

内 容 摘 要

不
纯
正
不
作
为
犯
罪
研
究

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: X200108110

UDC_____

学 位 论 文

不纯正不作为犯罪研究

The study on Pseudo crime of omission

曹
禄
东

曹 禄 东

指
导
教
师
:
陈
晓
明
教
授

指导教师姓名: 陈 晓 明 教 授

申请学位级别: 硕 士

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交时间: 2004 年 11 月

论文答辩日期: 2004 年 月

学位授予单位: 厦 门 大 学

学位授予日期: 2004 年 月

答辩委员会主席_____

评 阅 人_____

厦
门
大
学

2004 年 11 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文而产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

无行为则无犯罪。行为有两种基本表现形式：作为和不作为。作为犯罪违反了刑法的禁止规范。不作为犯罪分为纯正不作为犯罪和不纯正不作为犯罪。纯正不作为犯罪违反刑法的命令规范，但不纯正不作为犯罪要复杂的多。

不纯正不作为犯罪是指以不作为方式实施的通常由作为方式构成的犯罪。我国刑法在总则中未对不纯正不作为犯罪作任何原则性规定，在分则中也没具体规定。但对不纯正不作为犯罪定罪处罚，仍为学说和判例所肯定。故对不纯正不作为犯罪的定罪处罚是司法实践中的一大难题。本文结合德国、日本、台湾和我国大陆学者的论述，对不纯正不作为犯罪作深入探讨。全文分为四章，第一章是不作为与不作为犯罪，主要讨论有关不纯正不作为犯罪的基本问题；第二章是不纯正不作为犯罪的作为义务，探讨不纯正不作为犯罪的作为义务来源和分类；第三章是不纯正不作为犯罪的因果关系，探讨因果关系的有无，不作为的原因力和因果关系判断；第四章是不纯正不作为犯罪的处罚，解决不纯正不作为犯罪的量刑及在立法中的完善。

关键词：不作为犯罪；不纯正；作为义务

厦门大学博硕士学位论文摘要库

Abstract

No deeds done means no crimes committed. Deeds have two basic forms. one is commission, the other is omission. Crimes of commission violate the preventive rule of the criminal law. Crimes of omission consist of genuine crime of omission and pseudo crime of omission. The former violate the command rules while the latter is much more complicated.

Pseudo crime of omission can be defined as the crimes committed in a omission way and often made up of commission methods. Neither any principle obligations of pseudo crime of omission was provided in general rules of china's criminal law, nor was any specific obligations in the branch law. Yet the conviction and punishment of pseudo crime of omission is still praised by theory and legal precedent. Therefore, it remains a difficulty in judicial practice. This paper, through the discussion by scholars in German, Japan, Taiwan and mainland China, makes a deep inquiry into pseudo crime of omission. This paper is made up of four chapters. Chapter one is about pseudo crime of omission. The basic problem concerning pseudo crime of omission is discussed. Chapter two talks about the commission obligation of pseudo crime of omission, whose obligation source and classification are probed. Chapter three deals with the cause and results of pseudo crime of omission, including the presence and absence of causes and results, the cause power and the judging of causes and results of omission. Chapter four concerns the punishment on pseudo crime of omission and solves the problem of measurement of penalty of pseudo crime of omission and the perfection in legislation.

Key word: crime of omission; pseudo; commitment to do

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

引 言	1
第一章 不作为和不作为犯罪	2
一、不作为的概念	2
二、不作为犯罪的概念与分类	4
三、不纯正不作为犯罪的客观构成要件	6
第二章 不纯正不作为犯罪的作为义务	10
一、作为义务论	10
二、法定的作为义务	15
三、职务上或业务上要求的义务	16
四、法律行为引起的作为义务	17
五、推定的作为义务	18
第三章 不纯正不作为犯罪的因果关系	22
一、不纯正不作为犯罪的因果关系	22
二、不纯正不作为犯罪因果关系的特点	25
三、不作为的原因力	26
四、不纯正不作为犯罪因果关系的判断	28
第四章 不纯正不作为犯罪的处罚	30
一、不纯正不作为犯罪与罪刑法定原则	30
二、不纯正不作为犯罪的量刑	32
三、不纯正不作为犯罪的立法完善	33
结 束 语	37
主要参考文献	38

厦门大学博硕士学位论文摘要库

Contents

Introduction	1
Chapter 1 omission and crime of omission	2
Section 1 concept of omission.....	2
Section 2 concept and classificati on of crime of omission.....	4
Section 3 objective component of pseudo crime of omission.....	6
Chapter 2 commission obligation of pseudo crime of omission	10
Section1 discussion of commission obligation.....	10
Section 2 commission obligation provided in law.....	15
Section 3 obligation required on duties and business.....	16
Section 4 inferred commission obligation.....	18
Chapter 3 relation of cause and results of pseudo crime of omission	22
Section1 there is or not relation of cause and results of pseudo crime of omission.....	22
Section 2 peculiarity of relation of cause and results of pseudo crime of omission.....	25
Section 3 the cause power of omission.....	26
Section 4 judge on relation of cause and results of pseudo crime of omission.....	28
Chapter 4 punishment on pseudo crime of omission	30
Section 1 pseudo crime of omission and principle of crime and measurement of penalty according to law.....	30
Section 2 measurement of penalty of pseudo crime of omission.....	32

