

公安机关人民警察职务不作为论

ZHIWUBUZUOWEI LUN

申智军 吴培玉 著

群众出版社

公安机关人民警察 职务不作为论

申智军 吴培玉 著

群众出版社
2006年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

公安机关人民警察职务不作为论 / 申智军、吴培玉著.
北京: 群众出版社, 2006.6
ISBN 7-5014-3741-6

I. 公... II. ①申... ②吴... III. 警察-渎职罪-研究-中国 IV. D924.393.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 050388 号

公安机关人民警察职务不作为论

著 者/申智军 吴培玉
责任编辑/白玉生 魏 群

出版发行/群众出版社 电话: (010) 52173000 转
社 址/北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼
网 址/www.qzchs.com
信 箱/qzs@qzchs.com
经 销/新华书店
印 刷/北京国工印刷厂

850 × 1168 毫米 32 开 12.375 印张 291 千字
2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷
印数: 0001—4000 册

ISBN 7-5014-3741-6/D · 1782 定价: 25.00 元

前 言

公安部周永康部长在第二十次全国公安会议上的报告中，从端正执法思想，坚持执法为民的政治高度，对全国各级公安机关及其人民警察明确提出：“要坚决防止和纠正执法中的不作为、不负责任、执法不严，甚至放纵违法犯罪等问题。”2004年12月26日，周永康部长在全国公安厅局长会议上的讲话中，谈到了公安工作中存在的一些不适应问题及其主要表现时，又一次指出：“执法为民的思想没有完全落实到每一个警种、每一个民警，乱作为的现象得到初步遏制、不作为的问题有所抬头。”受到周永康部长讲话的启发和鼓励，我们终于大胆地将多年来对公安机关人民警察有关“不作为”问题的一些断断续续的思考以及调查研究的结果，进行了整理，并最终撰写了《公安机关人民警察职务不作为论》一书。

两年半前，当开始思考公安机关人民警察“不作为”问题的时候，我们就按照各自的分工，从两个渠道同时入手进行研究：一个渠道是分析、研究前人对有关“不作为”问题及相关问题的论述；另一个渠道是深入公安实践，进行有关“不作为”问题及相关问题的调查研究。

通过对从两个渠道所获得的资料进一步地分析、研究，我们较为全面、系统地掌握了到目前为止，有关公安机关人民警察“不作为”问题的研究现状及存在的不足。

整体说来，目前有关“不作为”问题及相关问题的研究，一般都是围绕和侧重于公安机关人民警察对公民、法人和其他组织产生实际影响和不良后果的，应承担明确的法律责任的，具体的

不作为行为的研究，并且这些研究已经取得了相当高的理论价值和相当好的实际效果。其研究的兴趣来源于这些“不作为”行为，是社会和公众关注的焦点和热点问题之一。但是，通过实际的调查研究，我们发现还大量存在着一些目前的研究没有或没有给予足够重视的公安机关人民警察的“不作为”行为，诸如：内部不作为行为；抽象不作为行为；不能承担明确的法律责任的不作为行为；有可能对党和国家、公安系统产生实际影响和不良后果的不作为行为。这些不作为行为的存在，长期困扰着各级公安机关的领导和民警，如果不能予以有效的处理和解决，不仅会引发其他不作为行为的产生，而且会严重地影响公安工作效率和质量水平的提高，制约公安机关战斗力的发挥。

因此，为了“防止和纠正执法中的不作为、不负责任、执法不严，甚至放纵违法犯罪等问题”，遏制“不作为的问题有所抬头”的现象，我们认为有必要在前人研究的基础上，依据公安实践的需要，着眼于我国现代社会的发展和进步，尽可能较为全面、系统、深入地研究公安机关人民警察的“不作为”问题，并通过这种研究，探索和寻求积极预防与防范公安机关人民警察职务不作为行为产生的整体性对策，促使公安机关人民警察积极、主动、正确、有效地履行自身的职责和义务，全面承担起“巩固共产党执政地位、维护国家长治久安、保障人民安居乐业”的三大社会责任和历史责任，达到党和国家、社会和公众满意的目的。

在《公安机关人民警察职务不作为论》一书的撰写过程中，我们曾经得到了许多朋友的帮助。其中，特别要提到的是：晋中市公安局政治部副主任李京生、长治市公安局局长樊红伟、太原市公安局警务督察室副主任王风花三位同志。他们不仅为本书的撰写提供了大量的公安实践素材，而且从公安实践需要的角度，对本书的撰写也提出了很好的意见。在此一并表示感谢。

