

复行为犯研究

FUXINGWEIFAN

YANJIU

王明辉◎著



BOSHI LUNWEN JICUI
博士论文集萃



中国人民公安大学出版社

复行为犯研究

王明辉 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

复行为犯研究/王明辉著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 7
(博士论文集萃)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 143 - 5

I. 复… II. 王… III. 刑事犯罪—研究 IV. D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 090665 号

复行为犯研究

FUXINGWEIFAN YANJIU

王明辉 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2008 年 7 月第 1 版

印 次: 2008 年 7 月第 1 次

印 张: 17.25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 265 千字

ISBN 978 - 7 - 81139 - 143 - 5/D · 127

定 价: 42.00 元

网 址: www.phcpps.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpps.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

序

王明辉博士的《复行为犯研究》一书是在其同名博士论文的基础上修订而成的。王明辉的同名硕士论文曾经得到我的赏识，并在我所主编的《刑事法评论》第4卷（中国政法大学出版社1999年版）发表，其博士论文我也参加过评审。由于存在这样一段学术上的交往关系，因此王明辉在该书即将付梓之际，向我求序，我慨然允之。

复行为犯，又称为二行为犯，是实行行为论中的一个概念。在我国传统刑法教科书中并无复行为犯的概念，更遑论对于复行为犯的深入研究。我国刑法学界较早提出复行为犯概念的是熊选国，熊选国在其《刑法中的行为论》的博士论文中，在论及构成要件的行为单数时指出：

复行为犯是指一个独立的构成要件中包含了数个实行行为的犯罪。例如上述强奸罪，此外还有抢劫罪、受贿罪等。这些犯罪中的两个实行行为之间，由于往往具有手段（如暴力、威胁等强制行为）与目的（奸淫行为、劫取财物行为）等关系。因此，刑法将其两个单纯的行为，熔合成刑法意义上的一个行为，视为一个构成要件行为。^①

^①参见熊选国：《刑法中行为论》，人民法院出版社1992年版，第297页。

复行为犯是自然意义上的行为复数而构成要件意义上的行为单数。因此，熊选国是在实行行为的单复数的意义上论及复行为犯的。应该说，行为的单复数只是复行为犯的一个视角。在更为重要的意义上说，复行为犯是犯罪的一种特殊形态或者类型。王明辉正是立足于复行为犯的这一特征，对复行为犯展开深入理论研究的。从硕士论文到博士论文，王明辉着力于同一问题进行深入开掘，摆在我们面前的《复行为犯研究》这一专著可以说是王明辉在长达近10年的时间里，对复行为犯这一犯罪类型进行理论研究的最终成果。王明辉这种持之以恒的学术追求精神，是值得充分肯定的。

从王明辉这本书的内容来看，可以说对复行为犯的研究达到了相当的理论深度。本书以行为理论作为复行为犯研究的逻辑起点，进而讨论行为单复的问题。因为行为单复是复行为犯的本体论与形态论，几乎涉及复行为犯的构成以及各种复杂形态。尤其是在本书中，增补了复行为犯的个罪研析的内容，建构了一个总论与各论相结合的复行为犯的理论体系，令人叹为观止。

王明辉关于复行为犯的研究，是刑法理论研究的一个样本，对后来者具有启发意义。刑法本身是一个庞大的理论体系，在初入刑法之门时，要对刑法的全貌有一个初步的掌握，否则就会陷入盲人摸象的尴尬。但一个人的学术精力与能力是有限的，一口吃不成一个胖子，因而我们又要在刑法学体系中找到一个点，采用一种小题大作的方式，不断地将刑法理论研究深入下去。小题大作作为一种学位论文的选题方法，历来是我所倡导的。在某种意义上也可以说，博士论文选题的大小足以反映一个学人刑法理论研究的水平。如上所引熊选国的博士论文题目是“刑法中的行为论”，这基本上是刑法教科书中的二级标题，其一级标题是犯罪客观方面。熊选国是1991年获法学博士学位的，这一题目相对于我在1988年《共同犯罪论》的博士论文选题，已经深入一步了。因为共同犯罪是刑法教科书中的一级标题。经过十多年的刑法理论发展，王明辉的博士论文选题为“复行为犯研究”，而复行为犯几乎是达到了四级标题甚至五级标题的程度，表明我国刑法理论研究这些年来的快速进展。在十多年前，复行为犯的概念闻所未闻，怎么可能以此作为博士论文的选题呢？因此，复行为犯是一个小题，这当然没有争议。但仅是小题还不够，关键在于能否