Section 3 perfection of pseudo crime of omission in legislation.....	33
Conclusion	37
Bibliography	38

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引言

《检察日报》2002年4月30日第7版刊载刘荣庆、陈彦、孙永根的《吵架了，就可以不管妻子吗？》一文。该文介绍：2000年4月25日，天津市西青区王稳庄居民王春全与妻子王玉洁因家务事发生争吵，王玉洁气愤地跳进污水河中寻短见。王春全见状也跳进河中进行劝说，王玉洁不从。王春全随即独自上岸扬长而去。当公安民警和王玉洁亲戚赶到河边时，时间已去近一个小时，王玉洁已经死去。2001年，天津市西青区人民法院以故意（间接）杀人罪判处王春全有期徒刑6年。类似的案例，在近年来的司法实践中不断发生和曝光。

刑法理论上认为，无行为则无犯罪。而行为有两种基本形式：作为和不作为，王春全的行为显然属于不作为。不作为犯罪分为纯正不作为犯罪和不纯正不作为犯罪。纯正不作为犯罪违反了刑法的命令规范，而不纯正不作为犯罪的情况要复杂的多。我国刑法中并未对不纯正不作为犯罪作规定。追究王春全的不作为刑事责任的理由何在？行为人在何种情形下具有作为义务？不作为与危害结果之间有否因果关系？对不纯正不作为犯罪如何处罚？这都是摆在司法人员面前急待解决的难题。本文结合德国、日本、台湾及我国学者的论述，对不纯正不作为犯罪的概念和构成要件，作为义务的来源，不纯正不作为犯罪的因果关系及处罚等诸问题进行深入探讨，并在此基础上对立法的完善提出建议。

第一章 不作为和不作为犯罪

在着手研究不纯正不作为犯罪之前，我们首先要解决的是：什么是不作为？什么是不作为犯罪？什么是不纯正不作为犯罪？不纯正不作为犯罪的客观构成要件为何？

一、不作为的概念

不作为作为犯罪行为形式一种，很早就在刑事立法上有规定。早在古代刑法中，就有将“应为而不为”作为不作为犯罪予以严惩。例如：《史记》中有“令民为什伍，而相牧司连坐。不告奸者腰斩，告奸者与斩敌首同赏。匿奸者与降敌同罚”的记载。^①在秦朝，吏见知不举与同罪，即知情不举报的，与本罪同样处罚。集封建法律之大成的唐律，为了让人们包括官吏严格按照封建的典章制度及伦理道德行事，对应为而不为的作了更加细密的规定。^②根据犯罪活动所涉及的社会关系的不同，将不作为犯罪分为：1、行政人员失职的不作为犯罪，如“诸在官应直不直，应宿不宿，各答二十；通昼夜者，答三十。若点不到者，一点答十。”2、司法人员的不作为犯罪，如“诸罪人逃亡，将吏已受使追捕，而不行及逗留；虽行与亡者相遇，人仗足敌，不斗而退者，各减罪人罪一等；3、普通主体的不作为犯罪，如“闻期亲尊长丧，匿不举哀者，徒一年”。当然，封建专制的法律严刑峻罚，打击面太大，但应看到当为而不为能够带来的危害。因而不放弃对不作为的处罚，不失为后世可以借鉴的立法经验。

虽然古代的刑法规定了种种不作为构成犯罪的行为，但并未对不作为定义。近代开始，不作为犯罪才被当作一种刑法理论问题提出来。例如费尔巴哈最早把特定的义务同不作为联系起来，阐述不作为犯罪的本质特征。费尔巴哈指出：“不作为犯通常是以规定行为义务的特别法律根据（法律和契约）为前

^① 史记，商君列传。转引自侯斌。论不作为犯罪[J]。天府新论，1996，(3)：48。

^② 孙无忌等。唐律疏议。转引自古淑惠。论唐律中的不作为犯罪[J]。中国刑事法杂志，2004，(1)：114-116。

提的。无论什么人，欠缺这一根据都不能成为不作为的犯罪人。”^①但在个人主义和自由主义为中心的 19 世纪初期的行为，不作为犯罪仅视为违反法律规定或违反契约等义务的例外情形。直至 19 世纪后半叶和 20 世纪初，由于团体主义或全体主义抬头，重视社会生活相互扶助，对于不实施在社会生活所期待的作为，被认为违反公序良俗而违法，不作为犯罪的观念才逐渐普及，成为犯罪中的基本理论问题。

