



刑法总论争议问题研究

Study of Controversial Issues of
the General Provisions of the Criminal Law

郑泽善 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



刑法总论争议问题研究

Study of Controversial Issues of
the General Provisions of the Criminal Law

郑泽善 著

图书在版编目(CIP)数据

刑法总论争议问题研究/郑泽善著. —北京:北京大学出版社,2013.2
ISBN 978-7-301-22166-2

I. ①刑… II. ①郑… III. ①刑法-总则-对比研究-世界
IV. ①D914.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第028357号

书 名: 刑法总论争议问题研究

著作责任者: 郑泽善 著

责任编辑: 郭栋磊

标准书号: ISBN 978-7-301-22166-2/D·3281

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 28.5印张 494千字

2013年2月第1版 2013年2月第1次印刷

定 价: 51.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

前 言

本书是作者继 2008 年出版的《刑法总论争议问题比较研究 I》之后,有关刑法总论争议问题的第二本专著。本书原来是以《刑法总论争议问题比较研究 II》的拟定书名申请国家社科基金后期资助项目的,后采纳评委的建议,改为《刑法总论争议问题研究》,内容基本没有变化。本书是以行为无价值、结果无价值二元论为主线,以比较研究的视角,针对中外刑法理论界极有争议的相关问题进行了探讨。本书的内容包括:被害者的承诺、行为论的意义与机能、客观处罚条件、中止犯的构造、正当防卫、原因自由行为论、结果加重犯、信赖的原则、主观违法要素、故意在犯罪论体系中的定位、故意与违法性认识的关系、过失犯、期待可能性、共犯的处罚根据、共犯的从属性与独立性等。

本书的主要观点是:

第一,根据对违法性本质的立论基础不同,尤其是在故意和过失等主观要素是否属于违法要素问题中,行为无价值论和结果无价值论的对立极为明显。大陆法系的犯罪论体系是构成要件符合性、违法性和有责性。但是,在某些情况下,行为人的行为虽然具备构成要件符合性、违法性和有责性,但并不能据此处罚行为人,还要求具备刑法所规定的一定的处罚条件。这就是所谓的客观处罚条件。客观处罚条件不仅和行为的违法性没有关联,也不属于构成要件的范畴。客观处罚条件与故意和过失没有任何关联性。客观处罚条件并非基于行为的违法性而扩大处罚范围,而是限制处罚范围。

第二,在刑法理论中,既属于行为者的主观要素,同时又能给予行为以违法性或强化行为的违法性的要素,一般称之为主观违法要素。主观违法要素包括目的犯中的目的、表现犯中的心理经过和状态、倾向犯中的主观倾向等特殊的主观违法要素和故意、过失这样的一般主观违法要素。立论于行为无价值论的观点一般肯定主观违法要素的存在,而立论于结果无价值论的观点基本否定主观违法要素的存在。

第三,被害者的承诺问题,虽然在整个刑法学体系中是一个并不显眼的小问题,但是,由于这一问题与刑法学的基本立场有密切的关联性,因此,又

是一个极为重要的问题。在论及被害人承诺的本质时,不可避免地要涉及违法性的本质问题。在尊重个人自由不受妨碍的前提下,对其权利的行使首先要以承诺有效性的必要条件进行约束。同时,也需要着眼于社会伦理秩序,就是说,依被害人承诺的行为,在社会上是否具有相当性,是否符合在特定社会中处于支配地位的社会通常观念;如果经被害人承诺而为的行为不为一般社会公众的法律观念或感情所接受,则不应否定这种行为的违法性。

