

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2011年第1卷

第25卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 25

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学

本卷要目

犯罪行为专栏

【楼伯坤】

犯罪行为系统化研究问题的提出
——犯罪行为学引论

中国刑法

【何挺】

现代刑事纠纷解决的理念基础

【赖早兴】

刑罚力度论纲

【聂昭伟】

刑罚对犯罪的反向制约机能及其展开

外国刑法

【周振杰】

日本前近代刑法史研究

比较刑法

【周建达】

承继共犯比较研究

国际刑法

【李永升 谭淦】

国际刑事法院管辖罪行及其适用原则和关系研究

犯罪学与刑事政策

【周建军 卢建平】

论刑事司法政策的本原和形式



法律出版社
LAW PRESS CHINA

2011年第1卷

第25卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑法论丛

CRIMINAL LAW
REVIEW VOL. 25

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主 编

■ 阴建峰 / 主编助理

■ 黄晓亮 袁 彬 张 磊 / 学术编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2011 年. 第 1 卷: 总第 25 卷 / 赵秉志主
编. —北京: 法律出版社, 2011. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1893 - 5

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 032126 号

刑法论丛(2011 年第 1 卷)
(总第 25 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 16.75 字数 459 千

版本 2011 年 3 月第 1 版

印次 2011 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1893 - 5

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔犯罪行为专栏〕

1	犯罪行为系统化研究问题的提出	
	——犯罪行为学引论	楼伯坤
46	走出实行行为的误区	邹佳铭
63	“实行行为”与“实行着手”关系论	
		王燕玲 邓毅丞

〔中国刑法〕

81	现代刑事纠纷解决的理念基础	何 挺
107	犯罪事实支配理论之体系地位	廖北海
120	事实的犯罪构成与法律的犯罪构成	
	——犯罪构成二重性之提倡	龙长海
155	刑事政策视野中的犯罪定量因素	胡月军
184	刑罚力度论纲	赖早兴
220	刑罚对犯罪的反向制约机能及其展开	
	——对我国传统罪刑关系内涵的反思	聂昭伟
244	相对刑事责任年龄人适用转化型	
	抢劫罪研究	姚 兵

262	盗窃信用卡并使用行为定性解析	阴建峰 曹云
279	环境犯罪客体新论	蒋涤非
	〔外国刑法〕	
315	英国监狱社会监督制度的考察及对我国的 借鉴价值	叶旺春
332	日本前近代刑法史研究	周振杰
	〔比较刑法〕	
372	承继共犯比较研究	周建达
402	《TRIPS 协议》刑事部分对缔约方的效力问题 ——以美国、欧洲共同体、中国台湾地区为例	刘科
	〔国际刑法〕	
417	论发展中的国际刑事司法	赵香如
436	国际刑事法院管辖罪行及其适用原则和 关系研究	李永升 谭淦
462	“美国诱捕究宏伟事件”的反思及对策	张磊
	〔犯罪学与刑事政策〕	
476	社会反应与被害性定量研究 ——以女性性工作者被害问题为视点	赵军
490	论刑事司法政策的本原和形式	周建军 卢建平
515	重刑化思想抬头的理性应对	王强军

CONTENTS

[Special Column for Criminal Constitution]

Study on the Systematization of *Actus Reus* Lou Bokun 1

Going out of the Misunderstanding of Committing Action
..... Zou Jiaming 46

Theory of Relations Between Act of Perpetrating and
Commencement of Crime Wang Yanling & Deng Yicheng 63

[Chinese Criminal Law]

Theoretical Bases of Modern Criminal Dispute Resolution
..... He Ting 81

The System Status of Tatherrschaftslehre Liao Beihai 107

Corpus Delicti as a Real Phenomenon and Legislative
Model; Case for Dualism of *Corpus Delicti* Long Changhai 120

The Study on Quantitative Measuring Factors in the
Criminal Policy Vision Hu Yuejun 155

A General Study on the Strength of Penalty Lai Zaoxing 184

The Function of Affirming a Crime by Penalty and its
Expansion Nie Zhaowei 220

The Research of Person of Relative Age Applying
Convertible Robbery Yao Bing 244

Study on Legal Nature of “Stealing Credit Card and
Using It” Yin Jianfeng & Cao Yun 262

