

世纪法学研究生参考书系列

刑法总论问题思考

黎宏◎著

中国人民大学出版社

黎宏◎著

刑法总论问题思考

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法总论问题思考/黎宏著.
北京:中国人民大学出版社,2007
(21世纪法学研究生参考书系列)
ISBN 978-7-300-08123-6

I. 刑…
II. 黎…
III. 刑法-研究-中国-研究生-教学参考资料
IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 071138 号

21 世纪法学研究生参考书系列

刑法总论问题思考

黎宏 著

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) 010-62511398(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 河北三河市新世纪印务有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本 版 次 2007 年 5 月第 1 版

印 张 37.75 插页 3 印 次 2007 年 5 月第 1 次印刷

字 数 615 000 定 价 49.80 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

自序

在本书当中，笔者想表达这样一种观点：刑法总论乃至整个刑法学上的一切争论，无不起源于刑法所具有的保护法益机能和保障人权机能之间所与生俱来的紧张与冲突；刑法学特别是刑法解释学的任务，就是在这二者之间进行折中与平衡。实现这一任务的最好做法，就是在犯罪判断上严密分工，即在行为的社会危害性的认定上，仅只考虑行为所引起的法益侵害结果等客观方面的内容，而将行为当时行为人的主观心理状态，统统作为判断行为人主观责任的因素。

刑法是利益保护法即是以保障国家政权和社会制度，保障国家安全，保护人们的生活利益，维护社会秩序的正常稳定发展为中心任务的法律，这一点，只要看看我国刑法第2条的规定，就会一目了然。但是，世间的任何事情，都逃脱不了这样一个基本道理：物极必反，过分强调事物的某一个方面的话，其结果必将走向其反面。刑法规定也是如此。强调对法益的绝对保护，结果就是，只要有法益侵害，就要动用国家暴力机器，对该行为进行制裁和处罚，而不问该法益侵害结果是如何发生的，也不考虑这种处罚和制裁的实际效果如何。这种刑法机能观，在古代社会被发挥到了极致。刑法当中广泛适用的连坐制度、结果责任制度、罪刑擅断制度，就是其体现。在这种刑法适用观念之下，虽说刑法作为法益保护法的机能被发挥得淋漓尽致，但是，生活在该种刑法之下的人却噤若寒蝉、苦不堪言，因为害怕稍不留神侵害了他人利益而招致残酷的刑罚制裁，所以，都是小心翼翼地将自己紧紧包裹起来，悄无声息地苟延残喘。这种结局，不仅违背了人们建立国家、制定刑法，追求最大限度的幸福和自由的初衷，也助长了国家借口保护法益、预防犯罪而无节制地扩张权力、干涉人们生活的倾向。正因如此，近代以后，刑法的一个基本理念就是，强调刑法既是法益保护法，也是人权保障法，即刑法既有保护法益的机能，也有保障人权的机能，二者之间处于对立关系。过分强调对法益的保护，必然将对法益侵害的处罚无条件地正当化，招致对加害人人权的侵犯；相反，过于重视保障加害人人权的话，就会招致犯罪的增加，难以对法益进行有效的保护。而上述任何一

种局面的出现,都会使人们失去对刑法的信赖,引起社会秩序的混乱。因此,如何协调保护法益和保障人权之间的关系,就是当今刑法学上的基本问题。

刑法的保障人权机能,是通过近代社会以后才正式确立的两个基本原则即责任原则和罪刑法定原则来加以实现的。责任原则包括两个方面的内容:一是个人责任原则,即任何人只能对自己行为所引起的结果负责,不能因为和自己行为无关的他人行为而承担刑事责任;二是主观责任原则,即即便因为自己的行为而引起了侵害法益的结果,但行为人的主观意思当中,如果没有值得谴责的内容(罪过)的话,也不应当受到处罚。因为,刑法是以刑罚这种最为严厉的制裁来处罚犯罪人的,为了对犯罪人进行报应性谴责,或者说为了发挥刑罚的效果,行为必须是在行为人能够辨认和控制的状态下实施的,刑罚能够为阻止该种行为提供动机。如行为人因为精神病而处在无法辨认善恶的状态下,对于其行为所造成的严重后果,即便作为犯罪予以处罚,也无法达到对其进行报应谴责和防止同样的结果再次发生的效果,所以,不能将其作为犯罪处理。罪刑法定原则的内容是,什么样的行为是犯罪,应当受到何种处罚,法律事先都必须予以明确规定;否则,就不是犯罪,也不能受到刑罚处罚。其目的是使人们在行为时,能够对自己的行为后果进行预测,以防受到国家出其不意的制裁和处罚。

