



法律解读书系



# 行为无价值论与 结果无价值论



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



法律解读书系

# 行为无价值论 ⑤ 结果无价值论

张明楷 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

行为无价值论与结果无价值论/张明楷著. —北京:北京大学出版社, 2012. 4

(法律解读书系)

ISBN 978 - 7 - 301 - 20547 - 1

I. ①行… II. ①张… III. ①刑法 - 法哲学 IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 070272 号

书 名: 行为无价值论与结果无价值论

著作责任者: 张明楷 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 20547 - 1/D · 3106

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027  
出版部 62754962

电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 17.75 印张 257 千字

2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

---

## 前 言

---

行为无价值论与结果无价值论原本是在违法性领域的争论,但现在已经遍及犯罪论、刑罚论与许多具体犯罪的各个方面。

行为无价值论与结果无价值论之争,可谓当今刑法理论中的学派之争。学派之争可以将理论研究引向深入。一方面,刑法理论对诸多具体问题的不同看法,源于基本立场的不同。如果一位研究者没有学派意识,便可能忽视自己的具体观点与基本立场的关系,进而导致二者之间的矛盾与冲突。学派的形成会迫使研究者思考自己采取了何种立场、属于哪种学派,从而保持理论的一致性、协调性。另一方面,学派之争可以使各种观点不断完善。学派之争必然意味着有学术批判。学术批判不仅可以促使对方完善自己的观点乃至放弃不合理的观点,也能促进批判者反思自己的观点、完善自己的理论。

学派之争离不开学术批判。真正的学术批判,既包括批判对方的观点,也包括自我反思,亦即,应当是批判性思考。根据美国学者文森特·鲁吉罗的观点,批判性思考与非批判性思考具有以下不同的特性:(1)批判性思考质疑所有的想法,提出探索性问题,并寻找恰当的答案;非批判性思考接受自己最初的想法和他人陈述的表面价值。(2)批判性思考以诚待己,承认自己所不知道的事情,认识自己的局限性,能看到自己的缺点;非批判性思考假装自己知道的比做的多,无视自己的局限性,认为自己的观点无差错。(3)批判性思考把问题和有争议的议题视为令人兴奋的挑战;非批判性思考把问题和有争议的议题视为对自我的损害或威胁。

(4) 批判性思考尽力领会复杂性,对其保持好奇心和耐心,并准备花时间去解释难题;非批判性思考对复杂性缺乏耐心,宁可困惑不解也不努力搞明白。(5) 批判性思考把判断建立在证据而不是个人喜好上,只要证据不充分就推迟判断,当新证据揭示出错误时,他们就修改判断;非批判性思考把判断建立在第一印象和直觉反应上,不关心证据的数量和质量,并且顽固地坚持自己的观点。(6) 批判性思考对他人的思想感兴趣,因而愿意专心地阅读和倾听,即使他们往往不同意他人的观点;非批判性思考只关注自身和自己的观点,因而不愿意关注他人的观点,一看到不同意见,往往会想“我怎么能够反驳它”。(7) 批判性思考认识到极端的观点(无论是保守的还是自由派的)很少正确,所以避免极端的观点,践行公正性并且寻求平衡的观点;非批判性思考忽视平衡的必要性,优先考虑支持他们既成观点的看法。(8) 批判性思考践行克制,控制自己的感情而不是受感情所控制,三思而后行;非批判性思考容易遵从自己的感情和冲动地行动。撰写本书的目的,既是为了理清行为无价值论与结果无价值论的分歧,也是为了践行批判性思考,当然很可能是不成功的。

