



卓越学术文库 ■

刑法中的行为概念研究

XINGFA ZHONG DE XINGWEI GAINIAN YANJIU

河南省高等学校哲学社会科学优秀著作资助项目

刘 霜 著

 郑州大学出版社



刑法中的行为概念研究

XINGFA ZHONG DE XINGWEI GAINIAN YANJIU

河南省高等学校哲学社会科学优秀著作资助项目

刘 霜 著



郑州大学出版社

郑 州

图书在版编目(CIP)数据

刑法中的行为概念研究/刘霜著. —郑州:郑州大学出版社,2016.9

(卓越学术文库)

ISBN 978-7-5645-3465-3

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑法-研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 217842 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人:张功员

全国新华书店经销

新乡市豫北印务有限公司印制

开本:710 mm×1 010 mm 1/16

印张:10

字数:191 千字

版次:2016 年 9 月第 1 版

邮政编码:450052

发行电话:0371-66966070

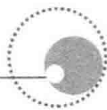
印次:2016 年 9 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978-7-5645-3465-3

定价:23.00 元

本书如有印装质量问题,请向本社调换

序



我基本上是不为人写序的,但在收到本书作者的短信后,我一口就答应了。答应得这样爽快,主要有三个原因:一是本书涉及的问题都太重要了;二是作者为完成本书的付出太让人感到震撼了;三是我还想借写序这个机会塞点私货。

说这本书涉及的问题太重要了,是因为本书讨论的刑法中的行为问题,是刑法理论中解决一切犯罪认定问题的技术基础。犯罪是一种行为,在不清楚什么是前提的行为的情况下,要想真正解决犯罪的构成、犯罪的未完成形态、共同犯罪、罪数等犯罪论问题,是根本不可能的。“不作为”“犯罪的着手”“共同犯罪”等问题,之所以自近代以来就成为各国刑法理论大家聚讼的焦点,对什么是刑法中的行为知之不明、辨之不清,不能说不是原因;各国刑法学在犯罪构成、犯罪形态等理论问题上均呈现众说纷纭、莫衷一是的局面,也无一不是在行为问题上没有统一认识所引起的。在我个人的学术经历中,关于刑法中行为的研究应该始于我的硕士论文(1986)。这篇名为《论犯罪构成各要件的实质及辩证关系——改造现行犯罪构成理论的探索》的论文,1996年在陈兴良教授主编的《刑事法评论》中全文发表。后来又收入了我为纪念西南政法大学校庆50周年而写的《刑法散得集》中。关于这篇论文,我曾在《刑法散得集》的序中说过自信得近乎狂妄的话:“我深信,任何一个读懂了该论文的人,不管是否赞成其中的观点,刑法理论的造诣都会进入一个新的境地。”我认为,刑法中的行为应是“一定主体控制或者应该控制的客观条件作用于一定客观事物存在状态的过程”。这个关于刑法中行为的新概念,是我在我的博士论文——《论刑法中行为概念与犯罪构成要件的关系》(1996)中提出来的。如果稍微留意一下这个新概念与我硕士论文间联系的话,就不难看出,这个所谓的新概念实际上不过是进一步概括、抽象我在硕士论文中对犯罪行为构成要素实质所做分析的结果而已。尽管如此,我个人运用这个概念解决刑法理论,特别是犯罪论中存在问题的经验似乎证明:只要以这个行为概念为基础,至少是犯罪论的范围内不应该存在任

何难以解决的问题。不论是不作为的实质,还是犯罪构成的内容,也不论是着手、共犯的认定,还是罪数问题的处理,只要以这个行为概念为基础进行分析,都能够得到比现有理论更为简单、更为明确、更符合法律整体要求的解决方案。例如,除本书中已经讲到的诸如共同犯罪等问题的解决方案外,以行为人是否“已经开始控制作用于行为对象的客观条件”作为区分预备与着手的客观标准,显然就比现有的理论更容易解决犯罪预备与未遂的界限问题。