这样,近代刑法在犯罪的认定上,必须顺次经过这样三个环节:第一是看有没有法益侵害,即看行为是否对刑法分则所保护的法益造成具体损害或者现实危险,其必须从客观事实的角度来观察,不得将行为人的主观意思内容考虑在内;第二是看行为人有没有责任,即即便引起了法益侵害结果,但该结果不是行为人人本人的行为所造成的,或者即便是行为人人本人行为所造成的,但是在行为人没有认识而且也不可能认识的场合,也不能追究行为人的刑事责任;第三是看该行为在刑法上有无明文规定,即便行为引起了法益侵害结果,而且行为人主观上也有罪过,但是,如果该行为在刑法上没有被明文规定的話,最终也不得作为犯罪处理。这样三个环节是犯罪认定上所要考虑的最基本步骤,也是近代刑法赖以建立的基本框架。近代各国刑法规定的诸多条款,尽管在形式和内容上,形形色色,丰富多彩,但其基本内核,不过如此而已。

要想缓和(不是消除,不可能消除)刑法所具有的保护法益和保障人权之间的紧张和冲突,实现二者的协调与平衡,最好的方法,莫过于

在犯罪判断体系上进行合理分工，以行为所造成的法益侵害结果作为是否具有社会危害性的唯一判断标准，而将行为人的主观状态作为判断行为人有无责任和责任大小的标准。现在，犯罪是危害社会的行为，其成立与否，必须坚持客观判断的观点已经成为常识。但是，如何判断行为是否危害社会呢？一般来说，不外乎两种做法，一种做法是以行为自身是否违反一般法律规范或者社会一般人的认识为标准，按照这种标准，只要是违反社会一般人观念或者禁止规范的行为，即便没有引起实际的法益侵害结果，也会被作为危害社会的行为，而列入刑法考察的范围。在这种判断方法之下，不仅行为所引起的法益侵害结果，行为形态，行为的伴随情况，甚至行为人的主观状态，都是判断行为的社会危害性的资料（行为无价值论）。相反，另一种做法是，仅以行为是否对法益造成了实际的侵害结果或者现实的危险状态作为判断行为是否危害社会的标准，其中，可能也要考虑行为形态以及行为的伴随状态，但是，绝对不将行为人的主观状态作为判断资料（结果无价值论）。行为人的主观状态，属于行为人内心思想范畴，只有在行为造成了实际的侵害法益结果之后，才能作为判断行为人对所造成的法益侵害结果是不是具有主观责任以及责任大小时的材料使用。在判断行为的社会危害性的时候，将行为人的主观状态考虑在内的话，显而易见，会使犯罪认定上最为关键的社会危害性的判断，随着行为人主观因素的变化而左右摇摆，或者由于行为人记忆模糊而陷入无法判定的境地，直接违反我国的犯罪构成论当中将客观和主观要素严格分开的宗旨，并最终导致犯罪认定上的肆意化，在司法实践中过分追求犯罪嫌疑人和被告人的口供，助长冤假错案的产生。因此，本书在社会危害性的认定上，主张后一种观点。

本书的有关内容，就是依据以上基本观点撰写而成的，并力求在所论述的每一个问题上，将这种观点贯彻到底。第一章详细地分析了主张犯罪的本质除了侵害法益结果之外，还在于行为人主观上具有恶性、客观上违背社会一般伦理观念的行为无价值论的弊端，充分阐述了其未能正确体现刑法的保护法益机能和保障人权机能之间的协调平衡的一面，主张社会危害性的大小只能依据行为所引起的法益侵害结果来判定。第二章论证了我国现在的犯罪构成体系在犯罪的认定上，将客观的社会危害判断和主观的责任截然分开，能够充分地满足保护法益机能和保障人权机能之间的平衡与协调的需要，没有必要重构的观点，并就我国现有的犯罪构成体系之不足，提出了在体系之内进行改良的具体方案。第三

