


法学研究生精读书系

刑法学基础

[日] 曾根威彦 著

黎宏 译

 法律出版社
LAW PRESS

法学研究生精读书系

刑法学基础

[日] 曾根威彦 著

黎宏 译



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法学基础/(日)曾根威彦著;黎宏译. —北京:
法律出版社,2005.8
(法学研究生精读书系)
ISBN 7-5036-5788-X

I. 刑… II. ①曾…②黎… III. 刑法—法的理论
—研究生—教材 IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 095307 号

©2001 曾根威彦

《刑法学基础》中文翻译版由日本成文堂株式会社
授权中国·法律出版社独家出版并发行。

著作权合同登记号 图字:01—2005—4614

©法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣

装帧设计/于佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2005年8月第1版

印张/9.125 字数/230千
印次/2005年8月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5788-X/D·5505 定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

行为无价值论与结果无价值论的现状和展望 (译者序)

在战后的日本刑法学中,能够和战前绵延几十年、席卷众多刑法学者、牵涉到刑法学各个领域的客观主义对主观主义的“学派之争”相比肩的学术争鸣,恐怕只有从上个世纪 60 年代后半叶开始的“结果无价值论”对“行为无价值论”之争了。这场争论,肇始于违法性领域中的违法性本质问题之争,其以日本当时的修改刑法工作为背景,和刑法的任务观以及当时在欧美所广泛流行的非犯罪化思潮等联系在一起,愈演愈烈,不仅在违法论,在构成要件、责任等其他问题上,也形成了尖锐的对立。现在,根据对这个问题的不同态度,刑法学者被划分两大阵营,其中,属于行为无价值论阵营的代表性学者有,大塚仁、福田平、香川达夫、大谷实、川端博、野村稔,等等;相对地,属于结果无价值论阵营的代表性学者有,中山研一、内藤谦、堀内捷三、町野朔、曾根威彦、前田雅英,等等。这些都是国内刑法学界已经熟知的事实,这里不再赘述。在此,为了便于诸位读者对本书内容的理解,仅就结果无价值论和行为无价值论的主要对立之处,形成这种对立的原因以及未来的发展趋势等,略抒己见。

所谓结果无价值论,是以法益侵害说即认为违法性的本质在于

侵害或者威胁法益的观念为基础,以“结果”为中心,考虑违法性问题的理论。这种立场,根据首先考虑对被害人造成了什么样的危害结果,然后由此出发,追溯该结果是由谁的、什么样的行为所引起的方法来判断违法性。就好像是倒着看一部纪录片,从结尾来回溯所发生的事件的全过程。所谓“无价值”,就是“从刑法的立场来看,没有价值”,“违反刑法所意图保护的價值”。所谓结果无价值论,就是说“该行为引起了结果(侵害法益),所以,被评价为没有价值”。它是从被害人的角度来分析行为的违法性的见解。

结果无价值论的论据是:第一,刑法的根本目的在于保护法律所保护的利益即法益;第二,从刑法谦抑的原则出发,可以只把在客观上侵害或者威胁法益的行为认定为违法;第三,在价值多元化的现代社会,将是否违反某种社会伦理规范作为判断行为是否违法的基准,会混淆刑法和伦理道德调整范围,有悖于罪刑法定原则;第四,行为人的主观对法益侵害没有影响,将主观考虑作为“责任”问题,能够将违法性判断和责任判断区分开来,明确其分工,具有合理性。

相反地,所谓行为无价值论,是以规范违反说即认为违法性的本质在于违反法秩序的观念为基础,以“行为”为中心,考虑违法性问题的见解。这种观点,首先考虑行为人出于什么样的意图、实施了什么样的行为,然后再考虑该行为引起了什么样的结果,也就是按照时间的发展顺序来考察行为的进程。仍以上述看纪录片的情形打比方的话,就是按照片子的正常顺序,从头开始观看事件发生、发展以及最终结果的全过程。这样,所谓行为无价值,可以概括为“因为该行为违反了社会伦理规范,所以被评价为无价值”的见解。即它是从加害人即行为人(而不是被害人)的角度来分析行为的违法性的见解。