作者为本书的付出,是我为本书写序的第二个原因。说实话,从我有资格招博士研究生开始,我就一直希望有学生能以刑法中行为为博士论文的选题,但在第一次听到本书作者谈到她有这个想法时,我的内心多少还是有些意外的。在我最初的印象中,本书作者应该是一个传统的勤于学习、尊重现有权威的知识积累型学者,理论思辨似乎不应该是她特别突出的强项。如果把增强自己某方面的能力也能称之为“补拙”的话,本书作者完成本书的本身很可能就应该是一个勤能补“拙”的典型。为什么?因为,很可能只有我本人才知道,要把我的一些看法变成几十万字的学术成果可能要付出多少艰辛,特别是对于本书作者这种特别尊重传统理论的学者而言,难度就更不同一般。尽管我关于刑法中行为的看法在课堂上都有过相当系统的讲述,也与有兴趣的同行们交流过意见,但是我的这些看法完全是我个人对作为事实的刑法中行为这种现象的概括和抽象,无论是结论与方法都很难在传统刑法理论中找到直接的渊源。就这一点,对于那些坚持以“学必溯源”为治学之要的学者来说,理解我的看法就是一件难以想象的事情。记得有一次,一个我认为学识和悟性都相当不错的学生问我,你这些观点的渊源在哪里?我告诉他,我的看法都是根据一些常识性的理论来分析所观察到的事实的结果。之后,他似乎就失去了进一步了解的興趣。要理解我关于刑法中行为的看法,难度不仅在于结论与现有观点大相径庭,更在于我得出结论的方法与传统理论上的思路完全不一样。如果再考虑到我成文的东西极少,课堂讲授多是在蹩脚而且发音不清的普通话进行讨论中进行的等因素,大家也许就可想象得到,要把我的一些想法变成表达如此清楚、资料如此充分的学术专著,本书作者需要付出多大的努力。然而,这些似乎都还不是在内心推动我为本书写序的理由。因为真正的理由是:我想借这个机会,向本书作者表达一份深深地憋在心中已经很久的歉意。我是一个喜欢别人问问题的人,本书作者则是一个非常爱问的人,但有一次我却忍不住因她问我问题而大光其火了。那是发生在她博士论文写作的过程中。记得当时我给她讲:按道理说,为师者应该“诲人不倦”,你如果有新的问题,或者对我上次解答有新的疑问,你可以问一万遍,我都乐意回答;但是,你怎么可以把一个我已经回答过数十上百遍的问题,原封不动地反反复复地问上这么多遍呢?

我当时的确很生气,后来却一直为此而感到内疚。因为,我后来知道,此事应该是发生在本书作者刚生完小孩这段特殊的生理期中。我的心真是感到了从来没有的震撼。因为我不仅知道,那段特殊时期对一个女性体能和心力的消耗,而且我还知道,就在那段时间,本书作者还正在北京准备出国外语考试,正在赶着为晋升职称完成相关科研成果……一个被许多精力充沛、智力超群的人都视为畏途的工作,居然是由一位处于这样特殊时期、特殊情境的女生完成的。个中的艰辛,完全超出了我可能想象的范围。震撼之余,就是愧疚,所幸的是现在终于有机会用这种形式补上了一直深藏在我心中的那个道歉。

除本书内容的意义、作者的艰辛外,借本书出版之机,我自己还想塞点什么私货呢?