第四,在大陆法系的刑法理论中,构成要件符合性、违法性和有责性是有关犯罪构成的通说。“违法是客观的,责任是主观的”,是大陆法系传统刑法理论通行的观点。在这里,违法性的评价,是从行为的客观方面,即它的外部,对行为进行评价的。责任是由行为人针对外部行为的内心中的故意或过失组成,故意或过失本身属于责任论的范畴。但是,随着人们意识到在犯罪的认定中只依靠行为的外部侧面无法判断其违法性,从而发现了目的犯中的目的等主观违法要素。因此,所有故意犯中的故意必须是构成要件要素,另外,在成为违法判断对象这一层意义上又属于违法要素。不过,也有观点认为,故意既是构成要件要素也是责任要素。还有观点认为,故意属于责任要素。正当防卫作为刑法中的正当化行为,是在“正对不正”的情况下发生的。成立正当防卫的首要前提是必须存在不法侵害。界定不法侵害的范围,对于认定正当防卫的成立有着重要的意义,这一问题直接决定正当防卫的成立范围。根据违法性本质是行为无价值还是结果无价值,有关不法侵害的界定范围,在中外刑法理论界有激烈的争论,因为这一问题涉及对物防卫等问题。另外,有关正当防卫的主观条件即“为了防卫”的意义,究竟是指行为在客观上具有防卫效果就已足够,还是指在主观上行为人必须具有防卫意图也有争议。

第五,信赖的原则是随着现代交通事业的发达,为了限制传统过失责任论的处罚范围而出现的例外原则。信赖的原则之适用要件,虽然在德日刑法理论中存在不同观点对立,但在交通事故的认定中发挥着极为重要的作用。在德日司法实践中,信赖的原则后来被广泛适用于其他领域,比如,医疗事故等领域。我国刑法应否适用信赖的原则,曾经引起过相当大的争论,虽然至今尚未出现适用信赖的原则的判例,但我们在交通事故认定以及处罚的部分领域应当适用这一原则。

第六,原因自由行为是指行为人因故意或过失,而使自己限于无责任能力状态或限制责任能力状态,并在这一状态下实施犯罪行为的情形。按责任主义原则,行为人只有在精神正常状态下实施犯罪行为,才能追究刑事责任。那么,自陷于无责任能力或限制责任能力状态下的犯罪行为,是否应当追究

刑事责任,如果要追究刑事责任,其理论根据又是什么?我国《刑法》第18条第4款“醉酒的人犯罪,应当负刑事责任”之规定明显过于粗疏,针对行为人故意因饮酒、吸毒而导致的自陷行为,可以以故意犯罪论处,但是,如果是基于过失或其他原因,以故意处罚,显然不够妥当。

第七,期待可能性理论这一源于德国、兴盛于日本的刑法理论,不仅在大陆法系的刑法理论中处于通说的地位,也逐步得到了司法实践的认可。不过,理论与司法实践并没有借助刑法规范而将期待可能性理论提高到一般责任阻却事由的地位,反而从整体上呈现出严格限制其适用的趋势。在日本,虽然在20世纪中期适用过期待可能性理论,然而,其适用范围极为有限,现在对司法实践的影响已经开始淡化。由于我国正处在社会转型时期,加上刑法本身虽然存在期待可能性思想,但并没有明文规定,因此,在我国,仍然有必要在有限度的范围内适用该理论。

第八,共犯的处罚根据与违法性的本质问题具有密切的关联性。之所以处罚共犯,是因为共犯以正犯为中介,间接地引起了法益侵害的结果,因此,共犯也有法益侵害性。共犯是否违法,取决于正犯是否违法,即在违法性问题上,共犯具有从属性。在有身份者教唆、帮助无身份者实施无身份者不能构成之罪的情况下,由于无身份者所实现的构成要件中,已经包含了身份犯的构成要件,因此,有身份者成立身份犯的共犯。在教唆他人杀人,但是被教唆人未能将被害人杀死的情况下,当然对杀人的未遂成立教唆犯。未遂教唆由于没有这种故意,因此,未遂教唆不可罚。而帮助犯的因果关系是“心理上或物理上的促进、强化正犯行为”这一作用。

本书分为20个专题,加上《刑法总论争议问题比较研究I》中的19个专题,刑法总论争议问题中的大部分问题,通过这39个专题得到了相对系统地梳理和探讨。当然,刑法总论中还有一些争议问题有待探讨。本书中的部分专题曾经在不同期刊上发表过,而本书的大部分内容在研究生的教学过程中进行过讨论,因此,本书主要是以研究生为主要对象而撰写的,当然,也可供研究人员参考。本书中的部分观点还有很多不成熟之处,作者衷心希望广大读者及学界同仁指出不足之处,以便进一步进行深入地研究。

