



南开大学法学院
学术文存

刑法中的 行为理论研究

Xingfa Zhong De
Xingwei Lilun Yanjiu

刘士心◇著



人民出版社



南开大学法学院
学术文存

刑法中的 行为理论研究

责任编辑:姜冬红

图书在版编目(CIP)数据

刑法中的行为理论研究/刘士心 著.

—北京:人民出版社,2012.3

ISBN 978-7-01-010689-2

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(2012)第 027031 号

刑法中的行为理论研究

XINGFA ZHONG DE XINGWEI LILUN YANJIU

刘士心 著

人民出版社 出版发行
(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:19

字数:440 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-010689-2 定价:40.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

目 录

第一章 刑法中的基础行为	(1)
第一节 基础行为概说	(2)
一、基础行为的概念	(2)
二、基础行为的理论功能	(9)
第二节 关于基础行为的学说与社会的因果行为论的 提出	(14)
一、因果行为论	(14)
二、目的行为论	(18)
三、社会行为论	(21)
四、人格行为论	(23)
五、否定行为论	(28)
六、社会的因果行为论的提出	(30)
第三节 基础行为的事实内容	(35)
一、社会的因果支配	(35)
二、主观的行为意思	(47)
第二章 构成要件中的危害行为	(60)
第一节 危害行为的违法本质	(60)
一、关于违法本质的主要观点	(61)

二、二元论和结果无价值论的对立	(66)
三、笔者的立场:二元论	(75)
四、对批评意见的商榷	(82)
第二节 危害行为的实质阻却事由——不能犯	(88)
一、不能犯的含义	(89)
二、不能犯的标准	(97)
三、不能犯的类型	(109)
第三节 危害行为的形态	(112)
一、危害行为的事实形态	(113)
二、危害行为的规范形态	(115)
三、危害行为的实施形态	(118)
第三章 故意犯罪的实行行为	(121)
第一节 实行行为与共犯行为的界限	(121)
一、中外刑法理论中的观点争论	(122)
二、犯罪支配标准的确立	(129)
三、犯罪支配标准的意义	(135)
第二节 实行行为的着手	(140)
一、大陆法系刑法理论中关于“着手”标准的争论	(141)
二、英美法系刑法理论中关于“着手”标准的争论	(145)
三、我国刑法理论中关于“着手”标准的争论	(152)
四、实际案件中“着手”的判断标准	(159)
第三节 实行行为的终了	(171)
一、中外刑法理论中实行终了的观点述评	(173)
二、实行终了的判断标准	(181)
三、放弃重复侵害行为的实行终了判断	(187)

第四章 过失行为	(192)
第一节 过失行为的概念	(192)
一、大陆法系刑法理论中过失行为概念的由来	(192)
二、我国刑法中过失行为概念的提出	(195)
三、过失行为的要素	(201)
第二节 过失行为的形式内容	(203)
一、注意义务的本质	(203)
二、预见的程度	(206)
三、注意义务与不作为犯罪中的作为义务的区别	(212)
四、注意义务的确定	(215)
第三节 过失行为的实质内容	(220)
一、不被允许的危害结果	(221)
二、不被允许的结果与阻却违法事由	(223)
三、违反规范与结果之间的因果关系	(228)
第四节 过失行为的特殊问题	(233)
一、过失竞合	(233)
二、承担过失与监督过失	(238)
第五章 持有行为	(243)
第一节 持有行为的概念	(243)
一、“持有行为”的由来	(243)
二、持有行为的界定	(245)
三、持有行为的特征	(255)
第二节 持有行为的属性	(261)
一、现有理论的争论	(262)
二、既有观点的评析	(267)

