

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)

论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)

您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文

[> 论文精粹](#)

搜索

陈兴良：行为论的正本清源——一个学术史的考察

发表于： 2010-03-25 22:48 点击：452

行为论是犯罪论的核心内容，在刑法学中具有十分重要的意义。然而，在我国刑法学中行为论也是一个最为混乱的领域，是社会危害性理论的重灾区。近年来，随着德日刑法学构成要件论的引入，在行为论中逐渐去除社会危害性理论的遮蔽，出现了从危害行为到构成要件的行为这样一种初步但却有力的转变。当然，在行为论与构成要件论的关系上还有待逻辑上的厘清。本文以从危害行为到构成要件行为的发展为中心线索，进行学术史的考察。

我国古代刑法中并无行为的概念，犯罪被认为是触犯刑律的一种情形，更注重从法条上理解犯罪，而未能揭示犯罪的本体性要素。自贝卡利亚始，犯罪是一种行为，法律不惩罚意图的观念才逐渐深入人心。在此基础上，形成了大陆法系以行为为中心的犯罪论体系。我国近代刑法学中的行为概念，是从日本传入的。例如，日本著名刑法学家牧野英一的《日本刑法通义》一书1913年即由商务印书馆翻译出版，被介绍到我国，对我国近代刑法学起到了启蒙作用。在该书中，行为被视为犯罪要件的核心。牧野英一指出：

“若以行为为中心，而观察犯罪时，犯罪自主观的要件与客观的要件而成立。于主观的关系即为犯人之人格者与行为之关系者，须有责任能力及犯意（或过失）。于客观的关系即为结果（法益侵害）与行为之关系者，须有因果关系及行为之为不法之事。”

在以上论述中，牧野英一明确地把行为作为犯罪成立的要件，而且是核心要件，从而赋予行为在犯罪中的本体意义。我国民国时期的刑法学，一般都在行为的基础上讨论犯罪要件。论及行为，民国学者指出：

“行为者，人之身体动静也。构成行为之外形的要素，即人之身体动静。身体动静，指身体运动与身体静止而言。身体运动云者，筋肉活动（Muskelregung）之谓。身体静止云者，筋肉静止（Muskelruhe）之谓也。筋肉动静，包括四肢运动与夫以语言文书表示意思之一切动作在内，诽谤罪、恐吓罪，得以语言文书犯之，杀人罪、伤害罪、强窃盗罪，一切犯罪之谋议、教唆、帮助，亦然，至若以语言文书为杀人、伤害、强盗等罪之实行，则未之有也，是则含言文书得为犯罪之直接行为与否，惟有就各种犯罪之性质而决之耳。”

上述关于行为特征的描述，具有明显的自然主义特征，可见其受李斯特-贝林的实证主义行为论的影响之大。在民国时期，犯罪论体系尚未完全成熟，因而虽然在犯罪要件中强调行为的意义，但行为论仍然处于草创阶段。

及至20世纪50年代，我国开始转向苏俄刑法学，引入的是建立在社会危害性理论语境下的行为概念，这就是危害行为。可以说，危害行为是一个充满价值判断的行为概念。在苏俄刑法学中，当论及行为的时候，经常引用马克思的以下经典论断：

我只是由于表现自己，只是由于踏入现实的领域，我才进入受立法者支配的范围。对于法律来说，除了我的行为以外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。

马克思这段话具有客观主义刑法的色彩，对于反对主观归罪具有重要意义，它也为苏俄刑法学中行为概念的正当性提供了政治根据。当然，苏俄刑法学中的行为概念充满实质意蕴，成为社会危害性的载体。苏俄学者指出：

在法律承认某种作为与不作为犯罪的事实中，表现了该种作为或不作为对社会关系及制度的社会危险性。

同时，危害社会之作为或不作为，总是违反法律一定要求的行为。在我国的社会中，一切犯罪都是违反社会主义法律的一定规范。因此，犯罪，就其客观属性来说，不仅是社会危害行为，同时也是违法的作为或不作为。

上述论断强调了行为的社会危害性与违法性的统一性。苏俄刑法学中的违法性，是指刑事违法性，它与三阶层的犯罪论体系中的违法性是完全不同的。但苏俄学者对贝林关于构成要件与违法性这两个概念之间关系的学说作了以下重述并予以批判：

德国刑法者贝林，专著《犯罪学》（指《犯罪论》——引者注）的作者，认为属于犯罪构成的只有那些说明该犯罪特征的实际情况，违法则不属于犯罪构成。他认为违法乃是法律对行为的评价，并不是行为自身的属性。把违法性剔除于犯罪构成的范围以外——这种观点是与在德国法学者中间盛行的反动的康德主义观念具有联系的，是与“存在”与“应该”严格对立的思想分不开的。法律只讲应该与不应该。因此，在犯罪本身，只能把对行为之违法、不合法律规范要求的评价，列入作为“应该”部门的法律部门之内。在这样的认识之下，违法并不能成为表现法律的犯罪自身的客观属性之说明，而只是法院自己对行为的评价。此种理论之反动的政治意义，在于扩大资产阶级法院的裁量权，而破坏了资产阶级法制。

在以上论述中，苏俄学者十分明显地误读了贝林关于构成要件与违法性的关系。即把贝林的构成要件曲解为犯罪构成，然后指责贝林把违法性判断排斥在犯罪构成之外。在行为的问题上，苏俄学者批评贝林把构成要件该当的行为只是看作一些事实性特征，而不包含价值评判。这种价值判断，在苏俄学者看来就是行为的社会危害性与违法性。由于苏俄学者已经对违法性进行了改造，使其成为社会危害性的法律特征。因此，在行为的性质上，社会危害性与违法性是统一的。这样，苏俄学者就完成了从该当构成要件的行为到具有社会危害性的行为的转变。根据苏俄刑法学，在刑法中需要研究的是危害行为，不危害社会的行为不需要研究。因此，在确定某一个行为是否属于危害行为的时候，需要考察的并不是行为本身的事实特征，而径直就是行为的危害社会的性质。但行为危害社会的性质本身又不是行为所决定的，而是犯罪客体这一要件所决定的。在这种情况下，行为的价值判断又不是在行为论中完成的，而是依赖于犯罪客体。因此，在四要件的犯罪构成体系中，行为论是极为薄弱的，根本不可能展开深入的探讨。与此同时，危害行为与犯罪客体之间就出现了一种循环论证的关系。如前所述，行为的危害性取决于犯罪客体，而犯罪客体是指我国刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。犯罪之所以具有社会危害性，就是因为它侵犯了我国的社会主义社会关系。由此可见，犯罪客体并不是简单的社会主义社会关系，而是刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。“刑法所保护”这一特征，可以根据刑法规范加以认定。而“犯罪行为所侵害”这一特征则表明：一种刑法所保护的社会主义社会关系只有当它受到犯罪行为侵害的时候，才能成为犯罪客体。正如我国刑法教科书指出：

社会主义社会关系是客观存在的，如果没有被犯罪行为所侵害，还不能说它就是犯罪客体。犯罪客体和犯罪行为是紧密相连的。没有犯罪行为就谈不到犯罪客体；只有刑法所保护的社会主义社会关系被犯罪行为所侵害时，才能成为犯罪客体。例如，根据我国（1979年）刑法第132条的规定，杀人罪的直接客体是人的生命权利，生命权利是客观存在的，如果没有被犯罪行为所侵犯，就不能说人的生命权利是犯罪客体。因此，犯罪客体还必须是犯罪行为所侵犯的社会关系。

我国刑法学参照苏俄刑法学中的行为观念，在犯罪构成体系中，犯罪行为称为危害行为或者犯罪行为，对行为的事实判断与价值判断是在同一阶层完成的。例如，我国刑法教科书指出：

危害行为在每个犯罪构成中都居于核心的地位。只有某个人故意或过失地实施了刑法所规定的危害社会的行为，才能负刑事责任。如果没有实施这样的行为，那就没有犯罪构成，没有负刑事责任的根据。

以上论述强调了危害行为在犯罪构成中的重要性，这无疑是正确的。但在司法实践中如何认定某一行为是危害行为呢？换言之，行为的社会危害性如何认定？这个问题并不是在行为概念中解决的，而恰恰是犯罪客体的功能。也就是说，一个行为是否具有社会危害性，是由犯罪客体所决定的。我国刑法教科书指出：

一切犯罪都必然侵犯一定的客体。不侵犯任何客体的行为，就不会危害社会，也不能认为是犯罪。

按照以上论述的逻辑，行为可以分为两种：侵犯客体的行为与不侵犯客体的行为，前者具有社会危害性，后者不具有社会危害性。由此可见，犯罪客体在一定意义上又是被危害行为所决定的，如果没有实施对刑法所保护的社会主义社会关系，那么犯罪客体也是不存在的。因此，危害行为与犯罪客体是一种互相依存的关系，没有犯罪客体不存在危害行为，没有危害行为不存在犯罪客体。这种依存关系的逻辑，在逻辑学上是一种循环论证，即互为论据。危害行为靠犯罪客体这一论据加以证明，而犯罪客体又靠危害行为这一论据加以证明。其结果是：这种证明是极其不可靠的，也是极不充分的。不仅行为论得不到充分展开，而且犯罪客体论也难以深入研究。

超出刑法教科书，对刑法上的行为进行深度研究的，首推马克昌教授和鲍遂献博士的《论我国刑法上行为的概念》（载《法学研究》）1991年第2期）一文。该文将刑法上的行为与犯罪行为加以区分，从广义上界定刑法上的行为概念，指出：

