



当代法律科学文库

Research on Offense of
Non-typical Omission

不纯正不作为犯研究

李晓欧 / 著



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

D917
90

014261770

当代法律科学文库

当代法律科学文库

不纯正不作为犯研究

Research on Offense of Non-typical Omission

李晓欧 著



对外经济贸易大学出版社

中国·北京



北航

C1748925

12917
90

图书在版编目 (CIP) 数据

不纯正不作为犯研究 / 李晓欧著. —北京: 对外
经济贸易大学出版社, 2014

(当代法律科学文库)

ISBN 978-7-5663-1142-9

I. ①不… II. ①李… III. ①犯罪学-研究 IV.

①D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 194316 号

© 2014 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

不纯正不作为犯研究

Research on Offense of Non-typical Omission

李晓欧 著

责任编辑: 汪友年 毛飞琴

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

大恒数码印刷 (北京) 有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 155mm×230mm 11 印张 142 千字

2014 年 9 月北京第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5663-1142-9

定价: 29.00 元

前 言

19 世纪初，刑法学受自然科学分析方法的影响，不纯正不作为犯的研究才真正开始。其标志是“无不会产生有”这一思潮被引用到不作为犯。作为对于结果的发生有原因力，而不作为则没有这种原因力，这就产生了这样的疑问：怎么评价由不作为而导致结果的发生呢？不纯正不作为犯理论到底能否克服不纯正不作为犯与作为犯存在结构上的不同，今天仍需倾注一定的心力。不纯正不作为犯历来是刑法研究的难点，站在不同立场对不纯正不作为犯的诠释也各有不同，例如，主观主义者往往认为不纯正不作为犯并不违反罪刑法定原则，而客观解释论者则往往认为在立法没有明确规定的情况下认定不纯正不作为犯违反了罪刑法定原则。在我国目前对不作为犯罪尤其是不纯正不作为犯尚欠系统、体系化研究的情况下，一些基本问题的澄清就显得十分必要。究竟采取何种立场能够在不脱离我国犯罪构成理论体系的前提下，尤其在遵循罪刑法定原则的前提下，寻找到一条可以为司法操作提供有效指导的关于作为义务限定的理论标准呢？这正是本书重点探讨的内容。本书是为了明确解决有关不纯正不作为犯的诸问题，重点通过研究不纯正不作为犯的基础理论，提出不纯正不作为犯的等价性的判断标准。

目 录

第一章 不纯正不作为犯的理论概览	(1)
第一节 不纯正不作为犯的理论演变	(1)
一、罗马时期的不纯正不作为犯理论	(1)
二、中世纪教会法时期的不纯正不作为犯理论	(1)
三、启蒙时期的不纯正不作为犯理论	(1)
四、20 世纪以来的不纯正不作为犯理论	(2)
第二节 不纯正不作为犯的各国和地区立法概况	(6)
一、大陆法系各主要国家的立法概况	(7)
二、英美法系各主要国家的立法概况	(9)
三、我国的立法概况	(10)
第二章 不纯正不作为犯的基础理论探析	(13)
第一节 不纯正不作为犯的概念与构成	(13)
一、不纯正不作为犯的概念	(13)
二、不纯正不作为犯的构成	(16)
第二节 不纯正不作为犯的因果关系	(19)
一、不纯正不作为犯因果关系国外 各学说之具体考量	(19)
二、本书对不纯正不作为犯因果关系的诠释	(23)
第三节 不纯正不作为犯行为的特殊性	(25)
一、不纯正不作为犯与普通实行行为之差异	(25)
二、我国不纯正不作为犯实行着手 判断存在问题之解决	(33)
三、本书对不纯正不作为犯实行着手中 “危险”含义的界定	(43)

