

21世纪法学研究生参考书系列

刑法总论问题思考

(第二版)

黎 宏◎著

 中国人民大学出版社

黎 宏◎著

刑法总论问题思考

(第二版)

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论问题思考/黎宏著. —2 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 8
ISBN 978-7-300-23256-0

I. ①刑… II. ①黎… III. ①刑法-研究-中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 186572 号

21 世纪法学研究生参考书系列

刑法总论问题思考 (第二版)

黎宏著

Xingfa Zonglun Wenti Sikao

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 北京中印联印务有限公司

版 次 2007 年 6 月第 1 版

规 格 170mm×250mm 16 开本

2016 年 9 月第 2 版

印 张 32 插页 3

印 次 2016 年 9 月第 1 次印刷

字 数 653 000

定 价 88.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



作者简介

黎宏，1966年8月生，湖北省罗田县人。武汉大学法学学士、法学博士，导师马克昌教授；日本同志社大学法学硕士、法学博士，导师大谷实教授。现为清华大学法学院教授，博士生导师，法学院党委书记，兼任北京市法学会副会长、中国刑法学研究会理事。入选“教育部新世纪优秀人才”，曾获“首届首都十大杰出青年法学家”称号。

独著有：《不作为犯研究》《单位刑事责任论》《日本刑法精义》（第二版）、《刑法学》《结果本位刑法观的展开》《刑法学总论》《刑法学各论》；独译有：《刑事政策学》《刑法总论》《刑法各论》《刑法讲义总论》《刑法讲义各论》《刑法学基础》《刑法的基础》。

第二版序

本书初版于2007年，经中国人民大学出版社出版之后，幸得读者好评，并获得北京市社会科学理论著作出版基金资助，收入《北京社科精品文库》（第1辑）。原书经过几次印刷，均已销售一空，但仍时常有读者向出版社和我本人询问本书，要求重印。但毕竟是近十年之前的东西了，时过境迁，原书中的某些想法，难免会陈旧，甚至连我本人都已经不再坚持。但本书原编辑杜宇峰女士一再对该书表示高度肯定，并强烈建议我根据自己近年来的研究成果，对其中的部分章节进行增删修订后，作为第二版出版。这样就有了读者现在手中的这个版本。

本书中删除了第一版中的第十五章“未遂犯的处罚范围和成立条件”、第十九章“刑事和解”、第二十章“刑法的刑事政策化”三章，新增加了第二章“结果无价值论”、第九章“刑事责任”、第二十章“死缓限制减刑”。其他章节尽管题目依旧，但内容则有较大幅度的调整和修正。其中，第五章中对“不真正不作为犯”的内容重写，并且在观点上也大幅度地改弦更张，主张从作为犯的角度对所谓不真正不作为犯展开研究；第六章中对有关刑法因果关系论的叙述也进行了调整，在坚持相当因果关系说的前提下，在相当性的判断上采取了“行为危险现实化”说；在第十二章中将事实认识错误的判断标准从“法定符合说”改为了“具体符合说”；在第十三章中将偶然防卫从“无罪说”改为了“未遂犯说”；在第十五章中将牺牲他人拯救自己的行为从“紧急避险”改为了“没有期待可能性事由”；在第十七章中将未遂犯与不能犯的区分标准从“事前判断”的客观危险说改为“事后判断”的客观危险说。另外，对于其他各个章节的内容也与时俱进，相应地进行了一些增删调整。

但必须说明的是，即便有上述内容上的变化和调整，本书的初衷和基本立场仍没有任何变化。不仅如此，甚至可以说，上述变化和调整正是我进一步强化和发展本书初衷和基本立场的结果。

