

实行行为概念的批判与解构

周啸天

内容提要:实行行为概念在域外与我国都经历了内容实质化与功能膨胀化的发展之路。经反思可知,在定义层面,实行行为的形式化定义存在颠倒入罪判断逻辑顺序的缺陷,而以危险为内核的实质化定义也面临危险时点难以划定的问题。在功能层面,其不具备预备与未遂、正犯与共犯的区分功能,也不具备对偶然性事件的出罪功能,以及解决结果提前实现问题与原因自由行为可罚性问题的功能。预备与未遂的区分是结果判断问题,正犯与共犯的区分是犯罪支配划定问题,偶然性事件的出罪是因果关系中的相当性问题,结果提前实现是主观归责问题,原因自由行为的可罚性是责任评价问题。同时,实行行为概念在我国并不具备坚实的实定法基础,其所承担的犯罪类型化功能与因果关系起点功能则能够分别被危害行为与刑法中的行为所承担。实行行为概念遮蔽了对具体问题的独特思维方式,徒增概念泡沫,成为一个名副其实的“黑箱”,鉴于以上原因,实行行为概念应当被取消。

关键词:实行行为 因果关系 危害行为 构成要件行为

周啸天,山东大学法学院副教授。

一 问题的提出

在我国,通说将实行行为定义为“刑法分则规定的具体犯罪的犯罪客观方面要件中的行为”,^[1]并肯定实行行为具有两大核心功能,即预备与未遂的区分功能、正犯与共犯的区分功能。^[2]但是,实行行为概念的上述定义存在结论先取的逻辑缺陷,因为某行为

[1] 高铭喧、马克昌著:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第72页。

[2] 参见高铭喧、马克昌著:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第72页;熊选国著:《刑法中行为论》,人民法院出版社1992年版,第67-75页;何荣功著:《实行行为研究》,武汉大学出版社2007年版,第32-34页;叶良芳著:《实行犯研究》,浙江大学出版社2008年版,第71页以下;钱叶六著:《犯罪实行行为着手研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第56-58页。另有文献维持实行行为之预备、未遂界分功能但否定其正犯、共犯的区分功能,参见武晓雯:《实行行为及其判断标准》,《云南大学学报(法学版)》2015年第6期。

是否是某罪的客观方面要件中的行为,需要通过该行为是否符合该罪的构成要件来加以判断,在未经构成要件符合性的检验之前,就宣称某行为是某罪的客观要件行为,这是一种逻辑上的飞跃。另外,实行行为概念并不具备这两大核心功能:一方面,至少在隔离犯之中,着手与实行行为是相分离的;^[3]另一方面,我国越来越多的学者采取实质层面上的犯罪支配说或者重要作用说来区分正犯与共犯。^[4]应当看到,正犯与共犯的区分问题与犯罪支配有关,预备与未遂的区分问题与对具体危险结果的判断有关,在实行行为的“黑箱”内解决上述问题,既掩盖了问题的实质,也导致了思维的混乱。反观日本,实行行为概念已经受到强烈质疑,平野龙一、^[5]山口厚、^[6]高山佳奈子、^[7]岛田聪一郎^[8]等学者先后成为实行行为概念不要论的提倡者(其核心观点在于认为实行行为概念不具有独立于因果关系或者说结果归责之外的意义)。实行行为概念不要论^[9]在日本已经占据有力说的地位。^[10]但遗憾的是,虽然我国已有学者对实行行为概念提出了强烈质疑,^[11]但是实行行为两大核心功能的崩溃与域外对实行行为概念的反对思潮却并未引起我国学界的普遍重视,全盘肯定实行行为概念仍是学界认识的主流。

有鉴于此,对实行行为概念加以系统性的反思与批判便成为当下我国亟需开展的理论工作。反思与批判的必要性上有所述,而之所以还要加上系统性,是因为我国现阶段对实行行为概念的研究有明显的“碎片化”倾向。具体而言,既有研究散见于着手、^[12]不作

[3] 参见张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第392页;黎宏著:《日本刑法精义》(第2版),法律出版社2008年版,第255页;周光权著:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第322-324页;刘艳红:《论正犯理论的客观实质化》,《中国法学》2011年第4期。

[4] 参见张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第341-342页。

[5] 参见[日]平野龙一:《正犯と実行》,载团藤重光等编:《佐伯千仞博士還曆祝賀:犯罪と刑罰(上)》,有斐閣1968年版,第453-462页。

[6] 其认为实行行为并不是一个独立的要件,并将其称为“黑箱”。参见[日]山口厚著:《問題探究・刑法総論》,有斐閣1998年版,第5页;[日]山口厚著:《刑法総論》,有斐閣2001年版,第44页以下。

[7] 参见[日]高山佳奈子:《相当因果關係》,载山口厚主编:《クローズアップ刑法総論》,成文堂2003年版,第12-14页;[日]高山佳奈子:《‘实行行为’概念の問題性》,《法学論叢》第162卷第1-6号(2008年),第204-217页。

[8] 参见[日]岛田聪一郎:《実行行為という概念について》,《刑法雑誌》第45卷第2号(2006年),第226-235页。与高山佳奈子不同,岛田还给实行行为残留了一席之地,即在罪刑法定义上对行为样态的限定功能。

[9] 本文所称的实行行为不要论包含激进派与温和派,比如山口厚在第1版教课书中就彻底驱逐了实行行为概念,前引的高山佳奈子也只保留了行为概念并以其作为因果关系的起点,做出同样体系安排的还有松宫孝明、齐野彦弥。(参见[日]松宫孝明著:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译、王昭武审校,中国人民大学出版社2013年版,第44-45页;[日]齐野彦弥著:《基本講義・刑法総論》,新世社2007年版,第66-67页。)温和派则继续保留实行行为概念,只不过实行行为就是作为因果关系起点的构成要件行为而已,例如山口厚在第2版教科书中的转变。参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第49-50页。

[10] 值得注意的是,于2005年6月18日在北海道大学召开的日本刑法学会第83次大会,专门将实行行为作为主题之一加以研讨,从事后参与主题研讨的学者所发表的文章来看,岛田聪一郎与石井微哉认为,实行行为概念并非独立于因果关系之外的独立要件,只有奥村正雄对此概念持保留态度,保留派呈现少数态势。参见[日]岛田聪一郎:《実行行為という概念について》,《刑法雑誌》第45卷第2号(2006年),第226-235页;[日]石井微哉:《行為と責任同時存在原則》,《刑法雑誌》第45卷第2号(2006年),第251页;[日]奥村正雄:《実行行為概念の意義と機能》,《刑法雑誌》第45卷第2号(2006年),第257页以下。

[11] 参见吕翰岳:《实行行为概念之解构》,《北大法律评论》第17卷第2辑(2016年)。

[12] 参见劳东燕:《论实行的着手与不法的成立根据》,《中外法学》2011年第6期;阎二鹏、任海涛:《再议实行行为的“着手”——以未遂犯处罚根据为视角的展开》,《中国社会科学院研究生院学报》2011年第1期;冯殿美:《实行行为的着手及其认定——兼论西原春夫的犯罪着手学说》,《法学论坛》2008年第4期。

为犯、^[13]原因自由行为、^[14]正犯与共犯、^[15]过失犯领域、^[16]以及分则之中。^[17]然而,除去对分则具体罪名的解释适用,在总则部分,实行行为概念至少是和未遂与预备的区分、对偶然性事件的出罪、正犯与共犯的区分、因果关系的错误(尤其是构成要件结果的提前实现)、原因自由行为这五大问题相关的概念集合体,其也被赋予了解决上述一个或多个具体问题的理论应用功能,只有将上述功能串联在一起研究,方才能把握其全貌。本文力图在梳理实行行为概念由来的基础上,揭示实行行为概念并不具备解决上述任何一个问题的现实,而至于实行行为概念的犯罪类型化功能与因果关系起点功能则分属于危害行为论与因果行为论所承担的理论功能。解构实行行为概念,不仅有利于不同问题不同解决,具体问题具体分析,还有利于去除理论臃肿,廓清理论混乱。

二 域外实行行为概念的产生与我国的继受

在立法史上,实行行为概念最早可以追溯到法国 1810 年《刑法典》中“实行的开始”^[18]以及 1851 年《普鲁士刑法典》第 31 条、^[19]1871 年《德意志帝国刑法典》第 43 条第 1 款^[20]与第 47 条^[21]的规定。在 19 世纪中后期,建设与保障刑事法治国的诉求是时代潮流。在“实行”一词出现于德国刑事立法之中的同时,李斯特与贝林都站在客观说的立场上将实行行为定义为符合构成要件的行为,^[22]并认为实行行为的开始是未遂

[13] 参见钱叶六:《不作为犯的实行行为及其着手之认定》,《法学评论》2009 年第 1 期。

[14] 参见赵秉志:《论原因自由行为中实行行为的着手问题》,《法学杂志》2008 年第 5 期。

[15] 参见钱叶六:《教唆行为的实行行为性之否定》,《中国刑事法杂志》2009 年第 9 期;张开骏:《区分制犯罪参与体系与“规范的形式客观说”正犯标准》,《法学家》2013 年第 4 期;林维:《真正身份犯之共犯问题展开——实行行为决定论的贯彻》,《法学家》2013 年第 6 期;冯殿美:《论犯罪的共同实行行为》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 3 期。

[16] 参见王海涛:《行政法规范之违反与过失实行行为之认定——基于新过失论的阐释》,《法学研究》2014 年第 2 期;胡洋:《论过失犯实行行为的不作为犯解释》,《甘肃政法学院学报》2016 年第 5 期;邹兵:《论过失犯的实行行为》,《中国刑事法杂志》2012 年第 1 期;杨延军:《论阶段过失的实行行为》,《政治与法律》2010 年第 11 期。