New Argumentation on Object of Environmental Crimes	Jiang Difei	279
[Foreign Criminal Law]		
The Investigation of British Prison's Social Monitoring System and Its Reference to Our Country	Ye Wangchun	315
A Brief History of Japanese Pre-modern Criminal Law	Zhou Zhenjie	332
[Comparative Criminal Law]		
Comparative Study on the Successive Complicity	Zhou Jianda	372
On the Binding Force of Criminal Provisions in TRIPS Agreement on States Parties; U. S. A, EU and China Taiwan Region as Examples	Liu Ke	402
[International Criminal Law]		
Research on the Development of International Criminal Justice	Zhao Xiangru	417
On the Crimes under the Jurisdiction of the ICC and the Application Principles and Their Relationship	Li Yongsheng & Tan Gan	436
The Reflection and Countermeasures of America Lures Xian Hongwei Case	Zhang Lei	462
[Criminology & Criminal Policy]		
Quantitative Research on the Correlation Between Social Reaction and Victimization; From the Perspective of Female Sex Workers as Victims	Zhao Jun	476
On the Source of the Criminal Justice Policy	Zhou Jianjun & Lu Jianping	490
The Rational Reaction to the Tendency of Heavy Penalty	Wang Qiangjun	515

〔犯罪行为专栏〕

犯罪行为系统化研究问题的提出*

——犯罪行为学引论

楼伯坤**

目 次

一、犯罪行为系统化研究的必要性

- (一)为改变多学科研究中犯罪行为理论体系混乱的需要
- (二)为立法和司法统一犯罪行为确定标准的需要
- (三)为刑法学和犯罪学合理界定研究对象的需要
- (四)为适应学科细化和理论深化的需要

二、犯罪行为系统化研究的可行性

- (一)自然科学和社会科学的研究已经积累了丰富的资料
- (二)刑事一体化的发达为之奠定了理论基础
- (三)犯罪行为的内涵具有可供抽象的共性特征
- (四)犯罪心理学和刑罚学的独立为之提供了样板

三、犯罪行为系统化研究的目标

* 本文系笔者主持的国家社科规划项目《犯罪行为基本问题研究》(09BFX065)和教育部分人文社科研究项目《犯罪行为学研究》(08JA820032)的阶段性成果。

** 浙江工商大学法学院副院长、教授、硕士生导师,法学博士。

- (一)为犯罪行为从自然状态到法律状态提供系统化的规则
- (二)为犯罪行为从散在性向确定性过渡提供选择标准
- (三)为静态犯罪行为的动态化提供统一尺度
- (四)为犯罪行为的诞生提供理论根据

四、结语

一、犯罪行为系统化研究的必要性

(一)为改变多学科研究中犯罪行为 理论体系混乱的需要

犯罪作为一种社会现象,自其产生以来,一直受到社会科学家甚至自然科学家的严密关注。特别是为遏制犯罪所论及的犯罪行为,受到了诸多学科的重视,对其进行了程度不同的研究。这当中,犯罪学、刑法学担当着最主要的角色。因此,不能否认,犯罪行为是犯罪学、刑法学研究的内容;然而,同样不能否认犯罪学、刑法学并没有把犯罪行为作为唯一的、专门的研究对象。因此,在学科细化和理论深化的现实面前,我们需要探寻被多学科关注的“犯罪行为”的出路和走向,把相关学科对犯罪行为兼而顾之但又不能集中精力对待的局面加以改变,也为刑法学、犯罪学界定合理的研究范围,对它们为犯罪行为理论研究做出的努力给予恰当的评价。

1. 犯罪学对犯罪行为的研究现状

犯罪学对犯罪行为的研究大致可以分为两大块:一是统一的犯罪学对犯罪行为的研究;二是犯罪学的各分支学科对犯罪行为的研究。

(1)统一的犯罪学对犯罪行为的研究

犯罪学研究犯罪行为的目的主要在于分析其产生的原因和规律,以便为预防犯罪提出建议和措施。尽管犯罪学也考察犯罪行为的生成,但它只是从犯罪动机、犯罪目的和社会对犯罪行为的反应等方面进行的。它研究的是一个群体社会现象,是从犯罪与社会的关系来探求