章详细论述了主观违法要素的历史变迁,提出了危害行为的判断上不当考虑行为人的主观要素,否则会使法益侵害的认定丧失客观性,从而影响对法益的保护,并最终导致人权保障机能摇摆不定的后果的观点。第四章从保护法益原则和罪刑法定原则之间的冲突和平衡的角度出发,论证了间接正犯是正犯,然后从此立场出发,对有关间接正犯的成立类型进行了逐个分析,对当前的刑法理论当中,将间接正犯看作为教唆犯的替补角色的倾向进行了批判和纠正。第五章认为,从保护法益机能的角度出发,对不真正不作为犯必须予以处罚,但是,由于刑法当中没有明文的规定,因而,如何在保护法益原则和罪刑法定原则之间进行协调和平衡,就成为不真正不作为犯的中心问题。笔者从不真正不作为犯并不违反法律原则,但和明确性原则之间存在冲突的立场出发,具体论述了不真正不作为犯在什么情况下和作为犯等价,可以按照作为犯的条款处罚的问题。第六章对当前我国目前刑法学当中有关刑法因果关系的各种理论进行了分析,指出了其所存在的忽视刑法本身特点以及对规范性考虑不足的缺陷,提出在刑法因果判断当中存在两个层次的因果关系,并分别从条件关系和客观归属的角度出发,对两个层次的因果关系该如何判断进行了说明。第七章详细考察了刑法上客观处罚条件的理论变迁,说明了其和近代刑法所坚持的责任原则之间的冲突,得出客观处罚条件不应当是独立于犯罪构成之外的要素,应当在行为人的认识范围之内加以考虑的结论。第八章从保护法益和个人责任原则的冲突和协调的角度出发,对单位犯罪的成立条件和所存在的问题进行了探讨,对现有的单位犯罪的通常见解进行了批判性检讨,提出除了单位犯罪是单位组成人员所发起的犯罪之外,还包括单位自身的构造、制度等本身的原因导致单位犯罪的组织体刑事责任论的主张。第九章从有关犯罪故意概念的通常见解中所存在的不足出发,对犯罪故意的认识因素、违法性意识以及“明知”的内容进行充分的探讨,得出了因果关系不是故意的认识内容、违法性认识必须是刑事违法性认识,故意的本质在于对行为和后果的认识和预见,而作为意志要素的希望和放任则没有必要过分强调的结论。第十章从保护法益原则和主观责任原则以及罪刑法定原则三者平衡的角度出发,指出在目前的刑法理论当中,存在只注意研究犯罪过失这种心理态度,而忽视了对无论在主观和客观方面均与故意犯完全不同的过失犯本身进行研究的不足,借鉴国外的刑法理论,具体探讨了过失犯的主、客观方面内容以及在过失犯认定当中所存在的一些特殊问题。第十一章论证了以法定符合说解决事实错误问题的方法的妥当性,分析

了其在解决具体事实错误和抽象事实错误问题当中所面临的问题及解决方法，特别分析了犯罪构成重合的判断标准。第十二章从保护法益原则和罪刑法定原则协调的角度出发，得出了正当防卫的主观方面仅仅是指防卫人对面临正在进行的不法侵害具有认识就足够，而不要求具有防卫意识的结论，然后以此为基础，对自招防卫、打架斗殴和偶然防卫的情况进行了具体分析。第十三章首先对有关紧急避险的法律性质的各种学说进行了考察，得出了紧急避险是不具有犯罪的社会危害性的行为的结论，并从此立场出发，探讨了牺牲他人生命的避险、自招危险的避险和紧急避险与正当防卫的界限等问题。在第十四章中，从保护法益和保障人权相协调的立场出发，得出了被害人自愿放弃的利益不在刑法保护范围之内的结论；然后从保护法益机能和罪刑法定原则相协调的立场出发，详细说明了被害人只有在有关处分法益的决定上具有错误的场合，其承诺才无效的结论。在第十五章和第十六章中，从保护法益和罪刑法定原则协调的角度出发，对我国当前通行的有关刑法分则规定模式的观点即犯罪成立条件说和既遂犯要件说进行了分析探讨，主张根据能够结合上述两种观点之长、避免二者之短的重罪处罚未遂犯、轻罪不处罚未遂犯的见解，然后从法益侵害说的立场出发，分析了未遂犯中的危险的各种判断方法，得出了修正客观说最为合适的结论，并以此为基础，探讨了未遂犯与不能犯的区分标准。在第十七章和第十八章当中，从保护法益和保障人权的协调平衡的立场出发，对部分犯罪共同说的不足进行了分析，提倡行为共同说，并以此为基础，探讨了过失共犯和片面共犯的相关问题；在共犯的处罚根据上，对各种学说进行了详细的对比，论证了修正引起说的妥当性，并对未遂教唆、帮助犯的处罚范围、承继共犯、共犯脱离等问题进行了探讨。在第十九章和第二十章当中，对近代刑法所坚持的保护法益和保障人权模式进行反省，主张近年来所流行的纠纷解决方式即刑事和解，实际上是贯彻法益侵害说的必然结果，评价其对近代刑法所固定的犯罪处罚模式而言，无疑是一场革命；预言近代刑法当中所存在的保护法益和保障人权之间的协调，今后会以一种新的方式出现。

