

河南社会科学文库 2017 年辑

刑法中的行为理论研究

刘霜 / 著

河南人民出版社

本书为河南省高等学校哲学社会科学基础研究重大项目成果

刑法中的行为理论研究

刘霜 / 著

河南人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法中的行为理论研究 / 刘霜著. — 郑州 : 河南人民出版社, 2018. 2

(河南社会科学文库. 2017 年辑)

ISBN 978-7-215-11299-5

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑法 - 法律行为 - 研究 - 中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 314982 号

河南人民出版社出版发行

(地址: 郑州市经五路 66 号 编辑邮箱: 313137877@qq.com 电话: 65788050)

新华书店经销 河南瑞之光印刷股份有限公司印刷

开本 710 毫米 × 1000 毫米 1 / 16 印张 17.5

字数 280 千字

2018 年 2 月第 1 版

2018 年 2 月第 1 次印刷

定价: 70.00 元

河南社会科学文库
编委会

主 任

李庚香 何白鸥

委 员

李庚香 何白鸥

孟繁华 王喜成

王朝纪 张钢杰

关玉梅 李自强

总 序

2017 年是我国历史发展进程中极具标志性和里程碑意义的一年。举世瞩目的中国共产党第十九次全国代表大会在北京胜利召开。大会确立了习近平新时代中国特色社会主义思想的历史地位,提出了新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略,确定了决胜全面建成小康社会、开启全面建设社会主义现代化国家新征程的目标,对新时代推进中国特色社会主义伟大事业和党的建设新的伟大工程作出了全面部署。

在党中央坚强领导下,河南省委、省政府团结带领全省干部群众,时刻牢记并扎实践行习近平总书记让中原更加出彩的殷切嘱托,矢志不渝咬定发展不放松,持续发挥优势,打好“四张牌”,经济社会发展交出不俗的“成绩单”:地区生产总值多年稳居全国第五位,文化建设成果丰硕,综合实力大幅提升,区位优势、交通优势、枢纽优势持续彰显,战略叠加效应不断增强,富民强省迈出坚实步伐……决胜全面小康、让中原更加出彩站在新的历史起点上。在改革发展大潮中,河南省社科理论界立足本职,不辱使命,紧密结合经济社会发展中的重大理论和现实问题,认真思考,深入研究,取得一批丰硕研究成果,较好地发挥了“思想库”“智囊团”作用。

习近平总书记指出,坚持和发展中国特色社会主义,哲学社会科学具有不可替代的重要地位,哲学社会科学工作者具有不可替代的重要作用。坚持和发展中国特色社会主义,必须高度重视哲学社会科学,结合中国特色社会主义伟大实践,加快构建中国特色哲学社会科学。省委书记谢伏

瞻在全省哲学社会科学工作座谈会上强调,要切实肩负起繁荣发展哲学社会科学事业的历史使命,努力打造中国特色哲学社会科学的中原品牌。

为充分调动广大社科工作者的积极性、主动性和创造性,鼓励社科界多出成果、多出人才、多出精品力作,更好地服务于经济社会发展,为决胜全面建成小康社会、开启中原更加出彩新征程提供精神动力和智力支撑,河南省社会科学界联合会自2010年起设立“河南社会科学文库”资助出版项目,对入选的优秀成果,统一标识,统一版式,由河南省社会科学界联合会提供全额资助,交河南人民出版社统一编辑出版。至今已出版7辑共70余册。

为集中展示河南哲学社会科学研究最新成果,鼓励社科工作者持续推进理论创新,进一步推动河南哲学社会科学事业繁荣发展,我们在公正评价、择优审定的基础上,策划出版了2017年“河南社会科学文库”,包括《政治权力自限论》《刑法中的行为理论研究》《马克思社会发展道路思想研究》《农民专业合作社功能研究》《新中国煤炭工业发展研究》《我国房地产价格波动研究》《出土简牍与社会治理研究》《弗吉尼亚·伍尔夫与20世纪中国文学》《民主的选择:中国为什么走自己的路》《中国新发展理论研究》等10部著作。这些作品或侧重基础理论,或侧重现实问题,从不同角度反映了河南哲学社会科学的研究取向和学术水准,展现了特定历史条件下河南省社科工作者的使命担当和现实关切。

新时代开启新征程,新征程呼唤新作为。让我们更加紧密地团结在以习近平同志为核心的党中央周围,不忘初心,牢记使命,高举习近平新时代中国特色社会主义思想伟大旗帜,奋力推进中原智库建设,努力打造中国特色哲学社会科学的中原品牌,为决胜全面建成小康社会、建设富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强省不懈奋斗,在实现中华民族伟大复兴中国梦的历史进程中谱写中原更加出彩新篇章!