犯罪的根源。可见,统一的犯罪学研究范围中的行为具有这样的特点:一是这些行为都是社会行为的一部分,它们的发生不是偶然的,而是特定社会环境的产物,具有与特定社会结构相联系的规律性。二是这些行为都具有危害社会的特性。明显具有社会危害性的行为对社会造成的破坏是不言而喻的。社会病态行为和其他严重不良行为,如果具有演变为新的其他犯罪的现实可能性,那么它也会严重危害社会。三是这些犯罪行为属于类型化的行为,在类型中它显示不出个体特征,不能成为刑法规范中的犯罪行为被用于定罪量刑。即使在单个体的系列行为中,由于行为关联程度的差异,使得它们难以通过刑法规范确定此行为与彼行为的界限。从一定意义上讲,犯罪学上的犯罪行为永远不可能被刑法规范直接用来进行定罪量刑,这种不确定的特点是犯罪学研究的行为区别于刑法学和行为学研究的行为的界标。因此,相对于刑法学上的犯罪行为而言,犯罪学上的犯罪行为具有过程性(动态性)、事实性、普遍性、类型化和与规范价值无涉性的特点。

(2) 犯罪学的分支学科对犯罪行为的研究

有学者专门研究了犯罪学的内部学科结构,认为根据犯罪学已经涉及的领域,其门类大致包括:犯罪现象学、犯罪行为学、犯罪比较学、犯罪史学、犯罪原因学、犯罪人类学、犯罪生物学、犯罪生理学、犯罪病理学(犯罪精神病学)、犯罪心理学、犯罪环境学、犯罪地理学、犯罪地形学、犯罪区位学、犯罪生态学、犯罪社会学、犯罪经济学、犯罪文化学、犯罪危害学、犯罪被害人学、犯罪对策学、犯罪预防学、犯罪矫正学、犯罪分类学(犯罪类型学)、犯罪统计学、比较犯罪学、犯罪学史等。^① 这当中,犯罪心理学堪称是对犯罪行为研究最“发达”的学科,其对犯罪心理画像的刻画,直观地再现了犯罪行为的“过程”。

应当说,在上述学科中,除了比较犯罪学和犯罪学史(通过历史和法域)主要研究犯罪理论及犯罪学家的思想脉络,犯罪分类学研究犯罪类型,犯罪统计学研究统计技术,犯罪病理学主要研究犯罪人的意识和意志因素外,其他的分支学科都或多或少地在研究犯罪行为。“这

^① 卜安淳:“论犯罪学的内部学科结构”,载《江苏警官学院学报》2003年第4期。

种利用另一门科学的概念、原理、方法研究犯罪问题的某一环节或侧面的学科,归为刑事科学的第二种情况。”^①这方面的研究状况分散在各关联学科的成果中。

分支学科中的犯罪行为,从概念上讲,也具有一般犯罪学中犯罪行为的属性。这是关联学科种属关系的必然要求。从各分支学科本身来讲,其研究的犯罪行为,归纳起来有以下一些特点:一是犯罪行为发生领域的特定性。由于学科交叉的研究目的所生,犯罪学的各分支学科对犯罪行为以及其他犯罪问题的研究总是以本学科为视角的,是在本学科中的犯罪学话语。二是犯罪行为的类型具有专业性,是本专业领域中的行为实态。如计算机犯罪中的犯罪行为总是与“侵入”(程序)、“修改”、“删除”(数据)这些专业活动相关联的。三是犯罪行为的形式具有开放性。以专业领域为基础形成的犯罪学分支,似一架“犯罪行为”的探测器,它总是在不断地发现本专业领域新的犯罪行为形式,将其纳入本学科的研究范围。四是分支学科研究的犯罪行为具有一定的独立性,它们的行为样态具有可变性。

2. 刑法学对犯罪行为的研究现状

刑法学把对犯罪行为的研究当做是自己的使命,看做是自己分内的事情。在历史上有关“犯罪行为”的学说,主要也是在刑法学的论题上形成的。所以,人们往往把有关的行为理论称作是“刑法中犯罪行为的学说”。尽管在事实上,有不少的刑法学家也是犯罪学家,但当他们在研究犯罪行为的时候,总是表现出自己是刑法学家(者)的身份。这种态势影响了犯罪行为在客观上的归属,以至于在当今仍然有不少主要以犯罪学为阵地的犯罪学家对刑法学界把“犯罪行为”看做是自己的“专利”而“耿耿于怀”。

然而,我们不能回避的事实是,刑法学对犯罪行为的研究确实比犯罪学要深刻得多。至少在中国的状况是这样。也许,这是因为刑法学

^① 第一种情况是依靠自己特有的概念、理论体系去研究犯罪问题;第三种情况是依靠若干门非刑事科学的原理方法研究犯罪。参见白建军:《关系犯罪学》,中国人民大学出版社2005年版,第13页。