我们认为可以把我国刑法上规定的各种行为，根据不同的标准区分为以下各种：（一）以是否基于意思的支配为标准，可以区分为有意行为和无意行为。（二）以是否包含结果为标准，可以区分为包含结果的行为和不包含结果的行为。（三）以是否具有社会危害性和刑事违法性为标准，可以区分为犯罪行为、非犯罪行为与排除社会危害性和刑事违法性行为（即权利行为）。

上述界定虽然在犯罪行为（即危害行为）的意义上，依然强调社会危害性和刑事违法性是本质特征，但从广义上理解行为，使刑法学中行为理论的视野大为开阔。另外，将排除社会危害性和刑事违法性的行为也纳入刑法上行为的范畴，并将其与犯罪行为相并列，这也是具有某种象征意义的。在四要件的犯罪构成体系中，将行为表述为危害行为，以此作为犯罪成立的基本要件，但又把排除社会危害性行为排斥在犯罪构成之外，在认定危害行为的时候，如果不考虑是否存在排除社会危害性行为，危害行为的成立还能是绝对的吗？因此，排除社会危害行为是对危害行为的否定性认定，本来应当在犯罪构成体系中予以考虑。当然，该文最大的理论贡献还是在于对行为本身的考察。作者在“刑法上的行为是否仅限于有意识的行为”这一命题中介绍了国外学者提出的三种不同学说：一是身体动作说，二是有意识行为说，三是目的行为说。虽然这是在刑法上的行为是否具有有意性的意义上引述上述关于行为的学说，并没有完整地涉及大陆法系刑法学中的行为论，但能够借鉴德日刑法学关于行为的理论来思考刑法上的行为概念，在一定程度上突破了苏俄刑法学对行为的限囿。

我国学者对行为进行深度研究的标志性成果，首推熊选国的《刑法中行为论》（人民法院出版社1993年版）一书，该书是在熊选国在其博士论文的基础上修订而成的。值得注意的是，在为该书所作的“序”中，马克昌教授把行为分为一般行为与刑法所指的行为，认为目前我国刑法学中，一般行为的定义，近似自然的行为概念；刑法上所指的行为的定义，则近似犯罪的概念。而且指出：刑法教材对行为论述一般篇幅不大，各种行为学说大都鲜有涉及，专门研究刑法上行为的论文也比较少见。可以看出，我国刑法学界对行为理论的研究还是一个薄弱环节。我认为，马克昌教授对我国行为论研究的评价是一针见血的。我国刑法学基本上没有行为论，行为论几乎被社会危害性理论所覆盖，这不能不说是一种悲哀。尤其是马克昌教授提出了一般的行为与刑法中的行为的区分，是极有见地的，在某种程度上触及到了我国行为论的命门。对此，我国学者曾经提出：

我国刑法学一般不抽象地研究行为问题。我国刑法理论一般只有“危害行为”的概念，而没有“纯粹行为”的一席之地。有的虽然没有使用“危害行为”这一术语，但也在危害行为的含义上进行阐释。

以上论述中的“纯粹行为”，也就是马克昌教授所说的“一般行为”，它是没有进入我国刑法学研究视野的。熊选国的《刑法中行为论》一书，虽然在整体上仍然坚持危害行为这一理论命题，在四要件的犯罪构成体系内考察我国刑法中的行为，未能摆脱社会危害性理论的束缚。但该书以大陆法系刑法学的行为论作为参考对象，将我国刑法中的危害行为纳入这一行为论的语境中进行研究，使其理论视野大为开阔。尤其是在危害行为的框架内对行为的一般特征进行论述，从而深化了对危害行为的理论把握。例如，熊选国在论及危害行为的事实判断时指出：

危害行为作为犯罪客观方面的一个要件，其认定也应与刑法规范相联系，进行价值评价。离开了法律规定，将其仅

视为一种中性的事实，自然难以得出科学结论。但另一方面，危害行为作为社会行为的一种，又具有人类一切行为的共同属性。其虽为法律概念，又必须具备一般行为的事实特征，如果仅仅研究其法律属性，忽视了自然属性，则危害行为又失去了存在的客观基础。因此，在规定危害行为的概念之前，确定其事实特征，无疑具有十分重要的意义。

上述对行为的法律属性与自然属性的区分，表明作者认识到了刑法上的行为具有不同属性，而这些属性是可以并存的，并且行为的法律属性应当以自然属性为基础。这一对行为的属性揭示，我以为是比对危害行为的政治解读更为深入的一种认识。对于行为的自然属性，熊选国归结为事实根据。并在这一层面上论及因果行为论、目的行为论、社会行为论与人格行为论，由此得出结论：刑法中的行为不仅系客观的存在也系主观的存在；不仅是一种事实判断，也是一种价值判断。作者侧重讨论了危害行为的事实基础，包括：（1）心理事实。（2）生物事实。（3）社会事实。（4）人格事实。在以上各点当中，行为的心理事实，是指行为的有意性。行为的生物事实，包括行为人的主体性，是人的身体动静。行为的社会事实，是指行为的价值性。行为的人格事实，是指行为的人身危险性。我以为，这是我国学者对刑法中的行为的一种较为全面的阐述。熊选国在该书中，对作为与不作为、原因上的自由行为等行为本体问题的探讨，都达到了较高的学术水平。当然，最为瞩目的是熊选国关于行为论在犯罪论体系中的地位和作用的论述，该书设专章讨论这个问题。这是我国学者第一次在犯罪论体系的意义上讨论行为论，因而也是我国对行为论研究的一个标志性成果。就总体结论而言，熊选国仍然赞同在我国刑法学体系中行为作为犯罪构成的组成部分——客观要件来加以论述的观点。因而未能从行为论上突破四要件的犯罪构成体系，但在其中还是吸收了大量大陆法系刑法学中行为论的学术资源，而这恰恰可以成为我们对行为论在我国刑法学体系中地位的进行思考的逻辑起点。

二

行为论从来就是刑法学的根基，然而如何理解刑法上的行为，也恰恰是刑法学中争议最大的一个问题。德国学者提出：

很久以来，刑法理论致力于回答这样的问题，即如何理解行为（Handlung）（行为是犯罪特征的所有其他问题讨论的出发点）。有些作者认为这种努力虽然没有什么收获，因为定义——如果人们还能找到的话——必须作出一般的规定，以致于它毫无体系价值。但是，作为构成要件该当性、违法性和罪责术语的连接点，行为概念看起来是必不可少的，即使“刑法解释论的骰子”在行为研究后期才能投下。

在行为论的演变过程中，受方法论的影响是巨大的。可以说，行为论成为刑法学方法论变化的风向标。从历史的发展来看，从存在论到价值论是行为论演进的一条基本线索。在这其中，因果行为论、目的行为论、社会行为论与人格行为论是行为论发展史上的四座里程碑。我国学者揭示了行为理论从存在论走向价值论的发展脉络。指出：

从行为理论在20世纪以来的演进过程中可以看到，行为观念中的物理因素在逐渐消解，或者说逐渐成为讨论内部的对象要素，而规范要素、评价因素则逐渐增多，行为概念的解释力也随之逐渐提高。从自然行为论、因果行为论直至目的行为论、社会行为论及人格行为论，行为成立的着眼点依“身体性”、“意思性”、“目的性”而至“社会重要性”及“人格性”的脉络而发展，由行为的事实存在及至行为的价值评价，颇清晰地形成一条由存在论的行为论——自然行为论、因果行为论及目的行为论，至价值行为论的行为论——社会行为论和人格行为论的发展轨迹。前者从物理空间的实证意义上认识行为，而后者则从一定的价值意义上来界定行为。前者从行为的外在特征或内在特征判断行为，仅局限于行为本体；后者则在理解刑法中的行为时需要人之外引入价值评价或者规范评价因素。这条轨迹同时也表证了科学主义（初期的自然主义）与人文主义在刑法学行为理论上的纠缠。

从存在论的行为论到价值论的行为论，这是对行为认识的一个逐渐深化过程。而正是在这一过程中，刑法学的理论得以推进。可以说，行为论的发展是刑法理论发展的一个缩影，行为论对于刑法学的发展起到了某种牵引的作用。

在存在论的行为论中，李斯特与贝林主张的因果行为论是最有代表性的，也是自然主义行为论的生动体现。李斯特强调行为的举止性，指出：

行为（Handlung）是相对于外部世界的任意举止（willkuerliches Verhalten），具体地讲：这一任意行为能够改变外部世界，不论是造成某种改变的作为（Tun），还是造成某种改变的不作为（Unterlassen）。

在上述行为概念中，李斯特强调行为在客观上的举止性与主观上的有意性，并且把外部世界的变动纳入行为概念，在有意义性与外部世界的变动性之间的关系描述为一个因果历程，因而称为因果行为论。通过行为的有意性，把与机械的

或生理上的强制有关的行为，即无意性行为排除在行为概念之外。同时，通过行为的举止性，能够客观地刻划行为的形象。使行为成为一种在经验上可以被观察，被掌握的自然现象，从而具有客观主义刑法的特征。根据这一行为概念，李斯特在1913年为《德国刑法典》修正案所提的建议，企图以自然科学的语言，精确地描述犯罪类型，因而侮辱罪应当这样规定：

一连串的喉结抖动，血脉喷张，引致他人不愉快的情绪者，为侮辱罪。处一年以下自由刑。

这是根据因果行为论对侮辱行为的最为传神的写照：只有喉结抖动，血脉喷张等生物特征，而没有价值判断。在这种情况下，法官几乎被塑造为一位医生。另外一位因果行为论者贝林也用肌肉来为身体举止作注解，认为作为是肌肉运动，而不作为则是肌肉静止。对此，德国学者罗克辛认为，如果人们把侮辱表示为符合构成要件的、违法的和有罪责的“对空气震动的激发和在被攻击者的神经系统中推动了心理过程”，或者将伪造证书表示为“应受刑事惩罚的肌肉紧张”，这样不仅听起来可笑并且它也是可笑的。当然，不可否认的是，相对于思想归罪来说，以因果行为论为基础的刑法理论具有历史进步意义。

