

当代世界学术名著



目的行为论导论

刑法理论的新图景


(增补第4版)



*Das neue Bild des
Strafrechtssystems: Eine
Einführung in die finale
Handlungslehre*

[德] 汉斯·韦尔策尔 (Hans Welzel) / 著

陈璇 / 译

 中国人民大学出版社

当代世界学术名著



目的行为论导论

刑法理论的新图景
(增补第4版)

[德] 汉斯·韦尔策尔 (Hans Welzel) / 著

陈璇 / 译

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目(CIP)数据

目的行为论导论：刑法理论的新图景/(德) 韦尔策尔著；陈璇译. 北京：中国人民大学出版社，2015.6

(当代世界学术名著)

ISBN 978-7-300-21529-7

I. ①目… II. ①韦…②陈… III. ①刑法-法的理论-研究 IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 144990 号

当代世界学术名著

目的行为论导论——刑法理论的新图景 (增补第 4 版)

[德] 汉斯·韦尔策尔 (Hans Welzel) 著


陈璇译

Mudi Xingweilun Daolun——Xingfa Lilun de Xintujing

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街31号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京东君印刷有限公司		
规 格	155 mm×235 mm 16开本	版 次	2015年7月第1版
印 张	11插页2	印 次	2015年7月第1次印刷
印 数	151 000	定 价	32.00元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



*Das neue Bild des
Strafrechtssystems: Eine
Einführung in die finale
Handlungslehre*

作者简介

汉斯·韦尔策尔（Hans Welzel）（1904-03-25—1977-05-05），德国著名刑法学家和法哲学家。1928年取得博士学位；1935年获得刑法和刑事诉讼法、民事诉讼法以及法哲学教授资格。1937—1952年任教于哥廷根大学；1952年起任教于波恩大学，其间于1962—1963年任波恩大学校长。1954—1959年任大刑法委员会委员，参与德国刑法典的修订。先后被法国图卢兹大学、希腊塞萨洛尼基大学、日本东京大学、韩国首尔大学授予荣誉博士学位。代表性著作有：《刑法中的自然主义与价值哲学》（1936年版），《德国刑法》〔初版于1940年，终版（第11版）于1969年〕，《目的行为论》（1949年版），《自然法与实质正义》〔初版于1951年，终版（第4版）于1962年〕，《目的行为论导论——刑法理论的新图景》〔初版于1951年，终版（增补第4版）于1961年〕，《刑法与法哲学论文》（1975年版）等。



韦尔策尔对于当今刑法学的意义*

京特·雅各布斯**

一、前 言

假如有充分的时间和精力可供利用，那我们本来可以按照一个理想的计划来处理该题目，即：首先应当——根据关于韦尔策尔所处时代之视图的叙述——阐明他说了些什么；然后，应当对当代刑法学的现状加以描述，在此需要对刑法学的特殊状况给予特别的考察^①；最后——这与其说是一

* 2014年4月10日至12日，在德国弗赖堡大学法学院举行了“汉斯·韦尔策尔犯罪论中依然兴盛和已然消亡者——刑法上目的主义的哲学基础、教义学贯彻与发挥影响的历史”（*Lebendiges und Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels; Philosophische Grundlagen, dogmatische Durchführung und Wirkungsgeschichte des strafrechtlichen Finalismus*）学术研讨会。本文是作者在此次会议上发表的演讲，其翻译和发表均已获得作者的授权——译者注。

** 京特·雅各布斯（Günther Jakobs）（1937年7月26日—），德国波恩大学法学院刑法、刑事诉讼法和法哲学教授。他在韦尔策尔的指导下，分别于1967年和1971年获得博士学位和教授资格——译者注。

① 关于我对刑法学所下的定义，参见 *Jakobs*, *Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin*, in: Engel u. a. (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 103ff., -Zur Notwendigkeit einer Theorie der wissenschaftlichen Behandlung des Strafrechts; *Pawlik*, *Strafrechtswissenschaftstheorie*, in: ders. u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Jakobs*, 2007, S. 469ff.。