[17] 参见娄永涛:《事后抢劫罪的未遂研究——兼及对“着手是实行行为的开始”的修正》,《政治与法律》2014 年第 1 期;陈洪兵:《拐卖妇女、儿童罪的实行行为只有“拐卖”》,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2012 年第 4 期;李本灿:《巨额财产来源不明罪实行行为的重新界定:非法获取》,《政治与法律》2014 年第 7 期;黄丽勤:《论“足以危害公共安全”的实行行为属性》,《同济大学学报(社会科学版)》2015 年第 6 期;李朝晖:《论交通肇事罪的实行行为》,《法学》2014 年第 3 期;张明楷:《论巨额财产来源不明罪的实行行为》,《人民检察》2016 年第 7 期;张小虎:《论我国刑法滥用职权罪的实行行为》,《法学杂志》2009 年第 11 期;杜文俊、陈洪兵:《故意杀人罪的对象及实行行为新论》,《国家检察官学院学报》2013 年第 2 期。

[18] 参见[日]西原春夫著:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社 2006 年版,第 6 页。

[19] 第 31 条规定:“只有当未遂是通过包含一个实行行为开始的行为被揭示出来,并且仅仅通过外在的、不依赖于行为人意志的情状被避免或止于无结果时,未遂才可罚。”资料来源于:§ 31 vom Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten vom 14. April 1851。

[20] 第 43 条第 1 款规定:“通过包含某一重罪或轻罪实行行为的开始的行为,执行犯该重罪或轻罪的决意的,当该蓄意的重罪或轻罪不能达到既遂,应当因未遂被处罚。”资料来源于:§ 43 vom Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 1. Januar 1872。

[21] 第 47 条规定:“当多人共同实行一个可罚行为时,每人都被作为正犯处罚。”资料来源于:§ 47 vom Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 1. Januar 1872。

[22] 参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》(修订译本),施密特修订、徐久生译、何秉松校订,法律出版社 2006 年版,第 328 页;[德]恩施特·贝林著:《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 73 页。

的起点^[23]以及对实行行为的实施是正犯与共犯的区分标准。^[24]其后,日本在 1907 年《刑法典》中的未遂^[25]与正犯^[26]两处规定中都引入了“实行”一词。进入 20 世纪中叶,伴随着德国的客观归责论与犯罪支配理论的兴起,实行行为的生存空间被大大压缩。但是,同期的日本学者却在实定法的基础上,极大地发展了实行行为理论,该理论后又从日本传至我国。因此,该部分所言的域外仅限日本。

(一)域外实行行为概念的诞生与发展

在日本,实行行为概念从诞生到发展,逐渐经历了一个由形式到实质以及功能膨胀化的过程。最早将实行行为概念从分则中抽象出来并加以系统化的,是小野清一郎。小野在其构成要件理论的基础上认为,历来的行为论都将行为作为构成要件之前的评价对象来看待,而忽略了行为的规范属性。在规范论的视野里,与构成要件评价无关的行为并非行为,“刑法上所考虑的行为,是构成要件的行为”,^[27]即实行行为。对于实行行为的功能,根据对《日本刑法》第 43 条以及第 60 条的文义解释,一般都肯定实行行为具有预备与未遂的界分功能以及划定正犯与共犯的功能。但是,小野却并不满足于此,小野认为实行行为还具有另外两个功能,即因果关系判断的起点功能^[28]与赋予原因自由行为处罚根据的功能(构成要件模式)。^[29]团藤重光则进一步强调了构成要件对实行行为的定型性,即“符合构成要件的行为,是实行行为(Ausführung; exécution)”。^[30]定型说的提出,旨在尽可能地避免在刑法的解释之际不同价值立场之间的对立对解释结论的影响,从而迎合了建设刑事法治国的时代需要。^[31]继团藤之后,作为担保构成要件类型化机能的实行行为概念,被日本刑法学者广为接受。

如果说上述小野、团藤的实行行为概念仍然停留在形式化层面,那么其后的实行行为概念则日趋实质化。首先对定型说展开反思的,是平野龙一。平野认为,定型化的构成要件行为在判断标准上十分含糊,它实际上是在“多数场合中逃避分析而将直观的结论加以正当化的标签”。^[32]并且,“定型”一词不仅具有“法定构成要件”的含义,还具有“通常如此”的含义,那么,在以异常方法杀人的场合,根据前一种含义,该行为是杀人行为,根

[23] 参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》(修订译本),施密特修订、徐久生译、何秉松校订,法律出版社 2006 年版,第 335 页;[德]恩施特·贝林著:《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 170 - 171 页。

[24] 参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》(修订译本),施密特修订、徐久生译、何秉松校订,法律出版社 2006 年版,第 360 - 371 页;[德]恩施特·贝林著:《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 174 页。对实行行为论在德国的产生与衰落以及理论现状的详细分析,参见吕翰岳:《实行行为概念之解构》,《北大法律评论》第 17 卷第 2 辑(总第 33 辑)。

[25] 《日本刑法》第 43 条规定:“已经着手实行犯罪的,可以减轻刑罚,但基于自己意志中止犯罪的,应当减轻或者免除刑罚。”

[26] 《日本刑法》第 60 条规定:“二人以上共同实行犯罪的,都是正犯。”

[27] [日]小野清一郎著:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社 1991 年版,第 48 页。

[28] 参见[日]小野清一郎著:《法学评论(上)》,弘文堂 1938 年版,第 242 页。

[29] 参见[日]小野清一郎著:《法学评论(上)》,弘文堂 1938 年版,第 175 页。

[30] [日]团藤重光著:《刑法纲要总论》第 3 版,创文社 1990 年版,第 139 页。

[31] 参见[日]藤木英雄著:《刑法总论讲义》,弘文堂 1975 年版,第 24 页。

[32] [日]平野龍一著:《刑法总论·I》,有斐阁 1972 年版,第 101 页。

据后一种含义则该行为不是杀人行为,这显然不合理。^[33] 在批判形式化实行行为的基础上,平野说道:“刑法并不处罚所有与犯罪结果有因果关系的行为,而是仅限于处罚一定类型的行为,这一‘类型’的行为是具有引起结果的实质的或者一般危险的行为。”^[34] 平野开启了实行行为实质化的进程,其后,一元的行为无价值论者将实行行为的实质内涵界定为对社会相当性的偏离,^[35] 二元的行为无价值论者倾向于将其界定为法益侵害的危险性(实质客观说),^[36] 在一元的结果无价值论者中,除去实行行为不要论之外,也有学者支持与二元的行为无价值论者相同的见解。^[37]

伴随着新案例的出现,实行行为的功能也得以扩张。在日本,于2005年出现了行为人原本打算以乙醚捂晕被害人,继而将其放入车里推入海中造成其淹死的假象,但是事后无法肯定是第二个行为导致被害人死亡的案件(不排除第一个行为直接导致被害人死亡的可能性)。日本最高裁判所根据犯罪行为人事前计划的一体性(第一行为是计划之一部分)、两个行为时空上的密接性、前行为实施完毕后行为几乎无障碍地可实现性这三点,认为:“让人吸入乙醚的行为是与其后将人推入海中的行为相结合的一体的实行行为”。^[38] 这样一来,依托“一体的实行行为”的概念,实行行为也被用来解决构成要件结果的提前实现问题。

(二)我国对实行行为概念的继受

我国实行行为概念的发展,也经历了一个从形式到实质以及功能膨胀化的过程。我国1979年《刑法》在总则第20条规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。”1997年《刑法》第23条沿袭了这一规定,这是我国实行行为论的实定法根据。在1979年《刑法》施行期间,当时的教科书将实行行为概念定义为“实施符合刑法分则所规定的某种具体构成要件的行为。例如,杀人罪中剥夺他人生命的行为,盗窃罪中秘密窃取他人财物的行为等等”,^[39] 但是,当时的教科书并未对行为作深入论述。最早对行为展开系统性深入研究的是熊选国博士。他在《刑法中行为论》之中,将实行行为界定为:“刑法分则所规定的某种具体犯罪构成的要件行为。”^[40] 该定义与团藤的定型说基本一致。熊选国博士的实行行为概念至少继承了实行行为所具有的两个基本功能,即未遂、预备的划分功能与(单独)正犯、(共同)共犯的区分

[33] 参见[日]平野龍一著:《犯罪論の諸問題・上・総論》,有斐閣1981年版,第32页以下。

[34] [日]平野龍一著:《犯罪論の諸問題・上・総論》,有斐閣1981年版,第31页以下。

[35] 参见[日]藤木英雄著:《刑法総論講義》,弘文堂1975年版,第126页以下。

[36] 参见[日]大谷实著:《刑法讲义总论》(第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第125页;[日]奥村正雄:《实行行為概念の意義と機能》,《刑法雑誌》第45卷第2号(2006年),第265-266页以下;[日]山中敬一著:《刑法総論》(第2版),成文堂2008年版,第713-715页。

[37] 参见[日]林幹人著:《刑法総論》(第2版),東京大学出版会2008年版,第111页;[日]前田雅英著:《刑法総論講義》(第6版),東京大学出版会2015年版,第77页;[日]曾根威彦著:《刑法の重要問題(総論)》(第2版),成文堂2005年版,第258页。

[38] 日本最高裁判所2005年3月22日决定,《最高裁判所刑事判例集》第58卷第3号,第187页。

[39] 高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第173页。

[40] 熊选国著:《刑法中行为论》,人民法院出版社1992年版,第67页。

功能。^[41] 另外,熊选国博士认为,原因自由行为有责性的根据在于,“原因行为已经包含着结果发生的直接危险性,应认为是杀人的实行行为”,^[42]由此可见,其采用了“构成要件模式”来解决原因自由行为问题。

