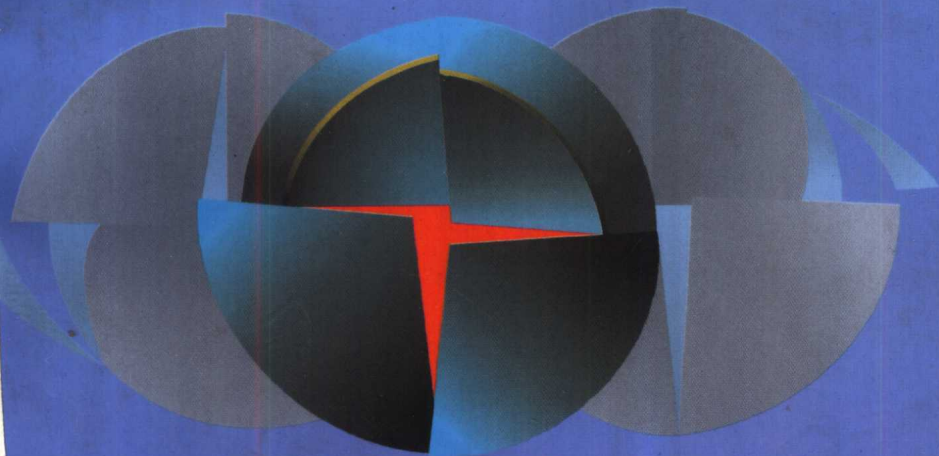


武汉大学
刑法学
博士文库

不作为犯 研究

BUZHUOWEIFAN

黎宏／著



武汉大学出版社

武汉大学刑法学博士文库

不作为犯研究

黎 宏 著

武 汉 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

不作为犯研究/黎 宏著. —武汉: 武汉大学出版社, 1997. 5

(武汉大学刑法学博士文库)

ISBN 7-307-02394-6

I. 不…

Ⅱ. 黎…

Ⅲ. 刑法—理论

Ⅳ. D914.01 D(9)60

武汉大学出版社出版

(430072 武昌 珞珈山)

湖北省荆州市今印集团有限责任公司

(434000 湖北省荆州市沙市区红门路桥尾)

新华书店湖北发行所发行

1997年5月第1版 1997年5月第1次印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 7.875 插页 2

字数: 201千字 印数: 1—2000

ISBN 7-307-02394-6/D·345 定价: 8.80元

本书如有印装质量问题, 请寄印刷厂调换。

《武汉大学刑法学博士文库》总序

《武汉大学刑法学博士文库》以出版武汉大学刑法学博士研究生的学位论文，促进刑法学的研究，扶植刑法学新生力量为宗旨。

刑法是国家的基本法律之一，刑法学是研究刑法所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的法律科学。它既有深邃的理论，又与司法实践具有极为密切的关系。所以刑法学的研究，一直为法学工作者所重视。1979年《中华人民共和国刑法》公布后，发表和出版了大量的刑法学论文和著作。80年代中期以后，几所法学院系招收了刑法学博士研究生，给刑法学的研究注入了新鲜血液。一些博士生年轻有为，思想敏锐，功底扎实，研究深入，所撰博士论文，对刑法理论的研究具有相当深度。一本一本的博士论文出版成书，使刑法学的研究生机勃勃，呈现更加繁荣的景象。

武汉大学刑法学博士生是从1982年开始招生的。这些博士生都很注意学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。但由于学术著作出版较难，致使有些论文未能付梓；研究成果无法与读者见面，实在令人惋惜。有鉴于此，遂筹措刑法学基金，用于资助优秀刑法学博士论文的出版。同时考虑到过去我们的几位博士生虽然出版了几本博士论文，但由于各自为战，分散在不同的出版社出版成书，未能集结一起，形成一股学术力量，因而与武汉大学出版社洽商，设立《武汉大学刑法学博士文库》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版两本刑法学博士论文，积土成山，集腋成裘，经过若干年，便可形成一套洋洋可观的丛书，

