

行为无价值论 的中国展开

周光权 著

中国刑法学派研究系列之四



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

行为无价值论 的中国展开

周光权 著

中国刑法学派研究系列之四



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行为无价值论的中国展开 / 周光权著. —北京:
法律出版社, 2015. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7685 - 0

I. ①行… II. ①周… III. ①刑法—法的理论—研究—中国 IV. ①D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 054073 号

中国刑法学派
研究系列之四

行为无价值论的中国展开

周光权 著

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 25.75 字数 388 千

印次 2015 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7685 - 0

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

周光权,男,1968年生于重庆市江津区,现为清华大学法学院教授、博士生导师。1999年毕业于中国人民大学法学院,获博士学位,先后任清华大学法学院讲师(1999年)、副教授(2000年)、教授(2005年)、博士生导师(2006年)。第十一届、第十二届全国人大法律委员会委员;兼任全国十余家司法机关专家咨询委员、专家顾问。曾挂职任北京市人民检察院第一分院副检察长(2007年11月至2010年7月)。2001年4月至2002年3月,在日本名城大学法学部任客座研究员。

主要研究领域:中国刑法学、比较刑法学等。出版《注意义务研究》(中国政法大学出版社1998年)、《刑法诸问题的新表述》(中国法制出版社1999年)、《法治视野中的刑法客观主义》(清华大学出版社2002年,法律出版社2013年)、《刑法各论讲义》(清华大学出版社2003年版)、《刑法学的向度》(中国政法大学出版社2004年)、《刑法总论》(中国人民大学出版社2011年,第2版)、《刑法各论》(中国人民大学出版社2011年,第2版)、《刑法客观主义与方法论》(法律出版社2013年)等个人专著九部;合著、主编、参编《刑法学的现代展开》(与陈兴良教授合作,中国人民大学出版社2006年版)等刑法学著作二十余部。在《中国社会科学》、

《中国法学》、《法学研究》、《中外法学》等刊物发表论文一百五十余篇。

2002 年获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖;2003 年获第三届“胡绳青年学术奖”;2004 年获清华大学“学术新人奖”(清华大学青年学术成果最高奖);2005 年获第一届中国青年法律学术奖(法鼎奖)银奖;2006 年获司法部优秀法学科研成果二等奖;2008 年入选北京市社科理论人才“百人工程”;2010 年获北京市“十大中青年法学家”称号。

中国刑法学派研究

总 序

近三十年来,我国学者在刑法学研究方面所取得的成就有目共睹。但是,在合理借鉴国外(不仅仅是德、日,也包括英、美国家)最新理论,以建构精巧的刑法学体系的同时,如何进一步和中国的具体国情相结合,立足于中国当下的社会现实,思考中国转型社会的特点,巧妙地回应社会需求,使刑法理论尽可能与司法实务相照应,可能是更需要深思的复杂问题。而在上述关键点背后,都明显隐含着—个刑法的“学派之争”如何展开、刑法基本立场如何定位的问题。

必须看到,德国刑法学之所以在今天令人叹服,与20世纪20年代之前的客观主义与主观主义的全面交锋、20世纪中期开始的行为无价值论与结果无价值论之争密切相关。可以说,没有“学派之争”,就没有今天德国刑法学蔚为大观的理论构造。日本刑法学的发展也没有脱离这一规律。但是,在中国,从总体上看,刑法学者自身立场的一贯性还较为缺乏,没有一个统一的、基本的逻辑体系。例如,某些学者在分析疑难案件时,总是习惯于从主观要件切入;在论述行为论时,强调犯罪客观面的重要性,但对未遂犯的成立坚持主观立场;

在涉及教唆犯时,赞成共犯独立性说或“二重性说”,主观主义明显成为指导观念。凡此种种,不一而足。立场的缺乏导致“学派之争”在中国难以展开。虽然欧陆刑法上的“学派之争”是一个多世纪前出现的历史事实,但是,中国刑法学如欲取得长远发展,就不能无视这一事实,并要有展开“学派论争”的自觉。认识到这一点,对于当下中国刑法理论的发展尤为重要。