我国刑事立法中，也有涉及不作为犯罪的条文，如遗弃罪，隐匿邮件罪等。但并未使用过“不作为”一词。对于不作为如何定义，刑法理论界观点林立，众说纷纭，主要有：（1）刑法上的不作为，是指行为人负有实施某种特定法律义务，并且能够实行而不实行的行为；^②（2）不作为是指消极的行为，即应当履行某种特定义务而不去履行；^③（3）不作为是指负有防止某种危害社会结果发生的特定义务的人，在能够履行该种义务时，消极地不履行的行为；^④（4）所谓不作为是指行为人有义务且能够实行某种行为，消极地不去履行这种义务，因而造成严重的危害后果的行为。^⑤（5）刑法上的不作为，是指当为而不为，即行为人在意志支配下，违反命令规范，消极地不为法律所要求或期待的行为；^⑥（6）不作为是指身体静止，而不具运动外形之消极行为形态。^⑦

以上种种表述不作为的定义，都突出强调了不作为的成立同行为负有应当实行某种行为的义务紧密联系，这是正确的。不作为应当具有两个基本要素：“义务”和“没有履行义务”。但对不作为定义中的种种义务条件却是值得商榷的。

首先，作为与不作为，其实质的区别不在于动与静，而在于前者是违反禁止性规范，积极实行不应实施的侵害行为，后者是违反命令性规范或禁止性规范，有义务实行某种积极行为而不实行。不作为以行为人具有某种应为的特定义务为前提。这是不作为与作为的根本区别。从行动表现来看，不作为并非都

① 转引自陈兴良.刑法适用总论(上)[M].北京:法律出版社,1999.257.

② 高铭暄.刑法学原理(第一卷)[M].北京:中国人民大学出版社,1993.534.

③ 林准山.中国刑法教程[M].北京:人民法院出版社,1994.60.

④ 杨春洗等.刑事法学大辞书[Z].南京:南京大学出版社,1990.35.

⑤ 杨春洗,杨墩先.中国刑法论[M].北京:北京大学出版社,2001.54.

⑥ 何秉松.刑法教科书[M].北京:中国法制出版社,1993.140.

⑦ 林山田.刑法通论[M].台北:三民书局,1989.76.

是无所为,而只是有所不为,即当为而不为。例如:驾驶员发生交通事故后将受伤者隐匿致死亡,系不作为的间接故意杀人,但行为并非表现为静止状态。如果脱离法律性质而单纯从形式上的动和静来区分作为与不作为,甚至说某种犯罪既是作为又是不作为,那区分作为与不作为将毫无意义。其次,强调不作为不履行应尽义务的消极性或将不作为直接称为消极行为,也值得商榷。积极和消极是相对的,不作为大多数情况下固然表现为消极的行为,但也不排除积极的行为,如抗税罪、拒不执行判决裁定罪等只能由不作为构成的犯罪,往往以积极对抗的方式甚至暴力手段实施危害行为。再次,将不作为人的法定义务概括为“负有防止某种危害结果发生的特定义务”,有失妥当。在多数不作为构成犯罪的情形中,行为人以负有防止某种危害结果发生的义务为前提。但不作为犯罪中,行为人的义务不仅如此,还有其他。如偷税罪,其特定义务在于向国家缴纳税收,而不在于防止某种危害结果发生。最后,将不作为犯罪的义务界定为法律义务,也是片面的。同居的男女发生争吵,一方准备工具(农药)准备自杀,而另一方面却弃之不顾,造成死亡的后果。(如引言中的案例)双方之间并没有明确的法律义务,但司法实践中仍将弃之不顾的一方追究故意杀人罪的刑事责任。

因此,分析以上定义中存在的种种问题,笔者认为,不作为的定义应为:行为人负有实行某种行为的特定义务,并且能够实行而不实行的行为。这种表述更科学,既强调不作为的本质特征即能有实行某种行为的特定义务,又强调履行义务的可能性是不作为不可缺少的条件。没有将特定义务界定在法律义务范围之内,避免了先行行为发生的义务、道德行为产生的义务而构成不作为犯罪特定义务的来源的矛盾。

