

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

著作权合同登记号
图字：01-2014-8140号

ISBN 978-7-300-21529-7



9 787300 215297 >

定价：32.00 元

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
字 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野的叙述——阐明他说了一些什么；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”（*Lenbendiges und Totes in der Verbrechenslehre 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; *Paulik*, *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，因而我打算这样来做：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”^{③⑩}，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。^{③⑪}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”^{③⑫}，即植根于社会的存在及其“生活方式和世界观”之中^{③⑬}；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^{③⑭}，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.。

^{③⑩} Welzel (Fn. 29), S. 79.

^{③⑪} Welzel (Fn. 29), S. 80.

^{③⑫} Welzel (Fn. 29), S. 55.

^{③⑬} Welzel (Fn. 29), S. 57.

^{③⑭} *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^④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》。^④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。^④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”^④；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^④，其中，将行为看作是“意义表达”的说法最能体现出这一点。^④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”^④，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。^④

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^④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

④ 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。

④ *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491ff.

④ *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“里克特”，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。

④ *Welzel* (Fn. 41), S. 493ff., 495f.

④ *Welzel* (Fn. 41), etwa S. 496f.

④ *Welzel* (Fn. 41), S. 503. 更多地体现在相近的一些表述中。

④ *Welzel* (Fn. 41), S. 504f.。对此持批判态度的有 *Pawlik* (Fn. 15), S. 264f., 293ff.。

④ *Welzel* (Fn. 41), S. 504.

④ 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⁴⁹，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目的性地避免结果的出现”⁵⁰。这一结论随即可以适用于所有形式的过失。⁵¹ 我在自己关于过失的教授资格论文⁵²——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⁵³：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尔的行为概念之中，这一点难以弄清。他提到了耶林（*Jhering*）对客观违法性的“发现”⁵⁴，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⁵⁵，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

⁴⁹ *Welzel* (Fn. 41), S. 561.

⁵⁰ *Welzel* (Fn. 41), S. 562.

⁵¹ *Welzel* (Fn. 41), S. 562f..

⁵² *Jakobs*, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, S. 34ff., 39ff..

⁵³ 深入的论述，见 *Pawlik* (Fn. 15), S. 257ff., 在 S. 258, Fn. 15 处附有引证。

⁵⁴ *Welzel* (Fn. 41), S. 506; 还有 *ders.* (Fn. 11), S. 38f..

⁵⁵ *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尔相联系，并且承袭了黑格尔理论的重要思路”（*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^⑤，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”一词所指向往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（“据为已有的目的”）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

^⑤ 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}、过失犯论和不为作为犯论中。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.。

（三）法益侵害

让我们回到韦氏 1939 年的那篇论文。社会相当性理论与韦尔策尔对法益侵害的理解密切相关。^{⑥7} 他将法益理解成“保护客体”，“犯罪举动所针对的就是这种客体”^{⑥8}。我们不应将法益理解成被妥善保存的博物馆展品，而应当将其理解为“处在现实的社会生活空间之内”的东西。由此带来的结论是，法律所抵御的并不是“所有侵害性的作用”^{⑥9}，而只是“那些对于处在伦理秩序之内的共同体定在来说无法忍受者”^{⑦0}。“只有在特定种类的法益损害的视野下，才存在法益保护。”^{⑦1}

这种理解强化了行为无价值的意义。在其教科书中，韦尔策尔将自己的观点与刑罚目的理论联系在了一起：“刑法的任务”是保护“共同体生活的基本价值”^{⑦2}，“通过对行动无价值（Aktunwert）加以惩处”来保护“生活之益……（事实价值）……”的基本价值，从而维护对事实价值的“尊重”这一“积极的社会道德的行动价值”。“合法行为的价值植根于稳定的法的（即合法的，但并不必然是合乎道德的）思想态度之中……通过对已经实施的脱离该价值的举动加以惩罚，刑法实现了对这种价值的保障”，其“中心任务”应当是，“对这种行动价值所具有的牢不可破的效力加以保障”^{⑦3}，而实现这一任务的途径是，通过保护行

^{⑥7} 韦尔策尔承认存在无法益的犯罪，对于这个问题（其实是一个纯粹表述上的问题）本文不作探讨。对此详细的论述，参见 *Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, 1972, S. 281ff.。

^{⑥8} ^{⑥9} *Welzel* (Fn. 41), S. 514.

^{⑦0} *Welzel* (Fn. 41), S. 516.

^{⑦1} *Welzel* (Fn. 41), S. 516; *ders.* (Fn. 11), S. 5. 我们可以将之进一步极端化：只要法律容忍某种损害，那么这种益（Gut）就不属于法益；*Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, S. 17ff.; *ders.*, *Recht und Gut-Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung*, in: *Murmann u. a. (Hrsg.), Grundlagen der Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Frisch*, 2012, S. 81ff., 86ff.。

^{⑦2} *Welzel* (Fn. 11), S. 1.

^{⑦3} *Welzel* (Fn. 11), alles S. 2.



动价值来保护法益。法益保护是借助积极的社会道德而得以实现的：通过保障“这种积极之行动价值的牢不可破的效力”，通过强化“法忠诚的思想态度”⁷⁴。

这些论述颇受诟病⁷⁵，但这些指责实质上（也许并不是因为这样或者那样的表述）是完全没有道理的。有的人指责说，韦氏并没有说明，为什么他只想处罚那些现实实施了脱离思想态度价值的举动。⁷⁶对此我们可以反驳说，即便最为极端的法益保护理论也面临着同样的问题：为什么非要等到着手实行开始之后才予以处罚呢？至少，更早地介入会更有效一些⁷⁷，而且对于将可罚性大幅前置的做法而言，法益保护的必要性尤其可以成为其辩护理由。对于一切刑罚的合法化根据来说，行为原则（*Tatprinzip*）都是外来的，除了那种仅以结果作为根据的以牙还牙的惩罚之外。既然如此，我们就应当准确地解读韦尔策尔：他所说的“思想态度”，用今天的话来说，就是一种法忠诚的态度。对此，韦氏明确指出，它的成立只需行为人具有合法的态度⁷⁸就够了，而且韦氏认为它是对持久法忠诚的强化。⁷⁹这样看来，刑罚是以忠诚于法的人为其指向对象的。与其说这种观点亲近思想态度刑法（*Gesinnungsstrafrecht*），还不如说它与积极一般预防理论⁸⁰的关系更为密切。韦尔策尔所关注的是，改变那种将不法锁定在法益损害之上的做法（“过分强调结果方面的做法”⁸¹），转而将不法理解为举动的错误。

⁷⁴ Welzel (Fn. 11), S. 3, 5. 对此深入的论述有 Amelung (Fn. 67), S. 273ff.; Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutshlehre*, 1973, S. 87ff.。

⁷⁵ Amelung (Fn. 67), S. 274f. 中的引证。

⁷⁶ Hassemer (Fn. 74), S. 97.

⁷⁷ Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97 (1985), S. 751 ff., 752ff.。

⁷⁸ Welzel (Fn. 11), S. 2.

⁷⁹ Welzel (Fn. 11), S. 3 (mehrfach).

⁸⁰ 对此，参见 Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, S. 31ff.，此处附有引证。

⁸¹ Welzel (Fn. 11), S. 3.

(四) 责任

我们现在来谈谈责任吧！说到意志自由的问题，韦尔策尔属于诺斯替教派的信徒（Gnostiker）。他在《刑法体系研究》一文中论证说：即便行为人遵循着某种驱动力，他也是在“积极的‘信念’”“积极的评价行动”参与其中的情况下作出某项决定的。^⑳两年以后，在《人格与责任》一文中^㉑，他更为详细地写道：不可能存在“脱离价值的自由”^㉒，只可能存在“为了价值的自由”^㉓。在此，我们应当将“价值”理解成“在具体情形中客观上（！——笔者注）富有意义者”^㉔。在这一理解中，责任指的是，“行为人因为没有将自我控制充分地运用到感情的（原文如此！——笔者注）驱动力状态之中，所以偏离了法所提出的应为要求”^㉕。因此，犯罪是一种并不自由的、始终受“感情”支配的行动。一直到他教科书的后几版，韦尔策尔才确定了这一点：自由并不是指“在价值和无价值之间的”选择可能，而是指实施（客观上）“合意义之行为”的自由。^㉖

还有一个问题：“我”是怎么做到对抗自己的欲念并实现某种价值

⑳ Welzel (Fn. 41), S. 532.

㉑ Welzel (Fn. 12), S. 428ff.

㉒ Welzel (Fn. 12), S. 449, 450.

㉓ Welzel (Fn. 12), S. 450.

㉔ Welzel (Fn. 12), S. 449, Fn. 41.

㉕ Welzel (Fn. 12), S. 456. 除了责任的基础之外，韦尔策尔还研究了旧《刑法》第 20a 条（该条由 1933 年 11 月 24 日的《惯犯法》所添加）所产生的特殊的行为人刑法的问题。韦氏将“有责的行为人人格体”（schuldhafte Täterperson）与“受感情不利影响的个体”（pathisch belasteten Individuum）（S. 464）区别开来。前者是指有责地形成具有恶劣性格的人格体（S. 462），而后者则因为某种特殊的心理感情天性而不能恰当地应对其“更深的精神层面”（S. 464）。韦尔策尔认为，如果某人任由自己滑向恶劣状态，那么对他所施加的刑罚就是责任刑罚，而对于心理变态者来说，这指的就是“制造感情的反对驱动力”（S. 466），这样我们就可以确定“第 20a 条中行为人概念的双重性”（S. 467）。今天，这个问题出现在《刑法》第 21 条（对此，参见 Welzel [Fn. 12], S. 467——更为清晰的论述——ders. [Fn. 11], S. 258）。韦氏主张，在行为人虽然欠缺不法认识，但该欠缺是可避免的时候，应当减轻处罚。关于这一观点与上述学说的兼容性，见上文 Fn. 12 以及下文的 Fn. 100-103。

㉖ Welzel (Fn. 11), S. 148; 对此，参见 Pothast (Fn. 18), S. 327ff., 338ff.，此处附有韦尔策尔其他相关论著的引证。



的呢？很晚以后，即1969年的时候，韦尔策尔才重拾^⑨这一问题，并试图援引哲学家李凯尔特观点——在此之前，其观点并没有得到特别的重视^⑩——来解决它。^⑪ 据此，如果一位决定论者叙述了自己的理解，那他就必须说出这一理解所依据的理由，而不能只满足于指出其论述的出现和存在。因此，除了因果关系之外，他还必须承认有另外一种决定的形式，也就是建立在理由之上的决定形式。这是如今人们对现代脑科学研究的结论进行解释时所持观点的早期表现形式。当然，我们只有将待解释的各种体系区分开来，才能解决这个问题。^⑫ 所以，我在这里就不再对韦氏的构想作进一步的研讨了。^⑬

（五）行为操控与驱动操控

早在20世纪30年代初叶，从心理化的角度出发理解的邪恶目的就是一个——恕我直言——荒唐的概念，因为它在错误论中会得出不当的结论。人们为消除其弊病进行了大量的尝试，比如将刑法的认识错误和刑法以外的认识错误区分开来，或者设定一种法律的过失，等等，但事实已经证明，这些尝试又成了制造新缺陷的源头。在这种情况下，韦尔策尔的刑法体系至少具有一个强大的优势：即便是没有现实不法意识的行为，也仍然是故意行为。韦氏认为，传统的故意理论（Vorsatztheorie）和他所主张的责任理论（Schuldtheorie）之间的对立，就是“认识原则”（Kenntnisprinzip）与“答责原则”（Verantwortungsprinzip）之

^⑨ 最初的构想，参见 *Welzel* (Fn. 12), S. 443 ff., 但这里的论述是与如“秘密”一般的意志自由相联系的。亦参见 *Welzel*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, (从这一版开始) 3. Auflage, 1954, S. 109ff. (最后一版 11. Auflage [Fn. 11], S. 145)。

^⑩ *Welzel* (Fn. 29), S. 41ff.

^⑪ *Welzel*, *Gedanken zur Willensfreiheit*, in: *Bockelmann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Engisch*, 1969, S. 91ff., 93 (关于 *Rickert* in Fn. 12 a 的引证)。

^⑫ *Jakobs*, *Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft*, in: *Schleim u. a. (Hrsg.), Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, 2009, S. 243ff., 246ff., 257ff.

^⑬ 对这一构想持批判态度的有 *Pothast* (Fn. 18), S. 350ff.。

间的对立。^④当然，这种说法是没有说服力的。^⑤虽然我们能够从故意理论中推导出认识原则——任何对构成要件的实现或者对不法欠缺认识的行为，都不可能是故意行为——但是在行为人对构成要件的实现缺乏认识的场合，韦尔策尔的处理方法与故意理论相比也没什么两样。他论证说：由于危险无处不在，所以“只有当法秩序（特别是刑法）对造成可能之危险（原文如此——笔者注）的风险作出适可而止的应对时，一个人才能积极地承担世间的责任”，因此，刑法只对少数过失犯加以处罚。^⑥可是，除了这少数的犯罪之外，对于其他犯罪来说认识原则还是适用的（因为只要欠缺认识，不管其产生的原因为何，均排除刑罚），或者，如果人们想要把它称为“答责原则”的话（但这样做极易引起误解），那么在这一点上，故意理论其实也是遵循该原则的。

还有一点需要补充。如前所述，韦尔策尔起初认为，对于故意犯而言，只要行为人欠缺现实的不法意识，均应减轻处罚^⑦；后来，他又提出，如果具有“立即”将不法意识现实化的可能性，那么对这种情形的处理，应当和存在现实不法意识的情形相同。这一说法就证明，他所运用的至多只是一种极弱的答责原则，因为该原则本来应当以义务违反的程度为根据，而不是依赖于某种或许带有偶然性的心理状态。例如，某位食品生产者常年都没有顾及职业法规，那么他在出售某种调料的过程中，究竟能否“立即”将关于该行为不被容许的意识现实化，这个问题是没有任何意义的。本来，韦氏借助他在《人格与责任》一文中提出的思想，同样能够得出这种评价结论。^⑧

但是，这里所涉及的并不是一些细枝末节的修正。事实上，责任理

^④ 作为一种初步构想已经出现在其教科书的第三版中（Fn. 89），S. 122；接着，在该书第五版 S. 134 一直到第十一版（Fn. 11），S. 162 中获得了全面发展。

^⑤ 关于下文的论述，参见 *Jakobs* (Fn. 48)，S. 952ff.；*Pawlik* (Fn. 15)，S. 402f.。

^⑥ *Welzel* (Fn. 11)，S. 164.

^⑦ 同 Fn. 10.

^⑧ *Welzel* (Fn. 12)，S. 458ff.，462，467.