需要自己找米下锅的缘故。当其他任何学科都不来关注犯罪行为的时候,刑法学必须一如既往地关注和研究犯罪行为,不然,刑法学就失去了评判的对象,也就会失去了其自身存在的价值。

刑法学对犯罪行为的研究是取得了巨大成就的。从对犯罪行为模型的确定(刑法立法)到对犯罪行为各个要素的研究,都包含着刑法学者的心血和汗水。以中国刑法学界对犯罪要素的研究来看,有对行为方式(作为、不作为、持有)的研究,有对行为类型(故意行为、过失行为及意外事件中的行为)的研究,有对行为阶段(实行行为、预备行为、中止行为)的研究,甚至在实行行为中还有专门对“着手”的研究,等等。这些研究,揭示了行为的结构和属性,使得能够为刑法所评判的对象变得更加清晰可辨,也为研习者对刑法中的行为有个正确的认识创造了条件。

在笔者看来,刑法学视野中的犯罪行为主要强调其确定性,通过对行为的静态分析,进而明确行为的性质,从刑法规范上加以定性。刑法对行为的研究是以行为规范(在刑法中表现为刑法规范)为参照,关注的是静态的行为事实,而且,是经过修正和重构的。它是以一个理论预设的“模型犯罪行为”为前提的,即综合各方面可以收集到的证据,从而形成一个关于犯罪事实客观存在的司法判断,使刑法立法得以完成解决现实问题的使命。从犯罪行为被刑法应用的角度讲,注重静态的稳定性是保证罪刑法定原则和罪刑均衡原则的必然要求。但从犯罪行为形成的角度讲,模型只是提供了一个方向,模型构建和模型实现都不能单纯地依靠刑法规范来满足的。现实地看,只关注刑法规范中静态行为的理念显得有些陈旧了,它的缺陷是显而易见的。主要问题在于它对司法活动的原创性关注不够。有学者尖锐地指出,“以往的刑法学几乎是静止地看待犯罪事实问题,所以,其为司法实践所提供的指导性意见就始终限于犯罪构成的框架结构。事实上,刑法学不但应该关注哪些‘事实’是犯罪事实,而且特别应当注意研究这些犯罪事实在司法实践中哪些被舍弃了,哪些被司法人员

想象性地重构了。”^①

客观地说,刑法学关注这些“事实”的形成与变化,是为了更好地判断其评价对象“本身”的真实性。而其评价对象本身是如何按照一定的规格和要求去追求其真实性和可靠性的,则应由独立的学科来研究。因为刑法的任务是评价和定论,当结论形成后,真实地对犯罪人落实刑罚措施的则是监狱机构(当然,缓刑等情形除外),属于监狱法的范畴。而处在评价和定论以前“加工”犯罪行为的显然不单是一个“确定”的问题。然而,现状却是刑法学把犯罪行为完全纳入到了犯罪规范之下。有学者对这种观点提出了批评,说“由于以前对于行为概念的模糊认识,在行为与犯罪的基本关系的认识上也存在着错误认识,其中最大的错误在于把行为当作犯罪的一个组成要件,使行为成了犯罪的附属品。”^②虽然这种说法有些言过其实,但不可否认,刑法学只关注对行为的规范研究是不争的事实。

从以上的分析可以看出,刑法学对犯罪行为的考察具有下列特点:一是通过对犯罪行为的静态分析,从而确定其性质(静态性、确定性);二是以刑法规范为参照,对犯罪行为进行规范性研究(规范性);三是刑法是针对个体行为以求定罪量刑(个体性或个别化);四是根据犯罪构成要件的要求对犯罪行为进行了修正和重构(修正性);五是对犯罪行为的评判,如对行为的社会危害性的认识,涉及价值评价(价值有涉)。

3. 理论体系混乱的表现

(1) 概念含义不清

由于多学科对犯罪行为研究现状的客观存在,各学科对该基本概念的认识是不同的。概念含义不清是最为突出的问题。这不仅表现在犯罪学和刑法学这两门与犯罪行为系统化研究最密切的学科中,它们对犯罪行为的含义存在着多种定义法;也存在于其他各种研究犯罪行

^① 周光权:“犯罪事实在司法活动中的重构”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第4卷),中国政法大学出版社1999年版,第210页。

