

实行行为研究

何荣功 / 著

武汉大学刑法学博士文库



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

Criminal Law

武汉大学刑法学博士文库

实行行为研究

何荣功 / 著

WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

实行行为研究/何荣功著. —武汉:武汉大学出版社, 2007. 8

武汉大学刑法学博士文库

ISBN 978-7-307-05746-3

I. 实… II. 何… III. 刑事犯罪—行为—研究 IV. D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 131966 号

责任编辑:郭园园

责任校对:黄添生

版式设计:支 笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北省通山县九宫印务有限公司

开本:880×1230 1/32 印张:10 字数:273千字 插页:2

版次:2007年8月第1版 2007年8月第1次印刷

ISBN 978-7-307-05746-3/D·749 定价:17.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

书 目

不作为犯研究
量刑的基本理论研究
刑事责任的一般理论
犯罪过失研究
结果加重犯基本理论研究
正当防卫论
死刑限制论
电子商务领域犯罪研究
帮助犯研究
中国死缓制度的理论与实践
刑法的社会文化分析
共同正犯研究
身份犯研究
犯罪客体研究
间接故意研究
实行行为研究

武汉大学
刑法学
博士文库

编委会

顾问
马克昌

主任
林亚刚

委员（以姓氏笔画为序）

刘艳红

许发民

林亚刚

莫洪宪

康均心

《武汉大学刑法学博士文库》总序

《武汉大学刑法学博士文库》以出版武汉大学刑法学博士研究生学位论文，促进刑法学的研究，扶植刑法学新生力量为宗旨。

刑法是国家的基本法律之一，刑法学是研究刑法所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的法律科学。它既有深邃的理论，又与司法实践具有极为密切的关系。所以刑法学的研究，一直为法学工作者所重视。1979年《中华人民共和国刑法》公布后，发表和出版了大量的刑法学论文和著作。80年代中期以后，几所法学院系招收了刑法学博士研究生，给刑法学的研究注入了新鲜血液。一些博士生年轻有为，思想敏锐，功底扎实，研究深入，所撰博士论文，对刑法理论的研究具有相当深度。一本一本的博士论文出版成书，使刑法学的研究生机勃勃，呈现更加繁荣的景象。

武汉大学刑法学博士生是从1987年开始招生的。这些博士生都很注意学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。但由于学术著作出版较难，致使有些论文未能付梓；研究成果无法与读者见面，实在令人惋惜。有鉴于此，遂筹措刑法学基金，用于资助优秀刑法学博士论文的出版。同时考虑到过去我们的几位博士生虽然出版了几本博士论文，但由于各自为战，分散在不同的出版社出版成书，未能集结一起，形成一股学术力量，因而与武汉大学出版社洽商，设立《武汉大学刑法学博士文库》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版两本刑法学博士论文，积土成山，集腋成裘，经过若干年，便可形成一套洋洋可观的丛书，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武汉大学刑法学博士文库》，由武汉大学法学院法律系刑法学教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。希望我们的刑法学博士生，在攻读博士学位期间，认真学习，刻苦钻研，锐意进取，勇于探索，写出高质量的博士论文，使这套文库不断有优秀著作问世。

最后需要说明：《武汉大学刑法学博士文库》是由刑法学基金资助，在武汉大学出版社大力支持下出版的。刑法学基金是关心我校刑法学发展的校友、校外有识之士与刑法教研室的老师捐款成立的。没有这些同志的资助和出版社的支持，就没有这套文库的出版。对于他们的贡献，我们会铭记于心，永志不忘。这里谨向为建立刑法学基金出资出力的同志们和武汉大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

1997年春于珞珈山

前 言

自近代“刑法学之父”费尔巴哈将“无法律，即无犯罪”以及“无法律，即无刑罚”的概念导入刑法学后，刑法在规范的适用上得到了相当明确的标准。后更因罪刑法定原则的确立，使得刑法的评价对象被严格限定在行为而非行为人之上，行为刑法的理念从而得以真正建立。与行为人刑法将刑罚的可罚性的基础归结于行为人的性格和反社会性格不同，行为刑法强调刑罚可罚性的基础和前提在于客观存在的行为。

