护法益。例如，甲在高速路上撞伤他人时，交通警察刚好就在身边，此时应当由警察将伤者送往医院抢救。此外，行为人对法益制造危险后，第三者基于自己的意志防止结果发生时（如甲意外撞伤丙后，乙迅速将丙送往医院抢救脱险），也不要求前行为人履行结果防止义务。不过，在这种场合，并不是说甲没有救助义务，只是因为乙的自愿救助行为使甲丧失了对结果原因的支配。

与此相适应，下列情形不能成为作为义务的来源：第一，行为并没有制造、增加危险的，不产生作为义务。例如，过路人将路边的弃婴抱到民政机关门前的，高速公路上的司机将被前一车辆撞伤的被害人送到加油站后放置不管的，一同进餐的人将醉酒者送回其住处的，即使后来被害人因没有得到救助而死亡，行为人也不承担不作为犯的责任。特别需要指出的是，先前的行为并没有导致危险，而是被害人基于自主决定使自己陷入危险的，该先前行为不产生作为义务。如前

〔36〕 参见前引〔35〕，岩间康夫书，第24页以下。

〔37〕 同上书，第46页。

所述,在恋爱过程中提出分手的一方,对另一方的自杀、自伤无作为义务。即使行为人与被害人曾经发生过性交乃至使被害人怀孕,也不例外。第二,行为虽然制造、增加了危险,但是该危险并不紧迫或者微不足道的,不产生作为义务。例如,甲将自己的一把利刀递给乙观看时,乙突然持刀伤害丙。即使甲在现场,也不产生作为义务。<sup>[38]</sup>第三,行为制造、增加的危险属于被害人的答责范围时,行为人不具有作为义务。例如,甲将吸食毒品的工具借给乙吸食毒品,乙因吸食过量造成身体伤害。对此,甲不承担不作为的故意伤害罪的责任。<sup>[39]</sup>

基于先前行为引起的不作为,并不只是先前行为的违法性的承袭。因为在不作为犯中,能够成为处罚对象的并不是先前行为,而是后来的不作为。对先前行为违法性的单纯承袭,难以为不作为犯提供处罚根据。而且,产生作为义务的先前行为,并不以具有违法性为前提。至于对先前行为与后来的不作为,能否评价为一个行为,则不能一概而论。<sup>[40]</sup>在先前行为引起作为义务的场所,行为人的不作为是先前行为的危险现实化的过程。如果没有先前行为,实害结果不会发生;如果有先前行为但行为人履行了作为义务,实害结果也不会发生。所以,先前行为与后来的不作为共同成为结果发生的原因。因此,一方面,如果行为人对先前行为没有责任(如没有故意与过失),就只能追究后面的不作为的刑事责任。另一方面,如果行为人对先前行为有责任,就需要进一步考察先前行为与后面的不作为是一个行为还是两个行为,是侵害了一个法益还是侵害了数个法益,据此进一步判断是构成一罪还是数罪。

### 三、先前行为的具体内容

如前所述,产生作为义务的先前行为,必须是给刑法保护的具体法益造成紧迫危险的行为。以下就几个相关问题展开进一步讨论。

#### (一) 不作为能否成为先前行为

本文认为,不作为也能成为先前行为。例如,房屋主人没有留意屋顶所铺的瓦片是否稳固,瓦片掉落下来致人受伤的,主人有救助的义务。<sup>[41]</sup>或许有人认为,在这种场合,仅以前一个作为义务(对危险源的监督义务)为根据得出行为人对受伤者有救助义务即可。事实上并非如此。瓦片砸伤被害人时,主人就需要对该伤害负责。对该伤害负责的根据,就是主人对屋顶瓦片掉落下来会砸伤人的监督义务。而瓦片砸伤他人后,在他人有生命危险时,则是基于先前的不作为产生的救助被害人的另一作为义务。对危险源的监督义务不能直接引申出主人有救助受伤者的义务。此外,倘若仅以前一作为义务说明主人有救助义务,容易得出主人仅有过失而无故意的结论。这显然不妥当。以发生在美国的真实案件为例。被告人克内勒饲养了一对凶猛的加纳利犬。2001年1月的一天,克内勒带着公狗到公寓楼顶散步后返回她所住的6楼房间。走到6楼走廊时,公狗突然挣脱狗链,向正准备进家门的女邻居扑上去狂咬。此时,母狗见状也冲出克内勒家的房门,参与了对被害人的撕咬。撕咬持续了10多分钟,被害人身上的伤口不少于77处,最终死亡。克内勒事先没有给公狗带上口套,在公狗咬人的过程中,没有向周围求助,没有取来武器制伏恶狗,也没有拨打紧急报警电话。美国加州法院推翻了过失杀人的定性,最终认定为谋杀罪。<sup>[42]</sup>显然,倘若克内勒只是没有履行对危险源的监督义务(没有给公狗带上口套,没有防止