论的核心思想已经归于失败。⁹⁹ 该理论“存活”的前提是，行为操控（构成要件故意，构成要件过失）与驱动操控（在此是指：现实或者可能的不法意识）这两者是可以分离的。但众所周知，这种分离至少在某些构成要件要素中是无法实现的，例如，如果某人知道，他为了毁坏而选中的财物是属于他人的，或者知道自己违反了保管财物的义务，那么该人同时也具有不法意识，而且是现实的不法意识。另外，所有不真正不作为犯中的保证人地位本身都是规范性的要素，这就意味着，它们也都属于将构成要件认识 and 不法意识连接在一起的要素，因此，当行为人具备故意时，他也必然对这些要素的意义有所认识；除此之外，客观归责的概念也是如此，因为至少对于结果犯来说，故意的成立要求行为人必须对法所不容许的风险具有认识。

还有，把构成要件想象成诸如“人”“财物”“他人性”“胁迫”等各种异质要素的堆砌，这种看法是完全错误的。只有作为关联的要素整体才是可以理解的。例如，某人毁损了一件他人的财物，在此，我们不能把“他人”的规范性与“毁损”的描述性割裂开来。有人会反驳说，对于保证人地位、客观归责的概念以及其他规范的要素来说，这也许是正确的，但对于狭义上的针对个人的犯罪来说，即对于侵害某一组织范围中不可转让的要素，例如生命、身体和自由等的行为来说，法律条文仅仅提到了描述性的要素。其实，这同样适用于保证人地位理论和客观归责理论，但我们先撇开这一点不说。法律之所以这样做，是因为在这些犯罪中，各个权利的归属自始就十分清晰，所以（不具有转让的可能）对其无须作出特别的规定。如果法律这样表述：若行为人故意毁灭他人作为其所享有之权利的生命，则应以故意杀人罪论处；那么这简直是十分可笑的。但法律所指的恰恰就是这个意思！例如，一名古罗马帝国时代的公民殴打了他桀骜不驯的奴隶，他不可能具有今天犯罪意义上的伤害罪的故意。因此，我们只能将故意理解为邪恶的目的。

⁹⁹ 关于下文的论述，参见 *Jakobs* (Fn. 6), S. 113ff.; *ders.*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 53ff.。

（六）犯罪参与

人们在批判我的导师在这一部分所持学说的核心思想时，似乎忽视了其学说的根据：韦尔策尔意图将不法认识从故意中排除出去，并保持纯粹机械性的行为概念不变，这样一来，就可以避免出现在所有欠缺现实不法意识的场合都必须排除故意的现象。将故意理解为邪恶目的的理论确实存在这种缺陷，但如果我们把本来不可分离的东西割裂开来，进而将之摧毁掉，那么上述缺陷还是无法得到克服。实际上，我们需要做的是，认真对待韦氏为其理论所标榜的答责原则^⑨，并且告别故意理论中拥有逾两百年历史的心理化传统，告别韦氏本来就十分憎恶的自然主义^⑩：如果某人之所以未考虑到其行为可能造成的结果，是基于不能减免责任的原因，例如基于冷漠，那么行为人不配获得谅解，不管他是对构成要件的实现——用传统的话语来说——漠不关心，还是对得到实现的不法漠不关心。故意理论的错误并不在于它将故意理解为邪恶的目的，而是在于它仅仅考虑心理的事实，从而给没有显露出该心理事实的人开脱了责任，即便这种心理事实的欠缺是基于某种可用于加重行为人责任的态度。

韦尔策尔做得还不够彻底。在此应当坚持认为的是，只有可避免的事情才能受到禁止，只有可创造的东西才能被要求，因此，以因果关系或者假定因果关系为依托的不法概念，至多只能成为一个临时性的辅助概念。如果韦尔策尔不是以行为的主观意义，而是以行为客观上富有意义的可避免性作为根据，那么他将受到黑格尔学派信徒们的欢迎，至少，这一学术方向的奠基者会将间接故意（*dolus indirectus*）以及一般的结果视为“行为自身固有的形态”，并且会以“行为之客观性的法”去对抗“目的的法”^⑪。

^⑨ 上文的 Fn. 94 以及与之相对应的正文。

^⑩ 关于下文的论述，参见 *Jakobs* (Fn. 99), S. 56, 在 Fn. 116 中有详细的引证。

^⑪ *Hegel* (Fn. 34), §119 Anm. a. E., §118 Anm., §120. 事实上，尽管他以作为“思虑者”的行为人为根据 (etwa §§ 119, 120)，也同样如此。详细的论述，参见 *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, S. 140ff., 以及该书各处；也有学者对此持批判态度，但却对黑格尔运用思虑者和并非受偶然因素左右的精神倾向者所作的论证有所忽视：*Köhler*, *Buchbesprechung*, *ZStW* 114 (2002), S. 183ff.。*Pawlik* (Fn. 15), S. 382ff. 的观点是正确的，此处附有引证。



当然，有一点是可以拿来为韦氏的观点辩护的：在第二次世界大战给学术发展造成断裂之前，人们毕竟还是在对事实的盲目性和法的盲目性进行着讨论，即便这种讨论只是零星存在的。^⑭ 当韦尔策尔的理论在国内和国际广为传播的时候，人们却完全忘记了故意还存在规范化的可能。在这方面，占据统治地位的是自然主义，而非价值哲学，而且这种自然主义的衰退十分迟缓。在韦尔策尔的首批论著面世整整 80 年后，学界依然还在因循着一条曾令韦氏本人陷入自相矛盾之境地的踪迹。如果要解释产生这一现象的原因，那我们只能说人们在一定程度上太贪图安逸了，而这种态度和韦尔策尔肯定是格格不入的。

韦尔策尔将故意的对象限定在构成要件之上，这与他在犯罪参与理论中选择采用限制的从属性是密切相关的。^⑮ 在本文对其理论进行批判和拓展之前，我注意到，韦氏早在其《刑法体系研究》^⑯ 一文中就已经提出了完整的犯罪参与学说，该说的主体内容在其教科书的最后一版^⑰ 中都还清晰可见，在此期间，这一学说也成了通行的理论。这种参与理论是事实支配理论“较为缓和的”表现形式，它——与事实支配理论“较为强硬的”表现形式（“功能的事实支配”）不同——认为，“在客观参与实现构成要件方面的缺损”，可以通过“在特别参与犯罪计划方面的盈余获得补强”^⑱。尤其是，犯罪团伙的头目在不出差错的情况下（基于对组织性权力机构的支配^⑲）可以跃升为其团伙所实施之犯罪行为之正犯。

从韦尔策尔的行为理论中可以顺理成章地推导出限制的从属性，因

^⑭ *Jakobs* (Fn. 8), 8/5, Fn. 9 中的引证。

^⑮ 关于下文的内容：*Jakobs* (Fn. 48)；*ders.*，*Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, GA 1996, S. 253ff.；*ders.*，*Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug*, GA 1997, S. 553ff.；*ders.*，*Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 35ff.。

^⑯ *Welzel* (Fn. 41), S. 537ff.。

^⑰ *Welzel* (Fn. 11), S. 98 ff., 111ff.。

^⑱ *Welzel* (Fn. 11), S. 110.

^⑲ 对此以肯定态度所作的总结，参见 *Roxin*, *Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, GA 2012, S. 395ff.。

此，该行为论的弊端也被带入了犯罪参与理论之中：参与理论被局限于机械性的共同作用之上。在《刑法体系研究》一文中，韦氏将患有精神疾病之人的举动决意理解成“单纯的本能冲动”^⑭；由于他认为这些人仍然具有实施目的行为的能力，因而其他人还能够参与其行为——参与一个不过是本能冲动的流程！^⑮既然如此，那为什么不存在对机器运转流程的参与，特别是在机器的运转流程受到为实现目的而设定了程序的电脑操控时，不存在由这种运转流程实施的参与呢？顺便说一句，这个问题不仅涉及精神病人，而且涉及所有欠缺责任的行为者：在刑法的视野中，这些人都是“不受拘束的”，这也意味着，规范无法与他们发生联系，因此，参与其举动的行为，不能被看成是对规范违反的参与。实际上，“参与某个无责任能力人之举动”的行为属于间接正犯，它不过就是一种在表现类型上并非常规的直接实施犯罪的行为。^⑯不论行为人在自己和构成要件实现之间安排的是一名无责任的（有时甚至是得到正当化的）人，还是一头动物，抑或是一部机器，结论都是一样的：就犯罪的意义而言，行为人都是在对自然施加作用，因此，他都是自己直接实现了这种犯罪的意义。

韦尔策尔认为，共同正犯是“共同犯罪决意的分担者，也是对整个犯罪行为之目的性事实支配的分担者”^⑰。这一学说在今天也几乎不存在争议了，但我们对之还可以再作反思。韦氏敏锐地发现，对于犯罪参与形式来说，关键不在于行为人抱有何种意图（animus），而是在于他对事件所作出的贡献究竟是否具有事实支配性。由此得出的结论本该是，共同正犯的成立根据不是共同的决意，而是已经得以实施的共同性。这就特别意味着，实行者不必认识到，其他人巧妙地推动了事件，使得实行——在这种情况下成了“小菜一碟”——具备了可能性。^⑱

^⑭ Welzel (Fn. 41), S. 504f.; 此处也有强调精神病患者之行为能力的论述。

^⑮ Pawlik (Fn. 15), S. 274f. 对此持正确的批判态度。

^⑯ Jakobs (Fn. 99), S. 74ff.; ders., Theorie (Fn. 104), S. 37ff.

^⑰ Welzel (Fn. 41), S. 551; 类似的论述，参见 ders. (Fn. 11), S. 111.

^⑱ 关于这个问题，参见 Jakobs (Fn. 99), S. 79; ders., Theorie (Fn. 104), S. 26f., 43f.



(七) “过失与交通犯罪”

在刑法总论概览的末尾，我将对过失作一些评论。^⑩ 韦尔策尔在其教科书中对理论上出现的迷途作了明确叙述，在韦氏找到他自认为满意的解决方案之前，他自己也曾误入这些迷途。首先，他认为过失犯的不法虽然不在于单纯的结果引起，但却在于社会不相当的结果引起。^⑪ 虽然结果是“盲目和因果地”引起的，但行为人对于该结果却有可能进行“目的性的预见”，所以从目的性的角度来看，结果是可避免的^⑫，当然，正如本文在他处所述^⑬，是在具有责任的情况下。随后^⑭，韦氏——不再以假定的阻止可能性即潜在的目的性为根据——以已经得到实施的行为作为根据，而且认为，如果该行为没有显示出“符合交往的注意”这一要素，那它就具有构成要件符合性。^⑮ 行为人个人对于构成要件实现的认识可能性，则属于责任要素。^⑯

这种解决方案确属传统，其细节在此就不再展开了。除了行为和构造问题之外，韦尔策尔还研究了以下这个问题，即：“如果被实施的行为‘在交往中’遵守了‘必要的注意’，即该行为是‘正确’和‘符合交往规则’的，但它还是（相当地）引起了某种法益侵害，那么这一事件的意义究竟何在？”^⑰ 为了回答这一问题，韦氏如同他在《刑法体系研究》一文中已经指出的那样^⑱，提出违法性的概念取决于它所处的语

^⑩ 本文不探讨不作为犯，因为从韦尔策尔教科书的第七版（1960，S. 177ff.）开始，他的不作为犯论在形式构造上就受到了阿明·考夫曼（Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959）的巨大影响。当然，其某些章节的实质内容直到今天还有启发意义，例如关于保证人地位，特别是关于其中先行行为的内容；Welzel (Fn. 11), S. 215ff.。

^⑪ Welzel (Fn. 41), S. 558f. .

^⑫ Welzel (Fn. 41), S. 559.

^⑬ 参见上文的 Fn. 48-51 以及与之相对应的正文。

^⑭ Welzel, Fahrlässigkeit (Fn. 55). 在此之前，尤其值得一提的是 Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 40ff. 对于潜在性展开的批判。

^⑮ Welzel, Fahrlässigkeit (Fn. 55), S. 15.

^⑯ Welzel, Fahrlässigkeit (Fn. 55), S. 25, 30; 与此相对, Jakobs (Fn. 52), S. 34ff., 45ff. .

^⑰ Welzel, Fahrlässigkeit (Fn. 55), S. 24.

^⑱ Welzel (Fn. 41), S. 506 ff., 508.

境^⑭，一个行为“只有在它实施的当时才可能是受到容许或者受到禁止的——换句话说——合法或者违法”^⑮，由此得出的结论是，由得到容许的危险举动引起的损害是一种不幸，但却并非不法。^⑯换言之，即便我们承认存在刑法上可以理解的结果无价值^⑰，但我们也只有通过一种无价值的行为才能把握它。因此，即使在过失中，行为无价值同样占据着统治地位。

六、物本逻辑的结构？

我还没有提到过“物本逻辑的结构”^⑱，因为如果说它所指的内容超出了物理、逻辑或者数学结构的话，那么在我看来，这样的物本逻辑结构其实并不存在。这些结构从整体上来说都是社会逻辑的，而非物本逻辑的。其本身具有一种形态，施特拉滕韦特（Stratenwerth）曾赋予事物的本质以这种形态，在此，“基本的价值决断”先于物本逻辑而存在，因此它不可能来自于物本逻辑。^⑲只有当社会为某种特定的“价值决断”事先“孕育出了”可能性，并且“孕育出了”该决断所针对之对

^⑭ Welzel, Fahrlässigkeit (Fn. 55), S. 24ff.

^⑮ Welzel, Fahrlässigkeit (Fn. 55), S. 26.

^⑯ Welzel, Fahrlässigkeit (Fn. 55), S. 29.

^⑰ Welzel (Fn. 11), S. 62 就是这样认为的；但是，Armin Kaufmann (Fn. 56), S. 402ff., 404ff. 却认为结果无价值没有意义。

^⑱ Welzel Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie, 1951, S. 197f.; 2. Auflage, 1955, S. 197f.; auch 4. Auflage, 1962, S. 236ff.; ders., Naturrecht und Rechtspositivismus, in: ders. (Fn. 39), S. 274ff., 283ff.; dazu Sticht (Fn. 27), S. 156ff., 261ff., 267ff., 此处有详尽的引证。

^⑲ Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache, 1957, S. 20; 也见 ders., Sachlogische Strukturen?, in: Pawlik u. a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 663ff., 667ff., 672ff.; ders., Welzel, Hans, in: Enzyklopaedie zur Rechtsphilosophie (<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/> ...), S. 3f.; Loos (in: Göttinger Juristen, Fn. 65), S. 496f. 认为，在韦尔策尔早期的一篇论文《关于刑法中的评价》（“Über Wertungen im Strafrecht”）（in: Abhandlungen [Fn. 39], S. 23ff., 27f.）中就已经率先出现了这一观点——这一说法很值得怀疑。



象的类型（例如责任刑法）时，我们才可能去作出这一“价值决断”。例如，在一段时期内曾经盛行一种原则，即凡是由受禁止之行为所产生的结果，即便行为人对其并无责任，也必须为之负责（*versari in re illicita*）。唯有当这样的时代归于结束，因为“命运”不再拥有对社会作出解释的力量时，采纳责任刑法才近在咫尺。因此，“基本的价值决断”的前提条件是，该决断植根于社会之中，而且这一点与社会组织问题的解决方法之间相互兼容：这里所涉及的是社会逻辑，而非物本逻辑。^⑬

刑法概念所受到的这种来自社会和交往方面的影响，和为了集体的利益而降低法律上个人，或者更准确地说，人格体的地位之间毫不相干。不管这是一个极为自由的社会，还是适度自由的社会，抑或是封闭的社会，至少人格体们为了实现其社会化（!），总归都需要一个社会，正如他需要一个对人格性的条件即获得认可的条件加以保障的国家一样。^⑭ 在人格体、社会和国家这三者中，没有任何一个要素排在前头或者排在后面，因为它们原本都是平等的，但——简直是不言而喻——这并不是说，这三者从一开始就必然得到了实现：我们可能仍然停留在以自我为中心的个体单纯共处的状态，或者停留在不允许人格性存在的绝对国家，包括其反面，绝对的无政府状态之中。

七、代结论

以上是我对一座恢宏大廈的批判性考察，韦尔策尔早在其 35 岁的时候就在其《刑法体系研究》一文中建立起了它。当时对于韦氏来说并无任何范本，但他所建构的这座大厦却成为此后数十年间的典范。他的大学时代是从研修数学开始的，看来这绝非偶然^⑮：人们认为数学家都

^⑬ *Jakobs*, System (Fn. 99), S. 16 mit Fn. 13.