为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武汉大学刑法学博士文库》，由武汉大学法学院法律系刑法学教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。希望我们的刑法学博士生，在攻读博士学位期间，认真学习，刻苦钻研，锐意进取，勇于探索，写出高质量的博士论文，使这套文库不断有优秀著作问世。

最后需要说明：《武汉大学刑法学博士文库》是由刑法学基金资助，在武汉大学出版社大力支持下出版的。刑法学基金是关心我校刑法学发展的校友、校外有识之士与刑法教研室的老师捐款成立的。没有这些同志的资助和出版社的支持，就没有这套文库的出版。对于他们的贡献，我们会铭记于心，永志不忘。这里谨向为建立刑法学基金出资出力的同志们和武汉大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

1997年春于珞珈山

前 言

不作为犯论在刑法学的领域中，从来都是一个引人注目的难题。在过去，关于不作为犯的行为性及不作为犯的因果关系问题，曾像一个幽灵一样，缠绕刑法学者们达一两个世纪之久。现在，不作为犯与罪刑法定原则的关系问题，不真正不作为犯的作为义务及不作为犯的立法问题等又以同样的面孔出现，让刑法学的研究者们心悸不已。

的确，同任何一门科学的建立都有一个不断改造、不断完善的过程一样，刑法学也面临着同样的问题。尽管现代刑法学已经以故意的作为犯为中心，建立了一个试图容纳一切可能出现的现象和问题的庞大体系，但是，对于不作为犯，它却仍显力不从心。众所周知，人在现实世界中的身体活动，如果在一定的标准上进行分类，不外乎两种，一是作为，二是不作为。关于作为，由于现代刑法体系是以其为标准而建立的，因此，关于其存在的论证均不成问题；而与其相对的不作为，由于现代刑法学中的一切现象及规定在不作为犯中都是以相反的形式表现出来的（考夫曼语），因此，如何将不作为犯这种形态纳入到以作为犯为中心的现代刑法学体系中来，这便是现代刑法学所面临的一大课题。而且，可以这么说，只要人们不放弃对刑法学体系的完善性及科学性的追求和努力，来自不作为犯的干扰便暂时不会消失。

在我国的情况也是如此。不作为犯的研究一直是刑法学研究中的一个重要课题。近年来，已有几篇以不作为犯研究为题的硕士论文通过答辩，另有不少的论文见诸报刊。特别是1992年末，

人民法院出版社出版了青年法学博士熊选国的专著《刑法中行为论》，其中对不作为犯作了较详细的论述，基本上反映了我国刑法学中目前对不作为犯研究的现状。从这些论著来看，我国的不作为犯的研究还是相当活跃、有生气的。但是，由于囿于资料的局限，总的来说，在许多方面尚无突破性进展。而且，近年来，随着我国社会形势的迅速发展及法制建设水平的进一步提高，不作为犯问题也正在由纯理论问题向现实问题转变。司法实践中的许多问题亟待人们用不作为犯论分析解决；同时，不少人还呼吁在刑法中增设不作为犯条款，因此，研究不作为犯，对于完善刑法理论及指导司法实践均具有重要意义。基于这种考虑，笔者便利用在国外留学的近水楼台之便，完成了这部专著。

我在本书的写作过程中，主要留意到了以下几点：

一、理顺主次，突出重点。关于不作为犯的问题，从过去到现在，遗留较多，几乎刑法中的每个基本原理都同其有瓜葛。但是，从目前来看，人们比较给予关注的是不作为犯与罪刑法定原则的关系问题、不真正不作为犯的作为义务问题及不作为犯的立法问题。这几个问题不仅在理论上处于一发全身之势，更主要的是，它乃是目前的司法实践中所面临的急迫问题。因此，笔者在这几个问题上，着墨较多。另外，笔者在对重点问题的论述过程中，对于众所周知、已成常识的内容只一笔带过，而尽量引述新材料，论证新问题。例如，在作为义务的发生根据部分，那几种情况在我国几乎所有的不作为犯专题论文中都要论及，且内容一致，故本书只作简单介绍，没有详细展开。