^② 秦秀春:“对刑法中行为的新思考”,载《中外法学》1999年第4期。

为的学科中;就是在同一学科中,学者们对它的认识也不完全一致。就刑法学而言,在我国刑法理论上,对于行为概念的理解也是众说纷纭。有最广义、广义与狭义之分。最广义行为泛指一切行为,包括犯罪行为与非犯罪行为;广义行为是指成立犯罪的行为;狭义行为则专指广义行为中与主观方面分开观察的客观行为,即危害行为。^① 一般认为,危害行为是指客观上违反刑法的禁止规范或命令规范的身体动静。我们把违反禁止性规范的身体活动称作“作为”,把违反命令性规范的身体的不活动称作“不作为”。^② 不作为的是一种规范性的判断,说明某人没有按照所负义务的要求实施特定的行为,因而从自然科学的角度看,这种行为没有客观的表现形式。因此,有学者说,这两种行为性质上的差异,根本就不可能找到一个共同的上位概念。^③ 其实这是一种误解。动与静是相对的,当行为意思开始活动时所表现出来的动静相对性,就是它们的共同点。在犯罪学上,由于受犯罪概念争论的影响,学界对于犯罪的概念也是有争议的。有学者认为,犯罪行为是指具有严重社会危害性应受处罚的客观外在活动,是犯罪现象的有机组成部分。^④ 也有学者认为,犯罪行为是由具有犯罪人格特征的个体在特定情景中实施的并最终被正式判定的危害行为。^⑤ 鉴于学说主张在基点上没有统一,在此就不再把各种学者在“自留地”上生产的概念一一罗列。

(2) 研究对象的范围交叉重叠

在分学科的研究中,存在研究对象的交叉局面往往是难以避免的。有学者就目前理论上对刑事学科分组的理论现状,总结了四个方面的问题,即有关的理论展开基本以刑法学为中心;有关的论述还基本停留

① 高铭喧:《刑法专论》(上编),高等教育出版社2002年版,第151~152页。

② 也有学者认为“不作为”是指对结果的意志上的不阻碍。参见[德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第194页。

③ [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106页。

④ 魏平雄、赵宝成、王顺安:《犯罪学教程》,中国政法大学出版社1998年版,第153页。

⑤ 张远煌:《犯罪学原理》,法律出版社2001年版,第197页。

在刑事法学的层面,视野有局限性;有关的论述对有关刑事学科之间关系的把握多限于两者之间,整个局面比较散乱;对刑事学科群的把握基本停留于一个平面上,层次不明晰。^① 这种状况,在以犯罪行为为研究对象的各学科中均有不同程度的表现。

就现状来看,对于犯罪行为,犯罪学和刑法学都对其进行了程度不同的研究。因此,不能否认,犯罪行为是犯罪学、刑法学的研究内容。同样,不能否认犯罪学、刑法学并没有把犯罪行为作为唯一的、专门的研究对象进行研究。与犯罪学相比,刑法学对犯罪行为的研究要具体些。这是由刑法学的学科性质决定的。因为,刑法学作为规范科学的使命是将“犯罪性规范”适用于具体的案件,没有可适用的案件事实,刑法规范就没有任何意义。尤其是在将刑法学的主体定位在注释法学的场合,规范是否能够被应用成了刑法学“生死存亡”的重大问题。在这样的背景下,刑法学为了能够有存在的价值,就自告奋勇地承担起了“找米下锅”的任务,将犯罪行为等事实要素实定化作为自己的研究对象。毋庸讳言,对于定罪前的事实收集和论证与适用刑法规范定罪是两个不同的范畴,刑法学事实上并没有真正担当起定罪原料“筛选、加工”车间的职能,使得犯罪行为貌似本体刑法学的研究对象,但实际上造成了无人主管的局面。

(3) 犯罪行为的确定缺乏规则

因为,犯罪行为的确定,是一个事实问题。而对于事实的认定,不是仅仅从行为的外部表现就可以直接确定的。由于犯罪行为是人的行为,而行为内含的意思及行为谋求的目标,都涉及行为的动因,这种动因往往是掩藏在刑事社会现象的背后,直接或间接地影响行为人的。因此,在一定意义上讲,犯罪原因的理论对于犯罪行为的认定也是有重要意义的。然而,查寻犯罪原因的规则又不能直接适用于对犯罪行为的查证和确认。而在刑事法学科内,基本的程序规则是刑事诉讼法及其细则。刑事诉讼法对于从立案侦查开始的犯罪行为的认定是有重要作用的,但它只能规范司法活动的过程,而不能起到规范司法活动对行