目的行为论也是一种存在论的行为理论，只不过它对行为的关注从客观外在的身体举止转移到了主观内在的目的活动。在因果行为论中，虽然也强调行为的有意性，将意志活动作为行为的出发点。但因果行为论是注重结果的，即外部世界的改变，因而具有客观主义性质。而目的行为论则将行为的中心返还到人的目的性。正如德国学者指出：

目的行为论认为，人的行为不单纯是由意志支配的因果过程，而是有目的的活动。目的性（Finalität）是以人的能力为基础的，该能力是在一定程度上预见其因果行为的后果，并使用手段有计划地操纵向既定目标前进的过程。因此，引导因果事件的意志是“目的行为的支柱”，是“决定外部因果事件的操纵因素”。对行为的符合目的的操纵分为三个阶段：首先思想上要有目标，其次要选择实现目标所必须的行为方法，最后在现实事件的世界里实现行为意志。

如果说因果行为论还具有一定的机械性，那么，目的行为论则充满了主观能动性，使行为论从客观主义转向为主观主义。相对于因果行为论，目的行为论对行为的把握是更为深刻的。然而，目的行为论主要适用于故意的作为犯，对于过失犯与不作为犯难以适用目的行为论。

如果说因果行为论与目的行为论都从行为的本体要素出发揭示行为的性质，因而属于存在论范畴。那么，社会行为论就是在行为的描述中引入了规范评价要素。因而，社会行为论就是在行为的描述中引入了规范评价要素，因而转向价值论的行为论。在这个意义上说，社会行为论并非是建立在对因果行为论与目的行为论的全然否定的基础之上的，而毋宁说是以规范要素弥补存在论的行为论之不足。这里应当指出，社会行为论尤其与因果行为论之间具有渊源关系。因为社会行为论的首倡者施密特是李斯特的学生，并且在修订李斯特的教科书时在行为定义中引入社会性要素。社会行为论受到刑法学界的肯定，例如德国学者指出：

具体说，各种社会的行为概念的表现是相当不同的。但是，它们有一点是相同的，即它们都把社会这个概念看成是行为的核心因素。这样一种概念的好处是非常引人注目。它可以作为基础因素，因为所有的犯罪性举止行为的表现形成都能够很容易地标记为社会现象，并且，它在本质上比自然的和目的的行为概念更适合表现为连接因素，因为刑法性评价与在各种情况下都具有的社会性事件的联系，比与“肌肉运动”或者与在不作为时所缺乏的但是在过失构成行为中又不重要的目的性相比，能够具有更强的说服力。

相对于社会行为论是对因果行为论的价值补充，较为偏向于刑法客观主义，那么，人格行为论就是对目的行为论的价值补充，较为偏向刑法主观主义。应该说，人格行为论也是在德国刑法学界具有较大影响的一种行为论。

人格行为论把行为看作是人格的外在化，是对行为起支配性的东西。在对行为分析的逻辑上讲，人格行为论与目的行为论是存在共通之处的，都不是满足于对行为的外在特征的描述，而力图隐藏在行为的客观外表背后的支配性要素。这一支配性要素在目的行为论里是目的性，而在人格行为论那里则是人格性。日本学者大塚仁是人格行为论的有力倡导者，并在此基础上形成了人格刑法学。大塚仁指出：

人格行为论把作为行为主体性的表现的行为作为问题，可以说，是考虑到行为作为刑法评价的对象，不仅要受到构成要件符合性的判断、违法性的判断，而且也要受到最终的责任判断，这是立足于行为论的学说史发展方向所体现的适当理论志向。虽然作为刑法评价对象的行为必须是能够成为犯罪的行为，但是，关于犯罪成立与否的最终阶段的评价，是能否将责任归于行为人的判断。如后所述，所谓责任，是就其行为对行为人进行的道义非难，必须以能够负担这种道义非难的行为人自身的主体性为前提。

值得注意的是，大塚仁教授认为人格行为论是一种存在论的行为论，它所强调的是行为事实性行为的人格行为。正是在这个意义上，大塚仁教授反对目的行为论，认为它是经过某种刑法评价的规范性行为。但在这一问题上，同样是较为赞成人格行为论的德国学者罗克辛教授具有不同见解，罗克辛承认人格行为论具有规范性，属于价值论的行为论。罗克辛教授指出：

在这里发展起来的人格行为的概念，因此，——不同于自然的和目的的概念，但是与社会的和否定的概念有一致性——是一种规范的概念。这个概念是规范性的，其中，人格表现的标准从一开始就表明了决定性的评价方面。在行为的审查中，这个方面在法律上是必须具有的。这个概念在边界范围内，是根据一种与评价观点相适应的法律决定安排的，在这个意义上，这个概念也是规范性的。但是，这个概念不是规范主义的，因为它最准确地使生活的真实性一目了然，并且在任何时候都能够注意到最新的经验性研究的知识。

人格行为论到底是一种存在论的行为概念还是一种价值论的行为概念，这涉及对人格本身的理解。人格当然是一种心理结构，因而具有事实性，这一点是不可否认的。但是人格这种事实与肌肉运动与静止（因果行为论）或者目的活动（目的行为论）相比，在人格中当然更多地包含了规范评价要素。在这个意义上，毋宁说，人格是一种规范性的事实要素，同时具有事实性与规范性。但如果按照这个标准，社会行为论也是以事实性要素为基础的，同样不能否认其具有事实性与规范性。相对于只有事实性没有规范性的因果行为论与目的行为论而言，人格行为论与社会行为论一样，还是一种价值论的行为论。

值得注意的是，罗克辛教授在上述论题中提及否定的行为概念。对此，罗克辛曾经作过较为详细的说明，指出：

最近一段时间，有许多学者开始从各种角度进行努力，争取通过发展一个“否定的行为概念”，为犯罪理论提供一个新的基础。在所有这些理论中，决定性的观点可以简要表达为“可避免性原则”。它的第一个有影响的表达方式是卡尔斯提出来的：“如果一个行为人能够避免一个结果的发生，并且法律也要求他避免这个结果的发生，那么，只要他不避免而使这个结果发生的，就应当将这个后果归责于这个行为人。”然而，当卡尔斯在可避免性中仅仅看到一种行为构成的归责原则时，赫茨贝格就将这个原则第一次用作他表明为“否定的”，同时包容了作为和不作为的行为概念的基础。刑法的行为是在保障地位上所作的可以避免的不避免。

这种否定的行为概念，其所否定的是行为的事实性，而完全以规范要素来界定行为，是一种极端的价值论的行为概念。这种否定的行为概念，与英美刑法中的控制原则是极为相似的。美国学者对控制原则的核心内容作了以下说明：

一个人，如果他不能防止事情的发生，就是对事态不能控制。如果事态是行为，他应该能不为该行为；如果是后果，他应该能防止其发生；如果是意图，他应该能不具有这个意图等等。

美国学者认为控制原则更加清晰地表达了包含在犯罪行为要件中的正确含义，并用这个原则去取代犯罪行为要件。控制原则与上述否定的行为概念如出一辙，都是从否定的意义上论证行为的内容。这种行为概念完全是建立在规范性要素基础之上的，与传统的行为概念已经截然不同，因而只是个别说，并没有获得普遍的赞同。

从因果行为论、目的行为论到社会行为论、人格行为论，这是一条基本的发展线索，虽然不存在时间上的严格承续性，但大体上还是一相承的，由此可见大陆法系刑法学中行为论之发达。而这一切，在苏俄刑法学中是完全没有的。如前所述，大陆法系刑法学的行为论是一个从存在论的行为论到价值论的行为论的演变过程，目前占主导地位的是价值论

的行为概念。而我国刑法学中的危害行为这一概念同样也充满价值内容，也可以说是一个价值论的行为概念。那么，危害行为意义上的价值与社会行为论或者人格行为论意义上的价值究竟存在什么区别呢？这里涉及对行为评价的阶层性问题。在大陆法系刑法学中，对行为评价存在以下三个阶段：作为犯罪根基的行为、作为构成要件的行为与作为违法的行为。作为犯罪根基的行为是对行为的基础性把握，是犯罪构成的前提。这里涉及行为论与构成要件论之间的关系，将在下文探讨。我们现在所讨论的行为论，是在行为的第一层次上讨论的，尽管它具有价值性，但这种价值只是一般社会观念上的价值。相对于构成要件行为所具有的形式违法性与违法性行为的实质违法性的价值内容，行为论中的价值仍然是非价的。而我国刑法学中的危害行为，这里的危害性评价，相当于大陆法系刑法学中的实质违法性评价。因此，我国在行为理论上，根本就没有作为犯罪根基的行为与构成要件行为这两个层级的内容，在对行为的理论研究中，突出了其社会危害性，忽视了行为论与构成要件的属性，没有区分阶层性，因而未能建立起我国刑法学中的行为论。

随着德国刑法学知识在我国的传播，行为论的内容也不断丰富，并且逐步地对行为区分出不同层次，从而推进了行为理论的研究。例如我在《刑法哲学》（中国政法大学出版社1992年版）一书中，提出了客观危害的内在结构是行为事实与价值评判的统一的命题，并在行为事实的名目下对行为理论予以展开，尤其是论证了“无行为则无犯罪亦无刑罚”这一法谚。我指出：