前 言

《公安机关人民警察职务不作为论》一书的内容，由申智军和吴培玉两人分别撰写。其中，吴培玉撰写了本书的第一、五、六章；申智军撰写了本书的第二、三、四、七章。同时，本书的统稿工作，也由两人多次共同讨论完成。由于作者水平有限，《公安机关人民警察职务不作为论》一书难免有不妥之处，敬请专家学者和本书读者批评指正。

作 者

2006 年 2 月 19 日

目 录

前言	(1)
第一章 不作为概述	(1)
第一节 不作为理论的产生与发展	(1)
第二节 不作为的概念	(11)
第三节 不作为的义务根据	(22)
第四节 不作为与作为的界定	(28)
第二章 公安机关人民警察职务不作为的形成	(35)
第一节 公安机关人民警察职务不作为概念的界定	(36)
第二节 公安机关人民警察职务不作为的构成	(46)
第三节 公安机关人民警察职务(职位)上的职责 和义务	(53)
第四节 公安机关人民警察职务不作为的成因	(71)
第三章 公安机关人民警察职务不作为的形式和责任	(92)
第一节 公安机关人民警察职务不作为的表现形式	(92)
第二节 公安机关人民警察职务不作为责任	(112)
第四章 公安机关人民警察职务不作为的行政责任	(143)
第一节 公安机关人民警察行政不作为概述	(144)
第二节 公安机关人民警察行政不作为的表现 形式	(162)
第三节 公安机关人民警察职务不作为的行政	

责任·····	(180)
第四节 公安机关人民警察职务不作为的行政责任的 承担·····	(189)
第五章 公安机关人民警察职务不作为的刑事责任·····	(201)
第一节 刑事责任概述·····	(201)
第二节 公安机关人民警察职务不作为犯罪的构成 要件·····	(204)
第三节 公安机关人民警察职务不作为犯罪罪名的 确立·····	(219)
第四节 公安机关人民警察职务不作为犯罪的 认定·····	(245)
第六章 公安机关人民警察职务不作为侵权的国家 赔偿·····	(272)
第一节 公安机关人民警察职务不作为侵权国家赔偿 责任概述·····	(272)
第二节 公安机关人民警察职务不作为侵权的国家赔偿 范围·····	(291)
第三节 公安机关人民警察职务不作为侵权的赔偿方式 和计算标准·····	(305)
第四节 国家追偿权·····	(317)
第七章 公安机关人民警察职务不作为行为的预防·····	(328)
第一节 健全、完善法律法规和执法责任制度·····	(330)
第二节 构建强有力的职务行为保障机制·····	(344)
第三节 强化警务公开和信息公开·····	(361)
第四节 强化责任和责任追究机制·····	(376)

第一章 不作为概述

第一节 不作为理论的产生与发展

一 不作为的由来

关于不作为的适用及处罚，在很久以前就有规定。在古代的封建专制社会制度下，统治者往往通过严刑峻法维护其专制王权，镇压各种违背“王命”和反抗国家统治的行为，因而“不作为”一词的适用多见于犯罪之中，并且范围非常广泛。及至近代，“不作为”的适用及处罚，才受到一定程度的限制和规范。因此，“不作为”的“嬗变与社会发展具有同步性。”^①

（一）古代的不作为规定

在古代，不作为的形式就已经出现，而且往往通过犯罪的方式表现出来。并且，统治者为了利用不作为的形式，达到惩治犯罪的目的，强化其专制统治的地位，在法律规范中往往加诸十分广泛的作为义务，对不履行者以不作为形式的犯罪进行处罚。如：古巴比伦的《汉谟拉比法典》就规定了知情不举的不作为犯罪。该法典第107条规定：“倘犯人在卖酒妇之家聚议，而卖酒妇不报捕此等犯人，送之官廷，则此卖酒妇应处死。”^②由此，卖酒妇具有报捕聚议的犯人并送之官廷的作为义务，不履行这一义务的，构成不作为犯罪，处以死刑。又如：日耳曼古代刑法的

① 陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1997年版，第224页。

② 陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1997年版，第224页。

“Lex Ribaria”中，对于不服从国王征用命令的人，明文规定处以罚金。在古代印度的《摩奴法典》第八卷《法官的任务·民法与刑法》中第356条规定：“在巡礼的圣地、森林或者树林间，或两河的交流处，即在僻静地方和人家妇女交谈者，应受奸淫的惩罚（不作为的奸淫）。"^①古罗马法也有处罚有关不作为的规定。如：母亲不给婴儿喂奶，故意致使婴儿饿死；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；对于濒临生命危险的主人，奴隶不予救助就构成犯罪。如果仅仅是无关系的第三人不予救助，却没有一般的规定等。