些单个的步骤，不如说是一些漫长的旅程——应当研究，韦尔策尔在多大范围内对现今的刑法学产生了影响，这在多大范围内是一种福音，在多大范围内又是一种不幸，并且，如果韦氏没有对现今刑法学产生影响的话，那么他是否最终会对其发挥影响。由于我没有时间和精力去将这一理想的计划付诸实施，因而我打算这样做：我将根据自己的评价对他学说的主体部分，更准确地说是他学说的重点篇章，展开批判性的叙述。形象地说，就是让当代刑法学重新与他展开对话。倘若鄙人能够代表现代刑法学并且能够理解韦尔策尔思想的话，那就至少可以实现这一点。在此过程中，我将主要考虑他早期和中期的著作，这似乎也是其思想的源头所在。这里所指的主要是韦尔策尔来到波恩大学执教之前所撰写的著作。

读者很快就会看到，我的叙述是批判性的，在有的部分甚至非常具有批判性。要是韦尔策尔还在世，他也会接受这种论述方式。我曾在韦氏的晚年担任其助手，至少在那时，他非常重视批判精神。他总是友好地让我知道，虽然我缺少许多资质，但绝不缺少批判的精神。在道出这段带有浓厚个人色彩的前言之后，我将冒着风险着手展开讨论，我知道，这种“着手”将以实行开始，却——应该强调的是——并不总是会达至既遂。

二、没有争议者：教学法上的成就

韦尔策尔的一位门生早在 25 年前就曾断言，在韦氏之后（他那些对于其体系具有奠基性意义的著作仿佛是纲领性的作品，在这位门生说这番话时，距离这些著作问世也已经有半个世纪的时间了），刑法教义学（被理解为刑法学）就再也没有出现过值得一提的进步了。^②事实上，如果我们看一下那些流行的教科书，就会产生上述这种印象：鲍曼

^② Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel. Festschrift zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 399ff.; 亦见 ders., Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht, in: ders. u. a. (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 65ff.; 亦见 Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 44ff. (关于行为的概念), 83ff. (关于客观归责), 136ff. (关于作为与不作为), 148ff. (关于责任), 164ff. (关于禁止错误)。

(Baumann) 及其合著者^③在他们的总则教科书中捍卫着因果主义——这没有什么革新之处，施米德霍伊泽 (Schmidhäuser) 和郎格尔 (Langer) 坚持认为故意的概念只包括邪恶的目的 (dolus malus)^④——这同样也没有任何革新之处，撇开这些不说，几乎所有的教科书都已经承认主观构成要件是以行为故意为表现形式的；在责任阶层，只剩下现实或者潜在的不法意识^⑤，正如法律条文所倡导的那样^⑥；多数人都把责任本身理解成“可谴责性”；在这期间，法律条文甚至要求共犯的成立以故意的主行为存在为前提（《刑法》第 26 条以下），而且法条对未遂的表述是建立在行为不法而非结果危险的基础之上的（《刑法》第 22 条的用语是“根据其想象”）。诸如此类我们还可以列举出许多来。当然，韦尔策尔理论体系中的某些内容并没有得到贯彻，特别是他所认为的对某一正当化情境之前提条件的错误认识必须被当作不法错误来处理观点；此外，把构成要件错误和不法认识区分开来的做法是否也适合于附属刑法^⑦，以及关于当不法认识的欠缺可避免时可以减轻处罚的规定，是否应理解为应当减轻处罚^⑧ [顺便提一下，

③ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, 2003, S. 190ff., 201ff.

④ Schmidhäuser, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 Abs. 1 und § 17 StGB), JZ 1979, S. 361ff.; ders., Schlusswort, JZ 1980, S. 393ff., 395f.; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Auflage, 1984; Langer, Vorsatztheorie und strafgesetzzliche Irrtumsregelung, GA 1976, S. 193ff., 216f..