“大作”。如果小题只是“小作”，未能深入，那仍然是失败的。这里所谓“大作”，是以小见大之“大”。因为复行为犯虽然只是刑法学中的一个概念，但它实际上包含了刑法学的所有内容。只有深入进去才能豁然开朗。从王明辉关于复行为犯的研究成果来看，我以为是达到了“别有洞天”的学术效果。我认为，本书是建立在王明辉对刑法学的整体性、体系性的知识结构基础之上的。因为复行为犯是一个“麻雀虽小五脏俱全”的题目。作为一篇优秀的博士论文，要从复行为犯这个小题中展示作者刑法学的全部学识与学养，这是十分不容易的。但王明辉做到了，可谓难能可贵。

刑法学的知识体系是由一个个概念构成的，而复行为犯就是这样一个概念，它虽然小但又十分重要。复行为犯是对某种刑法规定的犯罪现象的理论概括，对于我们正确地理解刑法所规定的犯罪现象是极为有用的一种工具性概念。正是这样一些概念的积累形成了刑法理论的话语体系，也形成了刑法学科的专业槽。对于像复行为犯这样一些概念进行深入研究，也就是为刑法学专业槽添砖加瓦。因此，王明辉所做的学术努力，对于刑法学科建设自有功在。

吉林大学法学院刑法学科历来注重对刑法学中的一些犯罪形态进行研究。吴振兴教授曾经主编了《犯罪形态研究系列》，本人受邀忝列副总主编。该系列出版了一批吉大法学院的刑法学博士论文，形成了自己的独特风格，成为我国刑法学理论研究中具有特色的学术成果。现在，王明辉的《复行为犯研究》又为这一犯罪形态的系列研究增添了新著，令人高兴。

王明辉从吉林大学法学院硕士毕业以后在中国刑警学院任教，在职又完成了博士学业，终于以《复行为犯研究》的博士论文获得了博士学位。作为一名年青的刑法学人，王明辉还有很长一段学术道路要走，我相信会走得很远……

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年6月27日

序 二

王明辉同学的《复行为犯研究》是在其博士论文的基础上，经过增删尔后形成的。他的博士学位是在吉林大学取得，但我并不是他的指导教师。在其博士论文的写作期间乃至答辩后的论文修改过程中，我确曾提出一些建设性意见，这不仅因为我们之间个人关系较好，还因为我对复行为犯问题的研究颇感兴趣，并在20世纪90年代发表过一篇小文章。这也算应其所邀，命笔作序的一个原由吧。

众所周知，行为是犯罪构成的核心要素。无行为即无犯罪是刑法中的一个基石性原则。复行为犯客观行为的复数性特征使其在各种问题的展现上，与单行为犯相比必然具有很多复杂之处。目前的国内刑法学界，鲜有对复行为犯相关理论问题进行系统梳理和研究的论著。《复行为犯研究》这本书通过对复行为犯的系统、深入地研究，在一定程度上深化了理论上对这种特殊形态的认识，也有助于实践中对复行为犯罪的合理认定，具有较高的学术和实践价值，特别是其学术价值更是不言而喻。

复行为犯的特殊之处源于其行为的复合性。对于刑法中行为的界定是理论得以展开的基础。本书作者通过对国内外主要行为理论的介评，主张在中国刑法中没必要提出裸的行为概念，将对作为刑法评价对象的行为资格的探讨，融入对危害行为的考察之中。同时，基于规范观及自然观的双重视角，采纳了这样一种危害行为的概念，即基于人的意识实施的客观上侵犯法益的身体活动。进而通过对实行行为、非实行行为以及构成行为这三种行为类型特点的分析和比较，作者主张实行行为由于具有规范性、类型性和具体性的特点，应是对复行为犯中行为单复进行判断的基础范畴。

对行为单复的判断本是德国刑法竞合论中的一个核心理论问题，一直存在自然的行为单数、法的行为单数等相关概念。这些概念对复行为犯中行为单复的判断具有重要的借鉴价值。本书作者敏锐地观察