二、注重比较研究。不作为犯问题并非我国刑法理论及司法实践中所固有的问题，这从其在我国的刑法教科书及司法判例中所占比重便可明白。而且，以我国刑法的固有观念也绝对不会产生出复杂的不作为犯理论来。只是，随着我国法制建设的进一步完善，对犯罪人的定罪量刑必须准确细致的要求出现之后，这个问题才进入到了我们的视野中来。因此，仅从这一意义上讲，对

不作为犯的研究和处罚可以反映出—个国家的法学理论和法制建设的现状来。在德、日等法制较完备、司法人员水准较高的国家中，对于不作为犯的研究及审判的历史较早，留下了许多珍贵的资料。这些资料基本上反映了现代不作为犯论的实际状况及发展趋势。研究和借鉴这些材料，结合我国的理论及司法实际，进行比较研究，可以少走许多弯路。因此，笔者在本书中，大量引用了德、日等国的判例及论文文献。

三、强调联系实际。由于我国的现行刑法中，对不作为犯缺乏明文规定，而且司法部门也没有作这方面的司法解释，因此，笔者为了避免理论研究中的无的放矢之失，便专辟一章案例分析，以尽量减少本书中的纯书卷之气。

由于作者在写这部书时，身在异国，国内消息较为闭塞；加之这边大学课程繁忙，时间紧迫，因此，书中疏漏一定不少，欢迎大家不吝指教。

作 者

1995 年 8 月于日本京都下鸭河畔

目 录

前 言	(1)
第一章 序 论	(1)
第二章 不作为犯概说	(14)
第一节 作为犯和不作为犯	(14)
一 作为犯和不作为犯区别的一般学说	(14)
二 对上述学说的评价	(20)
三 作为犯和不作为犯的区别标准	(23)
第二节 不作为犯的概念、分类及结构	(29)
一 不作为犯的概念	(29)
二 不作为犯的分类	(33)
三 真正的不作为犯	(41)
四 不真正不作为犯	(47)
第三章 不作为犯与行为理论	(53)
第一节 行为学说与不作为	(53)
第二节 我国刑法学中不作为犯的行为性问题	(61)
一 新的行为概念的提出	(62)
二 新的行为概念可能引起的争论	(67)
三 不作为犯的行为性的说明	(70)
第四章 不作为犯的因果关系	(72)
第一节 国外不作为犯因果关系学说	(72)

一 肯定说	(73)
二 否定说	(75)
第二节 我国不作为犯因果关系论的评述	(78)
一 积极说	(78)
二 消极说	(81)
第三节 不作为犯因果关系的分析	(83)
 第五章 罪刑法定原则与不作为犯	(87)
第一节 罪刑法定原则	(88)
第二节 不真正不作为犯的规范结构	(92)
一 不真正不作为犯和法规范的关系	(92)
二 刑法规范的复合性	(94)
三 不真正不作为犯的规范结构	(96)
四 不真正不作为犯的规范结构和罪刑法定主义的关系	(97)
第三节 明确性原则和不真正不作为犯	(98)
一 明确性原则	(98)
二 明确性原则与不真正不作为犯	(102)
 第六章 等价值性和作为义务的理论	(109)
第一节 等价值性说	(109)
一 等价值性说的缘起及意义	(109)
二 等价值性的判断标准	(111)
第二节 作为义务论	(122)
一 形式的作为义务论	(122)
二 实质的作为义务论	(127)
第三节 我国刑法中的作为义务说	(137)
一 作为义务的概念	(137)
二 作为义务的发生根据	(140)
三 对作为义务论的评述	(144)