我想强调的是:与我的其他法学观点相比,有关刑法中行为的看法并不是我所提出来的最重要的观点,但就我个人的学术心历而言,这个问题却占有任何其他观点都不可能比拟的地位。因为,正是在研究刑法中行为的过程中,我发现现有法学理论中的基本问题实际上都是现有法学研究方法的结果,如果不改变现有的研究方式,这些问题就是根本不可能得到解决的。用个不适当的比喻来说,我提出刑法中行为新看法的过程,多多少少有点像传说中牛顿发现地心引力一样,因为我的这个看法完全是受日常生活中行为的启发。如果观察稍微仔细一点,任何人都很容易发现,我们日常生活中的行为通常都是包含行为人、行为手段、行为对象三个要素,而将三个要素结合为一个整体的,就是行为人行为的主观目的。以最普通不过的吃饭为例,吃饭不就是一个入以其意志控制自己的肢体和餐具将食物送到自己消化器官中去的过程吗?在吃饭这个最常见的行为中,如果离开餐具、食物,一个人身体的动静就不可能具有行为的意义,这样一个实例就足以说明现有理论将行为仅仅局限为“身体动静”的不足,这样,通过对日常生活与刑法中行为的比较、概括、抽象以及与现实中的各种具体的行为进行反复的验证,最后终于提炼出了“主体控制或者应该控制的客观条件作用于一定的人或物的存在状态的过程”,这样一个应该可以解释需要刑法调整的各种行为的定义。自此,自己开始注意以事实概括抽象为基础与最终检验标准为最基本的研究方法来解决法学理论中的那些最基本的问题,提出了一系列在法学界产生了一定影响的独立见解。诸如,以人特有的需要内容与需要满足方式为内容的人性观,现代法治应是人性之治、良心之治、常识常理常情之治的法治观与法学教育观,以及司法改革应该坚持司法职业化与民主化相结合,刑法应以个人基本人权与包括犯罪人在内的全体公民人权为调整对象,主观罪过是犯罪构成要件的核心,应以主观罪过的内容及其实现程度

作为认定犯罪行为性质与形态标准等观点,都可以说是运用以事实为基础的研究方法所得到的成果。

除了研究方法外,我还想就如何理解本书中的行为谈几点看法。

第一,刑法中的行为概念,如果从不同角度观察完全可以抽象出不同的内涵。尽管我将刑法中的行为界定为“主体控制或者应该控制的客观条件作用于一定人和物的存在状态的过程”,但同任何事物的概念一样,刑法中的行为也完全是一个可以从不同角度赋予不同内涵的概念。例如,从行为人的角度,我们可以将刑法中的行为界定为“主体(的能力和义务)在刑法中的存在和表现形式”;以行为人与行为对象为视角,我们则可以将其界定为“行为人与行为对象相互作用的结果或过程”;如果从行为主观方面理解,所谓的行为实质上则可理解为主体意志状态的内容在客观世界中展开的过程……既然如此,那我为什么会对刑法中的行为做目前这种界定呢?理由很简单:在刑法学中研究行为的目的,主要是正确认定犯罪,而只有在本书中所界定的行为内涵中,才能包含法律所要求的认定犯罪性质与形态所必需的全部事实要素。“主体控制或者应该控制的客观条件作用于一定人和物存在状态的过程”这一表述,不仅有助于刑法理论更清楚地根据刑法规定抽象出行为人、行为方式、行为对象、支配行为实施行为的心理状态等犯罪成立必需的全部事实要件,同时还可以通过“过程”这一说法,将犯罪的未完成形态等内容也涵盖到行为概念的范围之内。至于这个概念如何解决犯罪论中那些具体的问题,本书中有较好的具体说明,相信大家读后都会有自己的体会,我在此就不赘言了。

第二,如何用更简洁的方式来概括我对刑法中行为的看法,或者说如何给我的这种看法取个名称,是很多人在催我做,我却一直在犹豫的问题。最初有人问这个问题时,我想到的是“控制行为论”。因为在我看来,“控制或者应该控制”主要是行为主观方面的内容,是行为中最核心的要素:它不仅是将其他行为要素连接在一起的要素,更是在形式上决定行为存在范围,内容上决定行为性质的要素。后来,我也曾考虑过可否称这种行为观为“社会行为论”,这一方面是因为只有具有社会意义的“控制”才可能具有刑法意义,另一方面则是因为如果离开社会,“应该控制”就是一个根本不可能存在的东西。最近两年,我开始倾向于将我对行为的看法称为“规范行为论”。理由也很简单:因为不论是“控制”或者“应该控制”,都只有成为规范评价对象(如犯罪行为或正当行为)后才可能进入刑法的范围;即使是意外事件等看上去与“控制”或者“应该控制”无关的“行为”,进入刑法领域的唯一理由也只能是需要以规范的内容为标准判断它们是否属于刑法的调整范围。

