

不作为犯罪的行为性 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/169/2021_2022__E4_B8_8D_E4_BD_9C_E4_B8_BA_E7_c36_169777.htm 行为问题是刑法理论的基础问题。我国现行犯罪构成理论认为，危害行为（有的称犯罪行为）是犯罪构成的客观要件中必不可少的要件，无行为则无犯罪。但是，有的不作为犯罪并不具行为性，它不是行为，而它的社会危害性与具有行为性的犯罪行为具有等价性，很有必要在刑法典里将其规定为犯罪，因此，不具有行为性的不作为犯罪的存在，对我国现在的犯罪构成理论也带来较大的冲击。为此，深入地分析不作为犯罪的行为性问题，并探讨与之有关的刑法立法问题和刑法理论问题确有必要。要阐明不作为犯罪是否具有行为性，首先要弄清刑法理论上的行为概念。在刑法学说中曾经有几种具有较大影响的行为理论：因果行为论（又称自然行为论）；目的行为论；社会行为论；人格行为论。在前述四种行为理论里，笔者认为，舍弃意思要素的传统自然行为论（即因果行为论）相对较为科学，但也存在着欠缺。刑法上的“行为”概念，和其他法律部门的“行为”概念一样，是指“一种单纯的身体举动”。犯罪“行为”则是指具有一定社会危害性的、触犯刑法而应受刑罚处罚的身体举动。将“行为”概念确定为“一种单纯的身体举动”具有特定的积极意义。本文的研究重心是不作为犯罪的行为性。但是，因为犯罪不作为是否具有行为性的问题，是研究不作为犯罪行为性的基础问题，因此，对犯罪不作为行为性问题的研究也是本文的一个重要环节。所谓“犯罪不作为”是指不实施特定义务所要求实施的行

为，从而导致犯罪成立的不作为形态。可见，犯罪不作为有两个特征：1、主体不实施特定义务所要求实施的行为；2、它是一种导致犯罪成立的不作为形态。这一特征与其他类不作为相比，其社会危害性相当严重，依照刑法应受刑罚处罚。从犯罪不作为的这两个特征可知，犯罪不作为是相对于特定范围而言的，即犯罪不作为是指没有实施“特定义务所要求实施的行为”，因此，它不具有行为性，这是从逻辑思维上，从法理上将犯罪不作为的不作为范围予以界定后所得出的结论。不作为犯罪是指具有犯罪不作为形式的犯罪。它可分为法定的不作为犯罪和现实的不作为犯罪两种类型。根据犯罪构成客观要件是否同时包括犯罪不作为和犯罪作为两种形式，法定不作为犯罪可分为两大类：一类是单一不作为犯罪，另一类则是复合不作为犯罪。单一不作为犯罪又可分为纯正不作为犯罪和不纯正不作为犯罪。单一不作为犯罪，是指刑法规定的、只要具备犯罪不作为和危害结果即可能受到刑罚处罚的犯罪。在这里，亦称为法定的单一不作为犯罪。而行为人实际实施的、符合法定的单一不作为犯罪构成的具体不作为犯罪，则称为“现实的、单一不作为犯罪”。根据刑法相关条文的规定，法定的、单一不作为犯罪体现了“无行为亦可构成犯罪”。现实的、单一不作为犯罪包括两种情况：裸的不作为犯罪和（犯罪不作为危害作为）的不作为犯罪。裸的不作为犯罪是指犯罪主体在现实的不作为犯罪中仅有犯罪不作为的表现形态而没有危害作为表现形态的不作为犯罪。从实际情况看，裸的不作为犯罪不能归类于“行为”；（犯罪不作为危害作为）的不作为犯罪是指在现实不作为犯罪中不但包含有犯罪不作为表现形态，而且也包含有危

害作为的作为形态的不作为犯罪。其中，危害作为成为了这一现实不作为犯罪的实际犯罪成立要件的重要组成部分，可见，（犯罪不作为危害作为）不作为犯罪具有行为性。单一不作为犯罪又可分为：纯正不作为犯和不纯正不作为犯。纯正不作为犯是指刑法明文规定的、只要具备犯罪不作为形式和一定危害结果即可构成的犯罪。对于法定纯正不作为犯罪来说，犯罪作为不是其客观方面的构成要件，因此，行为性并不是法定纯正不作为犯罪的必备客观特征。不纯正不作为犯是指以不作为形式而构成通常以作为形式构成的犯罪。在法定不纯正不作为犯里，“行为性”同样不是其必备特征。所谓复合的不作为犯罪是刑法明文规定的、其客观方面由犯罪作为和犯罪不作为两种形式构成的不作为犯罪。其犯罪表现形式为：法定的犯罪作为法定犯罪不作为。对于法定的复合不作为犯罪，刑法明文规定犯罪作为是其客观方面的必要要件，因此，法定的复合不作为犯罪具有行为性。对于现实的复合不作为犯罪而言，其客观方面除应具备法定的复合不作为犯罪中的犯罪不作为外，还必须实施法定的复合不作为犯罪客观方面规定的犯罪作为，才能构成该罪，因此，现实的复合不作为犯罪同样具有行为性。可见，对于不作为犯罪，不能将所有不作为犯罪一概认为有行为性，或无行为性，而应分门别类予以具体分析。在刑法及刑法理论里，全面地以“事态”或“事件”取代“行为”，并完全摒弃犯罪是一种行为的基本观念的做法是不足取的。同样，法定的单一不作为犯罪和现实的、裸的不作为犯罪不能认为是行为，也是一个客观事实。不作为犯罪与作为犯罪不仅在犯罪构成上存在区别，而且在规范结构上也是不同的。我国现有犯罪构成

理论将作为和不作为均认为是行为，并以完全同一的犯罪构成理论阐释两者的犯罪构成，这显然是不科学的。为此，我们应将不作为犯罪单独作为一类犯罪，并在我国现有犯罪构成理论的总体框架下，建立相对独立的不作为犯罪构成理论，从而使我国犯罪构成理论更为完善。具体设想如下：新刑法第13条的犯罪概念可修改为“一切危害国家主权……以及其他危害社会的行为或不作为，……”；对于新刑法典第2条、第3条、第30条、第36条和第68条中的“犯罪行为”一词，均可修改为“犯罪”一词，修改后的“犯罪”包括作为犯罪和不作为犯罪两种。同时，笔者提出制定“寄宿罪状”的立法主张。基本设想是，在总则明文规定不纯正不作为犯罪的可罚性之后，概括性地明文规定不纯正不作为犯罪特有的、不同于作为犯罪的构成要件，同时在总则明文规定，将不纯正不作为犯罪在总则中规定的、概括性的、特有的构成要件寄宿于相对应的作为犯罪的构成要件中，使这些概括性的、特有的要件和相对应作为犯罪中的、与不纯正不作为犯罪相同的要件要素组合成不纯正不作为犯罪的犯罪构成。寄宿罪状的立法规定制定于总则中，具体设计如下：“第X条：“在刑法分则规定的、以作为形式出现的犯罪中，负有防止该种作为犯罪的构成要件中的危害结果发生之特定义务者，因不履行义务而导致一定危害结果发生的，构成独立的、与该种作为犯罪对应的不作为犯罪。前款所称的不作为犯罪，其构成要件以前款规定的构成要素为基础，同时，借助于相对应的作为犯罪的构成要素（指除与不作为犯罪相异的那部分要素以外的其他要素）结合而成。”

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com