但是,完全抛开结果无价值不管的行为无价值论,和重视行为人的主观意思的主观主义刑法并无二致,而且,就刑法中所规定的结果犯而言,行为无价值的考虑,显然有违反罪刑法定原则之嫌,因此,不论是在德国还是在日本,纯粹的行为无价值论极为罕见,取而代之的,主要是以结果无价值论为基础,同时也考虑行为无价值论的所谓

“二元论”或者说是“折中说”。按照这种观点,刑法上的实质违法性,是违反社会伦理规范(或者偏离社会相当性)的法益侵害或者危险。

“二元论”的根据是:第一,虽说刑法的目的在于保护法益,但是,从中并不能推导出一定要采取结果无价值论的结论来;第二,刑法是使用刑罚这种制裁手段作为法律后果的法律,和采用损害赔偿或者行政处分等制裁手段保护法益的民事法律和行政法律之间具有极大的不同,因此,不应当将所有侵害法益的行为都作为违法,而应当只将“违反社会伦理规范”的侵害法益行为看作为违法;第三,结果无价值论忽视了刑法具有作为面向社会一般人的命令、禁止的行为规范的一面,并不妥当;第四,在违法性的判断当中,不得不考虑行为人的主观要素,特别是目的犯中的特定主观目的、倾向犯中的一定内心倾向、表现犯中的心理过程等所谓超过的主观要素。

这样说来,现在,在日本,所谓行为无价值和结果无价值之争,实际上是坚持结果无价值的“一元论”(以下简称“一元论”),还是坚持在结果无价值之外,还要考虑行为无价值的“二元论”(以下简称“二元论”)之间的对立。就历来的学说和判例所主张的观点来看,后者即“二元论”占据优势地位,但是,就近年来的情况看,后者即提倡结果无价值的“一元论”也逐渐为人们所接受,特别是在战后出生的新生代的学者当中具有极大的影响。

二

“一元论”和“二元论”的对立,涉及甚广,具体而言,集中体现在以下几点上:一是在违法性的判断上,是不是要考虑行为人的主观因素?二是在违法性的判断标准上,是以科学的一般人为标准还是以社会一般人为标准?三是在违法性的判断时间上,是坚持事前判断还是在事后判断?四是关于刑法的任务,到底是保护法益还是维持

社会伦理秩序?下面分别叙述。

首先,关于违法性的判断对象,“二元论”认为,行为,只有和行为人的主观意思联系起来考虑,才具有作为人的行为的意义,因此,在对行为进行违法评价的时候,应当将人的主观列入判断资料之内,行为人的主观既对结果无价值(法益侵害性)也对行为无价值(规范违反性)具有影响。具体而言,作为超过的内心倾向的主观目的、内心倾向、心理过程等,是对行为的侵害、威胁法益有影响之物,即便从法益侵害的方面来看,也应当说对违法性具有决定意义;同时,在既遂犯中,即便行为引起了法益侵害,但如果该行为不违反社会伦理规范,具有社会相当性,那么,仍应当说该行为不违法,而故意、过失以及无过失是对行为的社会相当性的认定具有重要影响的因素,因此,不能说主观要素对违法性的判断没有影响。相反地,“一元论”认为,违法的本质是侵害或者威胁法益,因此,行为是否违法,关键是看该行为是否对法益造成了侵害或者威胁,只能根据和行为人的主观无关的实际结果来加以判断。将主观要素作为判定客观违法性的基础的话,难以避免在违法判断上的随意性,因此,主观要素应尽量作为在犯罪判断中处于辅助地位的责任要素看待。同时,在违法评价对象中全面考虑行为人主观方面内容的话,就会出现根据各个人的情况进行违法判断的违法相对化的结局,这和认为主观违法和责任没有什么区别的主观违法论,实际上是一回事。从严格区分构成要件符合性和违法性、客观(违法)构成要件和主观(责任)构成要件的立场来看,纵使目的等主观要素是主观的构成要件要素,但也不能将其作为客观的违法要素。