[38] 参见前引[15], Claus Roxin 书,第766页。

[39] 同上书,第771页。

[40] 一个犯罪行为,完全可能同时包括作为与不作为(如虐待罪、抗税罪)。

[41] 参见前引[15], Claus Roxin 书,第776页。

[42] 参见刘鹏:《狗咬人,女主人被判谋杀罪》,《检察日报》2008年9月24日。

公狗咬人), 导致公狗突然将被害人咬伤或者咬死, 就仅成立过失致人死亡罪。在本文看来, 之所以能够认定克内勒的行为构成谋杀罪, 是因为她在先前的不作为引起了侵害法益的危险之后, 故意不保护被害人的生命。由此可见, 应当承认不作为也可能成为先前行为。

### (二) 具有违法阻却事由的行为能否成为先前行为

按照结果无价值论的观点, 行为客观上造成了法益侵害的危险时, 如果没有同时保护另一更为优越或者至少同等的法益, 就是违法行为。因此, 一般来说, 创造了法益侵害危险的先前行为, 都是违法行为。换言之, 可以成为作为义务来源的先前行为, 一般是违法行为。

问题出在一种行为客观上侵害了法益, 同时保护了另一更为优越或者至少同等法益的场合。亦即, 具有违法阻却事由(或正当化事由)的行为能否成为产生作为义务的先前行为?

首先可以肯定的是, 紧急避险人对于遭受损害的无辜第三者具有作为义务。对此没有争议。这也是德国刑法理论不要求先前行为具有违法性的重要原因。问题出在正当防卫。有学者指出: “正当防卫者的保证人地位, 应当是否定的。不法侵害他人权利, 必须预估遭到反击的后果, 并自行承担此项后果。对于陌生人, 任何人都没有保证人地位, 没有救助义务; 如果认为防卫者对于不法侵害者有保证人地位, 无异承认侵害者的法律地位高于陌生人。逾越必要程度的防卫(防卫过当), 才可能有保证人地位, 例如: 弱女子顺手牵羊, 店员持棒球棍重击, 店员必须将伤者送医。承认恰当防卫者有保证人地位, 将使正当防卫形同防卫过当, 甚至将正当防卫者与不法侵害者等同看待。这对于正当防卫者是不公道的看待。”<sup>[43]</sup> 但是, 这种观点过于绝对。在本文看来, 需要分清不同情形处理: 其一, 如果正当防卫造成被害人死亡也不过当时, 正当防卫人并无救助义务。其二, 如果正当防卫致人伤害, 并未过当, 而且该伤害不可能导致死亡, 亦即没有过当的危险, 正当防卫人也没有救助义务。其三, 如果正当防卫造成了伤害(该伤害本身不过当), 具有死亡的紧迫危险, 发生死亡结果就会过当, 那么, 应当肯定正当防卫人具有救助义务。司法实践所面临的问题是, 就正当防卫而言, 在防卫人造成不法侵害人重伤, 不法侵害已经停止, 而防卫人却既不报警也不将不法侵害人送往医院抢救, 导致流血过多而死亡时, 是否成立防卫过当? 如果不认定为防卫过当, 明显不合适。如果认定为防卫过当, 则意味着承认行为人对不法侵害人具有抢救义务(对死亡结果具有防止义务)。也许有人认为, 即使认定为防卫过当, 也只需要认定先前的作为行为(防卫行为)导致了死亡结果, 而不是后来的不作为导致防卫过当。但是, 这种观点实际上否认了不作为的原因力, 也不符合案件事实。本文认为, 在这种场合, 应当承认先前的作为与后来的不作为共同导致了防卫过当。概言之, 就上例而言, 要得出防卫过当的正确结论, 就必须肯定具有违法阻却事由的行为也能成为产生作为义务的先前行为。

### (三) 过失犯罪行为能否成为先前行为

承认危险的先前行为能够成为作为义务来源的最重要原因之一, 是行为人实施先前行为时可能完全没有责任。如果将先前行为限定为有责任的行为, 那么, 先前行为成为作为义务来源的意义就明显减少。反过来说, 即使实施先前行为时没有过失, 也不影响先前行为人具有作为义务。既然如此, 具有过失的先前行为以及先前的过失犯罪, 更能产生作为义务。

一种观点认为, 只有“不可罚的先前危险创出行为”才能成为作为义务的来源。亦即, “行为人在没有明确认识自己行为的射程时(限于未发生结果的情形)实施了自身不可罚的危险创出行为, 但后来意识到危险性时而放任不管”。“例如, 过失监禁他人的人, 马上意识到这一点, 却有意识地不释放他人而使监禁状态继续维持的情形。”“与此相对, 就过失引起交通事故, 使被害