⑤ 如果我们不认为故意具有“双重地位”（分别在构成要件和在责任中，各自都基于传统的理解），Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 243, 在 Fn. 38 处有引证。

⑥ 选择性的阐释：Jakobs, Dolus malus, in: Rogall u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rudolphi, 2004, S. 107ff.; ders., Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff, Rechtswissenschaft 2010, S. 283ff. .

⑦ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, 2006, 21/40ff.; grundlegend Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969.

⑧ Roxin (Fn. 7), 21/70; AK-Neumann (Kindhäuser u. a. [Hrsg.], NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Auflage, 2010) § 17 Rn. 83ff. (如果错误认识表明，行为人特别严重地偏离了“正常的”法忠诚，那么不能减轻处罚)；以上文献各自都附有引证。关于这个问题，参见 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, 1991, 19/16 mit Fn. 27; LK-Vogel (Laufhütte u. a. [Hrsg.], Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Auflage, 2007) § 17 Rn. 92.



韦尔策尔起初根据楚·多纳 (zu Dohna)^⑨ 的见解, 在某个脚注中隐晦地支持了这一观点^⑩, 他在教科书中虽然将现实的不法认识和“可立即现实化的”不法认识作了同等处理, 但这并未从实质上改变其原先的观点^⑪], 这些自始至终都存在争议。对此我在后文中还将谈及。^⑫

如前所述, 学界与韦尔策尔提出的解决方案之间虽然没有达成完全一致, 但也达成了高度一致。这一点表明, 韦尔策尔对于其理论体系所得出之结论的实用性有着十分敏锐的感知力^⑬, 不仅如此, 而且他还是一名娴熟的教育学家。不过, 这种一致性却并不能说明, 他为了使刑法归责得以体系化和正当化, 即为了科学地研究刑法归责而提出的构想^⑭, 在今天依然是通行的观点。假如所谓的科学只需借助一个七十多年前提出的构想就足以解决一切问题, 那就说明科学已经陷入裹足不前的停滞状态了。因此, 关键的不是将所有问题的解决规则都放在我们教学用的犯罪构造中去一一进行比较, 而是应当在关注“刑法世界”的同时, 将韦尔策尔的构想、视角加以明确, 并且在可能的情况下将之延续至当代。^⑮

⑨ zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, S. 43 (jetzt: 4. Auflage, 1950, S. 51).

⑩ Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491ff., 533, Fn. 63.

⑪ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969, S. 164f.

⑫ 当看到他在《人格与责任》(Persönlichkeit und Schuld) (ZStW 60 [1941], S. 428 ff., 458 ff., 462 ff., 467) 一文中关于“有责之行为人的人格性” (schuldhaften Täterpersönlichkeit) 的论述时, 我们本来期待他会作出更大幅度的改变。

⑬ 一件轶事 (对于其真实性我可以打保票) 可以说明这一点: 20 世纪 60 年代后期, 在韦尔策尔和阿明·考夫曼共同开设的研讨课上, 考夫曼自己就行为无价值的唯一意义作了报告。在讨论中, 韦尔策尔保持得十分低调, 他的助手们 (包括鄙人在内) 都没能驳倒考夫曼所提出的体系。但在研讨课正式结束前不久, 韦尔策尔还是作了一番点评, 说: “考夫曼先生, 其实他们想说的话是, 谋杀行为是包含尸体在内的。”

⑭ Jakobs (Fn. 1), S. 105f.