近年来，我国刑法学的发展呈现出前所未有的良好势头，其中的一个重要标志就是，出现了一批具有鲜明的个人学术立场和表述风格的全景式刑法学著作。这些著作的共同特征是：不就刑法学中的某一个或者某几个专题阐述自己的见解，而是就刑法学中的主要问题，全方位、成体系地表达自己的观点；不就刑法学中的问题进行没有大前提的应景式回应或者资料综述，而是站在与当今世界主流刑法观同步的立场和角度，结合中国实际，展开自己的推演和论证；不同于传统的采人海战术方式所进行的集体创作，而是基于独立人格进行个体创作，表达的绝对是有别于共同创作群体的自由思想。正因如此，在同样问题的表达风格和表达方式上，它们各具形态、一目了然，可以说，初步形成了学术创作所追求的“百花齐放、百家争鸣”的局面。本书正是在近年来刑法学发展的这种大背景之下完成的。如

果本书的再版，能为上述局面的形成作出一些微不足道的贡献的话，我就感到心满意足了。

衷心期待并感谢各位同行、同学不吝赐教！

黎宏

2016年4月16日

于北京清华园

第一版序

本书收录了笔者近年来的二十篇论文，目的是想表达这样一个观点，刑法总论乃至整个刑法学上的一切争论，无不起源于刑法所具有的保护法益机能和保障人权机能之间所与生俱来的紧张与冲突；刑法学特别是刑法解释学的任务，就是为在这二者之间求得一种和谐妥当的协调与平衡。而实现这二者之间的协调与平衡的最好做法，就是进行犯罪判断上的严密分工，在外在的社会危害性的认定上，仅只考虑行为所导致的法益侵害结果等客观方面的内容，而将行为当时行为人的主观心理状态，全部作为判断行为人内在主观责任的有无和大小的依据。

刑法是利益保护法即以保障国家的政权和社会制度，保障国家安全，保护人们的生活利益，维护社会秩序的正常稳定发展为中心任务的法律，这一点，只要看看我国刑法第2条的规定，就会一目了然。但是，世间的任何事情，都逃脱不了这样一个基本道理：物极必反，过分强调事物的某一个方面的话，其结果必将走向其反面。刑法规定也是如此。强调对法益的绝对保护，结果就是，只要有法益侵害，就要动用国家暴力机器，对该行为进行制裁和处罚，而不问该法益侵害结果是如何发生的，也不考虑这种处罚和制裁的实际效果如何。这种刑法机能观，在古代社会发挥到了极致。刑法当中广泛适用的连坐制度、结果责任制度、罪刑擅断制度，就是其体现。在这种刑法观念之下，虽说刑法作为维持社会秩序工具的机能最大限度地彰显出来，但是，生活在该种刑法之下的人却噤若寒蝉、苦不堪言，因为害怕稍不留神侵害了他人利益而招致残酷的刑罚制裁，所以，都是小心翼翼地将自己紧紧包裹起来，悄无声息地苟延残喘。这种结局，不仅违背了人们建立国家、制定刑法，追求最大限度的自由的初衷，也助长了国家借口保护法益、预防犯罪而无节制地扩张权力、干涉人们生活的各个领域的倾向。正因如此，近代以后，刑法的一个基本理念就是，强调刑法既是法益保护法，也是人权保障法，即刑法既有保护法益的机能，也有保障人权的机能，二者之间处于对立关系。过分强调对法益的保护，必然将对法益侵害的处罚无条件地正当化，招致对加害人权利的侵犯；相反地，过于重视保障人权的话，就会招致犯罪的增加，难以对被害人法益进行有效的保护。而上述任何一种局面的出现，都会使人们失去对刑法的信赖，引起社会秩序的混乱，因此，如何协调保护法益和保障人权之间的关系，就是当今刑法学上的基本问题。

刑法的保障人权机能，是通过两个近代社会以后才正式确立的两个基本原则即责任原则和罪刑法定原则来加以实现的。责任原则包括两个方面的内容：一是个人责任原则，即任何人只能对自己行为所引起的结果负责，不能因为和自己行为无关的他人行为而承担刑事责任；二是主观责任原则，即即便因为自己的行为而引起了侵害法益的结果，但行为人的主观意思当中，没有值得谴责的内容（罪过）的话，也不应当受到处罚。因为，刑法是以刑罚这种最为严厉的制裁来处罚犯罪人的，为

