

史卫忠 / 著

# 行为犯 研究



刑事法文库 (7)

Library of Criminal Jurisprudence

文库主编 / 陈兴良

中国方正出版社

史卫忠 / 著

# 行为犯研究

刑事法文库 (7)

Library of Criminal Jurisprudence

文库主编 / 陈兴良

中国方正出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

行为犯研究/史卫忠著. —北京: 中国方正出版社, 2002

I. 行… II. 史… III. 刑事犯罪—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 083122 号

刑事法文库

**行为犯研究**

史卫忠 著

---

**责任编辑:** 王相国

**责任校对:** 张 蓉

**责任印制:** 郑 新

---

**出版发行:** 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 83085204 出版部: (010) 66510958

网址: [www. bj114. com. cn](http://www.bj114.com.cn)

责编 E-mail: [WXG@FZPress. com](mailto:WXG@FZPress.com)

**经 销:** 新华书店

**印 刷:** 北京地质印刷厂

---

**开 本:** 850×1168 毫米 1/32 开

**印 张:** 6.75

**字 数:** 156 千字

**版 次:** 2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

---

ISBN 7-80107-615-X

定价: 13.00 元

---

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)



刑事法文库

编辑宗旨

写作虽然是一个个体化的行为，学术却是一项共同的事业。只有形成一个学术共同体，理论才会发展。刑事法理论的繁荣，同样需要这样一个学术共同体。刑事法文库，将为这一学术共同体的建构竭尽全力。

Library of Criminal Jurisprudence

# 『刑事法文库』



## 序

随着刑事法治的发展，我国刑事法理论如何适应法治建设的现实需要，提升刑事法的学术水准，成为刑事法学界面临的一个重大课题。在这种情况下，刑事法文库怀着强烈的使命感正式问世。刑事法文库由北京大学刑事法理论研究所主办，并由我担任主编。

刑事法文库由陆续推出的一系列著作构成，力图成为一个展示刑事法理论前沿性研究成果的窗口。刑事法文库的范围，包括刑事法各学科，即刑法、刑事诉讼法、犯罪学、监狱法等。收入刑事法文库的著作，我们期望是代表刑事法某个领域的思想性与学术性兼备的专著。前些年，我国刑事法理论研究取得了重要的进展，尤其是刑法和刑事诉讼法这两个刑事法

的基础学科出版了一系列令人瞩目的论著。当然，以往的刑事法理论研究也还存在某些未尽人意之处。在我看来，刑事法理论研究需要从以下三个方面加以突破：一是思想性。刑事法理论，无论是规范刑事法学还是理论刑事法学，都应当进一步强调思想性。这里的思想性，是指刑事法理论不仅要关注法条及其适用，关注理论及其论证，更应当关注刑事法理论的社会人文关怀，反映现实社会的法治要求，以推进我国刑事法治建设为使命。二是学术性。刑事法理论应当建构基石范畴与核心命题，并形成基本原理。只有这样，刑事法理论才能自命为一种学术，而不至于沦为对法条的机械诠释。三是规范性。对于刑事法理论的发展来说，规范性至关重要。以往的刑事法理论虽然聚讼纷纭，表面繁荣，但积淀的观点与形成的共识并不多，因而过眼云烟式的论著为数不少。在此关键是要在刑事法理论研究中引入学术规范，形成规范刑事法学与理论刑事法学各自的语境。只有在此基础上，才能使刑事法研究摆脱无谓的论争，一步步地推进。刑事法文库试图在上述三个方面有所建树，将思想性、学术性与规范性作为价值追求。

刑事法文库是一个开放性的书系，不仅出版我国学者在刑事法领域的力作，而

且收入刑事法的译著以及进行比较研究的专著，以每年 3—4 本的出书进度逐渐推出。写作虽然是一种个体化的行为，学术却是一项共同的事业。只有形成一个学术共同体，理论才能发展。刑事法理论的繁荣，同样需要这样一个学术共同体。刑事法文库，将为这一学术共同体的建构竭尽全力。

