

论实行行为的规范限缩

简筱昊

(中南财经政法大学刑事司法学院, 湖北武汉, 430073)

摘要: 实行行为是现代刑法理论的核心概念, 具有形式侧面和实质侧面。形式侧面存在观念论二元论哲学观与存在论哲学观两种不同的理解, 实质侧面则存在主观说、抽象危险说、具体危险说与客观危险说的对立。当前刑法理论与司法实践倾向于从“一般人标准”的经验性路径探究实行行为的范围, 但经验性路径存在方法论和实体上的缺陷, 实行行为的限缩最终仍需求助于规范的保护目的。规范保护目的的实质在于利益衡量与政策选择, 而主观解释基于自由主义的立场, 出于实现法的安定性的考虑, 相较于客观解释具有不可逾越的优越性。

关键词: 实行行为; 实行行为定型; 法益侵害危险; 规范保护目的; 刑法解释

中图分类号: D914

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2019)01-0086-08

一、前言

费尔巴哈将法国思想引入刑事审判领域的重要途径之一, 是通过“行为”的概念限制刑法的处罚范围, 亦即尊重思想自由, 只有恶的意思表现为外部行为时方可动用刑法予以规制。而法国思想(在刑法中表现为罪刑法定原则)的主脉就是实行行为(川端博语)^[1], 其作为刑法理论中的重要概念, 具有重要意义。首先, 刑法基本命题之一的“行为与责任同时存在”原则中的“行为”, 指称的就是“实行行为”, 其对行为人责任的判断、犯罪的成立具有决定意义; 其次, 实行行为是刑法中因果关系的逻辑起点, 因果关系是实行行为与法益侵害结果之间的引起与被引起关系; 再次, 实行行为是界分预备犯与未遂犯的重要标准, 只有行为人开始着手实施犯罪的实行行为, 才有可能构成犯罪未遂; 最后, 实行行为对区分共同犯罪中的正犯与共犯(狭义的共犯, 包括教唆犯与帮助犯)具有重要意义, 通说认为, 亲手实施刑法分则所规定的实行行为的是正犯, 实施实行行为以外的行为的是共犯^[2]。然而, 究竟何为实行行为? 尽管学者们一直苦苦思索, 但似乎并未得到圆满回答。

实际上, 学界对实行行为的认识有一个发展变迁

的过程, 即从形式说到实质说再到折中说。形式说, 也被称为“定型说”, 主张在遵循罪刑法定原则的基础上, 对构成要件进行形式的、价值中立的解读, 认为实行行为就是由刑法分则所规定的符合基本构成要件的行为。实质说, 认为形式说是在“以问答问”, 没有进一步回答究竟何为“符合基本构成要件的行为”, 主张实行行为是具有法益侵害现实紧迫危险性的行为。折中说, 在对形式说与实质说进行批判的基础上认为, 只要认可罪刑法定原则是现代刑法的铁则, 就不能忽视“刑法分则规定性”^[3]对实行行为概念的界分作用, 但是实质说相比形式说而言确有解释论上的优越性, 进而主张从形式与实质两个方面对实行行为进行把握, 即实行行为是刑法分则所规定的行为人实施的具有法益侵害现实紧迫危险性的行为。笔者原则上赞同折中说, 但是究竟何为刑法分则所规定的“定型”行为? 何为具有法益侵害紧迫“危险”的行为? 是借助于经验的判断即可实现对实行行为的准确把握还是需要另辟蹊径? 这些问题有待研究。

二、实行行为的本体展开

泷川幸辰博士认为, 只要社会内部存在强与弱的对立, 罪刑法定主义就应当成为刑法的铁则^[4]。当今

收稿日期: 2018-06-16; 修回日期: 2018-07-21

基金项目: 2017年“中南财经政法大学刑事司法学院研究生创新教育计划”资助项目“轻微暴力致死案件定性研究”(2017SX04)

作者简介: 简筱昊(1994—), 男, 安徽天长人, 中南财经政法大学刑事司法学院刑法学博士研究生, 主要研究方向: 刑法学, 联系邮箱: 1327676207@qq.com

世界经过第三次产业革命以及世界金融危机的冲击，整个国际社会处于转型时期，各方面的矛盾不断暴露，尤其是政府与政府之间、政府与民众之间的冲突不断增多。

为了维持整个社会在法治的框架内运行，避免法律成为独裁统治的帮凶，在刑法领域，就不得不始终坚持罪刑法定原则。映射在实行行为理论中，就是要始终坚持实行行为的形式侧面的特征，即定型性(刑法分则规定性)。然而仅仅具有形式侧面特征的实行行为概念根本禁不起进一步的追问，难以在解释论上为罪刑规范的具体运用提供指导，而不得不求助于刑法(刑罚)的目的，即法益保护。由于刑法分则是为保护具体法益而设立，其所禁止的自然就是会侵害或者威胁法益的行为。进言之，刑法并不禁止规范用语射程内的所有行为，而仅对域内的法益侵害行为设定罚则。所以，实行行为必须寻求实质侧面的特征以明确其边界。需要明确的是，折中说并不是在否定形式说与实质说，而是对两者的批判继承，形式说与形式侧面、实质说与实质侧面具有内在一致性。

