

不作为犯罪的比较研究 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_B8_8D_E4_BD_9C_E4_B8_BA_E7_c122_484788.htm 【关键词】不作为

；过失作为；安乐死；滥用职权罪 作为一般原则，刑事责任不能加诸不作为者身上。因此，当你看到一个盲人正行走在悬崖边上，因为你没有及时警告而致使其坠入万丈深渊，你不将被认为实施了犯罪，因为你没有法定的义务去提醒他。即使对盲人大喝一声以提醒他前面有危险对于你来说轻而易举，甚至你可能还恶毒地希望这位盲人坠渊制死而故意不提醒，结局也是不构成犯罪。正统的观点认为，法律只能阻止人们干坏事，却不能强迫人们干好事。处罚不作为是不是对现代人所奉为神圣的自由的侵犯？但现代除自由外还有公共利益需要保护。现代法律力求在其中寻求平衡。当一个人对另一个人负有责任时，通过惩罚这种不作为所导致的对自由的一定限制相对于把不作为的责任强加于一个过路人身上较少存在问题。在英国，这种平衡是一种政策上的选择：其他有些国家通过制定法律规定很容易实施救助却不实施救助的过路人也能构成一种叫不救助罪的犯罪。在刑法领域，曾长期视不作为为“怪物”。从根本上说，以自由为中心的近代刑罚制度都是为了防止人们实施某种行为而建立起来的，传统刑法以维护现有法律制度为主要目的，而只有积极的作为才可能侵犯他人合法权益。以团结互助为基本原则的现代社会法治国家，要求社会成员间相互协作以实现法律的目的，于是刑法中有关行为人作为义务的规定开始增加，如今已成为整个刑罚制度中不容忽视的组成部分。现代不会有人会认为

，母亲用手掐死哺乳期的婴儿是杀人，而用不哺乳这种不作为的方式致婴儿饿死，因为“什么也没做”而不构成犯罪。因此，是否应该处罚不作为犯，是一个不容讨论的问题。我们所要做的是如何合理处罚不作为犯。一、不作为犯理论的简单回顾 处罚不作为就是强制他人进行一定的作为，是限制行动自由，因此，必须尽量慎重。现代刑法学的鼻祖费尔巴哈早在两百多年前就指出，犯罪原则上限于作为犯，不作为犯只是在依据“特别的法的根据（法律或者契约）”存在作为义务的场所，才例外地被承认。尽管长期以来，关于不作为犯问题，人们一直困扰在处罚不作为是否违反罪刑法定原则以及不作为犯的因果关系等问题上，但现在人们的共识是，不作为犯的基本问题在于，在何等条件下不阻止构成要件该当结果的发生，能够与由于积极作为引起的结果等而视之。一句话，不作为犯的核心问题在于作为义务范围的确定问题。在普通法上，不作为的法律义务主要有：（1）亲属关系（例如，父母负有为小孩提供食物、居所和衣服的义务）。（2）法律规定的义务（例如，许多国家规定医疗机构或者其相关人员发现小孩有被虐待的嫌疑时有报告的义务）；（3）提供照顾的合同（例如，托儿所通常与居民缔结有照顾小孩的合同）；（4）自愿承担而产生的义务（例如，把病人带到家里就产生照顾病人的义务）；（5）危险行为产生的义务（例如，不小心把一个不会游泳的人推进深湖里就负有采取合理措施加以营救的义务）；（6）对他人行为具有支配可能性而产生的义务（如公司经理有义务阻止为公司开车的司机超速行驶）；（7）业主的义务（例如，剧院的老板负有为光临剧院的顾客提供安全紧急出口的义务）。美国模范刑法典规定，

在两种情形下能够追究行为人不作为的刑事责任：一是制定法所明确规定的义务，二是民法规定行为人所必须履行的义务。在大陆法系国家，学者将作为义务只承认范围类型化。例如：（1）基于先行行为之防止义务；（2）管理者之防止义务；（3）诚信原则上所承认之告知义务；（4）习惯上所承认之保护义务等。国内学者认为，作为义务根据包括以下几种：（1）法律明文规定的义务；（2）职务或业务上要求的义务；（3）法律行为引起的义务；（4）先行行为引起的义务。从作为义务的类型来看，国内外大同小异，问题是如何从理论和实践的角度去准确地把握。

