

■
□
—
陈旭文
著

法学新思维 **文丛**

◆
Zuixing Qingzhonglun

现代司法行政者公认为最感困难的，是对属于同一专门类型的各种罪行，把它们的犯罪程度加以区别。

—— [英] 梅因《古代法》

罪行轻重论

Faxue Xinsiwwei Wencong

中国检察出版社

法学新思维 文丛

罪行轻重论

■ □ — 陈旭文 著



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

罪行轻重论/陈旭文著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 8

ISBN 978 - 7 - 80185 - 977 - 8

I. 罪… II. 陈… III. 刑罚 - 轻重论 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 123765 号

罪行轻重论

陈旭文 著

出版人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 9.75 印张 插页 4

字 数: 271 千字

版 次: 2009 年 1 月第一版 2009 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 977 - 8/D · 1953

定 价: 28.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

“罪行”一词在我国刑法中有9个条文12次提及，为刑法理论、刑事诉讼和人民群众广泛使用，应当说是刑法学中的一个核心概念，但是查遍刑法学教科书，很难找到关于罪行的确切定义；更令人大惑不解的是，一些著述试图绕开罪行这个概念来高谈阔论“罪重罪轻”问题，其结果是将读者带入云山雾海之中。陈旭文博士敢于冲破传统刑法学的羁绊，对“罪行轻重”问题进行深入研究，使人耳目一新。可以毫不夸张地说，离开了罪行这个概念和罪行轻重的判断，定罪量刑活动都将误入歧途。因此，陈博士《罪行轻重论》一书不失为创新之著，它的出版面世可喜可贺！

在我国刑法中，罪名与罪行是两个既相联系又相区别的概念。罪名是对某个或者某些（性质相同但危害程度不同）罪行的本质特征的高度概括；罪行是指具有特定犯罪构成或者符合某种犯罪构成的起码要求，并且配置一定法定刑的行为模式或者适用一定法定刑的现实行为。在我国刑法中，犯罪构成是就具体罪行而言的。每个罪行都有与众不同的犯罪构成。犯罪构成是唯一无二的，根本就不存在“构成要件”名称、数量、内容或者形式完全相同的两种犯罪构成。犯罪构成决定法定刑的轻重配置。如果说犯罪构成是罪行的法律表达方式，那么法定刑则是罪行轻重的概括表达方式。

罪行与法定刑具有不可分割的联系，两者的对立统一在理论上称为罪刑单位，它是我国刑法关于个罪的立法模式。法定刑是刑法中的一个特定范畴，指立法者为某个或者某些罪行所配置的刑罚或者刑罚幅度。正如最高人民法院司法解释所说：“如果所犯罪行的刑罚，分

别规定有几条或几款时，即以其罪行应当适用的条或款作为‘法定刑’；如果在同一条文中有几个量刑幅度时，即以其罪行应当适用的量刑幅度作为‘法定刑’；如果只有单一的量刑幅度，即以此为‘法定刑’”。由此可见，某些学者将同一罪名之下与不同罪行相匹配的多档量刑幅度衔接起来称之为“法定刑”的观点，以及将据以适用不同档次法定刑的“罪状”称之为“量刑情节”的观点，显然大而无当。

关于罪行的轻重，首先表现为两个罪行之间的比较判断。我国现行刑法共设置了436种罪名，除了128种罪名只涵1个罪行之外，其他罪名均涵2至5个轻重不等的罪行，其中有220种罪名下辖2个罪行，有72种罪名下辖3个罪行，有14种罪名下辖4个罪行，有2种罪名下辖5个罪行。现行刑法共规定了850个罪行，分别配置了37种轻重不等的法定刑；在37种法定刑档次中，除13个罪行配置绝对确定的“死刑”外，其他罪行所配置的均是相对确定的法定刑（幅度），它们均具有一定的上限和下限。例如“处3年以上7年以下有期徒刑”这档法定刑，就配置给102个罪行；又如“处2年以下有期徒刑、拘役或者管制”这档法定刑，只配置给3个罪行；还有5档法定刑只配置给1种罪行。于是，我们就可以通过法定刑的比较来判断罪行的轻重，即下限相同的，以上限重者为重；上限相同的，以下限重者为重；上下限不相同的，以上限重者为重；上下限均相同的，以并处附加刑者为重。在后者中，“应当”并处附加刑的重于“可以”并处附加刑，并处没收财产的重于并处剥夺政治权利，并处剥夺政治权利的重于并处罚金。