三、自说的提出	(275)
第三节 持有犯罪的立法价值	(281)
一、持有犯罪的立法根据	(281)
二、持有犯罪的价值平衡	(287)
第四节 持有犯罪的罪过形式与证明责任	(292)
一、持有犯罪的罪过形式	(292)
二、持有犯罪的证明责任	(299)
第五节 持有行为的特殊问题	(305)
一、持有行为与共犯	(305)
二、持有行为的罪数性质	(309)
三、持有行为与上下游犯罪之间的罪数关系	(312)
第六章 间接正犯	(317)
第一节 间接正犯的概念	(317)
一、间接正犯概说	(317)
二、间接正犯概念的由来	(321)
三、间接正犯的界定	(325)
第二节 间接正犯的本质	(331)
一、间接正犯的理论属性	(331)
二、间接正犯的正犯性	(334)
第三节 间接正犯的界限	(343)
一、间接正犯和教唆犯的区别	(343)
二、间接正犯和“片面共犯”的区别	(347)
三、间接正犯与其他行为形态的区别	(352)
第四节 工具行为的类型	(357)
一、中外刑法理论中工具行为类型的划分方式	(357)

二、我国刑法中工具行为的类型	(364)
第五节 工具行为的具体形态	(367)
一、不具有刑法意义的行为	(367)
二、缺乏犯罪客体的行为	(371)
三、不符合犯罪客观方面要件的行为	(373)
四、缺乏犯罪主体要件的行为	(376)
五、缺乏犯罪主观要件的行为	(386)
六、正犯性行为	(395)
第六节 利用者的行为	(404)
一、主观的犯罪意图	(404)
二、客观的支配行为	(407)
第七节 间接正犯的着手与终了	(410)
一、间接正犯的着手	(410)
二、间接正犯的终了	(423)
第八节 间接正犯的认识错误	(425)
一、间接正犯与狭义共犯的错误	(426)
二、被利用者中途知情	(433)
第九节 间接正犯的其他问题	(437)
一、间接正犯与罪数	(437)
二、间接正犯与共犯	(441)
三、被利用者的实施过限、不足与转化	(444)
四、利用者对被利用者利用支配关系的解除	(447)
五、非正犯间接行为	(450)
第七章 亲手犯	(453)
第一节 亲手犯的概念和类型	(453)

一、亲手犯的概念	(453)
二、亲手犯的类型	(458)
第二节 亲手犯的犯罪形态	(467)
一、亲手犯的形态概说	(467)
二、亲手犯的具体形态	(470)
第三节 亲手犯的共同正犯	(493)
一、亲手犯与共同正犯的成立	(493)
二、亲手犯与共同正犯的未遂形态	(495)
第八章 原因自由行为	(498)
第一节 原因自由行为的概念	(498)
一、原因自由行为概念的由来	(498)
二、原因自由行为概念的界定	(500)
三、原因自由行为与相关行为形态的区别	(506)
第二节 原因自由行为的结构与类型	(509)
一、原因自由行为的结构	(509)
二、原因自由行为的类型	(512)
第三节 原因自由行为的可罚性根据与我国刑法的 相关完善	(516)
一、原因自由行为的可罚性根据	(516)
二、我国刑法关于原因自由行为的立法完善	(524)
第四节 原因自由行为犯罪的认定	(529)
一、原因自由行为的着手	(529)
二、原因自由行为犯罪罪过形式的判断	(532)
第九章 危害行为的其它形态	(539)
第一节 复合行为	(539)

一、复合行为的概念和特征·····	(540)
二、复合行为的类型·····	(548)
三、复合行为中的两个特殊问题·····	(554)
第二节 对合行为·····	(560)
一、对合行为的概念与特征·····	(561)
二、对合行为的类型与处罚模式·····	(565)
三、对合行为处罚中的特殊问题·····	(568)
主要参考文献·····	(578)
后 记·····	(596)

第一章 刑法中的基础行为

现代刑法是“行为刑法”而不是“行为人刑法”，行为是构成犯罪的^①最基础、最核心的物质要素，无行为则无犯罪。在大陆法系刑法学中，犯罪是符合构成要件的、违法并且有责的行为；在英美刑法理论中，构成犯罪必须实施一定的作为或者不作为，不论普通法还是制定法，都是根据作为或不作为定义犯罪的。^②我国刑法学通说认为，犯罪是危害社会、触犯刑法、应受刑罚惩罚的行为。因此，行为的概念是各国公认的构建现代刑法犯罪论体系的基石和逻辑起点。