[43] 林东茂:《刑法综览》, 中国人民大学出版社2009年版, 第122页。笔者也曾经赞成这种观点, 参见前引[33], 张明楷书, 第145页。

人身负重伤，行为人确定了这一事实，并且认识到被害人或许会死亡却逃走，被害人因而死亡的案件而言，是由第一过失（危险创出）行为实现了可罚的过失伤害罪，由于第一过失行为发生致死结果的可能性高，救助的期待可能性小，故不属于这种情形。”〔44〕本文不赞成这种观点。其一，既然一般性的过失行为乃至无过失的先前行为，只要创造了具体危险，就能成为作为义务的来源，那么，已经构成过失犯罪的先前行为，更应当能够成为作为义务的来源。否则，就明显不公平。例如，甲的无过失行为造成了乙的伤害后，意识到不救助就会死亡但仍然不救助的，根据上述观点成立不作为的故意杀人罪。X的过失行为造成了Y的伤害后，X意识到不救助就会死亡但仍然不救助的，反而仅成立过失致人死亡罪。这明显不公平。其二，上述观点将不属于先前行为引起作为义务的情形作了限定，即可罚的先前行为造成致死结果的可能性高。但是，任何稍微重一点的伤害，只要不救助，都有可能致死，反之，即使相当严重的伤害，只要救助，也有可能挽救生命。如果认为只要结果可以归属于可罚的先前行为就否认后面的不作为，显然使不作为的成立范围过窄。其三，过失实施先前行为时，并不意味着救助的期待可能性小。是否具有履行义务的期待可能性，不是取决于先前行为是否可罚，而是取决于履行义务时的附随情形。

#### （四）故意犯罪行为能否成为先前行为

不管是认为故意犯比过失犯的违法性重（行为无价值论的观点），还是认为故意犯比过失犯的责任重（结果无价值论的观点），都只是表明二者是一种阶段关系或位阶关系，而不说明它们是对立关系。因为从违法角度来说，结果回避可能性是故意与过失的共同要件；从责任角度来说，他行为可能性是故意与过失的共同前提（或基础）。换言之，回避可能性是故意与过失的基础概念。所以，故意与过失之间的关系，是回避可能性的高低度关系，是责任的高低度关系，也是刑罚意义的高低度关系，因而是一种位阶关系。既然过失犯罪行为能使行为人具有作为义务，故意犯罪行为更能使行为人具有作为义务。〔45〕

诚然，当行为人没有任何违法阻却事由，基于杀人的故意将被害人砍成重伤，任其流血过多死亡时，当然只需要认定为作为的故意杀人罪。但是，基于以下几个方面的考虑，应当承认故意犯罪行为能够成为先前行为。

第一，承认故意的犯罪行为可以成为产生作为义务的先前行为，有利于实现刑法的协调。例如，甲意外地导致被害人重伤，明知如不抢救被害人就会死亡，但依然不抢救。如果满足其他条件（具有结果回避可能性与作为可能性），甲的行为无疑成立不作为的故意杀人罪。乙故意导致被害人重伤，明知如不抢救被害人就会死亡，但仍然不抢救，导致被害人死亡。如果否认故意的犯罪行为可以成为先前行为，对乙就只能认定为故意伤害罪。可是，与甲相比，乙的行为应当受到更为严重的否定评价和更为严厉的谴责。所以，只有肯定故意的犯罪行为也能成为产生作为义务的先前行为，才能肯定乙的行为也成立不作为的故意杀人罪，不致形成不协调的刑法评价。从不真正不作为犯的处罚根据来说，也能够得出相同结论。故意伤害行为导致被害人具有死亡危险时，如果行为人不救助，就完全符合不真正不作为犯的故意杀人罪的成立条件。从实质上说，行为人的先前行为制造了生命的危险，因而处于阻止生命危险的保证人地位，只要他能够阻止危险（如可以送往医院抢救）而不阻止，在具有避免死亡的可能性的前提下，就成立不作为的故意杀人罪。

第二，承认故意的犯罪行为可以成为先前行为，有利于解决正当防卫问题。例如，“行为人在登上某班机后，于机上安装了一枚定时炸弹，想要和其他乘客同归于尽。飞机上的其他人于飞

