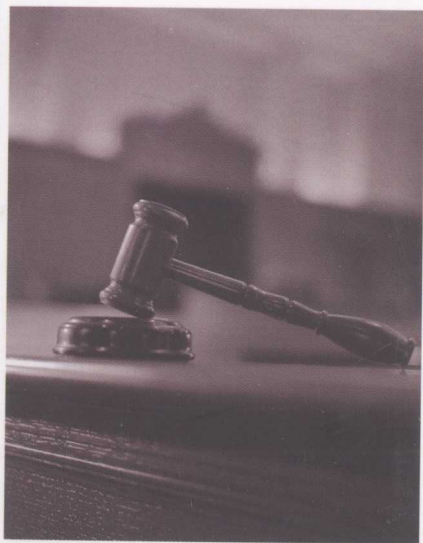


BUZHENZHENG BUZUOWEIFANYANJIU

不真正

不作为犯研究

BUZHENZHENG BUZUOWEIFANYANJIU



■ 李金明 著



中国人民公安大学出版社

中国图书馆分类法 (GDP) 第五版

中国公安大学图书馆：北京——李金明著

2008.6

不真正不作为研究

中国图书馆分类法 (GDP) 第五版

李金明 著

不真正不作为研究

RESEARCH ON QUASI-NON-ACTION

李金明 著

出版发行：中国公安大学出版社

地址：北京市西城区木厂地北大街

邮政编码：100038

电话：010-63881111

网址：http://www.gapub.com

版次：2008年6月第1版

印次：2008年6月第1次

字数：11.152

开本：280毫米×1730毫米 1/32

印张：252

印数：0001-3000册

ISBN 978-7

定价：28

网址：http://www.gapub.com

电子邮箱：gapub@163.com

营销中心：北京

警官培训中心

警官培训中心

警官培训中心

警官培训中心

警官培训中心

警官培训中心

警官培训中心

警官培训中心

中国人民公安大学出版社

北京

图书在版编目 (CIP) 数据

不真正不作为犯研究/李金明著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 6

ISBN 978-7-81139-113-8

I. 不… II. 李… III. 刑事犯罪—研究—中国 IV. D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 066091 号

不真正不作为犯研究

BUZHENZHENG BUZUOWEIFAN YANJIU

李金明 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2008 年 6 月第 1 版

印 次: 2008 年 6 月第 1 次

印 张: 11.125

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 295 千字

印 数: 0001~3000 册

ISBN 978-7-81139-113-8/D·102

定 价: 28.00 元

网 址: www.phcppsu.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

序

我国传统的刑法理论主要是围绕作为犯来建构刑法学体系的，对不作为犯则论述较少，尤其是对不作为犯中的不真正不作为犯的研究更少，成为我国目前刑法学研究的一个薄弱环节。另外，我国司法机关在司法实践中审理了大量不真正不作为犯的案件，但对不真正不作为犯的处罚标准掌握不一，因此，深入研究不真正不作为犯具有重大的理论意义和现实意义。

《不真正不作为犯研究》一书从处理具体案件的实践出发，运用了大量的资料，全面、深入地比较研究国内外有关不真正不作为犯的立法、理论与实务，对不真正不作为犯的理论发展、因果关系、作为义务、等价性以及处罚不真正不作为犯是否符合罪刑法定原则等基本问题进行了深入、全面的探讨，提出了颇具创新性的见解，是一部理论与实际紧密结合的优秀作品。我为金明博士在学术上的成就深感欣慰。

是为序。

何秉松于新斋

2008.5.10

内 容 摘 要

本书除导言之外，共分六章。

第一章：不真正不作为犯的基础观念。首先，从刑法规范的立场，分析了不作为的行为性。作为违反了刑法的禁止性规范，不作为违反了刑法的命令性规范，所以，不作为与作为一样，都属于违反刑法规范的行为。其次，从形式与实质相结合的角度，提出了区分作为与不作为的新标准，即：作为是违反禁止性规范，升高法益危险或使法益恶化的行为；不作为是违反命令性规范，既未升高也未降低法益危险，或者说，既未使法益恶化也未使法益好转的行为。最后，对不真正不作为犯的概念进行了重新定义。笔者认为，不真正不作为犯，是指依照刑法规定，负有防止犯罪结果发生义务的人，能够履行义务而不履行，从而与作为方式构成同一种犯罪的不作为犯罪。