二、不作为犯理论的具体展开

（一）作为与不作为的区分为什么要区分作为与不作为？处罚不作为犯以具有作为义务为前提，因此，如果认定行为属于不作为，则必须认定其负有作为的义务，否则不能处罚，此其一。其二，由于不作为不同于作为的行为构造，行为类型不同，则着手的认定、完成与未完成形态的认定、因果关系的认定等，都会显著不同。具体容后展开。但区分作为和不作为并不是一件容易的事。一个人不小心把警察的脚轧在车轮下面，当被告知应当马上启动车辆以救出可怜警察的脚，但这个人拒绝这么做，而是下车自己溜达。这个人的行为是作为还是在不作为？结局是，这个人被控袭击警察罪。汽车司机在十字路口遇到红灯时，仍然向前行驶，导致行人死亡。是作为还是不作为？从不应当向前行驶而向前行驶（不应为而为）来看，属于作为；从应当刹车而不刹车（应为而不为）的角度来看，则属于不作为。笔者设想，一个人交通肇事把另一个人轧在车轮下，下车一看，原来是他早想杀害的仇人，于是他就独自到边上溜达去了。如他

所愿，他的仇人死于非命。那么这个人的行为是作为还是不作为呢？是负过失作为的交通肇事罪的刑事责任还是不作为的故意杀人罪的刑事责任，还是数罪并罚？看来，区分作为和不作为并不是一件容易的事。国内学者黎宏博士认为，使法益状况恶化的场合，就是作为；没有使法益状况恶化的场合，就是不作为。笔者认为，这个标准基本是可行的，但是，在具体情况下还少不了进行规范性评价。例如，没有任何过错地把人轧在车轮下，刑法不能评价无过错行为，但可以评价发现有人被轧在车轮下后而不迅速将车开走的不作为，只需评价一个不作为。如果是司机过失地把人轧在车轮下，发现情况后还不迅速移动车轮，那么，既应该评价交通肇事的过失作为，还应评价后续的不作为。这是交通肇事逃逸么？人逃，车不逃。恐怕也难按交通肇事逃逸处理。笔者倾向于这种情形下应数罪并罚。后面还将继续论述。

（二）过失行为（包括不作为）向故意不作为的转化

（1）过失致人伤害、失火等先行过失行为能不能成为作为义务的来源？不作为的话，是否就构成故意的不作为犯罪？普通法判例认为，被告有义务避免由于自己的事故行为所导致的损害（R V Miller(1983)）。在日本，理论和判例均认为，由于自己实施的先行行为产生了发生结果的急迫危险的人，必须承担防止该结果发生的义务。例如，失误轧倒行人的汽车驾驶员，应该救护该行人；由于过失而致着火的人，必须灭火（最判昭33.9.9〔放火罪〕）。如前所述，学者基本上认为作为义务的来源包括先行行为引起的义务。一个人失火后，坐在旁边看着大火熊熊燃烧而不扑救，大多数人会倾向于以放火罪定罪处罚。但问题是，泥瓦匠不小心从屋顶上掉下的砖

头砸在行人头上，不下来也不吆喝别人施救，而是坐在屋顶上眼睁睁地看着行人流完最后一滴血死去，恐怕不少人就倾向于定过失致人死亡罪了。但是笔者认为，在能抢救而不抢救以致放任其死亡，按过失致人死亡罪定罪，明显违背一般人的法感情。因为人们通常认为带邻居家小孩游泳，行为本身连违法都算不上，在小孩发生危险不予救助以致小孩被淹死，却能以不作为的故意杀人罪定罪。两相比较，刑罚的评价过于悬殊是显而易见的。因此，在过失致他人健康以至生命法益处于危险状态下，能予救助而故意不予救助的，应当以故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚。这样会导致处罚过重呢？笔者认为，尽管人们通常认为不作为的犯罪比作为社会危害性小，道义上的可非难性也较轻，尽管国外也有可以轻处不作为犯的立法例，如德国刑法第13条第2款的规定，但是我国刑法关于故意杀人罪的法定刑是死刑到三年有期徒刑，因此，用故意杀人罪予以定罪，从定性上可谓恰如其分的评价，从处刑上也可以不至于处罚偏重。（2）交通行为导致事故发生，行为人逃逸能以故意不作为论处吗 普通法认为，汽车司机因过失（或者连过失也没有）撞上了行人，他就有义务让被害人得到医疗救治，不履行义务的，就能构成不作为犯罪。德国学者认为，一个遵守交通规则的汽车驾驶员相对于负完全责任的车祸受害人而言，不具有保证人地位（联邦法院刑事判决25，218（221），由鲁道飞（Rudolphi）作赞同性评注，《法学评论》1974年第160页）；但是，如果该驾驶员自己违反交通规则，且其行为与交通事故有直接的联系，情况则不同。肇事司机应当将被害人送到医生处接受治疗；否则，他可能因故意杀人而受处罚（联邦法院刑事判决7