到,行为单复的判断必须通过自然和规范两个层面的层级性考量才能提出合理清晰的界定标准。而犯意、法益、动作、行为对象、时间及场所等均是界定行为单复时需要考量的主要元素。基于这些思考,作者将刑法中的行为单数分为自然的行为单数和构成的行为单数。其中,构成的行为单数又分为预设的构成一行为和概括的构成一行为。由于复行为犯中的行为单复是从规范层面所进行的类型性思考,行为复数是在单一构成行为内部的考察,所以将复杂的构成一行为作为建立复行为犯概念的基础范畴。

目前在刑法理论上存在几种不同的复行为犯概念,这些概念的不同界定,反映出对复行为犯存在范围的不同理解。本书作者结合刑法分则中复行为犯的存在样态,将复行为犯界定为刑法分则规定的,在实行行为中包含数个异质且不独立成罪的行为的犯罪。并且在这一概念的基础上对复行为犯进行了分类,这些分类有助于对不同的复行为犯罪进行深入研究。在本人看来,在各种复行为犯类型中,牵连型复行为犯和非牵连型复行为犯、紧密型复行为犯和松散型复行为犯、绝对型复行为犯和相对型复行为犯是最具研究价值的的几种类型。

通过对复行为犯基础问题和本体问题的展开,本书作者进而对复行为犯的犯罪停止形态、共犯形态以及罪数形态中所存在的重点问题进行了探讨。在停止形态部分,作者主要针对紧密型复行为犯和松散型复行为犯这一分类,基于实质客观说的立场认为紧密型复行为犯复数行为中的第一个行为本身对于刑法所保护的客体还不会造成紧迫的危险,只有开始实施第二个行为,才能认定为整个实行行为的着手。对于松散型复行为犯而言,由于第一个行为本身就具有了侵害法益的紧迫危险,只要行为人开始实施第一个行为就成立实行着手。在复行为犯的结果加重犯问题上,作者认为可表现为两种情形:一种情形是复合行为中的一个行为导致了加重结果,而另一个行为却没有导致基本结果;另一种情形是一个行为导致了基本结果,而另一个行为却没有导致所希望的加重结果。在复行为犯的承继共同正犯问题上,基于“成立上的一体性,处罚上的个别性”原则,认为后续者不应对先行者所导致的加重结果承担责任。在罪数形态部分,作者认为复行为犯罪可以成立想像竞合犯,但多数表现为复行为犯与另一单行为犯之间的竞合。

在复行为犯的辨识论部分，本书作者根据义务犯与能力犯之间的区别，认为无身份者与有身份者只能成为属于能力犯的复行为犯罪的共同实行犯。进而基于复行为犯在客观行为结构上的复数特征，认为复行为犯的间接正犯可以表现为以下两种情形：一是利用者没有直接参与任何实行行为，被利用人直接实施了实行行为中的全部行为；二是利用者直接参与了部分实行行为，被利用人直接实施了其余部分实行行为。通过对于真正亲手犯与不真正亲手犯之间界限的分析，提出复行为犯罪中的强奸罪和受贿罪均属于不真正亲手犯。由于刑法中的某些犯罪形态在不同层面、不同观念上也会表现出数个行为的特征，本书作者对复行为犯与结合犯、集合犯、接续犯、短缩的二行为犯以及牵连犯等形态之间的界限也进行了分析。

复行为犯的研究价值不仅在于丰富刑法理论，亦在于能为实践提供一定的助益。本书的另一个理论贡献就体现为能够结合刑法中的几个具体的复行为犯罪，围绕个罪的主要特征及认定问题展开了一定的论述，对实践具有一定的指导意义。

吴振兴

2008年7月2日于武大珞珈山

目 录

引 言	(1)
第一章 前提性范畴界定	(4)
第一节 行为理论演绎	(5)
第二节 危害行为的类型	(26)
第三节 复行为犯立论基础之一——实行行为	(36)
第二章 行为单复的判断	(39)
第一节 行为单复理论的提出	(40)
第二节 行为单复理论介评	(45)
第三节 行为单复的界定	(52)
第四节 行为单数的分类	(62)
第五节 复行为犯立论基础之二——复杂的构成一行为 ...	(68)
第三章 复行为犯之本体论	(71)
第一节 复行为犯的概念	(72)
第二节 复行为犯的类型	(81)
第三节 复行为犯的特征	(87)
第四章 复行为犯之形态论	(105)
第一节 复行为犯之停止形态	(106)
第二节 复行为犯之共犯形态	(123)
第三节 复行为犯之罪数形态	(132)