其次,关于违法性的判断标准,“二元论”将社会相当性也作为违法判断的基准,认为行为只有在既侵害了法益,同时又违反了社会伦理秩序的时候,才能说违法。即在违法性的问题上,不仅要考虑行为是否侵害了法益(结果无价值),而且还应当考虑其是否偏离了社会相当性的要求(行为无价值),只有“偏离社会相当性的侵害法益行为才是违法的”。理由是,“法只禁止超过保持社会生活有秩序、充满活

力地运转所必要程度的法益侵害,并且将其作为违法行为予以禁止”,“在社会生活中,符合历史形成的社会伦理秩序的行为”(即具有社会相当性的行为),即便具有侵害法益的特征,但也不违法。相反地,“一元论”则完全是从和行为隔断的结果的角度来判断行为是否违法,因此,即便某一行为样态违反伦理规范的要求,不具有社会相当性,但只要该行为没有侵害或者威胁法益,或者即使侵害了法益,但所侵害的法益没有超过所要保护的法益,就不能说该行为违法。

再次,关于违法性的判断时间,“二元论”认为,既然以故意、过失为主的主观要素对判断行为是否违法具有影响,那么,在判断违法性的时候,就应当以行为时为基准,在违法性的判断上,也应当是事前判断。^{〔1〕}相反地,“一元论”认为,危险性是否存在,应当客观地加以判断,行为人在行为时的主观要素并不影响法益侵害性;另外,对于有无违法性的判断来说,重要的是,该行为所实际引起或者可能引起的法益侵害是什么,这应当根据法官经过审理之后所判明的结果来加以决定,所以,事后判断是妥当的。

最后,关于刑法的任务,彻底的行为无价值论认为,刑法的任务在于保护社会伦理秩序;相反地,彻底的结果无价值论认为,刑法的任务就在于保护法益。两说有关刑法根本任务看法上的差别,可谓泾渭分明,一目了然。但问题是,“二元论”也明确地主张,刑法的任务是“保护法益”。如大谷实教授认为:“只要说刑法以及刑罚权来源于全体国民的意志,而不是以国家理性或者道德世界的秩序为根据,那么,刑法的机能,就必须从保护构成社会的个人利益中寻求。”^{〔2〕}因此,简单地对“二元论”进行批判,说其是维持社会伦理的见解的说

〔1〕 但要注意的是,在这一点上,“二元论”的内部也有不同看法。如“二元论”的代表性学者之一大谷实教授认为,既然采用以结果无价值论为基础的“二元论”,则要在事后判断法益侵害的有无以及程度,并在这种判断上进行行为无价值的判断。因此,违法性的判断,最终是综合了行为和结果的事后判断。参见大谷实著(黎宏译):《刑法总论》,法律出版社2003年版,第183页注(3)。

〔2〕 大谷实:《刑法和社会伦理》,载于《法学教室》第120号,第51页。

法,是不妥当的;另外,“一元论”也认为法益侵害说并不是主张“任何细微的法益侵害都违法”,也是从国民立场来对其加以限定,只有在国民立场看来值得处罚的法益侵害才是违法的。如果说这种国民立场就是所谓“道义秩序”、“社会相当性”的话,那么,结果无价值论和行为无价值论之间,应当说,没有什么差别。^{〔3〕}这样说来,不管是“一元论”还是“二元论”,在认为刑法的目的在于保护法益的一点上是共通的,差别仅仅在于,为了实现保护法益这一目的,是不是要采用完全排除社会伦理规范要素,而仅仅以侵害法益为基础的违法性论?

关于这一点,主张“二元论”的大谷实教授认为,应当作为犯罪加以谴责的行为,不仅仅是具有侵害或者威胁法益的特点,还必须是在道义上所不允许的行为。只有将这种违反社会伦理规范的侵害法益行为作为犯罪,才可以使刑罚具有感召力,通过规范的预防机能,发挥保护法益的效果。^{〔4〕}就是说,大谷教授从不以国民的规范意识或者法律感情为基础的刑罚,就不具有防止犯罪的效果的立场出发,支持“二元论”的观点。从这种观点出发,必然会得出:侵害法益的危险,即便不是科学意义上的危险,但只要社会一般人感觉到危险,就应当说具有刑法意义上的危险。相反地,结果无价值一元论认为,从实现保护法益的刑法目的来看,是不是具有值得处罚的法益侵害或者危险,应当尽量客观、科学地加以判断。如果掺入违反社会伦理规范因素的话,违法性的判断结构就会很不明确,而且,甚至会出现该行为是不是引起了客观危害难以判断的场合,仅仅因为行为人主观思想恶劣而要受到处罚的局面。出现这种事态的话,就会使国民丧失对刑法的信赖,并进而实现不了保护法益的目的。