⑮ 下文在谈到各种基础性的问题时, 必将提到对 Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), S. 516ff. 早先所进行之长篇批判表示反对和赞成的意见。下文赞同 Pawlik, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, 2012 中的批判性章节。

三、“因果关系与行为”

在韦尔策尔的构想中，有一个要素在他最早期到最晚期的著作中都一直得到了体现，那就是，在理解刑法归责时应当抛弃因果的构想。在《因果关系与行为》^{①⑥}（Kausalität und Handlung）（1931年）这篇早期论文中，他意图对“因果理论的基本前提条件”提出质疑，这种理论认为，“决定现实事件的仅仅只有因果关系”^{①⑦}。韦尔策尔提出：对于思维活动和（在此十分重要的）意志活动^{①⑧}来说，除了因果关系之外，“意图性”（Intentionalität）也是一种决定的形式；“意图性”^{①⑨}与因果关系不同，它“并非完全不关心结果”^{②⑩}，而是“以意义为导向”^{②⑪}。在此，“意义”表明了“对象的有价值性”^{②⑫}（这种对象既可能应当追求实现，也可能应当得以避免）。这篇论文所具有的个人主义烙印是特别清楚的，因为韦尔策尔并不承认有一个“价值的理想层面”，他根据“某个自我”（ein Ich）来确立价值，即根据“对于‘我’来说‘有价值的’东西”来确立价值。^{②⑬}这个“我”应当能够意志性地创设因果环节——至于说这具体是怎样发生的，韦尔策尔认为“还完全没有弄清”^{②⑭}；他把“从对意志冲动的决定到结果的”“意义统一体”称作“行为”，据此，行为应当被理解为“合目的的意义设定关联”^{②⑮}。韦尔策尔把通过这种方式确定下来的

^{①⑥} Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), S. 703ff. 早先的论文: ders., Strafrecht und Philosophie, Kölner Universitätszeitung, Bd. 12 (1930), Nr. 9, S. 5ff.。

^{①⑦} Welzel (Fn. 16), S. 708.

^{①⑧} 对此，参见 Pothast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise. Zu einigen Lehrstücken aus der neueren Geschichte von Philosophie und Recht, 1980, S. 329ff.。

^{①⑨} Welzel (Fn. 16), S. 709, 并且一再地提到这一概念。

^{②⑩} Welzel (Fn. 16), S. 711, 他赞同尼古拉·哈特曼 (Nicolai Hartmann) 的观点。

^{②⑪} Welzel (Fn. 16), S. 712.

^{②⑫} Welzel (Fn. 16), S. 714.

^{②⑬} Welzel (Fn. 16), S. 714f.。

^{②⑭} Welzel (Fn. 16), S. 717.

^{②⑮} Welzel (Fn. 16), S. 718.



行为，理解成“可能之刑法评价的本体论基础”²⁶。所有这些都借助个体心理学的（和哲学的）文献得到了论证²⁷；在此并未出现社会的身影，虽然不居于中心位置，但却十分清楚的一点是：不要黑格尔！²⁸

四、“自然主义与价值哲学”

在4年之后（1935年）出版的教授资格论文《刑法中的自然主义与价值哲学》（*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*）中，韦氏在“刑法学的意识形态基础研究”这一子标题下，丝毫没有对他关于行为概念的概述作出更改²⁹：“只是因为意志的具体能力达到了能够有意义地调控其因果发展的程度，所以我们才能认为该事件是特殊意义上的‘意志的’事件”³⁰，在此，“目的性的决定”或者决定可能性（对于过失和不作为而言）一如既往地只是机械性地看待世界，故在刑法领域中，它并不包含责任在内。³¹然而，价值不再完全取决于“我”，它实际上“深深”植根于“本体之中”³²，即植根于社会的存在及其“生活方式和世界观”之中³³；韦尔策尔明确地支持黑格尔将理性与（强调意义上的）现实相等同的观点³⁴，从而将“具体的历史时代”作为确定

²⁶ Welzel (Fn. 16), S. 718.