行为是生物的基本特征，在某种主义上可以把行为与生命相提并论，没有行为也就没有生命。历史上，许多哲学家都十分关注人的行为。笛卡尔认为，生物的某些自发性动作才具有外显性，行为有时与外显活动有一定的关系。从这一观点出发，人们初步揭示了行为的生理机制，这就是把行为过程看作是一个刺激的反应过程。外诱因被称为刺激，由它引起的行为叫做反应。对行为的深入研究，形成了行为科学，它为刑法中行为的研究提供了科学根据。刑法中的行为，虽然是一种犯罪的行为，应当受到刑罚处罚。但它仍然具有人的一般行为的特征。

在以上论述中，我对刑法上的行为，从一般行为的意义上加以研究。这里的一般行为，指的就是事实意义上的行为，并从心素与体素两个方面作了探讨。在行为人价值评判中，对大陆法系刑法学中的自然行为论与社会行为论之争作了评述，并对苏俄刑法学按照社会危害性对行为进行评判的问题作了论述。从以上我对行为论的叙述来看，试图厘清事实意义上的行为概念与价值意义上的行为概念之间的关系，但两者之间到底是一种什么关系，尤其是行为与犯罪构成之间的关系，都还是较为模糊的。此前，在《本体刑法学》（商务印书馆2001年版）一书中，我在罪体一章中设专节讨论行为，尤其是对行为理论进行了系统探讨。经过对各种行为论的比较分析，得出了以下结论：

我赞同社会行为论与人格行为论相融通的观点，即一种人格与社会相统一的复合行为论。在这种复合行为论中，人格是行为主体自身的因素，尽管这种因素也是由一定的社会环境造成的。社会是对行为主体的评价因素，这种评价是在一定的人格支配之下的行为，而不是单纯的因果行为或者目的行为。

除此以外，人格行为论在我国获得了张文教授等学者的力挺，并试图在此基础之上建立我国的人格刑法学。张文教授等对我的复合行为论提出了批评，并认为其实质上仍然是人格行为论的变种。之所以坚持人格行为论，主要是基于二元论的犯罪论体系。张文教授等指出：

人格行为论也是一种基于价值论立场的行为论。它是以人格为中心展开的，是建立在事实与价值综合评价基础上的理论。它不仅关注当下的行为，而且还要追溯支配着这种行为的内在人格，使行为真正成为人的行为。将行为人“这一犯罪概念的基底”（大塚仁语）的要素注入行为概念中，实现了对客观主义行为概念的合理与改造；与此同时，行为与行为人的融合，也为在犯罪论中坚持犯罪本质二元论提供了立论根据。

对于人格行为论的格外亲睐，当然是与作者所坚持的人格刑法学的立场有关的。无论如何，在行为论的问题能够展开讨论，这本身就是一件十分可喜的事情，而这在苏俄刑法学四要件的犯罪构成的框架内是不可想象的。

三

在行为论的讨论中，意义最大的也许是行为与构成要件之间的关系。而这个问题的解决，直接关系到行为论在刑法学中的体系性地位。这个问题的核心是行为是否属于犯罪论体系的独立要素？对此，存在三分说还是四分说的争论。日本学者大谷实曾经作过以下描述：

成立犯罪，必须具有行为、构成要件、违法性以及有责任这四种要素或要件。对这些要素或要件的相互关系进行系统讨论，就是犯罪要素体系化的课题。关于犯罪要素的体系化，有（1）将行为作为犯罪论的基础，把构成要件符合性、违法性、责任作为犯罪的成立要件的三分说的立场；（2）因为构成要件符合性的判断和违法性不可分割开来，因此，将构成要件放入违法性之内，主张采取行为、违法性（不法）、责任的三分说的立场；（3）赋予行为独立的体系性地位，主张采取行为、构成要件符合性、违法性、责任的四分说的立场之间的对立。

以上三种观点，都主张行为论是刑法学的重要内容，但对于行为论是否纳入犯罪论体系，即犯罪构成体系，存在不同见解。因此，虽然大谷实教授列举了三种见解，但就行为论是否纳入犯罪论体系，实际上只有两种观点，肯定说与否定说。而这些观点的纷争，又与犯罪论体系有关。

在李斯特—贝林的古典派犯罪论体系中，对于行为在犯罪论体系中的地位不是十分确定的，可以说是语焉不详。例如李斯特虽然把犯罪定义为符合构成要件的，违法的和有责的行为。但在犯罪成立要件中，分别以作为行为的犯罪，作为违法行为的犯罪，作为有责行为的犯罪为题加以考察。尤其是在作为行为的犯罪的标题下有以下这样一个注释，颇能反映作者对于行为论的立场：

本章以一般的行为概念为出发点，尽可能地不涉及行为的法律意义，因为犯罪是一个特定的相似的且作相应评价的行为。因此，行为是一个类概念，其特征必须在种概念的不同特征得到确定之前确定之。

由此可见，李斯特不是在构成要件的意义，而是在事实意义上论及行为，把行为看作是法律评价的对象。同样，贝林也是把行为置于构成要件之前，指出：

在方法论上，人们按照合目的的方式提出了六个有此特征的犯罪要素，其顺序和结构为：“构成要件符合性”需要置于“行为”之后，然后依次就是“违法性”—“有责性”—“相应的法定刑罚威慑”—“刑罚威慑处罚的条件”。构成要件符合性应当是先于违法性和有责性的，这样后续其他概念才能完全定义于刑法意义上。

在贝林看来，行为是犯罪的根底，是构成要件的评价对象。在确定存在行为以后，再进行构成要件该当性的判断，在这一判断中，行为仍然是判断的对象，凡是符合构成要件的，就是构成要件的行为。德国学者对古典学派的犯罪论体系作出了以下评论：

古典犯罪概念是从法学实证主义（*rechtswissenschaftlicher Positivismus*）的法学思考方式出发的。对此人们理解一种被严格限制于制定法及其解释的见解，该见解试图解决所有具有概念—体系论点的法问题，而哲学评价、心理学认识和社会学事实应当被排除于法解释论之外。这就产生了人的行为特征的一个极端形式的画面，该人的行为特征是在犯罪概念构成中需要考虑的。自然主义理解的行为、客观—叙述性理解的构成要件、客观—规范限制的违法性界限和主观—叙述性理解的罪责之间应当加以区分。

因此，古典派的犯罪论体系是将行为作为前置性要素的。此后，新古典派的犯罪论体系、目的论的犯罪论体系虽然在违法与责任等方面作了重大调整，但始终还是把行为作为犯罪的基础概念。在这种情况下，行为论是与犯罪论体系并列的，在逻辑上是前置于犯罪论体系的，并将行为概念贯穿犯罪论体系。对这一安排提出批评的是日本学者小野清一郎，他不赞同把行为当作法律的构成要件的评价之前的东西来考虑，认为这是一种历来行为论的通病，是一种“纯粹”行为论。小野清一郎提出：

在刑法上所考虑的行为，是构成要件的行为，这种行为也是伦理性质的行为。刑法学也不能不把这一点作为构成要件中的核心要素来提出问题。与构成要件无关的行为，在刑法学中也没有考虑的必要。历来的刑法学者，几乎都是先于构成要件的（纯粹的）行为论出发，而与忽视行为的伦理意义和法的意义的实证主义和自然主义思想相结合，不仅如此，在体系上也陷于失误。

刑法上的行为，归根到底就是构成要件的行为，即符合构成要件的行为，而这就是刑法中的犯罪的“实例”。

在构成要件中，不法行为的社会类型被当做法律概念加以规定，它是一种观念形象，是抽象的定型。然而，它也并不单纯是观念性的、抽象的，而是现实生活中直观的、活生生的、充满意义的观念形象。当某个具体的、个别的行为事实符合它时，那就是犯罪的实行，进而成为构成犯罪的行为。

这样，小野清一郎就把行为论纳入犯罪论体系，作为构成要件的内容，使之成为构成要件的行为，也就是小野清一郎所说的实行行为。由此就形成了行为论独立于构成要件论，从而将行为区分为一般意义上的、自然或社会的行为与构成要件的实行行为的双重行为概念；或者将行为论纳入构成要件论，在构成要件论中同时讨论一般定义上的行为与构成要件的行为的单一行为概念，并演化成不同结构的犯罪论体系。至于主张行为、违法与责任的犯罪论体系，例如西原春夫所主张的，实际上把构成要件论并入违法性，从逻辑关系上来说，这里的行为论仍然是先于构成要件论的，只不过把行为论纳入了犯罪论体系。日本学者将这种观点称为是一种较为折中的观点，例如日本学者指出：

犯罪成立的第一要件到底是行为还是构成要件该当性，将行为作为犯罪成立第一要件的犯罪论体系叫做行为论。而将构成要件该当性作为犯罪成立的第一要件的犯罪论体系则叫做构成要件论。行为论将没有构成要件该当性外衣的“裸的行为”作为独立的犯罪成立要件，而构成要件论行为，行为只不过是构成要件的一个要素，将其纳入构成要件该当性的判断中即可。然而，最近引人注目的是一种新的观点，即消解前两种观点的对立，重视作为犯罪论的存在基础的行为，在构成要件该当性之前单独记述行为的犯罪论体系。

从目前德国刑法学教科书来看，大多都是在构成要件之前讨论行为，如果将构成要件并入违法性，则是在违法性论之前专门讨论行为，而仅仅在构成要件该当性中讨论行为的，只是个别学者。以下以德国学者罗克辛教授和日本学者大塚仁教授的刑法教科书为例加以说明。