其次，罪行轻重还表现为成立同一罪行的两个不同案件之间的比较判断。如前所述，法定刑只是罪行轻重的概括表达方式，至于在法定刑范围内对犯罪分子适用刑罚的轻重，还需要对两个具体案情进行具体分析。在这里，量刑情节是判断罪行轻重的唯一根据。量刑情节分为表明行为社会危害程度的情节和表明行为人人身危险程度的情节两类，前者约占全部量刑情节（共324种）的三分之二，它既体现罪行轻重又体现刑事责任大小，后者只能体现刑事责任大小。构成同一罪行的两个案件的行为人及其行为是千差万别的，这种差别表现为

各自具有不同名称（性质）和数量的量刑情节；即使两案具有的量刑情节在名称和数量上完全相同，由于它们在案件中的具体表现不同，各自所体现的社会危害程度或者人身危险程度通常也不完全一样。在两案行为人只有体现社会危害性情节的场合下，各自的社会危害程度是比较它们罪行轻重根据；当两案行为人既有体现社会危害性情节又有体现人身危险性情节，在社会危害程度高于人身危险程度的场合，各自的社会危害程度也是比较它们罪行轻重根据；在一案仅有社会危害性情节，另一案仅有人身危险性情节的场合，前者的罪行重于后者是不言而喻的。

但是，弄清罪行轻重不是我们追求的最终目标，根据刑法第5条关于“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”的规定，我们所要探索的最终目标是罪行与刑事责任（统称“罪责”）的轻重，并将罪责程度转换为刑罚程度。所谓刑事责任，是指国家司法机关根据行为的社会危害性和行为人的人身危险性的_{大小}，依法对犯罪人所进行的“非难”（否定性法律评价和道义谴责），并依非难的严厉程度强制犯罪人承担相应的刑事法律后果（主要表现为刑罚处罚）。刑事责任是联结“罪行”与“刑罚”的桥梁和纽带，对罪刑关系起调节作用。这就是说，罪行的轻重与刑事责任的大小未必成正比，而刑罚的轻重则应当与刑事责任的大小成正比。由于行为的社会危害程度和行为人的人身危险程度，都是决定罪责轻重程度的根据，所以不同行为人实施的危害社会行为分别具有不同的罪责程度。如果说陈旭文博士的这本专著还有什么不足的话，主要是还没有进一步探索罪责的轻重程度，从而实现罪责程度向刑罚程度的转换，当然，这是一个庞大的系统工程，不是这本专著所能解决的。

赵廷光*

2008年10月于珞珈山

* 武汉大学法学院教授，博士生导师。

前 言

美国法学家庞德指出：“价值问题虽然是一个困难的问题，（但）它是法律科学所不能回避的。即使是最粗糙的、最草率的或最反复无常的关系调整或行为安排，在其背后总有对各种互相冲突和互相重叠的利益进行评价的某种规则。”^① 罪行的轻重问题实质上就是一个价值判断问题，它是刑法学的一个非常重要的问题，翻开任何一部刑法典，都可以看到其对各种不同犯罪行为规定的轻重不等的法定刑，这一普遍现象说明立法者对于各式各样的危害行为并没有等量齐观，也就是说立法者认为罪行是有轻重之分的。因此，英国当代著名刑法学家埃希沃斯认为：“刑法的一个主要作用是表达犯罪行为的程度而非仅仅表达犯罪行为的事实。”^②