行为无价值论与结果无价值论原本是在三阶层体系下展开的,本书在三阶层的语境下进行讨论,但这并不意味着关于行为无价值与结果无价值的讨论,不适用于两阶层体系与四要件体系。三阶层体系与两阶层体系都是以违法和责任为支柱建立起来的。因此,在违法领域,两阶层体系与三阶层体系面临着完全相同的问题。质言之,两阶层体系中也必然存在行为无价值论与结果无价值论的争论;主张两阶层体系的学者与采取三阶层体系的学者,同样可以就行为无价值论与结果无价值论展开争论。在我国传统的四要件体系中,如果采取客观的违法性论,就必然面临着违法性的根据与实质问题,亦即,社会危害性的实质是法益侵害还是规范违反抑或伦理违反?或者说,是因为行为侵害或者威胁了法益才具有社会危害性,还是因为行为违反了规范或者伦理才具有社会危害性?这也是采取四要件体系的学者需要回答的问题。如若采取主观的违法性论,认为社会危害性是客观危害与主观罪过的统一,依然需要说明客观危害的实质与根据是什么,以及客观危害与主观罪过究竟是什么关系。此

外,不管采取何种违法性论,都面临着如何解释构成要件、如何判断违法阻却事由(排除社会危害性的事由)的问题。所以,行为无价值论与结果无价值论的争论,在传统的四要件体系中同样具有重要意义。

本书的基本观点如下:刑法的目的不是保护社会伦理(生活)秩序,也不是维护规范的效力,而是保护法益。罪刑法定主义旨在限制国家机关权力,而不是规制国民行为;罪刑法定主义既要贯彻在违法性领域,也要落实于有责性领域;结果无价值论与罪刑法定主义的宗旨相吻合。刑法在防止过度干预、采取自由主义原则的同时,要将违反刑法目的的事态作为禁止的对象;刑法的目的是保护法益,所以,引起法益侵害及其危险(结果无价值),就是刑法禁止的对象,违法性的实质就是引起结果无价值(法益侵害);行为是否侵害法益,是一种客观事实,不取决于行为人的主观内容,因此,原则上应当否认主观的违法要素。构成要件是违法类型,只有表明法益侵害的客观要素,才能成为构成要件要素。利益阙如与保护优越或者至少同等的法益是违法阻却事由的根据;主观的正当化要素不是违法阻却事由的成立条件,偶然防卫(故意的偶然防卫、过失的偶然防卫、意外的偶然防卫)都是正当防卫。责任要件既是限制刑罚的要素,也是为刑罚提供根据的要素,因此,责任具有轻重之分;故意、过失是两种责任形式,而不是违法要素;没有履行结果回避义务是过失犯的违法构成要件,对结果具有预见可能性是过失犯的主观要素。之所以处罚未遂犯,是因为其具有造成法益侵害的紧迫危险;因此,只有当行为造成了法益侵害的紧迫危险时,才能认定为着手;行为是否具有侵害法益的危险,应当以事后查明的全部客观事实为基础,以科学的一般人为基准作出判断。共同犯罪是违法形态,所解决的问题是将违法事实归咎于哪些参与人的行为;就具体案件而言,司法机关认定二人以上的行为是否成立共同犯罪,只是解决二人以上的客观归责问题,并不解决二人以上的主观责任问题;对共同正犯应当采取行为共同说,行为共同说能够合理地全面认定共同犯罪,也没有扩大处罚范围,而且符合我国刑法的规定;通过正犯的行为惹起法益侵害结果,是共犯的处罚根据;共犯对正犯具有从属性(限制从属性),但是,不要求共犯对正犯的故意具有从属性;共犯对正犯

的罪名不具有从属性,亦即,共犯与正犯完全可能成立不同的罪名。刑罚的正当化根据是报应的正义性与预防犯罪目的的正当性,报应(责任刑)只是意味着刑罚不得超过责任的程度,而不意味着必须科处与罪行相当的刑罚;既不能以积极的一般预防否认消极的一般预防,也不能以积极的一般预防否认特别预防。

特别要说明的是,结果无价值论并非不讲规则,不讲法治。在通常情况下,遵守规则就意味着保护法益,所以,在这种场合,结果无价值论必然也主张遵守规则。但结果无价值论主张遵守规则,是因为遵守规则才能保护法益,而不是为了遵守规则而遵守规则。更为重要的是,结果无价值论还有一个简单的、基本的规则(指导),并且要将这种简单的、基本的规则贯彻到具体境遇中,亦即,以当下特殊的具体境遇中对法益的保护作为行为的基本规则。换言之,一个行为具有最好的结果,这一事实实际上就是一个行为指导,它能够而且经常在适当的意义上呈现在行为人头脑中。

本书虽然采取了结果无价值论,比较全面地批判了行为无价值论,但对以法规范违反说为核心内容、极力将一般预防目的贯彻于违法性领域的行为无价值论持极为尊重的态度。由于行为无价值论具有相当的合理性,故本书的许多批判可能是遵从自己的感情和冲动作出的,因而不符合批判性思考的要求。所以,特别期待各位同仁对本书的观点展开全面的声讨、深入的批判!

