

<<不作为共犯研究>>

图书基本信息

书名：<<不作为共犯研究>>

13位ISBN编号：9787563389216

10位ISBN编号：7563389210

出版时间：2009-6

出版时间：广西师范大学出版社

作者：刘瑞瑞

页数：225

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

## <<不作为共犯研究>>

### 前言

中华民族具有悠久的学术文化传统，两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”。

其意即蕴涵着彰扬学术、探索真理。

而《中庸》论道，“博学之、慎思之、审问之、明辨之、笃行之”，则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。

因此，从对世界历史进程的审视与洞察来看，社会发展、科学昌明、思想进步，从来都离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量，而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力，是一所现代大学的重要标志。

因此，一个大学的学术氛围，不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态，而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。

这正如英国教育思想家纽曼所言，大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量，它态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会，高等教育发展的核心是学术和人才。

因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。

上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学，学院注重内涵建设和综合协调发展，现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。

学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训，这既是学校办学理念的集中体现，也是上政学术精神的象征。

这一校训，不仅大力倡导复合型人才培养，注重充分发挥个性特色与自我价值实现，提供自由选择学习机会，努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进，而且积极提倡拓展学术创新空间，注重交叉学科、边缘学科的研究。

## <<不作为共犯研究>>

### 内容概要

本书对德日不作为共犯理论进行了梳理和分析，并提出了较为完整的不作为共犯理论。在总论篇中，重点论述了关于不作为共犯的基础理论，并以保障人地位为基准，根据不作为在具体犯罪构成中所发挥作用的强弱确定了不作为共犯与正犯的区分标准。在各论篇中，分为不作为共犯的基本形态和特殊形态。在基本形态中着重论述了不作为共同正犯存在的可能性和不作为帮助犯与正犯的区别。在不作为共犯的特殊形态中论述了不作为间接正犯的相关理论，同时对不作为的教唆犯给予了限制性的肯定。

## <<不作为共犯研究>>

### 作者简介

刘瑞瑞 刑法学博士，法经济学博士后。  
2007年被评选为上海市曙光学者。  
主要研究方向为：刑法学、法经济学、监狱学。

在《经济纵横》、《人民检察》、《中国刑事法杂志》、《求索》等核心期刊发表文章十余篇。  
负责的课题主要有：2005年上海市哲学社会科学规划课题、2007年上海市哲学社会科学规划课题，以及上海市曙光计划项目等多项省部级课题。

<<不作为共犯研究>>

书籍目录

摘要绪论总论篇 不作为共犯的一般理论 第一章 不作为共犯理论概览 第一节 不作为共犯学说论争 第二节 不作为共犯学说论析 第二章 不作为共犯的界定及类型 第一节 不作为共犯之界定 第二节 不作为共犯的类型各论篇 不作为共犯的基本形态 第三章 不作为共同正犯 第一节 不作为共同正犯诸说论析 第二节 不作为共同正犯的成立根据 第三节 不作为共同正犯的类型 第四章 不作为帮助犯 第一节 不作为帮助犯理论研究俯瞰 第二节 德日不作为帮助犯理论之比较 第三节 不作为帮助犯之界定 第四节 不作为帮助犯之认定各论篇 不作为共犯的特殊形态 第五章 不作为间接正犯 第一节 不作为间接正犯学说之争鸣 第二节 不作为间接正犯的存在范围 第六章 不作为教唆犯 第一节 不作为教唆犯肯定论 第二节 不作为教唆犯否定论 第三节 不作为教唆犯之成立范围结论参考文献

## &lt;&lt;不作为共犯研究&gt;&gt;

## 章节摘录

总论篇 不作为共犯的一般理论 第一章 不作为共犯理论概览 在共犯论中通常以“作为”形式的实行行为为基准讨论正犯与共犯之间的界限。

一般而言，在“作为”的范围内，由于能够对犯罪结果产生物理的影响，所以就产生的法益侵害按照作用的大小进行质的、量的评定也是可能的。

因此，在共犯论中以“作为”为前提探讨正犯与共犯之间的界限时，就存在以客观的、外部的“作为”自身所具有的因果力或支配力的大小划定两者之间的界限的余地。

但在不作为的情况下，不实施一定行为的不作为态度自身并不具有对犯罪结果直接的、现实的影响力。

所以，以客观的、外部的不作为之物理作用力的大小，这种量的评定来划分不作为形式的正犯与共犯是不可能的。

因此，直接运用以“作为”为前提的界限理论来划定不作为形式的正犯与共犯显然是不可能的，必须重新划定新的界限基准以区分不作为形式的正犯与共犯。

第一节 不作为共犯学说论争 关于不作为形式的正犯与共犯的界限基准，各国刑法学界并不像作为形式的正犯与共犯那样给出明确规定，所以对此的争论可以说众说纷纭、观点林立。