，287（288））。在日本，主流观点认为，即使当轧伤人后逃跑，导致被害人发生死亡危险，也不会以违反救助义务为理由，追究其不作为的杀人罪或者保护责任者遗弃罪。将他人轧成濒临死亡的重伤，以未必的杀害故意逃走的犯人，在其场所是白天行人很多的城市的医院门前等，被害人被救助的可能性很大时，不救助被害人的不作为就很难说是杀人行为，相反，如果是在严冬的深夜，把被害人丢在没有行人的山路上时，就可能是杀人行为。国内学者在交通肇事逃逸致人死亡能否定故意杀人罪的问题上，主流学说在这一问题上似乎吞吞吐吐。一方面认为，肇事者有救助义务，另一方面又担心如定故意杀人罪，就会使大多数的过失犯罪由一罪变成两罪。其实，既然失火行为者有意不救火，能转化成放火罪，连没有过错的先行行为导致法益处于危险不救助的，也能构成不作为的杀人罪，那么，交通肇事后，在被害人的健康或者生命处于危险状态，不积极救助，导致被害人由轻伤转化成重伤，或者由伤害转化成死亡，又有什么理由不能定故意伤害（重伤）罪或者故意杀人罪的呢？不错，日本的主流观点是不承认一般情况下的交通肇事逃逸行为按不作为的故意杀人罪论处的。但是笔者注意到，在日本刑法典中过失致人死亡罪的法定刑是五十万元以下罚金，而业务过失致人死亡的却处五年以下惩役、监禁。很显然，对交通肇事这种业务过失犯罪的处罚是远远高于普通过失犯罪的，因此，在日本，一般的交通肇事逃逸致人死伤的行为，观念上认为以本来的业务过失致人死伤定罪处罚，就能做到罪刑相适应了。然而，在我国，普通过失致人死亡的最重法定刑只有七年，和一般的业务过失犯罪最高法定刑持平。因此，立法者

认为，若对一般的交通肇事逃逸致人死亡最重只能处七年有期徒刑，不能做到罪刑相适应。事实上，交通肇事逃逸致人死亡的，在人来人往可能被救助因而只是给被害人的生命造成危险的犯罪，可评价为遗弃罪，若是在人烟稀少，被害人的生命完全依赖于肇事者的救助，在这种情况下，不予救助导致被害人死亡的，就应该以不作为的故意杀人罪定罪处罚。但立法者考虑到如定两罪，在理论上恐怕很难得到支持，实践中具体情况下到底是构成遗弃罪还是不作为的故意杀人罪也是个问题，故选择了现在这种对所有的交通肇事逃逸致人死亡的行为专门规定了七年至十五年有期徒刑的法定刑，以便能对交通肇事行为本身以及交通肇事逃逸致被害人死亡的遗弃或者故意不作为的杀人一并做出刑罚上的评价。此外，如果司机没有任何过错，事故由“被害人”负全责，司机对对方有没有救护的义务呢？如果司机“逃逸”致使对方死亡，能否给司机定罪，若定罪，又该定何罪呢？首先必须肯定，由于司机对事故的造成没有过错，故不能以交通肇事罪追究司机的刑事责任。其次，我们考虑被害人是撞在你正高速行驶的客观上对行人存在高度危险的机动车上，不是撞在你在合理的地点停得稳当当的车上，也不是一个想自杀的人突然就跑来撞在你家的南墙上，一句话，客观上被害人是撞在本身蕴藏着高度危险的你的机动车上，尽管你没有任何过错，但面临一个你若不及时救助就可能马上陨落的生命，况且救助对你来说又不是代价太大的情形，笔者倾向于司机负有救助的义务，如不救助致使被害人死亡，可能构成遗弃罪。当然处刑上可以适当从轻。这个问题尚需继续研究。（三）不作为犯的犯罪形态问题探讨 将不作为划分为纯正的不