罗克辛教授是目的理性的犯罪论体系的创造者，该体系在结构上仍然坚持三阶层的历史传统，罗克辛还引用了威尔泽尔的以下格言加以说明：

我认为，把犯罪分解为行为构成（指构成要件一引者注），违法性和罪责这三个因素，是信条学在过去两代人或者三代人中取得的最重要的进步。

但罗克辛在三阶层的犯罪论体系之前设专章讨论行为概念。罗克辛认为行为是全部应受到刑事惩罚的举止行为的表现形式的上位概念，它贯穿于整个定罪过程。罗克辛指出：

行为应该与具体的犯罪范畴相互联系，从而使行为在犯罪构造的每个阶段重新出现，并且通过附加的属性成为一个更加准确的标志。然后，行为就作为这种标志被确定，并且作为具有行为构成符合性、违法性、有责性和应受刑事惩罚的行为，被更加丰富的价值称谓所修饰。行为的概念应当就这样贯穿于整个刑法体系之中，并且在一定程度上成为这个体系的支柱。

在罗克辛看来，行为是主语，而构成要件该当性、违法性和有责性都是用来定义行为的，使行为的价值内容更加丰富，是行为的修饰语。行为概念是要排除那些“无行为”（*Nichthandlung*），其本身是中性的，经过构成要件、违法性和有责性的三重评价，最终完成从中性的行为向犯罪的行为的转变，这就是一个定罪的过程。

大塚仁教授是在犯罪概念中讨论行为的，这一点较罗克辛教授对行为论在刑法学体系中的地位更为明确。大塚仁教授认为行为是犯罪概念的基底，在分析、研讨各种犯罪成立要件之前，必须考察应该位于其基底的要求，即行为。大塚仁教授还引用德国学者的论述，对行为的机能作了以下分析：

迈霍弗（Werner Maihofer, 1918—），把行为概念的基本机能区分为作为基本要求的机能，作为结合要素的机能和作为界限要求的机能。所谓作为基本要求的机能，是指逻辑意义的机能。即在刑法判断的范围内，作为记述性确认或者规范性评价而考虑的所有宾语和附加语都必须回溯到行为这一共同概念之上；所谓作为结合要素的机能，是指体系意义的机能，即在构筑犯罪的体系时，把违法、有责、可罚性这种无价值判断结合在一起；所谓作为界限要求的机能，是指实际意义的机能，即把刑法上完全不重要的形式不视为行为，一开始就将其置于刑法考察的范围外。可以大致地承认

刑法中的行为观念具有这些机能。但是,关于作为犯罪概念基底的行为,其中,特别应该作为问题对待的,是作为界限要素的机能。它不外乎是刑法评价为犯罪的前提,是作为刑法评价对象的行为。

行为既然是评价对象,它与评价标准或者评价过程是不同的,两者不可混淆。从这个意义上来说,大塚仁教授在犯罪概念中讨论行为是具有其逻辑上的妥当性的。因为犯罪是构成要件该当、违法且有责的行为。构成要件、违法和有责都是用来定义行为的,行为是实体存在。因而在犯罪概念中讨论行为问题,在此基础上再通过三阶层对行为加以判断。

如前所述,我国刑法学中没有行为论,也没有行为论存在的逻辑空间。而在介绍大陆法系刑法学中的行为论时,往往十分容易发生阶层上的混淆。例如我国学者在对因果行为论、目的行为论、社会行为论和人格行为论进行点评以后提出:

总之,上述各种行为理论中,没有一种既能够概括说明危害行为的本质及其全部表现形式,又能够将非危害行为排除于其概念之外。

实际上,上述各种行为论与危害行为根本不是同一层次的概念。行为论的机能是排除“无行为”,即发挥行为的界限机能。而危害行为是一个已经作过价值评判的概念,相当于三阶层的犯罪论体系中具有构成要件该当性与违法性的行为。以危害行为的观点来评价行为论,其不对接是显然的,这里包含了对大陆法系刑法学中行为论的重大误读。

实际上,我国学者也开始意识到危害行为概念的狭窄。因此,行为理论研究的路径是扩大行为范畴,即从危害行为到刑法上的行为,从狭义行为到广义行为。例如我国学者指出:

既然我国刑法理论中关于刑法中行为概念的研究对象范围过窄,加之现在的研究理论中又有一系列的可议之处,因此,倒不如从行为概念中摒弃意思要素,而直接用具有社会危害性的身体动静来概括行为概念,对于我们统一对行为的认识,以减少理论上种种不必要的争议,或许更加适当一些。

我国学者之所以将意思要素从危害行为中排除,是想使危害行为仅仅作为客观危害的载体,而不包含行为人的主观因素在内,但危害行为中的意思要素指有意性,其目的是要排除无意识行为,它与故意或者过失等主观要素完全是两回事。只要存在危害行为的概念,行为论就难以容身。例如我国学者明确指出,把行为论独立于犯罪构成之外,无多大实际意义。因此,如果不对犯罪构成作结构性调整,即使修改危害行为的概念,或者引入广义的刑法上行为的概念,也解决不了我国刑法学中行为理论面对的窘境。

正是看到了危害行为这一概念存在的缺陷,我国学者对其提出了否定性见解,指出:

在犯罪构成理论中只能以构成要件行为或实行行为作为研究的对象。我国刑法学中的危害行为并不必然是构成要件行为,在犯罪构成要件理论中使用“危害行为”这一概念,不对其加以限制,有损犯罪构成要件的界限机能。再说,作为犯罪成立评价机制的犯罪构成要件,本身并不对实行行为以外的行为进行评价,非实行行为只对量刑有影响而对定罪没有影响,如果将实行行为和非实行行为合并起来作为犯罪构成客观要件的基础,实质上是在犯罪构成要件中将定罪和量刑这两种不同的机能合二为一。

此外,在刑法中使用“危害行为”这一术语也不够精确。顾名思义,“危害行为”就是对社会有害的行为,但是,行为符合客观要件而总体上对社会有益无害的事实不胜枚举,比如正当防卫行为、紧急避险行为、依法执行命令行为都是总体上对社会有益的行为。如果认为这些行为都属于“危害行为”,无疑是不合乎文义的。因此,本书主张在刑法学中应当取消“危害行为”这一术语,而以“刑法中的行为”替代;在犯罪构成理论中则使用“构成要件行为”或“实行行为”,不宜使用“构成要件的危害行为”。

以上观点与那些在保留危害行为这一概念的前提下,区分广义上的行为概念与狭义上的行为概念的观点还是存在区别的。应该说,以上主张以“构成要件行为”的概念取代“危害行为”的概念,是有其可嘉之处的。但这样做的结果,是否定了行为论。即只有构成要件的行为论,而没有一般意义上的行为论,这也同样会带来逻辑上的不协调。值得注意

的是，在以上论述中，既批评危害行为的概念过窄，又批评危害行为的概念过宽。以上批评看似矛盾，但它却是我国刑法学中危害行为概念所处的窘境的真实写照：就危害行为不能包括正当防卫行为等正当行为而言，它是过窄的。就危害行为包括侵害客体，甚至包括罪过而言，它是过宽的，而这一切都是对行为概念没有分为阶层进行考察所造成的。因此，这不是取消危害行为概念，代之以构成要件行为就能克服的。

那么，我国刑法学中是否应当建立独立于犯罪构成的行为论呢？对于这个问题，我国学者以往是极少考虑的。但也有个别学者通过对中国犯罪论体系的比较，一针见血地指出，我国刑法学由于混淆了行为论与犯罪论，因而导致了行为论与犯罪论的机能都无法实现。因而认为有必要分离行为存在论和作为行为属性论的犯罪论，在我国刑法学中确定独立存在的行为论。应该说，以上观点是极有见地的。因此，行为论问题不仅涉及犯罪构成体系的调整，而且涉及犯罪概念的重构。我国目前的犯罪概念，主要讨论的是犯罪特征，包括社会危害性、刑事违法性与应受惩罚性这三大特征。在这个意义上说，犯罪概念论不如称为犯罪特征论。在以上三个犯罪特征中，社会危害性是犯罪的本质特征，其他两个特征是被社会危害性所决定的形式特征。基于实质决定形式的原理，我国刑法中的犯罪概念虽然是包含了实质与形式这双重内容的混合概念，但实际上是犯罪的实质概念。在这个意义上，犯罪特征论又等同于犯罪本质论。因此，社会危害性成为犯罪概念理论的核心。虽然我国刑法关于犯罪概念的规定，也将犯罪称为一种行为，但对于行为本身并没有获得刑法学的理论共鸣。在这种情况下，我认为应当把行为论当作犯罪概念的根基，在犯罪概念中加以深入展开，从而为犯罪构成论提供理论前提，从而理顺犯罪概念与犯罪构成之间的关系。

这样一种在犯罪概念中注入行为论的内容的观点，我国已有个别学者主张。例如我国学者建构罪状论—不法论—罪责论的犯罪论体系，其罪状论对应于构成要件该当性，不法论对应于违法性，罪责论对应于有责性。由此可见，这是大陆法系三阶层的犯罪论体系的本土化表述。在论及犯罪概念的基底时，我国学者指出：

犯罪概念的基底是行为，这是没有疑问的。行为可以分为罪状中的行为（作为罪状要素的行为）与先于罪状的行为（裸的行为）。作为犯罪概念基底的行为，是裸的行为（即先于法律的行为）。“构成要件行为概念的确应和行为概念分开，也是可以分开的，而先于法律的行为概念并非没有存在价值”。先于法律的行为不是独立的犯罪成立要件，但这并不意味着裸的行为在刑法上不具有重要地位。没有行为，就没有犯罪，裸的行为是犯罪成立理论得以搭建的平台，这就是先于法律的行为的刑法意义所在。

