



行为犯研究

刘树德 著

14.04

中国政法大学出版社

法学研究 12 卷

99.4.04
L71

行为犯研究

刘树德 著

中国政法大学出版社

一、行为犯的界定

（一）行为犯定义概览

关于行为犯的定义，中外刑法理论界可谓众说纷纭，莫衷一是。

1. 大陆法系刑法理论的观点

德国、日本、意大利、法国等国和我国台湾地区的刑法理论中，并未将行为犯作为专门独立的范畴加以界定，而只是在有关犯罪分类——实质犯与形式犯中提及。^{〔1〕}台湾地区学者高仰止认为，犯罪依其行为与结果关系而为分类，可分为实质犯（Materialdelikte）和

〔1〕〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第25页。译者认为，意大利的“reato formale（形式犯）”和“reato materiale（实质犯）”的内涵与外延相当于我国的“行为犯”和“结果犯”。

形式犯 (Formaldelike)。实质犯之犯罪构成以发生一定结果为要件，即其行为以对于法益构成侵害或危险为内容，故又称结果犯 (Erfolgsdelike)。形式犯以实行与构成要件该当之一定行为，即成立既遂罪，其行为不必对于法益构成侵害或危险为内容。形式犯不以发生一定之结果为必要，故又称“纯粹举动犯” (Schlichte tatigkeitsdelike) 或简称“举动犯”，或称“行为犯”。〔1〕日本学者认为，实质犯是指构成要件以侵害法益或具有侵害法益的危险为内容的犯罪类型。其中，确有使法益受到实际侵害的（如杀人罪、盗窃罪）叫做侵害犯；只是足以发生使法益受到侵害危险的叫做危险犯。危险犯又可进一步分为使法益受到侵害的具体危险的具体危险犯（如日本《刑法》第109条第2项的放火罪）和单是足以发生抽象危险的抽象危险犯（如日本《刑法》第108条的放火罪）。形式犯是在犯罪构成要件上，意味着连侵害法益的抽象危险都无需的犯罪，其例可见于根据予以必要的行政取缔的行政刑罚法规，如日本食品卫生法规定的不卫生食品贮藏罪，仅因为贮藏不卫

〔1〕高仰止：《刑法总则之理论与应用》，台湾五南图书出版公司1986年版，第42页。

生食品，即使对人体不会有抽象的危险，都在处罚之列。^{〔1〕}德国学者则认为，在单纯行为的犯罪中，法定犯罪构成规定了一定的行为，并不需要刑事责任的承担依赖于由犯罪引起的损害结果，此种单纯行为的犯罪即行为犯，又叫举止犯、形式犯。实质犯是与结果犯相等同的，结果犯中的结果，人们理解为由犯罪行为引起的，在法定犯罪构成中所规定的损害结果，其中也包括一定的危险。^{〔2〕}法国学者认为，以犯罪的结果来考虑事实要件，可以将犯罪分为实质犯与形式犯。在实质犯中，犯罪结果是犯罪的构成要件。实质犯仅在犯罪“实现损害”时，始得构成既遂罪。与此相反，形式犯得独立于任何损害结果而成立，即使未取得犯罪行为所追求的结果，犯罪亦成立。^{〔3〕}

由此可见，在大陆法系中，作为形式犯别称的行为犯，是指犯罪构成不以发生一定结果为要件的犯罪。

〔1〕〔日〕福田平、大塚仁：《日本刑法总则讲义》，辽宁人民出版社1986年版，第50～51页。

〔2〕陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第215～217页。

〔3〕〔法〕卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社1998年版，第226页。

2. 普通法系刑法理论的观点

英、美等国的刑法理论中，一般在因果关系内容中顺便提及行为犯，并未作出专门的研究。例如，储槐植教授在《美国刑法》第三章“因果关系”中提到，行为犯（conduct crime）不要求结果；结果犯（result crime）要求结果，因此，进而要求存在因果关系。显然，此处并没有“行为犯”的完整定义。不过，“因果关系”是在犯罪本体要件中加以探讨的，因此，我们也可以推知，在普通法系中，行为犯是指不以一定的结果为犯罪构成要件的犯罪。在此需指出，基于资料的缺乏和普通法系较少影响我国刑法理论，下文不再着重探讨普通法系中的行为犯问题。

3. 社会主义法系刑法理论的观点

前苏联的刑法理论对我国有着深远的影响，行为犯的理论也是如此。前苏联学者认为，行为犯是与结果犯相对应的。如果立法者只是叙述了行为的要件，而未把结果归在犯罪构成里，那么，这个构成就具有形式的性质。这时，只要完成犯罪构成中所指出的行为，就被认为是既遂罪。在此意义上，形式犯与行为犯是同一种犯罪形式。如果立法者不仅把行为，而且把由这种行为所产生的危害社会的结果都归为说明犯罪之要件，并