本书采用了《行为无价值论的疑问》一文(载《中国社会科学》2009年第1期)的框架,并将在《中国法学》、《清华法学》、《政法论坛》等刊物上发表的相关论文融入其中。真诚感谢上述刊物发表拙文!

本书是清华大学人文社科振兴基金研究项目《行为无价值论与结果无价值论》的研究成果。由衷感谢上述基金资助鄙人!

张明楷

2012年1月28日于清华园

# 目 录

绪论 .....	(1)
一、语境的选择 .....	(1)
二、概念的简释 .....	(6)
三、争论的意义 .....	(20)
第一章 刑法目的 .....	(24)
一、行为无价值论的主要观点 .....	(24)
二、结果无价值论的基本观点 .....	(46)
第二章 罪刑法定原则 .....	(51)
一、行为无价值论的出发点 .....	(51)
二、结果无价值论的出发点 .....	(61)
第三章 构成要件论 .....	(65)
一、构成要件 .....	(65)
二、客观要素 .....	(69)
三、主观要素 .....	(86)
第四章 违法性论 .....	(100)
一、违法性论的基础概念 .....	(100)
二、违法性论的哲学基础 .....	(102)
三、违法性的判断 .....	(133)
四、违法阻却事由 .....	(150)
第五章 责任论 .....	(202)
一、责任的地位 .....	(202)
二、过失犯论 .....	(206)



<b>第六章 未遂犯论</b> .....	(210)
一、处罚的根据 .....	(210)
二、着手的认定 .....	(214)
三、危险的判断 .....	(219)
<b>第七章 共犯论</b> .....	(226)
一、共同犯罪的特点 .....	(226)
二、共同正犯的本质 .....	(230)
三、间接正犯的范围 .....	(234)
四、共犯的处罚根据 .....	(236)
五、故意的从属性 .....	(241)
<b>第八章 刑罚论</b> .....	(259)
一、刑罚的正当化根据 .....	(259)
二、刑罚论与犯罪论 .....	(264)
三、规范预防论 .....	(268)
<b>结语</b> .....	(274)

---

## 绪 论

---

在什么语境下讨论行为无价值论与结果无价值论,行为无价值与结果无价值是什么含义,讨论本课题具有什么意义,是需要事先说明的问题。

### 一、语境的选择

德国、日本等国刑法理论的通说采取了构成要件符合性、违法性、有责性(责任)的犯罪成立理论体系(以下简称三阶层体系)。构成要件是难以定义的、具有特别的技术性的概念。如果认为构成要件是违法有责类型,就可以说,构成要件是指刑罚法规规定的犯罪类型;如果认为构成要件只是违法类型,则可以说,构成要件是刑罚法规所规定的,作为犯罪的行为类型。但大体可以说,对刑法分则规范(刑罚法规)规定的法律要件(罪状)进行解释所得到的观念形象,就是构成要件。违法性,是指行为违反法律,即行为为法律所禁止、行为为法律所不允许。有责性是指非难可能性,即能够就符合构成要件的违法行为对行为人进行非难、谴责。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 在德国的三阶层体系中,第二阶层的要件被称为“违法”或“违法性”(Rechtswidrigkeit);又由于构成要件是违法类型,于是,将符合构成要件且违法的情形称为“不法”(Unrecht)。违法性概念强调的是行为的性质(价值判断),是对于对象的评价;由于符合构成要件的行为是评价对象,所以,不法概念包括了违法性的评价对象与对于对象的评价(Vgl., Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 600f)。考虑到我国刑法学上的用语习惯,本书没有严格区分这两个概念,但相信读者可以作出合理区分。