借鉴大陆法系刑法学，在犯罪概念中研究行为论，我以为是正确的，这也必将对我国刑法学中的犯罪概念论提出挑战。

四

如前所述，构成要件的行为与行为论中的行为是不同的：行为论中的行为是纯粹的行为或者称为裸的行为，其功能在于排除“无行为”或者“非行为”，从而实现行为概念所应当具有的基本要素机能。而构成要件的行为是规范意义上的行为，是依据刑法规定认定的，其功能在于排除那些不具有构成要件该当性的行为，从而实现罪刑法定主义。因此，构成要件行为是犯罪论体系的研究对象。我国传统的四要件的犯罪构成理论，在危害行为这一概念中，既没有行为论的地位，也消解了构成要件行为的概念。因为危害行为所侧重的是对行为的价值评判，而忽视了行为的事实认定与规范评判：行为的事实认定是行为论提供的，行为的规范评判是构成要件论提供的。在我国刑法论著中，较为简明的刑法学教科书，只有对危害行为的十分肤浅的解说，而较为深入的刑法专著，则是把行为的事实特征、规范特征与价值特征合为一体地讨论，造成逻辑上的混乱。例如，我国学者提出了构成要件的危害行为的概念，提出：

构成要件的危害行为，是指某种犯罪不可缺少的实行行为。在这里，犯罪的实行行为与构成要件的行为实属同一概念，因此，弄清什么是实行行为，什么是非实行行为，对于判断某一具体行为是否构成要件的行为，具有重要的意义。

构成要件的危害行为这一概念包括了行为的规范要素（构成要件）与行为的价值要素（危害），两者混同在一个概念之中。那么，危害是由构成要件所决定的还是构成要件是由危害所决定的？这个问题涉及形式判断与实质判断的关系，上述的构成要件的危害行为的概念并没有为我们提供对这一问题的回答。其实，在构成要件的危害行为这一概念中，涉及行为、构成要件与危害这三个要素，分别是事实、规范与价值的要素。在大陆法系三阶层的犯罪论体系中，是否属于行为这一事实判断是由犯罪概念中的行为论承担的；是否属于构成要件行为这一规范判断是由构成要件论承担

的；是否属于危害行为这一价值判断是由违法论承担的。并且，在上述三种判断之间存在递进式的位阶关系，从而使判断有序地层层展开，具有逻辑上的明晰性，能够最大限度地保证判断的准确性。而我国在危害行为这一标题下所进行的关于行为的讨论，则多有混淆之处。当然，上述学者提出实行行为这一概念，仍然具有重要意义。实行行为，就是构成要件的行为，属于在行为论的事实判断基础上对行为所作的规范判断。在危害行为的框架中展开构成要件行为的论述，在逻辑上是不顺畅的。当然，这也表明德日刑法学是如何顽强地“入侵”苏俄刑法学体系下的危害行为论。近些年来，我国刑法学界在实行行为的名义下从事构成要件行为的研究，并且取得了进展，这是值得充分肯定的。

我国刑法学因受苏俄刑法学的影响，在犯罪构成中长期采取危害行为的概念，注重对行为的价值评判而遮蔽了对行为的概念，而实行行为的概念是此后才发展起来的。耐人寻味的是，实行行为的概念最初是从共同犯罪理论中采用的。开始的时候，对共同犯罪的客观方面的论述，采用的是共同犯罪行为这一概念，但在共同犯罪行为概念中并没有论及实行行为。我在论述共同正犯的论文中，较早提出了共同犯罪的实行行为的概念，并在与帮助行为相区别的意义上论及实行行为。此后，我又将共同犯罪行为细分为实行行为、组织行为、教唆行为与帮助行为，后三种行为合称非实行行为。由此形成实行行为与非实行行为的对应，在论及实行行为时，我指出：

实行行为是刑法分则规定的具体犯罪构成要件的行为。实行行为在共同犯罪中起着决定性的作用，其他共同犯罪人的犯罪意图都是通过实行行为来实现的。因此，实行行为不仅决定了共同犯罪的社会危害性程度，而且也在一定程度上决定了其他共同犯罪人的刑事责任。所以，我们完全可以说，没有实行行为就没有共同犯罪行为。

在共同犯罪框架中讨论实行行为，主要目的是为非实行行为的认定提供某种标的物。实际上，实行行为应当在犯罪构成中解决，共同犯罪论重点是阐述非实行行为。在这个意义上说，在共同犯罪中讨论犯罪的实行行为是存在局限性的。实行行为从共同犯罪论回归构成要件论，这是一个逐渐的过程。在20世纪90年代，我国学者在危害行为的分类中纳入了实行行为与非实行行为的类别，认为实行行为是指刑法分则所规定的某种具体犯罪构成的要件行为。此后，在21世纪初，我在《本体刑法学》一书中将行为的实行性作为行为特征之一，在规范意义上论及构成要件中的行为，指出：

行为的实行性，是指作为罪体之行为具有实行行为的性质，是刑法分则所规定的构成要件的行为。实行行为是刑法中的一个基本概念，对于理解犯罪构成具有重要意义。我们在刑法一般意义上所称之行为，均指实行行为，它存在于罪状之中，是以具体的犯罪构成要件为其栖息地的。刑法理论中行为的概念，就是从中抽象出来的。相对于实行行为而言，还存在非实行行为，例如预备行为、共犯行为（包括组织行为、教唆行为和帮助行为）。这些非实行行为不是由刑法分则规定，而是由刑法总则规定，以此区别于实行行为。因此，只有从构成要件的意义上，才能正确地把握实行行为的性质。

我在以上论述的注释中提及日本学者大塚仁教授关于实行行为的以下论述：实行行为，可以解释为作为符合构成要件的构成事实的具体性行为。由此可见，大塚仁教授的实行行为的观念对我具有重要的启发性。当然，从构成要件的意义理解，还是称为构成要件行为更为贴切。当然，由于在与危害行为相分离的意义上，实行行为这一概念逐渐为我国学者所接受，在犯罪构成的客观要件中，越来越多的刑法教科书不再称危害行为，而是改为实行行为。例如，张明楷教授《刑法学》第1版仍称危害行为，只不过认为危害行为在刑法上具有双重含义：一是指作为犯罪客观要件内容的行为；二是指具备法定犯罪构成的犯罪行为。而在犯罪构成客观要件中探讨的是前一种意义上的危害行为，即暂时排斥行为主体与行为意识之后的行为，仅有这种意义的行为还不能构成犯罪，但如果没有这种行为则绝对不成立犯罪。在此，张明楷教授已经意识到危害行为这一概念缺乏阶层性所造成的理解上的混乱，因而区分为两层含义：第一层含义实际上是指构成要件的行为，第二层含义是指经过违法性评判以后的法益侵害行为。张明楷教授强调在犯罪构成客观要件中研究的是第一层含义上的危害行为，当然在这层含义上仍然存在裸的行为与构成要件行为之间的混同。在上述《刑法学》第3版中，张明楷教授已经摒弃了危害行为的概念，直接称为行为，而在行为又重点讨论了实行行为。当然，张明楷教授对实行行为持实质解释论，认为对于实行行为这一重要概念，不能仅从形式上认定，还必须从实质上考察。此外，曲新久教授在早期著作中虽然把犯罪的客观构成要件行为界定为刑法可以归责的客观危害行为，但已经较为关注行为的事实因素（心素和体素）和行为的规范因素（违反刑法禁止性规范），在一定程度上消解了行为的价值性判断。在新近出版的刑法教科书中，曲新久教授把犯罪成立要件分为客观罪行之主观罪责。在罪行之中，核心要素是实行行为，即刑法分则条文中罪状所规定的能够直接造成法益损害结果的行为。

尤其值得注意的是，周光权教授在其刑法总论教科书中，迳直把犯罪客观要件中的行为称为实行行为，其中讨论了作为犯罪成立要件上位概念的“裸的行为”，并在此基础上讨论了刑法分则具体罪名中所定型化的实行行为。在实行行为的注脚中，说明了以实行行为取代危害行为的理由，周光权教授指出：

国内有的教科书适用的是危害行为概念。危害行为是含义很广的概念。例如，甲的行为导致乙死亡，如果需要追究其刑事责任，我们就会说，甲的行为是危害行为。但是，甲究竟实施了何种危害行为，还不明确。所以，需要进一步讨论其是否属于故意杀人罪还是故意伤害致人死亡，还是过失致人死亡的“实行”行为。因此，实行行为是刑法分则特别规定的危害行为，是狭义的危害行为。由于危害行为概念比较笼统、比较含混，所以，在讨论犯罪成立要件的时候，应当使用实行行为概念，而不是危害行为概念。

从危害行为到实行行为，这不仅仅是一个概念表述问题，而是浸入了对刑法上的行为的不同理解。尤其是实行行为这一概念在刑法教科书的体系性地位的确立，表明我国刑法学逐渐地从苏俄刑法学的“危害行为”的桎梏中摆脱出来，吸收德日刑法学关于构成要件行为的学术资源，从而推进了我国刑法学中的行为理论的发展。从危害行为到实行行为，这样一条清晰而明快的演进线索，使我考察刑法学术史的目光为之一亮：这不是一种“发现”，而是活生生的“存在”，这也正是历史的魅力。

应该说，刑法教科书对于实行行为的讨论还是较为肤浅的，它的意义在于实行行为在刑法学中体系性地位的确立。而对实行行为的深入研究，则有赖于学术专著。值得欣喜的是，近年来我国刑法学界推出了一系列以博士论文为主体的实行行为的研究专著，从而进一步深化了我国对实行行为的理论研究。这些专著是：1、范德繁：《犯罪实行行为论》，中国检察出版社2005年版；2、何荣功：《实行行为研究》，武汉大学出版社2007年版；3、叶良芳：《实行犯研究》，浙江大学出版社2008年版；4、钱叶六：《犯罪实行行为着手研究》，中国人民公安大学出版社2009年版。

