

XingFaXueJiaoXueAnLiYanXi
刑法学教学案例研析
(总 则)

主编 杨忠民 莫开勤 刘东根 黄娜



中国人民公安大学出版社

刑法学教学案例研析

(总 则)

杨忠民 莫开勤 刘东根 黄 娜 主编

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学教学案例研析：总则/杨忠民等主编. —北京：中国人民公安大学出版社，2012. 2

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0763 - 8

I. ①刑… II. ①杨… III. ①刑法—总则—案例—中国 IV. ①D924. 105
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 010467 号

刑法学教学案例研析 (总则)

杨忠民 莫开勤 刘东根 黄 娜 主编

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：北京泰锐印刷有限责任公司

版 次：2012 年 2 月第 1 版

印 次：2012 年 2 月第 1 次

印 张：10. 25

开 本：787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数：210 千字

书 号：ISBN 978 - 7 - 5653 - 0763 - 8

定 价：32. 00 元

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

电子邮箱：zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话：010 - 83903254

读者服务部电话（门市）：010 - 83903257

警官读者俱乐部电话（网购、邮购）：010 - 83903253

公安图书分社电话：010 - 83905672

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

前 言

案例教学是刑法学的重要学习方法之一。通过案例教学，引导学生对典型刑事案例进行深入思考、讨论和分析，不仅可以强化对刑法规范和刑法理论的认识，而且可以训练运用刑法规范、刑法理论和司法解释准确认定案件性质，正确适用刑法的实践能力。为了配合刑法学的案例教学，我们特编写《刑法学教学案例研析（总则）》一书。

本书案例所涉问题主要与刑法总则及相关理论有关。我们对其中一部分案例进行了分析，其他未作分析的案例主要供学生课堂讨论或自学分析思考之用。

本书所收案例均来自于真实案件，但为了适应教学，编写时进行了一定程度的加工。

本书由杨忠民、莫开勤、刘东根、黄娜主编，并由杨忠民、黄华平审定。

具体撰写分工如下：

莫开勤：刑法的溯及力、追诉时效；

付立忠：不作为犯的作为义务来源；

史丹如：犯罪主体；

张冬霞：犯罪故意与犯罪过失；

刘宇萍：正当防卫与紧急避险；

黄娜：故意犯罪的停止形态；

杨金彪：共同犯罪；

刘东根：一罪与数罪；

陈志军：刑罚裁量。

由于时间仓促，加之水平所限，书中难免有不当之处，敬请读者指正。

编 者
2012年1月



目 录

一、刑法的溯及力	(1)
(一) 案例分析	(1)
杨某涉嫌挪用公款案	(1)
(二) 思考案例	(5)
二、不作为犯的作为义务来源	(7)
(一) 案例分析	(7)
1. 李某涉嫌故意杀人案	(7)
2. 王某、黄某某涉嫌玩忽职守案	(9)
3. 吴某涉嫌故意杀人案	(11)
4. 倪某某涉嫌故意杀人案	(13)
5. 李某某涉嫌故意杀人案	(16)
(二) 思考案例	(17)
三、犯罪主体	(19)
(一) 案例分析	(19)
1. 肖某涉嫌故意杀人案	(19)
2. 陈某、李某涉嫌受贿案	(22)
(二) 思考案例	(25)
四、犯罪故意与犯罪过失	(27)
(一) 案例分析	(27)
1. 孙某某涉嫌以危险方法危害公共安全案	(27)
2. 胡某涉嫌故意伤害案	(31)
3. 李某某涉嫌过失致人死亡案	(36)
4. 梁某、庞某某涉嫌贩卖毒品案	(40)
(二) 思考案例	(43)



