

转变观察视角理解刑法中的“行为”

蔡桂生

提到刑法学中的行为理论，许多人都会承认其属于刑法基础理论中的重要问题，但同时又会感觉行为理论中存在一些尚未说清的问题，乃至误会。会有如此的感觉，其实是源于对刑法释义学上行为理论的演变史缺乏梳理所致。本文尝试对此予以梳理。

自然行为论到目的行为论致力于回答：究竟何谓行为？

自然行为论滥觞于 20 世纪初的电力革命时代，为了使法学也能如自然科学一般精准，以李斯特为代表的自然实证主义者提出，在法律概念中不能有任何价值评判，例如，侮辱罪便应定义为：作案人声带所发出的一连串的振动，导致对方的鼓膜也引起不对称的振动。自然行为论又称因果行为论，其认为凡是引起刑法上有关事实发生且有因果的举止，皆属刑法上的行为。对于刑法所关心的范围而言，因果行为论的指涉显然是过宽了，它使得作案人根本未对结果产生操纵的任何举止，均落入了刑法评价范围之内。典型例子便是，张三是个坐在河边看报的聋子，他的儿子就在不远处的河里游泳，由于意外抽筋即将溺亡，他大声呼喊，张三也没有听见。若张三没有看报，而是看到了事故，是有办法救起溺亡的儿子的。根据因果行为论的主张，张三的看报也成了刑法上的行为。这无疑牵涉过宽了。

目的行为论兴起于“二战”后自然法复兴的时代，此时代刑法学的特点是力图与过去极权主义色彩的法律告别，进而回归事物本身（即所谓“物本逻辑”）。目的行为论的代表人物韦尔策尔认为，行为均是有目的的，只有一定的意识导向之下实施的举止，才是刑法上的行为。这种理论注意到了行为本身的文义，即行为乃是作为的同义词（在汉语中亦然，甲骨文中的“为”的写法中就已经长有眼睛），可是，该理论仍然遗留有一些问题。因为刑法关心的是违反举止规范的事情，而除了一定意识导向之下的举止（故意犯）之外，过失和不作为的举止也违反了举止规范。对于过失举止所引发的结果的发生，作案人却不存在任何的意识导向。

- 自然行为论认为凡是引起刑法上有关事实发生且有因果的举止皆属刑法上的行为，所指涉显然过宽。而若用目的行为论中的行为来指涉刑法所关心的范围，将之仅限于一定意识导向之下实施的举止，则又过于狭窄。
- 社会行为论提出刑法上的行为是受意识支配或者可以受意识支配的具有社会意义的举止。人格行为论指出刑法上的行为乃是作案人的人格体现。但两者均未将刑法不关心的事情排除出去。
- 否定行为论扭转了行为理论的关注点，使得“避免构成要件”取代“符合构成要件”，成为了“行为”概念说明的对象。对于举止规范的遵守，亦即“避免构成要件”，需要人们以其有意识的“行为”来实现。只有“符合构成要件”的举止”而非“行为”，才是刑法上关心的违反了举止规范。

在他的意识导向里，只有去做那些与刑法无关的正常事情这种内容，比如安心驾车本身。不作为也是如此。如果将刑法所关心的范围仅限于一定意识导向之下实施的举止，则显然过于狭窄。

社会行为论和人格行为论的立场：不能遗漏过失和不作为

使用目的行为论所提出的“有目的的行为”，不能完整地说明刑法上构成要件所包含的内容（即违反规范的事情），是显然之事。为了将那些缺乏意识导向却符合了构成要件的情形，也整合到行为概念中来，社会行为论者提出，刑法上的行为，乃是受意识支配或者可以受意识支配的具有社会意义的举止。如此便使得行为概念包括进了主动的作为和被动的不作为。相比于自然行为论，这种行为概念避免了牵涉范围过宽的弊病，而较之于目的行为论，这种行为概念则更具有包容性，能够免于概念外延过窄，进而遗漏过失和不作为的缺点。然而，社会行为论的缺陷也是明显的，理由是：具有社会意义的举止，不一定是违反刑法上举止规范的举止。例如，李四乘车上学，显然这是个有社会意义的举止，但却与刑法无任何关联。

人格行为论的初衷和社会行为论一样，乃是出于避免遗漏过失和不作为这两种情形

的考虑。人格行为论者罗克辛指出，刑法上的行为乃是作案人之人格的体现，受制于不可抗力或者在痉挛、梦游的过程中造成的不受其意识控制的损害，便不是其人格的体现，因而不是刑法上的行为。然而，人格行为论和社会行为论一样，均未将刑法不关心的事情排除出去，例如，王五到酒馆喝酒，也是其意识控制下的人格体现，但与刑法无关。