但遗憾的是，相对于罪与非罪的界定，学者们投向罪行轻重问题的关注目光少得可怜。对于罪行的轻重问题，由于日本刑法中没有轻罪与重罪的划分，学者们也很少对此进行深入研究，不过也有学者认识到研究这一问题的重要性，如大塚仁先生认为：“在至今的犯罪论中，虽然只论及了犯罪的成立要件，但是，犯罪论本来是是与刑罚论相对应的，必须具有确定应该成为科刑基础的犯罪内容的任务。犯罪实际上是伴随着具体的程度而成立的，犯罪的程度对刑的量定具有特别意义。……在犯罪论中，要以犯罪的成否为问题，也要考虑犯罪的程

^① [美] 罗·庞德著，沈宗灵等译：《通过法律的社会控制》，商务印书馆1984年版，第55页。

^② Andrew Ashworth, 'Principles of Criminal Law', Oxford, New York: Oxford University Press, 1999. p. 37.

度问题。”^① 并指出：“犯罪程度的大致分量，可以说是违法性程度和责任程度的结合。”^② 这一观点极具指导意义，在这种思想下，他在自己写的《刑法概说》（总论）（第三版）中用了两节分别论述了“违法性的程度”和“责任的程度”。相比而言，美国学者对这个问题的研究更为深入。自20世纪60年代开始，美国就有多篇有关犯罪严重性的经验主义的研究论文，但尚未见到全面研究影响罪行轻重因素的专著。英美学者对刑罚理论情有独钟，著述较多，既有刑罚如何与犯罪相适应的论文，又有关于公众对法定刑罚严厉性的调查研究。鉴于以往学者们热衷于刑罚的正当性根据的研究，美国的赫希教授在一篇题为“惩罚哲学中的相当性：从‘为什么惩罚’到‘多少惩罚’”^③ 的论文中鲜明的提出惩罚的严厉性主要取决于罪行的严重性，主张应重视对刑罚哲学的另一个问题即应给予罪犯“多少惩罚”问题的研究。显然，这种思想是在20世纪70年代初，美国社会对矫正理论失去信心而报应理论重新得势的产物。为了量刑的公正合理以及实现量刑的罪刑相适应，美国量刑委员会制定了《量刑指南》，该指南将犯罪分为43级，这是迄今为止人类法制史上对罪行轻重进行的最为精确的划分，这样的水平无疑是独步天下的。国内学者中，陈兴良教授在《刑法哲学》^④ 一书中分两章专门阐述了主观恶性和客观危害，从该书的结构可以看出作者侧重于对基本范畴的研究，如第一章有关主观恶性的论述如下：第一节主观恶性的嬗变，第二节心理事实，第三节规范评价，第四节主观恶性的阻却。显然，作者并没有从影响罪行轻重因素的角度进行论述。国内唯一探讨罪行轻重问题的专

① [日] 大塚仁著，冯军译：《刑法概说》（总论），中国人民大学出版社2003年版，第109页。

② [日] 大塚仁著，冯军译：《刑法概说》（总论），中国人民大学出版社2003年版，第370页。

③ Andrew von Hirsch, 'Proportionality in the Philosophy of Punishment: From "Why Punish?" to "How Much?"', 1 Criminal Law Forum 259. (1990).

④ 陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1997年版。

著是郑伟教授著的《重罪轻罪研究》，^①该书只有区区8万余言，作者用诙谐的文字揭示了研究罪行轻重的意义，但就影响罪行轻重的因素研究方面来说，尚停留在表面阶段，没有揭示各因素影响犯罪轻重的原因。因此，进一步研究罪行轻重问题实有必要。