^⑭ *Jakobs* (Fn. 71), S. 26f.; *ders.*, Recht und Gut (Fn. 70), S. 89ff..

^⑮ *Loos* (Fn. 65), S. 488; *Sticht* (Fn. 27), S. 17.

是早年成名的。

对于当代来说，韦尔策尔的著作有什么意义呢？法教义学所关注的仅仅是对实定法的解释和体系化，韦氏为它提出了一个实用的犯罪构造的框架——至少是这样，但也仅限于此。法学所研究的对象还包括实定法在当代的合法性——否则，它就不是一门科学，而是一堆广博的知识信息。^⑭ 对于法学来说，韦尔策尔的著作（通过对黑格爾的思想加以释义^⑮）始终都是以思想的形式对 20 世纪 60 年代之前的刑法所作的阐发。韦氏有能力创造出这一成就，因为他对始于古典时期的哲学以及他所处时代的人类学和心理学均谙熟于心。^⑯ 今天，与其他学科，例如现代的脑科学研究，而非思维心理学展开争论，有时也能达到类似的效果。但是，韦尔策尔在他三十多岁的时候所达到的完整性和广博度，是他之后任何一位刑法学家都无法企及的。其原因或许也在于，如果不通过分门别类的研究思维，我们就无法把握当今时代。

最后，对社会形象——归责理论也属于社会的一部分——的理解不是一蹴而就，而是徐徐前进的，而且，当科学“用灰色的颜料绘成灰色的图画的时候，这一生活形态就已经变得陈旧了”^{⑰*}。这么看来，令人吃惊的是，韦尔策尔在距今 75 年前就已经道出了转变的必然性：从因果引起的损害转向意义的表达。当然，他所谓的“人的不法”依然是机械性的，但如果韦氏的转变所确定的方向能够得到继续遵循的话，那么这一点是会发生改变的。所以，说学术上取得了进步，这只不过是一种无法成立的神话而已。对自己所处时代的合法形象加以理解，对不合

^⑭ 对此，参见 *Jakobs* (Fn. 1), S. 105f.。

^⑮ *Hegel* (Fn. 34), S. 35.

^⑯ *Sticht* (Fn. 27), 全文；*Pawlik* (Fn. 15), S. 36.

^⑰ *Hegel* (Fn. 34), S. 36f.。

* 雅各布斯在此引用了黑格尔在《法哲学原理》一书中的一段名言，其完整的表述是：“当哲学用灰色的颜料绘成灰色的图画的时候，这一生活形态就已经变得陈旧了。对灰色绘成灰色，不能使生活形态变得年轻，而只能作为认识的对象。密纳发的猫头鹰要等黄昏到来，才会起飞。”黑格尔的这段话意在指出：哲学是时代发展的反映，它总是要等到时代潮流和世事变迁已经结束完成之后才能产生。



法的形象加以批判，这始终都是正确的。未来将会产生它自己的理解和批判标准，正如过去所发生的那样。在他所处的时代，韦尔策尔的行为概念是开始寻求解决当时问题之途径的绝佳工具。正如韦氏所创设的概念一样，今天发挥指导作用的概念也终将过时。

第4版前言



本书的新版，对我的教科书（Das deutsche Strafrecht, 7. Auflage 1960）中有关目的行为论基础内容的篇章进行了总结。它正值我的题为“因果关系与行为”（Kausalität und Handlung）的论文（ZStW 51 S. 703）发表30周年之际出版面世了。在这篇论文中，我首次提出了目的行为论的基本思想。近来，我一再地回忆起它，因为对我的学说提出批判的学者最近越来越多地追溯到该学说的起源，而且他们认为，该学说依赖于某种特定的哲学体系，即尼古拉·哈特曼（Nicolai Hartmann）的哲学体系，故只要从这一点出发就能对该学说作出解释。也许恩吉施（Engisch）对此给了画龙点睛的一笔，因为他于1944年将哈特曼称为我的“权威人士”（Gewährsmann）。现在，哈尔（Hall）把哈特曼说成是“目的主义者的哲学导师”；维滕贝格尔（Würtenberger）对我含沙射影，他警告说不应当“不加批判地全盘继受”尼古拉·哈特曼的理论；克卢格（Klug）认为，从尼古拉·哈特曼的本体论出发，将故意归入构成要件之中，这是“目的主义的经典命题”；厄勒（Oehler）则主张，把故意和责任分离开来的做法，是我继受哈特曼之价值理论后产生的结果，等等。对于人们关于我的学说起源的论述，到目前



为止我一直保持着沉默，因为在学术上，重要的应当是具体命题的真理性内容，而不是其起源。但时至今日，由于具体命题本身也已经遭到了损害，而且它的一部分还受到了极大的误解，因而我认为，自己不能再继续保持沉默了。

可以确定的是，我本来没有理由为我的学说来源于尼古拉·哈特曼的哲学而感到羞愧——如果这一论断是正确的话！然而，事实并非如此。促使我提出目的行为论的动因，并非来自于尼古拉·哈特曼，而是来自于思维心理学。最近刚刚去世的哲学家里夏德·赫尼西斯瓦尔德（Richard Höningwald）曾提出过“思维心理学的基础”，我就是从中获得了第一份灵感。心理学家卡尔·比勒（Karl Bühler）、特奥多尔·埃里斯曼（Theodor Erismann）、埃里希·延施（Erich Jaensch）、威廉·彼得斯（Wilhelm Peters）以及现象学家 P. F. 林克（P. F. Linke）、亚历山大·普芬德（Alexander Pfänder）等人的著作，则为我提供了进一步的推动力。所有这些著作都出版于 1920 年～1930 年这 10 年间，它们与旧机械主义的基础心理学和关联心理学毅然决裂，并且指出心理活动具有一种并非因果和机械的运行方式。在我的第一篇论文中，我把这种运行方式说成是“具有意义意图性的”（sinnintentional），并且从思维活动的“内心”行为开始，到意志活动和意志的实现（即一直到“外部的”行为）为止，始终都在关注着这种运行方式。上述学者在其著作中，只是从思维活动的“内心”行为出发展现了这种运行方式。尼古拉·哈特曼对上述学者及其作品都毫无影响；相反，关于特定内心活动之非因果的运行方式的思想，在当时十分兴盛，并且在此期间早就成了人们共有的精神财富，哈特曼遂将之纳入自己的思考之中；只是到后来，即 1930 年以后，他才在其关于本体论的巨著中，把该思想扩展成了一种关于存在的一般分层理论。在此需要注意的是，在（20 世纪）20 年代的时候，哈特曼还仅仅被看做是一名新康德主义者，但在现象学的影响下，他转向了批判性的实在论（Realismus）。哈特曼在其《伦理学》（Ethik）和《精神存在的问题》（Problem des geistigen Seins）这两部著作中，对行为的结构进行了异常鲜明的分析。这一分析促使我在《刑

法中的自然主义与价值哲学》(Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht) (1935年)一书中,对我的思想重新加以表述,并用“目的性”(Finalität)这一更为人们熟知的词代替了“意义的意图性”这个晦涩的表达。但我在该书中曾着力强调过,在“意义的意图性”中形成的结构规律性,仍然是“目的性”的基本前提条件(Naturalismus S. 79 Anm. 67)。在尼古拉·哈特曼于1935年以后出版的多卷本《本体论》(Ontologie)中,他宏伟的体系构造——特别是在与哲学相去甚远的法理学中——更多地关注了德国哲学在20世纪30年代所处的状态(在这期间,哈特曼的作品自身因为存在主义而变得暗淡)。当今天人们要求我对关于行为目的结构的命题加以论证的时候,我只需要提请人们去参考我旧有论文中的论述,以及在该文中被引用的那些哲学和心理学文献就够了。对任何事物加以认知的方法,都可以用来进行论证;也就是说,基于内外经验的信息,以及对这些信息所作的合理(范畴的)说明,我们就可以给出论证。

有人对我关于法律中“本体论的”要素的评论提出了一些反对意见。产生这些反对意见的原因明显在于,人们不再将哈特曼的本体论看成是哲学界在20世纪所取得的成就。布鲁诺·鲍赫(Bruno Bauch)和里夏德·赫尼西斯瓦尔德的后期新康德主义[还在尼古拉·哈特曼的《知识的形而上学》(Metaphysik der Erkenntnis)之前],就对康德的“所有综合判断的最高原则”进行了强调,该原则认为,“使经验成为可能的条件,同时也就是使经验的对象成为可能的那些条件”。从这一原则出发,可以得出结论,知识的范畴也就是存在的范畴,它不是单纯的认识论的(gnoseologisch)范畴,它(主要)是本体论的范畴。该观点首先是与“本体论的”这个词相联系的(参见ZStW. 51 S. 704);它并非来源于(后来)哈特曼的“本体论”,它与旧有的(前批判的)形而上学也鲜有联系!概念应当特别为刑法学抵御何种事物的侵害,概念在刑法学中应当取得何种成就,对此我在前面提到的那篇文章(S. 704ff.)以及两年后发表的论文《论刑法中的评价》(Über Wertungen im Strafrecht) (GS 103 S. 340ff.)中均有所论述,我在此把它援引



出来：“法秩序评价的是何种本体论上的事实，它愿意用何种法律后果与之相联系，这些都由法秩序自己来决定。但是，如果法秩序想要在构成要件中对该事实加以类型化，那它就不能对这种事实本身作出改变。法秩序可以用词汇去描述该事实，可以强调其要素，但这种事实本身是对象性的个体，它是一切可能之法律评价的基础，所以也先于所有可能的法律规定而存在着。构成要件只能‘反映’这种先定的本体论素材，只能从语言和概念上对它加以勾画。但是，我们只有通过对对象性事物在本体论上的本质结构自身进行深入的检验，才能将这种语言和概念上‘反映’的内容突显出来。由此，我们可以就方法论得出以下结论，即尽管刑法学必须以构成要件为出发点……但它经常需要超越构成要件，下到先定的本体论领域之中，从而对概念确定的内容加以理解，同时……对法律评价作出正确的把握。”（GS 103 S. 346）这是一种“与存在或事物相联系的”方法；最近——即 25 年之后，我与刑法学中新实证主义的（唯名论的）倾向展开了论战，在此过程中，我对该方法又再次进行了论述（ZStW. 69 S. 634ff.）。这一方法构成了目的行为论极为重要的一个方面，我们应当用“本体论”这个词去表述它，但同时并不选择采用某种特定的本体论体系。

最后，至于说处在这一关系之中的“物本逻辑结构”，特别是对于认为行为的**目的性结构**先于刑法而存在的论断，我只需要指出一个众所周知的事实：正如法律不能要求妇女缩短孕期，在怀孕 6 个月后就把孩子生出来一样，它也不能禁止妇女流产。不过，法律可以要求妇女采取行为避免发生流产，也可以禁止妇女引起流产。法规范能够要求或禁止的，并不是单纯的因果进程，而只能是受到目的性操控的行动（即行为）或该行动的不作为。从这个——在我看来——难以否定的事实出发，就可以自然而然地得出所有其他的结论。如果我们“首先”把行为看作是一个盲目的因果进程，只是在后来（即在责任中）才为其加入行为的意志，那么法律规定的实体从根源上就会出现错误。在责任中，行为的意志只能是一个主观的附随现象，是一个“影像”，而不可能再是行为的一个构成性的要素了。

虽然在尼古拉·哈特曼的行为理论中，存在着诸多能够证实和说明我本人观点的内容，但我从一开始就反对他的价值理论，特别是反对他关于非现实的意义质量是一个独立王国的学说（参见 *Kausalität und Handlung*, ZStW 51 S. 715 ff.; *Über Wertungen im Strafrecht*, GS 103 S. 340 ff.; *Naturalismus* S. 57）。这并没有妨碍厄勒认为，我的理论之所以存在“错误”，完全是因为我继受了哈特曼的价值理论。尽管我并不赞成哈特曼的观点，但我还是认为有必要向他澄清一点，即厄勒这些奇怪的看法与哈特曼的价值理论简直是风马牛不相及。

直到今天，我的第一篇论文依然包含着目的行为论的基础。该文已经对目的行为论的实质要素作出了说明，至少已经流露出了这些内容，它对主要问题的分析甚至比我后来的任何一部著作都要详尽；同时，它还为我构思法学上的各种结论拟就了纲要（构成要件论，责任论，错误论）。假如我后来能更频繁地援引这篇论文的话，或许能够避免出现某些误解。面对这样一种情况，维滕贝格尔目前提出了“体系性思考的生命力并不持久”（*Kurzlebigkeit der Systemgedanken*）的说法，该说法正好是涉及我的。对此，我至多只能给出不充足的说明。不过，当完善某个体系的工作只进行了30年的时候，我们还不可能立即正确地得出法学上全部的结论；非常遗憾，凡是参与从新的事物认知中发展出一个崭新体系的人，都必须冒这样的风险。如果有人因此而对作者提出非难的话，那么古希腊人将会用这样一个神话来反驳他，即只有雅典娜才是身披铠甲、完美无缺地从宙斯的头颅中一跃而出诞生到了世界上。*

说到本书的新版，我可以继续重复我在本人的教科书第七（十）版前言中的论述。基于以下两个理由，此次修订工作的重点仍然是过失犯：首先，在最近的30年间，交通事业的迅猛发展导致过失犯罪的数

* 根据希腊神话，雅典娜是天神宙斯和慧心女神墨蒂斯所生之女。墨蒂斯在临产前对宙斯说，将要出生的孩子必将比宙斯更为强壮和聪明。宙斯害怕孩子降生后会危及自己在奥林匹斯山的统治地位，便一口将墨蒂斯吞入腹中。不料，宙斯突然感到头痛欲裂，遂让火神赫淮斯托斯用斧子劈开自己的脑袋，这时身披铠甲、光彩照人的雅典娜从宙斯的头颅中蹦了出来。韦尔策尔在此援用这一神话，意在强调，任何理论都不可能在诞生之初就完美无缺，而必须经历漫长的发展和完善过程——译者注。



量出人意料地大幅增加，过失犯也由此获得了前所未有的重要实践意义；其次，针对目的行为论的批判，恰好就集中在过失犯教义学之上。尽管目的行为论的反对者们目前承认，“对于故意来说，目的性是法律上具有决定性意义的要素”[施罗德（Schröder）]，但他们始终还是认为，或许可以把过失犯从目的行为论中抽取出去。他们的结论似乎不难理解：因为在过失犯中，结果不是被目的性地引起，故目的行为论在此必将遭遇失败。但这一结论赖以成立的前提是，对于过失犯来说，结果是起决定性作用且唯一的不法要素。但这两点既未得到证实，同时也并不恰当。假如这个前提是正确的，那么任何一个行为——包括最为合理和“在交往中最为正确”的行为，只要它引起了某个符合于构成要件的结果，就必然是违法的。在这一点上，恩吉施（Engisch）早在30年前就已经发现了因果行为论存在着“窘困和不确定性”。正如他写道的的那样，这是因为因果行为论没能把第三个本质要素纳入其犯罪概念之中，该要素处在客观的结果引起和主观的预见可能性之间，而且一旦行为遵守了所要求的外部注意，该要素随即就会出现（Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 277）。这就清楚地表明，过失犯的本质的不法要素不是被引起的结果，而是所为之行为的实施方式：关键的问题在于，这种实施方式是否遵守了在交往中必要的注意。对于过失犯来说，行为无价值已经足以从实质上建立起完整的不法，至于说已经出现的结果，其作用仅仅是从是否具备值得处罚性的角度出发，对行为无价值进行“遴选”（Auslese）而已（Engisch, a. a. O. S. 342 就已经持同样的观点了）。这样一来，得到实施的行为，即具体的目的行为操控所具备的具体属性，也就成了过失犯在法律上所具有之重要意义的核心。正如在故意犯中，未遂是使因果行为论归于失败的险滩一样，在过失犯中，根据客观的注意来加以确定的行为无价值，也是因果行为论遭遇挫败的滑铁卢。

对于过失犯而言，最为重要的实质性问题在于，法律仅以暗示的方式透露出了构成要件的行为，我们怎样才能查明这一行为的内容；而不在于因果关系（即结果的引起），也不在于责任。本书的新版力求突出

方法论的视角，法官依据这一视角就能弄清法定构成要件未能作出完整表述的那些构成要件行为的内容。这样一来，本书就在过失犯中也完全贯彻了目的行为论的基本思想，即行为无价值是“犯罪至关重要且必不可少的无价值质量”[诺瓦科夫斯基 (Nowakowski)]。鉴于阿明·考夫曼最近出版了一部论述极为深入的专著《不作为犯教义学》(Dogmatik der Unterlassungsdelikte) (1959年)，该书已经使目的行为论的结论在不作为犯中也得到了贯彻，故本书的这一版更有理由维持原来的做法，将论述仅局限于作为犯 (Handlungsdelikte)。

汉斯·韦尔策尔

1960年圣诞节于波恩

缩略语一览表

BGH=Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen.