第三,在我国刑法规定和刑法理论中,“行为”一词有不同的用法,我所

提出的行为概念不是对这些用法的概括,而是刑法用来评价这些行为是否可能属于刑法调整范畴的标准。例如,我国刑法中也有关于意外事件、不可抗力、完全丧失辨认和控制能力的精神病人行为的规定,这些行为并不符合“主体控制或应该控制的客观条件作用于一定的人和物的存在状态的过程”这一定义。但是,这些行为既不是刑法“惩罚犯罪”的宗旨所指,也不在刑法“用刑罚同一切犯罪做斗争”的任务范围之内,刑法规定这些行为的目的显然主要是强调这些在客观上与犯罪相似的行为与犯罪的区别,防止刑罚被滥用到这些行为之上。本书中的行为概念,应该具有将这些不应由刑法调整的行为排除出刑法调整范围之外的作用。

第四,犯罪是作为整体的包含所有法定事实特征的行为,犯罪构成的客观要件是法律规定(犯罪)行为客观方面必须具备的特征,二者之间是整体与部分的关系。正如本书中已经提到的那样,将行为或者危害行为作为犯罪构成的客观要件这种观点,不论在逻辑上或是在事实上都很可能难免以偏概全之嫌。记得,我曾经将犯罪构成的客观要件界定为“犯罪行为的客观性质”,如杀人罪的客观要件应是行为客观上具有能致人死亡的性质。今天看来,这样一个界定还需要进一步说明。如果联系预备、未遂、中止等直接故意犯罪的未完成形态来考虑的话,行为客观方面是否实际具有某种客观性质与这些犯罪的成立之间并无必然联系。例如,在行为人经过检查,相信自己所用枪支没有问题的情况下向被害人开枪,即使他使用的枪因为撞针存在问题而根本不可能击发,或者说即使行为客观上不可能具备致人死亡的客观性质,依照我国刑法规定也可能按故意杀人定罪处刑。所以,被冠以“(危害)行为”之名的犯罪客观要件,实际上并不必然以客观上是否具有某种客观性质为成立条件,或者说犯罪客观要件的实质并不存在于行为客观表现之中,而只能在行为人对于行为的认识内容与控制状态中寻找。因为,所谓犯罪的客观要件,只不过是行为人主观上认识或应该认识到的行为客观性质而已。

一篇序居然写了这么长,该结束了。最后想说一句,就是对本书作者的感谢。在本书没出版之前,我关于刑法中行为的看法最多可以说是大家知之不详的一种观点。有了本书洋洋洒洒几十万字的阐述后,是不是也可以称为一种理论了呢?能借本书促使更多的人关注、指正我关于刑法中行为的看法,仅仅因为这个原因,我也应该向本书作者艰辛的付出致以深深的谢意。

重庆大学法学院 陈忠林

2016年5月

前 言



犯罪是行为。刑法中的行为是作为犯罪成立前提的行为,在现代刑法中处于基础地位。刑法理论中的核心问题即是刑法中的行为问题,涉及犯罪的概念、犯罪构成、犯罪论、刑罚论乃至整个刑法体系的确立,历来为中外刑法学者所重视。纵观刑法学界对行为理论的研究,以大陆法系最为成熟。因果行为论、社会行为论、目的行为论、人格行为论各具特色,但仍存在各自难以解决的问题。我国刑法学界对于行为理论的研究起步较晚,行为理论中还存在一些问题值得商榷。而一旦无法对刑法中的行为概念进行准确定性,随之建立的犯罪论体系也就不可避免地出现诸如不作为犯罪的行为性、狭义共犯的处罚依据等一系列难以解决的问题。基于此,本书以“刑法中的行为概念研究”为题展开论述。全文共分为三个部分,引论、正文及结论,其中正文部分由八章组成。