五、正当防卫与紧急避险	(46)
(一) 案例分析	(46)
1. 李某涉嫌故意伤害案	(46)
2. 韩某涉嫌故意伤害案	(49)
3. 叶某涉嫌故意杀人案	(52)
4. 王某涉嫌放火、故意毁坏财物案	(56)
(二) 思考案例	(59)
六、故意犯罪的停止形态	(62)
(一) 案例分析	(62)
1. 曹某涉嫌非法持有枪支、弹药案	(62)
2. 张某、施某某涉嫌强奸案	(65)
3. 秦某、顾某涉嫌销售假冒注册商标的商品案	(72)
4. 王某某、邵某某涉嫌抢劫、故意杀人案	(75)
(二) 思考案例	(81)
七、共同犯罪	(85)
(一) 案例分析	(85)
1. 周某、李某、杨某涉嫌故意伤害案	(85)
2. 袁某等人涉嫌故意伤害案	(89)
3. 朱某某等涉嫌职务侵占案	(95)
4. 范某某等涉嫌抢劫案	(99)
5. 王某等人涉嫌聚众斗殴案	(103)
(二) 思考案例	(106)
八、一罪与数罪	(110)
(一) 案例分析	(110)
1. 陈某、马某涉嫌破坏电力设备案, 苏某涉嫌合同诈骗案	(110)
2. 高某、刘某涉嫌诈骗罪, 王某、赵某涉嫌放火案	(117)
(二) 思考案例	(124)
九、刑罚裁量	(128)
(一) 案例分析	(128)
1. 许某涉嫌盗窃罪	(128)
2. 闫某涉嫌故意杀人、盗窃罪	(136)
3. 孔某涉嫌盗窃罪, 李某涉嫌诈骗罪	(143)



(二) 思考案例	(147)
十、追诉时效	(149)
(一) 案例分析	(149)
沈某涉嫌行贿案	(149)
(二) 思考案例	(153)



一、刑法的溯及力

(一) 案例分析

杨某涉嫌挪用公款案

【基本案情】

被告人杨某，男，1965年4月9日生，案发前系某国有公司财务部工作人员。1996年，杨某与他人投资成立公司。在缺乏投资所需资金的情况下，杨某利用职务之便，多次违规擅自挪用所任职公司公款进行经营活动。1997年10月，公司查账时发现杨某挪用公款事实，遂向公安机关报案。案发后，杨某共退款45万元，尚有25万元未退还。

【主要问题】

1. 我国刑法溯及力采取的原则是什么？
2. 如何理解我国刑法第12条规定的“当时的法律”？
3. 如何比较新旧刑法的轻重？
4. 对本案中杨某的行为应如何处理？

【分析】

刑法的溯及力，是指刑法生效以后，对于其生效前未经审判或者判决尚未确定的行为是否适用的问题。如果适用，就是有溯及力；如果不适用，就是没有溯及力。

关于刑法的溯及力，各国刑事立法或刑法理论有不同的规定或主张。概括而言，主要存在以下四种原则：

(1) 从旧原则。从旧原则，是指新法对过去的行为一律没有溯及力，完全适用旧法。这一原则充分考虑了犯罪当时的法律状况，反对适用事后法，对行为人比较公平。但如果某一行为按旧法构成犯罪而新法不认为是犯罪，再依旧法进行处罚就不能实现刑罚目的，因而存在弊端。

(2) 从新原则。从新原则，是指新法对于其生效前未经审判或判决尚未确定



的行为，一律适用，即新法具有溯及力。这一原则强调，新法适应当前的社会情况，有利于预防犯罪。但是，对行为时法未明文规定为犯罪的行为，依新法按照犯罪进行处罚，违背罪刑法定原则，因而有失妥当。

（3）从新兼从轻原则。从新兼从轻原则，是指新法原则上溯及力，但旧法不认为是犯罪或者处刑较轻时，则按照旧法处理。这一原则弥补了绝对从新原则的不足，既充分发挥了新法适应当前形势的优点，又认真考虑了旧法当时的具体规定，但因存在适用事后法之嫌，所以采用此原则的国家不多。

（4）从旧兼从轻原则。从旧兼从轻原则，是指原则上适用旧法，新法没有溯及力，但新法不认为是犯罪或者处刑较轻时，则按照新法处理。这一原则弥补了绝对从旧原则的缺陷，既符合罪刑法定原则，又适应当前需要，因而为绝大多数国家所采纳。

我国刑法第12条的规定就体现了该原则。刑法第12条规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。”