在三阶层体系中,“在违法性的标题下研究的却是排除违法性,乍一看,这是个令人迷惑的语言使用习惯。然而,我们必须意识到,构成要件该当性涉及的是违法性,是所有使得某一行为表现为违反了受刑法保护规范的行为的特征,只要允许性规定不介入,该行为就是违法的。因此,对于不法有决定性意义的事实,将会在犯罪构造里的构成要件与‘违法性’这两个评价阶层进行分配。从某种程度上说,违法性本身只是构成要件该当性与缺乏阻却违法事由的结果”<sup>①</sup>。换言之,在三阶层体系中,“虽然区分了第一阶段的构成要件符合性的判断与第二阶段的违法性阻却事由存否的判断,但两个阶段都是违法性的判断。所以,可以从大的方面将实质的刑法的评价区分违法性判断与有责性判断。换言之,犯罪论体系的支柱,是不法与责任两个范畴”<sup>②</sup>。“发现不法与罪责是作为构筑刑法体系与众不同的材料,依照 Hans Welzel 的看法,这是最近这二到三代学者在释义学上最为重要的进展;Wilfried Küper 认为这个发现是刑法释义学的重大成就而无法再走回头路;此外,依西班牙法的观点来说,Santiago Mir Puig 表示这个发现也建立起 Los dos pillos basicos,也就是犯罪概念的两大支柱。”<sup>③</sup>概言之,在刑法学研究过程中,必须明确区分违法与责任,而不得将二者混为一谈。

行为无价值论与结果无价值论首先是关于违法性实质的争论,而且原本是在三阶层体系下展开的,本书也打算在三阶层的语境下进行讨论。我国虽然还没有普遍采取三阶层体系,但几乎所有刑法学者都了解三阶层体系,而且不少学者接受了三阶层体系<sup>④</sup>;我们完全能够以中国的刑事立法、刑事司法为根据,按照三阶层体系与国外学者交流,做到“中国情

---

① [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论 I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社 2006 年版,第 81 页。

② [日]井田良:《刑法总论の理论构造》,成文堂 2005 年版,第 1 页。大陆与台湾地区的部分学者,将德语的 Schuld(即本书所称责任)翻译为“罪责”。

③ [德]许迺曼:《区分不法与罪责的功能》,彭文茂译,载许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,台北春风和煦学术基金 2006 年版,第 416 页。

④ 参见陈兴良主编:《刑法学》,复旦大学出版社 2003 年版;李立众:《犯罪成立理论研究》,法律出版社 2006 年版;李洁等:《犯罪构成的解构与结构》,法律出版社 2010 年版;付立庆:《犯罪构成理论》,法律出版社 2010 年版。

怀,国际视野”。况且,我国一些学者对行为无价值论与结果无价值论所发表的看法,基本上也是以三阶层语境为背景的<sup>①</sup>;为了展开学术讨论,本书有必要以三阶层体系为背景。

其实,在中国,不管刑法学者们采取何种犯罪论体系,都应当了解三阶层体系。“只了解一个国家的人,实际上一个国家也不了解。”“因为不考察一个国家与其他国家的区别,是不可能真正了解这个国家的。”<sup>②</sup>基于同样的理由,只了解中国刑法理论的人,实际上连中国的刑法理论也不了解。因为不考察中国刑法理论与其他国家刑法理论的区别,是不可能真正了解中国刑法理论的。所以,我们需要将中国的刑法理论与外国的刑法理论进行比较。这种比较,以真正认识中国刑法理论为目的,而不是简单地描述外国的刑法理论;这种比较,以真正了解两种(中外)刑法理论为前提,而不能简单地将外国刑法理论解释为我们自己的刑法理论的投射。同样,本书在三阶层体系语境下展开讨论,与本书作者赞成何种犯罪论体系没有直接联系。

尽管如此,本书关于行为无价值与结果无价值的讨论,并非不适用于两阶层体系与四要件体系。

两阶层体系与三阶层体系并没有实质的区别。在三阶层体系中,由于构成要件是违法类型,违法要素都是构成要件要素,所以,前两个阶层所讨论的都是违法性问题,只不过给人的感觉不是在一个层面讨论构成要件与违法性。在两阶层体系中,不管是将违法阻却事由作为消极的构成要件要素,还是认为构成要件符合性是暂时的、局部的判断,进一步考察符合构成要件的行为是否具有违法阻却事由是最终的、整体的判断,实际上也没有将构成要件与违法阻却事由合而为一<sup>③</sup>,只是在同一层面讨