²⁷ 对此，以及对于下面所援引的论文，*Sticht*, *Sachlogik als Naturrecht. Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904—1977)*, 2000有深入的论述。关于施蒂希特（*Sticht*）的这部著作，参见以下书评：*Jakobs*, GA 2001, S. 492ff.; *Loos*, ZStW 114 (2002), S. 674ff.。

²⁸ Welzel (Fn. 16), S. 719, Fn. 30.

²⁹ Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935, 特别是 S. 79f.。

³⁰ Welzel (Fn. 29), S. 79.

³¹ Welzel (Fn. 29), S. 80.

³² Welzel (Fn. 29), S. 55.

³³ Welzel (Fn. 29), S. 57.

³⁴ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1820/21. 本文的引用是根据格洛克纳（*Glockner*）所编《黑格尔全集》，Bd. 7, 3. Auflage, 1952, S. 33.。

价值的标准。^⑤ 在与刑法教义学相联系时^⑥，韦氏提出了“共同体”的“现实部分”；“人类的共同体定在”处于“原初的秩序和关联之中”^⑦。这样一来，即便是行为概念也至少添入了社会的含义，即我们只有对具备支配可能性的举动才能抱以期待。^⑧

如果有人想要从韦尔策尔缩略（以及经过善意挑选）的注释中领悟到那个时代的特殊思维方式，那么他绝不会出错。^⑨ 不过，韦尔策尔通过论证——不论在此过程中有没有特殊的思维方式——摒弃了他原先所持有的严格的个人主义（今天人们会表述为：主观主义）立场，并赋予刑法社会的色彩。

五、“刑法体系研究”

（一）行为*

早在 1939 年，韦尔策尔在他的——根据我的判断，是他最为重要

^⑤ Welzel (Fn. 29), S. 57.

^⑥ Welzel (Fn. 29), S. 64, 标题。

^⑦ Welzel (Fn. 29), S. 74, 提到了（“完全相近的” [S. 74, Fn. 53]）C. Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934.

^⑧ Welzel (Fn. 29), S. 85.

^⑨ 重印于：Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 29ff. 此书作了一些缩减，尤其是省略了前言。

* 关于德文词“Handlung”和“Verhalten”的译法，特作以下说明：晚近，我国不少学者正确地指出：“Handlung”应译为“行为”；但由于在德语文献中“Verhalten”往往指的是更为朴素和自然意义上的身体动静，故在中文中也应当冠之以另外一个名称。有的学者译为“举止行为”（参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法总论》，第 2 卷，王世洲等译，698 页，北京，法律出版社，2013）；有的则译为“举止”（参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《刑事政策与刑法体系》，蔡桂生译，3 页，译者注，北京，中国人民大学出版社，2011）。考虑到在中文语境中，“举止”一词似乎更多地用于礼仪、姿态；而“举动”一词一方面侧重于人的身体活动本身，另一方面亦能体现出先于法律评价的朴素行为的意味，故本书译者倾向于将“Handlung”译为行为，将“Verhalten”译为“举动”——译者注。



的——刑法^{④①}论文中就已经更广泛地赋予了刑法社会的色彩，这篇论文就是其长达七十余页的《刑法体系研究》。^{④②}关于刑法体系的这一构思，标志着韦尔策尔在刑法学领域内的研究达到了巅峰。

这篇论文的内容是什么呢？在论文的第一段，韦尔策尔就指出，行为“是现实社会生活中本来的统一体和实在的、富有意义的整体”；并对自然科学和法学界将行为“加以肢解”的做法进行了抨击。^{④③}接着，在李凯尔特（Rickert）* 的影响下，他认为，自然科学和新康德主义无法将行为描绘成“在社会道德上具有重要意义的现象”和“（社会）生活的现实表现”^{④④}；在各式各样关于行为的表述中，行为都是富有意义的操控和社会生活的一部分^{④⑤}，其中，将行为看作是“意义表达”的说法最能体现出这一点。^{④⑥}不过，这里的意义仍然是一种机械性的意义，它并不包括“作出富有意义之价值决断的能力”^{④⑦}，而是仅仅局限在为实现某一目标而以富有意义的方式对手段加以选择这一点上。^{④⑧}