根据这一规定，对于1949年10月1日至1997年9月30日刑法生效前这段时间内所发生的行为，如果未经审判或者判决未确定，又未超过追诉时效的，应按以下不同情况分别处理：

第一，当时的法律不认为是犯罪的，无论现行刑法认为是犯罪或认为不是犯罪的，都适用当时的法律，即不认为是犯罪，不能追究刑事责任，因而现行刑法没有溯及力。但根据司法解释，当行为连续或者继续到1997年10月1日以后，对于10月1日以后构成犯罪的行为，应适用现行刑法追究刑事责任。

第二，当时的法律认为是犯罪，而现行刑法不认为是犯罪的，只要这种行为未经审判或判决尚未确定，并且未过追诉时效，则适用现行刑法，即不认为是犯罪，因而现行刑法具有无条件的溯及力。

第三，当时的法律和现行刑法都认为是犯罪，并且未过刑法规定的追诉时效，原则上适用当时的法律，即现行刑法没有溯及力。但如果现行刑法规定的处刑轻于当时的法律的，则适用现行刑法，即现行刑法有溯及力。

需要指出的是，从旧兼从轻原则是针对现行刑法实施前未经审判或判决未确定的行为适用的。因此，刑法第12条第2款规定：“本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。”也就是说，依照当时的法律已经作出了生效判决的，该判决继续有效，即使现行刑法不认为是犯罪或者处刑较轻的也不能适用现行刑法。这主要是为了维护人民法院生效判决的严肃性和稳定性。因此，按照审判监督程序重新审判的案件，要适用行为时的法律。不能因为现行刑法不



认为是犯罪，或罪名改变，或处刑较轻，而改变按当时的法律规定已经定罪量刑并发生法律效力判决或裁定。

刑法的溯及力，归根结底是解决新旧刑法如何选择适用的问题。新法是指现行刑法，也就是审判时的刑法；旧法是指“当时的法律”，一般是行为时的刑法。如果仅仅存在一个行为时法、一个审判时法，则新旧刑法的关系比较简单。但是，如果在行为人实施行为后，经历了几个法律变革，在行为时法和审判时法之间存在一个或者几个中间法，这种情况下新旧刑法的关系就比较复杂。对此，一种观点认为，新旧法比较，就看审判时法和行为时法，中间法律是怎么过渡的可以不管；另一种观点认为，不能仅以行为时法或审判时法作为衡量标准，而要在行为人实施行为以后，发生的所有法律变革中，寻找对被告人最有利的法律。这样才能体现罪刑法定原则保护当事人权利的本意。^①两种对立观点分歧的焦点在于如何理解“当时的法律”。这涉及法律解释的问题。从字面含义上说，“当时的法律”是指行为人实施行为时已经存在的生效刑法。但是，罪刑法定原则的宗旨是保障犯罪人的人权，基于罪刑法定的要求采取的从旧兼从轻的刑法溯及力原则实质上也有利于被告人。因此，“当时的法律”不仅指行为时法，还应当包括行为时法与审判时法之间的中间法。也就是说，行为时法是旧法，中间法也是旧法。如果行为时法重，审判时法也重，而中间法轻的，按照从旧兼从轻原则，应当适用中间法。

刑法的溯及力不仅涉及新旧刑法的适用问题，还与刑事立法解释或刑事司法解释与刑法之间、刑事立法解释之间、刑事司法解释之间的适用直接相关。对此，根据2001年最高人民法院、最高人民检察院《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》的规定，司法解释自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间。对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理。对于新的司法解释实施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时司法解释办理，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。对于在司法解释施行前已办结的案件，按照当时的法律和司法解释，认定事实和适用法律没有错误的，不再变动。根据这一司法解释的精神，在两个以上有权解释之间，同样按照从旧兼从轻原则决定适用哪个有权解释。

新法是否有溯及力，关键在于新法是否比旧法轻，或者说适用新法是否有利于行为人。只有新法规定较轻，适用新法对行为人更有利，才能适用新法，否则就只能选择适用旧法。对于新旧刑法的轻重比较及法律适用，根据1997年最高人民检察院《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》的规定，