刑法语境下的“行为”与日常生活中所说的“行为”含义不同。在刑法理论中，“行为”的概念常常在不同意义上使用，其中主要有三种含义：^③第一，前构成要件的行为。这种“行为”外延最广，不仅包括可能构成犯罪的侵害法益的行为，还包括不构成犯罪的正当防卫行为、紧急避险行为等正当化行为。第二，构成要件内部的危害行为，即我国学者所说的犯罪构成客观方面要件中规定的

^① Wayne R. Lafave, *Criminal law* (fourth edition), West Group, 2003, p. 302.

^② 有时，“行为”也指不受人的意识和意志支配的身体动静，如不可抗力状态下的“行为”、无责任能力的精神病人实施的“行为”等。笔者认为这种行为不可能引起刑事责任的问题，不是刑法评价的对象，不属于犯罪论意义的行为范畴。

行为,其中又包括基本构成要件中的实行行为和修正构成要件中的预备行为、教唆行为、帮助行为等非实行行为。这些行为的共同特征是具有社会危害性。在犯罪论体系中,这种“行为”是与犯罪客体、犯罪主体、犯罪主观方面等要素相对分离的独立犯罪要素。第三,犯罪行为,即具备犯罪构成全部主客观要件的行为,其内容等同于完整的犯罪。这种意义的“行为”与“犯罪”同义,是整个犯罪的成立与认定问题,不是行为论的研究对象。刑法中行为理论研究的是前两种意义的行为。其中前构成要件的行为概念揭示行为的事实本质,是构成要件中“危害行为”概念赖以建立的基础。危害行为是对它进行价值过滤和规范限制以后得出的“下位概念”。这两种意义的行为概念含义不同,具有不同的体系地位和理论功能。为了指代的清楚和用语的一致,本书将前者称为“基础行为”,将后者称为“危害行为”。

第一节 基础行为概说

一、基础行为的概念

在大陆法系刑法理论中,关于是否应当在犯罪论体系中承认基础行为的概念,学者们有不同的见解。这一点,从他们设计出的不同犯罪论体系中就可以清楚地看出来。德日刑法理论中关于犯罪论体系的学说林立纷呈,就其所给予“行为”地位的不同,大体上可以分为两类:^①

1. 前构成要件行为论。即将行为作为犯罪成立的第一要件,

^① [日]野村稔著,全理其、何力译:《刑法总论》,法律出版社2001年3月版,第84页。

而将构成要件符合性、违法性和有责性等法律评价置于行为判断之后。如,德国学者罗克辛(Roxin)立足其人格行为的概念构建犯罪论体系,认为犯罪的成立需要具备四个要件,即行为——不法——有责——其他处罚条件。其中“不法”又包括不法构成要件符合性和违法性两个层次。^①日本学者野村稔认为犯罪成立要件体系包括三个层次,即行为——违法——责任。其中“违法”指“根据刑法规范该行为被判断为无价值并且被认为违法”,也包括了构成要件符合性的判断。^②韩国学者金日秀等人把犯罪成立条件分为行为——构成要件符合性——违法性——有责性——其他可罚条件五个层次。^③这类犯罪论体系,其内部不论如何设计和展开具体内容,都是把行为作为整个体系的起点,认为行为是先于构成要件评价的独立概念,在法律上是中性的,其功能是从一开始就将与犯罪构成要件无关、无须刑法评价的“行为”排除在刑法评价之外。日本学者小野清一郎将这种行为概念称为“裸的行为论”,大塚仁教授则将其称为“作为犯罪概念基底的行为”。^④

2. 构成要件行为论。即将构成要件作为犯罪论的起点,认为犯罪的成立需要具备构成要件符合性——违法性——有责性三个要件。这个体系最初由德国学者M·E 迈耶提出,后来产生广泛影响,成为大陆法系刑法理论中的通说。这种观点认为,行为的概念