第三章 不纯正不作为犯与罪刑法定原则	(57)
第一节 罪刑法定原则的历史考察与推演	(57)
一、罪刑法定原则内容概述	(57)
二、不纯正不作为犯与罪刑法定主义的理论演变	(61)
第二节 不纯正不作为犯与罪刑法定	
原则关系的解析	(68)
一、不纯正不作为犯是否违反罪刑法定	
原则的各种观点	(68)
二、本书的观点——不违反说	(71)
第四章 我国不纯正不作为犯作为义务理论的	
反思与完善	(75)
第一节 不纯正不作为犯作为义务的沿革	(75)
一、形式的作为义务说	(76)
二、实质的作为义务说	(83)
第二节 我国不纯正不作为犯作为义务	
理论完善的构想	(102)
一、对形式作为义务与实质作为义务的评价	(102)
二、作为义务的形式限定与实质限定的统一	(108)
第五章 不纯正不作为犯的违法等价性标准	
在中国之推进	(115)
第一节 等价性理论构架的梳理	(115)
一、等价性理论的历史因缘	(115)
二、等价性理论的判断方法	(124)
第二节 我国不纯正不作为犯等价性	
判断标准的建构	(128)
一、对现有等价性判断标准的评析	(128)
二、社会相当性理论的历史演进	(129)
三、我国不纯正不作为犯应以社会相当性为	
等价性判断标准	(136)

第六章 我国不纯正不作为犯故意与认识	
错误理论的完善	(141)
第一节 不纯正不作为犯故意的实质	(141)
一、我国不纯正不作为犯故意认识要素	
内涵之完善	(143)
二、我国不纯正不作为犯故意意志要素	
内涵之完善	(146)
第二节 不纯正不作为犯中的认识错误	(152)
一、认识错误的概念	(152)
二、对我国不纯正不作为犯认识错误	
解决途径的建议	(154)
参考文献	(158)

第一章 不纯正不作为犯的理论概览

第一节 不纯正不作为犯的理论演变

一、罗马时期的不纯正不作为犯理论

具有今天不纯正不作为犯含义的犯罪行为在罗马法中也可以看到。例如：故意使人饿死和因未履行做完外科手术的义务导致病人死亡等，在罗马法中应予以处罚。前者是考虑母亲不给婴儿喂奶致使婴儿饿死的情况而规定的。在今天是以杀人罪的不纯正不作为犯处罚的典型事例。后者是做手术的医生在手术过程中，停止手术，丢下患者不管而导致其死亡，这也是成立杀人罪的不纯正不作为犯的事例。在罗马法里，处罚的是各个具体一定的不作为，处罚不作为犯的一般原则并没有在理论方面加以研究、确立。不管怎样，在罗马法时期还没有出现不纯正不作为犯的概念。

二、中世纪教会法时期的不纯正不作为犯理论

在中世纪教会法时代，提出有意义的作为犯观点的是托马斯·阿奎那。他得出不作为犯可罚性的原因在于不作为存在精神上的反抗这一意志要素。而且，罪的轻重依存于脱离善的程度，仅因作为比不作为脱离善的程度高，所以，作为应比不作为处以更重的刑罚。

三、启蒙时期的不纯正不作为犯理论

17 世纪中叶的马丁乌斯和 18 世纪初的克列斯则分别从因果

关系的观点提出了不作为与作为的等值问题。不过,在启蒙时期,对于等值问题的研究还是比较粗浅的。直到18世纪末的不作为犯论,对这个问题也没有研究明白。由于那时的学者对不作为的因果关系认为是明摆着的道理,所以没有对之进行深入研究。但应当明确的是,在这个时期,对于不纯正不作为犯的情况,在当时的法律和学说上已经被注意到了,只不过尚未独立成为一种理论而已。到了19世纪,由于人们开始怀疑不作为的原因力,才真正在理论方面研究不纯正不作为犯。

四、20 世纪以来的不纯正不作为犯理论

对作为义务的探讨取代了对因果关系的争执,不纯正不作为犯的理论转向了违法性说。有关不作为犯因果关系通说的观点由于从不防止结果上寻求不作为犯的原因力,即认为如果实施一定的行为,就不会发生相关的结果,故并未涉及主体的作为义务问题,而在大陆法系通行的犯罪论体系构架之下,因果关系被认为是构成要件符合性判断中的问题,作为义务又不能成为判断因果关系存否的标准,行为的因果性与作为义务的分离使得不纯正不作为犯理论关注的焦点——作为义务问题就转移到了违法性领域。由于违法性说主张,以作为义务为标准决定不作为的违法性,作为义务就成为问题的关键,作为义务的产生根据就成为不纯正不作为犯的理论中心。主张作为义务应属于违法性判断问题的学者主要有德国学者恩施特·贝林、M. E 迈耶及日本学者牧野英一等,如贝林认为,以不作为方式实施的作为犯即使未采取结果避免的不作为引起了结果,充足了实害犯的构成要件,这种不作为一般也不违法的,而只在特殊条件下才有违法性,此特殊条件即行为人具有作为义务。迈耶也认为,符合构成要件的作为,只要根据法规或法秩序不被认为是正当的,就是违法的;与此相对,符合构成要件的不作为,只要不是法规或法秩序所禁止的,就不是违法的。因此,不纯正不作为犯的领域原则与例外是倒过