河南省社会科学界联合会

2017年12月

刑法行为理论之新探索

(序)

《刑法中的行为理论研究》一书作者为河南大学法学院刘霜教授。刘霜教授多年从事刑法学的教学与科研工作,孜孜以求,刻苦钻研,治学态度认真。当年她在获得西南政法大学刑法学博士学位之后,又到意大利深造,获得了意大利的刑法学博士学位。欣闻本书选题入选河南省高等学校哲学社会科学基础研究重大项目,本书又入选“河南社会科学文库”,作为同乡和同行,我乐意为本书作序。

刑法中的核心理论之一是行为理论,刘霜教授以此为题难度可想而知。本书首先对行为概念重新界定,继而构建行为理论体系,然后扩展到对行为理论疑难问题的全方位系统探究,做到了自成体系,自圆其说。

刘霜教授对于行为理论的研究并未止步于对行为概念的重新界定或是行为理论的重新构建,也不拘泥于狭窄的行为本体论的视野,而是结合当前我国刑法理论的最新发展进行理论上的探讨,增加了对轻罪行为的系统阐述和对我国罪刑结构调整的前瞻性研究。可见,作者紧跟时代步伐,关注刑法发展热点问题,为刑法学研究增添了新内容,本书对刑法实践具有指导意义。

刘霜教授对大陆法系、英美法系和我国刑法中的行为理论都进行了介述和剖析,注重从理论上阐发自己的观点,并在自己构建的行为体系内深入展开论证,论点具有说服力,理论构建具有完整性和层次性,体现了

作者较为深厚的理论功底和科研潜力。

综合以上考量,我为这部优秀的学术著作作序,并期望刘霜教授今后在刑法理论研究上做出更多的优秀成果。

中国刑法学研究会会长 赵秉志
北京师范大学刑事法律科学研究院教授

2017 年 11 月

目 录

引 论	1
第一章 刑法中的行为概念	40
第一节 我国刑法理论中的行为概念之争	41
第二节 对现有刑法中行为概念的追问	45
第三节 刑法中行为概念的重新界定	52
第四节 刑法中行为概念的机能	56
第二章 刑法中的行为构成要件	60
第一节 行为的客体要件	60
第二节 行为的客观要件	84
第三节 行为的主体要件	103
第四节 行为的主观要件	113
第三章 刑法中的行为理论	128
第一节 刑法中行为理论体系概说	128
第二节 刑法中行为的界分	130
第三节 刑法中行为理论体系的构建	137

第四章 刑法中行为理论的传统疑难问题	163
第一节 犯罪行为论	163
第二节 实行行为论	172
第三节 正当行为论	176
第四节 不作为行为论	182
第五节 共同犯罪行为论	198
第五章 刑法中行为理论出现的新问题	209
第一节 轻罪行为	209
第二节 我国罪刑结构的调整	227
结 论	244
参考文献	256
后 记	268

引 论

行为在现代刑法中处于基础地位。马克思认为,“对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是法律在处置我时所应依据的唯一的東西,因为我的行为就是我为之要求生存权利、要求现实权利的唯一东西,而且因此我才受到现行法的支配”^①。刑法理论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。

行为理论博大精深。我国刑法学界对于行为理论的研究起步较晚,诸多疑难问题尚未得到合理解释。传统行为理论的疑难问题诸如被称为刑法理论王冠上宝石的“不作为的行为性问题”、被称为“刑法绝望之章”的共同犯罪问题、正当行为的正当性问题等,目前尚没有一种权威理论对上述传统难题做出合理解释。近年来,刑法中的行为理论还面临一系列新的问题:如实行行为的危险性判断问题;重罪行为与轻罪行为的界分问题;废除劳教后我国刑法边界的扩张问题等。无论是对传统难题的解答,还是对新问题的探求,刑法中的行为理论是一个有着丰富内涵的重大理论研究课题。本书拟从刑法中行为概念的重新界定入手,继而构建刑法中行为理论层次体系,然后对行为理论中存在的疑难问题进行深度解读,