作为犯和非纯正的不作为犯，是由卢登（Luden）首先提出的。这种分类法不是说没有异议，但这种分类法现在是被学者们普遍认可的。在大陆法系国家，有观点认为，纯正不作为犯是纯粹行为犯的对物，而不纯正的不作为犯是结果犯的对物。国内有观点认为，只有当不作为已经造成了危害结果时才构成犯罪。从要求不作为与作为具有等价性而言，该观点具有一定的合理性。但是，不作为是否与作为等价，并不只是取决于是否发生了结果；当刑法规定某种犯罪的成立不要求发生危害结果时，没有造成危害结果的不作为也可能成立犯罪。其实，不作为犯，既可能是行为犯，也可能是结果犯，既可能是危险犯，也可能是实害犯。如遗弃罪，是行为犯，也是实害犯，不作为的杀人，是结果犯，不作为的放火，既是危险犯，也是结果犯。既然如此，我们在分析具体不作为犯的既未遂或者预备、中止时，就只能从刑法的目的，也就是从法益侵害的程度以及有利于更好地保护法益的角度进行具体地分析。笔者倾向于，将遗弃罪以及不作为的渎职犯罪，如重大责任事故罪、玩忽职守罪，作为实害犯处理。即只有造成实际的较为严重的损害的，才成立犯罪。偷税罪、拒绝提供间谍犯罪证据罪、不退去的侵犯公民住宅罪，要么不造成严重后果的就不构成犯罪，要么作为危险犯对待，而不宜认为一产生作为就既遂因而不再有未遂、中止存在的余地。对于不作为的杀人罪，和作为的杀人罪一样属于结果犯。而不作为的放火罪，和作为的放火罪一样，属于危险犯。只是不能认为，一造成危险状态就是既遂，致使放火人丧失成立犯罪中止的机会，而不利于有效保护法益。不作为犯是属于即成犯、状态犯，还是继续犯？笔者认为，对于不

纯正不作为犯而言，原则上和相应的作为犯一样。对于纯正不作为犯，基本上可以考虑属于继续犯。当然，这只是大致的处理原则，对于具体的不作为犯罪，还应当根据法益保护原则，进行具体地分析。（四）不作为与安乐死问题 不作为怎么和安乐死联系起来了呢？先请看英国的一个案例

（Airedale NHS Trust v Bland(1993)HL）。这个案例是关于撤出从医学角度没有治愈希望的维持生命装置所引起的争议。英国学者介绍说，在阿里戴尔NHS信托公司诉布兰德（即上述案例??引者注）一案中，区分不作为和作为是做出重要判决的基础。B是希尔斯巴洛体育馆不幸事件的受害者，三年半的时间一直处于植物人状态，从医学角度看，没有恢复或改进的希望。在B的父母的支持下，信托公司（The Trust）申请宣布同意他们合法地停止继续给B人工呼吸、营养、输液和医疗，从而使B安静地死去，最高法院为B指定的临时监护人不同意该申请，认为停止供给食物将构成谋杀罪。法官批准了该申请并进行了宣布。上议院维持上诉法院的决定。存在杀人的故意是无疑的。采取上述作法的目的是终止B的生命。为了杀人注射致命药物或实施任何类似行为，一般认为构成谋杀罪。但是上述作法被认为是不作为，而不是作为。高夫勋爵(Goff)说：“问题不是医生是否采取措施杀死他的病人，或采取措施加速其死亡，问题是医生是否应该或不应该继续给病人提供可以延长其生命的医疗。”高夫勋爵还说，终止医疗很难说是为了病人的最大利益，但是，可以合理地认为，继续治疗，不是为了病人的最大利益。“终止”和“不继续”的意思看起来似乎相同。但是，前者表达的是作为行为，这是不能允许的，而后者表达的是不作为，是允许的。由上