陈兴良

谨识于北京西郊稻香园寓所

2000 年 3 月 24 日



行为犯是大陆法系刑法学理论首先确立的一种犯罪类型。一般认为，行为犯，是与结果犯相对应而言的。行为犯以实行构成要件该当之一定行为，即成立既遂，不必以对法益构成侵害或者危险为内容；结果犯之犯罪构成以发生一定结果为要件，即其行为以对法益构成侵害或者危险为内容。结果犯又可分为实害犯和危险犯，前者以现实发生侵害法益为其处罚的根据，后者则以发生侵害一定法益的危险为处罚的根据。其中的危险犯因发生侵害的危险的内容不同，又分为具体危险犯和抽象危险犯。从构成要件应具备的要素上看，行为犯因不要求结果的出现，则不发生未遂问题，也不适用因果关系的判断。这些观点在大陆法系国家和地区刑法学理论中得到了普遍的承认，为多数学者所主张，而且，对英美法系国家一些学者也产生了一定的影响。但是，从各个学者对行为犯问题的论述看，仍然有着认识上的分

歧，如行为犯与抽象危险犯的关系、过失行为是否能够构成行为犯、行为犯是否存在未遂、行为犯与不作为犯的关系等等，甚至是否定行为犯的意见也是存在的。同时，相对于结果犯、危险犯，对于行为犯理论的研究是落后的，大都是在论述有关犯罪分类或者犯罪既遂形态时有所涉及，也没有进行充分、全面的论证。

我国大陆刑法理论关于行为犯问题的研究状况与大陆法系刑法学是相似的，许多论断也基本一致。近年来，随着我国刑法学研究的深入和刑法分则中行为犯条文的增加，对于行为犯问题的研究，也取得了一些新的发展，如不能将举动犯等同于行为犯、认为规定行为犯是为了更加有效及时地保护社会免受侵害等。但总体上看，尚缺乏系统、深入的专题性研究成果，行为犯问题的已有争论依然重复和继续，对行为犯问题研究的范围也很有限。应该说，关于行为犯理论的研究还是刑法学研究的一个十分薄弱的环节。这种状况是不适应刑法学发展趋势和行为犯立法、司法实务要求的。有鉴于此，我所指导的博士研究生史卫忠同志毅然决定选择“行为犯研究”作为自己博士学位论文题目，期望在这一课题上有所突破。这一选题具有十分重要的理论和实践意义，但又具有相当难度，因为国内外在这方面的资料都

很有限。题目确定后，他以勇于开拓的精神，迎难而上，认真钻研，深入思考，孜孜经年，按时完成了“行为犯研究”博士学位论文。论文在吸收前人研究成果的基础上，对行为犯的理论前提、大陆法系刑法学中行为犯理论、行为犯的概念和本质、行为犯的特征、行为犯的未遂以及行为犯与结果犯、危险犯、情节犯的关系等问题进行了比较全面、有理论深度的研究。全文紧紧围绕行为犯的重点问题和分歧之处展开分析，结构严谨，内容翔实，行文流畅，旁征博引，资料丰富，论证系统，不囿成见，大胆探索，颇具新意，表现出作者思想的开拓与创新。在论文答辩会上，与会专家对其给予了充分的肯定，认为“该论文是国内系统全面论述刑法中的行为犯的理论佳作。”

毕业后，史卫忠同志分配到最高人民检察院工作。此次他利用业务时间对论文作了一定的修订，并交付中国方正出版社出版。在论文即将付梓之际，作为他的导师，欣然应邀为序，向大家推荐这本书。当然，书中的某些见解未必尽善，但瑕不掩瑜，希望它的出版能够为繁荣我国刑法理论研究发挥出积极的作用。是为序。

马克昌

2002年9月22日于珞珈山

### 作者简介

---

史卫忠，男，1969年出生，河南省周口市人。1987年至1994年在郑州大学法律系学习，先后获法学学士、法学硕士学位。1994年考取武汉大学法学院刑法学博士研究生，1997年6月毕业，获法学博士学位，并分配至最高人民检察院工作，现任公诉厅起诉一处处长。曾主编、合著《生产、销售伪劣商品犯罪的定罪与量刑》、《刑法理论与司法认定问题研究》、《暴力犯罪论》、《中国暴力犯罪对策研究》、《刑法新罪名通论》、《妨害文物管理罪》、《刑事抗诉的理论与实务》等十余本论著，并在《中国法学》、《法学评论》、《法学家》、《中国刑事法杂志》等刊物公开发表学术论文40余篇。