(一) 形式侧面：“定型性”的哲学诠释

实行行为的形式侧面主要围绕构成要件的“定型性”展开。大谷实教授认为实行行为(形式侧面)就是符合特定的构成要件的行为，“确定实行行为，靠是否充分满足构成要件来决定”^[5]。大塚仁教授也持类似观点，认为实行行为就是“符合构成要件的狭义的行为”，是客观面与主观面的统一体^[6]。因此，对实行行为形式侧面的理解离不开对构成要件定型的清晰认知。按照贝林的观点，构成要件是犯罪类型的指导形象(而非犯罪类型本身)。受实证主义和行为构成要件论的影响，实行行为也被其定义为纯粹形式的、客观的、与价值无涉的事实^[7]。但是，由于刑法理论对构成要件的理解并未严格遵循贝林的步伐，而是存在从“行为构成要件论”到“违法类型论”再到“违法有责类型论”的变迁历程，实行行为的价值无涉认知也只是昙花一现。概括来说，学界对构成要件存在“观念论”和“存在论”两种不同的理解，而实行行为的“定型性”也在这两种哲学范式的影响下而深陷迷沼以至于不能自拔。

在观念论二元论哲学观下，“世界被区分为‘事实世界’和‘价值世界’，两者有着各自不同的法则”。“事实世界”的认识对象是经验上可以感知的，即通过听觉、视觉等五官可以认识的“放在眼前的东西”，而“价值世界”的认识对象则是处在“事实世界”之外的，诸如伦理道德、法律规范之类的，具有形而上特性的观念类型^[8]。在康德看来，“事实世界”是“价

值世界”的认识素材，我们的精神装置会通过感觉将这些素材编排在时间与空间中，进而形成我们理解经验的概念^[9]。例如，我们将上面有平面、下面有支柱的具有一定功能，如吃饭、写字、打牌的家具称为“桌子”，但在“桌子”概念形成以前，该家具就已经存在。只是在精神装置的加工下，“桌子”的概念才得以形成并为我们用来指称上述家具。映射到刑法中，犯罪现象(如“甲杀了人”这一事实)自人类社会形成以降就已经存在，是一种客观实在。而作为对犯罪现象进行研究的刑法学(包括构成要件理论下的实行行为概念，如“杀人”这一构成要件)是随着私有制、阶级、国家的出现而产生的^[10]，用以检验已经发生的事实是否构成犯罪、如何科处刑罚的理论模型、理论架构，是一种判断标准，属于认识论的范畴。具言之，作为构成要件要素之一的实行行为是用来圈定已经发生的行为是否属于刑法规制范围的观念形象，是“立法者基于一定的价值判断，将前法律的、具有普遍性的行为类型法定化，上升为法的‘定型’”^[11]。因此，定型性的判断被完全封闭于人类的精神世界(价值世界)。

存在论哲学则认为，“事实世界”与“价值世界”不是严格区别的。价值是实在于“事实世界”之中的，是对于人类生活而言具有意义的“东西”。无论是“事实”的“东西”，还是“精神”的“东西”，只要为生活所必须(人们为了生存，会把某些东西视为必要)，就是价值。即“事实”与“价值”是一体的^[8]。换言之，“价值世界”与“事实世界”是紧密联系而存在的。价值，是由各种事实抽象化、概念化而来，它对于我们来说是一种可欲求的东西，同样作为一种存在者而与我们共同“存在”。如海德格尔认为，“这种存在并不能靠事后为存在者配上价值术语而得到存在论上的补充，倒不如说这些价值特质本身只是某种具有物的存在方式的存在者在存在者层次上的规定性……价值是物的现成的规定性。价值的存在论起源最终只在于把物的现实先行设定为基础层次”^[12]。因此，刑法理论亦可归结为事实与价值的统一。构成要件的“定型性”，作为来源于犯罪事实同时超越犯罪事实的“类型化”的“观念形象”，必须是彻底符合经验而不得不接近客观实在基本性质的“东西”。如故意杀人罪，是根据现实中存在的故意杀人事实确定的违法类型，是经验的概念。

概括来说，二元论语境下的“定型性”概念与存在论语境下的“定型性”概念的区别在于如何把握其与经验事实的关系。前者认为，“定型性”是与经验事实绝对区别的存在于“价值世界”的法定的“类型”；后者则认为，“定型性”源自经验事实、超越经验事实