^① 张军等主编：《刑法纵横谈——理论·立法·司法（总则部分）》，法律出版社2003年版，第74～75页。



罪名、构成要件、情节以及法定刑没有变化的，适用当时的法律追究刑事责任；罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的，根据从轻的原则，确定适用当时的法律或者修订刑法追究刑事责任。根据1998年最高人民法院《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》的规定，刑法第12条规定的“处刑较轻”，是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻；如果法定最高刑相同，则指法定最低刑较轻。如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑；如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。1997年10月1日以后审理1997年9月30日以前发生的刑事案件，如果刑法规定的定罪处刑标准、法定刑与修订前刑法相同的，应当适用修订前的刑法。

对于上述司法解释的规定，尤其需要注意罪名、构成要件、情节发生变化后的新旧刑法轻重比较。例如，强制猥亵妇女行为按修订前的刑法规定，应构成流氓罪。在刑法修订后，流氓罪的罪名已不存在，但不能因此认为这种行为在现行刑法中已不构成犯罪。其实，流氓罪尽管罪名可以说是取消了，但过去按犯罪处理的流氓行为在现行刑法中大多仍属于犯罪，只不过分别适用强制猥亵、侮辱妇女罪及聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、聚众淫乱罪等罪名和相应的条款。类似的罪名发生变化的情况还有过失杀人罪与过失致人死亡罪、绑架勒索罪与绑架罪等。因此，对于这类情况的案件，要根据行为性质分别确定在新旧刑法中具体涉及什么罪名，在此基础上才能进行处刑轻重的比较。又如，非法拘禁罪在新旧刑法中都存在，但两者的加重法定刑幅度已发生变化。根据1979年刑法的规定，非法拘禁致人重伤的，处3年以上7年以下有期徒刑；致人死亡的，处7年以上有期徒刑。根据现行刑法的规定，致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人死亡的，处10年以上有期徒刑。对于这类情况的案件，先要根据案件情况，确定行为符合基本犯还是加重犯，在此基础上才能对其对应的法定刑幅度进行轻重比较。总之，对于新旧刑法的罪名、构成要件、情节发生变化的相关刑事案件，要注意从实质上分别判断行为在新旧刑法中是否构成犯罪、构成何种犯罪、犯罪具体构成要件（标准）是否发生变化、法定刑的高低是否发生变化、量刑情节是否发生变化。在此基础上进行处刑轻重的比较，才能得出正确的结论。

本案中，杨某行为的发生在1996年至1997年9月间。在当时，可以适用本案的相关法律是1988年通过的全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》（以下简称《补充规定》）。《补充规定》第3条规定，国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员，利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的，是挪用公款罪，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处5年以上有期徒刑。挪用公款数额较大不退还的，



以贪污论处。《补充规定》第2条规定，个人贪污数额在5万元以上的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。根据1989年最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》的规定，退还，是指挪用人或家属在司法机关立案后将挪用款交还。不退还，既包括主观上不想还的，也包括客观上不能还的。不退还，使被挪用的这部分公款遭到不可弥补的损失，这种行为应“以贪污论处”，定为贪污罪。在适用《补充规定》第3条时，应按照以下界限掌握：（1）挪用公款案发后，侦查终结前退还的，以挪用公款罪认定处罚。（2）挪用公款案发后，有退还能力而拒不退还的，或者将挪用的公款用掉，实际上已无退还能力的，以贪污罪认定处罚。（3）在本案中，挪用的公款一部分已退还，另一部分未退还的，如果二者均已达到犯罪数额，前者定挪用公款罪，后者定贪污罪，按数罪并罚的原则处罚。根据上述规定，杨某挪用公款案发后尚有25万元不退还，因此已分别构成挪用公款罪和贪污罪，应予以数罪并罚。