细究起来，即便对于韦尔策尔本人来说，事情当然也并不那么简单。在无意识过失^{④⑨}的场合，虽然行为人并没有现实地意识到他所造成的结果究竟是什么，但他原本能够操控性地，即“有意义地”避免结果

^{④①} 韦氏在其教授资格论文中对实证主义所作的出色批判，以及他在关于自然法的著作（下文 Fn. 127）中对自然法的批判，都是不容忽视的。

^{④②} Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491ff. .

^{④③} Welzel (Fn. 41), S. 491.

* 海因里希·李凯尔特（Heinrich Rickert, 1863—1936），德国哲学家，新康德主义弗莱堡学派的主要代表。虽然按照《德语姓名译名手册》（商务印书馆1999年版），Rickert应译为“里卡特”，但考虑到“李凯尔特”的译法已广为学界所熟知，为避免误解，仍从旧译——译者注。

^{④④} Welzel (Fn. 41), S. 493ff., 495f. .

^{④⑤} Welzel (Fn. 41), etwa S. 496f. .

^{④⑥} Welzel (Fn. 41), S. 503. 更多地体现在相近的一些表述中。

^{④⑦} Welzel (Fn. 41), S. 504f. . 对此持批判态度的有 Pawlik (Fn. 15), S. 264f., 293ff. .

^{④⑧} Welzel (Fn. 41), S. 504.

^{④⑨} 关于下文的论述，参见 Jakobs, Handlungssteuerung und Antriebssteuerung—Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff, in: Amelung u. a. (Hrsg.), Strafrecht. Biorecht. Rechtsphilosophie. Festschrift für Schreiber, 2003, S. 949ff., 952.

的发生^④，所以他本该仅为此产生行为的动机。在韦氏看来，只有当行为人能够对其“价值态度”（*Werteinstellung*）加以修正时，他才能以富有意义的方式为了避免结果的出现而产生行为动机，而且这种能力属于责任的要素之一。其结论是，“对于无意识的过失”而言，“唯有具有责任能力的行为人才能够目的性地避免结果的出现”^⑤。这一结论随即可以适用于所有形式的过失。^⑥ 我在自己关于过失的教授资格论文^⑦——顺便提一句，这个题目是韦尔策尔向我建议的——中曾经论证道：如果说在故意犯中，操控与价值态度之间出现了分离（行为人究竟能否产生不去实施行为的念头，这对于主观构成要件来说没有任何意义！）的话，那么在过失犯中，当我们将避免结果的能力与以正确的价值态度去有意义地运用该能力这两者区分开来时，这种分离同样可能出现。目前，我当然是反对这一论据的，而且同样持反对态度的学者已不再寥若晨星了^⑧：在刑法归责中，纯粹机械性的操控至多只是一种在教学法上具有辅助意义的中间步骤，但它并不是“对意义的表达”。将无法答责之人的举动冠之以“人的不法”，这种做法明显不得要领。

为什么韦尔策尔并没有返回到黑格爾的行为概念之中，这一点难以弄清。他提到了耶林（*Jhering*）对客观违法性的“发现”^⑨，但是，韦氏非常清楚地意识到，我们必须功能性地去确定违法性的概念^⑩，而且正如韦氏在过失犯中所明确认识到的那样，在这种情况下，可谴责的规范违反也可以是真正在刑法上违法的东西。此外，如果有人提出这样一

^④ *Welzel* (Fn. 41), S. 561.

^⑤ *Welzel* (Fn. 41), S. 562.

^⑥ *Welzel* (Fn. 41), S. 562f.

^⑦ *Jakobs*, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, S. 34ff., 39ff.