BGH (Z) = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.

Bayer. ObLG= Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts.

Binding, Hdh. =Binding: Handbuch des Strafrechts 1885.

BverfG=Bundesverfassungsgericht.

DAR=Deutsches Autorecht, hg. v. Allg. D. Automobil-Club.

DJ=Deutsche Justiz.

DR=Deutsches Recht.

DRZ=Deutsche Rechtszeitschrift.

DRiZ=Deutsche Richterzeitung.

DStR=Deutsches Strafrecht.

Dohna, Aufbau=Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Auflage 1941.

Dreher, Bericht = Probleme der Strafrechtsreform; Berichte über



die Tagungen der Großen Strafrechtskommission; Bundesanzeiger.

Enn.-Nipperdey = Enneccerus-Nipperdey, Der Allg. Teil d. Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959/60.

Floegel-Hartung = Floegel-Hartung, Straßenverkehrsrecht, 12. Auflage 1959.

Frank = Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 18. Auflage 1931.

Frank-Festg. = Festgabe für R. Frank. 1930.

Gerland = Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. 2. Auflage 1932.

GA = Goltdammers Archiv für Strafrecht.

GS = Gerichtssaal.

GrS = Großer Senat.

Gutachten = Materialien z. Strafrechtsreform, 1. Bd., Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954.

HES = Höchststrichterliche Entscheidungen in Strafsachen.

Hippel = v. Hippel, Lehrbuch des Strafrechts. 1932.

Hippel I, II = v. Hippel, Deutsches Strafrecht. Bd. I. 1926. Bd. II, 1930.

Hirsch, Neg. Tatbestandsmerkmale = H. J. Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960.

HRR = Höchststrichterliche Rechtsprechung; Ergänzungsblatt z. DJ.

JMBI NRW = Justizministerialblatt für Nordrhein-Westfalen.

JR = Juristische Rundschau.

JT-Festschr. = Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschr. z. Deutschen Juristentag 1960.

JW = Juristische Wochenschrift.

JZ = Juristenzeitung.

Kaufmann, Normentheorie = Armin Kaufmann, Lebendiges und

Totes in Bindings Normentheorie, 1954.

Kaufmann, Unterlassungsdelikte=Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959.

KG=Kammersgericht.

Kohlrausch-L. =Kohlrausch-Lange; Strafgesetzbuch. 42. Auflage 1959.

LK = Das Reichsstrafgesetzbuch. Erläutert von Ebermayer-Lobe-Rosenberg. 4. Auflage 1929. (Leipziger Kommentar); 6. Auflage 1944. (§ § 1 - 151); 6. u. 7. Auflage 1951 u. 1953; hgg. von Nagler, Jagusch, Mezger; 8. Aufl. hgg. von Jagusch u. Mezger.

Liszt-Sch. = v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 26. Aufl. 1932. Der Besonderer Teil zitiert nach der 25. Aufl. 1927.

LM=Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH.

Maurach, AT; BT = Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil, 2. Aufl. 1958; Besonderer Teil, 3. Aufl. 1959.

Mayer= Hellmuth Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 2. Aufl. , 1953.

Mezger=E. Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Auflage 1933.

Mezger I = Mezger, Strafrecht, ein Studienbuch. Allg. Teil. 9. Aufl. 1960.

Mezger-Festschr. =Festschrift für Edmund Mezger, 1954.

MDR=Monatsschrift für deutsches Recht.

MonKrimBi=Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform.

Niederschriften = Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bonn, 1956—1960.

NJW=Neue Juristische Wochenschrift.

OGH = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs f. d. Britische Zone.



Olshausen = J. v. Olshausens Kommentar zum StGB. 11. Auflage 1927; 12. Auflage (bis § 246) 1942.

Probleme = Probleme der Strafrechtserneuerung (E. Kohlrausch zum 70. Geburtstag 1944).

RG=Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

RG. Rspr. =Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.

RG (Z) =Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

ROW=Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internatinala Rechtsprobleme.

SchlHA=Schleswig-Holsteinischer Anzeiger.

Schönke-Schr. =Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 9. Auflage, 1959.

SchweizZ=Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.

SJZ=Süddeutsche Juristenzeitung.

VDA; VDB = Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts; Allg. Teil bzw. Bes. Teil.

VRS = Verkehrsrechtssammlung. Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts.

Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme=Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre. 1953.

Weber, Gr. =H. v. Weber, Grundriß des deutschen Strafrechts. 1948.

ZAk=Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.

Z=Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

目 录

第一章 行为概念	1
一、行为的基础构造	1
二、刑法规范以内的行为	6
三、不同的学说：因果的行为概念	7
第二章 刑法中不法的构成要件符合性与违法性	20
一、规范、构成要件和违法性	20
二、作为无价值判断的违法性；违法性与不法	23
三、关于构成要件概念的教义学史	25
四、对违法性的认定	30
第三章 故意犯的不法概念	36
一、故意犯构成要件不法概念的教义学发展	36
二、人的不法概念	39
第四章 过失犯的不法概念	41
一、构成要件	42
二、违法性	50



第五章 责任在犯罪构造中的地位	51
一、违法性与责任	51
二、责任与意志；作为可谴责性和作为价值概念的责任	52
三、新教义学中规范责任概念的发展	54
第六章 责任非难的存在前提：意志自由与归责能力	57
一、意志自由的问题	58
二、归责能力（责任能力）	66
第七章 责任与人格	69
第八章 可谴责性的要素	73
第一节 可谴责性的智识性要素	74
一、作为可谴责性要素的对构成要件实现的认识以及 认识可能性	74
二、对违法性的认识可能性	76
第二节 可谴责性的意愿性要素：服从法律的期待可能性	97
一、过失犯中的期待可能性	98
二、故意犯中的期待可能性	99
第三节 作为刑罚前提条件的可谴责性	103
附录 纪念汉斯·韦尔策尔一百周年诞辰	104
徘徊在“个人”与“社会”之间——译者后记	119

第一章 行为概念



一、行为的基础构造

Welzel, ZStW 51 S. 703ff. ; 58 S. 491; N. Hartmann, Ethik, 3. Auflage, S. 191ff. .

人的行为是对目的活动的执行。因此，行为是“目的性的”，而不是纯粹“因果性的”事件。行为之所以具备“目的性”或者有目的性(Zweckhaftigkeit)，其根据在于，人能够按照他对因果关系的认识，在一定范围内预测其活动可能造成的结果，在此基础上设定不同的目标，并且有计划地引导其活动朝着实现该目标的方向发展。由于他预先就对因果事实有所认识，故他能够对其活动的具体行动加以操控，即，把外在的因果事件引向目标的实现，从而使该事件处在目的性的决定(überdeterminieren)之下。目的性的活动是被人有意识地引向目标的一种作用，而纯粹的因果事件则不受目标的操控，它是由各种现存之原因要素偶然引起的结果。因此，目的性——形象地说——是“注视着”的，而因果性则是“盲目的”。

为了说明这个问题，我将谈到谋杀与致人死亡的雷击这两者间的区



别：就谋杀来说，所有具体的行动，包括购买武器、埋伏、瞄准、扣动扳机，都受到行为人预期之目标的引导；但就雷击而言，死亡结果完全是现存的原因要素盲目引起的结果。

由于目的性的基础是意志能力，即在一定范围内对因果介入事实产生的后果加以预见，进而有计划地操控该因果介入事实朝实现目标的方向发展的能力，故具有目标意识的、引导因果事件发展的意志就构成了目的行为的支柱。正是操控性的因素对外在的因果事件进行了塑造（überformen），并由此使它成了受目标引导的行为；如果没有这种操控性的因素，那么行为的事实结构就会归于毁灭，行为也会沦为盲目的因果进程。因此，作为从客观上对现实事件进行塑造的因素，目的性的意志属于行为的一个组成部分。

1. 行为的目的性操控是通过两个阶段来得以贯彻的，这两个阶段在简单的行为中相互交融。

(1) 第一阶段完全是在思维领域展开的。它开始于

1) 预先提出（在前设定）行为人希望实现的目标。接着——从目标出发——

2) 挑选为达到目标所必要的行为手段。在此，行为人根据他对于因果事实的认知，从目标出发反向地确定为实现目标所必要的因果要素，以及他能够借以使整个因果序列运转起来的身体运动（行为手段）。我之所以说这种思维过程是“反向的”，是因为目标已经确定，而且行为人正是从该目标出发将必要的因果要素遴选出来作为行为的手段。

故此，被选中作为手段的那些因果要素，从一开始就与作为被追求之目标的其他作用联系在了一起。被投入运转中的因果要素会产生众多作用，而目标始终都只是这些作用中的一小部分。因此，行为人在选择行为手段时还必须

3) 对那些在目标实现以外、与预计需要的因果要素相联系的附随结果也加以考虑。于是，这种思维过程就不再是从目标出发反向地进行，而是先行从被遴选为手段的因果要素出发，朝该要素引起或可能引起的作用方向进行。在此，对附随结果的考虑能够促使行为人对现已选

定的手段加以限制，或者挑选出阻止附随结果发生的附加性的反作用要素，或者控制行为朝避免附随结果发生的方向发展。这样一来，以目标的实现为导向的行为意志也就同时指向了对附随结果的避免。另外，对附随结果的考虑还可能导致行为入将附随结果的实现也一并纳入其行为意志中，这要么是因为他在使用该行为方法时认为附随结果确定会发生，要么是因为他估计到该结果有可能发生。在这两种情形中，目的性的实现意志都同时包含了附随结果（对此，参见 Lehrbuch § 13 I 2）。

（2）根据他在思维上对目标的设定、对行为手段的选择以及对附随结果的考虑，行为入将其行为在现实的世界中付诸实现。他依照计划将选定的行为手段（因果要素）投入使用，该手段引起的结果既包括目标，也包括被纳入即将实现之总体当中的附随结果。

来自《联邦最高法院刑事判决》第7卷第363页（BGH 7 363）的例子：A和B意图先使X失去反抗能力，然后再对其实施抢劫。关于为此所使用的手段，他们首先考虑的是用皮带缠住被害人的脖子。但由于二人估计到这种行为可能导致被害人被勒死，而他们又想避免这种结果的发生，故放弃了这一方法，转而选择用一个小沙袋将X弄晕。这样，两人首先就开始实施这一行为；该行为的实现既指向对目标的达成（赃物），又指向对附随结果（X的死亡）的避免。但是，当沙袋未能使X昏厥过去时，行为入又启用了第一种方法：他们勒住X，直到他失去知觉，然后又把皮带扣住，紧紧绕在X的脖子上；与此同时，二人将所获的赃物打包在一起。当他们把皮带松开的时候，X已经窒息死亡。由于两名行为入原先的计划表明，他们已经预计到使用皮带可能出现死亡的结局，故二人实现该犯罪形态的意志也延伸至与之相联系的附随结果。在此，行为入起先是操控着行为，试图使它在避免X死亡的情况下实现目标，但他们后来又对此作了改变，把可能出现的附随结果作为达到目标而实现之整体结果的一部分，并将之纳入他们的实现意志当中去。

目的性操控的第二阶段是在现实世界中进行的。该阶段是一种存在于现实当中的因果过程，它受思维领域中“对方法与目的之确定”的决



定。只要目的性的决定在现实世界中未获成功，——例如，结果基于某种原因没有出现，那么相关的目的行为就仅仅属于未遂。

2. 在此需要注意的是，只有当某种结果的实现处于目的性操控的延伸范围之内时，才能认为该结果是被目的性地引起。对于目的和手段来说，这一点始终都是确定的；而对于附随结果来说，则只有当行为人估计到该结果会出现，进而将之一并纳入其实现意志当中时，才能肯定这一点。至于所有其他没有被目的性实现意志包含的（附随）结果，由于行为人未曾想到它们，或者相信它们不会发生，因而都仅仅是因果地被引起。

护士在毫不知情的情况下向病人注射了一支药性过强的吗啡针剂，由此引起了死亡结果。尽管她实施了一个目的性的注射行为，但却并未实施目的性的杀人行为。如果某人为了练习枪法而朝一棵树开枪射击，但由于没有察觉树后站着一个人，故导致该人死亡，那么他虽然实施了目的性的射击练习，但却并未实施目的性的杀人行为——在这两个案件中，都是由目的行为以盲目的方式因果地引起了行为人无意造成的结果（死亡）。

所以，我们不能把目的性和纯粹的“任意性”（Willkürlichkeit）混淆起来。“任意性”指的是，一个身体运动及其结果来自于某种意志的举动，至于该举动究竟指向何种结果，在所不问。从这个意义上来说，如果我们在上述两个案例中从思维上把护士和射手的意志内容加以抽象化，那么也可以认为，他们实施了“任意性的活动”。但如果我们想超越纯粹任意性的（抽象的）要素，从行为具体的、具有确定内容的性质出发去理解它，那就只有与行为人所意图实现的某个特定结果联系起来，才有可能做到这一点。护士的意志活动只有在涉及注射行为的情况下，才具有目的性；射手的意志举动也只有涉及击中树木这一事实时，才具有目的性。但是，一旦涉及杀人，则两者都不具有目的性。与行为人意图实现的特定结果相关联，这一点对于目的性来说至关重要；如果没有这种关联，那就只剩下了任意性的要素，而该要素是无法对具有确定内容的行为作出说明的。

梅茨格尔 (Mezger) 在其所著的 LK. (8) S. 8 中明显将任意性和目的性这两者混淆在了一起。关于任意性的概念, 参见 Mezger 109 Anm. 13。某个身体运动及其结果可以是“被任意地, 即通过意图来得以引起, 但结果却并不是行为人想要的内容……被意图引起的是身体运动和所有其他的结果”, 至于说行为人想要和不想要的内容是什么, 在所不问!