其后的实行行为概念在我国日趋实质化。例如,就实行行为撰写过专著的范德繁、何荣功、钱叶六博士都更加兼顾规范或实质维度来定义实行行为,^[43]他们分别将实行行为的本质界定为“法益侵害的紧迫性”^[44]“对构成要件预定的法益侵害具有现实危险性”^[45]“实质上的侵害法益的危险性”。^[46]对于实行行为概念所具备的正犯与共犯、预备与未遂的区分功能,赋予原因自由行为以可罚性基础功能,也都在上述学者那里或全部或部分地得到了肯定。^[47]其后,我国实行行为概念的功能又得到进一步扩充。例如,在劝说 A 坐飞机而 A 因飞机失事死亡的设例中,我国学者认为劝说别人坐飞机的行为并非是实行行为从而不成立犯罪,即肯定了实行行为具有对偶然性事件的出罪功能。^[48]在处理因果关系错误中的构成要件结果提前实现的案件时,我国学者又赋予了实行行为解决因果关系错误的功能,即认为在第一行为是着手实行行为的场合,即可肯定既遂的成立。^[49]

三 实行行为概念批判

全面反思功能膨胀化了的实行行为概念,发现该概念在定义层面存在逻辑缺陷,在司法层面,其所被赋予的具体功能也都难当其任。具体而言,实行行为概念不具有解决以下任何一项问题的司法功能:对偶然性事件的出罪问题、正犯与共犯的区分问题、未遂与预备的区分问题、构成要件结果的提前实现问题、赋予原因自由行为以可罚性基础问题。上述问题应当分别属于这些领域:因果关系中的“相当性”、犯罪支配、未遂结果的判断、既

[41] 参见熊选国著:《刑法中行为论》,人民法院出版社 1992 年版,第 67-75 页。

[42] 熊选国著:《刑法中行为论》,人民法院出版社 1992 年版,第 226 页。

[43] 参见范德繁著:《犯罪实行行为论》,中国检察出版社 2005 年版,第 47 页;何荣功著:《实行行为研究》,武汉大学出版社 2007 年版,第 21 页;钱叶六著:《犯罪实行行为着手研究》,中国人民公安大学出版社 2009 年版,第 44 页。

[44] 范德繁著:《犯罪实行行为论》,中国检察出版社 2005 年版,第 63 页。

[45] 何荣功著:《实行行为研究》,武汉大学出版社 2007 年版,第 21 页。

[46] 钱叶六著:《犯罪实行行为着手研究》,中国人民公安大学出版社 2009 年版,第 44 页。

[47] 范德繁博士并不肯定实行行为的正犯、共犯界分功能,但肯定预备与未遂之区分功能,以及原因自由的可罚性赋予功能(构成要件模式)。参见范德繁著:《犯罪实行行为论》,中国检察出版社 2005 年版,第 76-81、111-115 页。何荣功博士则仅在实行行为从一开始就有法益侵害的具体危险的场合肯定其未遂与预备的界分功能,但认为有些复行为犯的实行行为的开始并非着手。对于实行行为的正犯与共犯区分功能,何荣功博士认为实行行为具有为单独直接正犯、单独间接正犯、共同正犯提供正犯性基础的功能,但含蓄地认为德日对正犯概念的实质化会导致正犯行为与实行行为之脱节,并称这是“值得关注的新变化”。参见何荣功著:《实行行为研究》,武汉大学出版社 2007 年版,第 252、289 页。钱叶六博士则肯定了实行行为对正犯与共犯的区分功能。参见钱叶六著:《双层区分制下正犯与共犯的区分》,《法学研究》2012 年第 1 期。

[48] 参见张明楷著:《刑法学》(第 5 版),法律出版社 2016 年版,第 145 页。

[49] 参见张明楷著:《刑法学》(第 5 版),法律出版社 2016 年版,第 277 页;钱叶六著:《犯罪实行行为着手研究》,中国人民公安大学出版社 2009 年版,第 187 页。

遂故意的有无以及对责任的评价。

(一) 定义层面的批判

如上所述,定义实行行为有三种方式:第一种是形式化的定义方式,即将实行行为定义为符合构成要件的行为;第二种是实质化的定义方式,即将实行行为定义为具有侵害法益的紧迫危险性的行为;第三种是形式与实质相结合的定义方式,即将实行行为定义为符合构成要件的具有侵害法益危险的行为。如果能够分别指出第一、二种定义方式的逻辑缺陷,第三种即可不必批判。

首先,将实行行为定义为“符合构成要件的行为”的形式化定义法具有颠倒入罪判断逻辑顺序的嫌疑。在这一定义之下,于判断构成要件符合性之际,我们有意无意所采取的做法是,只要说某行为是某罪的实行行为,对构成要件符合性的判断就完成了一大半,但是这一做法是错误的。因为,无论在三阶层体系还是二阶层体系中,构成要件符合性都是在入罪审查顺序中首先需要加以判断的规范性要件。构成要件之前的行为只能是价值无涉的、裸的行为,而位于构成要件之内的行为,不论称其为构成要件行为还是实行行为,都只能是经过构成要件评价之后的、价值有涉的行为,既然如此,评价标准就在逻辑上先行于评价结论,即构成要件符合性先于构成要件行为。在构成要件符合性未确定之前,就确定了具有构成要件符合性的行为,我们只能说:“这样的判断在逻辑上是不可能的”。^[50]如果硬要在构成要件符合性待定之际,直接得出某行为是符合某一构成要件的行为的结论,就只能根据社会上一般人的通常想法,或者说根据刑法条文用词的通常含义得出结论。但是,无论是一般人的“通常”想法,还是对刑法用词“通常”含义的解读,都因“通常”的内涵十分不明确从而具有很大的恣意性。^[51]

实际上,对实行行为内涵的理解,只能从行为与法益侵害结果之间因果关系的角度出发,方才能正确把握。例如,甲在网上购买高档相机一部,乙得知此消息后,悄然潜入快递公司仓库,将地址偷换为自己家,后快递员在不知情的情况下将相机送到了乙手中。如果单看本案中的实行行为,很难判断出乙的行为是盗窃罪的实行行为还是诈骗罪的实行行为,只有在考察行为与结果之间因果关系的前提下,才能够得出结论,即诈骗罪的客观构造是在因果进程中介入了被害人或者有处分权人的自愿处分行为,而该自愿处分行为的做出是因为行为人对对价产生了错误认识,因此,本案中的乙应当成立诈骗罪。再如,身强力壮的行为人半夜闯入孤寡老太太家寻找钱财,该老人发现后在一旁苦苦哀求,行为人并未言语只是扭头恶狠狠地瞪着老人,老人受到惊吓不敢动弹,眼睁睁地看其拿走财物。在该案中,单看瞪眼行为,难以判断行为人该成立盗窃罪还是抢劫罪,只有结合瞪眼行为引起的老人不敢反抗的具体效果,才能够得出该行为属于胁迫,并应当成立抢劫罪的结论。还有,就故意杀人罪中的实行行为“杀”而言,其实质上规定的是“把人杀死”而非“实施要杀人的行为”,因此,“引起人死亡”与人的死亡结果之间的因果关系才是“杀”

[50] [日]高山佳奈子:《‘实行行为’概念の問題性》,《法学論叢》第162卷第1-6号(2008年),第206页。

[51] 参见[日]仲道祐樹著:《行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論》,成文堂2013年版,第24-27页。

这一实行行为的核心,而对“引起人死亡”的判断正是故意杀人罪的构成要件符合性判断。^[52] 实际上,抽象地谈论问题是没有任何意义的,具体问题具体分析,对行为的界定必须与行为所引起的具体结果相结合。单看在人胳膊上划一道五厘米伤口的行为,或许认为该行为并非杀人行为,但是,如果结合被害人是严重的白血病人这样的特殊体质因素,就会得出该行为是杀人行为的结论。再进一步来看,行为本身无非就是受运动神经操控的结果,这一点,在体操运动中体现得十分明显。在体操运动中,运动员通过大脑发出指令而支配运动神经,运动神经又操控其行为,从而显现出各种各样的外部动作。从大脑发出指令(主观意志)到动作的做出(客观效果)之间,无论如何都是存在一定时间差的,这样一来,行为本身就是一种结果。总之,实行行为的内涵是与结果之间的因果关系,对实行行为的判断实际上就是对因果关系与结果归属的判断,实行行为概念有以“行为”之名行“因果”之实的嫌疑。^[53]

其次,将实行行为定义为“具有侵害法益的危险”具有危险判断时点难以确定之缺陷。如果这里的危险是抽象危险,那么,其判断标准不仅不明确还会将未遂的成立时点提前,如果在这里的危险之前加上“具体”、“紧迫”之限定,其危险仍然难以界定。一则,从事后来看,司法实践都是在看倒片式地从结果回溯行为,既然是回溯式思考,那么在结果已经出现的前提下,行为所具有的危险必然已经实现于结果之内。如果要从结果之中析出一个在先的危险,这里的判断对象就并非是独立于结果的行为或者实行行为,而是由行为到结果之间的所有客观事实,如此一来,行为与结果就不可能分离;二则,在上述前提下,如果仍然要维持实行行为与因果关系相分离的独立性,就只能另辟蹊径即从事前来判断危险。而从事前来看,危险向结果发展的进程是流动的,我们无法在危险呈现动态发展的时间流里,准确截取一个时点,然后认定这个时点的危险才是具体而紧迫的。^[54] 例如,在日本发生过阳台坠落杀妻案,该案情大致为:丈夫杀妻,刀捅妻子数下(第一行为),妻子倒地后又站起来逃走,丈夫持刀追上妻子将其拖回。因为妻子正在流血,丈夫觉得就这么放置不管其也会流血致死,所以就没有继续捅刺。妻子趁丈夫将刀放回厨房之时逃向阳台,两腿骑过阳台扶手并顺着扶手逃向邻居家,丈夫抱着将妻子拖回去与自己煤气中毒一起死亡的想法抓妻子(第二行为),妻子在抬手挥舞抵抗之际失去平衡从 24.1 米高的