而又内在于经验事实(回归到经验事实中把握)的“类型化”的“观念形象”。笔者原则上赞同二元论语境下的实行行为概念,因为“规范的理念类型并非现实的‘反映型’,毋宁为其‘模范型’或亦为其‘原型’”^[13]。但是二者关于犯罪认定的路径则有异曲同工之处。详言之,我们无法通过视觉等感官性的感性认识来获取“犯罪”的知性认识。在感性认识过渡到知性认识的过程中,对认识主体来说,首先获取的是作为犯罪本质的“知觉形象”,即感性认识,然后在理性的加工下形成“知觉表象像”,即对感性认识的理性加工,最后与已经存在于认识主体观念中的“概念知”,即犯罪理论(定型性)进行对比,处于“知觉表象像的型”的范围内的认识,就是犯罪。因此,被抽象法定化的“类型”“定型”在具体犯罪的认定中处于参照标准的地位。

(二) 实质侧面:“危险”的理论解读

实行行为的实质侧面则与对法益侵害的“危险”密切联系。大谷实教授认为,实行行为是具有侵害法益危险的行为,行为只要没有构成要件所预定的侵害法益的现实危险,就不是实行行为^[5]。山口厚教授也将因果关系理论的起点,即实行行为界定为具有引起构成要件结果的客观危险性的行为,并认为应将因果关系理解为实行行为的客观危险的现实化,没有客观危险,就无须进行因果关系的判断^[14]。因此,实行行为的危险性的判断就成为实质侧面理论诠释的应有内容。而学界对危险性的判断一直存在主观说、抽象危险说、具体危险说与客观危险说的分歧,要实现实行行为实质侧面的“危险性”的全面认识,就必须对上述危险理论进行全面剖析。

1. 主观说

该说认为“当犯意这种飞跃表现出来时,在完成犯罪的轨迹上意思的表动业已十分充分,这种全力开始实行的犯意,即是具有完成力的犯意”^[15],具有犯罪完成力也就是具有法益侵害的危险性。质言之,主观说将实行行为“危险性”的判断诉诸行为人的主观认识,基于行为人的认识内容(判断资料),如果行为人认为(判断标准)具有法益侵害的危险性,则肯定实行行为“危险性”的存在;反之,则否定。例如,行为人误将白糖当作砒霜掺入食物中给他人食用,不管掺入白糖的食物客观上是否有致死可能,只要行为人认为他的行为可以致对方死亡,就肯定实行行为的存在。但是由于主观说与主观主义亲近并具有主观归罪的风险,已经不为学界所认可。

2. 抽象危险说

该说认为“根据行为当时行为人所认识到的主观

的情况,一般人没有感到有结果发生的危险时,就是不能犯”,也就是说应以行为人为当时所认识到的事实为基础(判断资料),根据一般人的标准(判断标准)来判断行为是否具有导致结果发生的危险^[16]。如果一般人认为具有导致结果发生的危险性,则肯定实行行为的存在;反之,则否定。例如,行为人使用注射器往他人经脉中注入少量空气,尽管行为在客观上可能并不会对他人造成损害,但是如果一般人认为行为人的注射行为具有致人死亡的危险性,则应当认定注射行为构成杀人行为(实行行为)。抽象危险说由于只考虑行为人的主观意图而完全置客观事实情况于不顾,也逐渐失去学者们的支持,只剩下学说史上的意义。

3. 具体危险说

该说认为“以行为当时行为人特别认识到的事实以及一般人可能认识到的事实为基准,从客观的见地、作为事后预测,判断有无结果发生的危险”^[17],亦即将行为人的特别认识以及一般人的可能认识作为判断资料,以一般人的认知作为判断标准,来认定行为的“危险性”。例如,行为人对被害人实施了轻微暴力(通常情况下不足以造成轻伤及以上结果),诱发被害人心脏病发作后死亡。根据具体危险说,如果行为人预见到了被害人患有心脏病或者一般人有可能认识到被害人患有心脏病,那么就可以肯定行为人轻微暴力行为的致死危险性;相反,如果行为人没有认识到,一般人也没有认识的可能性,则应当否定行为人的轻微暴力构成杀人行为。但是具体危险说也存在难以克服的缺陷。首先,当以行为人的认识内容为判断资料时,其与抽象危险说别无二致;其次,当行为人的认识内容与一般人的认识内容发生冲突时,如何解决?最后,将危险性的判断取决于行为人和一般人的认识内容也不无疑问。