来的。牧野英一则为作为义务是违法性要件提供了如下两点理论依据：第一，只要有作为义务，不管是什么人，在这种情况下，如果实施了和义务人应实施的一样的作为，就一定能防止结果的发生。所以，如仅从因果关系的问题来看，可以防止结果发生的人，无论他是否有义务，他的不作为对于该结果应该说都具有原因力；第二，与作为的情况对比来考虑，一定的作为在合法的情形下，之所以不为罪，并不是该作为与结果之间不存在因果关系，而是该因果关系在法律上不是违法的。所以，在不作为中，不作为的因果关系只能以生活中一般意义的因果关系来对待，违反义务的问题恰好可以判断该因果关系是否在法律上是违法的。

将作为义务理解为违法性判断中的问题推动不纯正不作为犯理论朝着两个方向发展：一是探寻作为义务的产生根据，二是阐释不纯正不作为犯与犯罪论体系的关系。在作为义务的产生根据上，除了传统的形式作为义务外（以法律、契约、先行行为、习惯法或条理等为依据），尤为引人注目的是实质的作为义务理论，该理论指责形式作为义务理论未能揭示作为义务的实质法理依据，并认为若仅仅依据形式的作为义务将使得刑法在不纯正不作为犯上不具有自己独立的违法性，于是在理论上便开始出现探寻作为义务的实质法理依据的学说，例如骚尔和基辛以“对于国家及成员害多于利”为标准判断不作为是否实质违法，基尔学派的夏夫斯坦因和丹姆则从“健全的国民感情”阐释不纯正不作为犯是否可罚。而在与犯罪论体系关系问题上，由于依据大陆法系通行的犯罪论体系，在通常情况下行为符合构成要件即可推定具有违法性，只要没有违法阻却事由便可判定其具有违法性，但为何在不纯正不作为犯情形中构成要件就不再具有违法性推定机能而必须进行积极地判断？对于该问题的思考直接促成了保证人说的提出。

保证人说因其将具有特别作为义务者称为保证人而得名，该说因为根据不纯正不作为犯是否具备作为犯的构成要件，以决定

其可否与作为犯等价从而具有相同的可罚性，因此又被称为构成要件说。保证人说首先由德国学者那格拉提出，在那格拉看来，法定构成要件并非表征行为与结果间的因果过程，构成要件行为之主要特征，在于其乃行为人意之表现，因此，惟有保证人之不作为才能实现作为之构成要件。至于犯罪构造上，不作为之原因力、违法性以及罪责，与作为无殊。这样，作为义务就不再是违法性问题，而是构成要件符合性阶段的问题。较之于以往的学说，保证人说具有如下两个特点：第一不纯正不作为犯的处罚应在构成要件符合性阶段处理，第二是以作为义务为媒介处理不纯正不作为犯与作为犯的等置问题。这种学说，受到格林瓦尔德、韦尔策尔等学者的支持和发展。保证人说在目前德国理论上的通说，同时也在司法实务中和立法上获得肯定。

阿明·考夫曼则在对保证人说批评的基础上提出“新保证人说”。新保证人说认为，不纯正不作为犯从本质上说是不作为犯而非作为犯，只不过它未被法规范类型化而已，在构成要件上不纯正不作为犯具备附加的构成要件要素——保证人地位，故不纯正不作为犯的构成要件并非附属于作为犯的构成要件，因此，不纯正不作为犯与作为犯的等价问题就不在于不作为是否以及在何种条件下能够实现作为犯的构成要件，而在于不作为如何实现本身的构成要件。这样，不作为犯的构成要件加上保证人地位即组成不纯正不作为犯之构成要件。可见，在新保证人说中，保证人地位独立地扮演着等价性要素的角色。新保证人说虽未成为德国刑法理论的通说，但却对大陆法系许多国家的刑事立法和司法实践产生了影响。