具体而言，研究罪行轻重的意义有：首先，有助于深入研究影响罪行轻重的因素，从而优化犯罪构成。“没有一个社会不以按违法行为的轻重而治罪为准则。”^②对不同罪行的轻重加以区别是必要的，但不同罪行何以有别？原因在于每个罪行都包含与众不同的要素，这些要素的组合就决定了人们对罪行作出轻重不等的评价。那么，究竟哪些因素对罪行的轻重会有影响，它们得以产生影响的理论依据是什么，这些问题都有待于进行全面系统的研究。而犯罪构成要件是立法者从影响罪行轻重的具体要素中挑选出来的类型化的要素，在研究影响罪行轻重的各种要素的基础上，就可以确定哪些因素是表述罪行的犯罪构成所必要的，哪些并非主要要素，从而使个罪的犯罪构成要件的规定更为合理。其次，有利于实现罪责刑相适应原则。我国刑法第5条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这就是我国刑法确立的罪责刑相适应原则。通常认为该原则的基本内容是：“（一）在立法上，法定刑必须与犯罪行为的性质和社会危害性程度相适应；”“（二）在裁判时，对犯罪人的宣告刑应当与犯罪行为和承担的刑事责任的大小相适应。”^③法定刑与罪行相适应至少包含两个理论问题：第一，法定刑是否应该与罪行相适应；第二，法定刑如何与罪行相适应。对于第一个问题，不同的刑罚理论会作出不同的回答，对此，有待进一步论证。第二个问题实质就

① 郑伟著：《重罪轻罪研究》，中国政法大学出版社1998年版。

② [法] E. 迪尔凯姆著，狄玉明译：《社会学方法的准则》，商务印书馆1995年版，第90页。

③ 马克昌：《论我国刑法的基本原则》，载《中央检察官学院学报》1997年第4期，第20~21页。

是法定刑如何配置才是最为合理最为恰当的，而解决这一问题的基本前提就是确定不同罪行的轻重，因为法定刑是立法者对罪行轻重的确认。并且，具体罪行的轻重也是决定刑事责任的重要依据，法官在确定宣告刑时既要考虑罪行的社会危害性又要考虑犯罪人的人身危险性，其中，罪行的轻重即社会危害性的大小决定着人身危险性起作用的范围，因为罪行的轻重决定着适用法定刑的档次，而人身危险性就只能是以该法定刑为依据对宣告刑的严厉程度发挥作用。这样才符合实现公正的需要，“公正原则还至少通过两种更进一步的方式被广泛地用以决定刑罚的分量。其一是一种有点模糊的要求，即‘同样的案件受到同样的处理’……另一条更进一步的原则是，不同严重性（无论它是如何评定的）的不同种类的犯罪，不应受到同等严厉的惩罚”。^① 总而言之，确定罪行的轻重是实现罪责刑相适应原则的必然要求。

研究罪行轻重问题更多的是为了解决一个定量的问题，如何精确的界定罪行的轻重度以及与之相适应的法定刑的严厉度，而这无疑是一项很困难的工作，正如梅因所说：“现代司法行政者公认为最感困难的，是对属于同一专门类型的各种罪行，把它们的犯罪程度加以区别。”^② 若能做到这一点，那将意味着罪刑相适应的精确时代的到来。但限于智识水平，本文难以实现罪行与法定刑的精确化这一目标，所能实现的只是为达到这一目标而做的基础性的准备，但愿能作为引玉之砖。

① [英] H. C. A. 哈特著，王勇等译：《惩罚与责任》，华夏出版社1989年版，第24页。原译本注明作者系美国人，实际上其为英国人，故笔者引用时加以更正。下同。

② [英] 梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆1959年版，第214页。

目 录

序	/1
前 言	/1
第一章 罪行轻重概说	/1
第一节 罪行的界定	/1
一、罪行的概念	/1
二、罪行与相关概念的关系	/6
第二节 罪行轻重的含义和影响罪行轻重的社会因素	/15
一、罪行轻重的含义	/15
二、影响罪行轻重的社会因素	/29
第二章 决定罪行轻重的根据	/37
第一节 客观危害决定论	/38
一、古代的客观危害决定论	/38
二、近代的客观危害决定论	/42
三、现代的客观危害决定论	/46
第二节 主观恶性决定论	/50
一、中国古代的“原心论罪”	/50
二、欧洲中世纪的主观恶性决定论	/51
三、德国法西斯的主观恶性决定论	/53
第三节 主客观统一决定论	/54
一、主客观统一决定论的具体内容	/55
二、主客观统一决定论的理论依据	/59
三、主客观统一决定论的实现	/63