第二章：不真正不作为犯的立法及学说发展史。首先，对世界各主要国家关于不真正不作为犯的立法史作了简要介绍，包括古代国家的立法、大陆法系国家与英美法系国家的立法以及当代中国的立法概况。其次，介绍了不真正不作为犯的理论简史，包括旧法义务说、因果关系说、违法性说、保证人说以及当前的理论动态。

第三章：不真正不作为犯的因果关系。首先，介绍国内外关于不作为因果关系的各种学说；其次，对之进行了评析和论证；最后，提倡以条件说为标准，判断不真正不作为犯的因果关系，即如



果义务人履行了作为义务,就可能防止结果发生,不作为与结果之间就具有因果关系;反之,则没有。

第四章:不真正不作为犯的作为义务。首先,对作为义务的概念进行了界定。笔者认为,作为义务是指根据刑法的规定,行为人所负有的实施特定积极行为以防止危害结果发生的义务。其次,详细地介绍并评析了国内外关于作为义务来源的各种形式的理论与实质的理论。最后,提出了本书的见解,认为对作为义务的来源应分别从形式的侧面与实质的侧面两个方面进行探讨。从形式的侧面而言,作为义务的产生必须具备刑法的规范依据和事实依据两个条件;从实质的侧面而言,作为义务则根源于对法益的社会功能关系,即作为义务产生的实质根据在于:在特定的社会中,为人们所普遍认可的,为保护法益而存在的社会关系(或地位),就其关系或地位自身的目的、性质而言,含有防止危害结果发生的内容。

第五章:不真正不作为犯的等价性。首先,论述了等价性问题的缘起。不作为与作为在存在结构、规范结构方面各不相同,但是,为什么却可以在同一犯罪构成下得到同等评价?由此提出了不真正不作为犯与作为犯的等价性问题。其次,从规范的立场论证了不作为与作为等价的可能性。最后,对等价性的判断标准进行了探讨,提出判断不真正不作为犯与作为犯等价性的标准包括客观标准和主观标准。客观标准是:(1)犯罪构成要件的特别行为要素;(2)法益面临现实的威胁;(3)义务人对法益侵害处于排他的支配地位;(4)有防止危害结果发生的可能。主观标准是:故意,或者过失。

第六章:罪刑法定原则与不真正不作为犯。首先,论述了罪刑法定原则的含义与内容,指出罪刑法定原则经历了从绝对的、严格的罪刑法定原则到相对的、灵活的罪刑法定原则的演变过程。其

次，探讨了处罚不真正不作为犯是否违反罪刑法定原则，认为从我国目前的刑法规定来看，处罚不真正不作为犯违背了罪刑法定原则的明确性要求。最后，提出了立法论证与建议，建议在总则中对不真正不作为犯作出如下规定：

第 X 条 根据本人的社会地位负有防止犯罪结果发生义务的人，不履行该义务，且其不作为与作为实现的犯罪构成等价的，依照本法处罚。

不作为与作为实现的犯罪构成是否等价，取决于下列因素：

- (1) 犯罪构成要件的特别行为要素；(2) 法益面临现实的威胁；
- (3) 义务人对法益侵害处于排他的支配地位；(4) 有防止危害结果发生的可能；(5) 故意或者过失。

对不作为犯罪可以从轻或者减轻处罚。

关键词：不真正不作为犯 因果关系 作为义务 等价性 罪刑法定原则

Abstract

In addition to the preface, the dissertation is composed of six parts.

The first chapter is the basic concepts of offense of non-typical omission. First, from the stand of criminal Law, it analyzes the deed character of omission. Act violates the prohibitive norm in criminal Law, while omission violates the order norm. So, omission is also the deed which violates criminal Law just as act. Second, it proposes a new norm which applies to differentiate omission from act, i. e. act is the deed that violates prohibitive norm and deteriorates other's benefit, while omission violates the order norm and allows the other's benefit to be harmed. Third, it gives a new definition to offense of non-typical omission, which refers to offense of omission committed by whoever has duty to avoid harmful consequences, and does not perform the duty, thus committing the same crime as act.