# 录

|          |     |
|----------|-----|
| 绪 论..... | (1) |
|----------|-----|

|                   |     |
|-------------------|-----|
| 第一章 行为犯的理论前提..... | (3) |
|-------------------|-----|

|                  |     |
|------------------|-----|
| 第一节 刑法中的行为 ..... | (3) |
|------------------|-----|

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 一、刑法中行为概说 ..... | (3) |
|-----------------|-----|

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 二、危害行为与犯罪行为的<br>辨析 ..... | (7) |
|--------------------------|-----|

|                           |      |
|---------------------------|------|
| 三、犯罪行为的概念、特征和<br>分类 ..... | (11) |
|---------------------------|------|

|                  |      |
|------------------|------|
| 第二节 刑法中的结果 ..... | (18) |
|------------------|------|

|                  |      |
|------------------|------|
| 一、我国刑法中的结果 ..... | (18) |
|------------------|------|

|                    |      |
|--------------------|------|
| 二、我国刑法中的犯罪结果 ..... | (22) |
|--------------------|------|

|                     |      |
|---------------------|------|
| 三、非物质性犯罪结果的确立 ..... | (26) |
|---------------------|------|

|                 |      |
|-----------------|------|
| 四、可能结果的排除 ..... | (30) |
|-----------------|------|

|                                |      |
|--------------------------------|------|
| 第三节 犯罪行为 and 犯罪结果的<br>关系 ..... | (38) |
|--------------------------------|------|

- 一、犯罪行为 and 犯罪结果的  
各自独立性 ..... (39)
- 二、犯罪行为 and 犯罪结果的  
相互依附性 ..... (44)

## 第二章 大陆法系刑法学中行为犯 理论及其评价 ..... (47)

- 第一节 各国刑法学中行为犯理论  
价值的差异及趋同 ..... (47)
- 第二节 大陆法系中行为犯理论的  
概览 ..... (52)
- 第三节 大陆法系中行为犯理论的  
评价 ..... (58)
  - 一、理论前提中固有的矛盾 ..... (58)
  - 二、理论界定的行为犯范围  
有违刑法的谦抑性 ..... (61)
  - 三、理论称谓上的实质与形式的  
脱节 ..... (63)
  - 四、理论界限缺乏科学性 ..... (66)

## 第三章 行为犯的概念和本质 ..... (68)

- 第一节 行为否定论及其反思 ..... (68)
  - 一、行为否定论的见解 ..... (68)
  - 二、行为否定论的症结及其  
解决 ..... (72)
- 第二节 行为犯的界定标准 ..... (80)
  - 一、理论上界定行为犯的两  
种标准 ..... (80)

---

|                                  |       |
|----------------------------------|-------|
| 二、界定标准的权衡与选择 .....               | (82)  |
| 第三节 行为犯的概念 .....                 | (89)  |
| 一、我国学者关于行为犯概念<br>的不同认识 .....     | (89)  |
| 二、对上述不同认识的评价 .....               | (91)  |
| 三、笔者的见解 .....                    | (99)  |
| 第四节 行为犯的本质 .....                 | (101) |
| 一、资产阶级刑法理论关于行为犯<br>本质的观点述评 ..... | (101) |
| 二、行为犯本质的科学分析 .....               | (106) |
| <br>第四章 行为犯的特征.....              | (115) |
| 第一节 故意犯 .....                    | (115) |
| 一、行为犯与过失犯罪 .....                 | (115) |
| 二、行为犯故意的内容 .....                 | (123) |
| 第二节 实行行为的决定性 .....               | (135) |
| 一、行为犯实行行为决定性<br>的含义 .....        | (135) |
| 二、行为犯实行行为的差异性 ...                | (139) |
| 三、行为犯实行行为的基本<br>形式 .....         | (143) |
| 第三节 犯罪结果的或然性和<br>附属性 .....       | (151) |
| 一、行为犯的犯罪结果问题<br>概述 .....         | (151) |
| 二、对行为犯犯罪结果问题的<br>认识 .....        | (153) |