本系列之所以对刑法“学派之争”详加探讨,在很大程度上,是为了防止将刑法方法论的所有对立图式化,避免“快餐式”地理解主观主义与客观主义、结果无价值论与行为无价值论。收入本系列的四本书,前后之间存在一定的内在关联性。《法治视野中的刑法客观主义》(第2版)和《刑法客观主义与方法论》从“学派之争”的原初意义出发,重点讨论立场定位问题,以确定思考刑法问题的出发点只能是客观主义。其中,《法治视野中的刑法客观主义》(第2版)对客观主义与法治的关联性、与主观主义的对立点,中国刑法学与刑法客观主义之间的抵触,刑法客观主义的未来走向等问题进行研究。《刑法客观主义与方法论》则对运用客观主义立场的各种方法论进行研究,其中还涉及刑法客观主义与诉讼要求、证明标准等问题。《行为无价值论的中国展开》对行为无价值论的理论体系、与结果无价值论的对立、行为规范的性质、规范和法益的关系、行为无价值二元论与中国转型社会的暗合等问题进行探讨;同时,对在德国成为通说的行为无价值二元论,为何在日本成为少数说提出了一管之见。《刑法学的向度:行为无价值论的深层追问》(第2版)则对行为无价值二元论理论构造中的行为人、规范、积极的一般预防等问题做了细致研究,对行为无价值二元论进行延伸思考。这四本书的侧重点不同,但基本上层层递进、环环相扣,且最终目标相同——旨在提倡、推进立足于客观主义立场的中国刑法“学派之争”。

我深知:在学术上,建构与批评是永无止境的循环。没有任何一种刑法理论是一劳永逸、“一网打尽”的。所有的刑法理论,无论自认为多么高明,也仅仅是一只“泥饭碗”,而不是“金饭碗”。本系列充其量只是一个初步的讨论,是为刑法学的“中国学派”的建构打基础,也为未来的批评提供素材。

最后,需要说的是,对于刑法“学派之争”的重要性,无论如何强调都不为过。对于刑法学者而言,最值得汲取的可能是:如果不确立刑法基本立场,不能够自圆其说,理论体系充满任意性,缺乏内在秩序、逻辑,各种构想、观点、方法和基本立场相互交错,不能做到首尾一贯,中国刑法学的长远发展可能无从谈起。但是,如果能够有效避免上述缺陷,理论的发展就是值得期许的!

是为序!

周光权

2013年4月8日于清华园

目 录

导 论 / 001

一、问题意识之所在 / 001

二、本研究的目标 / 006

三、讨论行为无价值论旨在思考、回应中国问题 / 011

第一章 行为无价值论的界定 / 015

一、传统的行为无价值一元论:伦理规范违反说 / 016

二、传统的行为无价值二元论:伦理规范违反与法益侵害 / 023

三、现代行为无价值二元论:行为规范违反和法益侵害 / 026

第二章 行为无价值论的理论根基 / 035

一、社会从机械团结转向有机团结 / 036

二、涂尔干对犯罪本质的界定:违反集体意识 / 044

三、违反集体意识就是违反行为规范 / 049

第三章 行为无价值与结果无价值的关系 / 060

一、行为无价值论和结果无价值论的对立点 / 060

二、为什么仅有结果无价值是不够的 / 063

三、如何实现行为无价值和结果无价值的统合 / 072

四、德、日刑法学在行为无价值论上的差异及其原因 / 076

第四章 行为无价值论与规范 / 080

- 一、裁判规范论的问题点 / 081
- 二、行为规范论的合理性 / 092
- 三、行为规范违反的射程:进一步论述 / 105
- 四、重视行为规范,不等于承认“规范论” / 111

第五章 行为无价值论的法益观 / 117

- 一、问题的提出 / 117
- 二、脱离行为规范违反讨论法益侵害的缺陷 / 119
- 三、法益对于行为无价值二元论的意义 / 132
- 四、行为无价值二元论和结果无价值论在法益概念运用上的具体差异 / 138

第六章 行为无价值论与主观违法要素 / 144

- 一、主观违法要素的命运 / 145
- 二、行为无价值二元论主观违法要素的展开 / 151
- 三、主观违法要素与“回旋飞碟现象”的解决 / 162
- 四、对若干批评的回应 / 165

第七章 行为无价值论与客观归责理论 / 176

- 一、结果无价值论通常排斥客观归责理论 / 177
- 二、制造风险与行为无价值 / 183
- 三、实现风险与结果无价值 / 189
- 四、客观归责论最有利于贯彻刑法客观主义 / 195