4. 客观危险说

该说认为应当以行为当时存在的所有客观事实情况作为判断资料,然后从事后的立场以科学的因果法则作为判断标准,来认定行为的“危险性”。例如,行为人拿着没有装子弹的枪“射击”他人,在掌握了所有事实的情况下,可以得出行为人的“射击”行为不具有致人死亡的危险性的结论。相反,如果行为人误将农药当成咳嗽药拿给被害人饮用,尽管行为人对该事实没有认识(假使包装得非常逼真,一般人也难以认识),但是根据行为时的所有客观事实,饮用农药的行为确实具有致死危险性,则应当肯定行为的“危险性”。但是客观危险说也存在疑问。如果行为时的所有细节都被考虑,危害结果没有发生就会成为必然,行为的危险性也会被否定。如行为人开枪射击被害人,但是

因为卡弹而没有导致被害人死亡，如果从事后的立场将卡弹情形也予以考虑，那么认为行为从一开始就不会导致死亡结果，不具有致死危险性也是可能的。概言之，客观危险说会导致所有的未遂行为都被认定为不具有侵害法益的危险性。所以，学者们对客观危险说进行了各种修正，如山口厚教授的“假定的事实说”、前田雅英教授的“客观的事后预测说”等^[18]。由于笔者持结果无价值论的立场，原则上赞同实行行为的“危险性”判断应当从纯粹客观的角度进行，行为人的认识内容与行为的“危险性”无涉，而只影响实行行为归属的判断，即究竟是何罪的实行行为的判断。

从上述“危险”理论不难看出，“危险性”的认定取决于“判断资料”和“判断标准”两个因素。而“判断资料”的范围不外是行为人的认识内容、一般人可能认识的内容以及行为时存在的所有客观事实；“判断标准”则或是行为人的认知，或是一般人的认知。各种“危险”理论则是对这些要素的不同排列组合，以实现实行行为实质侧面——法益侵害危险的判断。事实上，正如法律用语在为刑法解释提供线索的同时发挥着限制解释范围的功能一样，“危险”理论在为行为的“危险性”判断提供标准时，也限定着行为“危险性”的范围，对行为的“危险性”的判断过程，也是排除不具有危险性的行为的过程。因为，如上文所提，刑法并不禁止任何侵害法益的行为，而只禁止“类型性”的法益侵害行为。这也是张明楷教授将实行行为界定为“类型性”的法益侵害行为的原因之所在^[19]。行文至此，我们可以发现，实行行为的形式侧面与实质侧面皆可限定实行行为的范围——形式侧面要求行为具有“定型性”，实质侧面则要求行为具有“类型性”，但是理论与实务均更倾向于先从实质侧面——类型性的危险性角度进行判断，在肯定行为具有类型性的危险后简单套用“符合刑法分则构成要件”的模板来实现形式侧面的判断，将形式侧面的判断消解于实质判断中。

三、实行行为的限缩路径

由于刑法并不禁止所有的侵害法益的行为，那么并不是任何具有法益侵害危险的行为均会纳入刑法的调整范围，刑法只禁止具有“类型性”的危险性的行为。但是，这样的“类型性”的危险究竟该如何区辨？大谷实教授认为，“由于构成要件是以社会一般观念或社会心理为基础的可罚行为的类型……危险的有无，最终还是根据一般人对客观危险的恐惧感来判

断”^[5]，简单来说，就是采取危险的一般人标准，如果一般人认为行为具有侵害法益的危险，行为就值得处罚。张明楷教授则认为，“应当以行为时的所有客观事实为基础……原则上按照客观的因果法则进行判断”^[19]。亦即，采用科学的一般人标准，如果根据科学的知识认为行为具有致害危险性，行为就值得处罚。但是，笔者认为，不管是危险的一般人标准，还是科学的一般人标准，都是从经验的角度对实行行为的范围进行限定，存在明显不足。详述如下。

（一）经验性路径之否定

1. 经验性路径的方法论上的缺陷

不可否认，上述实行行为概念的分析中掺入了许多经验性的内容，尤其是在对实质侧面的剖析中。但是，“实行行为”毕竟是规范论上的一种理论模型，应当从法规范背后寻找限制其处罚范围的实质理由。而危险的一般人标准和科学的一般人标准“始终拘泥于‘经验法则’、‘发生概率’等存在论意义上的事实标准”^[20]。一方面，学界有不少学者已经明确认识到经验事实与法律规范之间的界限，并且承认二者区分的意义，但是在具体案例的分析中却仍有意无意地以经验性判断取代规范性判断。例如孙运梁在判断轻微暴力致特殊体质者死亡案件的结果归属问题中，虽然主张从规范的立场进行认定，但其也落入了“行为人的殴打行为没有制造被害人死亡结果”之经验性判断的窠臼^[21]。另一方面，经验法则对实行行为“类型性”的判断，不管是进行单独判断还是将其纳入因果关系的“相当性”范围进行判断，最终都要回归到行为导致法益侵害危险的“发生概率”上。但是，“发生概率”的高低并不直接决定刑法调控与否，亦即经验法则确定的当罚范围与法律规范确定的可罚范围并不总是一致。例如，行为人醉酒后在一条没有任何其他车辆的公路上驾驶汽车。只要承认危害公共安全的犯罪是针对不特定多数人生命健康权的犯罪，就会否定行为人醉驾致害的盖然性，但刑法仍需对其科处刑罚。相反，诸如体彩之类的经营行为，具有相当程度的法益侵害的危险性，但立法者出于政策的考量，并不将其规定为犯罪。所以，企图使用危险/科学的一般人的经验性标准限制规范性的实行行为“类型性”的处罚范围问题无异于钻火得冰。