可见,现在的行为无价值论和结果无价值论,在刑法以保护法益为目的的一点上,并不存在根本性的分歧,只是在实现保护法益的手

〔3〕 前田雅英著:《刑法总论讲义》(第3版),东京大学出版会1998年版,第54页。

〔4〕 大谷实:《刑法和社会伦理》,载于《法学教室》第120号,第53页。

段,即应当构筑什么样的违法论的一点上,具有不同理解而已。

三

尽管如此,但是,不得不说,从理论体系的内在逻辑结构上讲,主张在结果无价值的基础上考虑行为无价值的“二元论”,还是存在一些破绽的。

按照违法性是“违反社会伦理规范的侵害或者威胁法益”观点的字面意思,“二元论”,首先以侵害或者威胁法益,对违法性的大致范围进行划定,然后,根据社会伦理规范即社会相当性的内容再做进一步的限定,这样,应当说,和结果无价值论相比,根据“二元论”所得出的处罚范围应当是比较小的。“不应当将所有的侵害法益行为都作为违法,只有违反社会伦理规范的法益侵害才值得处罚”的说法,表面上看,具有一定道理,应当获得压倒性的支持。但是,实际情况却并不是如此,而且,也正因为这一点,所以,才可以说“二元论”具有潜在的问题。

第一,“二元论”以在科学上即便没有危险,但是社会一般人感觉到危险的话,就可以说具有刑法上的危险的形式,扩大了“危险性”的范围。如就说明不能犯与未遂犯的处罚界限的经典案例——把尸体当作活人加以杀害的情形而言,“一元论”认为,这种情况下,由于从事后来看,并不存在作为杀人罪的对象“他人”,因此,从科学的一般人的立场出发,可以说,该行为没有侵害他人生命法益的危险,不构成犯罪;相反地,“二元论”从行为时的立场出发,认为这种场合下,无论是行为人本人还是其他人都以为被害人还活着,而且,在一般人看来“杀害”行为本身也足以导致他人的生命利益被剥夺,因此,这种行为应当是具有违法性的行为,至少应当成立故意杀人罪(未遂)。这表明,“一元论”所谓的“侵害威胁法益”和二元论所说的“侵害威胁

法益”的范围是不同的。

第二,“二元论”认为,即便是经被害人同意的行为,该行为仍可能不排除违法,从而扩大了违法性的认定范围。如“二元论”认为,原则上讲,被害人同意的话,没有法益侵害,但如果被害人在同意放弃法益的动机、目的上不具有社会相当性的时候,仍然不能消除侵害行为所具有的社会危害性,如同意他人切断自己手指头的断指行为,如果该同意是出于骗取保险金的目的而做出的,则该同意就不具有社会相当性,因此,他人的切断自己手指的行为依然违法;相反地,如果是出于治疗疾病的目的而实施的话,该同意就具有社会相当性,相应地,他人为自己断指的行为就不具有违法性。在行为不具有结果无价值的时候,完全可以该行为具有行为无价值而认定其违法,这是行为无价值论的典型表现。相反地,结果无价值论的见解认为,在充分尊重个人自主意识的现代社会中,处分自己的部分利益(包括不危及生命的身体利益),是个人行使权利的体现,因此,“同意没有侵害”,同意的场合,保护法益的必要性就不存在。

当然,要注意的是,在这个问题上,“二元论”的内部,也具有见解上的分歧。如主张“二元论”的大谷教授在这一点上表现出谦抑的态度,他从“同意没有侵害”,“没有法益侵害,就不违法的立场出发”,认为上述断指行为的场合,排除违法性。^[5]