本书虽然名为《刑法总论问题思考》，但实际上所探讨的，只是刑法总论当中很小的一个部分，实为“沧海一粟”。这一方面是本人的兴趣使然，另一方面也是因为本人能力所限，很多问题没有考虑成熟，不敢贸然下笔。即便上述已经成文的部分，虽说确是经过笔者的深思熟虑，但其中的一些观点，仅仅是为了引玉而抛出的砖头而已，至今也不

敢说有足够的把握。尚请各位读者不吝批评指教！

作者

2007 年 3 月于北京清华园

目 录

第一章 行为无价值论/ 1

- 一、行为无价值论的由来、发展和现状/ 3
- 二、行为无价值论的缺陷/ 16
- 三、余论/ 36

第二章 犯罪构成体系/ 40

- 一、对我国犯罪构成体系的批判及其评析/ 41
- 二、德日犯罪体系论的问题及其转变/ 51
- 三、我国的犯罪构成论的努力方向/ 61
- 四、结语/ 71

第三章 社会危害性/ 73

- 一、主观违法要素的由来/ 74
- 二、对主观违法要素的批判/ 77
- 三、对我国社会危害性论的反思/ 84
- 四、结语/ 89

第四章 间接正犯/ 91

- 一、间接正犯的本质/ 92
- 二、间接正犯的理论基础/ 97
- 三、间接正犯的成立范围/ 103

四、间接正犯的着手和认识错误 / 114

五、结语 / 119

第五章 不真正不作为犯 / 120

一、不真正不作为犯和罪刑法定原则 / 123

二、不真正不作为犯的作为义务 / 132

三、作为义务论的展开 / 144

四、结语 / 153

第六章 刑法因果关系 / 155

一、刑法因果关系论的研究对象 / 156

二、刑法因果关系的特点 / 164

三、刑法因果关系的认定 / 167

四、刑法因果关系的意义 / 177

第七章 客观处罚条件 / 180

一、客观处罚条件论的历史沿革 / 181

二、客观处罚条件的争论焦点和现状 / 185

三、对我国刑法学中相关问题的几点看法 / 192

四、结语 / 200

第八章 单位犯罪 / 203

一、单位犯罪的定义 / 204

二、单位犯罪的成立条件 / 209

三、单位犯罪中的疑难问题 / 226

四、单位犯罪规定之反思 / 232

第九章 犯罪故意 / 243

一、“行为和结果之间的因果关系”是否“明知”的内容 / 244

二、“违法性认识”是否“明知”的内容 / 247

三、“明知”的程度 / 252

四、若干思考 / 255

第十章 过失犯/ 261

- 一、过失犯承担刑事责任的主观根据/ 262
- 二、过失犯的客观方面/ 266
- 三、过失犯的主观方面/ 278
- 四、过失犯认定中的两个特殊问题/ 288
- 五、结语/ 296

第十一章 事实认识错误/ 297

- 一、事实认识错误的处理原则/ 298
- 二、具体事实错误的处理/ 305
- 三、抽象事实错误的处理/ 312
- 四、结语/ 320

第十二章 正当防卫的主观条件/ 322

- 一、正当防卫主观条件的具体分析/ 324
- 二、相互斗殴和挑拨防卫/ 329
- 三、偶然防卫/ 340
- 四、结语/ 345

第十三章 紧急避险的法律性质/ 347

- 一、紧急避险的法律性质/ 348
- 二、对生命的紧急避险/ 359
- 三、对自招危险的紧急避险/ 366
- 四、紧急避险与正当防卫的界限/ 372
- 五、结语/ 381