在古代的中国，以不作为形式规定的法律条文的使用更加广泛。例如：在秦朝商鞅变法时代，立相坐之法。十家为伍，有犯罪者，要互相检举揭发，否则连坐。《史记·商君列传》中记载：“令民为什伍而相收司连坐。不告奸者腰斩，告奸者与斩敌首同赏，匿奸者与降敌同罪。”这里的“不告奸”，就是一种不作为，并且可处以腰斩之刑。根据相坐之法，里典和伍老因其管辖范围内有人犯罪而未检举的，也要连坐。《史记·秦始皇本纪》中记载：“有感悟语《诗》《书》者，弃市。以古非今者，族。吏见知不举者，与同罪。”即知情不举罪犯，要以本罪同样处罚。在睡虎地出土的秦墓竹简《法律答问》中记载：“贼入室，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。”根据这一规定，四邻在家中听到他人呼喊而不救助，就是不作为。在《汉书·刑法志》中明确了职务不作为的责任。其中在“沈命法”中规定：“群盗起不发觉，发觉而弗捕满品者，二千石以下至小吏主者皆死”；在“见知故纵之法”中规定：“见知人犯法不举告为故纵，而所监临

^① [法] 达朗善译，马香雪转译：《摩奴法典》，商务印书馆1996年版，第204页。

部主有罪并连坐也”等。及至唐朝，为了让人们严格按照封建的典章制度及伦理道德行事，对应为而不为的不作为作出了更加缜密的规定，而且在《唐律》中出现了大量的职务不作为的规定。例如：“诸在官应直不直，应宿不宿”“诸官人无故不上；及当香不到”“诸大祀不预申期，及不颁所司”“诸事应奏而不奏”“应言上而不言上”“诸囚应请、给衣食、医药而不请、给”等。此外，《唐律》中还有许多不救助方面的不作为规定。例如：“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。”“诸强盗及杀人贼发，被害之家及同伍，即告其主司，若家人同伍单弱，此伍为告，当告而不告，一日杖六十。”“诸见火起，应告不告，应救不救，减失火罪二等。”自《唐律》以后，历朝刑律多有此类规定。如：《明律》规定：“凡知同伴人欲行谋害他人，不即阻挡、救护，及被害之后不首告者，杖一百。”

（二）近代不作为的规定

近代开始，不作为的适用才逐步达到有效控制。费尔巴哈是最早把特定的义务同不作为联系起来的人。他在阐述不作为犯罪的本质时指出：“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）为前提。无论什么人，欠缺这一根据都不能成为不作为的犯罪人。”^①但由于各个国家的现实状况不同，有的国家使用了不作为的概念，有的国家没有使用其概念，但不作为的观念已逐渐普及，并在现实的法律中达到了广泛的运用。这可从国外立法和我国立法的规定中进行探究。

1. 国外立法的规定

《德国刑法典》第330条第C款规定：“意外事故或公共危

^① 陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1997年版，第225页。转引自〔日〕堀内捷三：《不作为犯论》，日本青林书院新社1973年版，第7页。

险或危难时，有救助之必要，以当时情况又有可能，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1年以下自由刑或并科罚金。”此外，其他大陆法系国家的刑法大都有此规定，如：法国、意大利等。在英国的法律中已明确了不作为的概念，如：《1861年恶意损害赔偿法》第36条规定：“以非法的作为或者故意的不作为或者疏忽阻塞铁路上的机车或者客车，或者帮助实施上述行为的，构成轻罪，经依法判罪者，由法庭决定处以不超过2年附重劳动或者不附重劳动的监禁刑。”^①《1938年杀婴罪法》第1条第(1)规定：“妇女以故意的作为或者不作为引起她不满12个月的孩子死亡，而在实施这种作为或者不作为时，行为人的心智平衡由于受到生产或者产后哺乳的干扰没有充分得到恢复，虽然情有可原，但若不依本法，行为人之行为应当被认定为谋杀罪的，则该行为人之行为构成重罪，即杀婴罪，但对行为人可以按照误杀儿童罪的刑罚处罚。”^②《1988年刑事审判法》第134条刑讯罪第(3)规定：“伤害或痛苦是精神的或肉体的，还是由作为造成的或是由不作为造成的，并不影响本罪的成立。”^③《1989年预防恐怖行为法》(临时条款)第18A条第(1)规定：“一个人如果具有下述情况，则构成犯罪：(a)知悉或觉察另一个人正在为恐怖主义提供财政支持而不揭发的；(b)在其交易、职业、生意或工作中，知悉或觉察的有关恐怖主义行为信息或其他事情引起了他的注意而不揭发的；以及(c)没有在该信息或事情引起其注意后，一旦举报实际可能时