〔44〕 前引〔8〕，山中敬一书，第236页以下。

〔45〕 参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第259页以下。

机起飞后知悉此事，但无法找到炸弹，于是使用暴力逼迫行为人取出炸弹并解除设定。”在此例中，“机上的乘客可以用一切适当（有效）的方法来强制逼迫行为人说出炸弹之所在，此系属正当防卫权的行使。但这是只有在我们将后续的不作为也理解成不法时，才能够得出的结果。”〔46〕换言之，行为人安装了定时炸弹后，给法益带来了危险，具有解除的义务，不解除的行为就是不作为的违法行为，乘客当然可以实施正当防卫，迫使其履行义务（说出炸弹所在位置或解除炸弹）。如果认为先前安装定时炸弹的故意犯罪行为并不产生作为义务，那么，因为其作为形式的违法行为没有正在进行，就难以进行正当防卫。或许人们认为，正当防卫成立所要求的“不法侵害正在进行”，并不表示只能在行为时进行防卫，只要法益处于紧迫的危险之中，都可以进行防卫。所以，在安置炸弹之后，虽然安置行为已经结束，但在炸弹爆炸之前法益一直处于紧迫的危险状态，可以针对先前的作为进行正当防卫。可是，一方面，针对作为行为的防卫只能是使其不再作为，而本案中的防卫并不是让行为人不再作为，而是让其实施某种“作为”（说出炸弹所在位置或解除炸弹）。换言之，在上例中，行为人在安装炸弹之后，要通过其不作为（不解除炸弹）来实现其犯罪计划。所以，正当防卫的对象就应当是这个不作为，而不是先前的作为。〔47〕正因为如此，“德国文献才会发现，若要能够针对此一危险状态行使正当防卫，就必须先赋予作为的行为人排除此一危险状态的法律义务，之后才能针对他的不作为（让危险状态持续）来主张正当防卫。”〔48〕另一方面，对不作为犯的防卫限度明显不同于对作为犯的防卫限度。在上例中，不可能按先前安置炸弹的作为确定防卫限度。亦即，对不作为的防卫，以迫使行为人履行义务为必要限度。于是，在作为犯中，防卫行为可能是致人死亡的方法；但在不作为犯中，不可能是使行为人死亡的防卫方法。此外，对作为犯的防卫，只要制止了作为行为本身，就不能再防卫；但对不作为犯的防卫，只要行为人履行了义务，就不能再防卫。在上例中，只要行为人说出了炸弹的位置，就不能再防卫。所以，将先前行为作为防卫对象是不合适的，而要使不作为成为防卫对象，就必须肯定故意犯罪行为是产生作为义务的先前行为。

第三，承认故意的犯罪行为可以成为先前行为，有利于解决共同犯罪问题。例如，甲以杀人故意将被害人乙砍成重伤，随后，甲看到了乙躺在血泊之中的痛苦表情，顿生悔意，打算立即叫救护车。此时，无关的第三人丙却极力劝阻甲，唆使其放弃救助的念头，乙因失血过多而死亡。在此例中，如果否认故意的犯罪行为可以成为先前行为，就意味着丙不可能成立犯罪。如所周知，不作为犯实质上是身份犯，即负有作为义务的人才能成为不作为犯的正犯。丙并不负有作为义务，不可能成立不作为犯的正犯。根据限制从属性说的原理，只有认定甲的故意杀人行为产生了救助义务，其后来的不作为也属于杀人行为，才能认定丙成立不作为杀人的教唆犯。〔49〕

承认故意的犯罪行为可以成为先前行为，面临的障碍是罪数问题。

首先，可以肯定的是，承认故意的犯罪行为可以成为先前行为后，如果案件事实中的作为与不作为应当评价为两个行为，行为侵害了两个法益，行为人对两个法益侵害事实都具有责任时，应当实行并罚。例如，行为人违反森林法的规定，非法采伐珍贵树木，树木倒下时砸着他人头部，行为人明知或者应知不立即救助他人就会导致死亡结果，但未予救助。非法采伐珍贵树木是刑法第344条规定的犯罪行为，但第344条并没有就该罪规定死亡结果，换言之，造成死亡的行为以及死亡结果不能评价在非法采伐国家重点保护植物罪中。在这种情况下，应当将非法采伐珍贵树木的犯罪行为，视为导致行为人负有抢救义务的先前行为，从而视案情将不救助行为认定为

〔46〕 前引〔21〕，蔡圣伟书，第225页。

〔47〕 Vgl. , Kristian Kühn, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Verlag Vahlen 2000, S. 143.