郑泽善

2012年1月

目 录 | Contents

第一章 行为论的意义与机能 / 1

- 2 一、行为概念的机能
- 5 二、有关行为论的中外学说概观及评析
- 12 三、社会行为论之提倡

第二章 行为犯与结果犯 / 21

- 21 一、有关行为犯概念的中外学说
- 23 二、形式犯与实质犯
- 25 三、侵害犯与危险犯
- 28 四、行为犯与结果犯

第三章 客观处罚条件 / 35

- 36 一、限制处罚事由说及内容
- 42 二、客观处罚条件的机能与定位
- 43 三、限制处罚事由说之缺陷
- 49 四、余论

第四章 主观违法要素 / 53

- 54 一、构成要件概念之发展过程

60 二、违法性本质之争

65 三、主观违法要素

74 四、结语

第五章 被害者的承诺 / 76

77 一、被害人承诺之法律依据及犯罪论体系中的定位

83 二、有效的承诺要件

89 三、阻却违法性之根据

93 四、基于错误的承诺

101 五、基于推定的承诺

第六章 正当防卫 / 106

106 一、正当防卫的正当化根据

111 二、正当防卫中的不法侵害

117 三、正当防卫的主观要件

126 四、防卫行为的必要限度

第七章 法秩序的统一性与违法的相对性 / 131

132 一、法秩序的统一性之法理

137 二、违法判断的相对性

142 三、紧急行为与违法的相对性

第八章 犯罪故意与违法性认识 / 150

152 一、违法性认识概念之界定

155 二、有关违法性认识之中外学说

161 三、中外判例的立场

166 四、犯罪故意与违法性认识之关系

177 五、余论

第九章 故意在犯罪论体系中的定位 / 180

180 一、问题的提出

182	二、中外学说概观
189	三、构成要件要素说之相对合理性
199	四、结语
第十章 过失犯 / 202	
203	一、过失犯的构造
208	二、过失犯与预见可能性
212	三、过失犯的实行行为
215	四、过失违法要素说之提倡
第十一章 过失犯与客观归责 / 224	
224	一、“合义务替代”理论
226	二、假定发生危害结果时的因果关系
230	三、“危险增加原理”理论之缺陷
232	四、结果回避可能性与过失犯的成立
第十二章 过失犯与违法阻却事由 / 237	
238	一、过失行为与正当防卫
243	二、过失行为与紧急避险
249	三、余论
第十三章 信赖的原则 / 251	
252	一、信赖的原则的产生及发展历史
255	二、有关信赖的原则之国外判例
257	三、信赖的原则与犯罪论体系之关系
262	四、信赖的原则之适用范围
第十四章 原因自由行为论 / 272	
273	一、学说概观及评析、探讨
281	二、故意犯与原因自由行为

- 287 三、过失犯与原因自由行为
- 290 四、限制责任能力状态与原因自由行为
- 291 五、实行行为途中责任能力的丧失或减弱与原因自由行为

第十五章 结果加重犯 / 294

- 294 一、结果加重犯与责任主义
- 297 二、结果加重犯的处罚根据
- 302 三、结果加重犯与未遂
- 308 四、结果加重犯与共犯

第十六章 期待可能性 / 315

- 316 一、期待可能性思想、学说史以及各国立法中的体现
- 320 二、期待可能性在犯罪论体系中的定位
- 324 三、期待可能性之判断基准
- 326 四、期待可能性之错误
- 328 五、我国刑法理论借鉴期待可能性理论的必要性