近些年来，大陆法系有学者在探讨法定作为义务认识错误时，又提出了分离理论。分离理论首先由德国学者施密特提出，该理论以那格拉的保证人说为出发点，将作为义务区分为保证人的地位和保证人的义务，但只把保证人地位当作构成要件要素，保证人的义务则从构成要件要素中分离出来而成为违法性的要

素。之所以作此等分离是因为，根据大陆法系通说的观点，行为人对构成要件要素存在认识错误时阻却故意，而对违法性要素的错误则不阻却故意，因此，若将作为义务认定为构成要件要素，当行为人对其存在认识错误时就一概阻却故意，但这样并非妥当，例如知道落水的人是自己的孩子但误以为父母无救助的义务与不知落水的人是自己的孩子而未予施救是不同的，前者系对违法性（保证人的义务）的认识错误因而并不阻却故意，而后者因系对构成要件（保证人的地位）的认识错误所以阻却故意，故认为有必要将作为义务区分为保证人地位和保证人义务，如施密特认为，保证人的义务所处的位置应在构成要件相符性阶段。从法律秩序的角度来看，认为是保证人的人实际意识到他的使命（义务）就属于故意。

但是，关于保证人义务的内容和范围应在违法性阶段来具体确定。因此，不作为人没有意识到自己是保证人就成为构成要件的错误。相反，保证人在保证义务的内容上产生错误，以及为了防止结果在适当的措施上有错误就成为禁止错误。保证人说极大地推动了实质作为义务理论的发展，在保证人说的推动下，德国刑法理论界进行了一场声势浩大的保证人实质化运动，其影响波及大陆法系许多国家和地区。这场运动的原动力在于刑法的自觉，在于刑法应该有自己独立的不法标准，其目的在于探寻保证人地位的实质法理依据。在这场运动中形成了形形色色的实质作为义务学说，其中，有着眼于不作为者与被害人之间关系的探讨方法，如佛格特和安德鲁拉斯基提出的“平面的社会群体关系学说”，贝尔汉科的“公共福祉”和“社会角色”学说，贝雷、沃夫和韦尔普等提出的依赖关系和信赖关系学说等即属此类；有的则着眼于不作为者与被害法益之间关系的探讨方法，在德国，有鲁道夫的“中心人物”理论、雅格布斯的“组织权”理论和许乃曼“实际支配”理论，在日本，则有日高义博的先行行为说、堀内捷三的具体依存说及西田典之的具体事实

支配关系说等。

随着不纯正不作为理论不断地向前演进,各个国家对不纯正不作为犯的处罚可以总结为以下三种:

第一种模式:以德国为例,只在刑法理论中规定不纯正不作为犯,并通过法官的解释实现与实践的协调。

第二种模式:以法国为例,只有法律明文规定的不作为犯才受法律处罚。

第三种模式:以美国为例,不纯正不作为犯的概念并不存在,通过作为义务来判断是否应对不作为犯的成立给予处罚。

第二节 不纯正不作为犯的各国和地区立法概况

就目前各国对不纯正不作为犯的处理方法而言,大体可以分为以下三种类型:

第一种类型,对不纯正不作为犯的处罚在立法上没有明确,是以作为犯的构成要件为基础,通过刑法解释上来处罚不纯正不作为犯。这一类型是以法律解释来解决处罚不纯正不作为犯和刑罚法规之间的矛盾。属于这一类型的国家有日本、德国、奥地利、瑞士、挪威等。在这些国家中,德国对不纯正不作为犯认定成立范围比较广,其他国家对不纯正不作为犯的成立范围有一定的限制。然而,德国也在反思这种扩张运用,1975年在刑法总则中设立了处罚不纯正不作为犯的规定,明确了等置条款,已经比以前对不纯正不作为犯的处罚有所限制。