以这种方式组成犯罪构成，那么，这种犯罪构成就具有实质的性质。杀人、偷窃以及其他许多犯罪构成就是如此。结果是实质性犯罪构成的必要要件。在这种情况下，如果危害社会的行为没有造成危害社会的结果，那就不能构成既遂罪的犯罪构成，犯罪人只对未遂犯罪承担责任。在这个意义上说，结果犯与实质犯是可以等同的。^{〔1〕}可见，前苏联刑法理论中的行为犯，是指以法定的犯罪行为作为犯罪既遂构成要件的犯罪。

4. 我国刑法理论的观点

我国刑法理论主要受前苏联的影响较大，但是，随着刑法学术国际交流的发展和我国学者自身学术反思的深入，刑法中的许多理论观点呈现出“多元”的特点。就行为犯的定义而言，先前较多地受到前苏联的影响，并居于通说的地位。近年来，有些学者在分析和批判借鉴德国刑法理论的基础上，提出了一些新颖的定义。我国学者按照不同的理解作出了不同的定义，具体包括：

1) 行为犯是指以实行法定的犯罪行为作为犯罪构成必要条件的犯罪。行为犯不同于

〔1〕〔前苏联〕H·A·别利亚耶夫、M·N·科瓦廖夫：《苏维埃刑法总论》，群众出版社1987年版，第87页。

举动犯，两者的区别在于：举动犯的既遂以着手实行犯罪为标志，而行为犯只有当实行行为达到一定程度时，才过渡到既遂状态。^{〔1〕}

2) 行为犯也称举动犯，是指行为人只要单纯地实施刑法分则规定的构成要件的行为就足以构成犯罪，而无需发生一定的犯罪结果。行为犯是与结果犯相对应的范畴。结果犯与实害犯是同一的，因而，危险犯也只要实施一定的行为，而无需发生一定的实害结果，属于行为犯的一种。^{〔2〕}

3) 行为犯也称举止犯，是指只要实施刑法分则规定的某种危害社会的行为就构成既遂的犯罪形态。行为犯的实质是法律将行为人实施犯罪的行为直接规定为犯罪既遂。行为犯可分为两类：一是举止犯，即前述举动犯；二是过程犯，后者有未遂存在。^{〔3〕}

4) 行为犯是与实害犯、危险犯（不包括抽象危险犯）并列的一种重要犯罪类型。行为犯是指只要实施了符合刑法分则所规定的构成要件的行为就为既遂，而无需发生特定

〔1〕 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1991年版，第473页。

〔2〕 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第214～218页。

〔3〕 姜伟：《犯罪形态通论》，法律出版社1994年版，第115页。

的实害结果或危险状态的犯罪类型。〔1〕

5) 行为犯是相对于结果犯而言的, 是指构成要件的具备与行为的终了同时发生, 分离于行为的结果不单独出现的构成要件, 如伪证、诬告等, 它们的成立并不需要误判或者误捕的结果, 其可罚性也不以后者为条件。结果犯是指行为在时间和空间上与发生的损害或危险结果分离的构成要件。〔2〕

上述定义都具有一个共同的特征, 即从犯罪构成要件的角度来加以界定的, 但是仔细分析起来, 前四种定义中所指的犯罪构成要件与第五种定义中的构成要件是不完全相同的, 前者是与前苏联的犯罪构成理论一脉相承的, 后者则与德日的构成要件该当性理论存在渊源关系。因此, 我们有必要对上述两大类行为犯定义的理论基础作较为深入的比较之后, 才能对行为犯的上述诸多定义有正确的认识和恰当的评价。

〔1〕 史卫忠: “行为犯理论的反思与界定”, 载《法律科学》1996年第4期, 第45、48页。

〔2〕 李海东: 《刑法原理入门》, 法律出版社1998年版, 第43~44页。

(二) 行为犯的理论基础

1. 大陆法系行为犯的理论基础

前文指出，德、日等国是在实质犯和形式犯两对范畴中提到行为犯的。形式犯和实质犯的犯罪分类由来已久，但如何认识形式犯与实质犯则争议众多。日本刑法学界就存在下述三种观点：第一种观点认为，只要求实施构成要件行为，而不要求对合法权益造成侵害或威胁的犯罪，是形式犯；构成要件以对合法权益造成侵害或者威胁为内容的犯罪，是实质犯，其中以现实上对法益造成侵害为内容的犯罪称为侵害犯，仅要求有侵害法益的危险的犯罪为危险犯；危险犯又根据是否需要发生具体的、现实的危险分为具体的危险犯与抽象的危险犯。^{〔1〕}第二种观点认为，刑法以保护合法权益为目的，所有的分则条文都有其保护的合法权益；因此，符合构成要件的行为，都是对合法权益的侵害或者威胁，在此意义上说，所有的犯罪都是实质犯，