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1995年版,第121页。

最后对行为理论的发展进行前瞻性研究。

一、刑法中的行为理论研究现状

(一) 大陆法系国家刑法中的行为理论

纵观刑法学界行为理论的研究,以大陆法系行为理论最为成熟。大陆法系行为理论研究的“行为”,是在构成要件符合性判断之前的行为,是作为犯罪成立前提的行为,这是在理论上必须明确的前提。只有在对行为进行构成要件的符合性、违法性以及有责性的判断之后,才能确定该行为是否为犯罪行为。

实质意义的犯罪是侵害、威胁法益的行为;形式意义的犯罪是具备构成要件符合性、违法性、有责性的行为。古典学派认为行为是直观的现实存在,强调行为本身的现实意义;近代学派认为行为是行为者人格的征表,客观行为本身并不具有意义。^①

基于不同的立场对行为分别定性,衍生出大陆法系具有代表性的四大行为理论:因果行为论、目的行为论、社会行为论、人格行为论。四大行为理论各具特色,并分别拥有各自的追随者。

1. 因果行为论

因果行为论,又可以称为自然行为论,主张行为是基于意思的身体动静。^②该说是19世纪刑法学的主流。用因果关系来解释行为的理论,最突出的是身体动作说和有意行为说。

身体动作说把行为理解为纯肉体的外部动作,这种外部动作包括身体的“动”与身体的“静”。至于这种动作是否由意识支配、支配动作的意识内容如何,并不是行为要解决的问题,而是责任要解决的问题。换言之,动作是否具有社会意义,不是构成要件的符合性、违法性所要解决的

^① 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社2012年版,第60页。

^② [日]大谷实著,黎宏译:《刑法总论》,法律出版社2003年版,第75页。

问题,因而没有必要在行为概念中予以限定。^①

有意行为说是德国、日本 19 世纪以来的多数学说。有意行为说认为,行为是行为人在意识支配下表现于外的因果现象。有意行为说认为,意识是身体动作的原因,而身体动作又是引起外界结果的原因。意识、身体动作、结果这一因果系列的必然发展过程,就是行为。^②由此可见,持“有意行为说”的学者认为,行为应当有两个要素:一是有意性或意识性;二是有体性或有形性。有意行为说将主观因素纳入行为概念中,较之身体动作说有所进步。

因果行为论不能认为是圆满的行为理论。第一,因果行为论无法将不作为涵盖到行为的范畴中。行为应当包含作为和不作为,同时也应当考虑故意和过失的行为。按照因果行为论的观点,行为应当具有有意性和有体性的特点,解释作为自然没有问题,但对于不作为而言,不作为缺乏有体性的特征,很难将其解释为物理上能够感知的身体动静。因此,贯彻这种行为理论,势将不作为排除于行为之外,也不能将作为犯、不作为犯、故意犯和过失犯都作为行为统一到行为的概念中来,更不能发挥行为作为犯罪的界限要素的机能。第二,因果行为论没有把握住构成犯罪行为中心内容的有企图行为的本质。因果行为论将行为理解为外部的因果事实现象,把意识的内容从意识中抽出去,不能正确把握行为的存在与构造。该论认为,只要具有和某种意思之间有因果关系的身体活动或外界变动的话,也可以说具有行为。虽然有意性的特点可以将人的行为与单纯的自然现象区分开来,但行为所表现的特有的人性成分,并不是基于意志的因果性上,因为自然力也有因果形成过程的“目的性”,对此,唯有人具备该能力。^③第三,因果行为论把因果性作为行为的要素的话,则因果的行为概念会导致因果关系无止境地循环往复,至少从理论上是这样的。

① 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社 2012 年版,第 62 页。

② 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社 2012 年版,第 63 页。

③ [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著,徐久生译:《德国刑法教科书》(总论),中国法制出版社 2001 年版,第 269—270 页。