引论部分包括问题的提出、刑法中行为概念的研究现状以及本书拟解决的问题,引出本书探讨的主题“刑法中的行为概念研究”。

正文部分第一章为“两大法系刑法理论中的行为概念”。首先是对大陆法系行为理论的解读,分别介绍因果行为论、社会行为论、目的行为论和人格行为论,并对以上四大行为理论进行评析:因果行为论由于不能说明不作为的真谛而难以成为圆满的行为理论;目的行为论的难题在于无法解说过失行为的性质;社会行为论因无法解释社会意义而难以对行为准确定性;人格行为论以抽象意义的人格来定性行为使行为更加难以把握。问题的根源就在于目前尚没有一个权威的行为概念将现有刑法中的行为类型涵盖其中,如何对行为概念进行重新诠释,是值得各国刑法学界思索的难题。其次是“英美法系刑法理论中的行为概念”。分别介绍英国刑法中的行为概念和美国刑法中的行为概念,但由于英美法系本身的特点,因此在英美法系刑法中并没有一个经过准确定性的行为概念。

第二章为“我国刑法理论中的行为概念”。首先介绍我国刑法理论中的

行为概念之争,继而是对我国刑法理论中的“危害行为”进行系列追问。目前我国刑法学界对于行为概念的研究还存在一些问题值得商榷:一是我国现有刑法理论没有对刑法中的一系列相关的行为概念进行理论上的区分,刑法中一般意义的行为、刑法评价的“行为”、犯罪行为和犯罪构成客观方面的“行为”分别属于不同意义的行为概念,而刑法理论并未将其逐一甄别并准确定性;二是我国权威的刑法教科书将大陆法系刑法理论中构成要件符合性判断前的刑法中一般意义的行为,等同于我国犯罪客观方面的行为要素,并称其为“危害行为”。两个概念不仅范畴不同,而且内涵更是大相径庭。我国刑法理论通说观点认为,危害行为是在人的意志支配下实施的危害社会的身体动静。对于该概念引发一系列的追问:第一,如果认为危害行为在客观上表现为人的身体动静,那么应当如何解决行为理论中的最大难题——不作为犯罪的行为性问题?第二,如果认为危害行为在主观上是在行为人的意志支配下的身体动静,那么是否所有无意识的行为都排除在刑法调整的范畴之外,行为人都不需承担刑事责任?原因自由行为又应当如何解释呢?第三,如果认为危害行为在法律上是对社会有危害的身体动静,是否有(严重)社会危害性的行为都可以成为刑法惩罚的对象?刑法范畴的准入应以何种规则加以限定?第四,如何认定身份犯、持有犯的行为性问题?问题的提出,引发了对传统刑法理论中“危害行为”概念的一系列的思考。对刑法中行为首先应当进行理论上的分类并分别进行准确定性,继而再尝试着解决行为理论中出现的一系列难题。

第三章为“刑法中行为概念的重构”。刑法中的行为是最广义的行为概念,应当重新定性为:行为人控制或者应该控制的客观条件作用于具体人或物的存在状态的过程。刑法中行为是犯罪成立的前提,是构成要件符合性判断之前的行为,是作为刑法基础的行为。还需要厘清刑法中行为与其他近似概念的界限,具体包括:①刑法评价的行为。刑法评价的对象,除了真正意义的行为之外,还包括刑法评价的非行为事实,例如意外事件、精神病人在完全丧失辨认和控制能力的状态下实施的“行为”等。由于这两种情况引起的危害结果不是在行为人主观意志支配下实施的,对行为的发展过程也不是行为人能够控制或应该控制的,因而不是真正意义的行为,而是刑法评价的非行为事实。②犯罪行为。犯罪行为是符合刑法规定的犯罪构成的行为。按照重新定性的行为概念,犯罪行为是指行为人控制或者应该控制的客观条件作用于刑法所保护的具体人或物的存在状态的过程。③犯罪客观方面的“行为”,我国传统刑法理论称之为“危害行为”。危害行为的实质是犯罪行为的客观性质,由于不包含主观要素的内容只关注于客观方面的要素而不能作为独立的行为实体存在。