[52] 参见[日]山口厚著:《问题探究·刑法总论》,有斐阁 1998 年版,第 5 页。

[53] 或许有人认为行为犯之中的实行行为还是独立于因果关系的构成要件,但是,一方面,在立法层面,我国绝大多数犯罪都采取了“行为+情节或者结果”的立法模式(这在近来的历次刑法修正案之中表现得很明显),而情节又可以通过司法解释的规定被细化为一定的结果,因此,在立法层面,结果在不法之中占据着相当大的比重。深谙德国刑法学的我国台湾地区学者也承认这一点,许泽天教授在给笔者的邮件中写道:“中国刑法中如有把损害结果当作法定刑设计的重大指标时,那么结果在不法扮演的意义,肯定比德国重要,甚至接近不注重人的意思与行为的结果刑法。”另一方面,在司法层面,即便对于行为犯而言,其成立也必须要求抽象的危险结果的出现。这一点,结合 2017 年 5 月 1 日起施行的《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见(二)》,对于危险驾驶罪所做出的“对于情节轻微危害不大的,不予定罪处罚;犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚”的规定即可明白。这一规定再次证明,即便是行为犯,在我国实定法与司法解释的背景下,也应当将其理解为结果犯。相同观点参见付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,《法商研究》2013 年第 6 期。

[54] 参见[日]中森喜彦:《实行行为的概念について》,载三井诚、中森喜彦等主编:《铃木茂嗣先生古稀祝贺论文集(上卷)》,成文堂 2007 年版,第 192 页。

阳台跌落而死。^[55] 对于这一案件,具体而紧迫的危险到底出现在什么时点就难以判断,因为该案之中的危险行为是连续多个的。^[56]

最后,以上论述证明,站在事前来判断危险的做法难以成功,以危险界定实行行为的路径不应被采纳,从事后来看与结果之间具有因果关系的行为才是实行行为,即实行行为只能放在与结果之间的因果关联的意义上加以理解与界定,其并非独立于因果关系之外的要件。

(二) 功能层面的批判

1. 实行行为不具有对偶然性事件的出罪功能

例如,在劝说他人坐高铁,希望高铁因极为偶然的故障而翻车致人死亡,其后愿望成真的“高铁案”中,对于这样的偶然性事件,提倡实行行为概念的学者会以劝说他人坐高铁的行为并非实行行为为由而否定故意杀人罪的成立。^[57] 因为“实行行为并不是任何与法益侵害结果具有某种联系(或条件)的行为,而必须是类型性的法益侵害行为”。^[58] 这里所称的“类型性的法益侵害行为”中的“类型性”无非是在一般人的认识范围内,某行为具有导致结果发生的高盖然性的意思。但是,无论是“一般人的认识”还是“高盖然性”都经不起推敲。

就“一般人的认识”而言,虽然说人类的理性是训导性的,指导我们追求终极的真理,但是经验却是有限的,在经验层面,一般人的认识永远没有止境。可以想见,伴随着科技的发展,超出一般人认知范围的杀人手段将会出现,我们显然不能以该手段超出一般人的认识范围为由而否定其实行行为性。况且,实行行为位于客观层面,有无实行行为的判断结论不以“人的认识”为转移。例如,不论是过失还是故意,投放至今并未被人所认识到的某种病毒而致人死亡的行为显然都是杀人罪的实行行为(过失致人死亡罪与故意杀人罪分享同一个客观构成要件,两者只是责任不同),如此来看,实行行为就只不过是构成要件结果中实现了的风险创出行为,它是客观因果流程的起点,是引起结果的“原因”。

就“高盖然性”而言,当问及多高的盖然性是高盖然性之际,其答案就不得不诉诸于模糊的法感觉以及伴随法感觉而来的抽象化判断。例如,在俄罗斯轮盘赌的游戏里,当左轮手枪里有6个弹巢之际,打死人的概率为1/6,此时朝人开枪的行为是故意杀人罪的实行行为,倘若左轮手枪里有100个弹巢,打死人的概率为1/100,此时朝人开枪的行为仍然应当是故意杀人罪的实行行为,否则朝人开枪而未击发子弹的行为就只能成立故意杀人罪的预备,这显然并不合理。那么,是什么理由让我们认为致死概率为1/100的行为是实行行为呢?答案恐怕是一般人的法感觉、印象、刑事政策等综合因素了,而这只能是一种抽象判断。抽象化地判断实行行为,会导出时而肯定时而否定的随意结论。据上,抽象

[55] 参见日本东京高等裁判所2001年2月20日判决,《判例时报》1756号,第162页以下。

[56] 参见[日]仲道祐树著:《行为概念的再定位——犯罪论における行为特定の理論》,成文堂2013年版,第39页。

[57] 参见张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第145页;[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》(第5版),东京大学出版会2011年版,第117页,脚注12。

[58] 张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第145页。

化判断导出了肯定结论,在劝说他人乘坐高铁而其后高铁翻车他人死亡的案例中,又根据劝说他人坐高铁的行为不具有导致他人死亡的高盖然性这一点得出了否定实行行为的结论,这一结论的得出,正是我们在判断对象之中删除了“高铁随后出现故障”这一因果流程中所介入的具体化因素。且不说判断对象抽象化的做法与学界所倡导的判断对象具体化、客观化之潮流能否契合,^[59]这种抽象化判断的做法是终究无法判断出盖然性大小的。例如,就劝说他人雷雨天到森林散步导致他人被雷劈死的“雷雨案”来看,如果单看劝说行为,其并不具有引起他人死亡结果的高盖然性,但是,如果该森林是电闪雷鸣、狼群聚集、泥石流多发之地,那么劝说行为无疑具有引起他人死亡的高盖然性。再例如,在上述俄罗斯轮盘赌里,即便手枪里有 100 个弹巢,如果此时已经打死了人,那么从事后来看,1/100 的概率已经转化为 100% 的结果,此时当然具备实行行为,如果没有打死人(具体危险),从手枪指着头以及一旦子弹被击发被害人必死无疑等具体情况来看,即便是 1/100 的概率,扣扳机也是与具体危险结果之间存在相当因果关系的行为,因此,行为人成立故意杀人罪的未遂犯。如此来看,对盖然性的判断并非一场数学游戏,要判断行为具有多大程度上的引起结果的盖然性,就应当将行为当时的客观事实以及行为后所介入的全部客观事实都纳入判断对象之内,从而做到具体情况具体分析。如果将所有客观事实纳入判断对象之中来确定实行行为,^[60]则此处判断的就是从行为到结果的整个因果流程,而并非仅仅是单纯的行为。如此一来,实行行为又难免受到以行为之“名”行因果关系判断之“实”的批判。

应当看到,舍去实行行为之“名”,以因果关系之“实”来重新审视“高铁案”与“雷雨案”,不难发现承担对偶然性事件的出罪功能的,是相当因果关系中的“相当性”。^[61]刑法的目的是保护法益,在法益侵害结果发生之际,法益受损已经是既定事实而不可恢复,刑法所保护的法益在时间维度上只能是未来未受损之法益。在此前提下,刑法为了实现法益保护的目,就必须赋予确证刑法存在的强制措施即刑罚以一般预防的功能——处罚某行为应当具有抑制其他人在将来通过同类型的行为再次引起结果的效果。这样一来,因果关系中的“相当性”就可以进一步明确为通过因果关系引起结果的现实可利用性,而只有行为与结果之间的因果关系具备现实上的再次利用可能性,才具有对该行为施以刑罚加以一般预防的必要。^[62]在判断有无现实可利用性之际,行为与结果之间的所有客观事实(包含行为时的客观事实与行为后所介入的客观事实)都是判断对象,因为在“高铁案”与“雷雨案”之中,是高铁突发故障与雷劈这样的十分偶然的介入因素直接引起

[59] 例如修正客观说、具体危险说是判断未遂犯中危险的主流学说。

[60] 实际上,提倡实行行为概念的学者也正是这么做的。例如,前田雅英说道:“作为实行行为基础的危险性即结果发生的危险性是客观的问题,不以行为人的意志为转移,希望让他人乘坐新干线并死于新干线事故的,但结局上事故并未发生的场合,其危险不以行为人深信列车上有炸弹而升高,相反,在真的有炸弹的场合,即便行为人并未认识到,也能肯定实行行为的存在。”参见[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》(第6版),东京大学出版会2015年版,第79页。

[61] 参见[日]山口厚著:《问题探究·刑法总论》,有斐阁1998年版,第26-27页;参见[日]高山佳奈子:《相当因果关系》,载山口厚主编:《クローズアップ刑法总论》,成文堂2003年版,第27-28页。

[62] 参见林幹人:《相当因果关系と一般予報》,《上智法学論集》第40卷第4号,第22-26页。

了结果,且如此偶然的介入因素显然难以被人所支配与再次利用,所以,不论是对具体危险而言,还是对实害结果而言,劝说行为都因为不具有引起结果(具体危险与实害)的再次利用可能性而不可能成为结果归责行为。作为结论,上述案件中的劝说行为既不成立既遂罪也不成立未遂罪。