The second chapter is the history of legislation and theory of the non-typical omission offense. First, it introduces the history of legislation of the non-typical omission offense mainly all over the world, including ancient countries, continental countries, Anglo-American countries and modern China. Second, it briefs the history of theory on the non-typical omission, including theory of ancient legal duty, causation, violation, guarantee and present tendency of research.

The third chapter is the causation of the non-typical omission offense. First, it introduces various theories of causation of omission home



and abroad. Second, my comments on these theories are given. Last, the dissertation advocates the theory of condition as the norm to judge causation. According to this theory, if an obligor fulfilled his duty, the harmful consequences would not occur. Then, we can say the obligor's omission causes the harmful consequences, vice versa.

The fourth chapter is the act duty in the non-typical omission of offense. First, it defines the act obligation to the duty which an obligor must fulfill actively to avoid harmful consequences according to criminal Law. Second, various formal and substantial theories on the sources of act obligation are detailed and commented. Last, the author believes that the sources of act obligation should be explored formally and substantially. Formally, act obligation results from criminal Law and facts, while substantially, it results from one's social function towards legal benefits. In a specific society, if one holds a post or stand through which he should protect specific legal benefits widely acknowledged, then he has an act obligation to avoid harmful consequences substantially.

The fifth chapter is equal-value in offense of non-typical omission. First, it discusses the emergence of equal-value problem. Omission is different from act in existence and norm structure. But why are they equally evaluated by the same criminal constitution? Second, it proves the possibility of equal value between omission and act. Last, the article probes into the standards by which to judge equal-value between omission and act. These standards include both objective and subjective ones. The objective standards are: (1) special act element; (2) Legal benefits are threatened really; (3) an obligor monopolizes the harm to benefits; (4) the harmful consequences are probably prevented. The subjective standards are intention or negligence.

The sixth chapter is doctrine of legally prescribed punishment for a specified crime and offense of non-typical omission. First, it presents the

meaning and contents of principle of legality. The principle of legality has developed from absolute and strict one to relative and flexible one. Second, the dissertation discusses whether punishment on offense of non-typical omission violates the principle of legality. According to the current criminal law, punishment on offense of non-typical omission contradicts with clearness demanded by the principle of legality. Last, the article gives some advices on legislation that special article should be stipulated in general provisions as follows:

Article X Whoever has duty to avoid harmful consequences according to his social status does not fulfill it, he will be punished by criminal Law, if the omission has equal value with act under a same criminal constitution.

The equal-value is determined by following factors:

- (1) special act element;
- (2) legal benefits are threatened really;
- (3) an obligor monopolizes the harm to benefits;
- (4) the harmful consequences are probably prevented;
- (5) intention or negligence.

The punishment on omission may be relieved.

Key words: Offense of non-typical omission Causation Act duty
Equal-value the Principle of legality

(32)	导 言	(1)
(32)	一、研究的动机	(1)
(32)	二、研究的现状与本书的任务	(4)
(32)	三、研究的方法	(6)
(32)	第一章 不真正不作为犯的基础观念	(8)
(32)	第一节 不作为的行为性	(8)
(32)	一、传统的行为理论与不作为的行为性	(8)
(32)	二、立场的转换：规范行为论的提出	(15)
(32)	与不作为的行为性	(15)
(32)	三、规范行为论的具体展开	(18)
(32)	第二节 作为与不作为的区分	(24)
(32)	一、区分作为与不作为的主要学说	(25)
(32)	二、对以往学说的评价	(28)
(32)	三、作为与不作为的区分标准：形式与实质	(34)
(32)	相结合的标准	(34)
(32)	四、区分标准的实际运用——评析所谓“双重行为”、 “作为与不作为的结合与竞合”理论	(36)
(32)	第三节 不真正不作为犯的概念	(40)
(32)	一、不真正不作为犯的名称	(40)
(32)	二、不真正不作为犯的定义	(47)



第二章 不真正不作为犯的立法及学说发展史 (53)

第一节 世界各主要国家关于不真正不作为犯

的立法史 (53)

一、古代国家的立法 (53)