第十七章 中止犯的处罚根据及成立要件 / 336

- 337 一、有关犯罪中止处罚根据的中外学说
- 345 二、有关犯罪中止成立要件的中外学说
- 350 三、犯罪中止的处罚根据及成立要件

第十八章 共犯的处罚根据 / 362

- 363 一、中外学说概观及评析
- 371 二、折中引起说的相对合理性
- 381 三、共犯的处罚根据在司法实践中的具体适用

第十九章 共犯的独立性与从属性 / 391

- 392 一、共犯的独立性与从属性

397 二、要素从属性

404 三、实行从属性

409 四、罪名从属性

第二十章 刑法、学说与判例 / 419

421 一、刑法与判例

425 二、学说与判例

431 三、构筑刑法判例制度的必要性

437 四、余论

主要参考文献 / 440

第一章 行为论的意义与机能

犯罪首先是行为,无行为则无犯罪,这是刑法理论中一个基本原则,说明行为的观念处于犯罪概念的核心。犯罪论中所有的观点和理论都围绕着行为而展开,都是对行为的评价,从而在理论上更为准确、清晰地把握作为犯罪这种行为的共性、个性以及具体特征,而使刑法理论构成一个完整的体系。从实质意义上讲,犯罪是侵害、威胁法益的行为,而从犯罪成立的形式意义上讲,犯罪是符合构成要件、违法、有责的行为。因此,无论从怎样的角度,即使从行为人刑法的角度,也不得不强调行为是行为人人格的征表。^①构成要件符合性的考察对象和出发点也只能是行为。

“犯罪首先是一种行为”这一命题,决定了以下两个问题。第一,要求刑罚权发动前必须能够确证行为的存在,如果没有行为,就没有犯罪,就不能给予刑罚处罚。现代刑法理论认为,思想本身不能成为刑法的对象,不能成为刑罚权的干涉目标。正如“任何人不因思想受处罚”(Nemo cogitationis poenam patitur; Cogitationis poenam nemo patitur.)这一格言所表述的那样,思想是自由的,国家不能将任何人的思想作为刑罚处罚的对象。^②一种思想,无论在伦理道德上必须受到非难、谴责甚至惩罚,但是,在刑法上只有当这一思想表现为符合构成要件的行为时,才有可能受到刑罚处罚。第二,这一命题要求作为刑罚处罚对象的主要是行为,虽然在刑法中同样存在着将行为人的属性作为处罚或者加重处罚的对象,但是,行为人成为处罚的对象也建立在其行为已经构成犯罪的前提下。因此,仍然不得不承认行为在刑事责任认定中的决定性作用。

问题是,针对什么是行为,却聚讼纷纭、莫衷一是。在大陆法系的刑法理论中,有因果行为论、目的行为论、社会行为论、人格行为论以及消极行为论之争。与此相比,我国刑法学体系中并不研究什么是“刑法中的行为”,而是直接在论述犯罪构成的客观方面提出并肯定“危害行为是犯罪构成客观方

^① 陈兴良主编:《刑法学》,复旦大学出版社2003年版,第62页。

^② 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第121页。

面的要件”这一结论。^①通说认为,“危害行为”是“危害社会的行为”的简称,它在犯罪构成中处于核心地位。同时,我国刑法中的“危害行为”是专指“犯罪构成客观方面的行为”,即由行为人的意识、意志支配的违反刑法规定的危害社会的身体的动或静。

一、行为概念的机能

(一) 行为概念机能

行为概念的机能,又称行为的功能,是指行为可能发挥的积极作用。行为具有哪些机能或功能,中外刑法理论中的主流观点认为,主要有以下三种机能:

(1) 作为界限要素的机能。在刑法理论中,针对行为概念,往往对其期待着几种机能。其中,最有实质性意义的机能是界限机能,这是因为,刑法往往以“无行为则无犯罪”的形式,将不能成为刑罚处罚对象的事项排除在刑法对象之外。这里有两个侧面,其中最为重要的一个侧面是,以行为这种形式将人们的并没有表现在外部的内心、思想等排除在处罚对象之外。这是将行为求之于“外部性”、“客观性”的结果,同时又是现代刑法的一个根本原则。另外一个侧面是,将并不能归属于人的意思的事项排除在行为之外的机能。比如梦游行为、反射性行为、绝对强制下的行动等,虽然具备了外部性,但由于不能归属于人的意思,因此,将这些举止或行动排除在行为范围之外。