第四章为“行为概念中的‘行为人’”。行为首先是人的行为,是主体的存在和表现形式。因此行为主体的认识能力和控制能力是决定行为性质的前提和基础。行为主体通过对自己认识能力和控制能力的运用,来改变具体的行为对象的存在状态,从而决定行为的性质。只有是主体能够控制的客观事实,才可能归因于主体,才可能是主体的行为。因此,主体对于某种行为的控制能力,是行为人成为该行为主体的关键,包括两个方面的内容:一是行为人的控制能力和控制义务;二是行为主体的主观能动性。当个人满足需要的方式与社会的需要相一致时,个人为了满足自己的需要,运用自己对于行为的辨认能力和控制能力就会对社会产生积极的影响,如刑法规定的正当防卫、紧急避险。从社会利益的角度,我们称这种主观能动性为积极的主观能动性;但如果个人满足需要的方式与社会的利益相冲突,个人为了满足自己的需要而运用自己对于行为的辨认能力和控制能力,就会破坏社会的稳定,对社会产生消极影响,我们称这种主观能动性为消极的主观能动性。

第五章为“行为概念中的‘控制或应该控制’”。只有主体能够控制的客观事实,才可能归因于主体,才可能是主体的行为。因此,行为概念中的“控制或应该控制”,是主体运用自己控制能力的实际状态,是行为概念的核心。主体的行为过程,是将主体的辨认能力和控制能力具体化为有一定内容的心理状况,并在这种心理状况的支配下控制自己行为性质的过程。因此,行为是主体特定心理状态在客观世界的展开,是主观要件的现实化。主观要件体现为行为人认识和控制自己行为性质的心理状态,包括行为人对行为的认识状况和控制状况两个方面的内容。行为的主观要件首先以认识因素为基础,即行为人认识到或应该认识到自己的行为及可能产生的后果,因而才能控制或应该控制自己的行为;其次是行为的意志因素,是行为人在认识因素的基础上,对自己行为的发展过程控制或应该控制的心理状态。行为主体通过对自己行为的控制状态,使主体认识状态中的主观内容转化为客观现实。可以分为三种情况:一是行为人有义务控制自己的行为使危害结果不发生,但行为人没有控制,从而导致危害结果发生的,行为人要承担刑事责任;二是行为人有义务控制自己不实施危害社会的行为,但采取希望或放任的态度,从而导致危害结果发生的,也应当属于刑法调整的范畴;三是行为人虽然可能已经认识到自己行为的性质,但由于无法控制或不能控制,从而导致危害结果的发生。由于不是在主观意志支配下实施的,因而不能认定为刑法中的行为,只能是刑法评价的事实,诸如意外事件。