因此, 实际上并不存在“本来的”或“抽象的”目的行为, 而只存在与实现意志所设定的结果相关联的目的行为。与特定的、有意设定的结果存在此种关联, 是“建造”“书写”“杀害”“伤害”等目的行为在意义内容上的特征所在。在此, 对于目的行为的意义内容来说, 不管有意设定的结果在整体的行为结构上正好是指被期待的目标, 还是仅仅是指所使用的手段, 抑或甚至是指单纯被纳入实现意志中的附随结果, 都无关紧要。不仅当死亡就是意志活动的目标时, 而且当死亡是实现其他目标的手段 (例如为了继承遗产而杀人), 或者死亡是被一并纳入实现意志中的附随结果 (例如在上述案件中, 使 X 窒息而死) 时, 目的性的杀人行为都是存在的。所以, 一个目的行为可能因为它与多个被有意设定的不同结果都存在关联, 所以具有多重的行为意义。于是, 上述案件中的行为, 当它与行为人追求的目标相关联时, 属于对财产权的侵害; 当它与行为人所使用的手段相关时, 则属于对自由的剥夺; 当它涉及为实现目标而一并引起的附随结果时, 又属于杀人行为。

当然, 目的性的操控也包括对行为的外部实施本身, 故目的性操控的“结果”可能仅仅表现为纯粹的活动。骑马、体操、跳舞、滑冰等活动, 和淫乱、宣誓等行为一样, 都是受目的操控的活动。此外, 由于持久的练习, 我们许多身体动作的进行都已经处在下意识的状态中, 这一点不仅丝毫无损于行为的目的性操控, 而且恰恰相反, 它是支持行为处于目的性操控之下的依据; 尽管我们不再像幼儿那样需要对自己的每一个步伐都加以操控, 但散步同样是一种受目的性操控的活动 (对此, 参见下文第 72 页)。

— 上文对于目的性操控所作的分析涉及的是对意志实现的操控 (行为



操控)。应当与之相区别的是对意志形成的操控（动机操控），对此，参见下文第 60 页以下。

二、刑法规范以内的行为

人的行为的目的性结构，对于刑法的规范来说完全具有基础性的意义。法规范，即法的禁止或要求，不可能指向盲目的因果进程，而只能指向那些能够以目的为导向塑造未来的行为。规范只能对一个目的性的举动加以要求或禁止。以规范禁止或要求的行为为标准，我们可以将规范分成不同的种类。

1. 最重要的一类规范涉及的问题是，行为人意图通过其行为实现什么东西。该类规范禁止人们去实施一种行为，该行为的实现意志以引起某种在社会中不受欢迎的状态或事件（=“结果”）为指向，这种结果可能是诸如杀人、身体伤害、放火、鸡奸之类行为的目标、手段或者附随结果。这类行为就是故意的作为犯。在该类犯罪中，目的性地引起某种社会中不受欢迎的结果，这虽然受到禁止，但却得到了实现。

2. 第二类规范涉及的则是对行为手段的选择和运用，而不论行为人通过该手段意图实现的目标是什么。当行为人选择和运用行为手段时，这种规范要求他的目的性操控必须符合某种最低限度的要求，即必须给予“在交往中必要的注意”（im Verkehr erforderliche Sorgfalt），从而避免行为引起违反其意愿的、在社会中不受欢迎的附随结果。例如，若某人正在驾驶汽车或者擦洗窗户，则他所实施的行为并非以社会上不受欢迎的结果为其指向。然而，法秩序要求行为人在操控这类行为时，也应当给予“在交往中必要的注意”，从而避免发生不受欢迎的附随结果（例如对路人造成伤害）。如果行为人在行为时无法符合注意义务，那么法秩序就禁止他实施该行为。这种行为就是过失的作为犯。在该类犯罪中，虽然法秩序要求行为人在进行目的性操控时必须符合交往中最低限度的要求，以期避免发生不受欢迎的结果，但该要求并未得到

实现。

关于过失犯罪的规范，参见 Kaufmann, Normentheorie 284f.。

3. 第三类规范要求行为人必须实施阻止发生社会上不受欢迎之结果的行为。若行为人实施了被要求的行为，则他符合该规范；若行为人没有去做被要求的行为，那他就违反了该规范。对此，参见 Lehrbuch §§ 25-27。

三、不同的学说：因果的行为概念

这是在 19 世纪末取得统治地位的理论：Beling, Grundzüge; Radbruch, Handlungsbegriff, 1904; von. Liszt, Lehrbuch; Übersicht bei Mezger, 108; I 47ff.; Schönke-Schr., Vorbem. II. ——关于对该理论的批判，参见 Welzel, Z. 51 703f.; 58 491f.; von. Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, Gr. 54f.; Maurach, AT. 126ff. ——关于目的行为概念的争论，参见 Engisch in Probleme, 141f., dazu die 2. Aufl. 24f.; Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; jetzt: Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 151ff.; dazu Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949; R. Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, dazu Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; Gallo, la Teria dell' azione finalista, 1950; F. Grispigni, Diritto penale italiano (1950), II 299ff.; dazu Welzel, Rivista italiana di diritto penale, 1951; Santanmaria, Prospettive del voncetto finalistico di azione, 1955; Rodriguez Muñoz, La doctrina de la accion finalista (Anales de la Universidad de Valencia, Bd. 27, 1953/54); dazu Welzel, JZ 56 316; Niese, JZ 56 457; Nowakowski, JZ 58 335, 388。



1. 因果行为论

受到 19 世纪后期自然科学领域中机械论思潮的影响，刑法学领域在同一时间里产生了一种理论，它将行为分割成两个不同的组成部分：一个是外在的（“客观的”）因果事件，另一个则是“单纯的”主观意志内容。据此，“行为”应该是纯粹的因果事件，它由意图（“意志冲动”或“神经支配”）所引起，并出现在外部世界中，在此不考虑行为人究竟是想要实现该事件，还是仅仅能够预见到该事件（=意志内容）。

正如拉德布鲁赫（Radbruch）（1904 年）所写到的那样，“我们应当采用这样一种行为的观念，它只要求意志必须对行为具有因果性，而将关于意图内容的问题全部分配给责任，故这种行为概念所指的为行为，并非以某种方式特定下来的身体运动，而只是以某种方式（即通过一个有意识的意志举动）被引起的身体运动”（Radbruch, Handlungsbegriff, S. 130）。据此，行为就是所有通过某个任意的活动引起的身体运动，这里的“任意”指的是“一切不受机械和生理因素强制的、由观念所激发的”举止（von Liszt, Lb. § 281）。“单纯的意志冲动”也应当被视为“意图”，这种意志冲动“在生理学上被定义为神经支配，而在心理学上则被定义为一种意识过程”，“我们正是通过它设定了原因”（von Liszt, a. a. O.）。梅茨格尔（1932 年）用以下文字对这种见解作了总结：“刑法中行为论所要考察的问题仅仅是，行为人的意图究竟引发了什么，意图产生的‘作用’究竟是什么。所有这些作用都是行为的组成部分。至于这种作用是否以及在多大范围内同时也是行为人之意识和意图的内容，该问题在此毫无意义……这个问题和行为概念没有任何关系……只要能认定，行为人有意识地实施了举动，那就足以判定行为的成立。至于他究竟想要实现什么，在此无关紧要；只有对于责任的问题来说，意志的内容才有意义”（Mezger, S. 108f. 他的意见与 Beling, Grundz. § 14 和 Radbruch, Handlungsbegriff, S. 129 是一致的）。但是，意志的内容仅仅是存在于行为人内心的、关于外在因果事件的主观“影像”（Mezger, Moderne Wege, S. 27）。

起初，李斯特（Liszt）曾完全从自然主义的角度出发，把行为看作是“一种在感性上可以被察觉的、对外部世界所作的实质性改变，即便这种改变还不太显眼”。例如，他把侮辱行为理解成引起空气流动，并使神经受到刺激的过程（Lb [2. Aufl.] 107）。也参见 Kitinger, Ort und Zeit im Strafrecht, 70。即便是通说也已经抛弃了这种极端的自然主义，通说把行为理解成存在于社会现实中的因果性改变。所以，为了避免引起误解，我们最好不要提“自然主义的”行为概念，而应当提“因果的”行为概念。

2. 对因果行为论的批判

因果行为论的根本性错误在于，它忽视了操控性的意志所具有的构建行为的功能。不仅如此，它甚至还摧毁了这一功能，使行为变成了一种单纯由某个随意的意志活动（“任意活动”）所引起的因果事件。该理论没有认识到，任何行为都是一种（或多或少正在取得成功的）成果（Leistung），人的意志利用这种成果对因果事件进行了塑造，即操纵和引导。意志的内容对某个意志行动可能造成的结果进行思维上的预测，并根据因果方面的知识按计划对外部的事件过程加以操控；这种意志的内容成为外部因果事件在行为人内心的单纯“影像”（Spielbild）。因此，因果行为论完全颠倒了意志和行为之间的关系。如果我们对行为从未遂到既遂的发展进程加以关注，那就会特别清楚地发现这一点。因果行为论在界定未遂的概念时就已经归于失败。因为，未遂并不是缺少结果的单纯因果过程，而是以预先设定之结果为追求目标的行为，所以意志内容就是该行为的一个基本组成部分。我们除了把杀人未遂界定为行为人以杀死某人为目标的行为之外，还能怎样定义它呢？即使对外部行为的意志操控导致了结果的发生，意志在行为中所具有的功能也不会因此而有任何改变。如果说在未遂中，意志的内容是行为的必要组成部分，那么即便结果出现了，它也依然是行为的必要组成部分。无论我们对行为作怎样的因果解释，都不能改变这一事实。

因果行为论无法对这一论据提出任何反驳。即便是梅茨格尔现在也



承认，“无论是在未遂还是在既遂中，决意都属于行为的构成要件（Handlungstatbestand）”（LK [8.] S. 15）。但是，他还是否认意志的内容属于（所谓与行为构成要件相区别的）“不法构成要件”（Unrechtstatbestand）。对此，参见下文第 38 页。

因此，因果行为论无法成为具有充实内容的社会的行为概念，也即，它不能说明，一个杀人行为、取得占有的行为、胁迫行为、欺骗行为，等等，它们从社会的意义上来说究竟是什么东西。该理论把行为界定为任意的举动以及随后出现的因果过程。但是，由于任意活动所引发的因果性后果（同所有的因果过程一样）原则上来说都是漫无边际的，因而这种行为概念的内容同样是漫无边际的：即便是生育谋杀犯的行为也是杀人行为，因为它就是一个对后来某人的死亡具有原因力的意志活动。对此，埃伯哈德·施密特（Eberhard Schmidt）（Frank-Festg. II 119）已经完全正确地作出了结论。只有借助行为与某个受到期望的特定结果（作为目标、手段或者附随结果）之间的目的性关联，我们才能确定，“杀人行为”“取得占有的行为”“胁迫行为”和“欺骗行为”究竟是什么；也唯有如此，我们才能获得一个具有特定内容的社会的行为概念。

如今，当有人用“社会”行为论来对抗目的行为论的时候，他们似乎忘了，将行为理解成某种社会现象，从一开始就是目的行为论的主要宗旨所在。但是，我们只有在目的行为论的基础上，才能把行为理解成一种社会的现象。我所著的《刑法体系研究》（Studien zum System des Strafrechts）[Z 58 (1938), S. 494ff.] 一文对此有详细论述；另参见 Gallas, Z 67 14, Anm. 40a.。

因果行为论从错误的起点出发，在犯罪论中进一步得出了一些影响深远的结论：

(1) 在故意犯罪中，该理论忽视了以下这一点：“故意”是目的性实现意志的一种下位表现形式，即它是关于“某个法定构成要件之事实情况”的目的性实现意志，所以故意作为行为的要素已经是构成要件行为的一个组成部分了，构成要件行为是由客观（外部）要素和主观（内

心)要素共同组成的。因果行为论把故意从构成要件中剥离出来,并将其置于责任之中,这样一来,它就不仅撕裂了客观和主观构成要件的内在统一性,而且撕裂了主观的构成要件本身。因为,自从人们承认存在主观的不法要素以来,尽管因果行为论在构成要件中保留了某些主观要素(目的、倾向),但如果没有故意的话,这些要素在构成要件中就会处于悬空状态(见下文第37页以下)。

如果离开了关于财物之他人性的故意,那么刑法典第242条中的非法占有的目的又怎么可能存在呢?《联邦最高法院刑事判决》第5卷第47页(BGH 5 47)的错误判决就特别令人印象深刻地表明,如果我们把故意剥离出去,那么窝藏赃物罪构成要件的内在整体性和意义内容是如何遭到破坏的。对此,参见 Welzel, JZ 54 128。

在违法性中,因果行为论忽视了一点,即违法性的对象并非纯粹的外部因果过程(特别是法益侵害),而是由客观和主观要素所组成的整个行为。所以,因果行为论无法合理地将主观不法要素融入到违法性论之中,也无法对违法性中“主观的和人的”要素作出解释(见下文第36页以下)。

关于因果行为论在共犯论和责任论中得出的错误结论,见下文第79页以下和 Lehrbuch § 16 I 2。

(2) 因果行为论也无法正确地解释过失犯罪,尽管它长期以来都将过失犯视为其“专属领地”:因果行为论没有认识到,过失行为中具有刑法上重要意义的部分,并不在于由某个任意活动所引起的结果(例如, Mezger I [4.] 45 就是这么认为的),而是在于错误的行为,即不在于结果无价值,而在于行为无价值。我们通过一个例子就能很快说明这一点:

A 和 B 分别驾驶着汽车相向行来,两车在一个视线不佳的转弯处相撞,A 和 B 均因此而负伤。在本案中,虽然两人都通过一个任意的举动(驾驶汽车)给对方造成了伤害,但对于过失来说“具有重要意义的”,并非单纯引起对方伤害的事实,而是 A 和 B 所实施之行为的特殊性质。如果 B 在驾驶时保持在道路的右侧,而 A 却从左侧“抢道”进入视线



不佳的转弯处，以致与 B 相撞，那么尽管 B 的行为对 A 受伤的结果具有原因力，但对于过失犯来说，只应考虑 A 的行为。A 的行为是违法的，因为他在驾驶时并未遵守交通领域中必要的注意义务。而基于相反的理由，B 的行为则是合法的。这就表明，即便是过失犯，其具有决定性意义的不法要素也存在于行为无价值而非单纯的结果无价值之中，结果无价值只具有附加性（以及限制性）不法要素的意义。这也证明，因果行为论不足以对过失犯罪中具有决定性意义的不法要素作出解释，因为：如果我们把上述行为仅仅看成是两个由任意活动所引起的因果事件，而不考虑对该事件的具体操控，那又怎么能指望在这两个行为中发现对于行为价值或者行为无价值起决定性作用的视角呢？因此，按照因果行为论的逻辑，就必然会得出一个奇怪的观点，即在上述案件中，A 违法地引起了 B 身体伤害的结果，只是（因为没有违反注意义务而）被排除了责任。恩吉施（1930 年）早已指出了因果行为论的这种“窘困和不确定性”，它必然会导致“所有任意引起结果发生的举动，只要它没有被特别地正当化，都应当被视为符合于构成要件”的情况（因此，这绝不是像人们目前试图认为的那样，是目的行为论所作的一种曲解！）。参见 Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, S. 277f.。

恩吉施同样也已经察觉到，通行的过失犯论缺少“一个极为重要的第三要素”，该要素存在于条件关系和责任之间。因果行为论为了避免得出那种奇怪的结论，就在条件关系中发展出了“被容许的风险”（das erlaubtes Risiko）的理论，根据该理论，A 的行为因为成立“被容许的风险”而具有合法性。这一理论只能证明本书所持学说的正确性，因为：尽管存在引起结果发生的事实，但引起结果的行为具有某种特殊的方式和方法，它正是以这种方式和方法，在遵守谨慎规则的情况下去追求实现不可或缺的、在社会上受到欢迎的目的，故该行为是合法的！一旦传统理论认为处在被容许风险下的行为具有合法性，那么它就已经迈出了从结果无价值转向行为无价值的第一步（就故意犯罪而言，一旦传统理论在未遂中承认犯罪决意是一个主观的不法要素，那么它也走出了

同样的一步)。随着我们发现了行为无价值的意义,行为也就成了过失犯罪的中心,因为对行为价值或行为无价值的判断,完全取决于行为具体执行方式的属性!对于过失犯来说,起决定性作用的行为无价值存在于以下事实之中,即行为人对行为所实施的现实操控,与法律所要求的举止之间并不协调。

在面对——用于和行为人现实实施的目的行为作比较的——被要求的举动,即在面对遵守了“交往中必要的注意”的举动时,因果行为论更是显得束手无策。在具体情形下究竟何种举动是被要求的(“合理的”或“符合注意的”),对这个问题的判断和关于行为人实际上实施了何种行为的判断一样,都属于法官的任务(参见 OLG Celle, NJW 55 1772)。但如果法官仅仅把“行为”理解成一种由任意活动引起的因果事件,而不是将之理解成一种受意志操控和引导的事实,那他又如何能对被要求的举动作出认定呢?