2. 经验性路径的实体上的缺陷

首先，经验性路径带有极大的随意性。仲道祐树认为“社会一般观念会以一般人或者裁判官的知觉或者漠然的印象为标准，从而流于恣意”^[22]。一般人标准本来是要根据行为人所隶属领域的一般人的预见能力求助于经验的均一性，但是由于经验的均一性的判断

取决于判断主体,一般人标准最终难免沦为判断者个人的经验标准。而判断者自身由于学识、阅历、职务、身份、出身、立场等的不同,对相似或相同案件的判断可能会得出不同的结论,具有极大的主观随意性。例如,张某与梁某发生争执,并伴有殴打行为,后梁某因冠心病+情绪激动而死亡,一审法院认为张某的行为具有致害危险性,认定张某构成过失致人死亡罪。而二审法院持相反意见^[23]。其次,危险的一般人标准将行为的危险性的判断求诸一般人的“危险感”,会使得科学上根本不具有法益侵害危险性的行为纳入刑法的调整范围,容易扩大刑法的处罚范围。如行为人开枪射击穿着衣服的机器人,只要一般人认为行为具有危险性,该行为就值得处罚。这是持法益保护目的观的学者难以接受的。再次,危险的一般人标准与刑法的法益保护目的相背离。与上一点相联系,只要一般人认为行为具有危险性,刑法就要对之科处刑罚,那么是否还能认为刑法的目的是保护法益而不是保护一般人的“安全感”?这值得商榷。最后,由于笔者持结果无价值论的立场,原则上赞同科学的一般人标准。但是,由于科学的一般人标准求之于人类最高知识水平,人类最高知识水平认可的危险行为却不一定为立法者所预见并纳入其所设立的行为类型,而且经验性判断的方法论上的缺陷是其永远无法跨越的鸿沟。所以,绝对不能以经验性判断取代规范性判断。

(二) 规范性路径之提倡

伯恩·魏德士认为,“如果概念所涉及的只是事实本身,那么对概念的确定就纯粹是一个是否符合立法目的的问题”^[24]。实行行为作为立法者所设立的可科处刑罚的具有“类型性”的法益侵害危险性的行为,是以规范保护目的为指导的观念类型。判断某种行为是否是刑法所调节的实行行为,必须追根溯源至刑法的规范保护目的。亦即,规范保护目的是确定实行行为范围的最根本且唯一的根据。

1. 规范保护目的理论之引介

规范保护目的理论即“规范并不防护所有的在个案情况中超越规范范围的危害,而是只应当防护不遭受的那些危害后果”^[25],在我国首先是作为客观归责理论的下位概念引起关注的,即不被容许的风险所造成的法益侵害结果是否在注意规范的保护目的范围内,如果不在,则排除结果归责^[26]。但是,现在已经有学者开始将规范保护目的理论作为一般理论来研究,认为将规范保护目的理论局限于客观归责理论的下位概念,会抹杀规范保护目的的规范意义而有必要建构以“刑法规范目的”为基础的全新的规范保护目的理论^[27]。那么,规范保护目的理论中的“规范”指

称的究竟为何物?罗克信教授将规范保护目的区分为“注意规范”的保护目的和“刑法规范”(构成要件)的保护目的,并将其分别置于客观归责理论的第二和第三判断阶段。耶塞克则在“刑法规范”的意义上把握规范保护目的理论,认为“刑法首先追求的是法益保护。因此,就法目的问题而言,对被保护的法益及刑法规定的保护范围的认识就显得非常重要”^[28]。当然,也有不少学者是在不区分注意规范保护目的与构成要件保护目的的基础上把握规范保护目的理论的。因为在他们看来,注意规范在刑法中的意义因构成要件而得以彰显,构成要件的实质内容就是注意规范,亦即注意规范的保护目的与构成要件的保护目的是一致的。