① 许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年11月版,第160页。

② [日]野村稔著,全理其、何力译:《刑法总论》,法律出版社2001年3月版,第86—88页。

③ [韩]金日秀、徐辅鹤著,郑军男译:《韩国刑法总论》,武汉大学出版社2008年3月版,第97—98页。

④ [日]大塚仁著,冯军译:《犯罪论的基本问题》,中国政法大学出版社1993年5月版,第25页。

不应存在于犯罪构成要件之前,而应处于犯罪构成要件之中,行为只能是犯罪构成要件内部的要素。构成要件行为论反对前构成要件的行为概念,认为在罪刑法定的条件下,行为作为犯罪成立的核心要素,首先应当是符合构成要件的东西,脱离构成要件谈论纯粹的事实行为,是无用的逻辑操作,没有刑法意义。如,小野清一郎指出:“历来的行为论的通病,都在于把行为当成法律的构成要件的评价之前的东西来考虑的……刑法中的行为,总是给以构成要件的评价的行为,行为在构成要件的范围以内,并且必须作为其核心要素来讨论。与构成要件的评价无关的行为,在刑法中是完全没有意义的。”^①

上述第一类体系承认基础行为的概念,将其作为整个犯罪论的起点。如罗克辛指出:“行为的概念,相对于行为构成(即犯罪构成——引者注)、违法性和罪责而言,应当是中性的。它不允许把任何应该在后面评价阶段作为属性加入的因素纳入自身。”^②第二类体系则基本上否定基础行为的概念,直接从“构成要件行为”的意义上把握刑法中的行为概念。如小野清一郎就主张,刑法上的行为归根结底是“符合构成要件的行为”。^③持这种观点的人往往认为“行为理论之争讼,并无何实益可言,行为理论在刑法学上之价值似不必过分高估”^④,“行为这一概念本身并无太大

① [日]小野清一郎著,王泰译:《犯罪构成要件理论》,中国人民公安大学出版社2004年1月版,第80页。

② [德]克劳斯·罗克辛著,王世洲译:《德国刑法学总论》(第1卷),法律出版社2005年5月版,第147页。

③ [日]小野清一郎著,王泰译:《犯罪构成要件理论》,中国人民公安大学出版社2004年1月版,第84页。

④ 林山田著:《刑法通论》,(中国台湾)三民书局1986年2月版,第80页。

意义”。^①

我国的犯罪构成体系虽然与大陆法系的犯罪成立要件体系具有本质的不同,但是,关于行为概念与犯罪论的关系,我国学者中也存在类似的意见分歧。在我国刑法理论通说中,只有“危害行为”的概念而没有“行为”的一般概念。通说认为,危害行为是“在人的意志或者意识支配下实施的危害社会的身体动静”,^②危害行为是犯罪构成客观方面要件中的要素。由于我国犯罪构成客观方面要件的内容大体上相当于德日刑法犯罪成立要件中的构成要件符合性判断,因此,通说的主张与大陆法系中的构成要件行为论是一致的。我国传统观点也认为,把刑法中的行为作为犯罪构成要件前的一种事实判断实际意义并不大,只有符合刑法规定的行为才具有刑法价值。^③但是,近年越来越多的学者对通说提出了质疑,主张在犯罪构成体系之外构建独立的行为概念。有学者指出,我国传统刑法学混淆了行为论和犯罪论,导致两者的机能都无法实现,为了解决这个问题,有必要分离作为行为存在论的行为论和作为行为属性论的犯罪论,在刑法学中确立独立的行为论。^④还有的学者明确主张,“在犯罪构成评价之前设定一个相对精确的行为概念,从而将那些不重要的事实从刑法判断的对象之中排除