第八章 行为无价值论与过失犯 / 201

- 一、旧过失论的进路及其问题 / 202
- 二、新过失论的特色 / 206
- 三、客观归责与过失犯论 / 208

第九章 行为无价值论与违法判断Ⅰ:基准 / 220

一、违法判断的对象基准 / 220

二、违法判断的时间基准 / 224

三、违法判断的逻辑基准 / 228

第十章 行为无价值论与违法判断Ⅱ:未遂犯 / 233

一、主观未遂论和客观未遂论的对立 / 233

二、行为无价值二元论与修正的客观未遂论 / 239

三、偶然防卫与犯罪未遂 / 247

第十一章 行为无价值论与违法判断Ⅲ:不能犯 / 259

一、行为无价值二元论的危险概念 / 262

二、行为无价值二元论与危险判断 / 268

三、行为无价值二元论与危险判断的根据 / 274

四、具体危险说与中国社会现实 / 280

第十二章 行为无价值论与共犯论Ⅰ:犯罪支配说 / 287

一、犯罪支配说的主要内容 / 287

二、犯罪支配说与行为无价值论 / 293

三、中国刑法规定与犯罪支配说 / 295

第十三章 行为无价值论与共犯论Ⅱ:共犯处罚根据 / 301

一、共犯处罚根据的学说 / 301

二、混合引起说与行为无价值二元论相一致 / 305

三、混合引起说的具体展开 / 308

第十四章 行为无价值论与共犯论Ⅲ：义务犯 / 315

- 一、问题的提出 / 316
- 二、义务犯竞合的通常解决思路及其不足 / 321
- 三、义务重要者正犯说及其论证 / 331

第十五章 行为无价值论与积极的一般预防论 / 350

- 一、积极的一般预防论的提出 / 351
- 二、积极的一般预防论的运用 / 360
- 三、对积极的一般预防论的批评及回应 / 366

结 论 / 370

主要参考文献 / 385

索 引 / 391

导 论

一、问题意识之所在

自 20 世纪 20 年代末期起,传统的刑法客观主义和主观主义的对立逐步消融,刑法客观主义占据绝对优势地位。^{〔1〕}但是,这并不意味着刑法客观主义内部^{〔2〕}不再有观点对立,“升级版”的“学派之争”始终在酝酿,并在 20 世纪中期以后达到相对比较激烈的程度。

当代刑法理论的对立,就是以此为基础而展开的,这就是行为无价值论(Handlungsunwert)和结果无价值论(Erfolgsunwert)之间的论争,其处在刑法主观主义和客观主义“学派之争”的“延长线”上。^{〔3〕}

“无价值”一词,来自德文“Unwert”。其中,Wert 是指有价值,在没有特别指称的场合,都是指积极的、正面的价值。而 Unwert 的内涵为负面的、反面的、否定的价

〔1〕 周光权:《法治视野中的刑法客观主义》(第 2 版),法律出版社 2013 年版,第 203 页。

〔2〕 我国也有少数学者认为,行为无价值论属于刑法主观主义,结果无价值论则站在客观立场,其对立不属于客观主义内部的对立。参见阎二鹏:“共犯论中的行为无价值论与结果无价值论”,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 110 页。

〔3〕 劳东燕:“刑法中的客观不法与主观不法——由故意的体系地位说起”,载《比较法研究》2014 年第 4 期。

值,即“恶的”“坏的”,值得从法律上给予否定的、负面的价值评价。例如,我国《刑法》第270条禁止侵占他人的遗忘物,当行为人拾得他人遗忘物并予以退还的,其行为就值得从正面加以肯定(做得好,“有价值”);当拾得他人遗忘物拒不退还时,其行为就应受刑法上的负面评价,不值得他人学习。因此,有的学者认为,将 Handlungsunwert 译为行为无价值论,将 Erfolgusunwert 译为结果无价值论的做法,并不十分准确,如果要准确彰显原文的内涵,使用“反价值”译法更为合适、更为准确。〔4〕

对此,平野龙一教授持不同观点:“Unwert 是指没有价值,而非反价值。虽然有违反规范的事物,但却没有违反价值的事物,因此,还是应使用‘行为无价值’‘结果无价值’的表述”。〔5〕而对于平野教授的说法,松宫孝明教授并不赞同。他指出:“如果某行为仅仅是‘没有价值’的话,那么,对于社会而言,它既非毒物亦非良药,也就没有刻意以刑罚进行处遇的必要了。再者,‘Unwert’是指‘负面价值’而非‘违反价值’,因此,‘没有违反价值的事物’的批评也是基于误解的”。〔6〕