与实行行为具有一定关联的，还有若干本研究行为犯的专著，例如刘树德：《行为犯研究》（中国政法大学出版社2000年版）、史卫忠：《行为犯研究》（中国方正出版社2002年版）、郑飞：《行为犯论》（吉林人民出版社2004年版）。这些以行为犯为主题的专著，也都或多或少地对行为有所论及，因为行为是行为犯的理论前提。

将21世纪初出版的行为论著作与20世纪90年代初出版的行为论著作相比，可以明显地看出在这二十年间，我国在行为论研究领域的重大进展。其中最为重要的一个转折，是对行为研究的规范视角的确立，这也是从危害行为到实行行为的表述的变化所反映出来的深层次上的刑法理念的变迁。例如，熊选国在关于行为论的著作中，可以十分明显地看出社会危害性理论的影响，强调犯罪的实质特征，从这样一种犯罪构成理论出发，对刑法中的行为作了以下解读：

以马列主义毛泽东思想为指导的我国刑法学，首先坚持形式与实质的有机统一，在犯罪概念中，强调了严重社会危害性是犯罪的本质属性，犯罪是严重社会危害性与刑事违法性的有机统一。与此相适应，犯罪构成不仅是认定犯罪的法定规格，而且也是社会危害性的全面体现。因此，在我国刑法中，行为一方面是社会危害性的集中体现，是犯罪概念的基础，另一方面它作为犯罪构成中的要件，又在犯罪构成中起核心作用，能够更好地发挥其机能。

这样一种危害行为的概念，虽然强调形式与实质的统一，但在实质决定形式的原理指导下，行为的实质危害性得以张显，而行为的法律形式受到抑制，这是显而易见的。可以说，这是一种实质判断先于形式判断的行为论。但新近出版的关于行为论的专著，则更多地从实质视角转向规范视角考察刑法中的行为，由此形成实行行为的概念。例如我国学者指出：

传统的教科书都无一例外地将危害行为置于犯罪构成的客观要件中进行探讨，形成此研究局面是因为我国的犯罪概念中所包含的社会危害性的实质内涵并不区别事实与规范的二元对立。在犯罪论体系上采取的“平面填充式”的框架结构并没有如大陆法系中构成要件符合性、违法性、有责性的立体评价体系。在犯罪论体系中并没有形成就构成要件要素、违法性的本质理解争论而成的规范性独立价值。传统刑法理论中对危害行为的界定实际上侧重于或完全关注于对现实生活中犯罪行为原貌的简单实然描述，概念内容也都是事实层面上的理解，危害行为概念本身虽然寓居于犯罪构成客观方面，但在理论上并没有探究其规范层面上的意义，它的理论内涵无外乎其事实基础和内部要素。如此，危害行为为虽身居犯罪构成论中，却并不具有规范的内容。

本文以实行行为这一刑法学微小但意义重大的概念为研究对象，最初的出发点是从规范的层面上对其进行思考，目的在于提示我们的理论研究在犯罪论核心的犯罪构成理论并非传统刑法所关涉的，并致力于行为范围的界定。

以上是作者对实行行为研究的出发点，同时也包含了对历史背景的阐述，从中可以看出作者对于刑法中行为的研究从实质到规范的视角转换，因而能够从法理上把握实行行为的性质。

在实行行为的讨论中，涉及一个争议较大的问题，这就是实行行为的形式解释论与实质解释论之争。如前所述，危害行为是包含实质解释的，从危害行为到实行行为的转向，本身就具有实质论到规范论转变的意蕴。但如何理解实行行为，又展开了另一层面上的形式论与实质论的争论。

我国刑法学中对实行行为的界定，大多都是从形式角度出发的，一般把实行行为理解为符合刑法分则规定的具体构成要件的行为。我国学者张明楷教授将我国刑法教科书中的实行行为概念称为形式的客观说，进而认为刑法理论应当把握实质的观点而根据法益侵害说界定实行行为，摒弃形式主义的观点。张明楷教授称为形式主义的实行行为概念，例如我国学者在论及犯罪预备和未遂时，涉及犯罪实行行为的着手，对犯罪的实行行为称为刑法分则中具体犯罪构成客观方面的行为。在这一实行行为的定义中，确实没有强调实质内容。但我们不要忘记，这一实行行为的概念是以犯罪构成客观方面的危害行为的概念为基础的。而对危害行为，我国学者明确地界定为由行为人的意识、意志支配的违反刑法规定的危害社会的身体动静。我国学者把有害性当作危害行为的基本特征，指出：

危害行为是对社会有危害的行为。行为人的某种行为是否属于犯罪客观方面所研究的行为，关键在于看其是否对社会有危害。对社会有益无害的行为，根本不属于这里所研究的行为。

由此可见，实行行为作为危害行为的下位概念，它当然地包含危害行为所具有的有害性的特征。如此看来，尽管从实行行为的表述来看似乎是一个形式概念，但对实行行为作体系性解释，它当然是一个实质概念，这是不言而喻的。在对实行行为的误解之上的批判，我以为难以成立的。这里涉及的更深层次的问题是：如何理解实行行为概念中的形式与实质的关系。张明楷教授认为，对于实行行为这一重要概念，不能仅从形式上认定，还必须从实质上考察，指出：

犯罪的本质是侵犯法益，没有侵犯法益的行为不可能构成犯罪，当然也不可能成为实行行为。不仅如此，即使某种行为具有侵害法益的危险性，但这种危险程度极低，刑法也不可能将其规定为犯罪，这种行为也不可能成为实行行为。

实行行为中存在一定的实体内容而不仅仅是纯粹的法律形式，这一观点当然是正确的。但在实行行为中，是形式判断先于实质判断还是实质判断先于形式判断，这才是一个真正需要解决的问题。在危害行为的概念中，这个问题并没有得到妥善解决。因为在行为的危害性与违法性之间并不存在逻辑上的位阶关系。张明楷教授虽然强调实行行为必须是符合客观构成要件的行为，这是罪刑法定原则决定的。但对于行为的形式判断与实质判断的阶层性并没有作出妥切的安排。在这种情况下，以实质判断代替形式判断的危险性是存在的。对此，我国学者何荣功博士指出：

我们并不能因为实行行为需要从实质的角度进行认识就排斥形式认识的必要性。正如大谷实教授所强调，只要以罪刑法定主义为原则，就应以构成要件该当性作为犯罪成立的第一性的要件。只有在确定该行为是构成要件该当行为之后，才能再作实质性判断。否则，就有可能对即便不是刑法所预先预定的行为，但仍以该行为性质恶劣，应予以处罚为由而认定为犯罪。作为犯罪行为阶段类型之一的实行行为，对其概念的认识也必须坚持这一基本立场。

张明楷教授之所以倡导从实质上界定实行行为的概念，重要原因在于在张教授看来，“离开犯罪本质讨论实行行为，必然使实行行为成为没有边际、没有定型的抽象概念”。但不知道张明楷教授是否意识到：若离开了实行行为的形式特征，而只是从实质上界定实行行为的概念，实行行为岂不成为一个更加没有边际、更加无法定型、更加抽象的概念？实行行为是刑法分则规定的构成要件的行为，被刑法分则规定，作为一种无法否认的客观事实，为何在对其界定时不加考虑呢？实行行为既是一个理论上应当研究的概念，更是一个需要在司法实践中被贯彻的概念，对于一个司法者来讲，摒弃了刑法分则的规定，他将如何确定实行行为的类型？如何确定行为的罪名？

上述论断对实行行为的规范要素的强调是完全正确的，当然也包含着对张明楷教授的误读。其实，无论是张明楷教

授还是何荣功博士都主张实行行为是形式与实质的统一，关键问题不在于形式或者实质两者择一，而在于如何安排形式与实质的位阶关系。只要这个问题解决了，坚持形式判断先于实质判断的原则，对于实行行为的理解是可以获得共识的。

稍微复杂一些的是：实行行为中的实质判断与违法性的实质判断如何分工？这个问题涉及构成要件从形式化到实质化的演变，因而不可避免地触及了形式的犯罪论与实质的犯罪论之争。关于形式的犯罪论和实质的犯罪论，日本学者大谷实教授作过以下阐述：

承认构成要件的独立机能，以社会的一般观念为基础，将构成要件进行类型性地把握的犯罪论，通常被称为形式的犯罪论。与此相对的就是实质的犯罪论。实质的犯罪论对形式的犯罪论进行批判，认为作为对形式的犯罪论的中心的犯罪的定型或类型的内容不明，因此，在形式的犯罪论中，追求保障人权保护国民利益的处罚范围难以适当划定，主张在刑罚法规的解释特别是构成要件的解释上，应当从处罚的合理性和必要性的观点，换句话说，应当从当罚性这一实质的观点出发来进行。按照这种观点，刑法是行为规范，但更应当是以法官为对象的裁判规范，即不外乎是为了导入实质的当罚性判断的规范，因此，罪刑法定原则中的明确性质或刑法的严格解释原则并不重要，应当从处罚的必要性和合理性的立场出发，对刑罚法规或构成要件进行实质性的解释。

在日本刑法学界，大谷实教授自称是形式犯罪论者，而前田雅英教授当然就是实质犯罪论者，因为前田雅英十分明确地提出了“犯罪论的实质化”的命题。而张明楷教授的观点也在一定程度上受前田雅英教授的影响，例如其在对实行行为的实质考察中援引了前田雅英教授在《刑法总论讲义》（东京大学出版社2006年第4版）一书中的有关论述。我认为，形式的犯罪论与实质的犯罪论之提法，并不妥当。因为犯罪论不可能只是形式的或者只是实质的，不存在形式的与实质的犯罪论的对立。例如主张形式的犯罪论的大谷实教授在违法性中讨论排除犯罪性事由。那么，排除犯罪性事由的根据难道不是实质的吗？对此，大谷实教授提出：