① 谢望原主译：《英国刑事制定法精要》(1351—1997)，中国人民公安大学出版社2003年版，第94页。

② 谢望原主译：《英国刑事制定法精要》(1351—1997)，中国人民公安大学出版社2003年版，第149页。

③ 谢望原主译：《英国刑事制定法精要》(1351—1997)，中国人民公安大学出版社2003年版，第51页。

立即向警察揭发之。”^① 在挪威、瑞典等国家的法律中对“见危不救”等作出了明确的规定：“任何有责任能力的成年人在下列情况下具有营救危难的法律义务：（1）他认识到他人处于危难境地；（2）营救他人对自己并没有危险。”^② 1980年，美国佛蒙特州通过一项法律，规定见危不救（符合上述两条情况的）是一种犯罪，可以处以不超过100美元的罚金。

2. 我国立法的规定

1979年，全国人大通过的《中华人民共和国刑法》第183条规定：“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”1982年，全国人大常委会颁布的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，其中明确规定了国家工作人员职务不作为行为的法律责任，对严重经济犯罪分子“有追究责任的国家工作人员不依法处理，或者因受阻挠而不履行法律所规定的追究职责的；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”，以及国家工作人员隐瞒、掩饰严重经济犯罪分子的罪行的，要分别比照刑法有关渎职罪的条款处罚。《惩治军人违反职责罪暂行条例》中规定了擅离职守、临阵脱逃、遗弃伤员等不作为的犯罪。我国现行法律虽然规定了一些有关不作为的内容，但是在现行法律规定中却没有明确使用“不作为”一词。

二 不作为理论的产生与发展

从古代法律的不作为规定看，仅仅处罚的是各个具体的、一定的不作为行为，处罚不作为的一般原则并没有在理论方面

① 谢望原主译：《英国刑事制定法精要》（1351—1997），中国人民公安大学出版社2003年版，第133页。

② 储槐植著：《美国刑法》（第二版），北京大学出版社1996年版，第54页。

加以研究、确立。因此，不作为的理论体系并没有形成。中世纪教会法时代，托马斯·阿奎那（Thomas Aquinas）提出不作为具有可罚性的理论，认为“不作为存在精神上的反抗这一意志要素”，但在处罚的程度上，应当比作为要轻。到17世纪中叶，马泰斯（Matthaeus）和18世纪初的加拉斯（Kress）分别从因果关系的观点，提出不作为和作为的等值存在问题，但仍然没有形成系统的不作为理论体系。就是到18世纪末，在不作为的理论上，也没有明确研究不作为和结果之间的因果关系，只明确了不作为与作为具有同样的处罚性。“之所以没有明确研究不作为的因果关系，是因为这是明摆着的道理，没有什么可怀疑的。”^①

到了19世纪，由于人们开始怀疑不作为的原因力问题，这才促使人们开始在理论方面研究不作为的问题。所以，不作为理论的提出，始于19世纪初期，其标志是“无不会产生有”这一思潮被引用到不作为问题的研究之中。由此，不作为行为才开始受到学者的广泛关注。并且认为作为对于结果的发生是有原因力的，而不作为则没有这种原因力。因而就产生了这样的疑问：怎样才能评价由不作为而导致结果的发生呢？^②

从学说的发展过程看，有关不作为的理论研究可以分为三个阶段：第一阶段，因果关系说；第二阶段，违法性说；第三阶段，保证人说。下而，本书按照理论发展的顺序予以探讨。

（一）因果关系说

19世纪初，由于受自然科学分析方法的影响，人们提出了

① [日] 日高义博著，王树平译：《不作为犯的理论》，中国人民公安大学出版社1992年版，第11页。

② [日] 日高义博著，王树平译：《不作为犯的理论》，中国人民公安大学出版社1992年版，第1页。

不作为的原因力问题。一种观点认为，不作为没有原因力。代表学者有古斯塔夫·拉德布尔夫（Gustav Rabrueb）、阿明·考夫曼（Armin Kaufmann）、汉斯·魏采尔（Hans Welzel）等，他们认为，不作为不能说是行为，它与行为概念不同，因而不作为与结果之间不存在因果关系。而另一种观点则认为，不作为具有原因力，存在因果关系。但是，这种观点在论述因果关系上又出现了以下各自不同的学说。