第六章为“行为概念中的‘客观条件’与‘过程’”。行为之所以是行为就在于能够引起外界的变化。如果仅仅体现行为人的目的性而没有引起外

界的任何变化是不能被称为行为的。因而,行为的实施过程也就是引起外界发生变化的过程。而发生这种改变是主体通过控制客观条件的属性来实现的。行为是主体在认识自己行为性质的基础上,控制或应该控制的客观条件作用于行为对象,使主体认识状态中的主观内容转化为客观现实的过程,这就是行为的客观方面。行为概念中的控制或应该控制的“客观条件”,主要有三种表现形式:一是行为人自身条件,包括行为人自身特殊的身份、地位等内容;二是行为人外部的自然条件,主要是指行为人利用犯罪工具、利用自然进程等实施犯罪行为;三是他人的行为,这种情况在共同犯罪中比较常见。研究行为人控制或应该控制的“客观条件”,对于确定犯罪行为的客观性质具有决定性的作用,对于解释不作为的行为性、狭义共犯的处罚依据、原因自由行为等具有重要意义。对于行为概念中的“过程”而言,大陆法系行为理论将行为归结为“身体动静”或“身体举动”,并不能涵盖所有刑法中的行为。行为是从预备阶段发展到危害结果的发生的一个过程,而不是一个个孤立的身体举动或运动。如果没有行为人意志以外的原因或行为人本人意志因素的改变,行为就会按照行为人的意愿转化为客观现实,按照行为人认识的行为性质发展,直至结果的发生。行为的实施过程,既是行为人主观要件转化为客观现实的过程,也是行为人的辨认能力和控制能力的实际运用过程,更是行为人控制或应该控制的客观条件作用于行为对象的过程。因而将行为归结为“过程”,即行为人控制或应该控制的客观条件,作用于具体的人或物的存在状态的过程。

第七章为“行为概念中的‘具体人或物的存在状态’”。行为是主体与客体相互作用的结果,主体运用自己的辨认能力和控制能力,作用于行为对象,通过影响和改变具体的人或物的存在状态,侵害或威胁客观事物所体现的社会关系。行为概念中的“具体人或物的存在状态”是对行为对象的概括,行为的实施是通过具体的人或物的存在状态的改变体现刑法所保护的社会关系是否受到侵害或威胁。可见,行为对象与刑法所保护的社会关系是形式与实质的关系。也可以认为行为客体在事实层面上表现为具体的人或物的存在状态;在价值层面上表现为刑法所保护的社会关系。传统的关于犯罪对象的观点值得商榷,因而提出笔者修正后的犯罪对象的若干特征:一是犯罪对象应当是“具体人或物的存在状态”,犯罪行为的实施是通过改变具体的人或物的存在状态来实现的,而具体的人或物只能是行为客体要件的物质载体,并不能体现为犯罪行为所侵害而为刑法所保护的社会关系;二是所有的犯罪都有犯罪对象,原因就在于犯罪行为是通过改变具体的人或物的存在状态而实现;三是犯罪对象并不一定必须具有合法性质;四是由于犯罪对象与刑法所保护的社会关系是形式与实质的关系,是犯罪客体的

“两个侧面”,所以不能割裂开来。

第八章为“重构的行为概念对具体疑难问题的阐释”。首先是无认识过失犯罪的行为性问题。无认识过失也称为疏忽大意的过失,其行为性问题是传统的行为理论难题。对于过失犯罪而言,行为人对于自己行为的控制状态在过失犯罪中采取了较为曲折的形式。因为在过失犯罪中犯罪结果都是在行为人有某种认识错误的情况下发生的。无认识的过失犯罪行为是行为人应当认识到自己行为的性质、危害结果以及行为与危害结果之间的因果关系,但由于疏忽大意而没有认识到,从而无法控制危害结果的发生。追究疏忽大意的过失犯罪的主观根据也就在于行为人应该控制而没有控制,从而导致危害结果发生的心理状态。

其次是不作为的行为性问题。首先应当明确的是,不作为行为、不作为犯罪与不作为是应当区分清楚的三个概念。由于不作为并非没有绝对意义的身体举动、不作为的刑法规范也并非全部都是命令性规范,因而不作为犯罪的行为性问题难点也就在于此。所谓“不作为犯罪”,并非行为人没有任何的身体举动,而是借助他人的行为、利用自然进程或非法律行为或利用先行行为等客观条件,作用于犯罪对象并导致危害结果发生的过程。行为人通过对客观条件的控制或应该控制,改变具体的人或物的存在状态,可能行为人并没有任何身体举动,但他通过对客观条件控制或应该控制,仍然导致危害结果的发生。不作为的行为性就在于此。在解释不作为犯罪的行为性问题时,行为人控制或应该控制的“客观条件”就成了关键因素。具体有以下几种表现形式:一是利用自然进程或非法律行为,造成严重的危害后果,构成犯罪的。此种情形下主体可能没有实施任何积极的身体动作,但导致某种自然进程的发生或非法律行为的实施;二是由先行行为导致的不作为犯罪。行为人虽然没有实施犯罪的实行行为,但由于行为人的先行行为而使刑法所保护的社会关系处于危险状态,行为人没有采取有效措施排除危险或防止危害结果的发生,因而构成犯罪。由此可见,不作为犯罪主要的表现形式都可以归结为行为人控制或应该控制的客观条件,作用于刑法所保护的人或物的存在状态的过程。这里的利用的“客观条件”既可以是自然进程或非法律行为,也可以是先行行为。