只要我们认为,在过失犯中起决定性作用的不法要素存在于行为无价值之中,那么即便在过失犯领域内,因果行为论也会败下阵来。

关于总体情况的论述,参见 Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* (Schriftenreihe d. Jur. Studienges. Karlsruhe, 1961)。

3. 因果行为论针对目的行为论提出的反对意见

上文的论述已经驳倒了因果行为论针对目的行为论所提出的大部分反对意见。还有一些早前出现的反对意见,其中一部分建立在明显误解的基础上,对此可以参见本书早先的版本。

新近出现的批判是朝着两个方向展开的:

(1) 目的行为论“以一种完全无法理喻的方式”对传统理论进行了歪曲,从而对因果行为论的宗旨作出了错误的判断。实际上,传统理论从未否认目的性是人之行为的本质要素,而是把目的性作为该理论中任意性这一概念的基础(Nowakowski, JZ 58 393; 相似的论述参见 Mezger, *Rittler-Festschr*, S119f.)。

在上文中,我从因果行为论最重要的纲领性著作中选择引用了少量



文献，它们已经足以反驳上述责难。即便在这些文献所处的时代，人们对它们就是这样来理解的，阿道夫·默克尔（Adolf Merkel）（Lehrbuch, 1889, S. 28, 71; Merkel-Liepmann, Lehre v. Verbrechen und Strafe, 1912, S. 25, 86ff.）和 M. 李普曼（M. Liepmann）（Einleitung in das Strafrecht, 1900, S. 59）的批判已经令人印象深刻地证实了这一点（只不过由于当时责任论所处的状态，这些批判在彼时还无法获得赞同）。事实上，今天有人试图从当下回溯到过去，在早先的行为概念中掺入某些内容，而这些内容在那时已经被因果行为论小心翼翼地剔除出去。例如，梅茨格尔现在已不再将行为所不愿引起的结果也归入“任意性”的概念之下了，但这并不是对他在其教科书（Lb. 109 Anm. 13）中所作之论述的解释，而是对它的彻底颠覆（也见前文第 5 页）。

假若我们至少在结论上是一致的，即不论我对因果行为论的描绘是对还是错，大家都承认，我所描述的那种因果行为论已经归于失败；那么，我对于认为本人对因果行为论有所误解的责难，原本大可泰然处之。但遗憾的是，诺瓦科夫斯基（Nowakowski）在提出他机敏的批判时所展开的重要论述却说明，事实并非如此。他写道：“即便提到任意性，它实际上也是指，行为是受意志引导和操控的。不予考虑的，仅仅是这种引导所具有的目标性观念。”（JZ 58 391）在此，后一句话与前一句话相互矛盾：“对行为加以引导和操控”，但又不考虑目标性的观念，这和“失明的盲人领路者”这个说法一样，都存在自相矛盾之处。唯有从“目标性的观念”出发，我们才有可能对行为加以引导；只是，我们在此必须注意，预测属于“目标性的观念”，但它不仅限于对行为最终目标的预测，而且包括对为实现目标所必须实施之具体活动的预测！如果我们起先暂且不考虑目标性的观念，即仅仅是盲目地对行为展开探讨，只有在“后来的责任范畴中”，才把目标性观念引入行为之中，那么这种做法对目标性观念的考察时间同样显得过晚，它使得目标性的观念成为单纯的“影像”，或者成为某个盲目因果事件的事后观察者。但这正是因果行为论的核心所在，目的行为论从一开始就强调指出了这一点，并与此进行了斗争。

如果我们在判断“根据目标性的观念对行为加以引导和操控”这一点的时候，不仅考虑最终的目标，而且考虑中间性的目标，即在行为执行过程中的各个行动步骤，那么所谓“本身无法解决的问题”（*Quadratur des Zirkels*）也会随之消失，目的行为论在过失行为中就面临着这样一种问题。在过失行为中，虽然原则上来说，最终的目标在法律上无关紧要，但（整个）行为的执行过程在法律上绝非无足轻重（因此，说过失行为是具有“法律上不重要之目的”的行为，这种说法具有误导性！）。在上述例子中，从法律上来说，A 希望迅速抵达最近地点的这个目标当然并不重要，但他是如何着手去实现这个目标的，即他在从左侧抢道进入视线不明的转弯处时，是如何操控其行为的各个具体行动步骤的，这一点在法律上具有重要性，因为它升高了与相向驶来之汽车发生碰撞的危险。至于说行为人在实施其行为时是否想到了这一危险，这无关紧要。对行为不法的严重性起决定作用的因素，不仅在于行为人抢道进入了转弯处这一事实，而且在于行为人抢道进入转弯处的强度有多大。这清楚地表明：在过失犯中，构成违法性评价之基础的，并非某个“任意的”（引起结果发生的）行为，而是那个具有这样或那样性质的（或多或少与被要求的举止相偏离的）特定行为。我们绝不能“暂时地”不考虑行为所具有的这种性质（它是该行为违法性的前提条件）。（只有一个问题可以暂时不予考虑，即行为人本来能否认识到其行为偏离了被要求的举动：这是后续在责任阶段才要讨论的问题。）因此，对于因果行为论而言，在其空洞的行为概念中为不可或缺的行为价值找到一处容身之所，才是一个“本身无法解决的问题”。

(2) 第二个反对意见认为，我所提出的行为概念是一个“主观和目的性的”行为概念，因为它过于片面地从单个意志主体的角度出发去认定某个行为的社会意义；然而，我们始终都应当首先从客观的角度出发去确定行为的意义。Eb. Schmidt, *Arzt im Strafrecht*, S. 75, Anm. 29; Mayer, S. 44. 为了能对此发表意见，我们最好以下面这个案件为出发点：

A 和 B 发生争执，A 拿起一把刀将 B 刺伤，结果这一刀偶然刺中



了暗藏于B体内的一个脓疮，导致脓液流出，从而救了受病灶严重威胁的B一命。[为了使供比较的参照物（*tertium comparationis*）更清晰地凸显，我们可以假定这场争执发生在医院中的两名护士之间，其中一人用一把外科手术用具将对方刺伤。] 尽管从客观上来看，A所实施的行为和外科手术行为在外观上完全相同，两者所引起的结果也都一样——都使B恢复了健康，但这两个行为却具有完全不同的社会意义：A的行为虽然在客观上带来了治愈疾病的效果，但它依然成立身体伤害罪的未遂。

这个例子清楚地表明，行为人的目的性的行为意志，是决定某一行为的社会意义内容的因素之一。社会的行为意义不仅仅以行为引起的结果，而且还以意志的指向作为其根据，行为人为行为打上了这种意志指向的烙印。没有任何行为理论能够回避这一点！

即便在相反的情形中，即当意志并非指向行为引起的结果时，上述论断也是可以适用的：如果医生的手术归于失败，并导致患者死亡，那么即便医生犯了医疗错误，手术行为的社会意义内容也和“刀刺”或“伏击”行为有着天壤之别。即使手术失败，它依然是以增进健康为目标的行为，该行为仅仅是引起了（《刑法》第222条）患者的死亡，而刀刺或伏击行为则完全是以导致死亡结果为指向的（《刑法》第211条和第212条）。故意和故意的欠缺（过失）并不仅仅体现出责任上的区别，它们也体现了责任上的区别，但这是次要的（见下文第75页），它们首先体现出不同种类的社会行为结构。

但是，以上的全部论述绝不意味着，行为人的主观意志“决定了”某一行为的社会意义内容。例如，在迈霍弗（Maihofer）所著《行为概念》（*Handlungsbegriff*）一书的第44页以下，就出现了这种误解。不过，以上论述表明，目的行为意志的差异性是用以确定某一行为之社会意义内容的要素之一。

但它并不是唯一的要素！由于行为是一个关于成果的概念（*Leistungsbegriff*），故我们在确定社会的行为意义时，就不能仅仅根据行为的意志，还必须以已出现或未出现的结果为依据。根据结果我们可

以确定，行为是否以及在多大范围内实现了或未能实现其成果——对事件的目的性支配：若行为人希望发生的结果未能实现，则就该结果而言，行为属于未遂；若该结果得以实现，则在行为价值或行为无价值之外又另行添加了结果价值或结果无价值。如果行为人在实施其行为的过程中，未能小心谨慎地对待可能出现的附随结果，那么他在行为未实现成果的同时，创造出了一种行为无价值。即便没有出现任何结果（例如，行为人将一根点燃的火柴抛入干燥的树林中，火柴在落到地面时就已经熄灭了），该行为无价值本身已经存在；如果行为因为未实现成果而产生了某个不受欢迎的结果（例如森林火灾），那么在行为无价值之外又增添了一种结果无价值。由于目的行为论将人的行为理解为成果，因而它能够正确地对待行为的两个方面，即行动方面与结果方面（行为价值和行为无价值，以及结果价值和结果无价值）；而因果行为论却只能对结果的引起，而无法对行为的执行作出说明。

由迈霍弗所提出的“客观和目的性的”（或“社会的”）行为理论同样无法做到这一点。目前，该理论自己澄清说，它“实际上原本并非‘行为理论’，而是……归责理论”，即它是一个关于把结果从客观上（因果地）进行归责的理论，这种归责所依据的标准“与相当因果关系说是一致的”（Z 70 187）。这样一来，该理论就（并不情愿地）证实了贝林（Beling）、芬格（Finger）和黑格勒（Hegler）针对齐默尔（Zimmerl）所提出过的反对意见。齐默尔当时也曾进行过与迈霍弗相似的尝试。该反对意见认为，“所谓行为的客观目的，指的是行为引起某一特定结果的能力，在这里成为问题的并非合乎目的理性的目的性，而是潜在的因果性”（Hegler, Frank-Festg. I, S. 282）。所以，迈霍弗的理论只是给一件旧物（相当因果关系说）套上了新鲜的外衣而已，行为理论的问题开启之际，恰是迈霍弗理论的问题结束之时：若 A 手持的击发武器导致 B 身受轻伤，则客观归责理论会得出结论认为，我们可以把 B 受到的伤害归因于 A 的行为。但在本案中出现的究竟是何种行为——是谋杀或杀人的未遂，是故意的身体伤害，是朝建筑物旁射击，是过失



的身体伤害还是纯粹的不幸事故——这个问题已经超出了归责理论的范围；如果我们不考虑起建构性作用的行为意志，那就根本无法对该问题作出回答。假如枪弹没有命中B，则根本不存在可归责于A的结果，但关于行为的问题却会以完全相同的方式出现。厄勒对这些问题也没有给出回答。在很大的程度上，贝林、芬格以及黑格勒所提出的意见同样可以用于批判厄勒关于“行为的客观目的要素”的理论（参见 Oehler, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1959）。

同时，迈霍弗针对目的行为论所提出的主要反对意见，也只涉及术语的使用问题。该意见认为：在上述例子中，如果我们说，护士并没有实施目的性的杀人行为，那这就意味着，护士并未“杀害”患者（Z 70 167）。但是，目的行为论不是一个关于词义的理论，而是一个关于行为之实质结构的理论。既然在本书开始所举的雷击案中，目的行为论可以毫无顾虑地说，雷电“击毙了”一个人，那么，它就可以更加轻松地说，护士“杀害了”患者。我们有关举止活动的词汇并不只是用于描述行为，它们——在引申的意义上——还可以被用于描述自然过程，进而可以被用于描述纯粹的结果引起事实。但有疑问的是：仅从已经出现的结果出发，而不是首先从行为的意图出发，这在语言上是否足以确定“杀人行为”这个词的含义（以及有关举止活动的词汇与行为概念之间的对应关系）呢？护士在毫不知情的情况下向患者注射了一支危险的吗啡针剂，她就真的实施了一个杀人行为吗？如果她在将针刺入患者的肌肉之后，因受阻而未能进行其他活动，那么能否认为将针刺入肌肉的行为就是杀人行为的开始？假设一名汽车驾驶者因为疏忽而导致一名路人身负重伤，若无医生的治疗则他必死无疑。在此，我们当然不能说，司机已经开始着手实施杀人行为了——尽管死亡明显已近在咫尺。然而，如果某人意图射杀他人，但子弹却远远偏离了目标，那么认为他已经开始着手杀人行为的论断当然就是正确的。即使从语言上来说，在确定“杀人行为”这个词的含义（以及相应的词语关联）时，用于塑造行为的意图所起的作用，也远远大于已经出现的结果。但是，目的行为论对这种术语上的问题毫无兴趣，对于该理论来说，唯一具有决定性意义

的，是关于行为结构的实质问题。从语言上来说，“杀人行为”和“引起死亡的行为”这两个词之间的差异仅仅是提出了该问题。即便人们对此采用完全不同的语言描述，这个关于行为结构的实质问题也依然存在！



第二章 刑法中不法的构成要件 符合性与违法性

如果某一行为以法定构成要件所规定的方式对共同体的秩序造成了侵害，而且我们可以对行为人加以谴责，并使之承担责任，那么该行为就成立犯罪。因此，行为必须以特定的方式对共同体的秩序造成了侵害，它必须具有“构成要件符合性”和“违法性”，而且我们必须能够就该行为对作为可答责之人的行为人加以谴责，即行为必须是“有责的”。构成要件符合性、违法性和责任是使某一行为成立犯罪的三个犯罪要素。在此，责任——对违法行为的个人答责——是以行为具有违法性为其前提条件的，而违法性自身也必须在法定构成要件中得以具体化。在构成要件符合性、违法性和责任中，任何一个后位的犯罪要素都以前一要素已经具备为前提；通过这种方式，这三者就在逻辑上被紧密地联系在一起。