但是，在案件审理期间，修订后的刑法已经生效，依照现行刑法第12条规定的从旧兼从轻原则，在适用法律上必须对新旧刑法的处刑轻重进行比较。根据现行刑法第384条的规定，国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的，是挪用公款罪，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处5年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。比较新旧刑法的规定，虽然挪用公款“情节严重”的情形法定刑轻重相同，但依《补充规定》，“挪用公款数额较大不退还的，以贪污论处”；依现行刑法“挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑”，而不再以贪污论处。显然，按照旧法对行为人以挪用公款罪与贪污罪数罪并罚的规定要重于按照刑法仅以挪用公款罪一罪论处规定，因此，按照“从旧兼从轻”原则，本案应适用现行刑法第384条的规定，以挪用公款罪对被告人定罪处刑。

（二）思考案例

被告人李某，男，1964年6月14日生，农民。

被告人陈某，女，1958年4月9日生，案发前系某农场妇女主任、工会主席。

1997年5月，被告人李某多次找被告人陈某搞假结扎证明，陈某说等有机会就搞。1997年5月15日上午，陈某带本单位结扎对象到县妇幼保健所结扎，护士长当时忙于做结扎手术，就叫陈某代其为一已结扎对象在结扎证明上盖章，陈某乘机在事先准备好的4份空白县妇幼保健所证明书上偷盖了“县妇幼保健所疾病诊断专用章”。后陈某将这4份盖了章的空白证明书给了李某。李某模仿县妇幼保健所某医生的笔迹填写伪造结扎证明，分别卖给3个结扎对象，共获赃款7400元。事后李某分给陈某2800元。案发后赃款均被追缴。



1997 年 11 月，县检察院以被告人犯伪造证件罪提起公诉，一审法院认为公诉机关适用 1979 年刑法第 167 条规定指控二被告人犯伪造证件罪不当。一审法院判决二被告人无罪。

问：李某、陈某于 1997 年刑法施行前伪造医院证明的行为应如何适用法律？为什么？



二、不作为犯的作为义务来源

（一）案例分析

1. 李某涉嫌故意杀人案

【基本案情】

2002年7月17日上午，李某与其妻肖某因家庭琐事争吵，肖某坚持要求离婚，李某与肖某即一起到乡政府办理离婚手续，但因小孩抚养问题未协商好而离婚未果。当天下午6时，李某与肖某走在回家的路上，肖某向丈夫提出歇息会儿再走，但怨气未消的李某并没有理会。肖某见丈夫对自己的要求无动于衷，就和李某厮打起来，后被当地村民何某劝开。当李某朝回家的方向行走约50米时，肖某跳入路边的水塘中。村民何某见状大声呼喊救人，李某回答：“她自己跳的水，我又没有推她。”然后，李某继续往回家的方向走去。肖某被何某和闻讯赶来的周某等人捞起时已死亡。

【主要问题】

1. 刑法理论中不作为犯的作为义务来源有哪些？
2. 法律规定的义务中的法律是指什么范围？
3. 法律规定的义务是否需要刑法认可？
4. 李某的行为是否成立不作为的故意杀人罪？

【分析】

刑法理论中不作为义务的来源应当包括表现形式与产生依据两方面的内容。表现形式是形式的方面，产生依据是实质的方面。在表现形式方面，作为义务的表现形式已由法律明文规定的、职务业务上的要求等明文规定作为义务，发展到了法律行为以及间接原因引起的作为义务等。具体包括以下内容：一是法律明文规定；二是职务、业务上的要求；三是法律行为（包括合同行为、自愿行为、先行行为等）。在实质产生依据方面，作为义务实质上来自于对法益的社会功能关系，包括保护特定法益的功能关系与监控危险来源的功能关系。保护特定法益的



功能关系所产生的义务称为保护义务，监控危险来源的功能关系所产生的作为义务称为监控义务。由此可见，不纯正不作为的义务实质上就是来源于对法益的保护功能及监控危险来源的功能。由于实质因素决定形式因素，因而在形式与实质之间的关系上，应该是形式与实质相结合，以实质判断为主，以形式判断为辅。事实上，哪些义务在形式上可以成为不作为的义务来源，不是由法律规定而是由学理上归纳而形成的，如先行行为在形式上的被列举。可见，何种义务被列举而成为形式上的义务来源是由实质性因素决定的。