---

① 参见周光权:《违法性判断的基准与行为无价值论》,载《中国社会科学》2008年第4期,第123页以下。

② [意]戴维·奈尔肯编:《比较刑事司法论》,张明楷等译,清华大学出版社2004年版,第222—223页。

③ 在日本,学者们既可能使用“违法性阻却事由”的概念,也可能使用“违法阻却事由”的概念。在我看来,二者并没有区别。本书一般使用“违法阻却事由”的概念,但在引用他人文献时,也可能使用“违法性阻却事由”的概念。

论构成要件符合性与违法性。所以,不能形式地看待三阶层与二阶层的区别。例如,日本的大谷实教授采取的犯罪论体系是:构成要件该当性(包括客观的构成要件要素与主观的构成要件要素)——犯罪成立阻却事由(分为违法性阻却事由与责任阻却事由)<sup>①</sup>;前田雅英教授采用的犯罪论体系为:客观的构成要件——主观的构成要件——违法性阻却事由——责任阻却事由<sup>②</sup>;平野龙一教授在《刑法概说》中采取的犯罪论体系则是:构成要件该当行为——违法阻却事由——责任要件——责任阻却事由。<sup>③</sup>在笔者看来,这些体系没有实质区别,只是三阶层体系的形式变化。

三阶层与两阶层的分歧主要在于是否使违法类型说彻底化以及如何处理假想防卫之类的案件。例如,根据三阶层体系的观点,构成要件是违法类型,但是,如果具有违法阻却事由,则构成要件不是违法类型。两阶层体系的基本观点是,既然构成要件是违法类型,那么,构成要件符合性的判断与是否存在违法阻却事由的判断,就是性质相同的判断。换言之,构成要件符合性与不存在违法阻却事由,属于同一层次的刑法评价,因此,构成要件符合性的判断,只不过是违法性判断的一部分;于是,存在违法阻却事由,成为消极的构成要件要素。换言之,要认定行为具有违法性,必须既肯定构成要件符合性,又否定违法阻却事由。<sup>④</sup>再如,三阶层体系的逻辑结论是,假想防卫是故意犯罪(因为故意是对符合构成要件事实的认识与容认,正当防卫时具有构成要件的故意,假想防卫也不例外),结局是,要么承认这种不合理的结论<sup>⑤</sup>,要么不得不在承认假想防卫具有构成要件故意的前提下,再通过其他途径说假想防卫只具有过失责任。<sup>⑥</sup>两阶层体系可以克服三阶层体系难以解决正当化事由的认识错误(容许性构成要件错误)的缺陷。“因为将构成要件错误的条文直接适用于容

① [日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2009年第3版,第138页以下。

② [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2011年版,第85页以下。

③ [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第25页以下。

④ [日]井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第91页。

⑤ 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2009年第3版,第296—298页。

⑥ 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁2008年版,第464页以下。

许性构成要件错误并非只是一件华丽的装饰品,而是功能性的刑法体系藉由平等原则而进一步具体化的成熟结果。”<sup>①</sup>

不难看出,三阶层体系与两阶层体系都是以违法和责任为支柱建立起来的。因此,在违法领域,两阶层体系与三阶层体系面临着完全相同的问题。质言之,两阶层体系中也必然存在行为无价值论与结果无价值论的争论;主张两阶层体系的学者与采取三阶层体系的学者,同样可以就行为无价值论与结果无价值论展开争论。