〔48〕 前引〔21〕，蔡圣伟书，第226页。

〔49〕 同上书，第223页。

不作为的故意杀人罪或过失致人死亡罪，与非法采伐国家重点保护植物罪实行并罚。

其次，在许多情形下，即使承认故意的犯罪行为可以成为先前行为，也可能仅认定为一罪。例如，以作为形式故意伤害他人，在具有死亡危险的情况下不救助的，只能认定为一罪（一个故意杀人罪或者一个故意伤害致死罪）；再如，以作为形式故意杀人，在具有死亡危险的情况下不救助的，也只能认定为一个故意杀人罪。从结论上说，对上述行为认定为一罪是合理的，问题是如何说明理由。德国刑法理论认为，在上述案件中，故意的作为犯与不作为犯处于“不纯正竞合”的关系。其中，有学者认为，二者处于法条竞合中的补充关系；有学者认为后者属于“共罚的事后行为”；有学者认为属于行为单数，亦即，前阶段的作为与后阶段的不作为是一个单一的整体（行为单数）。〔50〕但是，其一，二者不是补充关系，因为前阶段的作为与后阶段的不作为触犯的法条并不是固定的，因而不可能归纳为补充关系。其二，不能一概认为后阶段的不作为都是共罚的事后行为或者不可罚的事后行为。这是因为，当前阶段的作为轻于后阶段的不作为，应当按照后阶段的不作为认定为犯罪。其三，将前阶段的作为与后阶段的不作为当作一个单一行为看待，也不完全合适。例如，甲故意杀乙，后来顿生悔意要叫救护车时，丙唆使甲不救助，最终导致乙死亡。承认故意的犯罪行为也能成为先前行为，目的之一就是为了认定丙成立不作为杀人的教唆犯。可是，如果将甲的前阶段的作为杀人与后阶段的不作为杀人当作一个行为，就不能认定丙成立教唆犯。因为在一个单一行为的犯罪中，教唆者不可能中途实施教唆行为。

本文认为，认定犯罪的单复，不只是取决于行为的数量与特性，还要取决于行为侵害法益的数量。一方面，当前阶段的作为与后阶段的不作为侵害的是同一法益时，理当以一罪论处。如前阶段的作为杀人与后阶段的不作为杀人，仅侵害了同一人的生命法益，只能认定为一罪。另一方面，后阶段的不作为所侵害的法益包含了前阶段的作为所侵害的法益时，仅认定一个重罪即可。例如，故意伤害他人后，产生救助他人的作为义务；如果不履行作为义务，导致他人死亡，对死亡结果具有故意的，仅认定故意杀人罪。因为生命法益包含了身体法益。

值得进一步讨论的是，甲以伤害故意实施伤害行为，在被害人具有生命危险时，能够救助却故意不救助，导致被害人死亡的，是仅认定为故意伤害（致死）罪，还是应当认定为故意杀人罪。在我国，故意杀人罪与故意伤害（致死）罪的法定刑相同（只是刑种的排列顺序不同），将甲的行为认定为故意伤害（致死）罪也能实现罪刑相适应。但应当肯定的是，从犯罪的性质来说，故意杀人罪重于故意伤害（致死）罪，只有将甲的行为认定为故意杀人罪，才能实现刑法的协调。例如，在上例中，认定甲的行为成立故意伤害（致死）罪的前提是：行为人对伤害具有故意、对死亡具有预见可能性。但是，如果与下列两种应当认定为不作为的故意杀人罪的情形相比，结论便一目了然。一种情形是：乙没有伤害的故意，但其前行为导致了足以致人死亡的伤害时，乙基于先前行为产生了作为义务，如果故意不救助，导致被害人死亡的，应认定为不作为的故意杀人罪。既然如此，对具有伤害故意的甲，更应当认定为故意杀人罪。另一种情形是，丙故意伤害他人时，对死亡结果没有预见可能性，在行为导致他人有生命危险时，能够救助而不救助的，对此，也应认定为不作为的故意杀人罪。既然如此，对死亡结果具有预见可能性的甲，更应当成立故意杀人罪。

#### 四、先前行为的作用范围

如所周知，德国、日本的刑法理论都只是在真正不作为犯的范围内探讨先前行为，认为先

〔50〕 参见前引〔21〕，蔡圣伟书，第251页以下。

前行为仅对确定不真正不作为犯的保证人起作用，而对确定真正不作为犯的保证人不起作用。但是，这种观点与做法存在疑问。

不言而喻，认为先前行为仅对确定不真正不作为犯的保证人起作用，源于真正不作为犯与不真正不作为犯的分类。德国、日本、韩国以及我国的刑法理论几乎没有争议地将不作为犯分为真正不作为犯与不真正不作为犯。但是，这种分类的标准究竟是什么以及是否合理，还是值得研究的。