^⑧ 深入的论述，见 *Pawlik* (Fn. 15), S. 257ff., 在 S. 258, Fn. 15 处附有引证。

^⑨ *Welzel* (Fn. 41), S. 506; 还有 *ders.* (Fn. 11), S. 38f.

^⑩ *Welzel* (Fn. 41), S. 506ff., 508; 随后他又再次作了详细的论述，参见 *ders.*, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, 1961, S. 24ff.。根据冯·布勃诺夫（*von Bubnoff*）的看法，“我们不能……忽视的是，从哲学上来看，目的行为理论的思潮在一定程度上与黑格爾相联系，并且承袭了黑格爾理论的重要思路”（*Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966, S. 51, auch S. 53）。



种论证，即既然责任的成立要求行为人对不法必须有认识的可能性，这就意味着在责任之前必须有一个不法存在⁵⁶，那么这种说法与韦尔策尔对故意犯不法的认定毫无关联，因为，从一定程度上来说，不法认识当然不需要涉及行为的故意性，同时，在过失犯中，毕竟只有就某种以更为客观的方式确定下来的不法，我们才能说它是具有认识可能性的。

我们应当把对该问题的研讨再深化一层：按照韦尔策尔的理解，行为是先于（刑）法而存在的。即便在合法的日常生活中人们也在实施着行为，韦氏试图用一个概念去包罗这为数众多的各种行为。这样看来，他似乎从没有想过要把行为和责任联系在一起，因为在合法的日常生活中，根本谈不上责任。然而，合法的日常生活绝非仅仅由机械性的事务所构成，它也涉及对于各种改变的——尽管是非正式的——主管性（Zuständigkeit）。即便在这一领域内，也存在从交往的层面来看重要的（就刑法来说：有责的）举动，以及从交往的层面来看并不重要的（就刑法来说：违法但无责任的）举动。例如，没有人会认为，对于应当如何去作安排这一问题，一名精神病人混乱无章的生活方式竟然能给出至关重要的回答。

因此，对于在交往方面具有重要意义之事的整体来说，“有责的举动”仅仅是其中的一个部分。所以，无论在犯罪还是在合法的日常生活中，我们都可以建立起人的行为概念。在这一概念中，“人的”一词所指向的并不是单纯机械性的事务，而是在交往方面具有重要意义的事务。

不过，假如韦尔策尔不仅对那些长期以来早已被承认为主观构成要件的犯罪类型的目的（“据为己有的目的”）加以补充，使之变成完整的构成要件故意，而且还把整个责任都转移到不法当中，那他做的事情也

⁵⁶ Armin Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Stratenwerth u. a. (Hrsg.), Festschrift für Welzel, 1974, S. 393ff., 396, Fn. 4; Loos, Zur Bedeutung des Unrechtsbegriffs im Strafrecht, in: Bloy u. a. (Hrsg.), Festschrift für Maiwald, 2010, S. 469ff., 475.

太多了：这样一来，人们也许就不再会把他所提出的命题看成是关于现行规则的命题本身。但这一切都是臆断而已。因果主义者的行为概念和不法概念把那些不可操控（而且并非由命运注定）的流程也包含进来，所以这些概念在一个失去了魔力的世界中是不可讨论的。无论如何，将行为看成是意义的表达，将不法看成是对意义的实现，并且用这样的行为和不法去替代因果主义者所提出的行为和不法概念，这毕竟是韦氏作出的一个不可磨灭的功绩，尽管他并没有迈出从机械性的意义进入严格意义上之人的意义这一步。