为了克服这个弊端,人们试图引进“人的态度”的概念来完善该论点,但实际上效果甚微。第四,因果行为论将行为理解为一系列毫无联系的“举动”,因而无法解释行为的统一性。^①如盗窃罪中窃取他人财产的行为表现为不可胜数的行为人的肌肉活动。那么,是什么将这些行为连接为统一的整体呢?又因为什么将其视为刑法评价的对象呢?基于因果行为论的上述缺陷,20世纪30年代在德国开始兴起一种以目的论为哲学基础的行为理论。

2. 目的行为论

目的行为论认为,行为是受目的支配的身体运动。^②此说由德国刑法学者提倡,“二战”后受到德国、日本刑法学者的支持。此说的代表者威尔兹尔(Welzel)认为,刑法学上的行为是“受目的确立的意思所支配的实在意义的统一体”^③。目的行为论中的“目的性”是以人的能力为基础的,该能力是在一定程度上预见其因果行为的后果,并使用手段有计划地操纵向既定目标前进的过程。目的行为论认为,行为的实施可以分为三个阶段:首先思想上有目标,其次要选择实现目标所必需的行为方法,再次在现实世界里实现行为意志。

目的行为论的合理之处在于将“目的性”作为构成行为的核心要素。人的行为是实现一定目的的一种活动,而不是单纯的因果事物现象。行为的“目的性”表现在,人以因果关系的认识为基础,在一定范围内预见自己的活动可能产生一定的结果,于是行为人设立各种各样的目的,选择达到目的的手段,朝着这些目的有计划地进行活动。换言之,人的行为是因果关系的整个过程,而且是目的活动的整个过程。正是由于人能够实施有目的的行为,故可以用刑罚方法禁止或命令人的目的活动。基于此,

① [意]杜里奥·帕多瓦尼著,陈忠林译:《意大利刑法学原理》,中国人民大学出版社2004年版,第102页。

② [日]大谷实著,黎宏译:《刑法总论》,法律出版社2003年版,第75页。

③ 转引自赵秉志:《外国刑法原理》(大陆法系),中国人民大学出版社2000年版,第83页。

目的行为论认为“目的性”是构成行为的核心要素。以“目的性”来解释故意行为是没有问题的。故意是实现行为人预定的内容的意思,具有所谓的“目的性”。

目的行为论同样存在难以解决的难题:第一,目的行为论无法解释过失行为。如何理解过失行为具有“目的性”?大多数目的行为论者认为过失行为也具有“目的性”,也是行为。威尔兹尔(Welzel)就认为,故意行为是指向构成要件性结果的目的行为,过失行为则具有指向构成要件性结果以外的“目的性”。虽然过失行为具有指向法律上不重要的结果的“目的性”,但是它仍然是目的行为。^①然而这种解释本身就存在问题。过失行为最主要的特征就是结果的发生与行为人的意志相违背。如果认为过失行为具有“目的性”的话,过失行为与故意行为就难以区分。为了解释这个问题,威尔兹尔(Welzel)认为过失行为具有指向法律上不重要的结果的“目的性”,因而它仍然是目的行为。但这种解释很让人费解,既然过失行为指向的“目的性”是构成要件以外的结果,如何能够决定过失行为本身成立犯罪。仅仅为了解释过失行为的“目的性”就把一些无关紧要的要素硬拉进来在理论上并无太大的价值。第二,目的行为论对于不作为犯罪的行为性问题的解释也不尽如人意。不作为犯罪是行为人没有履行某种刑法上要求的义务因而构成犯罪,恰恰缺乏目的行为论所要求的行为应当具有的现实的“目的性”。可见,目的行为论对于过失行为的解释显失完备,而且由于目的行为论注重行为的存在论意义,不能将不作为犯罪涵盖到刑法中的行为范畴中。因此,目的行为论有待进一步的研究修正。