述案例笔者想到，在国外称停止继续治疗或者撤出维持生命装置的所谓的消极安乐死，其实是一个不作为问题。而不作为的行为即是一个对构成要件的解释问题，也是一个不作为与作为之间的等置判断问题。病人的家属在通常情况下，也就是说，有治愈希望和有救治必要的情况下，不予救治，显然构成遗弃罪。但是如果没有治愈可能和救治必要，似乎就没有理由仍认为，存在救治的义务。因此，在医学上认为没有救治必要的病人，其家属放弃继续治疗，不构成不作为犯罪。对于医生来说，更是只对有救治必要的病人在特定情况下负有救治的义务，因此，医生按照病人家属或者其他监护人的意思撤除救治装置，显然不能构成包括不作为在内的犯罪。换言之，在我们讨论安乐死的合法性问题时，首先得将上述对没有救治必要的病人停止继续治疗或者撤出维持生命的装置的所谓的消极安乐死排除在外，否则，难以开展关于安乐死的卓有成效的讨论。

（五）违反作为义务的罪名确定问题 有救火义务而不救火，就应以放火罪论处吗？在日本，火灾发生之际，受公务员要求援助救灾者，未回应该要求时，成立轻犯罪法第一条八款所规定之不救助罪（纯正不作为犯），而未援助之结果，纵使致房屋完全烧毁，亦不直接发生不作为放火（刑法第一零八条）之作为义务。笔者由此想到，睡在隔壁房间的已与妻子分居的丈夫听到歹徒正在强奸自己法律上的妻子而不予救助，构成强奸罪吗？警察听到正在遭受抢劫的被害人的呼救不予救助，构成抢劫罪吗？杀人呼救呢，构成杀人罪吗？强奸呼救，构成强奸罪吗？等等。不存在共谋的情况下，说丈夫构成不作为的强奸，恐怕说不过去，因此以遗弃罪定罪较为合适。警察不救助什么，就相应

构成什么犯罪，恐怕也不合适，而且处刑可能也偏重。有人说，警察过失不作为时，如轻信强壮的女被害人能够勇敢地战胜强奸犯，构成玩忽职守罪，故意不施救的，构成滥用职权罪。但是问题是，我们的权威教科书认为，滥用职权罪的客观行为只包括两种情形，一是，行为人不依法律规定的权限和程序，非法地行使本人职务范围内的权力；二是，行为人超越其职权实施某种危害社会的行为。由于警察并没有积极地利用职权，看来定滥用职权罪有困难。定玩忽职守罪行不行？前述教科书又认为玩忽职守罪的主观方面限于过失。看来这似乎又是立法的疏漏。我国新刑法规定了放纵走私、放纵制售假冒伪劣商品等数十种故意不作为的渎职罪名，却没有规定故意不作为的兜底性罪名。抑或，立法者认为滥用职权罪和玩忽职守罪两个罪名就全都可以应付了。那又成了解释论的问题。从字面理解，我们学界的主流观点对这两个罪名的诠释似乎合情合理。但是，对于上述故意不作为的渎职行为无论如何都有处罚的必要，不处罚的话，显然违背一般人的法感情。参阅国外的相关规定可以发现，俄罗斯的权威机关将其刑法典第285条滥用职权罪的客观表现形式解释为包括故意不作为。德国刑法典第336条规定了不实施职务行为的犯罪。意大利刑法典第328条规定了拒绝职务行为的不作为的犯罪。等等。看来，在国外对于国家公职人员的故意不作为的渎职犯罪基本上是有明文规定的。那我们国家呢？笔者认为这是解释论的问题。国内也有学者认为，滥用职权的客观表现包括故意不履行应当履行的职责，或者说任意放弃职责的情形。笔者认为这种解释是极富有见地的，因此完全表示赞同。由此认为，警察等公职人员放弃职守，故意不作为的渎

职行为，符合一般滥用职权罪或者特殊滥用职权罪的其他构成要件的，应当以该罪论处。三、简单的总结不作为犯罪被人们讨论了几百年，到了现代我们还去讨论惩处不作为犯罪是否违反罪刑法定原则以及不作为犯的因果关系等问题，显然已没有多大的现实意义。相反，我们应结合现代社会扩大不作为犯定罪的趋势，对不作为犯的作为义务范围，不作为犯与安乐死，不作为犯的未完成形态，不作为成立犯罪的条件，过失作为向故意不作为的转化，像类似宋福祥实际案例的深入讨论等，才是现实向我们提出的紧迫课题。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