〔1〕〔日〕大塚仁：《刑法概说》（总论），有斐阁1992年修订增补版，第123页。

形式犯没有存在的余地。^{〔1〕}第三种观点认为，形式犯对合法权益也具有危险性，只不过实质犯的被侵害法益是比较特定的，而形式犯的被侵害法益是很不特定的。^{〔2〕}

上述观点结论不同，但具有一个共性特征，即都牵涉到构成要件该当性和违法性的问题。在德、日刑法理论中，构成要件该当性指的是行为的规范特征，也称之为形式上的违法性；违法性指的是行为对法益所造成的侵害或者危险，也即行为的实质违法性。因此，我们要很好地理解形式犯与实质犯的分类，有必要对形式违法性和实质违法性有更深入的了解。

大陆法系的犯罪论体系认为，犯罪的意义有犯罪的形式意义与实质意义之分，即形式犯罪和实质犯罪两方面内容。台湾地区学者韩忠谟指出：“犯罪得就实质与形式两方面观察之。就形式而言，犯罪乃法律上加以刑罚裁判之不法行为，盖犯罪虽属不法行为，然不法行为不必皆为犯罪，必也违反刑法规范，

〔1〕〔日〕町野朔：《刑法总论讲义案I》，信函社1995年版，第143页以下。

〔2〕〔日〕平野龙一：《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第118页。

受刑罚之制裁，始足当之，此系就法律上之见解说明其意义，认为犯罪为法律规定之科处刑罚之行为。又自实质而言，犯罪乃有反社会性之行为，亦即侵害社会秩序应受刑罚制裁之行为，并即侵害社会秩序应受刑罚制裁之行为，此系从立法政策上之见解说明其意义，认犯罪为应科刑罚之行为。”^{〔1〕}形式犯罪体现行为违反刑法某一条款的规定，回答了什么是犯罪的问题，也即某一行为应具备哪些要件才符合刑法分则条文并触犯其刑法规范。实质犯罪则进一步回答某种行为为什么被刑法规定为犯罪并施以刑罚。这两个方面分别构成了构成要件论和违法论的内容。

自贝林在他 1906 年《犯罪的理论》中提出的一个“在体系上能够概括某个具体犯罪所有特征以使它特定化”的概念，即“构成要件”（法律规范中对某个具体犯罪所描述的全部特征的理论概括）后，构成要件理论经历了一个发展过程。首先，古典犯罪论体系认为，构成要件是客观的、不包含任何价值因素在内，其中，客观性是指构成要件本身不包括任何主观内心世界的过程，不包含价

〔1〕 韩忠谟：《刑法原理》，台湾雨利美术印刷有限公司 1987 年版，第 75 页。

值内容是指构成要件没有表示符合构成要件行为违法这样的规范评价因素。随后，新古典犯罪论提出了主观构成要件和规范构成要件，并逐步成为通说。因此，构成要件本身是由一系列具体要件组成的，既包括客观的，也包括主观的，既包括描述的，也包括规范的。总之，某行为只有在与法律规范中对某个具体犯罪所描述的全部特征完全吻合，才应受处罚，也就是说，具备构成要件该当性的行为才是可罚的，“法无明文规定不为罪，不可罚”。

实质违法是在形式违法的基础上对犯罪的进一步认识。实质违法论也经历了一个发展过程。在社会契约理论的影响下，欧洲启蒙思想家将犯罪视为对法律权利的侵犯。1834年贝恩鲍姆提出法益侵害说。犯罪的本质是侵害社会所保障的财（Gnt）或者使其蒙受危险。在此基础上，宾丁对法益作为立法者评价的状态在理论上进行了全面的展开；李斯特在把法益解释为法律保护的利益的同时，将法益放到了犯罪概念的核心地位。这样，法益理论发展成为实质违法论的通说。“法益理论一方面向刑事司法机构提出了认定犯罪的实质界限，即没有法益侵害就没有犯罪；另一方面也向司法者划定了认定犯罪的基本

步骤：对于刑事违法行为，不能到规范以外去寻找它构成犯罪的实质根据；而只能在首先确定该行为形式上刑事违法后，才能在规范内去证明它侵害了立法者所要保护的现实利益内容”。〔1〕