再次是正当行为的正当性根据问题。我国刑法传统的观点认为“正当行为在形式上符合犯罪构成而实质上又不具有社会危害性因而不是犯罪,不承担刑事责任”的说法是值得商榷的。正当行为形式上符合犯罪构成,就意味着成立犯罪;既然成立犯罪,必然具备社会危害性。而正当行为不仅不具备主观要件,在形式上也不符合犯罪构成的客观要件。犯罪行为的客观构成要件是行为人实施的对社会有危害性的行为,但正当行为的实施是为

了保护国家利益、公共利益、自己和他人的合法权益,因而也不具备犯罪行为的客观要件。正当行为无论在形式上还是实质上都不符合犯罪的构成要件,因而不是犯罪行为,行为人也不应承担刑事责任。

最后是狭义共犯的处罚依据和共犯处罚原则问题。共同犯罪是各个共犯人在自己罪过心理的支配下,利用其他共同犯罪人的行为,来控制行为的性质,从而造成危害结果发生。狭义共犯人利用正犯的行为实现自己的犯罪意图,而不论狭义共犯人是否参与实行行为;同时正犯也是在教唆犯的教唆下产生犯意并进而实行犯罪的,或利用帮助犯创造的便利条件来实行犯罪的,因此对于狭义共犯的处罚依据就在于此。此外,对于共犯的处罚原则,应当按照“各共犯人在自己的主观罪过范围内,依照各自的行为进行处罚”的原则进行处理。间接正犯、片面共犯、同时犯、共同过失行为,甚至一方是故意,一方是过失的行为,也可以按照这个原则进行处理。

结论部分是全书的总结。对国内外刑法中行为概念的研究现状进行系统梳理,对刑法中的行为概念重新界定,论证刑法中行为概念的构成,继而尝试用重新定性的行为概念解决行为理论中的具体疑难问题。



引论	1
第一章 两大法系刑法理论中的行为概念	7
第一节 大陆法系刑法理论中的行为概念	7
第二节 英美法系刑法理论中的行为概念	15
第二章 我国刑法理论中的行为概念	22
第一节 我国刑法理论中的行为概念之争	22
第二节 对我国刑法理论中“危害行为”的追问	25
第三章 刑法中行为概念的重构	31
第一节 刑法中行为的重新定性	31
第二节 与刑法中行为相关的概念	40
第四章 行为概念中的“行为人”	51
第一节 传统刑法理论中行为的主体要件	51
第二节 行为应当具备的主体要件	54
第三节 行为主体要件与其他构成要件的辩证关系	58
第五章 行为概念中的“控制或应该控制”	60
第一节 我国刑法理论中行为的主观要件	60
第二节 行为主观要件的重新确立	62
第六章 行为概念中的“客观条件”与“过程”	69
第一节 行为客观要件重新确立的必要性	69
第二节 行为客观要件的要素	70

第七章 行为概念中的“具体人或物的存在状态”	79
第一节 行为的客体要件	79
第二节 行为对象	85
第三节 行为客体要件与行为对象之间的辩证关系	95
第八章 重构的行为概念对具体疑难问题的阐释	98
第一节 无认识过失犯罪的行为性问题	98
第二节 不作为的行为性问题	101
第三节 正当行为的正当性根据	113
第四节 狭义共犯的处罚依据及共犯的处罚原则	117
结论	123
参考文献	130
后记	139