第十四章 被害人承诺/ 382

- 一、被害人承诺的类型和法理基础/ 382
- 二、被害人承诺的成立条件和法律效果/ 390
- 三、对有瑕疵的承诺的处理/ 400
- 四、推定承诺/ 410
- 五、结语/ 415

第十五章 未遂犯的处罚范围和成立条件 / 417

- 一、未遂犯的处罚范围 / 419
- 二、未遂犯的成立要件 / 427
- 三、结语 / 441

第十六章 未遂犯中的危险及其判断 / 443

- 一、未遂犯的处罚根据 / 444
- 二、未遂犯中的危险判断 / 447
- 三、结语 / 462

第十七章 共犯的本质 / 464

- 一、共犯本质的学说 / 465
- 二、行为共同说的妥当性 / 472
- 三、过失共同犯罪 / 481
- 四、片面共同犯罪 / 488
- 五、结语 / 497

第十八章 共犯的处罚根据 / 499

- 一、共犯处罚根据论概说 / 501
- 二、引起说的内部对立 / 507
- 三、共犯处罚根据论的应用 / 515
- 四、结语 / 541

第十九章 刑事和解 / 542

- 一、刑事和解的起源和背景 / 543
- 二、刑事和解的基本模式和进展 / 547
- 三、刑事和解的理论蕴涵 / 550
- 四、我国引入刑事和解制度之探讨 / 559
- 五、结语 / 563

第二十章 刑法的刑事政策化 / 564

- 一、“刑法的刑事政策化”的历史考察 / 564
- 二、我国刑法的刑事政策化特征 / 571

三、刑事司法的刑事政策化/ 573

四、结语/ 576

索引/ 578

第一章

行为无价值论

在作为犯罪本质的社会危害性概念由于主观色彩浓厚、内容模糊、外延不确定而备受抨击的当今，学者们所做的努力之一，就是将影响社会危害性的各个因素进行归纳总结，然后重组，以改变其模糊暧昧的形象。在这种归纳重组的过程当中，近年来，学界常用的一个重要工具，就是德日刑法学中的一对概念：行为无价值论和结果无价值论。

行为无价值论和结果无价值论，是德日刑法学中，分析行为的违法性即社会危害性的两种不同理念和研究方法。其中，结果无价值论从刑法是保护社会生活利益即法益的手段的前提出发，认为行为是否违法，是否具有社会危害性，只能以该行为所造成的侵害或者威胁法益的结果为基础，从科学的一般人即法官的立场加以判断，反对在社会危害性的判断中，考虑行为人的主观等内容。相反，行为无价值论认为，刑法是维持社会伦理秩序的手段，行为是否具有社会危害性，只能综合行为当时行为人自身的各种情况，从一般人的立场加以判断。行为无价值论中，流派纷呈。纯粹的行为无价值论和刑法主观主义如出一辙，现在基本上没有人主张。但是，主张将行为无价值和结果无价值结合起来考虑行为违法性的“二元论”，作为行为无价值论的变种^①，则在德日刑法学界非常有力。这种学说认为，行为是否违法，是否具有社会危害性，不能仅只考虑结果无价值，也不能仅只考虑行为无价值，而要将二者结合起来，综合考虑行为所造成的结果、行为方式和方法、行为人的身份、行为人在行为时的主观意思等，即既要考虑客观侵害，又要考虑行为人的主观心态，还有行为人的身份（义务），才能得出妥当结论。因为，“成为犯罪的行为，不单是对法益具有侵害或者危险，还必须是违反社会上一般所公认的道德即社会伦理规范的行为”^②。

就目前我国刑法学通说的立场来看，应当说，其社会危害性的认

① 之所以说“二元论”是行为无价值论的变种，正如后述，是因为，在违法性的认定上，尽管它也强调结果无价值的重要性，但其认为最终起决定作用的还是行为人的主观以及行为形态是否合乎道德伦理秩序等的行为无价值这一点。

② [日]大谷实：《刑法总论》，黎宏译，6页，北京，法律出版社，2003。

定上,是接近于上述行为无价值论中的“二元论”立场的。如绝大多数教材都认为,造成客观损害结果的行为,是受人的主观因素支配的,它表现了人的主观恶性,是主观见之于客观的东西,所以,社会危害性必然是客观要素和主观要素的统一。^①关于决定犯罪的社会危害性大小的因素,主流观点认为,包括行为侵害的客体,行为的手段、后果以及时间、地点,行为人自身的情况以及主观要素等。^②另外,近年来,随着对社会危害性理论研究的深入,社会危害性概念所特有的主观性、模糊性的缺陷日益暴露,一些学者提出借鉴德日刑法学中的违法判断的“二元论”,即用将结果无价值和行为无价值二者结合起来考虑行为是否违法的理论来重塑我国的社会危害性理论。^③“中国刑法不能简单地选择行为无价值论或者结果无价值论的立场,而应当兼顾这两种立场的长处,所以,按照二元的行为无价值论立场来建构中国刑法学体系就是合理的”主张是其典型体现。^④