(2) 作为基本要素的机能。这意味着行为是所有犯罪的共同基础,是上位概念。限定这个共同项的,是符合构成要件的、违法的以及有责的所谓修饰语,被附加于它之上,成为犯罪。在这个意义上,所谓行为是犯罪的成立要件的基本要素。即行为是与符合构成要件、违法、有责这样一个刑法评价相关联的对象,因此,根据对这些内容理解的不同,行为发挥着影响规定各个犯罪成立要素的机能。比如,目的行为论者认为“犯罪论是展开了的行为论”,因此,不得不极为重视行为概念的这一机能。

(3) 作为结合要素的机能。行为是对犯罪论体系上各个阶段中的犯罪种类的评价最后归结的实体,贯穿犯罪论体系的各阶段,常常成为犯罪论体

^① 高铭喧,马克昌主编:《刑法学》(第3版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第72页。

系的脊骨。由于它可以说具有互相结合各个犯罪种类的机能,因而称为作为结合要素的机能。^①

(二) 行为概念机能存在的问题点

(1) 作为界限要素机能存在的问题点。第一,如前所述,行为概念具有将思想等排除在行为范畴之外的机能,但是,能否将思想等排除在行为范畴之外呢?比如,将“思想内容写在日记上”,属于“行为”,但是,能否将此排除在处罚对象之外,不能不说是一个问题。这一点,行为概念恐怕并不具有这种机能。限制国家刑罚权对思想本身的介入,就需要有针对思想表现行为不介入的限制条件,即需要有一个明确的国家刑罚权不得介入的范围,就完成这一使命而言,现在的行为论显然过于“消极”。可以说,这属于罪刑法定原则新的派生原则之一的实体的正当程序原则问题。^②第二,就“归属于人的意思”限定行为而言,比如在电车内呕吐,将他人的高级西装弄脏的情况下,由于不属于“行为”而无法处罚。问题是,既然有呕吐的前兆而不远离他人这一不作为(这也属于行为)等,先行或并行于“反射运动”的行为,一般不能成为处罚的对象,可见,这种界限机能也存在某种缺陷。第三,所谓界限机能,行为概念应当包括构成犯罪的所有行动样态。可以说,这一点正是有关行为概念的争论焦点。也就是说,由于犯罪包括不作为犯和过失犯,因此,行为概念应当包括这些行动样态,比如,就前述“外部性要求”而言,由于只是将外部的身体运动作为要件而不能包括不作为,因此,将身体的静止也同样视为是行为。但是,至少在自然主义的观点来看,不能将它作为独立于身体“存在”来把握,因此,基于自然主义的界定方法遭到否定,在这种情况下,从社会观点理解行为的社会行为论便应运而生。如果将身体的静止理解为“从社会的观点来看,没有实施所期待的运动”,就可以将静止作为人的外部态度的行为加以把握。另外,就“归属于人的意思”而言,如果要求人的态度必须是“基于现实意思”,那么,由于疏忽大意而忘记必要操作的过失不作为犯就很难说也是行为,正是因为这样,目的行为说将行为概念扩大到“意思支配可能”的范围。但是,目的行为论的这一主张,如果不采纳社会行为论的相应观点,恐怕很难说有说服力,正是这一原因导致了社会行为论发展成如今通说的结局。由于社会行为论主张人的行为的归属以“那人在进行着”这

^① 马克昌:《刑法中行为论比较研究》,载《刑法论文选萃》,中国法制出版社2004年版,第377页以下。

^② 有关实体的正当程序原则问题,可参见拙著《刑法总论争议问题比较研究I》,人民出版社2008年版,第73页以下。

一社会观点来把握,因此,主张没有必要一定要与“意思”发生关联。社会行为论的特点是,基于行为并非是“身体的动和静”,也能够解释行为概念。就这一点而言,界定行为的意义在于,尽最大可能将行为作为一种客观的外部特征来把握和理解。当然,基于社会的这种观点,并不一定完全能够排除主观性,在某种情况下,有可能过于重视主观性。这一点正是社会行为论的长处,同时也是某种缺陷。^①