第三章 决定罪行轻重的客观依据：客观危害	/66
第一节 客观危害的蕴涵	/66
一、客观危害的实质	/66
二、客观危害的表现形式	/77
第二节 影响客观危害大小的因素	/84
一、被害法益	/84
二、行为对象	/96
三、行为方式	/104
四、危害结果	/106
五、行为时间、地点和方法	/108
六、行为人身份	/111
第四章 决定罪行轻重的主观依据：主观恶性	/116
第一节 主观恶性的蕴涵	/116
一、主观恶性辨析	/116
二、主观恶性的实质根据	/125
第二节 影响主观恶性大小的因素	/142
一、刑事责任能力	/142
二、罪过	/154
三、期待可能性	/164
第五章 确定罪行轻重的方法	/171
第一节 理性分析法	/172
一、理性分析法观点撮要	/172
二、理性分析法的局限	/174
第二节 公众调查法	/176
一、美国公众调查法的评介	/177
二、我国公众调查法的提倡	/182
第三节 法定刑判断法	/191
一、国外刑法典中有关犯罪轻重的划分	/192
二、国外刑法典中划分犯罪轻重的意义	/194

三、对我国刑法中划分轻罪重罪的探讨	/196
第六章 罪行轻重与法定刑	/204
第一节 法定刑的界定	/204
第二节 法定刑应否反映罪行的轻重	/208
一、报应主义的观点	/209
二、功利主义的观点	/213
三、综合主义的观点	/218
四、法定刑应当与罪行轻重相适应	/220
第三节 我国刑法中的罪刑关系及其完善	/227
一、我国刑法中的罪刑阶梯	/227
二、法定刑阶梯的完善	/232
三、同种犯罪不同法定刑配置的完善	/236
四、罪刑关系的完善	/247
附件：法定刑对应罪行一览表	/259
参考文献	/288
后 记	/298

第一章 罪行轻重概说

第一节 罪行的界定

罪行，是个在日常生活中与刑法理论和司法实践中普遍使用的词语，如罪行败露，罪行严重等，但罪行的概念，却长期处于被人遗忘的状态，不仅学界鲜有人探讨，而且大部分词典都没有收录“罪行”这个词条。那么，究竟什么是罪行，它与刑法中其他基本概念如犯罪、犯罪构成、罪名等的关系如何，这是本书首先要予以阐释的内容。

一、罪行的概念

(一) 现行刑法关于“罪行”的规定

我国现行刑法在9个条文中12次指明了“罪行”这个词，它们分别是：

第5条：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”

第9条：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。”

第26条第3款：“对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。”

第48条第1款：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”

第67条：“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。”

第103条：“组织、策划、实施分裂国家、破坏国家统一的，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者10年以上有期徒刑；对积极参加的，处3年以上10年以下有期徒刑；对其他参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。煽动分裂国家、破坏国家统一的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；首要分子或者罪行重大的，处5年以上有期徒刑。”

第104条第1款：“组织、策划、实施武装叛乱或者武装暴乱的，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者10年以上有期徒刑；对积极参加的，处3年以上10年以下有期徒刑；对其他参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”

第105条：“组织、策划、实施颠覆国家政权、推翻社会主义制度的，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者10年以上有期徒刑；对积极参加的，处3年以上10年以下有期徒刑；对其他参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。以造谣、诽谤或者其他方式煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；首要分子或者罪行重

大的，处5年以上有期徒刑。”

第113条第1款：“本章上述危害国家安全罪行中，除第103条第2款、第105条、第107条、第109条外，对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。”