在我国传统的四要件体系中,通说采取了主观的违法性论,亦即,犯罪的社会危害性由客观危害与主观罪过(或主观恶性)组成,因而与德国、日本的客观的违法性论存在明显区别。但是,一方面,有的学者在主张形式上维持四要件体系的同时,也采取了客观的违法性论。例如,黎宏教授主张:“在现有的犯罪构成体系上,贯彻客观优先的阶层递进理念”;“树立不同意义的犯罪概念”。换言之,首先应当客观地判断行为是否符合犯罪客体与犯罪客观要件(是否具有社会危害性),然后判断犯罪主体与犯罪主观要件;符合犯罪客体与犯罪客观方面的行为,因为本质上对刑法所保护的法益造成了实际损害或者现实威胁,成为一种意义上的犯罪;完全具备四个要件的行为,成为另一种意义上的犯罪;正当防卫等正当化事由,只是在客观方面与某些犯罪相似;“从理论上讲,在说行为符合具体犯罪的犯罪构成的时候,实际上也意味着该行为不可能是正当防卫、紧急避险等排除犯罪的事由,换言之,在得出这种结论之前,已经进行了该行为不是正当防卫、紧急避险等正当行为的判断,否则就不可能作出这样的结论来”<sup>②</sup>。只要采取客观的违法性论,就必然面临着违法性的根据与实质问题,亦即,社会危害性的实质是法益侵害还是规范违反抑或伦理违反?或者说,是因为行为侵害或者威胁了法益才具有社会危害性,还是因为行为违反了规范或者伦理才具有社会危害性?这也是采取四要件体系的学者需要回答的问题。另一方面,即使认为社会危害性是客观危害与

<sup>①</sup> [德]许迺曼:《区分不法与罪责的功能》,载许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,台北春风煦日论坛2006年版,第434页。

<sup>②</sup> 黎宏:《我国犯罪构成体系不必重构》,载《法学研究》2006年第1期,第33—34页。

主观罪过的统一,依然需要说明客观危害的实质与根据是什么,以及客观危害与主观罪过究竟是什么关系。此外,不管采取客观的社会危害性还是主客观相统一的社会危害性论,都面临着如何解释构成要件、如何判断违法阻却事由(排除社会危害性的事由)的问题。例如,成立强制猥亵妇女罪,是否要求行为人具有刺激、满足性欲的内心倾向?成立伪证罪,是否要求行为人作出的陈述表现出不符合自己记忆的心理状态?成立正当防卫,是否要求防卫人主观上具有防卫认识与防卫意思?对这些问题的回答,必然牵涉行为无价值论与结果无价值论的分歧。所以,本书讨论的课题,在传统的四要件体系中同样具有重要意义。

总之,本书虽然在三阶层语境下展开讨论,但是,得出的结论也适合于两阶层体系与传统的四要件体系。

## 二、概念的简释

大体而言,对于与结果切断的行为本身的样态所作的否定评价,称为行为无价值(Handlungsunwert);行为无价值论认为,行为本身恶、行为人的内心恶是违法性的根据。对于行为现实引起的对法益的侵害或者危险所作的否定评价,称为结果无价值(Erfolgsunwert);结果无价值论认为,违法性的根据在于行为造成了法益侵害或者危险结果,即结果恶才是违法性的根据。

### (一) 行为无价值的含义

首先是评价基准问题,即“无价值”是什么含义?对此存在以下理解<sup>①</sup>:

(1) 行为“无价值”,是指行为违反国家的道义(如小野清一郎)、违反社会伦理秩序(如团藤重光)或者违反公序良俗(如牧野英一)。根据

---

<sup>①</sup> 参见〔日〕松原芳博:《人的不法论における行为无价值と结果无价值》,载《早稻田法学》第78卷(2003年)第3号,第263—264页。

这种观点,违法性的实质是行为违反国家的道义或者违反社会伦理秩序;如果行为并没有违反国家的道义,没有违反社会伦理秩序,即使行为侵害或者威胁了法益,也不具有违法性,因而不成立犯罪。

(2) 与此大体相同的观点认为,行为“无价值”,是指行为缺乏社会的相当性(如藤木英雄、福田平)。如福田平教授指出:“‘历史地形成的社会生活秩序范围内的行为’(社会的相当行为),即使侵害了法益,也不是违法的。换言之,只有脱离了‘社会的相当性’(soziale Adäquanz)的法益侵害才是违法的。因此,在进行违法性的判断时,不仅要考虑法益侵害的结果,而且要考虑行为的样态(行为的种类、方法、主观的要素等)。即在违法性中,作为问题的不仅是法益侵害的结果无价值,而且还有行为的无价值。”<sup>①</sup>