第二种类型,理论和立法都不存在对不纯正不作为犯的规定,而只处罚不作为犯。属于这一类型的国家有法国、比利时等。

第三种类型,不把不作为犯区分为纯正不作为犯和不纯正不作为犯,只以法的作为义务为标准决定各个具体的不作为犯的处罚。属于这一类型的国家有英国、美国等。

一、大陆法系各主要国家的立法概况

(一) 德国的规定

目前,在大陆法系国家对不纯正不作为犯的规定较为完备者莫属德国。然而德国对此的规定也是几经变迁,其间受到不同学说的影响而变动的痕迹比较明显。随着“保证人”学说的兴起,认为不纯正不作为犯虽系由不作为而实现作为犯的构成要件,但并非所有不作为均可以与作为具有同等价值,只有在法律上负有防止构成要件该当结果发生义务的人,其有防止发生的可能,因其违反作为义务而不予防止,以致发生构成要件该当结果的情形下,其不作为始与作为等价。这种在法律上负有防止构成要件该当结果发生的义务,即为保证人义务。受此理论学说的影响,在1956年及1959年的刑法草案修正中均体现了保证人义务的旨趣。1956年草案与1959年草案与前几个草案都单独规定了先行行为类型,由于1927年草案中使用“危险”这一表述,具有不明确之处,因而在1956、1959年的草案中对之作了修改,即改为“以致结果发生有高度可能性者,或须担保防止急迫结果之发生者”。〔1〕

(二) 日本的规定

根据日本的通说,在法律明文规定处罚不作为犯时,对于作为义务的主体和内容大体上有了明确规定,这种不作为犯属于不纯正不作为犯。日本《刑法》第107条规定的不解散罪、第130条的不退去罪、第218条的保护责任者遗弃罪等就是其代表例。但是诸如杀人罪、放火罪等在文言上预想由“杀人”“放火”这种作为来实现构成要件,由不作为来实现时,就属于不纯正不作为犯。此外,在日本刑法学界关于不纯正不作为犯的立法,还有人主张在刑法各条及其他刑罚法规中一一规定分则规定模式。

〔1〕 洪福增·刑法理论之基础,台北:三民书局,1977:116。

（三）法国的规定

法国并不处罚不纯正不作为犯。关于伤害罪，法国《刑法》第32条规定：故意不抚养、保护未满15周岁的孩子，致使孩子的健康受到危害的人应予以处罚；由于不保护，超过20天，造成疾病或完全不能就业时，加重处罚。同时在该条中还规定，具有杀害故意的不保护以谋杀罪处罚。也正因为有这样详细的规定，所以，如果存在以不是规定在这一条中的其他不保护形态而造成伤害结果的情形时，无论是什么样的不作为都不能依本条处罚。这是法国的通说、判例。即，伤害罪的不纯正不作为犯不予处罚。例如，实际中就有这样的判例：母亲把已满15周岁的患有精神病的女儿长年关在黑暗的房间，致使女儿病情恶化。就是这种情形，母亲也不构成伤害罪。如果在这种情形中，母亲不保护的是未满15周岁的女儿，就符合《刑法》第32条第2款或第3款的规定，而在这个事例中，因为不保护的對象女儿已满15周岁，所以不符合《刑法》第32条的规定。由于不保护，已经造成了伤害结果，即使它不符合《刑法》第32条第2款或第3款的规定，但也可以说这已经构成伤害罪的不纯正不作为犯，但不纯正不作为犯本身是不可罚的。像前面的例子，实际就有这样的判例：某人既不将成年的精神病女儿送进医院治疗，也不看护，致使女儿病情恶化，对于这种情形，法院判该人构成过失伤害罪。如按这一判例理论，可以认为前面没有构成伤害罪的那个例子也同样可以判处过失伤害罪。〔1〕

（四）其他大陆法系国家的规定

与德国的历次刑法草案一样，韩国刑法典也明确把先行行为类型作为独立的作为义务来源类型明确加以规定。意大利刑法关于不纯正不作为犯的规定，是通过规定不作为的因果关系而加以体现的。意大利学说和判例往往仅承认形式的法的义务来源，但