排除违法性事由以法律规定为根据，在这些规定的背后，当然存在为什么要排除违法性的实质理由和根据。不弄清这些实质根据，就像不能说清正当防卫行为中的“正当”的意义和范围一样，对法规上的排除违法性事由自身也难以解释。因此，即便是法规中有明文规定的排除违法性事由，也有必要弄清其实质根据，这一问题，从别的角度来看，就是违法性的实质是什么的问题。探讨这一问题的理论是违法性论或者违法论。

因此，从违法性论角度来看，大谷实教授也可以称为是实质的犯罪论者。因此，我认为，形式的犯罪论与实质的犯罪论不如改称为形式的构成要件论与实质的构成要件论。从大陆法系刑法学中的构成要件史来看，确实存在一个从形式的构成要件论到实质的构成要件论的转变的真实过程。一般来说，古典的犯罪论体系是主张形式的构成要件论的。例如贝林就认为构成要件是形式、客观的，是记叙性而不包含规范性的，在价值上是中性无色的。针对构成要件是形式主义的指责，贝林作了以下反击：

因为人们认识到，刑法法定构成要件只是一些——当然是非常重要的——方法论的指示概念（*ordnungsbegriff*），人们就相信，刑法规定内容就会受到概念“形式主义”的威胁。这是杞人忧天（*Gespensterfurcht*）！因为如果构成要件使明确的地位和层次成为可能，那么它就不会给本质上合理的解释法则造成任何损害。就法律强制我们进入犯罪类型并因而引入构成要件中而言，法律本身就是“形式的”，在此方面，构成要件肯定无可非议。

形式的构成要件论虽然强调构成要件的形式性，但构成要件本身具有限制国家刑罚权的发动，从而保障被告人的权利与自由的机能，因而在这种形式的构成要件论中同样包含着重大的价值内容，是罪刑法定主义的应有之义。根据形式的构成要件论，构成要件主要进行该当性的形式判断，而实质判断则由违法性这一阶层完成，由此形成构成要件与违法性之间的分工。当然，过于形式化的构成要件使大量行为进入违法性判断，使违法性要件的负担不堪其重。在这种情况下，威尔泽尔提出社会相当性，作为构成要件实质性判断的根据，从而实现了构成要件的实质化。此后，罗克辛又进一步地提出客观归责，在对构成要件的行为、结果及其因果关系作形式判断的基础上，再通过以是否创设法律所禁止的风险为核心的客观归责，而形成形式与实质的双重构成要件结构。这些构成要件实质化的努力，是在承认构成要件的形式性并以此为前提的，遵循了形式判断先于实质判断原则，因而是合理的。当然，那种主张通过消极的构成要件的方式，

将违法性要件完全并入构成要件，因而实现构成要件的实质化的做法，我认为是不可取的。从我国刑法学的发展阶段来看，以往的四要件的犯罪构成理论，以危害行为为中心，过于强调行为的实质判断，甚至使行为的实质判断不受形式判断的制约。在这种情况下，我们应当首先把行为的形式判断与实质判断相分离，强调行为的形式判断对于人权保障的重要性，而不应强调行为的实质判断。否则，社会危害性理论会借尸还魂，行为论仍然难以从苏俄刑法学的桎梏中走出来。

行为论虽然只是刑法学的一个理论单元，但由于如同“无行为则无犯罪”这一法律箴言所昭示的那样，行为在犯罪论，乃至在整个刑法学中都具有基础的作用。因此，行为论就不能不成刑法学的关键之章。只有经过行为论的正本清源，我国刑法学才能在行为论的基础上建立起辉煌的理论大厦。

参考文献：

- [1] 参见[意]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第40页。
- [2] 参见[日]牧野英一：《日本刑法通义》，陈承泽译，李克非点校，中国政法大学出版社2003年版，第45页。
- [3] 参见王觐：《中华刑法论》，姚建龙勘校，中国方正出版社2005年版，第90-91页。
- [4] 参见《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1956年版，第16-17页。
- [5] 参见（苏）全苏司法部法学研究所主编：《苏联刑法总论》（下卷），彭仲文译，上海大东书局1950年版，第328页。
- [6] 前引[5]，第328-329页。
- [7] 参见高铭喧主编：《刑法学》（修订本），法律出版社1984年第2版，第107页。
- [8] 前引[7]，第118-119页。
- [9] 前引[7]，第106页。
- [10] 参见马克昌、鲍遂献：《论我国刑法上行为的概念》，载《法学研究》1991年第2期。
- [11] 前引[10]。
- [12] 参见熊选国：《刑法中行为论》，人民法院出版社1992年版，序一，第7页。
- [13] 参见童伟华：《犯罪构成原理》，知识产权出版社2006年版，第60页。
- [14] 前引[12]，第25页。
- [15] 前引[12]，第26页。
- [16] 前引[12]，第43页。
- [17] 参见（德）汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第267-268页。
- [18] 参见陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第233页以下。
- [19] 参见方泉：《犯罪论体系的演变——“自”“科学技术世纪”至“风险技术社会”的一种叙述和解读》，中国人民公安大学出版社2008年版，第130页。
- [20] 参见[德]李斯特：《德国刑法教科书》（修订译本），徐久生译，法律出版社2006年版，第176-177页。
- [21] 参见林东茂：《道冲不盈——兼谈法律本质》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第24卷），北京大学出版社2009年版，第312-313页。
- [22] 参见[德]恩施特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第65页。
- [23] 参见[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151页。
- [24] 前引[17]，第270-271页。
- [25] 前引[23]，第155页。
- [26] 参见[日]大塚仁：《刑法概说（总论）》（第3版），冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第100-101页。
- [27] 前引[4]，第170页。
- [28] 前引[23]，第156页。
- [29] 参见（美）道格拉斯·N·胡萨克：《刑法哲学》，谢望原等译，中国人民公安大学出版社1994年版，第103页。
- [30] 参见[美]B·F·斯金的：《科学与人类行为》，谭力海等译，华夏出版社1989年版，第44-45页。
- [31] 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第64-65页。
- [32] 前引[18]，第235页。

- [33] 参见张文等：《人格刑法导论》，法律出版社2005年版，第202-203页。
- [34] 参见（日）大谷实：《刑法讲义总论》（新版第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第86页。
- [35] 前引[20]，第176页以下。
- [36] 前引[20]，第176页。
- [37] 前引[22]，第62-63页。
- [38] 前引[17]，2001年版，第251-252页。
- [39] 参见[日]小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社2004年版，第84 - 85页。
- [40] 参见[日]西原春夫：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社2006年版，第46-47页。
- [41] 参见[日]野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第84-85页。
- [42] 前引[23]，第139页。
- [43] 前引[23]，第147页。
- [44] 前引[26]，第108页。
- [45] 参见高铭喧主编：《刑法专论》（上编），高等教育出版社2002年版，第155页。
- [46] 参见黎宏：《论刑法中的行为概念》，载《中国法学》1994年第4期，第80页。
- [47] 前引[12]，第4页。
- [48] 前引[13]，第61-62页。
- [49] 参见王充：《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60页。
- [50] 参见许玉秀：《主观与客观之间》，台北1997年版，第276页。
- [51] 参见李立众：《犯罪成立理论研究—一个城外方向的尝试》，法律出版社2006年版，第199 - 200页。
- [52] 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1991年版，第181页。
- [53] 参见李光灿等：《论共同犯罪》，中国政法大学出版社1987年版，第32页。
- [54] 参见陈兴良：《论我国刑法中的共同正犯》，载《法学研究》1987年版，第4期。
- [55] 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社1992年版，第91页。
- [56] 前引[12]，第67页。
- [57] 前引[18]，第245页。
- [58] 参见[日]大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国人民大学出版社1993年版，第68页。
- [59] 参见张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第129页。
- [60] 参见张明楷：《刑法学》（第3版），法律出版社2007年版，第139页。
- [61] 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第141页以下。
- [62] 参见曲新久：《刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第86页。
- [63] 参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第118页，注[1]。
- [64] 参见史卫忠：《行为犯研究》，中国方正出版社2002年版，第3页。
- [65] 前引[12]，第61-62页。
- [66] 前引[12]，第24页。
- [67] 参见范德繁：《犯罪实行行为论》，中国检察出版社2005年版，第3-4、5页。
- [68] 参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第364页。
- [69] 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（上编），中国法制出版社1999版，第269、273页。
- [70] 前引[69]，第127页。
- [71] 前引[30]，第139页。
- [72] 参见[日]大谷实：《日本刑法中正犯与共犯的区别》，黎宏译，载《法学评论》2002年第6期。
- [73] 参见何荣功：《实行行为研究》，武汉大学出版社2007年版，第18-19页。
- [74] 参见[日]大谷实：《刑法讲义总论》（新版第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第87 - 88页。
- [75] 参见[日]前田雅英：《现代社会与实质的犯罪论》，东京大学出版社1992年版，第10页。
- [76] 前引[60]，第139页。
- [77] 前引[74]，第213页。
- [78] 前引[22]，第32页。

来源：《中国法学》2009年第5期
转载自：中国法学创新网

© 2009-2013 吉林大学理论法学研究中心版权所有 请勿侵权 吉ICP备06002985号

地址：中国吉林省长春市前进大街2699号吉林大学理论法学研究中心 邮编：130012 电话：0431-85166329 Power by leeyc