实行行为是行为刑法中最重要的概念之一。在大陆法的犯罪论体系中，实行行为与众多问题紧密关联，是犯罪论的基石。首先，在刑法体系的构建上，大陆法系刑事立法者一般认为，虽然犯罪行为存在预备行为和实行行为的区分，但由于预备行为的犯罪内容不足，实践中犯罪意思的证明极其困难，只有预备行为侵犯了刑法保护的重要利益或者预备行为本身极具危险性时，才作为例外受处罚。所以，能够成为刑法评价对象的主要是犯罪的实行行为，大陆法的刑法分则也是以实行行为为中心构建的，实行行为是使犯罪构成具有自身特色最主要的构成要件要素。其次，从处罚范围看，一般认为，实行行为的开始就是实行的着手，实行的着手是预备行为和实行行为的分界点，只要行为人实施了犯罪的实行行为，即使未得逞，那么，处罚该行为的未遂也成为可能，实行行为是未遂犯的本质性要件。再次，实行行为是刑法因果关系的重要范畴。刑法因果关系理论所要解决的就是实行行为和法益侵害结果之间是否存在引起和被引起的关系，即是否能将一定的结果归属于某种实行行为的问题。此外，实行行为还是大陆法系刑法区分正犯与共犯的标准。

准,是不能犯问题的核心内容等。

由于实行行为在刑法理论上的地位,大陆法系刑法自然不会放过对实行行为的深入研究,有关实行行为的问题已形成了丰硕的成果。比如,在实行行为的本质问题上,日本的刑法理论以不能犯与未遂犯的区分为背景进行了深入的研讨,形成了“主观说”、“抽象危险说”、“具体危险说”、“客观说”以及形形色色“修正客观说”的复杂对立。关于实行的着手,大陆法系存在“主观说”、“形式客观说”、“实质客观说”、“印象说”等激烈争论。另外,在不作为的实行行为、间接正犯的实行行为、原因自由行为的实行行为、共同正犯的实行行为等问题上也观点纷呈、见解各异。大陆法系刑法理论对上述问题研究的积极成果,对于正在成长中的我国刑法学来说,自然不乏可借鉴之处。

将实行行为确定为博士论文的选题,对我来说,经历了一个思考的过程。2003年暑假,刚刚结束了硕士阶段的学习,博士阶段的学习也尚未开始,由于没有了论文写作的压力,便可利用此机会多读些书。偶然的机,在学习实行行为部分时,我对实行行为概念产生了疑问。众所周知,在国内外,学者们对于实行行为的概念的认识可以说相当一致,特别是在我国,几乎所有的著述都写道,实行行为是指刑法分则规定的构成要件的行为。那么,为什么实行行为是指刑法分则规定的构成要件的行为?学者们这样下定义的根据是什么?当时并没有得出答案,后来我甚至怀疑不该提出这样的问题或者说提出的是一个假问题。但对实行行为概念的疑问,促成了我对实行行为问题的进一步关注。随着对实行行为问题的关注,我慢慢地发现,刑法中的众多问题都与实行行为直接关联。比如前文所指出的不作为犯的问题、原因自由行为的问题、间接正犯的问题、共同正犯的问题、不能犯的问题等,至此我才恍然大悟,原来实行行为犹如一根线,它可以把刑法学的众多问题串连起来,于是便萌发了将“实行行为研究”作为博士论文选题的想法。当我把这一想法反映给导师和教研室的其他老师时,也得到导师和其他各位老师的一致肯定和鼓励。

在我国，深入研究实行行为，具有以下重要意义：

1. 有重要的理论价值。实行行为是我国刑法学的最为基础的问题，既然如此，那么，到底什么是实行行为？实行行为有哪些具体形态？实行行为的本质是什么？实行行为对刑法处罚范围的限定如何实现等这些基础而重要的问题，自然有必要深入研讨。

2. 有重要的实践意义。实行行为既是一个理论问题，也是一个实践问题。我国司法实践中许多问题的解决都与实行行为直接关联。比如对行为人犯罪形态的认定，即行为人是属于预备犯，还是属于中止犯或既遂犯？考察实行行为人是否实施了犯罪的实行行为就具有重要意义。又如，在判断行为人是属于（共同）实行犯，还是属于帮助犯时，考察行为人是否实施了犯罪的实行行为就是解决该问题的关键。再有，我国一直不处罚迷信犯，却处罚不能未遂，为何要处罚不能未遂？这种做法是否合理？不能未遂到底应当在何种限度内被处罚，同样离不开对实行行为问题的关注。

3. 有一定开拓意义。在我国，无论是对犯罪的停止形态、共同犯罪形态的研究，还是对间接正犯、不作为犯问题的研究，都取得了丰硕的研究成果，当前对这些问题的认识也已达到相当的深度，其中，自然不乏对实行行为的有益探讨。但是，前述问题的研究多是从犯罪形态的角度着眼的，对实行行为本身的研究还相当缺乏。本书以实行行为为主线，试图对犯罪总论的相关联问题做系统研究，自然有其创新意义。