〔1〕〔日〕日高义博．不作为犯的理论．王树平，译．北京：中国人民公安大学出版社，1992：8．

否定先行行为类型。俄罗斯现行《刑法》第14条规定：“犯罪的概念一、本法典以刑罚相威胁所禁止的有罪过地实施的危害社会的行为，被认为是犯罪。二、行为（不作为）虽然形式上含有本法典规定的某一行为的要件，但由于情节轻微而不具有社会危害性，即未对个人、社会或国家造成损害或构成损害威胁的，不是犯罪。”《西班牙刑法典》第10条、第11条包含了对不作为犯的规定。第10条规定：“蓄意或者过失的作为或者不作为为法律所处罚的，构成犯罪或者过失罪。”第11条规定：“当事人依法律规定负有特定的法律义务，但因过失而未能避免造成法益损害的违法行为，亦构成犯罪和过失罪。类似的，还包括：（1）依法或者因合同产生了特殊的义务。（2）先前的作为或者不作为有使法益处于危险状态的可能。”〔1〕

二、英美法系各主要国家的立法概况

英美法没有不纯正不作为犯这一概念。而是以“犯罪行为”和“法定作为义务”这两个要件来划定不作为犯的成立范围的。英国法律中有“Actus Reus”，美国法律中有“Criminal Act”这种犯罪行为概念。这一概念是复合行为概念，既包括作为又包括不作为。所以，认为成立不作为犯与作为犯是一样的，只是以法的作为义务来限制不作为犯的成立。关于作为义务，杰里米·边沁认为是一般救助义务。把不实施对于自己来说能够实施的救助生命的不作为看作是杀人罪的作为人。其后，托马斯·麦考莱以是仅仅违反道德上的义务，还是违反法的义务为标准，区分为不可罚的不作为和可罚的不作为。但是，麦考莱没有进一步具体探讨产生法的义务情况。在英国，第一个将产生法的作为义务的根据进行分类的是斯蒂芬。自此以后，关于在什么情况下产生法的作为义务进行了很多研究和探讨，大体上可以分为四类：法规、契约、事务管理、情理。在英美法中，一般不对纯正不作为犯和

〔1〕 西班牙刑法典，潘灯，译，北京：中国政法大学出版社，2004：4。

不纯正不作为犯加以区别,但通过判例可以看出对有些犯罪的惩罚包括了纯正不作为犯和不纯正不作为犯的情况。例如,在18世纪,法院曾对雇主因未供给雇徒食物及其他必需品如床褥等,或未照顾未成年之人如婴儿等处以轻罪。1862年美国法院则通过一则案例确立了一项原则,即凡是无法律上作为义务的人,均不成立不作为犯。该案例中因姐姐与其几位弟弟在一起,其中的一位有智力障碍,他们因疏忽未给这位有障碍的弟弟足够的衣服和食物,导致该弟弟死亡。该案经提起控诉后,法院以被告并无法律上提供食物与衣服的作为义务,而认定被告人不成立不作为犯。自此,关于不作为犯的成立,须有法律上的作为义务的原则,被确立下来。另外,在英美判例法中,如果因行为人疏忽而未尽其依法令或按其特殊身份地位应尽的作为义务,行为人也将与作为犯一样受到刑罚处罚。在英美法中,大部分以不作为方式实施的杀人行为,都定为过失杀人罪,但也有例外,例如对于父母不给无依无靠的婴儿提供食物致其死亡的行为,可以定为谋杀罪,这在英国《1938年杀婴罪法》也有明确规定。对于以不作为方式实施的侵犯人身犯罪的成立范围,英国刑法修订委员会建议,应该限于谋杀罪、过失杀人罪、故意重伤罪、非法拘禁罪、绑架罪、诱拐罪和加重诱拐罪。以不作为方式实施的犯罪除了可能构成上述犯罪外,还可能构成其他的犯罪。为了避免不作为犯罪成立范围的随意扩大,英美刑法后来也逐渐通过成文法的方式对不作为犯罪作出规定,例如,美国《模范刑法典》第2101条(3)款规定:“除非具有以下情况,否则不伴随作为的不作为不能作为犯罪刑事责任之基础:(a)规定该犯罪法律,明示不作为已足以构成犯罪;(b)除前款规定法,法律明确规定其有作为义务。”

三、我国的立法概况

(一) 我国历史上的立法概况

总结我国封建社会规定的纯正不作为犯的类型,有以下的