第五章 复行为犯之辨识论	(138)
第一节 复行为犯之特殊存在样态考察	(139)
第二节 复行为犯与其他犯罪形态之界限分析	(152)
第三节 疑似复行为犯辨析	(165)
第六章 复行为犯之个罪研析	(175)
第一节 抢劫罪	(176)
第二节 敲诈勒索罪	(207)
第三节 强奸罪	(214)
第四节 强制猥亵、侮辱妇女罪	(226)
第五节 受贿罪	(234)
第六节 强迫交易罪	(245)
第七节 诬告陷害罪	(249)
第八节 高利转贷罪	(251)
结 论	(255)
参考文献	(258)
后 记	(263)

리 형

复行为犯, 又称复杂行为犯, 多行为犯, 是指刑法分则规定的, 在实行行为中包含数个异质且不独立成罪的行为的犯罪。

无行为, 即无犯罪, 已成为刑法之基石性原则。基于其所具有的诸种功能, 刑法中行为在今日已成为犯罪论体系建立及发展的基本范畴。作为犯罪客观方面的核心要素, 不但实行行为的内涵对犯罪的性质有决定性意义, 而且实行行为内部行为的复杂性对于所涉相关犯罪形态的影响也不容忽视, 无论是大陆法系, 还是国内刑法理论界, 对于复数行为的研究都离不开客观实行行为这一基础。

刑法中行为既有质的要求, 亦可有数的划分, 行为单复理论是刑法中一个非常复杂的问题, 理论上为此也提出了各种学说。复行为犯的最本质特征就在于实行行为内含行为的复数性, 因此, 复行为犯的研究也必须立足于行为单复理论, 可以说复行为犯的提出就源于刑法中对行为数目的划分。当然, 复行为犯作为一种特殊的犯罪形态, 除了在客观行为上具有复数性特征之外, 由行为的复数性特征所影响的犯罪构成其他方面的特征也需要引起我们的关注。刑法中的行为, 观察时, 在数目划分上会有不同的结论, 有的用自然观念来看是数行为, 从法律观念上考察却为一行为。大陆法系刑法对于行为的研究已经相当成熟, 且在行为单复理论方面也形成了诸多观点。反观我国刑法, 对于行为本身的研究尚不成熟, 至于对行为数目问题的探讨则更是鲜而有之。国内有些刑法学者早已意识到有关犯罪在实行行为方面的复数性特征, 并展开了一定程度的理论研究。如有的把行为单数做单纯的行为单数和构成要件的行为单数之分, 进而认为复行为犯是属于构成要件的行为单数, 而非单纯的行为单数。^① 有的学者对刑法中的复杂危害行为进行了较为深入的研究, 将复行为犯分为紧密整体型与松散整体型两种, 并对复合行为的着手与未遂问题进行了较深入的探讨。^② 但是, 国内关于复行为犯的研究也仅停留在这个层次, 从复行为犯的概念、构成、类型乃至认定的整体上来把握, 这种特殊犯罪形态的研究仍很有限。

在大陆法系, 有的将复行为犯归于包括的一罪, 这样复行为犯便

① 熊选国:《刑法中行为论》, 人民法院出版社, 1992年版, 第296~297页。

② 吴振兴:《刑法中的复合行为》,《法学》, 1992年第11期, 第31页。

同结合犯、常业犯、继续犯、接续犯等一起区别于纯粹的一罪，也就是有别于客观行为不具有复数性的犯罪。^①可见在大陆法系，复行为犯与罪数问题是有密切关系的，这也是由于行为的单复本身就会带来罪数判断上的复杂性之故，因此，对复行为犯的研究对罪数理论也会有所推动。

综上所述，大陆法系与国内刑法学界对于复行为犯的研究，或者侧重于在犯罪形态的分类上进行提及，或者在行为的单复数部分进行探讨，但都未将复行为犯作为一个特殊的犯罪形态进行必要的系统研究，而这种系统研究对于刑法的理论与实践不无意义。本书立足于我国现行刑法的规定，在对有关刑法中行为概念先行界定的基础上，以行为单复的判断为前提，对复行为犯之本体、形态、辨识等几方面内容做了较为全面深入的研究，并对一些复行为犯个罪的特征及认定进行了分析。希望能对丰富和深化刑法理论，以及指导司法实践有所裨益。