① [日]西田典之著,刘明祥、王昭五译:《日本刑法总论》,中国人民大学出版社2007年3月版,第60页。

② 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年1月版,第72页。

③ 熊选国著:《刑法中行为论》,人民法院出版社1992年11月版,第24页。

④ 王充:《中日犯罪论体系的比较与重构——以行为论与犯罪论的关系为视角》,载《中国法学》2006年第6期。

出去。”^①显然,这些观点与大陆法系将行为置于构成要件之前的理论是相通的。

日本学者大塚仁教授指出:“是否把‘行为’作为独立的犯罪成立要件,不只是关系到行为在犯罪论中的位置这种形式的区别,而且会导致对‘行为’内容的不同理解”。^②这一点,在我国学者对行为论的研究中表现得十分明显。通说将行为视为犯罪构成要件的要素,因此,通说中虽然不同学者对行为概念的文字表述有所不同,但是几乎无一例外地对行为概念作狭义的理解,并赋予行为“社会危害性”的属性,认为“刑法上的行为都是具有社会危害性的行为,即已经或者可能给社会造成危害后果的行为”,“如果一种行为在本质上是是不可能给社会造成危害的,刑法不可能把它规定为犯罪”。^③甚至还有学者认为行为应当具有违反刑法规范的形式违法特征。论者指出,由意思变成身体动静而表现于外部的行为,只有为刑法所关心的那一部分才能成为刑法意义上的危害行为,大陆法系刑法学中的各种行为学说的根本缺陷就在于脱离刑法规范而论行为。论者据此将危害行为定义为:“由行为人意志自由所支配的、客观上违反刑法禁止规范或命令规范的身体动静”。^④而

① 胡东飞:《犯罪构成视野中的行为概念——兼谈“犯罪”认定中的观念指导》,载《中国刑事法杂志》2002年第5期。

② [日]大塚仁著,冯军译:《犯罪论的基本问题》,中国政法大学出版社1993年5月版,第24页。

③ 高铭暄主编:《刑法学原理》(第一卷),中国人民大学出版社1993年12月版,第527页。

④ 肖中华:《论刑法中危害行为的概念》,载《法律科学》1996年第5期。相同的观点还见熊选国著:《刑法中行为论》,人民法院出版社1992年11月版,第31页;高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(上编),中国法制出版社1999年1月版,第127页。

主张在构成要件之外构建行为概念的学者则试图给行为下一个广义的和事实性的定义。如,有的文章认为,就作为犯罪构成客观要件的行为本体来说,其概念只能是“身体动静”这一自然意义的“裸的行为概念”,将构成要件的行为命名为“危害行为”并不妥当。^①还有的学者指出把行为当做犯罪的一个组成要件使行为成为犯罪的附属品是对行为与犯罪关系的误解,认为行为包括恶的行为、善的行为和中性的行为,并将行为定义为“主观思想通过这个载体作用于外部世界目的对象的过程”。^②

我国刑法理论中关于行为概念的分歧,是由于在不同层次上把握行为的内容造成的,其本质是要不要在“危害行为”之前承认“基础行为”的存在。通说对行为的定义是以“危害行为”为对象的,质疑通说的学者对行为含义的理解则是以“基础行为”为标本的。在笔者看来,刑法规范作为评价的标准,应当以评价对象的存在为前提,“危害社会的行为”或“符合构成要件的行为”本质上都是对一定的“行为”进行价值判断和规范评价后得出的结论。在价值判断标准和刑法规范之前必然存在着更为基础的评价对象,“危害行为”作为刑法规范中的概念,不能脱离事实的行为概念而存在,离开事实的行为概念,“危害行为”就成了无源之水、无本之木。其实,即便是在犯罪论体系的构建中排除基础行为的概念,也无法否认基础行为概念在实际的犯罪认定过程中的存在。就定罪过程而言,不论将行为作为构成要件之前的独立要素,还是将行为作为构成要件之中的要素,在进行构成要件符合性或社会危害性

① 胡东飞:《犯罪构成视野中的行为概念——兼谈“犯罪”认定中的观念指导》,载《中国刑事法杂志》2002年第5期。

② 秦秀春:《对刑法中行为的新思考》,载《中外法学》1999年第4期。