再者，无论是社会行为论和人格行为论，其所指代的行为的内容，均已超出了“行为”这一概念的文义射程。因此，社会行为论和人格行为论的立场宣示，并未阻挡人们在行为理论上继续探索的步伐。

否定行为论提出观察视角的改变：从违反规范转向遵守规范

既然目的行为论已经正确地揭示了行为的文义，而它又未能将过失和不作为纳入到刑法关心的（违反举止规范的）范围中来，否定行为论便提出，应当改变我们的观察视角，应当将我们的关注点，从符合构成要件转到不符合构成要件上来，亦即转到避免构成要件上来。以往的视角都是考察（肯定性地）符合构成要件的内容是什么，而否定行为论却是考察如何才能不符合构成要件，因此，其属于“否定”的行为论，而非“肯定”的行为论。例如，卡尔斯便认为，作案人如果在有能力和法律要

求他避免之时，没有避免结果的发生，便应将结果归属于他。换言之，为了避免构成要件的实现（亦即遵守举止规范），要求作案人去做的事情，才是我们所要弄清的“行为”。

避免符合刑法上的构成要件，意味着遵守刑法上的举止规范：不去杀人、盗窃、醉驾。人们必须有意识地才能够遵守刑法中各种举止规范。法律意识需要人们有意的培养，只有有意识（或目的）地去做法律所要求的事情（这才是一种“行为”），才能使得自己的举止合乎规范；并非漫不经心（过失）、无所事事（不作为）者，就能理所当然地避免构成要件和遵守规范。遵守规范是需要意识的，它是一个有目的的行为，这也是人们为何总是强调，需要培养和树立法律意识（或守法意识）的原因，而违反规范却不一定是有意识的，过失和不作为的举止均可违反规范。正是在否定的行为论中，守法意识受到了重视。否定行为论者扭转了行为理论的关注点，使得“避免构成要件”取代“符合构成要件”，成为了“行为”概念说明的对象。所以，有人提出，刑法上的“行为”应当指，作案人有相应能力却没有合乎规范地行为，亦即违反义务且有责地未以其行为遵守某一规范。诚哉斯言。显然，此处的“行为”已经不再是指代“违反规范”的内容，而是成了“遵守规范”所要求的内容。既然如此，那么，符合构成要件的那个概念是什么呢？是“举止”。刑法所关心的，正是“符合构成要件的举止”，它既能是作为、也能是不作为，不仅可以是故意的，而且可以是过失的。到此，行为理论完成了它的演变历程，只有“符合构成要件的举止”而非“行为”，才是违反了举止规范。至于对举止规范的遵守，则需要人们以其有意识的“行为”来实现。

从自然行为论到否定行为论这一发展历程表明，刑法所真正关心的，并非“行为”本身，而是构成要件中究竟写了什么？构成要件中所写的，不是“行为”的概念，而是（表征犯罪性质的）举止之外在以及内在的表现。人们在行为理论中自始所提的问题，便是什么是“符合构成要件的举止”，而非何谓“行为”。可见，如何正确地提问，是多么地重要。

（作者系中国人民大学刑事法律科学研究中心副教授）

传销犯罪的违法所得如何处理

薛 振 熊理思

违法所得是传销犯罪的重要经济基础，只有依法妥善处置违法所得，才能从根源上切断传销犯罪死灰复燃的根源，维护社会经济秩序，保障人民群众安居乐业。目前，刑法上用于打击传销犯罪的罪名是组织、领导传销活动罪。就该罪名而言，目前立法上对违法所得存在发还空间，司法裁判上倾向于没收，理论上争议较大，给审判实务工作带来一定困扰。

组织、领导传销活动罪是《刑法修正案（七）》增设的罪名。在此之前，传销犯罪是按照第 225 条非法经营罪认定，定罪时未区分传销组织中的组织者、领导者和一般参与者，规制范围较大。《刑法修正案（七）》之后，传销犯罪从非法经营罪中独立出来，位于第 224 条合同诈骗罪之后，成为第 224 条之一。该罪名在单列后有以下两点明显变化：首先是犯罪主体缩小了，仅为组织、领导者，对其他参与者不再作犯罪处理；其次，罪状中采用了“骗取财物”的表述，使得受骗的其他参与者存在成立被害人的空间，故亦存在对违法所得进行发还的空间。但司法上仍倾向于将违法所得作没收处理。2018 年最高检第十批指导性案例“叶经生等组织、领导传销活动案”的裁判文书文是对“扣押和冻结的涉案财物予以没收”。经在裁判文书网上查询，绝大多数裁判文书均判决没收或上缴国库，仅有极少量的案件判决将违法所得发还给被害人。