(2) 作为基本要素的机能存在的问题点。在刑法理论中曾经发挥过重要影响的目的行为论认为,所谓行为,是指为实现自己目的的因果过程的认识和控制这一实现目的的活动,在此基础上,这种观点认为,行为性质是以违法性为基础而规定的刑法所评价的内容。也就是说,这种观点重视的是行为概念的基本机能。由于这种观点将意思内容视为行为的重要要素,认为故意行为与没有故意的行为是不同的“行为”,因此,作为针对行为的评价之违法性也不尽相同,即故意和过失都属于违法要素。就这一点而言,传统的自然行为论却将行为视为单纯的因果过程,因此,只要求行为基于什么意思而启动(归属于意思)这一点。自然行为论认为,意思只有启动因果过程的意义,意思内容并不属于行为要素,由于故意和过失并非行为要素,因此,也就不是违法要素而只是责任要素。而目的行为论则认为,正是由于行为是基于意思的积极的追求目的的活动,法律规范就对意思要求“不许实施活动”,违法性的把握就应以违反规范的意思和行为为基准,这是典型的基于以人的主观的活动本身为中心的行为无价值论的主张。这也符合故意和过失在违反规范的内容、程度上有很大区别的特点,因此,理应视为违法要素的逻辑。然而,目的行为论对作为结合要素的机能却未能给出令人信服的答案,即过失犯并没有将目的活动作为其要素,因此,不得不将其排除在行为概念之外。针对这一点,目的行为论的解释是,过失犯具有惹起构成要件结果以外的目的活动,因此,还是属于行为。但是,这不过是对形式意义上的行为性进行的解释,由于只是对没有通过意思掌控因果过程的单纯的因果意义上的结果视为行为,因此,不得不放弃这种学说的关键要素之“为实现自己目的的因果过程的认识和控制”性。^②

^① [日]酒井安行:《行为论》,载西田典之等编:《刑法的争论点》,日本有斐阁2000年版,第16页。

^② 同上书,第17页。

二、有关行为论的中外学说概观及评析

有关行为论的学说,在大陆法系刑法理论界有因果行为论、目的行为论、社会行为论、人格行为论以及消极的行为概念之争。英美法系则有控制理论,我国也有有关行为的独特理论。

(一) 因果行为论

因果行为论又称自然主义行为论,在这一学说的内部又可以分为身体动作说和有意行为说。

(1) 身体动作说。这种学说认为,行为是纯肉体的身体的动作,“关于意思是否存在、意思的内容如何这样”的心理的事实性要素,完全属于责任领域,从而,不论反射运动或物理的强制下的动作或熟睡中的动作,都可以解释为行为。这一学说被认为是彻底贯彻贝林格的初期的思想。后来有学者将意思的要素从行为概念中舍弃,主张行为只是“人的身体的动或静”。

(2) 有意行为说。这种学说认为,行为是基于意思的身体的动或静。这是传统的行为论。根据这一学说,所谓行为,是由“身体的动或静”这种外部的(客观的)要素即有体性(身体性)与“基于意思”这种内部的(主观的)要素即有意性而成立的。在这里,意思的内容从行为概念中被排除,而成为责任论的问题。即根据此说,意思的内容之故意、过失被认为是责任的心理的要素,作为有意行为的意思,内容如何在所不问,其认为行为是以某种意思为原因而惹起外部的动作,更以此外部的动作为原因而惹起结果的因果的必然过程。在这个意义上,有意行为说被称为“因果行为论”或“自然主义行为论”。在这一点上,身体的动作说,也不外乎是自然主义的、因果行为论。

这种学说的有关行为概念的特征有两点:首先是“有意性”,即行为必须是基于现实的意思决定,所以,反射运动、睡眠中身体的活动、无意识的动作、基于绝对强制的动作等,因为不是基于内部的意思,从而不是行为。其次是“知觉可能性”,认为行为不负担任何的意义、价值,应当是完全能够被感觉知觉的存在,从而行为被理解为物理意义上的运动和静止以及由此而惹起的外界的变动。这种行为概念,是将意思、身体的运动、结果三者,结合成为一体,而称之为行为。所谓行为,是对外界的有意的举动,更准确地说,是由于