2. 实行行为不具备预备与未遂的界分功能

着手是未遂与预备的规范性区分标准。因为中日两国对未遂规定的立法用语都是“着手实行”,所以,一般认为,实行行为的开始就是着手,这就赋予了实行行为以未遂与预备的界分功能,而实行行为的定型性也似乎让未遂与预备的区分标准变得明确。要维持实行行为的上述功能,必须基于一个前提,即“实行行为的开始=着手”,但是这一前提并不存在,着手完全可能与行为相分离。

其一,着手并非实行行为的开始,这表现在着手有可能前置或者后置于实行行为。例如,在故意杀人罪之中,扣扳机是实行行为,但是,在瞄准被害人之际,就因为具体危险的产生而成立着手。^[63]着手也有可能后置于实行行为,最典型的是隔离犯。例如,行为人从北京向东京邮寄有毒的糕点(隔地犯),所有的行为在被害人拿到糕点之前就已经实施完毕,而未遂的成立时点应当在被害人收到糕点后打开即将吃下去的时刻(被利用人标准说)。^[64]再例如,行为人在早上向被害人每日下午路过的田间小路放置一杯有毒的饮料(隔时犯),未遂的成立时点也在被害人即将喝下饮料之时。如果维持实行行为的开始就是着手的结论,会导致在结果没有发生的前提下,只要开始实施行为便是未遂的结论,这显然导致了未遂处罚范围的扩大。^[65]

上述两个案件与间接正犯具有类似的结构,在间接正犯之中,行为与着手的时点也完全可能分离。对于间接正犯的着手而言,我国存在利用人标准说^[66]与被利用人标准说^[67]、个别化说^[68]之间的对立。如果要着手时点定在实施利用行为之际,固然可以维持实行行为的开始是着手的既有理解,但是这明显提前了未遂犯的成立时间,会导致在利用精神障碍者盗窃被利用人出门后立即忘却的场合,对利用者也要按照未遂犯处罚的不当结局。^[69]因此,后两说是我国的通说。被利用人标准说与个别化说都肯定着手的时

[63] 正因为着手提前于实行行为,在日本,有学者认为密接于构成要件的直接前置行为是着手,并提出了修正的形式客观说,参见[日]堀见淳:《实行の着手について・(一)・(二)・(三)》,《法学論叢》第121卷第2、4、6号(1987年)。

[64] 参见张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第342页。

[65] 西原春夫采取不作为犯的方式加以解释,即“将袋装果汁放到田间路上的行为是作为的预备行为,此后就产生了取走这些果汁的作为义务;被害者想喝而拿到手上以后,这种作为义务的违反就成为不作为的实行行为”。参见[日]西原春夫著:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第16页。以不作为犯的实行行为与着手时点的重合来维护实行行为的开始是着手的思路固然精巧,但这是建立在作为义务的来源包含先行行为的前提之上,在先行行为能否是作为义务的来源这一点尚存极大争议的当下,该前提本身就不牢固。另外,根据西原教授的逻辑,则所有的预备犯、教唆犯都有可能转化为不作为犯的未遂或者既遂,这显然难以令人接受。

[66] 参见陈兴良、周光权著:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第325页。

[67] 参见张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第343页。

[68] 参见黎宏著:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第116-117页。

[69] 日本的团藤重光教授正是这么理解的。参见[日]团藤重光著:《刑法纲要总论》(第3版),创文社1990年版,第155页。

点可以晚于实行行为,这就打破了实行行为的开始是着手的既有理解。

其二,如果采取“实行行为 = 着手 ≠ 未遂”的理解模式,固然可以维持实行行为的开始是着手的传统理解,但是该路径存在缺陷。该理解认为,实行行为的开始就是着手,但是未遂犯必须等到具体而紧迫的危险(不成文的违法要素)产生之际方才成立。在这种理解之中,实行行为的危险与未遂犯中的危险分别是“作为行为的危险”与“作为结果的危险”,^[70]或者说是“通过事前判断得出的一般危险”与“通过事后判断得出的具体危险”。^[71]但是笔者不敢苟同这一理解。从中日对未遂犯的立法规定上来看,是着手决定着未遂的可罚性时点,既然对未遂的可罚性判断是实质判断,那么对着手的判断也必然是实质判断,但是该观点却将着手与未遂相分离,并将着手概念强行拉至形式层面以期与形式化的实行行为概念保持一致,这种解释方法显得极其生硬。这种做法导致“作为结果的危险”与“具体危险”成为了未被写入法条之中的“不成文的违法要素”。^[72]如果说分则之中存在不成文的构成要件要素(如盗窃罪中的非法占有目的)是基于体系解释(财产类犯罪间的类比)以及立法者对法条规定的简明而来,那么,在总则之中,就规定未遂犯的条文而言,显然难以再通过与其他条文之间的类比得出其存在不成文的违法要素之结论。另外,总则具有指导分则的作用,立法者应当详尽地规定总则条文,“不成文”应当被理解为“未规定”才对。

如此一来,“实行行为 ≠ 着手 = 未遂”的理解才是唯一正确的选项。近年来,主张实行行为与着手相分离,着手意味着引起“作为结果的危险”的观点经过结果无价值论者的提倡已经在日本成为主流学说,^[73]而这也逐渐被我国学者所接受。^[74]既然未遂犯中的危险也是结果,那么,未遂犯与预备犯的区分问题,就纯粹是一个对具体危险结果的判断问题。

3. 实行行为不具备正犯与共犯的区分功能

就正犯与共犯的区分标准而言,近来,在犯罪支配说与重要作用说已经成为主流观点的现状下,以实行行为作为正犯判断标准的观点又强势回归。^[75]然而,实行行为不具有区分正犯与共犯之功能。

实行行为难以说明共谋的共同正犯与间接正犯之正犯性。在我国,有不少学者提倡

[70] [日]曾根威彦著:《刑法的重要问题(总论)》(第2版),成文堂2005年版,第256-258页。

[71] [日]高橋則夫著:《刑法总论》,成文堂2010年版,第371页。

[72] [日]曾根威彦著:《刑法的重要问题(总论)》(第2版),成文堂2005年版,第258页。

[73] 参见[日]平野龍一著:《刑法总论·II》,有斐阁1975年版,第318-320页;[日]西田典之著:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第244-245页;[日]山口厚著:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第272-273页;[日]金光旭:《日本刑法中的实行行为》,《中外法学》2008年第2期。

[74] 参见张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第342页;黎宏著:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第229页。另有学者认为,类似于诬告陷害罪这样的复行为犯,虽然开始“捏造事实”就是开始实施实行行为,但是,只有在“诬告陷害他人”之时,才是着手。具体参见何荣功著:《实行行为研究》,武汉大学出版社2007年版,第77页。

[75] 参见林维:《真正身份犯之共犯问题展开——实行行为决定论的贯彻》,《法学家》2013年第6期;陈家林著:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第25页;钱叶六:《双层区分制下正犯与共犯的区分》,《法学研究》2012年第1期;张开骏:《区分制犯罪参与体系与“规范的形式客观说”正犯标准》,《法学家》2013年第4期。

共谋的共同正犯概念,^[76]但是,共谋并非实行行为,其不具备实行行为的定型性,如果肯定共谋的共同正犯的话,就不得不将正犯行为与实行行为相分离。^[77]实行行为也不可能用以说明间接正犯的正犯性。我国学者在划分实行行为类型的时候,往往提到直接实行行为、间接实行行为,^[78]黎宏教授更是明确认为:“间接正犯之所以是正犯,是因为其完全具备正犯的实行行为性。”^[79]这表明我国传统观点是以实行行为性作为间接正犯的正犯性根据的,但是这一观点会推导出荒谬的结论:因为实行行为的本质是引起结果发生的具体而紧迫的危险,所以,间接正犯的利用行为就应当具备紧迫的危险,那么,比较命令5岁的孩子去盗窃的场合与委托专业大盗去盗窃的场合,后者显然比前者具有更为紧迫的引起结果发生的具体危险性,因此,后者更应当成立间接正犯。上述推理显然荒谬,应当看到,间接正犯的正犯性并非来自于实行行为(危险),而是另有他处。^[80]

此外,实行行为难以解决身份犯的共犯定罪问题。例如,以实行行为作为认定正犯标准的学者会认为:“无身份者教唆、帮助有身份者实施或与之共同实施真正身份犯时,应依有身份者的实行犯的实行行为来定罪,即依有身份者所实施的犯罪构成要件的行为来定罪。”^[81]但是,这一观点无法说明不同身份者共同犯罪的情况。因为,在公司、企业工作人员与国家工作人员相互勾结,各自利用职务便利,共同侵吞本单位财产的案件中,双方都存在各自形式的实行行为,前者实施的是职务侵占罪的实行行为,后者实施的是贪污罪的实行行为。在有两种形式的实行行为并且分别定罪的做法已经被司法解释^[82]所否定之际,以哪个罪名为全案定罪就成为难题。

以实行行为作为认定正犯标准还无法解决“有故意无身份的工具”问题。在具有国家工作人员身份的丈夫利用不具有该身份的妻子收受贿赂的场合,以实行行为作为认定正犯标准的做法会导致处罚漏洞。实行行为是“符合构成要件的行为”,^[83]即被构成要件

[76] 参见刘艳红:《共谋共同正犯论》,《中国法学》2012年第6期;林亚刚:《共谋共同正犯问题研究》,《法学评论》2001年第4期;王志祥、韩雪:《论共谋共同正犯概念在我国刑法中的确立》,《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2013年第2期。