一、规范、构成要件和违法性

1. 如果法秩序希望对共同体生活不堪忍受的举动施以刑罚，那么它原本可以制定一个最高级别和最具普适性的规定：若某人实施了严重

违反共同体生活的举动，则应根据行为人责任的程度对其处以适当的刑罚。对此，我们也可以以一种更为时新的方式来表述：“若某人有责地违反了民主主义、社会主义或共产主义社会秩序的基本原则，则应……对其处以刑罚。”尽管这种最具普适性的罪刑规定（Strafbestimmung）能够包含一切我们可以想象到的值得处罚的举动，但是从它的普适性中我们却无法辨别，何种具体的举动是应当受到禁止的。公民无法知道，他应当做或者不做什么；法官也无从辨别，他应当处罚什么。因此，法秩序必须对它的罪刑规定加以具体化，换言之，法秩序必须对它所禁止的举动给予实体性的描述，如杀人、盗窃、通奸，等等。法秩序必须说明其禁止性命令所针对的“质料”（Materie）。这种禁止的质料（Verbotsmaterie）*（一个源自于经院哲学自然法的概念）包含了对受到禁止之举动的事实性和对象性的描述。正是禁止质料的存在，才使得公民和法官能够辨别出，何种举动方式是受到禁止的。对于刑法来说，从内容上对禁止性命令加以具体化，具有特别的意义。因为，只有具体地说明了禁止质料的内容，才能满足“无法律则无刑罚”（nulla poena sine lege）这一原则所提出的要求。因此，与其他法律相比，刑法应当更加关注如何尽可能精确地对其禁止内容进行实体性的描述；刑法必须是“实体的”（substantiell）（参见 Probleme, S101ff.）。当代刑法学自贝林（Lehre vom Verbrechen, 1906）开始，就提出了可罚举动必须具备“构成要件符合性”这一要求，这就表明人们已经承认，在刑法当中，经过具体描述的禁止质料是具有特殊意义的。“构成要件”是刑法上规定的禁止质料；在刑法中，立法者特别认真、细致地对受到禁止的举动进行了事实性和对象性的描述，这种描述就是构成要件。

* Verbotsmaterie 一词，日本学者福田平和大塚仁译为“禁止素材”（参见ハンス・ヴェルツェル著，福田平、大塚仁訳：《目的的行为論序説：刑法体系の新様相》，21页，东京，有斐阁，1962）。我国哲学界一般将 Materie 一词译为“质料”（参见〔德〕黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，270页，北京，商务印书馆，1980）。韦尔策尔之所以使用这个词，意在表明，构成要件并不是禁止规范本身，而只是描绘了禁止规范所针对和指向的实体对象。或许“质料”一词能够更为准确和形象地表达出 Verbotsmaterie 所具有的实体性和对象性的特点——译者注。



2. 某个行为的可罚性必须在该行为实施之前就“在法律中被规定下来”，这一宪法上的原则建立在以下思想的基础之上，即法律本身必须说明犯罪行为的具体要素（例如《刑法》第 212 条“故意杀害某人”这个词），从而对禁止内容作出详尽的描述。然而，“详尽描述的”或者“封闭的”构成要件是一个理想，并非一切构成要件都和这个理想相吻合。实际上还存在着大量的构成要件，法律在这些构成要件中仅仅描述了构成要件要素中的一部分，而对于另一部分构成要件要素，法律只向法官说明了对构成要件加以补充的标准，从而授权法官对这部分要素的内容加以填补。这种“开放的”或者“需要填补的”构成要件主要存在于过失犯和不真正不作为犯当中。在大多数过失犯中（见本书第四章），法律都只是规定了结果的事实状态（法益侵害或法益侵害危险），而被禁止的犯罪行为则由法官根据对“交往中必要的注意”的违反这一标准来加以确定。在不真正的不作为犯中（见 Lehrbuch, § 27），正犯的范围是待定的，它由法官根据“保证人地位”的标准来予以补充。故此，过失犯和不真正不作为犯的构成要件只有在一部分上是“法定的”构成要件，而在另一部分上则是“由法官来加以补充的”构成要件。

当然，从依法治国中可罚性的明确性角度来看，上述两种情形都存在令人遗憾的不足，但这种不足源自于“事物的本质”：在过失犯中，受到禁止的行为方式如此多样，以致我们无法在抽象的概念中对它们进行足够“确定的”描述；在不真正不作为犯中，正犯者的范围也是如此。不过，在这两种情形中，法官都拥有一个足够确定的方向指示标，法官根据该指示标能够对构成要件加以填补；该指示标在过失犯中是交往中必要的注意，而在不真正不作为犯中则是“保证人的地位”。

3. 构成要件——不管它在法律中得到了详尽的描述，还是需要由法官来加以补充——是刑法中禁止规范的内容，这些禁止规范可以表现为如下禁止性命令：你不应当去杀人、偷盗、通奸，不应当去违反注意义务地驾驶汽车，等等。禁止规范和构成要件（规范的质料），这两者都同属思想的（精神和非现实的）领域。构成要件是一个概念上的形象，它从概念上对可能出现的人的举动方式加以描述。规范则禁止人们去实现

这一举动方式。如果某个由构成要件从概念上加以描述的、受到禁止规范禁止的行为（例如杀害某人）得到了实现，那么这一现实的行为就违反了规范的要求，由此就产生了行为的“规范违反性”。尽管任何一个实现禁止规范之构成要件的行为都具有规范违反性，但它却并不必然同时也具有**违法性**。因为组成法秩序的不仅有规范，而且有容许性的规则（Erlaubnissätze）（“允许”）。现实存在着一些容许性的规则，它们在特定的案件中，允许行为人实施符合于构成要件的举动。例如，在正当防卫或者战争的场合，容许性规则许可行为人去实现“杀害某人”这一构成要件。容许性规则的介入使得一般性的（抽象的）规范无法成为针对行为人的具体法义务。在这种情况下，实现了禁止性构成要件的行为就具有合法性。因此，**违法性指的是，对构成要件的实现违反了作为整体的法秩序（而非仅仅违反了某一单个的规范！）。**

违法性始终都是指某个现实的行为与法秩序之间的冲突。（作为概念形象的）构成要件并不违法，只有对构成要件的实现才能具有违法性。没有违法的构成要件，只有违法的实现构成要件的行为。

因此，虽然一再有学者建议将构成要件和违法性等同起来，但这种观点必然会导致概念之间的严重混淆。也参见 *Beling bei Engisch, JT-Festschr. I, S. 407.*

由此可以得出结论：

（1）**构成要件**是对受到禁止之举动（即对规范内容或规范质料）的具体描述，它是一个纯粹的概念形象。

（2）**违法性**是指，实现禁止规范之构成要件的行为与作为整体的法秩序之间存在冲突。

参见 *Binding, Normen, I, S. 104ff.* ; *H. A. Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 46ff.* ; *Kaufmann, Normentheorie, S. 138ff., 248ff.* 。

二、作为无价值判断的违法性；违法性与不法

1. 由于法秩序希望通过其规范及容许性规则创造出一个有价值的



社会生活秩序，故违法地实现构成要件的行为就是破坏该有价值状态的举动。因此，我们也经常将违法性称为对符合构成要件之举动的“无价值判断”。我们必须意识到，这是一种形象化的表达方式。在此，“无价值判断”的主体并非单个的人（甚至也并非法官），而是法秩序自身。法官的判断至多只能去领会法秩序所作的非法评价。但如果我们已经意识到了这种表达方式的形象性，那就完全可以将违法性称为一种无价值判断。

从这个意义上使用违法性概念的，例如 BGH (Z) 24 S. 21。

2. 在此，违法性是一种“客观的”无价值判断，因为它是从一种普遍性的标准，从法秩序的角度出发，对符合构成要件之举动所作的判断。被判定为具有违法性的对象，即人所实施的符合于构成要件的举动，是外部世界（客观的）要素和内心（主观的）要素的统一体。

由于“客观”这一概念具有多重含义，故出现了一种误解，即认为违法性只能涉及行为的客观（外部世界）部分，因为它是“客观的”价值判断。但事实上，“客观”一词的这两种用法之间毫无关系。说违法性是客观的，只是意味着它是一种普遍性的价值判断；但它的对象，即行为，却是客观（外部世界）与主观要素的统一体。

3. 违法性纯粹只是实现构成要件的行为与法所提出的要求之间的冲突，它对于所有的法律领域来说都是同一的；但是，在不同种类的法律领域中却存在着不同的构成要件（禁止质料）。例如，擅自破坏占有的行为属于民法（《民法》第 858 条），而非刑法上的禁止质料。只有当破坏占有的行为表现为取得占有，并且是对占为己有之意图的实现时，才能同时成为刑法上的禁止质料。同样，非故意的财产毁坏行为并非刑法上而只是民法上的禁止质料（参见《刑法》第 303 条，《民法》第 823 条）。相反，犯罪未遂是刑法上，但却不是民法上的禁止质料。不过，在刑法中，被禁止的侵夺行为（die verbotene Eigenmacht）和非故意的财产损害行为，也具有违法性，例如就正当防卫而言；在民法中，犯罪未遂也是违法的，例如就预防性不作为诉讼（vorbeugende Unterlassungsklage）而言。在刑法中存在着许多被禁止的举动方式，与此相

同，禁止的质料也是多种多样的。然而，违法性，即实现某一禁止质料的行为与法秩序之间的冲突，在整体的法当中却是同一的。如果一个行为在某一法律领域中是违法的，那么它在另一法律领域中同样是违法的。

正是因为如此，违法性和不法这两个概念之间也就存在着区别。当然，多数人是在没有差别的意义上去运用这两个概念的。这在很大程度上确实无伤大雅，但就某些问题来说，这种做法会引起误解。违法性指的仅仅是一种纯粹的联系（关系链条中两个环节之间的冲突），而不法则指的是某种实体：违法举动自身。违法性是一个谓词，不法则是一个名词。不法是违法的举动方式自身：擅自破坏占有，盗窃，杀人未遂；而违法性是附着在该举动方式之上的某种属性，即该举动方式与法秩序之间存在的冲突。因此，特殊的刑法上的不法是存在的，这正如存在着特殊的民法上或行政法上的不法一样（前者的例子是未遂，后者的例子是受到禁止的侵夺行为）。但是，只存在着一个统一的违法性。在不同法律领域中规定下来的所有禁止质料，一旦有行为实现了其中之一，那么对于整体法秩序来说，该行为就是违法的。

梅茨格尔（LK [8.] S. 10）对这种区分的意义有所误解。他认为，对这两者作出区分，会“在违法性和责任之间”生造出一个“中间概念”。无可置疑的是，擅自破坏占有的行为（《民法》第 858 条）在刑法上也是违法的，但对于该行为来说却并不存在刑法上的不法构成要件。对违法性和不法加以区别的做法除了想要说明这一点之外，别无他意。

三、关于构成要件概念的教义学史

文献：Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Be-ling, 1957; Spriestersbach, Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand, Bonner Diss., 1960; Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960。



上文提出的构成要件概念来源于贝林 (Lehre vom Verbrechen, 1906)。在他之前,构成要件概念指的是所有犯罪要素的整体。但贝林从这种犯罪构成要件中分离出了一种更为狭义的构成要件,他把后者称为“在实定法中被明确表达出来的犯罪类型”(LvV. 23),并使之成为(由三部分组成的)犯罪构造的构成要素:犯罪是(1)符合构成要件的,(2)违法的和(3)有责的行为。在贝林的构成要件理论中仍然存在着一些模糊和不足之处,这些模糊和不足之处在很大程度上是与当时不法和责任理论的研究状况相联系的。为了强调构成要件相对于违法性以及(在当时意义上的)责任的独立性,贝林解释说,构成要件“不包含任何的价值判断”,它也和所有的主观心理要素相绝缘。由于主观不法要素的发现,以及目的行为论的提出,贝林的后一个错误已经得到了纠正:构成要件既包括行为的客观要素,也包括行为的主观心理要素。声称构成要件完全是“价值无涉”的观点,则产生了更具灾难性的后果。贝林起先只是想说,在确定行为具有构成要件符合性的情况下,还不能肯定该行为具有违法性——这一论断无论从哪个方面来说都是正确的!但贝林所提出的“构成要件中不存在任何价值判断”(S. 147)的命题,却为这样一种观点提供了支持,即似乎构成要件只是对某种价值中立的存在事件的描述,法治国关于类型性的要求为这一事件赋予了纯粹形式的要素。贝林对构成要件概念所作的这一解释,错误地理解了构成要件概念的本质功能。对某一行为之构成要件符合性的认定,并不是价值中立的;实际上,这种认定是从大量的人实施行为的事件中,挑选出刑法上重要的那一部分,这部分行为的重要性是从某种特殊的意义上来说的,即它们必然要么是违法的,要么是合法的,而绝不可能只是“价值中立的”。一旦肯定构成要件符合性的成立,就意味着确定了某一行为在刑法上的价值差异,甚至不限于此:由于构成要件是对禁止质料的描述,故构成要件的实现也就能够“推定”行为的违法性。但是——就这一点而言,贝林是正确的——构成要件符合性并不包含违法性。由于法秩序并非仅由规范(命令和禁止)所组成,它也包含了容许性的规则,故实现禁止内容的行为并不必然具有违法性,因为它有可能为某个

容许性规则所允许。

因此，在三阶段犯罪概念中，构成要件的独立的实质性意义在于：构成要件从不计其数的法律上中性的举动中挑选出一部分，这部分行为在刑法上具有重要性，而且也获得了合法或者违法的评价。构成要件对刑法上重要的举动进行了**实体性**的描述，进而通过禁止性命令和容许性规则之间的相互配合，使我们对该举动违法性的认定具备了法治国意义上的明确性。构成要件的功能在于，对某一举动在刑法上的重要性（价值区别）进行**实体性**的描述，从而使该重要性成为我们在清晰地认定违法性时所依据的对象性基础。这一功能确保了构成要件的地位，即它是先于违法性判断和责任非难的独立犯罪要素。就这一点来说，尽管存在着由时代条件所决定的各种局限性，贝林的构成要件概念和贝林—李斯特的三阶层犯罪构造（构成要件符合性、违法性和责任）依然具有真理性的内容。

相反，绍尔—梅茨格尔的两部分犯罪构造并不妥当。该犯罪构造将构成要件符合性和违法性相互融合在了一起，它认为构成要件是“经过类型化的”或“类型化了的违法性”（Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., S. 63; Mezger I, 9. Aufl., S. 97），构成要件与违法性、构成要件的实现与不法、构成要件要素与违法性要素全都是同一的。构成要件的范围仅仅限定在违法性之上；只存在**违法的**满足构成要件的行为，**每个**满足了构成要件的行为都是**违法的**；正当化事由是消极的犯罪事实情况。这一理论是人们在**对贝林“价值无涉的”**构成要件展开批判时，因误入歧途而提出来的，它摧毁了构成要件的独立功能。如此一来，构成要件就无法再完成以下这个任务了，即通过对受到禁止的举动进行事实性的描述，来说明违法性判断的基础。因为，构成要件符合性不再是违法性的前提条件，恰恰相反，违法性是构成要件符合性的前提条件：由于只存在**违法的**满足构成要件的行为，故只有当某个举动的违法性得到确定时，我们才能肯定它具有构成要件符合性；某一正当化事由的介入所解决的同样是该举动的构成要件符合性问题。然而，由于只有当我们事先至少已经确定了该举动具有构成要件符合性时，才有



可能展开关于正当化事由的检验，故整个理论都只是在循环论证（*circulus vitiosus*）中打转：唯有在确定了违法性之后，我们才能肯定构成要件符合性，而只有在确定了构成要件符合性之后，我们才能查明违法性！

也参见 Nagler, GS III, S. 49 Anm.；更多的疑难点，参见 Armin Kaufmann, JZ 55 37ff.；Welzel, Z 67, 210ff.。

加拉斯（Gallas）对绍尔—梅茨格尔的构成要件理论作了变动（ZStW. 67 16ff.），但他所提出的学说也存在相似的疑点。加拉斯并未将构成要件和违法性等同起来。与绍尔和梅茨格尔不同的是，加拉斯认为正当化事由不是消极的构成要件要素，即便在成立正当化事由的情况下，他也肯定行为是具备构成要件符合性的。不过，他却并不承认，构成要件是对受到禁止之举动（禁止质料）的实体性描述，正是因为具有这一功能，构成要件才能成为违法性和责任以外的第三个犯罪要素。他主张，所有参与决定不法内容的要素都属于构成要件要素，不论立法者是否以及在多大程度上对禁止的内容作出了对象性的详细描述。从法治国角度出发进行区分的程度仅仅是一个形式的原则，它对于犯罪构造要素的实质意义并不能发挥决定性的作用（S. 25）。