第七章 作为义务之我见·····	(157)
第一节 作为身分犯的不真正不作为犯·····	(157)
一 作为义务的实体·····	(159)
二 作为义务内容的确定·····	(162)
第二节 目说的展开·····	(166)
第八章 不作为犯判例理论的特征·····	(172)
第一节 用不作为手段杀人的案例·····	(174)
第二节 交通肇事后逃跑行为的案例·····	(180)
第三节 判例的理论及特征·····	(191)
一 判例的理论·····	(191)
二 判例分析中的问题·····	(193)
第九章 不作为犯的立法论·····	(200)
第一节 各国对于不作为犯的处理办法·····	(200)
一 不作为犯处罚的三种类型·····	(200)
二 我国刑法中的不作为犯·····	(203)
第二节 总则规定的立法方法·····	(208)
一 联邦德国刑法中不真正不作为犯的规定·····	(209)
二 日本刑法改正草案中不真正不作为犯的规定·····	(213)
三 几点结论·····	(217)
第三节 分则规定的立法方法·····	(221)
一 分则中立法的理由·····	(221)
二 分则立法的方法·····	(226)
第四节 不作为犯立法之我见·····	(228)
主要参考文献·····	(235)
后 记·····	(239)

第一章 序 论

不作为犯研究的复兴,在大陆法系的国家中,是20世纪60年代以后的事情。在18世纪,以德国刑法学者费尔巴哈的《刑法教科书》为蓝本而建立起来的近代刑法学体系基本上是以故意的作为犯为中心而展开,并且有关犯罪的各种学说也主要是局限于此,对过失犯和不作为犯则鲜有研究。第二次世界大战结束以后,由于现代科技文明的迅速进步,社会生活中的危险行为与日俱增,特别是现代交通事业的迅猛发展,飞机、火车、轮船等现代交通工具巨大而快速,在大大地为人民生活提供方便的同时,也给社会带来了众多巨大的危险源。因此,人们对于过失犯罪的问题日益重视,有关过失犯罪的问题也被一个接一个地提出来。与这种社会发展的实际需要相适应,过失犯罪的研究空前繁荣,过失构造论、过失的违法性、结果回避可能性和结果预见可能性,还有新过失犯罪论及恐惧感说、信赖原则等各种新名词、新概念在刑法学界喧嚣尘上,盛极一时。可以说,对于过失犯的研究,刑法学者们投入了极大的精力和热情。而与此相对,同过失犯一样被置于故意的作为犯的阴影之下的另一犯罪形态——不作为犯,则“门前冷落车马稀”了。

改变不作为犯研究的这种冷清局面的是德国学者阿米·考夫曼(Arimin Kaufmann)的一本书。考夫曼在1959年写的教授就

职论文——《不作为犯的理论》中，从目的行为论的立场出发，分析了作为和不作为的存在构成上的差异，提出了自己独特的不作为犯论。在该书中，他还提出了著名的逆转原理(Umkehrprinzip)，即作为犯中的各种问题，在不作为犯中以相反的形态体现出来。这本书出版之后，学者们便对其中所提出的几个论点，开展了热烈的争论。这样便掀起了不作为犯研究的高潮。在考夫曼的《不作为犯的理论》出版之后，十多年间，德国便有8本关于不作为犯的专著问世，另外还有大量的论文。

受德国刑法学研究的影响，日本学者在60年代中叶之后也大力开展了对不作为犯论的研究，并且在70年代末便有两本著作问世，这便是堀内捷三教授的《不作为犯论》和日高义博教授的《不真正不作为犯的理论》。最近，神山敏雄教授也出版了大部头的专著《不作为犯的共犯》。因此，从德、日两国关于不作为犯研究的契机来看，与过失犯是由于司法实践的迫切需要而引起理论变革的情况相反，有关不作为犯的研究完全是由于人们对纯粹的刑法理论体系的完整性的追求而引起的。

二

尽管一般认为不作为犯理论发展的开端是19世纪，但是，对于不作为犯的处罚则是很久以前的事情。例如，在古罗马法中，对于故意使人饿死和因未履行做完外科手术的义务而导致病人死亡的情况都予以处罚。这便是今天所说的杀人罪的不真正不作为犯的典型事例。前者是考虑母亲不给婴儿喂奶致使婴儿饿死的情况；后者则是做手术的医生在手术过程中，停止手术，丢下患者不管而致其死亡的情况。而在我国古代，有关这方面的规定则更多。例如，秦始皇三十四年制曰：“吏见知不举，与同罪”。规定官吏知情不举要与本罪同罚。更有甚者，秦王朝为了加强同犯罪作斗争，还规定了对杀伤人不救援者也要负刑事责任。如《法律答问》载：