我认为,仅仅从语义学的角度看,“行为反价值”“结果反价值”的表述可能更为精准。但是,考虑到学术界对于“行为无价值”“结果无价值”的说法已属约定俗成,基本不会出现理解上的歧义;如果对“无价值”的意思朝着“从刑法的角度看不值一提,毫无价值,需要给予否定评价”的角度去解释,究竟是“反价值”还是“无价值”的争论,其意义就很有限了。换言之,与“有价值”相对应,无价值不是指价值为零,而是指价值为负数。在这个意义上,无价值的说法,也是可以接受的。〔7〕在其所指称的都是相同的事物时,采用无价值,还是反价值、负价值、非价值的说法,并不是关键。〔8〕因此,本书采用行为无价值/结果无价值的提法。

〔4〕 参见[日]川端博:“刑法理论与市民感觉”,载《现代刑事法》2001年第12期。

〔5〕 [日]平野龙一:《刑法的机能性考察》,有斐阁1984年版,第15页。

〔6〕 [日]松宫孝明:“‘结果无价值论’与‘行为无价值论’的意义对比”,张晓宁译,载《法律科学》2012年第3期。

〔7〕 行为无价值与结果无价值并不只是分别说行为、结果没有什么价值或者价值中立,而是分别说行为、结果是恶的。行为无价值即行为“恶”,结果无价值即结果“恶”。那么,违法性的根据究竟是行为恶还是结果恶,便成为行为无价值论和结果无价值论的焦点问题。参见张明楷:《刑法原理》,商务印书馆2011年版,第113页。

〔8〕 林东茂:《刑法综览》(修订5版),中国人民大学出版社2009年版,第133页,注释〔3〕。

行为无价值论和结果无价值论的争论由来已久。在英国早期, Stephen 与 Mill 之间就存在类似对立。Stephen 强调行为自身的不妥当就是违法; Mill 则主张刑法中的“侵害原理”(Harm Principle), 在《论自由》一书中, 他主张: 只有那些可能产生侵害他人(Harm to others)权利的结果的行为, 才是刑罚惩罚的对象; 单纯的自我伤害或违反道德不可能成为犯罪。再后来, Devlin 和 Hart 之间也对几乎是同样的问题展开激烈争论。^[9]

行为无价值论和结果无价值论的论争, 是从对违法的实质评价这一问题切入的, 但是, 相关的讨论已经从违法论“映射”到几乎所有的刑法问题之中——行为无价值论与结果无价值论所涉猎的问题, 除了构成要件该当性、违法性之外, 还包括过失犯、不作为犯、共犯、违法阻却等领域。

行为无价值论认为, 行为人必须通过实施某种行为才能造成危害后果, 这个意义上的违法性, 乃是刑法就某种已然实施的行为本身以及与之紧密关联的事项做出负面评价, 以确认行为自身的“无价值”。违法意味着通过违反规范的行为造成损害, 因此, 行为无价值论的另外一种表述就是“规范违反说”。至于这里的规范是社会伦理规范还是行为规范, 在行为无价值论内部存在争论, 今天处于有力说地位的是行为规范违反说。结果无价值论则认为, 违法仅仅是对客观损害的负面价值判断, 与行为及其意思无关。由于结果无价值论唯一重视的是法益实害或者危险的有无, 因此, 其与法益侵害说可以画等号。^[10]

行为无价值论和结果无价值论的理论对立, 明显有一个求同存异的问题。求同表现在: 行为无价值论和结果无价值论都承认需要对某种事态是否违反刑法规则体系的期待做出规范性、实质性的判断, 是实质的违法性论。存异则体现为: 由于违法的事态外在地、最终地表现为法益侵害, 那么, 就存在一个重视“过程”还是重视“结局”的问题。

这样说来, 在我们可以根据什么标准来判断一个行为是否达到值得

[9] 参见 Claus Roxin: “法益讨论的新发展”, 许丝捷译, 载《月旦法学杂志》2012 年第 12 期; 以及[日]平野龙一: 《刑法的机能性考察》, 有斐阁 1984 年版, 第 16 页。

[10] 参见[日]名和铁郎: “日本‘学派之争’的现代意义——行为无价值论和结果无价值论的原点”, 载《法政研究》第 5 卷第 1 号(2000 年)。

科处刑罚的程度这一问题上,存在着两种并驾齐驱的处理方案:一种思路是仅仅从结果、结局上看,行为造成“恶果”(法益侵害、危险)的,就值得处罚,从而具有违法性。这种观点重视结果,坚守了结果无价值论的立场。按照结果无价值论,违法性的本质是法益侵害,刑法的目的就是保护法益。将刑法目的定位于法益保护,违法评价的对象基准是广义的、客观存在的结果(法益侵害后果或者危险),该评价只是对一定的事态或者结果在法律上做出判断,与侵害事实是否由人所引起无关,人的行为或者物的行为,都是违法评价对象。^[11]至于行为样态是什么,其对于可能发生的法益侵害事实是否知晓,这些都对行为的违法与否没有影响。如果一个学者认为结果比过程重要,通常会赞成这种主张。