对三阶段犯罪构造中构成要件的“价值无涉性”的敌视态度，支配着加拉斯的观点。在此，他指责本书所持的将构成要件理解为禁止质料的看法，说这“退回到了贝林那种价值无涉的构成要件之上”（S. 23）。这是一个毫无根据的指责！因为只有将构成要件称为禁止质料，才能最为清晰地说明构成要件在法律上的价值差别。如果词语完全具有实质性的意义，那么“禁止质料”就绝不是一个“形式的”范畴。将构成要件理解为某种法律禁止性命令的质料，这明显包含了对符合构成要件之举动的实体性说明，即不仅说明了该举动在法律上的重要性（价值差别），甚至还说明了它对违法性的指示（推定依据）（当然，这种说明的内容也就到此为止，它至少不能说，构成要件包含了违法性——加拉斯也是这样认为的！）。然而，构成要件不仅是禁止的质料，它同时也是禁止的质料，即对受到禁止之举动的实体性描述。构成要件肯定不局限于实定

法对禁止质料的描述。实际上，正如我们在上文中所看到的那样，还存在着“开放的”构成要件，这种构成要件必须由法官根据某种特定的指导形象来加以补充；而且，这种指导形象必须使得待补充的构成要件要素至少在实体上能够得到认知。该类构成要件不仅包括——就这一点来说，我赞成加拉斯的见解——不真正的不作为犯，还包括过失犯。但是，例如就《刑法》第 240 条来说，关于行为人的举动在手段和目的之间的关联是否值得谴责的判断，却属于纯粹的违法性判断，它绝不包含任何可供法官查明构成要件行为的事实性根据。正是因为如此，从法治国中构成要件的确切性角度来看，《刑法》第 240 条关于罪刑的规定出现了严重的问题（关于该条文，参见 Niderschriften VI 276; Mayer, Gutachten, S. 259ff.）。这个疑难问题绝不是形式的，而加拉斯的构成要件概念对它的处理则过于简单化了。如果我们将关于违法性判断的事实性和对象性基础的问题看成是一种纯粹“形式上的”要求，那就很令人怀疑。但如果我们认真对待这一问题，那就必然会认为构成要件是位于违法性和责任之前的独立犯罪要素，进而支持三阶段的犯罪构造。构成要件是禁止质料；对于组成这一概念的两个要素，即质料和受到禁止，我们必须给予同等程度的重视。

人们往往习惯于认为，贝林和绍尔—梅茨格尔的构成要件概念之间的区别在于，对于前者来说，构成要件是违法性的“认识根据”（ratio cognoscendi），而对于后者来说，构成要件则是违法性的“实在根据”（ratio essendi）。在逻辑上，这一术语的使用是为了将存在根据（原因）和逻辑根据这两者区别开来：例如，某处有火在燃烧，对于这个结论来说，烟是逻辑上的根据；但火却是烟的存在根据。很明显，后一种关联不能适用于构成要件和违法性之间的关系。构成要件绝不是引起违法性这一结果的原因。对于构成要件与违法性的关系来说，可以考虑的只能是根据与后果之间的逻辑关系。实际上，这两种构成要件理论之间的差别在于，一个将构成要件符合性与违法性等同起来，故根本不可能在两者之间建立起根据与后果的合理关联（这就是上文所批判过的循环论证），而另一个则认为构成要件是违法性的根据之一，但却并非唯一的



根据。

构成要件是对于违法性（以及责任！）具有根本意义的犯罪要素（所谓“不法构成要件”）。最近有学者试图提出，除了这种构成要件之外，还存在着一种独立的“责任构成要件”（Schuld tatbestand）；但这一观点只是被一笔带过（Gallas, Z 67 29, 45）。下文第八章第三节中将会对特殊责任要素的存在加以说明，这种要素是对可谴责性（即一种价值判断）的特殊化；但该要素却并不是（实体性的）构成要件的一部分。加拉斯将一些心理的（思想态度的）要素也算在了构成要件之中，但它们实际上是不能放在这里的。

四、对违法性的认定

1. 作为违法性之推定依据的构成要件符合性

若行为人从客观上和主观上都实现了某个禁止规范的符合构成要件的举动，则其行为就违反了规范。构成要件符合性以及由此产生的规范违反性，对于违法性来说是一种“推定的依据”（Indiz）。但正如我们刚才所看到的那样，两者并非同一。规范违反性指的是构成要件的实现与单个（抽象）禁止规范之间的冲突，而违法性指的则是构成要件的实现对整体法秩序的违背。在某些特定情形中，容许性规则会对禁止规范产生反对效果，它使得抽象的（一般的）法规范无法成为具体的法律义务，从而使实现了构成要件的行为得以正当化。这种容许性规则所规制的是“正当化事由”，属于其中的，有正当防卫、自救、被害人承诺，等等。如果有正当化事由介入，那么实现了构成要件的行为就不具有违法性。因此，正当化事由所否定的并不是某一举动的构成要件符合性，而只是它的违法性。

当然，关于这个问题，文献中的意见十分混乱。这是因为，人们（自阿道夫·默克尔和弗兰克以来）曾多次将正当化事由说成是“消极的构成要件要素”，所以一旦存在正当化事由，它所排除的并非违

法性，而是构成要件（即禁止质料）。然而，容许性规则（正当化事由）必然是以禁止性的构成要件得到实现作为前提的，它与该构成要件存在联系。正当化事由的另行出现（例如正当防卫）并不会对构成要件产生减损或排除效果，它只是排除了实现构成要件之行为的违法性。

至于说某个正当化事由究竟被规定在法律中的哪个位置上，这完全是无关紧要的。即便正当防卫被规定在《刑法》第 212 条之中——“若某人不是在正当防卫的情形下杀人……”——正当防卫也不会因此而成为“消极的”构成要件要素。只有杀害他人的行为才属于禁止的质料，正当防卫所取消的不是这一禁止质料，而是实现该禁止质料之行为的违法性！同样，在赌博罪（《刑法》第 284 条以下）中，政府机关的许可并不属于行为状况，而是一个正当化事由（尽管它是由法律规定本身所提及的）。因为赌博罪的实质不法内容并不在于行为人（纯粹）蔑视国家的意志（针对“作为庄家之国家”的犯罪！），而是在于该行为通过激起赌博的欲望，对人民的道德立场产生了危险，在于赌博产生的财产剥削。政府机关的许可并不能排除这种危险，而只是——基于特定的理由——取消了该危险的违法性！因此，梅茨格（LK § 59, 11）和施罗德（Z 65, 178）等人的观点是不正确的。这种观点把构成要件看成是一种偶然的和修辞学上的产物，他们没有正确地认识到构成要件的实质功能，并把（狭义的）构成要件与罪刑规定混为一谈。对此，参见 Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme, 13ff., 20f.; Z 67 208ff.。

同时，正当化事由也不是以消极的方式加以规定的行为状况，比如《刑法》第 208 条（“在没有助手的情况下”决斗）或者第 237 条（“在未经父母同意的情况下”拐骗）就包含了这种事实情状。后者是对禁止质料的实体性描述；它们构成了《刑法》第 208 条（与第 205 条相区别）或者第 237 条的特殊的禁止质料。然而，我们完全无法想象正当防卫怎么可能成为《刑法》第 212 条之禁止质料的一部分；正当防卫不能排除禁止质料的存在，它只能否定实现该禁止内容之行为的违法性。Weber, Mezger-Festschr. S. 136ff. 错误地理解了这一点；对此，参见



Armin Kaufmann, JZ 55 37; Welzel, Z 67 208ff.。

导致所有这些误解的原因之一还在于以下这个不幸的想法，即认为禁止规范和容许性规则之间的关系，应当为构成要件和正当化事由之间的关联所取代，而且应当把这种关联理解成原则与例外的关系。但是，由于在很多情形中（例如在剥夺人身自由的情形中），合法剥夺他人自由之行为的数量远远高于违法者的数量，故构成要件和正当化事由之间的关系必然就会颠倒过来，因为从统计学的角度来看，原则（构成要件）是例外，而例外（正当化事由）却是原则。这整个思考过程的根本错误在于，人们是以一种错误的关联作为出发点的。起决定性作用的关系环节并不是构成要件和正当化事由，而是禁止规范与正当化事由（容许性规则）。“正常的”即合乎规范的举动是对他人自我决定权的尊重，只有当存在某种特殊容许性规则时，才可以侵犯这种自我决定权。刑法是一种规范的，而不是统计学的实体！同样，我们也只能从规范，而不是统计学的角度去理解规范与容许性规则（正当化事由）之间的关系。

消极的行为状况的理论未能认识到容许性规则（法的许可）所具有的独立意义。按照这一理论，存在正当防卫的情形和欠缺某个构成要件要素的情形具有相同的意义：从法律上来说，杀害一个人和拍死一只蚊子没有什么两样！消极的行为状况的理论并未回避这一结论，该结论已足以证明这一理论是荒谬的。法律容许所具有的特殊性，以及受到容许的行为与法律上不重要的行为之间的本质性价值区别，都消失在了法律上无意义之行为的单一性之中。消极行为状况的理论是旧命令说（die alte Imperativentheorie）的梅开二度，该说未能正确地认识到许可所具有的独立意义。对此，参见 Binding, Normen I 104ff.；H. A. Fischer, Rechtswidrigkeit, 1911, S. 46ff.；209；Kaufmann, Normentheorie, S. 101, 257, 286；JZ 55, 37ff.；Welzel, Z 67 208ff.。

2. 对违法性的认定；封闭和开放的构成要件

（1）上文说明了构成要件符合性、规范违反性和违法性之间的关系，我们从中可以得出一个用于认定违法性的简单方法。由于实现构成

要件的行为是违反规范的，而且在没有容许性规则介入的情况下，违背禁止规范的行为就是违法的，所以可以得出结论，只要不存在容许性的规则可供适用，那么当行为完全实现了某一禁止规范的构成要件时，它就具有违法性。因此，在认定某一举动完全实现了构成要件之后，我们只需通过一个纯粹消极的程序即通过确认没有容许性规则（正当化事由）介入，就能查明违法性。

这一方法也适用于“开放的”或者“需要补充的”构成要件。只是在这里，法官必须先根据来自于法律的指导形象（“保证人地位”，“交往中的注意”）对构成要件加以补充。如果做到了这一点，那么我们对违法性的查明过程就和“封闭的”构成要件完全一样。

（2）在“开放的”构成要件中有所不同的是，对于构成要件的补充来说，缺乏一种**实体性**的指导形象，典型的例子是《刑法》第 240 条的胁迫罪。在这一条文中，立法者将构成要件的行为规定为：以某种严重的恶害相威胁，强迫他人去实施某个任意举动的行为。只要法律对这种构成要件作出了描述，那么该构成要件就会把那些不可能属于“禁止质料”的最为日常的行为方式也包含进去。根据《刑法》第 240 条第 2 款这一附加性的规定，当为达到某种追求的目标而使用相关胁迫手段的行为是可谴责的时候，该胁迫行为具有违法性。这一规定包含了一种纯粹的价值判断（“可谴责的”），但它并不能用以说明，法律上所说的实际上究竟是何种行为。在此，违法性必须由法官借助一个**独立**的价值判断来加以确定。这样一来，何种行为是受到禁止的，就存在巨大的不确定性。对此，参见 Niederschriften VI 276ff.；OLG Braunschweig NJW 57 639。在一定程度上，《刑法》第 253 条（敲诈勒索罪）也是如此，尽管在该条文中，构成要件的轮廓更为清晰。（对此，参见 Niederschrift, a. a. O.。）

Welzel, Z 67 224；Kaufmann, Normentheorie, S. 101, 257, 282f.；部分持批判态度的有：Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 281ff.；Kunert, Normative Tatbestandsmerkmale, 1959；Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerk-



male, 1959.

3. 构成要件符合性与社会相当性

不过，即便对于上述“封闭的”构成要件来说，构成要件在没有特殊的法律容许性规则介入的情况下可以推定违法性的存在，这一原理的适用范围也并非毫无限制。例如，可以确定的是，任何剥夺自由的行为原则上都具有违法性，因为我们的政治宪法将人的个人权利的状态作为其先决条件，而这种状态就是人的自由。所以，只有在某种特殊的法律容许性规则存在的条件下，剥夺自由的行为才能得到正当化。可是，在大量的情形中，虽然没有出现关于特殊的法律容许性规则的问题，但限制自由的行为却具有合法性，因为我们历史形成的社会秩序的性质对该行为给予了许可。在以下这个事实中，情况就是如此：火车、有轨电车、公共汽车等只在特定的站台停靠，这种交通工具对搭乘者的自由造成了限制。尽管没有出现关于特殊的法律容许性规则的问题，但这种限制行为仍然是合法的，因为它处在历史形成的共同体生活的社会道德秩序之内，并且为该秩序所许可（“社会相当的行为”）。在这里，社会相当性是符合构成要件之行为的（习惯法上的）正当化事由，它源自于共同体生活的社会道德秩序。

社会相当性的内容会随着共同体生活的历史秩序的演变而发生变化。如今，交通领域内的危险行为是社会相当的，但在一百年以前，它却被看成是违法的行为。在1861年的时候，慕尼黑高级上诉法院（Oberappell, Ger. München）（Seufferts Arch. 14 354）还认为，经营铁路运输的行为本身就是违法的！

在对具体构成要件要素（如“猥亵的”或者“礼物”）进行解释时，特别是对于“在交往中必要的注意”这一概念来说，社会相当性发挥着一定的作用（参见以下第四章）。

社会相当性是一个普遍性的法律原则，其意义绝不仅限于刑法，而是涵盖了整个法秩序。关于它在民法和劳动法中所起的作用，参见BGH (Z) (GS) 24, S. 21; Enn. Nippeldey, I, S. 277ff.; Großer Senat

des Bundesarbeitsgerichts v. 28. 1, 1955, BAG 1, 291ff. (300); BAG NJW 55 1373; Niese, Streik und Strafrecht, 1954, S. 27ff.; Bauer, in: Arbeit und Recht III (1955) S. 65ff.; 特别是 Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 283ff.。

第三章 故意犯的不法概念

一、故意犯构成要件不法概念的教义学发展

1. 首先，刑法教义学曾试图通过“客观—主观”的两分法来把握不法的概念。不法所包含的只有行为客观和外部世界方面的要素，而主观和内心的要素应属于“责任”的组成部分。这一观点的思想基础曾经是因果行为论，该理论把行为看作是纯粹的外在因果事件，并将之与主观的认识内容清晰地区分开来，因此，所有“外部的东西”都被归入违法性，而全部“内心的东西”均被归入责任。其次，在教义学上，违法性的“客观性”这一概念的意义并不清晰，这也为上述区分提供了支持。由于违法性被公认为是一种“客观的”（=普遍的）无价值判断，故很容易产生以下误解，即本来应当完全“客观地”去理解不法（违法的行为），但现在却应该从完全不同的意义上即从纯粹外部世界之对象的意义上理解它。

然而，如果违法性所涉及的（如前所述）是外部的因果事件，那么通说就必须从实质上将不法理解成法益侵害或者法益侵害的危险；与此相对，责任似乎是行为人在主观心理方面与结果的关系。