^① 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》，北京大学出版社，1984年版，第460页。

第一章

前提性范畴界定

犯罪是一种行为。迄今为止,行为是犯罪的核心要素这一观点一直在刑法学界占据主流地位。复行为犯的复杂特点源自刑法中行为的复数性特征,所以对于中外刑法中各种行为概念的梳理和评价是本书得以展开的基础性工作。此外,作为对复行为犯进行系统研究的前提之一,本书必须对作为其理论基础的刑法中的行为种类进行清晰的分析 and 界定。在此基础上,再进一步明确复行为的划分所赖以存在的行为类型。

第一节 行为理论演绎

在国外刑法中,对于行为理论的研究起步很早,并且行为理论的演绎过程与自然科学及社会科学的发展状况有很大关系。同时,国外行为理论发展的相对成熟和行为与犯罪成立条件体系之间的各种复杂关系也有很大关联,关于行为在刑法中的功能和地位也出现了很多不同的观点和论争。在中国刑法中,学界对于刑法中行为作为犯罪的核心要素这一点并无异议,但是对于刑法中行为的研究远不及国外刑法来得热烈和成熟。这种研究状况的差异可能与中外刑法中犯罪成立条件体系的不同特点有关。但是,基于行为在刑法中所扮演的核心角色,我们理应给予行为理论更多的关注。

一、行为概念的功能

国外刑法对于行为的研究,往往根基于对刑法中行为概念所应发挥的功能的关注。所以以下我们有必要先介绍一下刑法中行为概念所能承载的几个基本功能。刑法中行为理论的演绎过程也是一个对理想的行为概念的追寻过程。在这一追寻过程中,我们不断要关照到刑法机能的现实需要,这种关照也是围绕着行为概念应该发挥的诸种功能进行的。因为刑法学者们一直认为,一个理想的行为概念应该是对行为的诸种功能都能给予合理关照的范畴。需要指出的是,对于行为概念功能的探讨更多来自于国外的刑法理论,国内刑法学界对行为概念功能的表述一般只是对国外刑法中行为概念功能诸多观点的直接转

达。按照刑法理论的一般观点,刑法中的行为概念通常被赋予了以下几方面的功能。

(一) 统一功能

统一功能也被描述为分类功能。这一功能强调,刑法中的行为概念应该在逻辑上为刑法所惩罚的所有客观身体动静提供一个上位概念。^①这一行为概念能够统一刑法中的故意行为和过失行为、作为犯和不作为犯等所有可罚的犯罪样态。刑法中行为概念的这一功能虽然是在国外刑法中概括出来的,但是对我国刑法也当然适用。因为不同国别的刑法虽然在犯罪成立条件体系上有着不同程度的差别,但是就刑法所调整的客观犯罪样态来说,基本上具有很大的共通性。

(二) 结合功能

结合功能又称为连接功能。这一功能是指行为应当能够将犯罪评价的各个不同阶段连接起来。^②行为应当出现在犯罪构造的每个阶段,并通过增加犯罪评价的不同内容,使得行为的犯罪特征更加具体明确。为此,行为能够成为贯穿整个犯罪体系的支点。按照行为的结合功能,行为概念应当是中性的,其中不允许存在后面任一评价阶段所关注的犯罪属性。通过以上分析可以得见,行为的连接功能实际上就是其体系化功能。在国外刑法,尤其是大陆法系刑法中,犯罪论体系表现出的是层级式特征,对行为的评价是通过从抽象到具体,从一般到特殊的模式进行的。所以行为概念的连接功能体现得比较鲜明。在中国刑法中,犯罪论体系表现出的是平面整合式的特征,不像大陆法系那样层次清晰地通过逐级增加评价的内容而使犯罪特性逐渐明朗化,所以行为概念的连接功能似乎体现得不如大陆法系刑法那样明显,至少在国内刑法理论界少有人论及。

(三) 界限功能

界限功能又称区别功能、排除功能。作为刑法评价的客体,刑法中行为应当不包含那些从一开始就与行为构成变化特性无关的、在刑法评价中不能考虑的事物。这些事物包括动物导致的损害、法人的动

① [德] 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社,2005年版,第147页。

② 李海东:《刑法原理入门》,法律出版社,1998年版,第24页。