这一节将着重考察关于不作为形式之正犯与共犯界限的诸种学说和观点，以期对该问题的现状有个概括的把握。

迄今为止，无论是在德国还是在日本，围绕有关不作为与共犯的诸多问题更多的是以体系性的、理论性的探讨为先行模式来进行研究的。

而且，此问题大致可以分为以下三类：（1）针对不作为犯的基于作为形式的参与，即不作为犯+作为；（2）针对作为犯的基于不作为形式的参与，即作为犯+不作为；（3）不作为间的互相作用，即不作为+不作为。

其中，从纯理论性的层面所引发的争论是关于第一类型。

在很早以前，这种参与形态存在的可能性就毫无争论地得到了人们的公认。

但是，到了1950年代末期左右，在德国，强调不作为与作为之间存在差异的目的行为论者认为，依照通说被视为针对不作为犯（作为的）教唆的现象由于欠缺作为教唆之本质的“行为决意之引起”，只是“促使不”履行命令的行为，即由于其是阻止产生（进行救助行为的）行为决意或阻止其决意移向实行的行为，所以不能看作是教唆犯，而应该视为是作为形式的正犯。

另外，被视为针对不作为犯的帮助的情况，也认为只要针对不作为者“没有实施事实上的援助行为，也没有产生从精神上进行支持的行为决意”，仍然不构成帮助犯，而应该在因果关系的限度内被视为作为形式的正犯。

然而，此种学说被介绍到日本之后，在日本也引发了一定的争论。

日本学者对于上述德国观点大多都是持批判态度的。

日本的多数学说肯定不作为的因果性，以作为犯的法律条文为依据来处罚不真正作为犯，所以其与上述德国学说之前提的不作为犯论是有差异的。

因此，日本学界对德国学说进行批判也是理所当然的。

从日本的判例上来看，尽管针对不作为犯共犯的范围问题存在若干的争论，但对承认不作为共犯的问题，仍旧采取了一致的态度。

就第三类型而言，其中包含如下探讨点：共同的不作为者中是否可能存在共犯关系；是否存在针对不作为犯的不作为的教唆或帮助；如果存在的话，其与不作为的同时正犯、共同正犯之间如何进行区别，甚至在不作为的同时正犯与共同正犯之间又该如何进行区别等。

其中不乏不仅在理论方面而且在实践上也亟须解决的问题。

然而，就目前各国的判例，尤其是日本的判例来看，尚未出现从正面探讨此问题的例子，并且理论界对于此问题的关心度也不是很高。

应该说，长久以来，在德日刑法理论中展开激烈争论且至今尚未得出一致的明确结论的是第二类型。

## &lt;&lt;不作为共犯研究&gt;&gt;

其争论的焦点集中在：在这种情况下不作为者是成立正犯还是帮助犯。

对此，在理论界大致存在以下几种观点：（A）原则上将不作为形式的参与视为正犯的观点；（B）原则下将其视为帮助犯的观点；（C）区分保障人负有应该避免结果发生之直接的保护义务，并对其违反的情况与仅仅负担直接的结果回避义务之前的安全监护义务、或安全管理义务的情况，认为在前者场合中（A）观点妥当，在后者场合中（B）观点妥当的见解；（D）从即使在作为犯中也重视正犯意思的立场出发，根据参与者的意思内容来区别正犯与帮助犯的观点。