德国与日本、韩国的刑法理论对不作为犯的区分标准并不完全相同，前者采取了实质的区分标准（实质说），后者采取了形式的区分标准（形式说）。

德国的通说认为，真正不作为犯是指仅仅没有履行法律所要求的义务的犯罪行为。诚然，如果实施了法律所要求的行为，就能够避免法秩序的否定评价，但是，立法者并没有将避免结果规定为不作为者的义务，也没有将特定结果的发生规定为构成要件要素。因此，真正不作为犯是行为犯的对物。与之相对，不真正不作为犯则要求保证人履行结果回避义务，结果的发生属于构成要件要素，违反结果回避义务的保证人，对构成要件的结果具有刑法上的答责性。因此，不真正不作为犯是结果犯的对物。<sup>[51]</sup>亦即，行为犯是只要有作为的举动就构成犯罪，而真正不作为犯是只要没有履行义务就构成犯罪；结果犯是基于作为造成构成要件结果的犯罪，而不真正不作为犯是因为没有履行义务造成构成要件结果的犯罪。例如，德国刑法第 323 条 c 规定：“行为人在发生不幸事故或者公共的危险或者紧急危难时，尽管要求和根据状况能够期待他进行救助，特别是不存在显著的自己的危险和不侵害其他重要的义务，却不予救助的，处一年以下的自由刑或者金钱刑。”<sup>[52]</sup>据此，成立本罪并不需要过问“能否避免‘结果’（如被害人的死亡）”；反之，“得到即将发生特定的重大犯罪的可靠情报的主管警官，在紧急状态下即使冒着生命危险也必须阻止犯罪，否则，他将作为该犯罪的帮助犯受到处罚。”<sup>[53]</sup>前者是真正的不作为犯，后者为不真正的不作为犯。正因为德国的通说是根据是否要求发生构成要件的结果来区分的，所以，德国学者认为，真正不作为犯与不真正不作为犯的称谓并不理想，其中，有的学者主张使用单纯的不作为犯与加重的不作为犯的概念，有的学者主张使用主要的不作为犯与次要的不作为犯的概念，有的学者主张使用无结果的不作为犯与有结果的不作为犯的概念。<sup>[54]</sup>

日本与韩国刑法理论的通说认为，刑法明文将不作为规定为构成要件要素的犯罪，是真正不作为犯；刑法没有明文将不作为规定为构成要件要素，行为人以不作为方式实施通常由作为实施的构成要件行为的，就是不真正不作为犯。<sup>[55]</sup>所谓将不作为规定为构成要件要素，是指规定了不作为的行为主体和对行为使用了“没有”、“不”之类的表示不作为的表述。例如，日本刑法第 218 条所规定的保护责任者遗弃罪的表现形式之一是，“对于老年人、幼年人、身体障碍者或者病人负有保护责任而……对其生存不进行必要保护”<sup>[56]</sup>，其中既有行为主体的规定，也有对不作为的表述，因而是真正不作为犯。反之，刑法并没有规定不作为的杀人罪，行为人以不作为方式杀人的，则是不真正不作为犯。

由于德国与日本采取的区分标准不同，所以，在日本被称为真正不作为犯的犯罪，在德国可能属于不真正不作为犯。例如，根据德国刑法第 315 条 c 第 1 款第 2 项 g 的规定，行为人在道路

[51] 参见前引 [6]，H. Jescheck/T. Weigend 书，第 605 页以下。

[52] 前引 [14]，《德国刑法典》，第 195 页。

[53] 前引 [6]，H. Jescheck/T. Weigend 书，第 606 页。

[54] 同上。

[55] 参见前引 [6]，团藤重光书，第 143 页以下；前引 [3]，山口厚书，第 74 页；[日] 大谷实：《刑法讲义总论》，成文堂 2010 年版，第 141 页；[韩] 金日秀、徐辅鹤：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社 2008 年版，第 466 页。

[56] 《日本刑法典》，张明楷译，法律出版社 2006 年版，第 60 页。



交通中,违反交通安全的要求,不使停止的或者不前进的交通工具保持可辨识的足够距离的,构成犯罪。就此行为而言,法条实际上规定了不作为犯的行为主体与不作为的行为。按照日本刑法理论的观点,本罪属于真正不作为犯,但按照德国学者的观点,本罪属于不真正不作为犯,<sup>[57]</sup>因为本罪的成立要求给他人的身体、生命或者具有重大价值的财物造成危险(结果)。

诚然,对不作为犯完全可以采取不同的标准进行不同的分类。但是,对事物的分类,每次只能采取一个标准,所以,我们不可能将实质标准与形式标准综合起来作为标准。如果要在实质说与形式说之间进行比较,本文认为,实质说的分类不可取。

首先,对事物分类是有目的的,从而对根据一定标准区分出来的子项进行不同的处理。如果按照所谓构成要件是否要求发生结果来区分不作为犯,那么,只要有行为犯与结果犯的区分即可。可是,不作为犯的最大问题在于,当刑法没有明文规定保证人(行为主体)时,如何确定保证人?这是德国实质的分类没有解决的问题。