笔者认为,注意规范的保护目的与构成要件的保护目的具有不同的功能,不能将二者简单混同。注意规范的保护目的旨在解决不被允许的实行行为是否合乎规律地造成了法益侵害结果,且该法益侵害结果是否为该注意规范所关注;而构成要件的保护目的旨在对注意规范保护范围内的因果流程进行限制和取舍,即刑法只处罚其认为值得且需要处罚的因果流程。但是,由于本文所讨论的核心是某种行为是否是刑法分则所规制的实行行为,最终的判断标准仍然应该回归到“刑法规范”本身,所以下文在“刑法规范”的意义上把握规范保护目的理论。此外,虽然规范保护目的理论的初始功效在于限制因果关系流程,但现在的规范保护目的理论的保护范围已经扩展到以下三种,“第一,规范特别意在保护某些受害人(主体保护范围);第二,损害的类型须为规范保护目的所涵盖(损害类型保护范围);第三,引发损害的方式也是相关的,因为呈现出的风险须为规范保护目的所涵盖(模式保护范围)”^[29]。其中的模式保护范围就是对实行行为的“类型性”的要求。因此,适用规范保护目的理论限制实行行为的“类型性”范围,并不存在理论适用范围的障碍。

2. 规范保护目的之实质

李波博士认为规范保护目的可以分为广义的规范保护目的和狭义的规范保护目的^[30]。广义的规范保护目的是指规范在整体上的目的,也就是每一部法律本身存在的意义之所在;狭义的规范保护目的是指具体规范的保护目的。两者具有一般与个别的关系。在确定法条保护范围时,首先根据狭义的规范保护目的进行解释,倘若尚不能明确法条含义,再根据广义的规范保护目的进行解释^[30]。这样的理解和对刑法分则各条保护的利益与刑法总则第三条的法益保护目的关系的认识是一致的。刑法总则第三条规定的是广义的规

范保护目的，刑法分则各条所规定的是狭义的规范保护目的。那么究竟什么是规范的保护目的？或者说规范的保护目的的实质是什么？赫克认为，“立法是对需要调整的生活关系和利益冲突所进行规范化的、具有约束力的利益评价”^[31]，而威尔逊则认为规范的保护目的“更多归因于政治考虑”^[32]，实际上两者之间并不存在不可调和的矛盾。在现代民主国家中，法律的首要目的应当是调节各种利益冲突，最大限度地保护公民的合法权益，但是法律又具有作为统治者统治工具的属性，就难免需要推行一定的政策。简言之，规范保护目的的实质是法益衡量与政策选择。

首先，立法者基于各种利益考量，将具有法益侵害盖然可能性的行为规定为犯罪。其中被侵害的法益越重大，行为的危险性越大，行为发生的可能性越大，原则上被科处的处遇措施就越严厉。这样一个对利益进行衡量的过程实际上也是一个政策选择的过程，因为立法者并不要处罚所有的侵害法益的行为，尤其是在刑事立法中，其只“选择”一部分具有利益冲突的行为进行处罚。所以，利益衡量与政策选择之间具有一致性，并且这种一致性依托一般人的处罚感情，即一般人的经验判断。其次，法益侵害的可能性并不是立法的决定性因素，有些行为侵害法益的可能性很高，但是并未纳入刑法的调整范围，而有些行为侵害法益的可能性很低，却被刑法规定为犯罪（经验性路径之否定部分已展开说明）。所以，利益衡量与政策选择之间也存在非一致性，并且这种非一致性依托立法的明文规定，即规范性要求。行文至此可得结论，利益衡量作为一种经验性的考量，是立法基底，即具有利益冲突的行为因立法者的政策选择而得以成为规范调控的对象。具有利益冲突高度可能性的行为被规定为犯罪是原则，具有利益冲突高度可能性的行为没有被规定为犯罪或利益冲突可能性极低的行为被规定为犯罪是例外。这也是为什么在多数情况下根据经验性的路径来判断实行行为并不会出现显著偏差和经验性的判断方法能够成为理论通说并在司法实践中得以延续至今的原因之所在。

3. 规范保护目的·实行行为·主观解释

如何通过规范保护目的理论限制实行行为的范围？对规范保护目的理论的论述旨在强调其作为实行行为符合性判断独立阶层的必要性，即判断某种行为是否是刑法分则所规定的实行行为，必须回归到具体条文的规范保护目的。虽然在多数情况下，根据危险发生概率的经验性判断得出的结论与规范所限制的范围是一致的，但毕竟经验性判断与规范性要求属于不同的界域。所以，经验性的判断至多可以作为实行行

为“类型”或“定型”的辅助判断标准，而绝对不能取代规范性的判断。例如，在判断轻微暴力致特异体质者死亡案件中的实行行为时，绝对不能简单地根据推搡、拉扯等轻微暴力行为的致死发生概率得出肯定或者否定的结论，而必须明确故意杀人罪的规范保护目的，搞清推搡、拉扯等轻微暴力行为是否包含在故意杀人罪所设定的实行行为的类型中。实际上，对实行行为形式侧面的要求，就是对规范保护目的的追求，只是过去的理论研究和司法实践过于注重实质思维（实质侧面）而主张从经验上寻求实行行为的认定标准。