3. 社会行为论

社会行为论认为,行为是具有社会意义的人的身体动静。^②社会行为论是由德国学者施密特(E. Schmidt)所首倡,得到恩利西(Engel)、麦

^① 转引自赵秉志:《外国刑法原理》(大陆法系),中国人民大学出版社2000年版,第83—84页。

^② [日]大谷实著,黎宏译:《刑法总论》,法律出版社2003年版,第76页。

耶(Mayer)等刑法学者的赞同而确立。

按照社会行为论的观点,凡人类举动,无论是故意还是过失,是作为还是不作为,只要具有社会意义均可视为刑法中的行为。如德国学者施密特(Schmidt)就认为,“所谓行为是指向社会性外界的有意的活动,严密地说,由有意的活动引起的社会性外界的变更,无论引起这种变更的是作为还是不作为”^①。社会行为论把行为理解为与价值相关的概念,可以把行为统合到行为概念之中。然而对于过失行为尤其是忘却犯,社会行为论却难以解释^②。

于是,杰塞克(Jescheck)等人提出了“意识支配可能性”的概念,认为意识支配可能性是行为概念的内容。行为是对社会具有重要意义的自然人的态度。^③ 这里的行动可能是实施达到目的的活动,可能是造成侵害结果的原因,可能是对于法规范所期待的行为的不作为。凡是人的行为,不问作为与不作为、不问故意与过失,只要足以惹起侵害结果,就是刑法上的行为。

社会行为论引入意识支配可能性的概念,似乎可以把作为与不作为,故意或过失行为都纳入行为的概念中。社会行为论立意较为全面,着重于行为的社会价值,以社会评价的眼光看行为,取因果行为论与目的行为论之长,较好地反映了行为的功能与效应,可以说明各种行为形态,因而为现代西方国家多数学者所赞同,目前在德国处于通说地位。

但不能认为社会行为论就是完美无缺的行为理论。首先,对于何为“社会意义”,学者有不同的观点,这也成为社会行为论受到质疑之处。日本学者团藤重光教授就认为,所谓“社会”这一价值要素本来是不法要素,将其作为评价对象置于行为之中,则是过多的要求。德国学者考夫曼

① 转引自赵秉志:《外国刑法原理》(大陆法系),中国人民大学出版社2000年版,第82页。

② 忘却犯指的是疏忽大意过失的不作为犯,按照社会行为论的观点由于忘却犯缺乏有意性,因而将其排除在行为之外。

③ 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第二版),清华大学出版社2012年版,第63页。

(Kaufmann) 也认为,人的行为存在于精神的世界,但同时也是有体的,心理世界中的事情。完全无视行为的因果性,对行为的概念进行规定是不可能的。因此,社会行为论在其片面性上难以得到支持。^① 其次,社会行为论引入意识支配可能性的概念,似乎可以把作为与不作为,故意或过失行为都纳入行为的概念中。但是,意识支配可能性的范围如何确定,意识支配可能性有无时间限制,等等,这些都是难题。

4. 人格行为论

人格行为论是日本刑法学者团藤重光于 1957 年创立的行为理论,在日本得到大塚仁等教授的支持,在德国得到阿特夫·考夫曼(Arthur Kaufmann)的发展与完善。团藤重光的人格行为论主张:刑法上的行为是行为人人格的主体性现实化的身体动静。“单纯的反射运动和受到绝对强制的动作从一开始就不相当于刑法中的行为。不过,主体的人格态度,也不一定仅仅表现为‘作为’一种形式,表现为‘不作为’这一形式也是可以的。另外,这种人格态度也不仅仅限于故意,轻视规范的人格态度,即过失,也是一种行为。重要的是,人的身体动静,要与其背后的作为人的主体性的人格态度相结合,把它看作人格的主体性的现实化,也只有这样的场合,才能将它解释为行为。行为是作为行为者人格的主体性现实化的活生生的活动,它具有生物学的基础和社会学的基础。”^②

按照人格行为论的观点,行为是行为者人格的主体现实化的身体动静,在人格与环境相互作用下形成的,具有生物学和社会学的基础。该理论着眼于行为者人性的存在,考虑到其人格的深层意义来规定行为,且可以把作为与不作为,基于故意和过失的身体动静都囊括在行为概念中,这是其较之因果行为论、目的行为论、社会行为论等行为理论的进步之处。

日本刑法学者大塚仁也赞同团藤重光的人格行为论的观点,并提出了两点补充。首先,大塚仁教授认为,作为犯罪概念基底的行为,因为是

^① 参见韩忠谟:《刑法原理》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 112 页。

^② 参见马克昌:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社 1996 年版,第 347 页。