第三,在排除违法性事由方面,“二元论”通过强调行为人的主观要素,从而缩小了其成立范围。如成立正当防卫和紧急避险,行为人必须具有防卫意思、避险意思之类的主观要件,因此,这种场合下,不可避免地会出现,行为客观上尽管具备正当化的要件,不具有结果无价值,但按照“二元论”的立场,最终还是被认定具有违法性的场合。如行为人出于杀害他人的目的而实施杀人行为,但该行为碰巧保护了无辜的第三人免受不法侵害而符合紧急避险的客观要件的偶然防卫的场合,就是如此。这种场合,从“二元论”的立场来看,到底是因

[5] 大谷实著,黎宏译:《刑法总论》,法律出版社2003年版,第195~196页。

为虽然没有结果无价值(所打死的是正要侵害无辜的第三人的不法侵害人),但由于具有行为无价值(行为人主观上并不具有防卫意图,而是具有杀人意图)而被认定违法,还是由于既具有结果无价值(事实上打死了他人)也具有行为无价值(行为人具有杀人的意图)而被认定为违法的呢?理由并不一定清楚。如果是前者的话,那么,可以说,“二元论”并没有像自己所宣称的一样,在违法性的判断上,首先考虑结果无价值。为什么呢?因为,它在偶然防卫这种不具有结果无价值的场合,也还是仅以行为人不具有防卫意图、反而具有杀人意图这种行为无价值为由而认定该行为具有违法性的。如果是后者的话,那么,这里所谓的结果无价值,纯粹是指侵害法益,和“一元论”所主张的、在根据利益衡量而使侵害法益行为正当化的场合就不具有结果无价值的理解不同。可见,和“一元论”相比,上述“二元论”的观点对结果无价值论的内容做了广义上的理解。

这样说来,在“二元论”中,结果无价值和行为无价值的相互关系并不明朗,它仅仅是在方便和需要的时候,将结果无价值作为点缀加以使用而已。

四

由于以上问题的存在,因此,在日本刑法学界,“二元论”正面临着来自“一元论”的猛烈抨击。尽管如此,但无论是在学界还是在实务界,“二元论”仍然具有非常大的影响,这是不可否认的事实。为什么会出现这种局面呢?笔者认为,可能主要有以下几个方面的理由:

一是历史的原因,即战后的日本刑法学对战前刑法学的批判总结并不彻底,所以,才使得“二元论”具有强烈的影响。战后,随着民主主义国家体制的建立,个人主义、自由主义价值观的转换,新宪法的实施,必然会导致同战前刑法学决裂的局面。但是,无论是在思想

意识还是在实际行动上,人们所预测和期盼的决裂架势都没有出现。倒不如说,战后相当长的一段时间内,刑法学的研究在许多方面和战前的刑法学之间具有一脉相承的关系。

在日本,昭和前半时期的刑法学,是以新派对旧派、主观主义犯罪对客观主义犯罪论或者说是牧野(英一)刑法学对小野(清一郎)刑法学为中心而展开的。作为日本新派代表的牧野刑法学的特色是:主观主义犯罪论,教育刑论,性格责任论,重视国家伦理或者说是公序良俗。同时,还受自由法论的影响,不重视罪刑法定原则,也不采用与此有关的形式的犯罪论,推崇实质判断。但是,这种刑法学在“二战”之后的刑法学界,没有得到什么支持。新派理论、主观主义犯罪理论没有成为多数说。在战后初期,处于主导地位的是和牧野刑法学相对的小野刑法学,其特点是:客观主义犯罪论,报应刑论,重视道义责任。小野教授认为,刑法是将国家治安和社会保安作为重要功能的国家刑法,伦理和报应是和道义责任相连的刑法基本原理,刑法不考虑伦理道义的话,责任原则就会形式化和空洞化,刑法和保安处分的区别就会消失,将刑法作为保护个人利益的技术方法的见解,不过是启蒙时代的理性主义的翻版而已,必然导致无政府主义状态。^[6]小野的这种刑法观念,为承担重建战后日本刑法学重任的团藤重光教授所继承。团藤教授完全继承了上述小野刑法学的特点,并根据人格责任论将其进一步发扬光大,在坚持道义责任论的同时,认为仅考虑行为人的行为还不够,尚必须考虑行为背后的行为人的人格,并将其作为责任的基础。^[7]另外,团藤教授还对在同一时期提倡“法益侵害说”的平野龙一教授的观点进行批判,认为平野教授的见解,是只要具有客观危害,即便在主观上不存在道义谴责,也要