囿于篇幅和能力所限，我并没有对实行行为的所有问题做研究。有些问题如过失的实行行为等即使有所涉及，也未充分展开。对于这些本应当涉及而未涉及或者只是作了浅尝辄止论述的问题，将留待日后进行充实与探讨。

实行行为涉及的问题众多，许多问题是以刑法的任务作为背景讨论的，有些和违法性的本质、行为无价值以及结果无价值等众多问题紧密关联。由于在这些问题上学术观点林立，要想对这些问题作出具有相当深度的研究并提出颇有见地的看法，必须以对刑法学的任务、违法性的本质深入认识为前提。本人能力有限、刑法学基

本理论积淀尚不够，对于其中不少问题的研究常有心有余而力不足之感。书中错讹、不当之处，欢迎方家批评、指正！

目 录

第一章 实行行为概论	1
第一节 刑法分则条文的立法模式	1
一、概述	1
二、我国刑法分则条文规定模式的不同理解	3
三、通说观点的论证	7
第二节 实行行为的概念与特征	13
一、实行行为的概念	13
二、实行行为的特征	21
第三节 实行行为的地位与机能	25
一、实行行为的地位	25
二、实行行为的机能	28
第二章 实行行为本体论	35
第一节 实行行为的本质	35
一、实行行为本质的涵义	35
二、“危险”判断的学说与判例	37
三、“危险”判断标准的论证	61
四、“现实危险性”的内涵	67
第二节 实行行为的构造	70
一、实行行为的客观构造	70
二、实行行为的主观构造	73
第三节 实行行为的分类	75
一、单一的实行行为与复合的实行行为	75

二、直接的实行行为与间接的实行行为	77
三、单独的实行行为与共同的实行行为	79
四、普通的实行行为与拟制的实行行为	81
五、作为的实行行为与不作为的实行行为	84
六、故意的实行行为与过失的实行行为	86
 第三章 实行行为特殊形态论	90
第一节 不作为犯的实行行为：以等价值为中心	90
一、不作为犯概述	90
二、作为义务的根据和范围	92
三、国外等价值理论及判例	96
四、我国承认等价值的必要性及其判断	110
第二节 间接正犯的实行行为	120
一、间接正犯概述	120
二、国外的学说与判例	122
三、我国刑法理论的认识	141
四、“被利用行为说”之论证	143
第三节 原因自由行为的实行行为	148
一、原因自由行为概述	148
二、学说与判例	153
三、原因自由行为实行行为之再认识	174
第四节 共同犯罪中的实行行为	180
一、共同犯罪立法概述	180
二、共同犯罪中实行行为的内涵	184
三、共同实行行为的类型	194
四、共同实行行为的法律特征	197
五、共同实行行为中的特殊问题	200
 第四章 实行行为的着手	215
第一节 实行着手概述	215

一、实行着手的概念	215
二、实行着手的立法例	217
第二节 着手的学说与判例	217
一、国外的学说与判例	217
二、我国学者的观点	241
三、我的认识	245
第三节 着手的特殊问题	257
一、隔离犯的着手	257
二、不作为犯的着手	261
三、复行为犯的着手	263
 第五章 实行行为的其他问题	267
第一节 实行行为的认定	267
一、实行行为与预备行为的区别	267
二、实行行为与帮助行为的界限	272
第二节 实行行为与相关概念	281
一、实行行为与构成行为	281
二、实行行为与正犯	283
 主要参考文献	290
 后记	303

第一章 实行行为概论

“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念，我们便不能清楚地和理智地思考法律问题。”^①科学界定实行行为的概念是研究实行行为的逻辑前提。

在我国刑法理论上，有关实行行为概念可以说是一个没有太大争议的问题。很长时期以来，学者们都认为，实行行为是指符合刑法分则规定的某种具体犯罪构成要件的行为。^②这种对实行行为概念的界定实际上暗含着这样一个逻辑前提，即我国的刑法分则是以实行行为为模式而构建的。那么，我国的刑法分则是否以实行行为为模式而构建？这一问题的回答直接关系到对实行行为概念的认识。本书将从此导入。

第一节 刑法分则条文的立法模式

一、概述

刑法是规定犯罪与刑罚的法律。为了保障人权、维护刑法的安定性，自近代以来，刑法只关注人的行为，不再处罚单纯的思想。刑法之所以要将某种行为规定为犯罪，根本原因就在于该行为破坏