二、不作为犯罪的概念与分类

不作为与不作为犯罪是既有联系又有区别的两个概念。前者是危害行为的一种表现形式,后者则是以这种形式所构成的犯罪。因此,不作为是不作为犯罪的上位概念。

什么是不作为犯罪，德国学者耶赛克等认为：“不作为犯都是违反命令规范的行为。”^①德国刑法典第13条规定：依法有义务防止犯罪结果的发生而不防止其发生，且其不作为与因作为而实现犯罪构成要件相当的，依本法处罚。^②日本学者认为，所谓不作为犯，指由不作为实现犯罪的场合，其实行行为各构成要件是预定的不作为。与作为犯是违反“不得实施的”的禁止规范的犯罪相反，不作为是违反“必须实施”的命令规范的犯罪。所以，不作为犯的实行行为必须违反一定的作为义务。^③由以上定义可以看出，为了构成不作为犯，必须：（1）存在期待实施的行为，即存在某种命令规范；（2）有能力实施期待的行为，即有能力履行命令规范；（3）没有实施期待的行为，即没有履行命令规范。（4）没有实施期待的行为造成或者可能造成严重的后果，依法应受刑罚处罚。因此，不作为犯罪，就是故意或过失地不履行特定义务，造成或者可能造成严重后果，依法应受刑罚处罚的行为。

为了深入理解不作为的犯罪的实质，应对不作为犯罪进行种类划分。刑法理论上对不作为犯罪的分类主要有以下几种：一是两分法。将不作为犯罪分为纯正不作为犯罪和不纯正不作为犯罪。在我国刑法中，可以由不作为的行为形式构成的犯罪有两种类型，一种是只能由不作为构成的犯罪，理论上称之为纯正不作为犯；另一种既可以由作为构成，也可以由不作为构成。当行为人以不作为形式实施这种通常为作为犯罪的情形，理论上称之为不纯正不作为犯。二是三分法。未单独对不作为犯罪分类，而以作为和不作为形式为标准，对刑法分则中具体犯罪划分为三类：第一类只能以不作为形式构成的犯罪；第二类只能以作为形式实行的犯罪；第三类既可以以作为形式，也可以以不作为形式实行的犯罪。^④三是四分法，将不作为犯罪分为四类：一是只能由不作为形式构成的犯罪；二是既可以作为形式，也可以不作为形式实行的犯罪；三是同时包含作为和不作为两种形式的犯罪；四是不能单独成立，只能在共同犯罪中存在

① 转引自马克昌.比较刑法原理—外国刑法总论[M].武汉:武汉大学出版社,2002.181.

② 德日刑法典[Z].蔡墩铭译.台北:五南图书出版有限公司,1994.9.

③ 转引自马克昌.比较刑法原理—外国刑法总论[M].武汉:武汉大学出版社,2002.181.

④ 高铭暄.刑法学原理（第1卷）[M].北京:中国人民大学出版社,1993.547—548.

的不作为。^①

对不作为犯罪分类,目的在于揭示不作为犯罪的存在形式,并进而区分罪与非罪、此罪与彼罪等问题提供依据。因此,对不作为犯罪的分类,既要符合不作为的一般理论,又应有实际意义。

三分法从犯罪构成的角度将刑法分则条文中的具体犯罪分为三种类型,揭示了各种具体犯罪在客观行为上出现的形式特征。但不是对不作为犯罪的单独分类,而是对犯罪的分类。四分法中第一、二类实质同二分法。但其认为一种犯罪同时包含有作为和不作为两种形式,实际上是对不作为的误解。在有些不作为犯罪中,的确同时存在消极不履行义务和积极实行有关手段的情形,如抗税罪,行为人在不履行法定义务时,甚至对执法人员实施暴力行为。如前文所述,不作为与作为不是以静与动、积极与消极为标准来区分,将积极动作视为作为,消极静止视为不作为,从而认为这些犯罪是由作为和不作为两种形式构成的不作为犯罪,自然是不正确的。因此,笔者认为两分法即将不作为犯罪分为纯正不作为犯罪和不纯正不作为犯罪是可取的。因为两分法将不作为犯罪分为纯正不作为犯罪和不纯正不作为犯罪,其不仅全面概括了司法实践中所有不作为犯罪的存在形式,而且在这种分类基础上,可以对不作为犯罪形态的成立条件、量刑等问题作深入细致的研究。认真研究这种分类,有助于进一步了解不作为犯罪的本质构造,对准确定罪量刑具有十分重要的意义。在不纯正不作为犯罪中,不作为形式实施的危害行为,一般可以作为从轻处罚的情节考虑,因为不作为所体现的主观恶性较作为行为要轻一些。但是纯正不作为犯罪中,不作为形式实施的危害行为就不能作为从轻情节来考虑。^②

三、不纯正不作为犯罪的客观构成要件

不纯正不作为犯罪是指“以不作为形式而犯通常以作为形式的罪”。^③例如故意杀人罪,通常是以作为的形式实施的,但如对幼儿或危重病人在生活上故

^① 陈忠槐.论我国刑法中的不作为犯罪[C].全国刑法硕士论文荟萃(1981届—1988届).北京:中国公安大学出版社,1989.152.

^② 杨春洗,杨墩先.中国刑法论[M].北京:北京大学出版社,2001.55.

^③ 高铭暄.中国刑法学[M].北京:中国人民大学出版社,1989.99.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库