现在再来分析前述三种实质犯与形式犯划分的观点。既然刑法以保护合法权益为目的，任何行为都是因为严重侵犯合法权益才被刑法规定为犯罪，那么，在此意义上说，不存在形式犯。可见，第一种观点不科学，第二种观点合理。当然，从构成要件论和违法论角度而言，任何犯罪都是形式犯和实质犯的辩证统一。因此，如果要区分形式犯和实质犯，就不能将上述两项标准混同在一起，第三种观点较为合理，但是，如何判定被侵害法益是“比较特定的”还是“很不特定的”，仍不无疑问。这样，大陆法系“实质犯与形式犯”内容中的行为犯同样存在着上述缺陷。

2. 我国提出行为犯的理论基础

我国学者提出的行为犯定义（前四种）都是着眼于犯罪既遂模式的，也就是说，是在分析刑法分则条文设置何种构成要件才构成既遂的基础上提出的。因此，我们有必要探

〔1〕 李海东：《刑法原理入门》，法律出版社1998年版，第14页。

讨论犯罪既遂的一般理论，才能对上述定义加以评判。何为犯罪既遂，我国现行刑法并没有作出规定，而是留给刑法理论去解释。我国刑法学者大致存在三种解释：一是既遂的结果说。犯罪既遂是指故意实施犯罪行为并且造成了法律规定的犯罪结果的情况。二是既遂的目的说。犯罪既遂是指行为人故意实行犯罪行为并达到了其犯罪目的的情况。三是既遂的构成要件说。犯罪既遂是指着手实行的犯罪行为具备了具体犯罪构成全部要件的情况。其中，第三种观点居通说地位。显然，通说与犯罪构成理论有着密切的联系。

前文已指出，我国刑法中的犯罪构成明显有别于德、日刑法中的“构成要件”。在我国犯罪构成就是依照我国刑法的规定，决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观要件和主观要件的有机统一，^{〔1〕}具体可分为犯罪客体要件、犯罪客观方面要件、犯罪主观方面要件和犯罪主体要件。也就是说，某一行为具备了犯罪构成，就已成立犯罪，应受刑罚处罚。然而，在德、日等国，构成要件是指法律规范

〔1〕 高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第75页。

中对某个具体犯罪所描述的全部特征的理论概括。^{〔1〕}某一行为具备了构成要件，仍只是符合构成要件该当性的条件，是否构成犯罪仍需进行违法性的评价，是否受刑罚处罚仍需进行有责性的判断。可见，在我国刑法理论中，具备犯罪构成要件的行为就是违法的行为，两者是同义的；在德、日刑法理论中，具备构成要件（构成要件该当性 *tatbestandsmaessigkeit*）和违法（*Rechtswiderigkeit*）是完全不同的两回事。具备构成要件的行为是不是具有违法性，是需要予以证明的。构成要件该当性指的是行为的规范特征，即行为的形式违法性，而违法性指的是行为对法益所造成的侵害或者危险，即行为的实质违法性。因此，在我国，形式违法和实质违法是完全融为一体的，而在德、日，形式违法和实质违法是相对分离的。在此基础上，我国刑法理论界用“社会危害性”来包容形式违法和实质违法，并以其揭示犯罪本质和回答受罚行为的实质根据之所在，即某行为之所以应受刑罚处罚，是因为其对国家和人民造成或可能造成一定的危害，而德、日刑法理论界则在形式违法的基础上，则进一步提

〔1〕 李海东：《刑法原理入门》，法律出版社1998年版，第41页。

出危险性理论（实害尚未发生之情形）和实害理论（实害已经发生的情形）来寻求受罚行为的实质根据，即作为处罚对象的行为所导致的法益侵害（现实状态）或危险（可能状态）。

由此可见，我国学者是从刑法分则设置犯罪既遂构成要件的角度来界定行为犯的，由于犯罪构成本身还容纳了实质违法，因而不存在德、日刑法中实质犯（实质违法）和形式犯（形式违法）相对分离意义上的行为犯。

（三）行为犯的再界定

1. 行为犯再界定的新视角

前面两节分别探讨了两大类行为犯定义（德、日等国刑法理论中的行为犯和我国传统刑法理论中的行为犯）及其相应的理论基础。尽管都是从刑法分则条文设置的构成要件来界定行为犯的，但是，由于整体犯罪论体系特别是犯罪构成理论的不同构造，因此，我们不能进行简单的比较和作出优劣的评判。在此，我们试图在吸收上述两大类定义的合理成分的基础上，从一个新的视角来界定行为犯。