(3) 近年来在国内外特别有力的观点认为,行为“无价值”,是指行为具有规范违反性,即行为违背行为准则、行为规范。其中的规范,是指与伦理道德无关的,维护社会秩序、保护法益所需要遵守的行为规范。如井田良教授指出:“以往的行为无价值论大多建立在如下基础上:重要的道德规范具有效力,是社会存续的基本条件,必须以刑罚手段使人们遵守这些规范。但是,行为无价值论的本质不在这里;只有人的行为才是法规规范的控制对象,如果离开了规范对人的行动的控制,就不可能实现法益保护,所以,要重视在行为的时点就使违法、适法的界限得以明确的提示机能、告知机能。这便是行为无价值论的本质所在。与结果无价值论是‘物的违法论’相对,行为无价值论在将人的行为的规范违反性置于评价基础这一点上是‘人的违法论’。”<sup>②</sup>

(4) 行为“无价值”,是指行为人具有侵害法益的志向性(如 Armin Kaufmann、D. Zielinski、增田丰)。例如,增田丰教授指出:“根据一元的人格的不法论的立场,不法的程度是由作为志向无价值的行为无价值的程度决定的。亦即,作为志向对象的结果无价值越大,作为行为无价值的无

① [日]福田平:《全订刑法总论》,有斐阁2004年版,第141页。

② [日]井田良:《刑法总论の理论构造》,成文堂2005年版,第8页。



法就越大,或者说,对结果的志向力越强,作为行为无价值的非法就越大。与此相对,即使事后发生的结果无价值再大,也不能使作为行为无价值的非法增大。”<sup>①</sup>这种观点仅考虑主观要素,认为只要行为人意图通过客观地符合构成要件的方法、形态引起结果无价值,就具有行为无价值。根据这种观点,虽然必须要求行为人实施外部的行为,但行为的意义只能由行为人的主观意图来决定。所以,主观的意思方向是违法性的评价对象(志向无价值、一元的人格的不法论、主观的一元的行为无价值论)。

(5) 行为“无价值”,是指行为具有侵害法益的一般危险。如野村稔教授指出:“行为无价值论与结果无价值论,虽然在各种点上得出了不同结论,但有必要区分刑法的目的、任务与违法的判断形式进行讨论。应当认为,刑法的任务在于保护生活利益,所以,后者基本上是正确的。但是,法益侵害的危险性,不是指客观的危险性或者作为结果的危险,而应解释为作为行为属性的危险,是基于行为时的一般人的判断的危险性。因此,应当将行为时的主观的、客观的事情作为判断资料。”<sup>②</sup>根据这种观点,在行为人将尸体当作活人开枪的场合,由于具有发生结果的一般危险,因而具有行为无价值,应认定为杀人未遂。

(6) 将上述(4)、(5)两者结合起来考虑的见解,即行为“无价值”,是指行为人具有侵害法益的志向,且行为具有侵害法益的一般危险。<sup>③</sup>

(7) 行为“无价值”,是指对尊重法益要求的违背(Eb. Schmidhäuser),或者动摇了社会对法益安全的信赖。如盐见淳教授指出:“使一般人感觉到对法益产生了威胁的行为,在使一般人动摇了法益的安全感这一点上,就已经是违法的,在该行为发生了个别具体的反价值结果时,动摇就进一步强烈,违法性的程度便增大。”“违法性的基础就在于‘使社会产生了对法益的安全的依赖的动摇’。”“在引起了对法益的安全感的动摇时,社会原则上就处罚引起了动摇的行为者,以便恢复安全感。”<sup>④</sup>

① [日]增田丰:《规范论による责任刑法の再构筑》,劲草书房2009年版,第107页。

② [日]野村稔:《刑法总论》,成文堂1998年补订版,第147—148页。

③ 参见[日]曾根威彦:《刑法学的基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第89—90页。

④ [日]盐见淳:《违法性·违法性阻却の一般原理(下)》,载《法学教室》第266号(2002年),第102页、第105页。