如何确立规范的保护目的？由于刑法分则所规定的犯罪众多，行为类型多样，本文不可能对具体条文的规范保护目的进行一一列举，而只能讨论确立规范保护目的的一般标准。对立法目的的探求，历来有主观解释与客观解释之争。主观解释认为应当严格遵循立法原意，强调法的安定性，主张限制法官的自由裁量权；而客观解释认为应当对法条进行灵活解释，强调法的功效性，主张赋予法官一定的自由裁量权。“但是在公法和刑法中受到青睐的所谓的客观解释……因为‘客观方法’使法律适用者摆脱了立法的规范目的与刑法规定的刑法禁止类推的束缚。”^[33]客观解释一直以来都与类推解释和扩大处罚范围亲近，而且所谓的客观解释不过是适用者的个人解释，违反近代刑法的民主与自由思想，容易突破罪刑法定原则。所以，笔者基于自由主义的立场，出于实现法的安定性的考虑，认为通过主观解释来探求规范的保护目的更为合适。并且在进行主观解释的过程中，“立法机关的审议意见或者有关部门的意见，起草、审议、审查、讨论草案过程中的各方面意见等”^[19]，以及立法时的相关社会背景以及一般人的价值观念等都是重要的判断资料。但是，可能存在一些质疑。①主观解释探求的只是立法者的意思而不是立法的意思。在笔者看来，立法者的意思与立法的意思并不存在对立关系，立法者在立法时，正是通过规范文字将其所要表达的规范意思表达出来；在全国人大对草案进行审议表决时，不仅是对文字的审议表决，更是对规范意思的审议表决，规范文字与规范意思是一体的。与其将规范意思的确立交由司法机关、学者等个人，不如交由代表人民的立法机关。②主观解释如何解决法的滞后性问题。主张客观解释的学者认为社会日新月异，需要通过客观解释来弥补处罚漏洞，否则社会将处于失序状态。实际上持上述主张的学者的思维中已经默认了类推解释的作用，只是迫于罪刑法定的“淫威”而不得不粉饰为“扩大解释”。笔者认为，既然刑法没有规制某种行

为,就不得随意扩大处罚范围。对新出现的犯罪形式应当或是建立特殊的处置办法或是直接宣布无罪,然后在立法中对新的犯罪形式予以确认或者追认。③主观解释难以实现法的安定性。笔者认为法的安定性是刑法典的安定性而不仅仅是规范意思的安定性,即使是在主张司法能动主义的客观解释稍占优势的当下,国家的刑事立法活性化趋势依旧十分明显。立法的变动不能成为主张主观解释的障碍。因此,主观解释对于探求规范保护目的具有难以超越的优越性。

四、结语

现代刑法理论认为实行行为具有形式侧面和实质侧面,其中形式侧面是指行为的刑法分则规定性或者构成要件符合性,实质侧面是指行为所具有的侵害法益的现实紧迫的危险性。就形式侧面而言,在观念论二元论哲学观下,实行行为是与“事实世界”绝对区分的,用以检验已经发生的事实是否构成犯罪、如何科处刑罚的理论模型、理论架构,是一种判断标准,属于认识论的范畴。而存在论哲学观则认为,实行行为作为来源于犯罪事实同时超越犯罪事实的“类型化”的“观念形象”,必须是彻底符合经验而不得不接近客观实在在基本性质的“东西”。但是“规范的理念类型并非现实的‘反映型’,毋宁为其‘模范型’或亦为其‘原型’”,观念论二元论哲学观下的实行行为概念更为可取。就实质侧面而言,则以“危险”理论作为核心。实行行为危险性的判断一直存在主观说、抽象危险说、具体危险说与客观危险说的分歧,但是这几种理论都是借用“一般人标准”从经验的角度对实行行为的范围进行限定,存在方法论和实体论上的缺陷。

实行行为作为立法者所设立的值得科处刑罚的具有“类型性”的法益侵害危险性的行为,是以规范保护目的为指导的观念类型。判断某种行为是否是刑法所调节的实行行为,必须追根溯源至刑法的规范保护目的。规范保护目的理论是指“规范并不防护所有的在个案情况中超越规范范围的危害,而是只应当防护不遭受的那些危害后果”,其实质在于法益衡量与政策选择。亦即利益衡量作为一种经验性的考量,是立法基底,即具有利益冲突的行为因立法者的政策选择而得以成为规范调控的对象。具有利益冲突高度可能性的行为被规定为犯罪是原则,具有利益冲突高度可能性的行为没有被规定为犯罪或利益冲突可能性极低的行为被规定为犯罪是例外。所以,经验性的判断至多可以作为实行行为“类型”或“定型”的辅助判断标

准,而绝对不能取代规范性的判断。而基于自由主义的立场,出于实现法的安定性的考虑,主观解释相较于客观解释在探求规范的保护目的方面具有不可逾越的优越性。但是,在规范保护目的没有涉及的新的实行行为类型出现时,如何设置一套合理的规制体系仍是值得在本文之外进行研究的重要课题。