有意的举动使外界变更的事实,即惹起变更(结果)或者不妨害变更的事实。^①因果行为论是将违法性的本质视为结果无价值的学说。

因果行为论认为,行为人的内在意思是中立、无色彩的,行为人只有以其外在的行动或静止,表现其内在意思使外界发生变动才是行为,至于意思内容并不重要,行为是主观的有意性和客观有体性的统一。这种学说在概念上具有较好的区别功能,能够很好地排除人以外的外界变动,也排除人的思想和精神反映以及人的无意识的身体动作。但是,这种学说有以下致命的缺陷:首先,目的行为论责难其仅将行为看成是根据单纯的意思决定而惹起的因果关系,其根本缺陷在于忽视了形成这一因果过程中的目的性。这主要是因为因果行为论所说的意志仅仅是行为之所以是行为的条件而已。然而,人类行为的物质并不在其以意志为条件,而是在其为追求某一特定目的意志所支配,因此,架构人类行为的意志不应只是一个任意的盲目的意志,而是一个有意的方向的意志,而因果行为论中所指描述的有意性来揭示意思的内容和程度,仅限于作为引起举止的意欲,没有什么实质意义,使有意性空置化。其次,因果行为论不具有分类功能。在不作为的情况下,行为人根本没有任何举动,特别是无意识的过失而产生的不作为(忘却犯)使得这种学说的主张者很难予以令人信服的解释,面临着承认非行为的犯罪和放弃因果行为概念中的意思限定要素。为了解决这一问题,实现学说的自圆其说,贝林格选择后者,认为不作为是运动神经的抑制,将作为概念变通为没有内容的抽象物——人的态度,如此导致行为概念的界限机能的完全丧失。而李斯特则认为,不作为并非身体的态度,而是指对结果的意志上的不阻碍。面对不作为等情形的挑战,因果行为论将行为的定义由人的意志所支配的身体行为扩大到人的意志所支配的举止,但这也只是词语上的转换,因为不作为无论如何不可能是一种身体的动作或物理力。因此在有体性上同样是矛盾而不可逾越。另外,因果行为论的行为概念过于宽泛,以至于与犯罪行为没有关联的举动也被当作行为来看,并因而丧失的是行为概念对确定犯罪应有的过滤功能。^②基于上述缺陷,目前在中外刑法理论界,几乎没有学者倾向于这一学说。

① 马克昌:《刑法中行为论比较研究》,载《刑法论文选萃》,中国法制出版社2004年版,第368页。

② [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第269页以下。范德繁:《犯罪实行行为论》,中国检察出版社2005年版,第26页。

(二) 目的行为论

由于因果行为论存在上述缺陷,于是出现了目的行为论。这一学说是由德国法学家威尔泽尔(Welzel)在20世纪30年代提出的。这一学说一经提出并由其创立者威尔泽尔在第二次世界大战后爆发后,迅速成为影响各国刑法理论界的有力学说。目的行为论认为,因果行为论将行为理解为外部的因果事实现象,将意思内容从行为中排除而作为责任问题是非常盲目的,因而不能把握行为的存在与构造。行为存在论的本质是目的行为,不是单纯的因果事物现象。因此,目的行为论声称,人总是预先确定目标并选择达成此目标的手段,进而使用选择的手段而向达成目标的方向努力,这种目的性才是行为的本质要素。威尔泽尔早先认为,“故意行为”具有“现实的的目的性”,“过失行为”具有“潜在的的目的性”。然而,由于目的性都是指向现实目标,故属于积极的概念,同样主张“目的行为论”的德国刑法学者尼泽(Niese)就从存在论的立场否认所谓“潜在的目的性”。为了解释过失的行为构造,威尔泽尔后来接受了尼泽的这一批判,提出“故意行为”是以“构成要件的结果为目标的目的行为”,“过失行为”中则存在以“构成要件的结果以外的结果为目标的目的性”,因为存在以法律上不重要结果为目标的目的性,因此过失也是目的行为。例如,护士为病人的止痛而注射吗啡,但因过失而超量,导致病人死亡。这种过失致人死亡的行为,是由有目的的注射行为所导致的,而不是有目的的致死行为。就是说,病人的死亡并非护士所意欲或期待的结果,而是由其有目的的注射行为所导致的结果,所以,过失行为也有目的性。目的行为论是将违法性的本质视为行为无价值的学说。