虽然韦尔策尔及其学派所认为的“人的”不法，把人格体局限在其举动的“技术”之上，但毫无疑问，这仍然是必不可少的第一步——但也恰恰是暂时性的一步。

（二）社会相当性

韦尔策尔——用他所使用的术语来说——把所有社会相当的举动都排除在了刑法上重要之举动的库存之外，从而根据其社会的意义对举动进行了归类整理。韦氏由此又为刑法学奠定了另一块基石，当代刑法学的建构也依然是在该基石之上进行的。因此，韦尔策尔也属于客观归责理论的创建人之一。即便在他所处的年代，韦氏也并不孤立，其中值得一提的是霍尼希（Honig）在弗兰克（Frank）祝寿文集中的一篇文章。^{⑤⑦}毋庸置疑的是，韦尔策尔（也）在致力于弄清“客观归责”，更准确地说：不被容许之举动的理论究竟说的是什么。^{⑤⑧}所以，在此只寥寥数语就够了。虽然韦尔策尔为了说明社会相当性所举出的例子，有一些在今天已经毫无说服力，但社会相当性明显也涉及对于危险活动的容许：“社会相当性的一种特殊情形就是被容许的风险。”^{⑤⑨}同样明显的

^{⑤⑦} Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, in: Hegler (Hrsg.), Festgabe für von Frank, Bd. 1, 1930, S. 175ff.

^{⑤⑧} 深入的论述有 *Cancio Meliá*, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, GA 1995, S. 179ff.

^{⑤⑨} *Welzel* (Fn. 41), S. 518, auch S. 520 mit Fn. 41.



是，他认为，社会相当行为的历史发展，就是一个“具有价值的秩序概念”的历史发展，该发展进程处在“历史的秩序之中，这种秩序是在实体的生活状态（例如，技术发展）和共同体用以评价性和整理性地对各种定在状态给予回答的价值态度之间的条件关联中，获得提高和前进的”⁶⁰。既然某个具体的社会不应受到刑法的歪曲，那么使社会相当性贴近于具体秩序思想的做法就是显而易见的，也是不可避免的。

我们不禁要问：韦尔策尔的这个重要的构想为什么后来并没有得到更大的发展呢？⁶¹ 尽管其教科书对该理论有所扩展，但只是分散性的，例如在构成要件论⁶²、过失犯论和不作为犯论中。就过失犯论而言，他在发端于交通法的信赖原则名称之下谈到了社会相当性⁶³；就不作为犯论而言，他在先行行为的范畴中断言，社会相当性涉及的是一种回溯禁止。⁶⁴ 然而，所有这些都缺乏体系化。正如韦尔策尔的关门弟子洛斯（Loos）在一篇论述韦尔策尔理论的文章中所说的那样，对于韦氏来说，战后的岁月，尤其是在波恩度过的时光，“真应该说是收获的时节”⁶⁵，当时可以收获的东西实在是已经够多的了。另外可以补充说明的是，韦氏两名较为年长的弟子 [阿明·考夫曼（Armin Kaufmann）和希尔施（Hirsch）] 对于在刑法总论中将论证与社会相关联的做法简直是心怀极大的恐惧。⁶⁶

⁶⁰ Welzel (Fn. 41), S. 517, Fn. 38.

⁶¹ Roxin (Fn. 15), S. 545. 也提出了同样的疑问。

⁶² Welzel (Fn. 11), S. 55ff.

⁶³ Welzel (Fn. 11), S. 132f.

⁶⁴ Welzel (Fn. 11), S. 216f. 关于先行行为也见 S. 57.

⁶⁵ Loos, Hans Welzel (1904—1977). Die Suche nach dem Überpositiven im Recht, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, S. 486ff., 491; 亦见 ders., Hans Welzel (1904—1977), JZ 2004, S. 1115ff.。

⁶⁶ Armin Kaufmann, “Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikt?, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Jescheck, Bd. 1, 1985, S. 251ff.; dazu Jakobs, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: Dornseifer u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 271ff. Hirsch, Entwicklung (wie Fn 2); ders., Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, in: Eser u. a. (Hrsg.), Festschrift für Lenckner, 1998, S. 119ff.; schon ders., Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), S. 78ff.; 对此，参见 Jakobs, Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, in: Weigend u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hirsch, 1999, S. 45ff.。