^① 高维俭:“刑事学科系统论”,载《法学研究》2006年第1期。

为要素进行选择、判断的作用。

从职能角度看,将确定静态犯罪行为的任务交由刑法学来担当也是不合适的,它容易导致司法人员主观随意性的泛滥。正如一个对犯罪案件进行调查取证的人员不能作为法官来裁判定夺案件一样,对犯罪行为本身的研究不应该属于刑法学的范畴。刑法学不能既担当原料筛选车间,又是成品制作车间的角色。尽管从某种意义上讲,刑法学也研究一定范围的刑法立法问题,^①但作为刑法学研究的主体内容是刑法规范的适用则是没有疑问的。在规范层面上,被它关注的犯罪行为是静态的犯罪行为。规范的适用是法官的司法活动。作为法官适用规范进行评判的对象,则应当由另一机构(如公安、检察机关)来提供。这是保持法官中立性的必要条件。而提供“犯罪行为”给法官评判的机构,在收集、形成和确认犯罪行为的时候,固然需要应用各种包含有不同犯罪行为样态的犯罪模型,但它还不是严格意义上的规范适用活动。事实上,担负侦查和起诉职能的警察和检察官在收集、认定犯罪的过程中,所需要理论不仅仅是刑法学提供的。

从程序角度讲,形成确定的、可以被评判的犯罪行为,属于规范适用的前置行为,在西方国家是被归属到“审前程序”的范畴的。它表明侦查、起诉程序具有附属性。然而,在中国等以侦查、公诉由独立机关担当的国家中,自侦查活动开始,犯罪嫌疑人的行为就被称为“犯罪行为”。这使得近现代国家在追究刑事责任的职能界定上还处于一种混合状态。究其原因,与行为对于刑事科学理论研究和实践具有重要意义而又不具有独立地位不无关系。于刑法,行为处于犯罪概念的基底,使刑法获得了实体性的存在,无行为则无犯罪,行为的性质决定了犯罪的性质,刑法法规规定的各犯罪都由一定的行为来赋予特征。于犯罪学,凡具有反社会性质的行为都成为犯罪学研究的对象。

如果进一步扩大比较的视野,这种混乱局面还存在于各分支学科

① 笔者不赞成刑法立法是立法学研究对象的说法。刑法立法是立法学的原理、原则在刑法规范制定中的应用,它属于刑法学的范畴。更确切地说,从学科交叉的角度考虑,将刑法立法(学)作为广义刑法学的范畴是恰当的。

对犯罪行为的研究中。这种理论体系混乱的局面,带来了相关学科研究对象不能被合理界分,犯罪行为研究不能得到有效落实的后果。从现行各科对犯罪行为研究的纵向脉络看,它还是具有主线的,是可以被整理的,但目前还没有达到界限清晰的程度。对犯罪行为的确认还缺乏实体判断规则。

(二)为立法和司法统一犯罪行为确定标准的需要

1. 犯罪行为是具有质的要素要求的被评判对象

对于什么是犯罪行为,国内外都存在重大分歧。在国外,犯罪学中的犯罪行为与刑法学中的犯罪行为,或者说观念上的犯罪行为与被刑法规制的犯罪行为是基本一致的。这是由西方国家对于犯罪概念和犯罪构成的认识特点所决定的。

无论是大陆法系还是英美法系,对于犯罪概念的定义是比较宽泛的,构成犯罪的基础要件也是比较低的。尽管在大陆法系刑法理论中一向存在着客观主义与主观主义的分野,客观主义以保护法益为立场,以行为具有对法益的侵害性为处罚依据,因而在对犯罪考察的过程中侧重于行为方面;而主观主义则以行为人为立场,以行为人的自身危险性作为处罚的根据。但是,从大陆法系国家递进式的犯罪构成来看,其仍然是以客观主义为基础的。即只要行为客观上具备了构成要件符合性的条件,^①就被纳入到了犯罪的范畴。在此前提下,再来考察其是否具有刑事违法性、^②行为人是否有责以及是否具备可罚性。

犯罪行为作为刑事法律学科共同关注的对象,主要原因在于犯罪行为是被国家法律作为否定评价的对象。尽管在犯罪本质的理解上,

① 构成要件是否该当(符合)是立法以普通民众的认识水平为标准,以法律所保护的的权利为内容而确定下来的。所以,多数危害行为都是属于犯罪行为。

② 从这个意义上讲,大陆法系的犯罪观实际上是从犯罪源头算起的。如欺诈获得的借款,可以先纳入犯罪的范畴,再具体查找刑法规范中是否有欺诈借款需要追究刑事责任条款。