以上情况表明,在我国目前的刑法学研究当中,尽管传统的社会危害性理论已经受到挑战,但是,其正统地位并没有丝毫动摇的迹象;不仅如此,还有被进一步强化的趋势。这种趋势的明显表现是:用德日刑法学中的“二元论”来重构我国的社会危害性理论并对相关问题进行探讨。但是,作为建构德日刑法学中的违法性概念的工具而登场的“二元论”,和德日传统的主观主义刑法观具有千丝万缕的联系,同时和我国现行的社会危害性论在许多方面也不谋而合,因此,以这种理论来对我国现行的主观色彩浓厚、定量分析模糊的社会危害性概念进行批判和重构,能够得出什么样的结论来,令人担忧。

我认为,德日的将结果无价值和行为无价值折中的“二元论”,无论从其自身的内在逻辑、适用标准还是从理论根据来看,都存在严重缺

① 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(上编),73页,北京,中国法制出版社,1999;马克昌主编:《刑法学》,31页,北京,高等教育出版社,2003。

② 参见王作富主编:《刑法》,34页以下,北京,中国人民大学出版社,1999。

③ 具体参见李海东:《刑法原理入门 犯罪论基础》,47页,北京,法律出版社,1998;刘为波:《论说的底线——对以社会危害性为核心话语的我国犯罪观的批判性考察》,载陈兴良主编:《刑事法评论》,第6卷,132页以下,北京,中国政法大学出版社,2000;周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,218页以下,北京,清华大学出版社,2002;王安异:《刑法中的行为无价值论与结果无价值论研究》,135页以下,北京,中国人民公安大学出版社,2005。

④ 参见周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,218页以下,北京,清华大学出版社,2002。

陷，难以为我国的社会危害性论的重构提供一条新的路径。以下，对此进行详细探讨。

一、行为无价值论的由来、发展和现状

（一）行为无价值论的由来

“结果无价值”和“行为无价值”，本是日本学者对德文 *Enfolgswert* 和 *Handlungswert* 的直译，但是，现在已经为我国大陆和台湾地区的学者所广泛使用，因而成为了一个约定俗成的刑法专门用语。前者是指结果本身因为违反法秩序而值得否定评价，后者是指和结果相对独立的行为方式、方法本身因为偏离社会一般人的观念而值得否定评价。^①

在德国，最早提出这对概念的是波恩大学教授威尔泽尔（Hans Welzel）。他在上个世纪 30 年代末的一篇论文中指出：“违法，不是可以行为人所引起的结果（法益侵害）一言以蔽之的。行为，只有属于某个特定的人的行为的时候，才是违法。该客观行为出自什么样的目的，行为人所实施的行为形式，当时，行为人具有什么样的义务，所有这些，和偶然发生的法益侵害一道，都对行为是否违法，具有决定作用。违法性，常常是和一定行为人有关的行为的否定评价。违法是和行为人有关的人的行为无价值，因此，即便是同样的行为现象，因为参与者不同，违法的分量也不一致。公务员在执行公务之际，和非公务员一起对他人造成伤害的时候，对公务员的处罚比非公务员要重。刑法第 50 条第 3 款的规定就是以这种人的违法观为基础的。有时候，同样的行为，对某个人而言是正当的，但对另外的人来说，则是非法的。如利用他人合法行为的非法的间接正犯就是如此。因果的法益侵害的见解，在明确结果（侵害法益）所具有的意义方面，具有贡献。就大部分犯罪而言，其本质是侵害或者威胁法益。但是，这种结果也是人的违法行为的一部分，并非意味着只要具有法益侵害，就能决定行为的违法性。法益侵害

① 实际上，这种翻译本身是有问题的。所谓“无价值”倒不如说是“价值否定”或者“反价值”更加合适，因为，“无价值”是中性用语，难以体现危害社会的意思，不能成为违法性的基础。