二、大陆法系国家的立法概况 (58)

三、英美法系国家的立法概况 (64)

四、当代中国的立法概况 (67)

第二节 不真正不作为犯理论简史 (70)

一、旧法义务说 (72)

二、因果关系说 (73)

三、违法性说 (74)

四、保证人说 (76)

五、当前的理论动态 (77)

第三章 不真正不作为犯的因果关系 (80)

第一节 学说概览 (80)

一、国外学说 (80)

二、国内学说 (87)

第二节 论证与评析 (93)

一、评价学说的主要标准 (93)

二、对各主要学说的评析 (100)

第三节 判断标准及其具体运用 (106)

一、因果关系的认定理论 (106)

二、条件说的提倡 (114)

三、条件说在不真正不作为犯因果关系 (120)

判断中的运用 (120)

..... (120)

..... (120)

..... (120)

..... (120)

..... (120)

..... (120)

第四章 不真正不作为犯的作为义务	(127)
第一节 作为义务的概念	(127)
一、义务的概念	(127)
二、作为义务的概念	(130)
第二节 作为义务的来源(一):形式的理论	(142)
一、形式的作为义务说概述	(143)
二、法律义务	(152)
三、合同行为产生的作为义务	(160)
四、自愿接受引起的作为义务	(163)
五、先行行为引起的作为义务	(167)
第三节 作为义务的来源(二):实质的理论	(196)
一、德国的实质化运动	(197)
二、日本的实质理论	(215)
三、中国的实质理论	(218)
第四节 本书的见解	(227)
一、作为义务来源的形式侧面:规范(刑法)	(228)
依据与事实依据	(228)
二、作为义务来源的实质侧面:对法益的	(229)
社会功能关系	(229)
第五章 不真正不作为犯的等价性	(233)
第一节 等价性问题的提出	(234)
一、存在结构	(234)
二、规范结构	(235)
三、价值结构	(237)
第二节 不作为与作为等价的可能性	(240)
一、否定论	(240)
二、肯定论	(243)

三、本书的立场：肯定论	(243)
第三节 等价性的判断标准	(247)
一、作为义务判断标准	(248)
二、作为可能性判断标准	(261)
三、综合性判断标准	(262)
四、“构成要件等价性”判断标准	(266)
五、主观方面的判断标准	(270)
六、本书的见解	(277)
第六章 罪刑法定原则与不真正不作为犯	(287)
第一节 罪刑法定原则	(288)
一、罪刑法定原则的产生与演变	(288)
二、关于禁止类推解释	(294)
三、关于构成要件的明确性	(299)
第二节 处罚不真正不作为犯是否违反罪刑法定原则 ...	(304)
一、违反说	(304)
二、不违反说	(306)
三、本书的见解	(308)
第三节 立法论证与建议	(314)
一、立法的形式	(315)
二、立法的内容	(324)
主要参考文献	(330)
后 记	(337)

导 言

一、研究的动机

我之所以选择“不真正不作为犯研究”作为自己的博士学位论文选题，最初的起因是缘于法院对两起不作为杀人案的对立判决：一起是妻子上吊自杀不救助被判不作为杀人案；另一起是妻子跳水自杀不救助被判无罪案。

案例一：妻子上吊不救助被判故意杀人罪案^①

1994年6月30日晚，被告人宋福祥（男，32岁，河南省南阳市人）酒后回到自己家中，因琐事与妻子李霞发生争吵厮打，李霞要上吊，宋福祥喊来邻居叶宛生进行劝解，叶宛生走后二人又吵骂厮打。李霞寻找自缢工具时，宋福祥意识到李要自缢却无动于衷，放任不管。直到宋福祥听到凳子响声时，才起身过去，但仍未采取有效措施或呼喊近邻，而是离开现场到一里以外的父母家去告知自己父母，待其家人赶到时，李霞已自缢身亡。

河南省南阳市人民法院（1994）南刑初字第264号判决书认为：被告人宋福祥目睹其妻李霞寻找工具准备自缢，应当预见李霞会发生自缢的后果，而放任这种后果的发生，在家中只有夫妻二人的特定环境中，被告人负有特定义务，其放任李霞自缢身亡的行为，已构成故意杀人罪（不作为），但情节较轻，依法判处宋福祥有期徒刑4年。一审宣判后，被告人一方以李霞是自杀，宋福祥不