## 第五章 行为犯的未遂观和

关系论…………… (160)

第一节 行为犯的未遂观 …………… (160)

一、关于行为犯未遂问题上的

学说交锋…………… (160)

二、正确的行为犯未遂观 …………… (164)

第二节 行为犯的关系论 …………… (170)

一、行为犯与结果犯、危险犯 …………… (170)

二、行为犯与情节犯 …………… (172)

主要参考文献…………… (184)

### 附一：

史卫忠博士学位论文《行为犯研究》

答辩委员会决议…………… (190)

### 附二：

有关专家对史卫忠博士学位论文

《行为犯研究》的评价…………… (191)

后 记…………… (199)

## 绪 论

---

行为犯是为现代刑法理论所普遍接受的一种犯罪类型。笔者以此作为博士学位论文，系基于三方面的考虑：其一，行为犯在各国刑法规定中均占有一定的比重。特别是当今随着社会本位观念和社会防卫意识的加强，刑事立法由单纯重结果报应主义向着兼采行为预防思想的方向转换，有关行为犯的规定增多，甚至在一些国家还出现类似行为犯的过失犯罪。如何评价和解释这一犯罪类型，是摆在理论工作者面前的一个重要课题；其二，人们在行为犯的认识上存在着许多分歧，如在对其概念的表述、外延的框定、既未遂形态的确定、行为表现形式的划分等等方面上均不尽一致。这一定程度上影响到了行为犯与其他类型犯罪界限的区别以及在司法实践中正确地加以认定。因而，亟待进行一次分析、鉴别、总结工作，以最终达成对行为犯的科学共识；其三，目前，对于行为犯的研究很不充分。在已出版的大量刑法学专著和教科书中，仅在有关犯罪的分类或犯罪既遂形态章节中，对此加以简要分析；发表的无以计数的刑法学术论文，专门研究行为犯的只有寥寥几篇。而且，就研究的范围、程度来看，还很不全面、系统和深入，其中有些问题尚未涉及，十分有必要进一步拓宽、加强。有鉴于此，笔者出于对刑法学的挚爱之心以及繁荣刑

法学研究的责任之感，不揣浅陋，试图以此文引起人们对行为犯问题的重视和更进一步的研究，但愿它能对我国刑法学理论的发展有所益处。

但是，由于行为犯问题牵涉到对刑法学中一些基本范畴的认识，如犯罪结果的概念和表现、犯罪既未遂的意义与划分等，对此理论界有着一定的争议。而研究行为犯，不可能回避这些仍持续着的论争的挑战，这无形中为研究设置了许多障碍。因此，行文中时时有一种牵一发而动全身的感觉，惟恐出现与刑法学原理相悖之处。同时，由于资料的匮乏，加之作者学力不逮，本文中提出的观点及其论证也一定有许多不成熟、不完备之处。但笔者的确为之付出了大量心血，写作的过程中交织着难以言表的困惑与解脱、焦虑与喜悦之情。如果本文的研究能够为加深人们对行为犯的认识多多少少发挥些作用，那么，笔者将会感到莫大的欣慰和满足了。

本文对行为犯的研究只是初步的，具有探索的性质。所涉及的也仅是其中的几个基本问题，并没有囊括行为犯问题的全部内容。按当初的设想，是拟对行为犯与犯罪预备、中止、行为犯与罪数、我国行为犯的立法和司法以及某些具体行为犯的构成等方面再作些探讨的。无奈限于时间、精力、学识等诸多原因，不得不暂时割舍。最后，需着重指出的是，在本文的创作中，笔者参考和借鉴了刑法学得前辈和同仁的大量著述与见解，有的还进行了一定的评述。在此，深深地表示感谢；对其中的不当之处，还望多加谅解、并给予指教。