[77] 在日本,平野龙一教授最早意识到这一问题,并对实行行为的正犯与共犯界分功能提出质疑。参见[日]平野龍一:《正犯と实行》,载团藤重光等编:《佐伯千仞博士還曆祝賀:犯罪と刑罰(上)》,有斐閣1968年版,第453-462页。

[78] 参见陈兴良、周光权编:《刑法学》(第3版),复旦大学出版社2016年版,第44页;何荣功著:《实行行为研究》,武汉大学出版社2007年版,第77-78页;钱叶六著:《犯罪实行行为着手研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第83-84页。

[79] 黎宏著:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第100页。

[80] 参见[日]島田聡一郎:《实行行為という概念について》,《刑法雑誌》第45卷第2号(2006年),第226-235页。

[81] 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第584页。

[82] 2000年6月30日最高人民法院《关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》第3条规定:“公司、企业或者其他单位中,不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结,分别利用各自的职务便利,共同将本单位财物非法占为己有的,按照主犯的犯罪性质定罪。”2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中规定:“对于国家工作人员与他人勾结,共同非法占有单位财物的行为,应当按照《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》的规定定罪处罚。对于在公司、企业或者其他单位中,非国家工作人员与国家工作人员勾结,分别利用各自的职务便利,共同将本单位财物非法占有的,应当尽量区分主从犯,按照主犯的犯罪性质定罪。司法实践中,如果根据案件的实际情况,各共同犯罪人在共同犯罪中的地位、作用相当,难以区分主从犯的,可以贪污罪定罪处罚。”

[83] [日]团藤重光著:《刑法綱要總論》(第3版),創文社1990年版,第139页。

所限定的行为,那么,就身份犯而言,因为身份是实行行为的定型要素(构成要件主体),所以,在身份犯之中,原则上只有有身份者才可能实施该罪的实行行为,无身份者只能成立其狭义共犯。例如,提倡形式客观说的团藤重光就认为:“在公务员与非公务员一起收取贿赂的场合,非公务员的行为并非受贿罪的实行行为,从而只能成立帮助犯。”^[84]这样一来,为了避免“没有正犯的共犯”之结局的出现,只能将丈夫认定成正犯,但是,丈夫并未实施任何行为,将丈夫认定为正犯的理由只能是其“行为支配了对职务行为不可收买性的侵害”。^[85]如此一来,区分正犯与共犯的就并非是“行为”而是“支配”。

笔者认为,正犯与共犯的区分问题必须放置在责任归属的规范视野下加以讨论,因为该问题终究是一个责任归属的判断问题。申言之,人因支配负责,对“引起结果原因”的支配是统一的正犯归责原理,虽然支配概念能够为正犯归责提供积极的理论基础,但是鉴于支配概念的模糊性,其难免有沦为空洞的“符号”之虞,因此,引入溯责禁止理论并将其作为支配概念的一个下位具体标准的做法未尝不是可鉴之策。当然,这一论题已然远超本文之论述范围,且仍然是一个未竟的课题,从而只能留待日后探讨。

4. 实行行为难以解决构成要件结果的提前实现问题

对于构成要件结果的提前实现问题,除去上述所举的乙醚捂晕案之外,^[86]在教义学探讨上常见的还有妻子投毒丈夫提前回家案。^[87]如上所述,我国学者一般都认为,因果关系并非故意的认识对象,^[88]而“关键在于行为人的前一行为是否已经着手实行(是否存在具体危险)或者说是否存在类型化的实行行为,以及行为人是否具有实行的意思。如果能得出肯定结论,则应认定为故意犯罪既遂”。^[89]以公式表述,便是“未遂犯 + 结果实现 = 既遂犯”。

上述公式有将实害结果沦为客观处罚条件之嫌疑。如上所述,未遂取决于着手,着手

[84] [日]团藤重光著:《刑法綱要総論》(第3版),创文社1990年版,第418-423页。

[85] 钱叶六:《双层区分制下正犯与共犯的区分》,《法学研究》2012年第1期。

[86] 该案的详情为,妻子想杀死丈夫以骗取生命保险金,便委托A杀害其丈夫。A又叫了B、C、D三行为人,四人原计划为,B、C、D三人乘坐的汽车与被害人的汽车发生碰撞,然后以交涉处理交通事故之名,将被害人引入车内以乙醚捂晕,再将被害人放于其车内从港口推入海中,造成其因事故淹死的假象。其后,三人果然将被害人引入其车内,C以含有大量乙醚的毛巾从被害人后部捂住其口鼻,B压住被害人的胳膊,让被害人晕倒(第一行为),其后,三行为人将被害人运往两千米外的港口并打电话通知A,A于两小时后赶来,而后与B、C、D一起将瘫软不动的被害人放入被害人的车内,推入海中(第二行为)。其后,无法查明被害人到底是因第一行为还是第二行为而死,难以排除第一行为致死的可能性。日本最高裁判所认为:“三名实行犯的计划是以乙醚捂晕被害人,在其昏迷状态下将其运往港口放入汽车内推入海中淹死。要想确定地、容易地实施第二行为,第一行为是必不可少的。在第一行为遂行之后,在没有其他阻碍其实施杀害计划的特殊情况的前提下,以及第一行为与第二行为之间具有时间与场所上的密接性的前提下,第一行为就是第二行为的密接行为。因为实行犯三人在实施第一行为时就已经具有致人死亡的客观危险性,在该时点能够肯定杀人罪的实行行为的着手。还有,三名实行犯已经着手实施先捂晕再推入海中这一连串的实行行为……即便是第一行为导致被害人死亡,也不欠缺杀人的故意,三名实行犯成立杀人既遂罪的共同正犯。”参见日本最高裁判所2005年3月22日决定,《最高裁判所刑事判例集》第58卷第3号,第187页。

[87] 妻子在丈夫的酒中投毒,然后放在冰箱里,等候原定3天后出差归来的丈夫,并计划在丈夫回家后端给丈夫喝,不料丈夫提前回家并拿出毒酒一饮而尽提前死亡。

[88] 参见张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第258页。

[89] 张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第277页。

往往提前于构成要件行为,即密接于构成要件行为的直接前置行为是着手。这样看来,即便承认实行行为概念,未遂犯的实行行为与既遂犯的实行行为也是不同的。以故意杀人罪为例,拿枪瞄准是着手,扣扳机是“杀”。倘若行为停留在瞄准之际,未遂犯的实行行为就是拿枪瞄准。倘若杀死了人,既遂犯的实行行为就是扣扳机。由此不难发现,未遂犯中的实行行为提前于既遂犯中的实行行为从而形成了对后者的扩张,与此相应,上述乙醚捂晕案中的“一体的实行行为”就并非是既遂犯的实行行为而是“未遂犯的实行行为(捂晕)+既遂犯的实行行为(扔海里)”即扩张了的实行行为。众所周知,构成要件具有故意规制机能,那么,对既遂的构成要件(包含既遂的实行行为与结果)之认识便是既遂的故意。反观乙醚捂晕案不难发现,因为行为人在实施乙醚捂晕之第一行为(未遂犯的实行行为)之际,主观上存在实施第二行为(以既遂犯的实行行为引起实害结果)的保留意思,所以,行为人的主观认识仅仅及于未遂犯的构成要件而并不及于既遂犯的构成要件。既然如此,肯定行为人成立故意杀人罪未遂就是应然的理论结果,如果非要以“一体的实行行为”之名而将行为人论以既遂之罪,撇开“一体的实行行为”之内涵十分模糊不说,其难道不是将既遂犯的构成要件(包含实害结果)沦为不需要认识的客观处罚条件了么?与之相应,可以进一步质疑道:“未遂犯+结果实现=既遂犯”的公式难道不是将未遂犯的构成要件作为基本形态,而将既遂犯的构成要件理解为了加重形态从而本末倒置了么?

构成要件结果的提前实现问题,是故意领域的专属问题而并非实行行为概念能够解决的问题。在构成要件结果提前实现的案件中,第一行为的危险已经在结果中实现了,此时,行为与结果之间的客观归责不是问题,成为问题的,是能否就提前实现的结果加以主观归责。这一点在乙醚捂晕案之中自不待言,即便在妻子投毒案之中也是如此。在妻子投毒案之中,一般认为,妻子成立故意杀人罪的预备与过失致人死亡罪,因为妻子投毒的行为尚未进入实行行为阶段,而只是停留在预备阶段。^[90]但是,在丈夫因饮毒酒而死亡的因果进程中,亦应当肯定投毒行为与死亡结果之间的相当因果关系。^[91]试想,如果将上述案例稍作改变,变为妻子知道丈夫会提前回来拿毒酒喝,然后将毒酒放置于冰箱里,此时妻子就会成立故意杀人罪既遂的间接实行犯。^[92]如此一来,问题就在于,为何客观案情完全一样,实行行为的有无会随着行为人的认识而变得不同?答案只能是,无论妻子是否知晓丈夫会提前回来,投毒行为的危险都在丈夫死亡的结果之中实现了,投毒行为都应当是一个杀人罪既遂的实行行为。那么,无论是乙醚捂晕案还是妻子投毒案,就都存在一个既遂罪的客观构成要件,真正成为问题的是能否肯定行为人在主观上具备既遂的故意,即主观归责问题。^[93]

[90] 参见黎宏著:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第94页。

[91] 参见[日]山口厚:《“实行行为”论の一断面》,《研修》第627号(2000年),第4页;[日]西田典之著:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第180页。