1. 他行为说

这一学说是由 H·吕德提出的。该学说不是从不作为自身考虑原因力，而是认为在不作为时，该不作为人进行的他行为对于结果存在原因力。如：母亲不给婴儿喂奶致使婴儿饿死的情形，就可以用这种观点解释原因力的存在。这时，如果母亲应给婴儿喂奶时，去洗衣服或看电影，其洗衣服或看电影的行为，就是结果发生（婴儿死亡）的原因。

2. 先行行为说

这一学说认为，先于不作为的行为对于结果的发生，是有原因力的。如：在承担抚养婴儿吃奶的人不给婴儿喂奶，致使婴儿饿死在这个事件中，承担抚养吃奶婴儿的行为，是婴儿饿死的原因。其代表为克鲁格（A·O·Krug）、格拉泽（J·Glaser）、梅克尔（A·Merkel）。

3. 干涉说

这一学说是在不作为人的心理状态上认定原因力。不作为人抑制自己要履行作为义务防止结果发生的冲动，排除能妨害结果发生的条件，在不作为人这一心理过程中存在着使结果发生的原因力。其代表为比里（V·Buli）、奥特曼（R·Ortmann）、哈尔斯修那（H·Halschner）等。

4. 准因果关系说

这一学说认为，只从表面现象看，不作为自身是没有原因力

的。但是，如果从法律上看，因为不作为人违反作为义务，没有防止结果的发生。所以，按照作为的因果关系可以认定不作为的因果关系。即在法律上，以作为义务为媒介肯定不作为的原因力。其代表为罗兰（W·V·Rohland）、科勒（J·Kohler）、巴尔（L·V·Bar）等。

5. 目前关于不作为因果关系的通说

不作为因果关系是客观存在的，但在研究不作为的原因力问题上，必须归转到法的价值上衡量。不作为并不是什么也不干，而是不实施法律所期待的一定的行为。也就是说，由于一定的行为可以防止结果的发生，但是不作为人却任其因果关系的发展，直至结果的发生。因此，不作为的原因力就是不防止结果的发生，而不是作为义务的是否存在。如果不作为人积极实施了一定的行为，也就不会产生其结果，所以，不作为人依法不防止结果的发生和该结果之间存在着因果关系。从这个意义上说，不作为与作为具有同样的价值评价。因此，有的学者又称之为不作为、作为同价值说。^①

（二）违法性说

在解决了不作为的因果关系后，不作为的问题就转到了违法性上。其代表有恩斯特·贝林格（Ernst Beling）、梅茨格尔（Mezger）、梅耶（M·E·Mayer）等。其观点认为，违反作为义务决定了不作为的违法性。从而把作为义务理解为不作为的违法性问题，显示了从因果关系说到违法性说的理论发展。在日本，这种学说得到了牧野英一博士的赞同，至今还保持着通说的地位。他主张作为义务与不作为的因果关系无关，而是违法性的要件。并且认为，不作为本身的原因力在

^① [日] 木村龟二主编：《刑法学词典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 141 页。

于存在危险关系。^① 因此，应以作为义务为标准，决定不作为的违法性。其理由如下：

1. 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。这样，从因果关系看，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。这一点说明了不作为的原因力与是否有作为义务无关。

2. 与作为的情况对比考虑，一定的作为在合法的情况下，之所以不违法，并不是该行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。

（三）保证人说

违法性说在法的作为义务的产生根据上，可以说作出了一定的贡献。但是，在犯罪论体系上则出现了理论缺陷。为了克服违法性说的缺陷，那古拉（Nagler）把作为义务视为不作为的构成要件该当性问题，提出所谓“保证人说”。该学说认为，由于依据作为义务，个人就成为有法律保证的使法益不受侵害的保证人。具体地说，就是行为人立于保证人的地位后，有防止他人的合法权益不受侵害的义务。如果保证人能够防止而不防止，其不作为就违背了作为义务而具有原因力。因此，只有这样，保证人的不作为才能与作为的实现构成要件具有同等价值，从而被认为该当构成要件。所以，保证人的作为义务（保证义务）不是违法性问题，而是构成要件该当性问题，是实行行为问题。保证人

^① 【日】日高义博著，王树平译：《不作为犯的理论》，中国人民公安大学出版社1992年版，第16页。