（二）罪行的定义和特征

目前，我国对罪行的界定大致有以下几种观点：

1. 陈兴良教授在解释刑法第5条时认为：“这里的所犯罪行主要是指行为的社会危害程度，包括客观危害与主观恶性。”^①

2. 曲新久教授在解释刑法第5条时认为：“这里所说的罪行，就是犯罪，是指行为人所实施的危害社会的违反刑事法律应受刑罚处罚的行为，即行为人所实施的符合我国刑法规定的犯罪构成的行为。”^②

3. 赵廷光教授认为：“所谓罪行，是指依照我国刑法规定，具有特定构成要件或者符合特定构成要件要求的，并且配置有一定法定刑的行为模式或者适用一定法定刑的现实行为。其中，具有特定犯罪构成要件并且配置一定法定刑的行为，是规范上的个罪；符合特定犯罪构成要件要求并且应当适用一定法定刑的危害社会行为，是现实中的个罪。”^③

第一种观点揭示了罪行的实质，在现代刑法中，一个行为之所以被规定或者被认定为一种罪行就在于行为具有一定的社会危害性。而且这一观点还指出了罪行的社会危害程度是由客观危害与主观恶性共同决定的，这无疑也是其可取之处。不过，该观点并没有对罪行是什么作出清晰的说明，也没有提供一个确定罪行的明确标准。第二种观

① 陈兴良著：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第77页。有的学者在解释刑法第5条规定时持相同的看法：“这里所说的‘罪’不仅仅指犯罪的客观危害，还包括犯罪人的主观恶性。”肖扬主编：《中国新刑法学》，中国人民公安大学出版社1997年版，第32页。

② 曲新久著：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第427页。

③ 赵廷光：《论罪行》，载《中国法学》2004年第3期，第132页。

点用犯罪构成来表达罪行，这是可取的，尽管罪行与犯罪的关系十分密切，通常二者也可以互换使用，但是罪行并不必然就等于犯罪，二者还是有一些细微的区别，同时该观点将罪行仅仅局限于司法中的具体罪行，而忽略了立法者用犯罪构成所表述的抽象的罪行。

我们认为，第三种观点是妥当的。首先，该观点对罪行的理解与我国刑法对“罪行”一词的使用意图是一致的。从现行刑法相关条文对罪行的规定来看，罪行是在两种意义上使用的：第一，表明的是抽象意义上的个别犯罪行为，即立法者所预计或者设想的各种犯罪行为，也就是立法者所确认的行为模式。刑法第5条、第9条和第113条就是在这个意义上使用“罪行”的。^①第二，表明的是具体意义上的犯罪行为，即行为人实际实施的具体犯罪行为。其他6个条文就是在这个意义上使用“罪行”的。因而，从立法和司法两个层面上理解罪行是十分恰当的。其次，这种形式化的定义有利于指导刑事立法与司法实践。用特定的犯罪构成来界定罪行，就使得立法者在设定罪行时有一个明确的规格，司法人员在认定罪行时有一个具体的标准，使罪刑法定原则得以贯彻。

我们认为，罪行可以分为抽象罪行即立法意义上的罪行与具体罪行即司法意义上的罪行，前者是指立法者在刑法分则中以特定的犯罪构成予以类型化的行为，后者是指现实生活中发生的符合特定犯罪构成的形形色色的同种犯罪行为。罪行具有以下基本特征：

第一，罪行是行为。西方有句法谚：“任何人都不因思想而受处罚，”任何单纯的内心思想活动都不应成为罪行。在当代各国刑法典中，任何以刑罚加以打击的罪行都是以行为的方式表现出来。行为是犯罪概念的基底，是犯罪的基本要素。“在刑法判断的范围内，作为记述性确认或者规范性评价而考虑的所有宾语和附加语都必须回溯到

^① 当然，刑法第5条中的“刑罚”可以作两种理解，即法定刑与宣告刑，若是理解为法定刑，则罪行为抽象意义上的犯罪行为，若是理解为宣告刑，则罪行为具体意义上的犯罪行为。