[92] 参见[日]高山佳奈子:《‘实行行为’概念の問題性》,《法学論叢》第162卷第1-6号(2008年),第210页。

[93] 参见[日]佐伯仁志著:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳译,中国政法大学出版社2017年版,第232页;[日]島田聡一郎:《早すぎた結果発生》,载西田典之、山口厚、佐伯仁志:《Jurist 増刊・新・法律学の争点シリズ2・刑法の争点》,有斐閣2007年版,第66页。

5. 实行行为难以赋予原因自由行为以可罚性根据

对责任要素审查的时点是构成要件行为之时,这被称为法定犯行与罪责同时性原则。^[94] 因为构成要件行为就是实行行为,所以,上述原则往往被理解为“实行行为与责任同时存在原则”。原因自由行为的特殊之处在于主观责任存在时间与客观行为的分离,因此,解决原因自由行为的路径有两种:一是构成要件模式,其思路是将客观要件提前,锁定实行行为为原因行为,将其后的结果行为视为因果经过的一环;二是责任模式,其思路是将实行行为锁定为结果行为,但将责任评价的时点回溯到实施原因行为之时。显然,在责任模式里,原因自由行为是一个责任评价问题,只有在构成要件模式里,原因自由行为才是一个如何赋予原因行为以实行行为性的问题。要将原因行为确定为实行行为,要么类比间接正犯,将自己作为被利用的工具,要么将实行行为扩大化,将与结果行为有条件关系的原因行为扩大理解为实行行为。前者称为间接正犯类似说,后者称为前置说。^[95]

首先,间接正犯类似说难言成功。尽管自己也可以被作为工具而被利用,在自己陷入无责任能力之际,这种意志支配尚存在说明可能,但是,在自己陷入限制责任能力之际,这种意志支配的说明就变得困难。^[96] 如此一来,当自己陷入无责任能力之际,行为人因间接正犯的成立而承担全部刑事责任,当自己陷入限制责任能力之际,行为人难以成立间接正犯反而可以被从轻或者减轻处罚,这显失均衡。另外,即便在利用无责任能力的场合,也很难说利用行为就是间接正犯行为(实行行为)。在我国,虽然传统理论立场是极端从属性说,但是,极端从属性说因背离了共同犯罪是违法形态这一基本原理而遭到了学者的广泛批判,^[97] 现在的争议局限于最小从属性^[98]与限制从属性之间。^[99] 只要不采取极端从属性与夸张从属性立场,在间接正犯的场合,对无刑事责任能力者的利用行为就完全存在成立共犯的空间,其理由在于,被利用者不具备刑事责任能力不代表不具备故意,^[100] 而具备故意的被利用者,才是存在规范障碍的人。

其次,前置说也难言成功。前置说的逻辑在于,没有饮酒这一原因行为,行为人就不会在醉酒状态下实施杀人这一结果行为,因此被害人就不会死。这样一来,饮酒行为就是与结果有关的行为,从而也是实行行为。但是,至少在酒后开枪行为存在故意的场合,前置说难以贯彻。因为当喝酒行为与死亡结果之间介入了一个支配他人死亡结果的故意行

[94] 参见许恒达著:《法益保护与行为刑法》,元照出版有限公司 2016 年版,第 321 - 322 页。

[95] 参见许恒达著:《法益保护与行为刑法》,元照出版有限公司 2016 年版,第 328 - 330 页。

[96] 参见黄继坤著:《原因自由行为研究——以醉酒的人犯罪为中心》,法律出版社 2016 年版,第 91 - 92 页。

[97] 对于极端从属性说的批判,参见钱叶六:《正犯与共犯关系论》,《中外法学》2013 年第 4 期。

[98] 提倡最小从属性的观点,参见周啸天:《最小从属性说的提倡:以对合法行为的利用为中心》,《法律科学》2015 年第 6 期;王昭武:《论共犯的最小从属性说——日本共犯从属性理论的发展与借鉴》,《法学》2007 年第 11 期。

[99] 参见张明楷:《论教唆犯的性质》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第 21 卷,北京大学出版社 2007 年版,第 85 - 90 页;黎宏著:《刑法学总论》(第 2 版),法律出版社 2016 年版,第 261 页;周光权著:《刑法总论》(第 3 版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 343 页;

[100] 参见[日]山口厚:《实行行为与责任非难》,载三井誠、中森喜彦等主编:《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 上卷》,成文堂 2007 年版,第 213 页。

为之际,该故意行为就导致了因果关系的中断,此时,就不能说喝酒行为与死亡结果具备因果关系。即便在条件关系的层面上,也很难得出不喝酒被害人就不会死的结论,因为喝酒只是壮胆而已,不喝酒行为人仍然有可能杀人。

最后,原因自由行为是一个责任评价问题而与实行行为概念无关。依据责任模式,对非难可能性的判断也能够结合实行行为之前的事实加以判断。^[101] 如果将责任判断的时点提到原因行为之际,“实行行为与责任同时存在原则”本就不必存在,取而代之的就是“行为与责任同时存在原则”。因此,原因自由行为是一个对责任的评价问题,而不是一个非要用实行行为概念加以解决的问题。

四 实行行为概念解构

实行行为概念为“体”,上述五大功能为“用”。“体”、“用”难分,两相结合,构成了实行行为的全貌。在笔者对实行行为的概念与应用功能依次展开反思与批判之后,仅剩一步之遥的结论便是,实行行为概念应当被解构。但是,在此尚存两个问题需要解决:一是罪刑法定原则决定犯罪必须被类型化,没了实行行为,犯罪类型化的功能由谁承担?二是因果关系环环相扣,向前回溯不止,向后延绵不尽,没了实行行为,何以判断因果关系的起点,也即因果回溯的终点?实际上,学界提倡实行行为论的学者往往赋予实行行为另外两个功能,即构成要件类型化功能^[102]与因果关系起点功能。^[103] 本文认为,在我国立法与通说语境之下,危害行为与因果行为完全能够分别担负犯罪类型化功能与因果关系起点功能,因此,实行行为应当被解构。

(一) 以危害行为承担犯罪类型化功能

先要予以说明的是,犯罪类型化功能是罪刑法定主义原则的应然要求。法律的功能在于预期的稳定化,这一功能的实现必须依赖于立法者在事前对行为规范的明确描述。与司法者站在事后回溯式地裁判案件不同,立法者必须站在事前来展望式地引导人们的行为,禁止或者命令国民实施或不实施一定的行为,给国民提供预测自己的行为所带来后果的可能性。“当国民事先能够根据成文刑法预测自己的行为性质时,就不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚处罚而感到不安,也不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚制裁而不敢实施合法行为,从而导致行为萎缩的效果。”^[104] 在刑法中,描述行为规范的词语比比皆是,例如,抢劫罪中的“暴力、胁迫、其他方法”、侵占罪中的“占为己有拒

[101] 参见[日]山口厚:《实行行为と責任非難》,载三井誠、中森喜彦等主编:《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 上卷》,成文堂2007年版,第214-215页。

[102] 参见钱叶六著:《犯罪实行行为着手研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第57页;何荣功著:《实行行为研究》,武汉大学出版社2007年版,第31-32页;[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第67页。

[103] 参见[日]小野清一郎著:《法学評論(上)》,弘文堂1938年版,第242页;[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第67页。

[104] 张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第46页。

不退还”、贪污罪中的“侵吞、窃取、骗取”等。这些立法措辞都划定了实行行为的大体样态,公民正是从对规定实行行为的词义理解中,获得了对行为规范内容的理解,并以此指引自己的行为,从而获得对自由(预期)的保障。

我国刑法明确规定,承担犯罪类型化功能的,是危害行为而非实行行为。首先,我国立法并未赋予实行行为以类型化犯罪的重任,实行行为的称谓在我国并不具备坚实的实定法基础。在我国《刑法》中,“实行”二字先后出现在 8 个条文中:第 23 条的“已经着手实行犯罪”,第 38 条与第 76 条的“依法实行社区矫正”,第 86 条的“实行数罪并罚”,第 247 条的“对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的”,第 254 条的“对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的”,第 255 条的“对依法履行职责、抵制违反会计法、统计法行为的会计、统计人员实行打击报复”,第 343 条的“擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种”。除去第 38 条、第 76 条、第 86 条、第 343 条中的“实行”并非出自行为人因此不做考虑之外,可以看出,与《日本刑法》第 43 条的规定^[105]不同,我国《刑法》第 23 条的“着手实行犯罪”重在“着手”与“犯罪”两个关键词,而动词“实行”也完全能够被“进行”替换;第 247 条中的“实行刑讯逼供”因为与“使用暴力逼取证人证言”之间是或然的逻辑关系,所以,完全可以将第 247 条的立法规定替换为“使用刑讯逼取犯罪嫌疑人、证人的供述或者使用暴力逼取证人证言的”;至于第 254 条与第 255 条中的“实行”,则是因立法者出于强调被害对象之目的而将动词“报复陷害”与“打击报复”后置的语法需要而产生,完全可以将立法规定替换为“报复陷害控告人、申诉人、批评人、举报人”,“打击报复依法履行职责、抵制违反会计法、统计法行为的会计、统计人员”。另外,上述第 247 条、第 254 条、第 255 条中的“实行”在作动词时也完全可以被“进行”所替换。上述种种表明,立法者并非有意要创造一个“实行行为”这样的名词。总之,“实行”二字在我国立法规定中出现的次数不但十分有限,其作用与意义也仅仅是出于语法调整的需要,且与动词“进行”的意义相当。