一、以共犯论为基础之理论聚讼 该学说主要以共犯论中正犯与共犯的区别理论为前提和基础，谈论不作为形式的正犯与共犯的区别。

然而，即使在该学说内部也存在各种观点的对立和争论。

主要有以下几种：（一）主观说。

主观说最早由德国学者鲍曼提出，鲍曼也是最早论及不作为正犯与共犯区别的学者之一。

鲍曼认为，具有意识与意欲的共同行为，不仅存在于二人正犯者皆为不作为的形态，而且存在于一方正犯者为“作为”另一方正犯者为“不作为”的形态。

前者的情况是指父母同时放任婴儿即将被饿死的状态；后者的情况是指父亲在一旁放任母亲的溺婴。

然而，在鲍曼看来，依据客观的标准来划定不作为的正犯与共犯之间的界限，在不作为领域里是极其困难的。

因为与作为者相伴的不作为者是不可能具有任何的对因果关系的支配的。

因而，鲍曼主张在区分二者时应该把重点放在不作为者的主观心理态度上来加以判断。

所以，从理论上讲，最终还是行为人的主观内容发挥了决定性的作用。

以正犯者的意思实施不作为时，成立不作为的正犯；以共犯者的意思实施不作为时，则成立不作为的共犯。

### （二）行为支配说。

原本行为支配说是把作为形式的行为支配作为核心而构建的理论，但由于不作为与作为在实体构造上有着很大的差异，所以在不作为中并不能直接适用现实的行为支配理论。

即便这样，仍然有一些学者支持该学说，认为即使在不作为形式的正犯与共犯的区别中亦应适用行为支配说。

如德国学者基尔维茵（Kielwein）就主张应该根据行为支配说来理解保障人行为的实质不法内容。

这样，从整体事实状态来看，无论是因第三者的故意行为，还是因过失行为，或是因偶然的自然现象产生的因果事实，首先应该关注的是保障人是否亲手支配或控制了现实的因果事实。

当刑法上的结果发生完全依赖于保障人时，就可以直接断定其掌握或控制了因果事实。

换言之，保障人违反结果防止义务实施不作为的话，由于其单独控制或支配着结果的发生，所以根据全体事实中其所具有的地位，应该认定为该犯罪的正犯者。

因此，根据基尔维茵的看法，在作为者支配该整体事实时，保障人成立帮助犯；但在作为者实施行为后离开现场，在结果侵害的因果进程中只有保障人能够支配该事实时，保障人则成立正犯。

另一位德国学者威尔纳（Woerner）更是发展了基尔维茵的见解，详细地探讨了行为支配理论。

威尔纳在把事实进行详细的分类之后，在其内部明确了正犯与共犯之间的界限。

在威尔纳的见解中，第一类型是作为者在实施能够实现构成要件之结果的行为之前，保障人明知其犯罪计划时的不作为态度。

在这阶段中，保障人为保全处于危险中的利益，具有通过采取一定的保护措施或预防措施防止结果发生的可能性。

也就是说，保障人具有潜在的行为支配可能。

因此，在这一阶段中如果保障人没有采取一定的措施，即使在这之后作为者实现该当结果的阶段中，作为不作为者的保障人丧失了行为支配，也成立正犯者。

这是因为，保障人没有实施潜在的行为支配的事实，对于之后的结果发生来说是具有因果性的；第二类型是作为者在开始实施犯罪计划阶段中保障人明知有危险的情况。

只要作为者一般性地把事实控制在自身之下，作为正犯者就具有事实上的行为支配，这就从潜在的行

## <<不作为共犯研究>>

为支配中排出了不作为者。

但是，威尔纳认为也存在例外的情况，例如E欲在A的父亲家里安装炸药杀害A的父亲时，A恰好出现在现场，这时A无需介入作为正犯者的行为支配内，只要能够告知父亲就具有行为支配。

在威尔纳看来，无需对作为正犯者所支配的事实给予影响，只要能够在自身的能力范围内防止结果的发生，认定存在行为支配时，也就是保障只能在自身的势力范围内履行作为义务时，就构成帮助犯；第三类型是在结果尚未发生且能够防止其发生的阶段中，作为者离开事发现场的情况。

这时的问题在于能否把潜在的行为支配归属于保障人。

就这点而言，威尔纳赞同基尔维茵的见解，认为该种状况无论是何种原因所导致，保障人基于因果事实的整体状态按照自身的意思控制了该事态时，就可以认为存在行为支配。

例如，无论何种原因导致房屋着火，其原的不同对不作为者刑法上的责任范围来说都不会有任何意义。

问题是作为者的责任，威尔纳认为作为者应该以作为正犯的既遂来处罚。

在威尔纳看来，作为正犯者的行为支配在其脱离该当事实的瞬间就已经終了，而且在瞬间中保障人也就具有了潜在的行为支配。

尤其是，即使在保障人具有潜在行为支配的瞬间，有意识的远离能够防止结果发生的领域时，也成立正犯；第四类型是在作为者欲着手实施法益侵害之行为时或正在着手时，保障人没有加以阻止的情况。

例如，阻止放火人的放火行为要比扑灭因雷电而燃烧的房屋之火容易得多。

但无论是事实上的行为支配还是潜在的行为支配，只要他人已经完全地、有责地支配了行为事实时，一般就可以排除行为支配。

.....



<<不作为共犯研究>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>