目的行为论的缺陷是:首先,关于不作为,由于它对结果没有因果性,不能根据意思支配因果现象,从而不可能是有目的的行为,所以,目的行为不能成为所有行动的上位概念。因此,威尔泽尔借用“行态”(Verhalten)这一概念作为包括作为和不作为的上位概念,此即在根据目的可能支配意思的能力的范围内人的积极的或消极的态度。对此,批判的观点认为,目的行为不能成为所有犯罪行为的上位概念,如果以“目的行为”或者“人的行态”为上位概念,已经丧失了作为“行为论”的意义。其次,目的行为论虽然对故意犯能够提供恰当的说明,但用来说明不以结果发生为目的的过失犯就有所牵强。因为过失犯的行为所引起的危害结果,根本不存在于行为人的目的范围之内。威尔泽尔为了自圆其说,仍然主张过失犯的行为也是刑法中的目的行为,不过他认为,过失犯具有可能的或潜在的目的性。这一主张受到批判后,他又改变说法,企图用“法律所要求的目的性”的观念来说明。认为在社会

生活中,为了避免某种法益被侵害,法律常常要求人们依某种目的性而行动,而行为人竟然违反这种法律的要求,没有被某种“目的所操纵”,以至于发生一定法益侵害的结果。不实施为了避免侵害法益所必要的目的性操纵,就是过失犯的本质。对此,批判的观点认为,然而,法律所要求的目的性,他的解释,不是存在论的范畴,另外,在行为概念中提出法律上无意义的目的性也是一个问题。^①曾经在刑法理论界风靡一时的目的行为论,渐渐失去支持者的主要原因恐怕就在于这种学说上述弊端。

(三) 社会行为论

由于因果行为论对不作为不能作出科学的说明,目的行为论不足以解释过失行为的本质,社会行为论便应运而生。这种学说认为,为了正确地理解行为,不能只从自然的物理的方面理解行为,而必须从社会意义上来把握。这种学说重视社会生活中的行为所具有的性质,主张“社会性”是行为概念的本质要素。这种学说认为,人在社会环境中的各种举动,有偏重于结果引起的,有偏重于不实施特定举动的,也有偏重于目的追求的。这三种形态的举动,欲在其本体结构上求得共同的概念,实非易事,而在价值判断上,并非没有相类似之处,即都属于具有社会意义的人的举动。因其对社会有意义,才为法律所关心,而视之为行为。比如,有观点认为,行为是社会上重要的人的态度,也有观点认为,行为是对客观上预见可能的社会的结果,在客观上支配可能的态度等。从这些定义可以看出,社会行为论认为,具有“由意思支配的可能性”和“对社会的结果预见可能性”就足以界定行为。换言之,在社会行为论看来,行为是法律上的观念,不是自然科学上的观念,一方面承认它是“因果的实现”,一方面还必须了解其与社会价值关系上的联系,无论是故意的还是非故意的,作为或不作为,只要是由来于人的有意识的社会的举动,都可能是刑法意义上的行为。

社会行为论从对社会有意义的角度探讨行为,将不作为和过失犯纳入到行为概念中,弥补了因果行为论和目的行为论的不足,具有积极意义,其界限机能十分明显,犯罪行为的所有表现形式都可以概括在具有社会意义的现象当中。但是,这一学说也并非完美无缺,主要是在行为概念的界限机能上存在一些问题,社会价值的评价本来应该是位于评价标准位置上的,是以行为

^① [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第271页。马克昌:《刑法中行为论比较研究》,载《刑法论文选萃》,中国法制出版社2004年版,第369页以下。