其次,承担类型化犯罪重任的,是“危害社会的行为”。具体而言,我国《刑法》第 13 条规定,“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产……以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。显然,该条规定中的“危害社会的行为”统摄了刑法分则十章中的大类行为,分则第三章与第六章之下尚有小类行为,而全部章节之下又是具体行为,如此一来,“危害社会的行为”就承担了类型化犯罪、个别化犯罪的功能,而这一功能承担,直接源自立法规定。与此相应,通说从“危害社会的行为”中提炼出危害行为概念,并将其定义为“在人的意志或者意识支配下实施的危害社会的身体动静”。^[106] 通说认为,“大多数犯罪构成中要求的

[105] 根据《日本刑法》第 43 条规定,(参见《判例六法·01·公法·刑事法·社会法·条约》,有斐阁 2011 年版,第 1057 页)从语法上看,与中国刑法中的“实行”作动词且能够被“进行”替换不同,在日本刑法之中,“犯罪的实行”是一个立法专用名词。

[106] 高铭暄、马克昌著:《刑法学》(第 7 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版,第 64 页。

构成行为,应该是实行行为……但在某些犯罪构成中,则以非实行行为作为构成行为,如预备形态犯罪的犯罪构成……虽然不同犯罪构成中要求的行为形式不同,但任何犯罪构成都要求以危害行为为必要条件,没有危害行为,任何犯罪构成都不存在,这说明了危害行为在犯罪构成中的核心地位”。^[107] 从这一表述可知,我国的危害行为包括了基本构成要件行为(单独正犯的既遂形态)与修正构成要件行为(共犯、故意犯罪停止形态)。结合上文所述可知,正犯与共犯的区别是一个如何判断对引起结果的原因的支配问题,而预备犯、未遂犯、既遂犯的区别是一个对抽象危险结果、具体危险结果与实害结果的判断问题,这些问题都与实行行为无关,既然如此,以通说的危害行为论承担起犯罪类型化的功能,并以与具体问题相应的方法解决具体问题,就成为应然的理论选择。

最后需要补充的是,法学是一门本土性实践知识,任何教义学的研究都不应当在脱离本国立法语境的条件下进行。在我国的立法语境下,危害行为具有坚实的实定法基础,以危害行为代替实行行为,既有利于刑法知识生产的本土关照,又有利于减少概念泡沫,廓清理论体系。

(二)以因果行为承担因果关系起点功能

因果链条环环相扣,如果要对人的行为加以归责的话,就只能截断因果链条,从中抽出一个或多个具有主体性的人的行为,并将行为引起的结果视为“人的作品”,^[108] 因此,并非所有发生于结果之前的人的行为都是可归责的行为,必须划定一个归责的起点,这个起点实际上就是刑法理论中所讨论的行为。就刑法中的行为而言,理论上存在因果行为论、社会行为论、目的行为论、人格行为论的争论。

笔者认为因果行为论中的行为即可承担起因果关系起点的功能。从反面来看,社会行为论、人格行为论、目的行为论都存在各自的缺陷。撇开社会行为论中的“社会意义”十分模糊难以界定不谈,在社会行为论者看来,一些对刑法判断没有意义的现象,如纯粹的反射性动作、睡梦中的动作,也可能具有社会意义,这就导致“社会的行为概念缺乏界限机能”。^[109] 人格行为论中的“人格”同样意指不清,并且刑法能否介入到行为人的格中来,也值得怀疑。就目的行为论而言,其缺陷在于以故意作为行为意思的具体内容,不仅会导致对过失不作为行为的说明困难,还势必会推导出故意属于主观违法要素的结论,而将故意作为主观违法要素正是行为无价值论的核心特征。但是,违法的实质是法益侵害结果,其与故意、过失无关,比较误将人当作熊而射杀的场所以及明知是人而射杀的场所,我们难以发现两者在违法性上的不同,因为两者的法益侵害结果一致。从正面来看,因果行为论将行为理解为行为人有意支配的表现于外的因果现象^[110] 的理解是正确的。就“支配”而言,应当说,只要还坚持以“人的作品”为归责标准的话,那么“支配”就是不

[107] 高铭暄、马克昌著:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第72页。

[108] 参见[德]黑格尔著:《法哲学原理或自然法和国家学纲要》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第136-139页。

[109] 张明楷著:《外国刑法纲要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第63页。

[110] 张明楷著:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第141页。

能放弃的归责前提，“因为如果人类不是实际上有能力对其身体下命令，而是像是永久性癫痫病人般地颤抖，那么也就不会有立法者或是刑法理论者去塑造出自主的个体，尤其也将不会有此种立法或刑法理论，而是仅存在着持续性的颤抖”。^[111] 而“有意性”就是“行为意思性”，为法益侵害的危险提供基础的，并非故意或者过失，而是行为意思。换句话说，在具有行为意思的那一刻，法益侵害的危险才产生，刑法才期待行为人避免结果的发生，在行为人能够避免结果而并不避免结果之际，结果便可归责于行为人。例如，在 A 将 B 误认为是熊而意欲射击的场合，以及在 A 明确认识到 B 是人而意欲射击的场合，A 的行为都具备法益侵害的危险，显然，造成法益侵害之危险的，并非是故意或者过失，而是行为人的射击意思。^[112] 同理，在以开玩笑的意思拿枪指着被害人与以恐吓的意思拿枪指着被害人的场合，之所以说后者具备危险，也并非是因为故意，而是因为后者之中的行为人具有射击的行为意思。^[113] 既然如此，在某行为具备行为意思之际，因为法益侵害可能性的存在，法规范才产生了行为人停止该行为并避免结果之发生的期待。如此看来，结果回避可能性产生于行为人具有行为意思之际，那么，位于因果链条之归责起点的，就应当是具有行为意思的行为。

需要进一步指出的是，这一归责的起点不仅适用于既遂犯，也适用于未遂犯与预备犯。因为既遂犯是行为与实害结果之间存在因果关系的形态，而未遂犯与预备犯是行为与具体危险结果、抽象危险结果存在因果关系的形态。在锁定了结果样态之后，结果与行为之间是否有因果关系，则属于相当因果关系或者说结果归责问题，而不变的是位于因果链条开端的作为归责起点的行为，即受行为意思所支配的身体动静。综上，将行为界定为“受人意思所支配的身体动静”的因果行为论值得提倡，并且，这一行为概念完全能够发挥因果关系起点功能。

五 结 语

经上述分析可知，对实行行为的现有定义均存在缺陷，实行行为的五大应用功能悉数崩溃，而危害行为与因果关系又完全足以担负起原本由实行行为承担的犯罪类型化功能与因果关系起点功能，那么，我们可以得出一个基本结论，即实行行为的“体”、“用”皆难存，实行行为应当被解构。或许我们能够从实行行为由诞生到概念实质化、功能膨胀化，再到走向消亡的发展历程中，体会到事物发展过程中的某种“宿命”，这种宿命是指一切

[111] [德]班德·许迺曼：《德国不作为犯法理的现况》，陈志辉译，载许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑（贺许迺曼教授六秩寿辰）》，台北春风煦日论坛 2006 年版，第 661 页。

[112] 参见[日]高山佳奈子著：《故意と違法性の認識》，有斐阁 1999 年版，第 151 页。在这个意义上，高山教授认为，作为意思内容的故意、过失并不决定法益侵害性的有无及大小，因此，以故意为行为意思之目的行为论，无疑是额外地附加了对行为意思之内容的限定从而并不妥当。本文同意高山教授的观点。

[113] 参见[日]鈴木左斗志：《方法の錯誤について——故意犯における主観的結果帰責の構造》，《金沢法学》第三七卷第一号，第 91 页；[日]西田典之著：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 165 页；[日]佐伯仁志：《故意・錯誤論》，载山口厚、井田良、佐伯仁志主编：《理論刑学の最前線》，岩波書店 2001 年版，第 99 - 100 页。

事物都包含着矛盾,并在发展中完成对自身的扬弃,从而形成一个不断螺旋式上升的发展状态。当然,对于本文的观点,或许会有学者认为解构有余而建构不足。但是,对于本文所述及的各个领域内的具体问题,本身就应当根据其领域内的具体理论方法加以解决,“破”实行行为这一“黑箱”,去除遮盖在各个问题点上的“面纱”,正是“立”位于不同领域的理论方法的前提,因此,本文解构之中包含建构。至于如何“立”位于不同领域内的具体理论,则取决于与各个论点相应的理论探讨,这已超出了本文范围,有赖学者们的共同探讨与不断推进。

[本文为作者主持的2017年国家社会科学基金青年项目“正犯与主犯关系的重构与应用研究”(17CFX067)的研究成果。]

[**Abstract**] The concept of perpetrating act has taken the development path of content substantialization and functional expansion both in China and abroad. Upon reflection, we can see that, at the level of definition, the formal definition of this concept has the defect of transposing the due sequence of crime judgment and the substantive definition, which takes danger as its core, is faced with the difficulties in the determination of the time-point of danger. At the functional level, this concept does not have the function of distinguishing preparation from attempted, or the principal offender from accomplices, and it cannot reasonably solve the problems of contingency and the early realization of constitutive elements. It is even less able to give reasons for punishability of *actio libera in causa*. The distinction between preparation and attempt is an issue of result judgment, the distinction between the principal offender and the accomplice is an issue of determination of crime control, contingency is an issue of equivalence in causality, the early realization of constitutive elements is an issue of subjective imputation, and reasons for punishability of *actio libera in causa* is an issue of judgement of responsibility. At the same time, the concept of perpetrating act does not have a solid foundation in Chinese substantive law. Its functions of typification of crimes and its function as the starting point of causality can be undertaken by the concept of dangerous act and the concept of act in the criminal law, respectively. The concept of perpetrating act covers up the thinking method corresponding to the field of specific problems, and increases bubbles of concept, and, as such, has become a genuine “black box”. Based on the above reasons, this concept should be abolished.

(责任编辑:王雪梅)