① 参见〔美〕E·博登海默著，邓正来译：《法理学 法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第486页。

② 参见高铭喧主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第173—174页。

了人类生活的基本规范，侵害了人们生活的基本利益。那么，刑法究竟应当将什么样的行为规定为犯罪，刑罚的处罚范围究竟应当控制在何种限度内？这便是刑罚的处罚范围问题。由于世界各国法律文化传统不同，立法者的认识存在差异，刑法对行为的处罚范围的规定也不尽相同。

在大陆法系的近现代刑法中，虽然刑法的处罚范围不再局限于既遂犯是其刑事立法的特色之一，但正如“处罚故意犯是原则，处罚过失犯是例外”一样，多数国家的刑法也只是在例外的场合才处罚未遂犯，而对于预备犯原则上不予处罚。在立法者看来，预备行为的犯罪内容不足，行为本身也缺乏定型性，实践中犯罪意思的证明极其困难，而且，不处罚预备行为也有利于为行为人搭建迷途知返的黄金桥，所以，只有当预备行为侵犯了刑法保护的重要利益或者其本身极具危险性时，才有必要作为犯罪给予处罚。^①而对于需要处罚的预备行为，从德、日等大陆法系国家或地区的刑事立法的一般做法看，并非是在刑法总则中规定，而是由刑法分则特别设定。也就是说，如果立法者认为某种特定犯罪的预备行为需要处罚，就在刑法分则条文中规定其行为特征，作为一种特定的犯罪，即预备罪加以处罚。对于刑法分则条文没有明文规定的预备行为，则不能追究刑事责任。未遂犯的处罚，同样需要刑法分则的特别规定。如果立法者认为某一犯罪的未遂需要处罚，就在该罪条文中专门设置条款，明确写明“某种犯罪的未遂，应当处罚”。如果没有处罚未遂的专门条款，该罪的未遂就不处罚。

在大陆法系的这种立法体例下，刑法分则条文规定的犯罪实际上都是以既遂为模式。并且由于共同犯罪是由刑法总则规定的，所以，其刑法分则条文还是以单独犯的既遂为模式建立的。刑法分则条文规定的犯罪行为类型既然原则上不包括犯罪的预备行为和共同犯罪行为，所以，刑法分则条文设置的行为模式自然也只能是实行

^① 参见沈鸿年著：《刑法上预备罪》，台湾“中国文化大学”出版部1986年版，第24—25页。

行为，而不包括犯罪的预备行为以及共同犯罪的行为。

与大陆法的立法思想不同，我国向来强调刑法的预防机能，认为犯罪的预备行为虽然没有造成现实的社会危害，但行为人主观上毕竟具有明确的犯罪意图，客观上实施了为实行犯罪准备工具、创造条件的行为，具有造成社会危害的危险性，对我国刑法保护的社会关系造成了威胁，为了防患于未然，犯罪的预备行为原则上都应当加以处罚。虽然立法上处罚预备犯的一般原则与司法实践中的具体犯罪的预备行为是否都实际追究了刑事责任并非是一回事，^①但是，这种原则上处罚预备犯（包括未遂犯）的立法模式却影响到了学者对我国刑法分则条文构建模式的理解。

二、我国刑法分则条文规定模式的不同理解

在我国刑法理论上，除必要共犯外，刑法分则是以单独犯为模式构建的并不存在争议。不同看法主要集中在我国刑法分则究竟是以既遂为模式建立的，还是以犯罪成立为模式建立的？对此，有两种观点的对立。

（一）“犯罪既遂模式说”

“犯罪既遂模式说”认为，我国刑法分则条文是以犯罪的既遂为模式规定的，而且（除必要共犯外）还是以单独犯的既遂为模式规定的。刑法分则条文规定的构成要件，只是既遂犯的构成要件，分则条文罪状设置的法定刑只是既遂犯的法定刑，包括犯罪未遂、犯罪预备和犯罪中止在内的犯罪未完成形态是通过刑法总则条款规定而获得处罚根据的。与我国刑法分则体系的设定模式相适应，我国刑法规定的犯罪构成分为基本的犯罪构成和修正的犯罪构成。单独的既遂犯符合的是由我国刑法分则条文规定的基本的犯罪构成，而共同犯罪、未遂犯、中止犯以及预备犯符合的是我国刑法规定的修正的犯罪构成，修正犯罪构成的内容需要根据刑法总则和

^① 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第433页。