

司考：判断是否构成不作为犯罪的四个步骤 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/269/2021_2022__E5_8F_B8_E8_80_83_EF_BC_9A_E5_c67_269561.htm 一、不作为犯罪之实质与分类：1、实质，用口头语来说，就是需要积极作为去防止(犯罪构成要件中的)危害结果发生而未作为的犯罪。2、分类：A 纯正不作为犯(如第261条、第311条、第313条)：刑法明文规定只能由不作为构成的犯罪，“只能”二字是关键词。B 不纯正不作为犯：行为人以不作为实施的通常为作为形式的犯罪，简言之，该种犯罪既可以作为，也可以不作为形式实施。二、判断是否构成不作为犯罪的四个步骤：判断是否构成不作为犯罪的四个步骤 1、危险相关性的判断 法益已经处于危险之中，作为犯罪构成的危害结果即将发生，解救这种危险在客观上是否高度依赖于行为人的某种作为。一般来说，在司法考试中，这一步可以略去，因为没有相关性的情形实在不具有可考性，出题人一般会告诉你，也几乎肯定会告诉你危险正等待你的解救，那么，进入下一步吧。2、应否作为的判断：判断行为人是否有某种作为的义务(以下简称保护义务)、也即“应否作为”的问题，(务必注意，如果不是以下四种情形，否定保护义务)：法律明文规定了行为人应作为。就刑法而言，如第261条(法定扶养)、第311条(在国安机关调查间谍犯罪时协助提供证据)、第313条(执行法院生效判决、裁定)规定之义务，此外包括其他法律法规的义务 职务或业务上要求行为人应作为，如值班医生、执勤消防队员、国家工作人员履行相应职责等 法律行为要求行为人应作为，如合同行为，自愿接受行为 行为人先

前的创设危险的行为(先行行为)要求行为人应作为，完整的表述是“行为人先前的行为导致刑法保护的法益处于危险状态，行为人负有排除危险或防止结果发生的特定积极义务。”

先行行为既是难点，又是考点：难点和考点之一：先行行为是正当行为的，不构成作为义务之来源(较难理解，如实在理解不了就记住它再慢慢理解，这实际是刑事政策的问题，而非形式逻辑的问题)。正当的先行行为可以免除作为义务，如甲欲杀乙，乙正当防卫将甲打成重伤，乙没有救助的义务，虽然甲因乙不作为而死亡，但乙不构成犯罪。不正当的行为或非法行为，才能产生作为义务。易考的(先行的)正当行为：正当防卫、职务行为。难点和考点之二：重大道义义务不构成作为义务之来源。如恋人之间、同事之间、上下级之间只有重大道义义务而无上述四种保护义务，理由是刑法只能维持社会最低的道德标准，这是由刑法的性质所决定的，否则会不适当地扩大刑法的处罚范围。难点和考点之三：先行行为是犯罪行为的，是否构成作为义务之来源分两种情况：A在刑法就某种犯罪结果规定了结果加重犯或者因发生严重结果而成立重罪时，由于可以将加重结果评价在相应的结果加重犯或者另一重罪中，先前的犯罪行为并不导致行为人具有防止严重结果发生的义务。如甲将乙打成轻伤，在乙有重伤危险时不予救助导致乙重伤的，定故意伤害致人重伤即可，又如甲非法拘禁乙，并对乙实施暴力，在乙有死亡危险时不予救助致乙死亡的，定故意杀人罪即可。B在刑法未就某种犯罪结果规定结果加重犯，也没有规定因发生严重结果而成立重罪时，如先行的犯罪行为导致另一法益处于危险状态时，认为该先行行为构成作为义务之来源。如果行为人应

为、能为而不为，则要将先行的犯罪行为与后来的不作为犯罪并罚，如甲非法采伐珍贵树木，树木倒下时砸在乙的头部，甲明知或应知不立即救助就会发生乙死亡的结果，仍然不予救助致乙死亡，对甲应以非法采伐珍贵树木罪与故意杀人罪并罚。

3、“能否作为”的判断 行为人在满足前两个方面的情况下，有无能力履行该特定义务，也即“能否作为”的判断。如果无能力履行，法不强人所难，不构成不作为犯罪；如果有能力履行，是否构成不作为犯罪继续下一步。

4、“有无作为”的判断 行为人在满足前三个方面的情况下，没有履行该义务，造成或者可能造成危害结果，构成不作为犯罪；

三、应注意的问题

1 遗弃罪与故意杀人罪之区别：A主观面：遗弃罪的主体希望或放任的是“死亡的(且非紧迫的)危险”，而非“(立即)死亡”，故意杀人罪则相反。B客观面：生命面临的危险是否紧迫、生命对作为义务的依赖程度、行为是否会立即导致他人死亡。

2 遗弃罪与虐待罪之区别：从客观面非常容易区分，遗弃罪是纯正不作为犯，虐待罪既可能有作为，也可能有不作为，但不可能是纯粹的不作为，也即必须有作为。

3 几个纯正的不作为犯：第261条的遗弃罪、第311条的拒绝提供间谍证据罪、第313条的拒不执行判决裁定罪。

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