① 本案选自《中国审判案例要览（1996）·刑事审判卷》，中国人民大学出版社1998年版，第34~37页。



负特定救助义务，没有杀人的行为和故意为由提出上诉。河南省南阳市中级人民法院二审认为：被告人宋福祥与妻子李霞关系不和，在争吵厮打中用语言刺激李霞，致使李霞产生自缢的决心；宋福祥是负有特定义务的人，对李霞的自缢采取放任态度，致使李霞在家中这种特定环境下自缢身亡，其行为已构成故意杀人罪（不作为），遂于1995年2月24日裁定驳回上诉，维持原判。

案例二：妻子跳水不救助被判无罪案^①

2002年7月17日，被告人李某与妻子肖某因家庭琐事发生争吵后，肖某去李某父母家吵闹，经村干部劝解，肖某仍提出离婚，肖某与李某即到乡政府办理离婚手续。由于小孩抚养问题未协商好，二人离婚手续未能办理。当天下午6时许，二人回家路过一山湾堰塘时，肖某要李某一块歇息，李某不予理睬，二人发生抓扯，被当地村民何某劝开。当李某朝回家的方向行走约50米时，肖某跳入水塘中，村民何某见状大声呼喊李某救人，李某回答，“她自己跳的水，我又没有推她”，又继续往回家的方向走去。听到呼救后，村民周某赶来与何某将肖某救起时，肖某已经死亡。

2002年7月30日，李某因涉嫌故意杀人罪被刑事拘留，后被重庆市万州区人民检察院提起公诉，检察院认为，李某对肖某自杀负有特定的法律救助义务，肖某的死亡是李某不救助的行为直接导致的。而一审法院却认为检方的观点无据可证，宣告李某无罪。万州区人民检察院遂向重庆市第二中级人民法院提起抗诉，重庆市第二中级人民法院经审理认为：现行刑法中，没有夫妻之间相互救助的明文规定，而刑法又明确规定了“法律无明文规定不为罪”的

^① 本案选自 <http://www.sina.com.cn>，2003年5月21日；陈兴良主编：《刑法法判解》（7），法律出版社2004年版，第182~186页。

罪刑法定原则，法庭依法宣告李某无罪。^①

以上两起案件是我国司法机关迄今审理的大量不真正不作为犯案件的典型案例，在一定程度上可以反映目前我国司法机关认定与处罚不真正不作为犯的现状。从两案的案情来看，被告人都具有特殊的身份，即都是被害人的丈夫；在行为当时，都面临被害人自杀这一特殊场景（尽管自杀的方式、地点各不相同）；行为人都没有抢救被害人；行为人都被害人自杀后离开了现场；都出现了被害人死亡的结果。这是两案的共同点。但不同点却是：案例一中的被告人被法院定（故意杀人）罪判刑（有期徒刑4年），而案例二中的被告人却被法院宣告无罪。司法机关审理不真正不作为（杀人）犯罪案件所表现出来的如此巨大的反差，不能不引起人们对不真正不作为犯理论的关注！

我国传统的刑法理论往往围绕作为犯建构刑法学体系，而对不作为犯则论述较少，尤其是对不作为犯中的不真正不作为犯，更是鲜有人问津，可以说，不真正不作为犯的理论是我国目前刑法学研究的一个十分薄弱的环节。与之形成鲜明对照的是，一方面，刑事司法实践并不因为刑法理论的相对滞后而裹足不前，司法机关迄今审理的为数不少的不真正不作为犯的案例即是明证；另一方面，随着外向型刑法学研究的深入，国外有关不真正不作为犯的理论也逐渐传入了我国。所以，立足于我国司法实践，借鉴国外有益的经验，深入研究不真正不作为犯的理论问题，已成为回应司法实践要求、深化刑法理论研究的迫切需要，这无论对于促进司法实践、完善刑事立法，还是繁荣刑法理论，都具有十分重要的意义。

^① 黄伟明主编：《刑法总则案例教程》，北京大学出版社2004年版，第52页。