[6] 转引自中山研一:《刑法理论研究的现代意义》,载于《法律时报》第67卷第1号,第7页。

[7] 参见拙著:《日本刑法精义》,中国检察出版社2004年版,第36~37页。

予以处罚的“违法刑法”，实质上是提倡“社会防卫论”。〔8〕到上个世纪70年代为止，日本刑法学界，一直是小野、团藤一派的刑法学说居于主导地位，而提倡法益侵害说的观点一直处于下风。在这种背景之下，和强调行为人的主观道义责任具有亲近性的行为无价值论，自然会在学界占统治地位。

二是观念上的原因，即受刑法首先是行为规范观念的影响。刑法，在具有命令或者禁止全体国民实施一定行为的意义上，可以说是作为国民行为指南的“行为规范”；同时，在具有命令法官按照法律的规定进行裁判，而不得进行法外裁判的意义上，也可以说规范法官审判的“裁判规范”。“一元论”重视刑法的裁判规范性，相反地，“二元论”重视刑法的行为规范性，主张“刑法虽然是裁判规范，但首先是在作为行为规范而发挥作用”。如大谷实教授认为，国民以刑罚法规的存在来规范自己的行为，这是毫无疑问的，同时，从理论上讲，认为杀人就要受到处罚的条文中包含有作为裁判规范的前提即“不得杀人”的行为规范的见解，也是有其合理性的。因此，不以针对国民适用的行为规范，而仅仅以针对法官适用的裁判规范为根据来说明刑罚的合法性，从国民的一般法律感情上来讲，是不允许的。从这种意义上来看，刑法具有行为规范的特征。这一点，从行政取缔法规中，总是先规定“不得实施……”，而后规定“处……”的裁判规范中也能看出。只是刑法上的行为规范基本上和社会伦理规范一致，所以不再在刑法规定当中明文显示，而仅只规定有关裁判规范的内容而已。〔9〕同样，川端博教授也认为，刑法在构成要件符合性、违法性的层面上，作为对行为的评价规范而发挥作用，结果就是，具有针对一般人适用的行为规范的特征。正是因为如此评价“行为”，所以，作为法规范的对象的一般人就会回避所禁止的行为，而实施所命令的行为。由于刑

〔8〕 参见前田雅英：《现代社会和实质的犯罪论》，东京大学出版社1992年版，第81页。

〔9〕 大谷实著，黎宏译：《刑法总论》，法律出版社2003年版，第2~3页。

法具有作为行为规范的特点,结果,在责任阶段上,“该行为人就具有了不得决意实施具体来说,具有违法性的行为的义务”。〔10〕强调刑法不仅仅是仅仅将法官作为对象的裁判规范。

“二元论”认为,将刑法看作为行为规范,也和刑法的保障人权(自由)机能的宗旨相吻合。在只要不实施违反刑法的行为,就绝对不会受到处罚的意义上,刑法在保障国民的行动自由。行为人在意图做出该种行为的时候,必须能够判断自己的行为是不是违反刑法。因此,在将刑法看作为行为规范的立场上,就是“一般人的立场以及行为时的事实具有极为重要的意义,结果的违法性也应当以行为时的事实为基础加以判断”。但是,作为规制社会的手段的刑法,其最重要的意义在于,通过约束实际适用刑法的法官的判断和行动,防止根据国家刑罚权任意适用刑罚,而强调刑法的行为规范特点,就会忽视刑法的这种存在意义,这是值得提防的。