“贼入甲室，贼伤甲，甲号寇，其四邻、典、老皆出不存，不闻号寇。问当论不当？审不存不当论；典、老虽不存，当论”。这样，把四邻、典、老都划入不救助罪的范围。到了唐朝，关于不作为犯的处罚便更加广泛。如户婚律二十：“诸部内有旱涝霜雹、虫蝗为害之处，主司应言而不言及忘言者，杖七十”。户婚律二十二：“诸里正，依令授人田，课农桑，若应受而不授，应还而不收，应课而不课，如此事类违法者，失一事，笞四十；……三事加一等”。职制律六：“诸之官限满不赴者，一日笞十，十日加一等，罪止徒一年”。以上都是处罚“应为而不为”的立法方式。此外，唐律中还有很多关于人们怠于通报或救助的犯罪。例如，捕亡律六：“诸邻里被强盗及杀人，告而不救助者，杖一百；闻而不救助者，减一等；力势不能赴救者，速告随近官司，若不告者，亦以不救助论”。又如斗诉律五十九：“诸强盗及杀人贼发，被告之家及同伍，即告其主司，若家人，同伍单弱，比伍为告。当告而不告，一日杖六十”。唐律在斗诉律和职制律中还规定了长官不通报属官的犯罪及属官对于在外长官的犯罪不申报，同上级长官者均予处罚，减轻其刑。此外，唐律中还有关于不救助罪的处罚规定。如杂律四十五：“诸见火起，应告不告，应救不救，减失火罪二等。其守卫宫殿、仓库及掌囚者，皆不得离所守救火，违者杖一百”。

在中世纪教会法时代，提出有意义的不作为犯观点的是托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas)。他认为不作为犯可罚性的原因在于不作为中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。因为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^①。

近代刑法及刑法理论由于是以个人主义、自由主义为中心，因此，所说的犯罪也多指侵害权利及侵害法益而言。关于犯罪的规

① 日高义博：《不真正不作为犯的理论》，庆应通信股份公司1979年版，第17页。

定也多侧重于作为犯罪，而对不作为犯罪则极少关注，仅就违反法律的规定或违反契约义务的行为，例外地认定其具有违法性。及至现代，由于刑事政策中强调集体安全，立法思潮也注重社会连带责任，因此，关于犯罪的本质，也已不限于侵害法益或权利，而扩及于违反个人对社会所应承担的义务上。作为这种变化的体现，刑法对于犯罪的规定，不仅仅只规定作为犯，还规定了不少的惩罚人们不履行一定义务的不作为犯。常见的有：不退出罪、不解散罪、不保护罪等。之外，有的国家还规定了不救助罪及不通报罪。如联邦德国刑法第 330 条 C 规定：“意外事故或公共危险或急难时，有救助之必要，依当时情况又有可能，尤其对自己并无显著危险且不违反其他重要义务而不救助者，处一年以下自由刑或并科罚金。”其他如法国、意大利等国的刑法典中也有类似规定。除了上述明文设定犯罪的情况之外，有的刑法对于不履行一定义务而引起与作为犯罪相当的危险的行为也明文规定了应与作为负相同的刑事责任。如联邦德国刑法第 13 条（由于不作为之遂行）规定：“一、对属于刑罚法规所规定构成要件之结果，不防止其发生者，依该法规处罚之；但以依法必须保障不发生结果，且其不作为与因作为而实现法定构成要件之情形相当者为限。二、不作为犯之刑，得依第四十九条第一项减轻之。”

我国是新型的社会主义国家。在我国，人民的利益和国家的利益根本一致，他们之间不存在任何对立和牵制关系。表现在法律上，便是彻底地贯穿着权利与义务一致的原则。因此，在我国刑法中也有大量的不作为犯的规定，其中包括第 157 条的拒不执行判决裁定罪，第 163 条的私藏枪枝弹药罪，第 183 条的遗弃罪及《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中拒不说明巨额财产合法来源罪和隐瞒境外存款罪，还有《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第 4 条的规定（对犯罪人员和犯罪事实知情的直接主管人员或者仅有的知情的工作人员不依法报案和不如实作证的犯罪）等。另外，还通过大量的混合犯罪构成，即在同一种犯罪构