法律规定的义务，是指法律明文规定的特定义务。很多国家或地区在刑法总则中对法律明文规定的特定义务均有所界定。例如，1973年德国刑法第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，且不作为与因作为而实现犯罪构成要件相当的，依本法处罚。”1930年意大利刑法第40条第2项规定：“负有法定义务而不阻止结果发生的，等同于造成结果。”奥地利刑法第2条规定：“法律对结果之发生处以刑罚时，行为人应依法负有防止其结果发生之特别义务……”韩国刑法第18条规定：“负有防止危险的义务或者因自己的行为引起危险，而未防止危害结果发生的，依危险所致的结果处罚。”我国澳门地区刑法第9条第1款规定：“如一法定罪状包含一定结果在内，则事实不仅包括适当产生该结果之作为，亦包括可适当防止该结果发生之不作为，但法律另有意图者，不在此限。”第9条第2款规定：“以不作为实现一定结果，仅于不作为者在法律上负有必须亲身防止该结果发生义务时，方予处罚。”我国大陆刑法总则没有明确的不作为犯的规定，而是直接体现在分则的具体条文当中，例如，第129条丢失枪支不报罪，第167条签订、履行合同失职被骗罪，第201条逃税罪，第261条遗弃罪，第313条拒不执行判决、裁定罪，以及渎职罪和军人违反职责罪等。

关于法律规定的义务中的法律范围的理解，在学术界主要有两种不同的观点：一种观点认为，刑法规定的义务是法律规定的义务的唯一来源，其他法律规范所规定的义务不能作为不纯正不作为犯作为义务的根据；另一种观点认为，法律规定的义务并不限于刑法规定的义务，还包括民法、行政法上的义务。我们认为，这里的法律应当作广义理解，不仅包括刑法，同时包括宪法、其他法律以及行政法规所规定的义务。例如，我国刑法第395条第2款规定：“国家工作人员在境外的存款，应当按照国家规定申报。数额较大、隐瞒不报的，处二以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。”该款就属于刑法直接规定了国家工作人员申报境外存款的作为义务。又如，刑法规定的故意杀人罪对于作为义务没有明文规定，但是婚姻法规定父母对未成年子女有抚养义务，如果父母不履行抚养义务故意置婴儿于死地，该父母就可构成不纯正不作为的故意杀人罪。这就是其他法律规定的作为义务为刑法所认可而成为这里法律规定的特定义务。

法律规定的义务是需要刑法认可的。虽然法律上规定的义务很多，但并不是



所有法律规定的义务都可以成为不作为的义务来源，这种义务只有其他法律规定并被刑法所认可时，才能够成为不作为的义务来源。这种被刑法所认可的义务在本质上与刑法规定的义务是等同的，两者并没有实质的区别。正是因为不纯正不作为犯是经由刑法评价的行为，承担的是刑事责任，所以其作为义务来源也必须由刑法加以确定，否则就违反了罪刑法定原则。

在本案中，李某与肖某虽是夫妻关系，且夫妻之间有扶养的义务，即在经济上的供养和生活上的扶助之义务，但认定李某对肖某的投水自杀负有法定的救助义务缺乏法律依据。当肖某跳入水塘中，周围还有其他围观人群，这表明，妻子肖某的生命并不完全依赖丈夫李某的救助行为，受其他围观群众救助的可能性也较大，李某对肖某的生命不处于排他性支配的地位，肖某的死亡并不是李某的不救助行为直接导致的。由于李某的不作为行为不属于法律规定的义务，因而不能构成不作为的故意杀人罪。