其次,按照德国学者的观点,不真正不作为犯又可以分为两类:一类是刑法明文规定了行为主体与不作为内容的犯罪;另一类是刑法没有明文规定行为主体与不作为内容的犯罪。如上所述,德国学者认为其刑法第315条c第1款第2项g规定的是不真正不作为犯,但德国的刑法理论与判例均认为,下列行为成立不真正不作为犯:“引起事故的机动车驾驶人,应当使被害人接受医生的治疗。否则,他可能承担杀人罪的责任。”<sup>[58]</sup>可是,在行为主体与不作为的内容已经有明文规定的情况下,对其解释与认定就不存在问题;存在问题的是,刑法没有明文规定行为主体与不作为的内容的场合。不真正不作为犯的问题就在这里。而德国刑法理论所称的不真正不作为犯的问题,只是其中行为主体与不作为的内容没有被明文规定场合的不真正不作为犯的问题,亦即,只是部分不真正不作为犯的问题。这种将两种不同类型的问题归入到一类的做法,不利于问题的解决。

最后,认为真正不作为犯没有将危险或者实害作为构成要件要素是不合适的,换言之,真正不作为犯的既遂,仍以结果发生为要件,只是行为与结果同时发生而已。即使是采取二元论的罗克辛教授也认为,行为犯与结果犯的区分,只在是否需要查明因果关系(客观归责)方面具有意义。“否则,会引起误解。一方面,所有的犯罪都有结果,在行为犯的场合,行为人实现构成要件的行为本身就是结果。另一方面,在结果犯的场合,归责论意义上的结果必须被构成要件的行为所包含。因此,结果的分离只具有相对的意义。”<sup>[59]</sup>

所以,我国刑法理论采取了与日本、韩国相同的形式区分标准。<sup>[60]</sup>因为根据这种区分标准,真正不作为犯的构成要件符合性问题,不存疑问。刑法理论与司法实践必须探讨的问题是,不真正不作为犯的行为主体与义务内容,例如,面对落水儿童,哪些人的不救助行为成立不作为犯?这是真正不作为犯中并不存在的问题。

但是,日本、韩国和我国现行的分类依然存在疑问。按照形式的区分标准,凡是刑法分则明文规定了不作为的行为主体与不作为内容的就是真正不作为犯,所以,不需要确定行为主体(保证人);刑法分则没有做出如此规定,行为人以不作为实现通常由作为实现的构成要件时是不真正不作为犯,刑法理论与司法实践必须确定哪些人可以成为行为主体(保证人)。换言之,前者只是一个事实判断,后者是一个规范判断。

[57] 参见前引[6], H. Jescheck/T. Weigend书,第607页。

[58] BGH 7, 287, 288. 同上书,第607页。

[59] Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 330.

[60] 参见前引[2], 高铭暄等主编书,第76页;前引[2], 陈兴良书,第124页;前引[33], 张明楷书,第140页;曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第90页;等等。

可是,通过查阅刑法条文就会发现,即使刑法分则的某些条文明确规定了行为主体与不作为内容(真正不作为犯),司法实践仍然要规范地判断哪些人可以成为行为主体。如上所述,对于前述日本刑法第218条规定的保护责任者遗弃罪,日本刑法理论没有争议地认为是真正不作为犯。然而,哪些人是负有保护责任的人,仍然要根据有关不真正不作为犯的义务来源的原理进行规范判断。<sup>〔61〕</sup>易言之,完全可能基于先前行为,判断行为人是负有保护责任的人。“例如,实施业务堕胎的医生在排出的婴儿具有生存可能性时放置不管致其死亡的,在旅馆的一个房间给少女注射兴奋剂,使其处于错乱状态后而离去的,都是基于以先前行为为由的条理,而认定有保护责任。”<sup>〔62〕</sup>同样,我国刑法第261条也规定了遗弃罪,行为主体是“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务”的人,但是,对于行为主体与被遗弃者之间是否必须具有家庭成员关系,亦即,哪些人能够成为遗弃罪的行为主体,就存在明显的分歧。<sup>〔63〕</sup>结局是,仍然要根据有关不真正不作为犯的义务来源的原理进行规范判断。

再如,刑法第139条之一前段规定:“在安全事故发生后,负有报告职责的人员不报或者谎报事故情况,贻误事故抢救,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”本罪属于真正不作为犯,但其主体范围还是需要根据不真正不作为犯的义务来源予以确定。最高人民法院、最高人民检察院2007年2月28日《关于办理危害矿山生产安全刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条规定:“刑法第一百三十九条之一规定的‘负有报告职责的人员’,是指矿山生产经营单位的负责人、实际控制人、负责生产经营管理的投资人以及其他负有报告职责的人员。”即使有了这样的司法解释,“其他负有报告职责的人员”是指哪些人,依然需要规范的判断。如果承认危险的先前行为是作为义务的来源,那么,先前行为造成了安全事故的人员(即其行为已经构成相关安全事故犯罪的人员),就属于负有报告职责的人员。