参考文献:

- [1] 何荣功. 论实行行为的概念构造与机能[J]. 当代法学, 2008, 22(2): 32-40.
- [2] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999: 269.
- [3] 聂立泽, 孙海龙. 论刑法中的实行行为[J]. 法商研究, 2004(4): 100-105.
- [4] 团藤重光. 泷川幸辰刑法著作集: 第4卷[M]. 京都: 世界思想社, 1981.
- [5] 大谷实. 刑法讲义总论[M]. 黎宏, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 125.
- [6] 大塚仁. 刑法概说(总论)[M]. 冯军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 152.
- [7] 贝林. 构成要件论[M]. 王安异, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006: 4, 120.
- [8] 宗冈嗣郎. 犯罪论与法哲学[M]. 陈劲阳, 吴丽君, 译. 武汉: 华中科技大学出版社, 2012: 29, 35.
- [9] 罗素. 西方哲学史: 下卷[M]. 马元德, 译. 北京: 商务印书馆, 2015: 273.
- [10] 齐文远. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011: 12.
- [11] 崔志伟. 实行行为定型性及其符合性判断[D]. 上海: 华东政法大学, 2016.
- [12] 海德格尔. 存在与时间[M]. 陈嘉映, 王庆节, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2014: 116.
- [13] 拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 339.
- [14] 山口厚. 刑法总论[M]. 付立庆, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 49-50.
- [15] 宫本英脩. 宫本英脩著作集: 第2卷[M]. 东京: 成文堂, 1985: 367.
- [16] 张明楷. 未遂犯论[M]. 北京: 法律出版社、东京: 成文堂联合出版, 1997: 230.
- [17] 前田雅英. 刑法总论讲义[M]. 东京: 东京大学出版社, 1994: 204-205.
- [18] 陈家林. 外国刑法通论[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 445-449.
- [19] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 145.
- [20] 陈璇. 论过失犯中注意义务的规范保护目的[J]. 清华法学, 2014(1): 27-48.
- [21] 孙运梁. 致特殊体质被害人死亡案件中的刑事归责问题[J]. 法学, 2012(12): 104-110.
- [22] 仲道祐树. 实行行为概念对问责行为的特定(一)[J]. 早稻田大学大学院法研论集, 2007(123): 297-322.
- [23] 黄祥青. 轻微暴力致人死亡案件定性研究[J]. 法律适用,

- 2016(3): 66-72.
- [24] 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 90.
- [25] 韦塞尔斯. 德国刑法总论[M]. 李昌珂, 译. 北京: 法律出版社, 2008: 115.
- [26] 罗克辛. 德国刑法学总论: 第1卷[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 715.
- [27] 姜涛. 规范保护目的: 学理诠释与解释实践[J]. 法学评论, 2015(5): 107-117.
- [28] 耶塞克, 魏根特. 德国刑法教科书: 上[M]. 许久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 2017: 218.
- [29] 库齐奥, 张玉东. 合法替代行为: 因果关系与规范保护目的[J]. 甘肃政法学院学报, 2017(5): 61-68.
- [30] 李波. 规范保护目的理论[J]. 中国刑事法杂志, 2015(1): 21-37.
- [31] 黑克. 利益法学[M]. 傅广宇, 译. 北京: 商务印书馆, 2016: 12-20.
- [32] 威尔逊. 刑法理论的核心问题[M]. 谢望原, 罗灿, 王波, 等译. 北京: 中国人民大学出版社, 2015: 202.
- [33] KAUFMANN A. Rechtsphilosophie im Wandel[M]. Frankfurt: Der Frankfurter Verlag, 1972: 273-276.

On the normative restrictions of perpetrating act

JIAN Xiaohao

(School of Criminal Justice, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan430073, China)

Abstract: The perpetrating act is the core concept of modern criminal law theory, with both formal and substantive aspects. On the formal side, there are two different understandings of the conceptual dualism: philosophical view and the existential philosophy view. On the substantive side, there are opposites among subjective theory, abstract danger theory, specific danger theory and objective danger theory. At present, criminal law theory and judicial practice tend to explore the scope of perpetrating act from the empirical path of "general standard". However, there are methodological and physical defects in the empirical path. The normative restrictions of perpetrating act still need to call for help from the normative protection purpose. The essence of normative protection purpose lies in the measurement of interests and policy choices, while the subjective interpretation is based on the position of liberalism. In view of the stability of the realization of the law, it has insurmountable superiority compared with objective interpretation in exploring the normative protection purpose.

Key Words: perpetrating act; stereotype of perpetrating act; risk of violation of legal rights; normative protection purpose; criminal law interpretation

[编辑: 苏慧]