另外一种思路,是从行为出发思考问题,只有对那些因明显不妥当的行为造成恶果的,才给予处罚。这种观点重视过程,强调通过“恶行”造成“恶果”,这是行为无价值论的特色。按照这种理论,在进行违法性判断时要考虑行为人的意思内容,即存在于行为人心中的状态(如故意)会影响违法性的程度。据此,行为人主观上的认识会影响违法性的判断。^[12]在今天的刑法学理论中,由于典型的、绝对的刑法主观主义已经不存在,因此,不会有行为无价值论者将违法性单纯理解为行为人违法意思的实现,不会将违法性评价的内容仅仅局限在行为人主观意思层面。而在均重视客观层面的行为无价值论内部,存在行为无价值一元论和二元论两个分支:一元论肯定所有行为都受一定意思支配,因此,同时重视主观意思和客观动作,但对行为造成的结果如何并不重视。但是,仅仅重视行为及其意思,完全不重视法益侵害,就容易使违法评价沦为社会伦理规范违反性的评价。由于将违法性仅仅界定为社会伦理规范违反的观点存在很多不足,所以,一元的行为无价值论受到广泛批评。在今天,得到很多学者所赞同的是二元行为无价值论,其同时重视行为违反规范期待的性质,以及行为最终造成的法益侵害。本书所讨论的行为无价值论也是这个意义上的理论。行为无价值二元论认为,对于违法性的判断,应当以结果的价值

[11] 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第4版),东京大学出版会2006年版,第50页。

[12] 林钰雄:《新刑法总则》,台湾元照出版有限公司2014年版,第226页。

值为基础,同时,作为对结果违法性的限定,也应当考虑行为举止对于规范的违反。因此,在违法性判断中,行为和结果具有几乎同等重要的地位。如果一个学者强调思维的起点,认为过程与结果同样重要,或者过程重于结果,通常会选择这种思考路径。

中国刑法学自 20 世纪 80 年代以来逐步得到规范发展,但是,目前仍然存在一些制约理论发展的“瓶颈”问题。例如,源自苏联的犯罪构成理论是否合理?探求立法原意的刑法解释方法是否妥当等,都需要仔细研究。不过,无论是采取苏联的“四要件理论”体系,还是赞成大陆法系的“三阶层理论”,在刑法学研究中都不能回避如何进行违法性判断的问题。因为即便按照现有的“四要件理论”,也要在犯罪本质部分研讨违法性,在排除犯罪性事由部分确定违法性的实质标准,而这些问题,都与违法性评价直接相关。犯罪一定是符合分则构成要件规定并具有违法性的行为。与违法性判断有关的问题,简言之,是刑法上的判断究竟应该重视行为,再附带考虑结果?还是以结果为核心进行判断?是单纯对造成损害的行为进行惩罚就可以达到刑法目的?还是在实现惩罚的同时让国民养成规范意识,注重防止损害再次发生?而这两方面的问题,展开来说就是:(1)判断违法性的基准点究竟在哪里,是行为还是结果?(2)违法性判断是事前的还是事后的判断?(3)判断违法性的逻辑顺序是什么,是沿着行为——结果的顺序思考问题,还是仅仅以结果为核心就可以得出行为违法的结论?(4)违法性判断与公众规范认同感的养成之间存在何种关联?(5)判断违法性的基准点如果不同,会对刑罚论产生哪些影响,犯罪和刑罚之间存在何种复杂纠结?上述诸点,要么在中国刑法学中没有得到深入探讨,要么是悬而未决的问题。然而,这些问题都涉及刑法基本立场,在刑法学中具有牵一发而动全身的性质,任何自诩为合理的理论都无法对此加以回避。

本书的问题意识在于:虽然在今天,行为无价值二元论和结果无价值论之间,就案件处理结论而言,已经呈现相当程度的接近倾向,^[13]但由于

[13] 二元的结果无价值论在违法性判断上,肯定法益侵害或危险是违法性判断的出发点、基础、关键要素;结果无价值论则承认在进行违法性判断时,要判断行为的方法或者样态对于法益的危险性。参见[日]内藤谦:《刑法讲义总论》(中),有斐阁 1986 年版,第 324 页。