三是社会原因,即国家特定时期的社会状况决定了“二元论”存在的合理性。和“一元论”相比,“二元论”带有明显的国家主义、集权主义的色彩,这并不是说其完全没有自自由主义的一面。如以道义责任限制刑罚适用范围的刑罚论和强调形式的客观意义上的犯罪论,就是其体现。概括而言,可以说,“二元论”是以国家自由主义的意识形态为基础的违法观。国家主义和自由主义看起来似乎互相矛盾,但是,后进的资本主义国家,为了和先进的资本主义国家相抗衡,在发展经济的时候,一方面重视国家的作用,另一方面也考虑保障个人的行动自由。结果,在将国家作为最高道义实体的同时,也对国家权力的行使进行一定限制。在这种意义上,日本在战后经济复兴时期,为了迅速地跨入先进国家行列,在刑法问题上,广泛采用在保障个人自由的同时,也重视国家伦理秩序的“二元论”,是有其合理性的。

但是,刑法是保障国家所设定的社会秩序的法律的同时,也是对

〔10〕川端博:《刑法总论》,弘文堂2002年版,第82页。

国家权力进行限制的法律。特别是在国家权力高度集中的极权主义的国家,更要强调这一点。作为近代刑法灵魂的罪刑法定原则所体现的也是这种宗旨。从此意义上看,和强调刑法纯粹保护法益而无其他“一元论”相比,主张刑法除了保护法益之外,还有维护社会伦理秩序机能的“二元论”,在彻底保障人权、限制国家权力的适用上,显然显得更为保守一些。

顺便说一句,进入 20 世纪 90 年代之后,在日本,行为无价值论和结果无价值论的对立逐渐趋于平息。这主要是因为,日本的刑法学者们终于认识到,先设定一对明显对立的价值观,然后选择其中一种,从此出发推论、演绎刑法学理论构成的研究方法,在即将进入 21 世纪的现代社会,显得非常的不合理。它偏离了社会整体的发展思潮。现在,“保守对自由”、“全体主义对自由主义”之类的机械僵硬的设定,已经失去了其有效性,而必须针对现代社会中的具体问题,在总结积累过去判例所选择的微妙的价值判断的基础上,建立刑法学的整体形象。^{〔11〕}因此,现在,在日本年轻一代的学者当中,从总结日本判例学说的基础上,考虑刑法学的具体问题的人越来越多。但是,只要认为犯罪是行为,只要坚持罪刑法定原则,则行为无价值和结果无价值的对立所显现出来的问题,虽然会暂时被国家现实的司法选择所掩盖,但永远不会消失。

黎宏

2005 年 7 月于清华园

〔11〕 前田雅英:《刑法总论讲义》(第 3 版),东京大学出版会 1998 年版,第 28 页。

序 言

本书,将刑法当中和刑法基础有关的五个基本问题,分为五个部分,从作者我本人的立场出发,对其内容、观点进行说明,并对与此相关的刑法解释论上的诸问题进行解说。解说过程中,对刑法的基本问题,比一般教科书叙述得更为详细,但是,对解释论上的问题,则只限于理解刑法的理念和原理所必要的最基础内容,而没有将所有的问题都网罗在内。

本书,和历来的所谓入门书稍稍不同,它不是针对仅仅浏览刑法内容的初学者,简单地对刑法进行解说的读物。因此,对于刚开始接触刑法的人来说,可能在有些问题上觉得费解,但我还是力求能够做到简明易懂。诸位通过阅读此书,如果能够了解到刑法的特点,刑法学是什么样的学问的话,本人不胜荣幸。我也期待着那些已经学过刑法的人,在反思刑法和刑法学的意义上,能一览此书。

本书的特色,可以概括为以下几点:第一,打破了刑法总论和刑法各论各自为营的藩篱。本书没有将刑法总论和各论分别开来加以叙述,而是在特定的题目之下,将两者作为一个整体加以叙述。之所以这样将总论和各论放在同一刑法学当中,有机地结合起来,是因为考虑到,刑法总论和刑法各论不仅在思考的逻辑上紧密相关,而且,实际上,就同一题目集中进行说明,在刑法学上也比较容易理解。

第二,本书也没有采用按照刑法条文的顺序加以讨论的所谓体系书的形式。这一点,在刑法分则规定的叙述方面尤为明显,由于各个犯罪类型被用来作为说明刑法基本原理的具体例子,因此,如有关财产犯罪规定(刑法第2编第36章以下)的叙述,就基本上根据不同