2. 王某、黄某某涉嫌玩忽职守案

【基本案情】

2003年6月4日下午5时许，四川省金堂县城郊派出所值班民警黄某某将涉嫌盗窃的妇女李某带回派出所调查。调查过程中，李某承认其偷窃了两瓶洗发水。同时，办案民警发现李某是吸毒人员，在用电话核实了李某的身份和吸毒史并经尿检后，金堂县公安局依法决定对李某予以强制戒毒。当晚10时许，派出所副所长王某与其他民警送李某前往成都市戒毒所。李某告诉王某，她的女儿关在家中无人照顾，并告诉了自己姐姐家的地址和电话，王某等人电话通知了李某家所在的成都市青白江区公安分局团结村派出所。6月5日，王某要求黄某某再次联系此事，黄某某自称已给团结村派出所打了电话，对方答“知道了”。此后，金堂县公安局城郊派出所再无人过问李某女儿的事情。同年6月21日，李某女儿高度腐败的尸体被青白江区公安分局民警从李某反锁的家中发现。后经法医鉴定表明，李某女儿之死，非暴力和中毒所致。

【主要问题】

1. 如何理解职务或者业务上要求的作为义务的范围？
2. 如何理解职务或业务上要求的作为义务的时限？
3. 王某、黄某某的行为是否构成不作为犯罪？

【分析】

职务或业务上要求的作为义务，是指从事某种特定职业或履行某种特定职务的行为主体，其职务或业务本身要求负有某种积极作为的义务。这种特定的作为



义务是由职业或职务管理条款或有关的规章制度规定的，如果行为人违反了这种义务，使刑法所保护的法益受到损害或威胁时，行为人就要负法律责任。在不纯正不作为犯罪中，其作为义务通常是职务或业务要求的义务。

关于职务或者业务义务要求的范围，主要分布在我国刑法分则第二章危害公共安全罪，第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪，第九章渎职罪和第十章军人违反职责罪中。这里的职务或业务，是指由国家公布的相关法律、法规和规章制度进行规范的职务或业务，例如，国家机关工作人员有履行相应职责的义务，不履行职责者，可能成立某种渎职犯罪，值班民警有履行维护社会治安的义务，值班医生有抢救危重病人的义务，银行出纳员有按规定管理好钱物防止被盗的义务，消防队员有履行消灭火灾的义务，等等。

虽然职务或业务上要求的义务从某种严格意义上说是由法律明文规定的，但两者还是存在区别的。职务或业务上要求的义务是基于行为人担任某项职务或从事某项业务时的特定身份而形成的，因此只有行为人在具有该特定身份的前提下，且不履行职务或业务要求的义务，严重侵害法益时，才因违反该作为义务而构成不作为犯罪。可见，职务或业务上要求的义务具有不同于一般法律明文规定的义务的特点，即其身份的特定性和时间的特定性：第一，行为人具有职务或业务的特定身份并在其职务或业务范围内履行职务或从事业务，例如，值班的消防队员便没有抢救危重病人的义务，因为抢救危重病人并不在消防员的业务范围内，同样道理，值班医生也没有消灭火灾的义务。第二，行为人是在履行职务或从事业务之时形成的，如果并非在执行职务或从事业务之时，就不会产生作为义务。

关于职务或业务上要求义务的时限，应当表明行为人具有职务或业务的特定身份的时间特定性的特点，即行为人是在履行职务或从事业务之时形成的，如果并非在执行职务或从事业务之时，就不会产生作为义务。例如，某医生以不在工作时间为由拒绝重症病人家属的出诊请求，没有前往病人家中及时抢救，结果导致重症病人没有得到及时抢救而死亡的情形，则该医生并不构成刑法意义上的不作为犯罪。因为当时该医生并未在医院值班，而是在家中休息，其不负有抢救病人的法律义务，也就没有业务上要求的义务，拒绝出诊纯属医德问题，该医生尽管要受到道德的谴责，但与法律责任无关。判断特定职务或业务的人是否应该履行职务或业务要求的义务时，应当结合该行业相关的法律法规、规章制度以及本单位的具体安排。但职务或业务上要求的义务的时限也有例外情形，例如，《人民警察法》第19条规定：“人民警察在非工作时间，遇有其职责范围内的紧急情况，应当履行职责。”也就是说，人民警察对警察义务的履行是不分工作与非工作时间的，只要遇到突发事件，不管其是否处于上班时间，只要从事警察这一职业就应该履行警察义务，并无时间、地点限制，如果不积极处理，就可能构成不作为的犯罪。