基于以上分析,本文认为,应当在采取形式区分标准的前提下,进一步根据是否需要法官规范性地确定保证人这一标准,将不作为犯区分为三类:

第一,典型的真正不作为犯。刑法分则条文明文规定了这类犯罪的保证人与不作为内容,而且对保证人只需要进行事实判断。认定典型的真正不作为犯,既不存在确定保证人的困难,也完全符合罪刑法定原则。例如,刑法第311条规定:“明知他人有间谍犯罪行为,在国家安全机关向其调查有关情况、收集有关证据时,拒绝提供,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”本罪的保证人是明知他人有间谍行为并受国家安全机关调查的人,对此只需要进行事实判断即可(行为入是否知道他人有间谍行为并受国家安全机关调查),不作为内容是不提供有关情况与证据。

第二,非典型的真正不作为犯。刑法分则条文明文规定了这类犯罪的保证人与不作为内容,但对保证人需要进行规范判断。认定非典型的真正不作为犯,不存在违反罪刑法定原则的问题,但存在确定保证人的难题。如前所述,刑法第261条规定的遗弃罪的行为主体是“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务”的人,但其具体范围仍然要按照上述确定不真正不作为犯的保证人的原理进行规范的判断,属于本文所称的非典型的真正不作为犯。刑法第139条之一规定的犯罪也是如此。

第三,不真正不作为犯。刑法分则没有规定保证人与不作为内容,但行为人以不作为方式实现了通常由作为实现的构成要件。不作为的故意杀人、不作为的放火等是其适例。显然,将这种不作为认定为犯罪,既存在是否违反罪刑法定原则的问题,也存在如何确定保证人的问题。即使

〔61〕 参见〔日〕西田典之:《刑法各论》,弘文堂2010年版,第32页以下。

〔62〕 〔日〕大谷实:《刑法讲义各论》,成文堂2007年版,第71页以下。

〔63〕 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2011年版,第47页以下。

认为处罚这种不作为犯，并不违反罪刑法定原则，也必须规范地确定保证人的范围，并说明具备什么条件才能认定行为符合构成要件。

不难看出，不真正不作为犯与非典型的真正不作为犯的共同点是，二者都需要法官规范地确定保证人的范围。不同点是：（1）不真正不作为犯总是存在是否违反罪刑法定原则的疑问，而非典型的真正不作为犯不存在这一疑问；（2）不真正不作为犯的保证人的确定，不会直接受到刑法分则用语的限制。例如，刑法关于故意杀人罪与放火罪的表述，都不可能直接限制这两个罪的保证人的确定。但是，非典型的真正不作为犯的保证人的确定，直接受到刑法分则用语的限制，从我国刑法第261条的规定就可以清楚地看出这一点。例如，对于年幼的人仅负有教育义务的人，就不可能成为遗弃罪的保证人。

由此可见，只是在不真正不作为犯中讨论先前行为并不合适。应当承认，先前行为的作用范围既包括不真正不作为犯，也包括一部分（非典型的）真正不作为犯。换言之，在非典型的真正不作为犯中，危险的先前行为也能成为作为义务的发生根据。

---

**Abstract:** The duty to act should be determined by way of combining both the formalized examination based on law and the substantive examination based on substantive legal reasons. In the traditional classification of duties to act, the prior conduct is classified as a formalized duty under law (as the defendant of the omission offense is exact the actor commits the prior conduct), therefore, so long as the prior conducts are restricted substantially, certain prior conducts can establish the duty to act that entails criminal liability.

In China, the requirement of the “equal seriousness” of the omission and the commission by a positive act only means that an omission should also satisfy the constitutive requirements as prescribed by the criminal law. In the context of commission, the killing by a positive act is the cause of the death, and the defendant has control over such cause. Therefore, to establish an omission constitutes murder also requires the defendant has control over the cause of death. In this sense, it is right and acceptable to restrict the substantive requirement of a duty to act to the control over the cause. When the defendant commits a dangerous prior conduct and takes no positive measures to prevent the occurrence of the actual harm, he or she still has control over the cause. Specifically, if a prior conduct creates a source of danger to the legal interest protected by the criminal law, and the danger is so magnified that will be imminently materialized into actual harm without positive measures, the defendant has control over the cause of the actual harm.

Omissions, offenses with justificatory defenses, offenses of negligence and intentional offenses may all become the prior conduct which results in the duty to act. Dangerous prior conducts give rise to the duty to act not only for a derivative omission offense, but also for a non-typical genuine omission offense.

**Key Words:** offense of omission, duty to act, prior conduct

---