综上，对组织、领导传销活动罪的违法所得如何处置，立法上存在一定的发还空间，司法上的主流观点是没收（上缴国库），但同时也存在裁判不统一的现象。妥善处理这一问题，还需从理论分析入手。

支持“返还”的主要理由如下：第一，“组织、领导传销活动罪”的罪状中有“骗取财物”的表述，说明此罪中有受骗者的存在。第二，“组织、领导传销活动罪”与“合同诈骗罪”属于同一条目，说明“组织、领导传销活动罪”也是诈骗类犯罪的一个组成部分，而诈骗罪犯罪是传统意义上的“有被害人犯罪”。第三，诈骗型传销不能产生经济效益，犯罪的违法所得均源自参与者所缴纳的“入门费”。既然刑法未将组织、领导者以外的其他参与者作为犯罪主体，那么他们因犯罪活动遭受损失就是被害人。特别是底层参与者因为未发展下线，更加可以作為被害人。第四，即使不能认定为被害人，也可以仿照非法吸收公众存款罪中的集资参与者人，参与对违法所得的分配。

支持“没收”的主要理由如下：第一，目前传销犯罪的规制主体限为组织者、领导者，缩小犯罪主体范围，目的是防止打击面过大，并不意味着除了组织、领导者以外的其他参与者就是当然的被害人。根据目前对传销组织分化瓦解的政策，组织、领导者作犯罪处理，其他参与者仍可进行行政处罚。第二，《禁止传销条例》第 24 条规定，对

组织策划传销、介绍、诱骗、胁迫他人参加传销的，行政处罚时没收违法所得，构成犯罪的，依法追究刑事责任。传销犯罪作为行政犯，在违法所得上，刑事处罚和行政处罚应保持一致，应予以没收。第三，“被害人”是刑事诉讼中的当事人，享有直接参与刑事诉讼活动全过程的权利，应对其作严格解释，不宜扩大。第四，主观上，因贪财而被“引诱”加入的人不能认定为被害人。第五，客观上，传销犯罪虽然案发时他们是没有发展下线的底层参与者人，但如果案发时间推迟一两年，他们可能就变成有下线的中层人员，因此这些人的损失在犯罪活动中不是必然的，他们同样存在获利的可能性，不能作为被害人。第六，虽然不是被害人也可以参与对犯罪违法所得的分配，例如非法吸收公众存款罪中的集资参与者人，但这是出于大局考虑在司法解释中作出的特别规定，传销犯罪中无此规定，无法参照适用。第七，归还其他参与者“损失”，不利于让他们反省自己参与传销活动的违法性，也不利于切断传销组织的经济土壤。

对于以上两种观点，我们不赞同一刀切，可以分别吸收它们的合理之处，结合在案证据，在对经济受损的参与者是否具有被害人身份等法律问题作出认定后，再对违法所得问题作出相应处理，同时还要注意规范裁判文书正文的表述问题。

1.关于能否认定被害人身份问题。被害人是刑事诉讼的当事人，是刑事法律保护的对

象，享有广泛的刑事诉讼权利，对被害人的认定应作严格把握。组织、领导传销活动罪的犯罪主体是传销活动中的组织、领导者，其他参与者是否构成被害人应视具体案情而定。对于已发展下线的参与者，不能认定为被害人。对未发展下线且已被骗取财物的底层参与者，可以视情认定为被害人；因拒绝参与传销活动，受到人身限制和伤害的，可以认定为被害人。

2.关于违法所得的实体处置问题。违法所得是指犯罪分子因实施犯罪行为而获得的全部财物，包括犯罪行为直接获得的财物及其孳息。对违法所得应根据财物类型作出不同的实体性处理：系违禁品的，应当予以没收；系被害人合法财产的，应当及时返还给被害人；不属于前两者的，应当上缴国库。在组织、领导传销活动刑事案件中，根据在案证据，对被害人地位和受损金额可以作出明确认定的，应当将违法所得返还给被害人。

3.关于判决主文的表述问题。刑法第六十四条规定的“追缴”“责令退赔”，均是程序上的对物的强制措施。追缴针对的是下落明确的、没有被损毁或消耗掉的犯罪分子违法所得的财物；责令退赔针对的是下落不明的或者已被损毁或消耗掉的犯罪分子违法所得的财物。对于案件中有明确被害人和受损金额的，判决主文在表述违法所得时，除了载明程序处置上的予以追缴或者责令退赔外，还应在实体处置上载明返还给被害人。

（作者单位：上海市高级人民法院）