成中同时规定作为和不作为两种情况，列举众多的不作为犯罪。如第121条的偷税、抗税罪，第114条的重大责任事故罪，第182条的虐待罪，第188条的徇私舞弊罪等，在这些犯罪中，都明文规定了作为和不作为两种情况。它们表明了我国刑法对不作为犯罪的重视和打击。

三

对不作为犯的理论进行系统研究，是19世纪以后的事情。最早对不作为犯罪的特征及成立要件作一般意义上的考察的是威斯特法（Westphal）。他认为，用不作为的形式也可以进行犯罪，并且用不作为形式进行的犯罪，都必须以行为人具有某种不能松懈的义务为前提^①。但是，在他的学说中，对于特别的作为义务的发生根据没有说明。而且，他还主张所有的不作为犯的处罚都应当比作为犯轻。这是因为他没有认识到真正的不作为犯和不真正的不作为犯的区别的缘故。但是，就德国现行刑法中的关于不作为犯的处罚得轻于作为犯的规定来看，不得不说，威斯特法的见解有其合理性和先见性。

最初确立不作为犯中作为义务发生根据的一般原则的是费尔巴哈（Feuerbach）。他认为，不作为犯的成立，必须有法的根据作为作为义务的前提。这种法的根据，他认为有法规和契约两种。这一见解，成了整个19世纪德国刑法学说中的通说。在费氏的学说中，对于不作为的违法性和可罚性进行了详细的探讨，但是对于不作为行为同结果之间的关系问题，则只字未提。对于这一现象，后世的学者们推测，对于费尔巴哈及其同时代的学者们来说，不作为行为可以引起危害结果的发生，这是不争自明之理；另外，当

^① 大森英太郎：《刑法中的不作为的概念》，载《法学》第4卷第10号，第4页以下。

时的学者们，大概也没有考虑到不真正不作为犯即以不作为实施的作为犯的成立要件问题^①。

不真正不作为犯的观念，即用不作为来实施通常以作为形式实施的犯罪，最初是鲁登（Luden）所提出。他首先将犯罪区分为作为犯和不作为犯，同时也注意到作为犯罪也可以用不作为的形式来实施。这样他便将不作为犯中固有意义的不作为犯（真正的不作为犯）和以不作为的形式犯作为犯の場合（不真正的不作为犯）区别开来^②。

本来，关于不真正不作为犯，也被认为和作为一样，可以引起同样的结果，即，不作为和结果之间的关系是被肯定的。但是，那时候不作为被理解为“静止”，“静止”意味着“无”，“无”不能生“有”，因此，不真正不作为犯既然为“无”，何以能像作为一样产生“有”即犯罪结果呢？因此，自鲁登以后，有关不作为犯的理论，基本上是以不作为犯的因果关系为中心而展开的。

不作为同结果之间的因果关系，迄今为止已有各种各样的学说。在赞成不作为自身中包含有对结果的原因力的学说中，鲁登时代，是根据行为人进行的他行为中存在引起结果发生的原因力来作说明的。之后，又出现了先于不作为的行为对于结果的发生具有原因力的观点。再之后，有人又提出，不作为行为中之所以存在原因力是因为不作为人的心理状态上存在着使结果发生的原因力。之后，又出现了一种较为流行的观点即只有在作为义务存在的场合，不作为和结果之间才存在着因果关系。但是，这种学说又容易将不作为的违法性和因果关系问题混为一谈，导致在判定行为的因果关系时，首先得先判断该行为是否违法。因此，现在在德、日刑法中，关于不作为的因果关系的一般看法是：行为的因果关系和违法性必须在理论上分开来论。在谈到不作为的因

①② 江家义男教授：《刑事法论文集》，早稻田大学出版部1959年版，第6、8页。