了对犯罪人进行报应性谴责，或者说为了发挥刑罚的效果，行为必须是在行为人能够辨认和控制的状态下实施的，刑罚能够为阻止该种行为提供动机。如行为人在因为精神病而无法辨认善恶的状态下，对于其造成的严重后果，即便作为犯罪予以处罚，也无法达到对其进行报应谴责和防止其再次发生的效果，所以，不能将其作为犯罪处理。罪刑法定原则的内容是，什么样的行为是犯罪，应当受到何种处罚，法律事先都必须予以明确规定；否则，就不是犯罪，也不能受到刑罚处罚。其目的是使人们在行为时，能够对自己的行为后果进行预测，在唤醒其违法意识打消犯罪念头的同时，也防止受到国家出其不意的制裁和处罚。

这样，近代刑法之下，在犯罪的认定上，必须顺次经过这样三个环节：第一是看有没有法益侵害，即看行为是否对刑法分则所保护的法益造成了具体损害或者现实危险，其必须从客观事实的角度来观察，不得将行为人的主观意思内容考虑在内；第二是看行为人有没有责任，即即便引起了法益侵害结果，但该结果和行为人本人的行为无关，或者与其主观意思无关的话，也不能追究行为人的刑事责任；第三是看该行为在刑法上有无明文规定。即便行为引起了法益侵害结果，而且也和行为人主观状态有关，但是，如果该行为在刑法上没有被明文规定的话，最终也不得作为犯罪处理。这样三个环节是犯罪认定上所要考虑的最基本步骤，也是近代刑法学理论赖以建立的基本框架。近代各国刑法规定的诸多条款，尽管在形式和内容上形形色色、丰富多彩，但其基本内容，不过如此而已。

要想缓和（不是消除，不可能消除）刑法所具有的保护法益和保障人权之间的紧张和冲突状态，实现二者的协调与平衡，最好的方法，莫过于合理分工，以行为所造成的法益侵害结果作为判断社会危害性的有无和大小唯一的标准，而将行为人的主观状态作为判断其责任的有无和大小标准。现在，犯罪是危害社会的行为，其成立与否，必须坚持客观判断的观点已经成为常识。但是，如何判断行为是否危害社会呢？总的来讲，不外乎两种做法：一种做法是以行为自身是否违反一般法律规范或者社会的一般要求为标准。按照这种标准，只要是违反社会一般人观念或者禁止规范的行为，即便没有引起实际的法益侵害结果，也会被作为危害社会的行为而列入刑法考察的范围。在这种判断方法之下，不仅行为所引起的法益侵害结果、行为形态、行为的伴随情况，甚至行为人的主观状态，都成为判断行为的社会危害性的资料（行为无价值论）。相反地，另一种做法是，仅以行为对法益所造成的侵害结果（包括现实的危险）作为判断标准。其中，可能也要考虑行为形态以及行为的伴随状态，但是，绝对不将行为人的主观想法作为判断基础（结果无价值论）。行为人的主观状态，属于行为人精神范畴，只有在行为造成了实际的侵害法益结果之后，才能作为判断行为人的主观责任的材料使用。主观状态深藏于行为人的内心，难以认定，即便能够认定，也具有极大的可变性，因此，在社会危害性的认定上，千万不能考虑。在判断行为的社会危害性的时候，考虑行为人的主观状态，会使犯罪认定上最为关键的社会危害性的判断，随着行为人主观因素的变化而左右摇

摆，或者由于行为人记忆模糊而陷入无法判定的境地。这种结局，直接违反了我国的犯罪构成论当中将客观方面和主观方面严格分开的宗旨，导致犯罪认定上的肆意化，并助长在司法实践中过分追求犯罪嫌疑人和被告人的口供，形成冤假错案的倾向。因此，本书在社会危害性的认定上，主张后一种观点，并力求在所论述的每一个问题上，将这种观点贯彻到底。

本书的有关内容，就是依据以上理念所展开的。第一章详细地分析了主张犯罪的本质除了侵害法益结果之外，还在于行为人主观上具有恶性、客观上违背社会一般伦理观念的二元的行为无价值论的弊端，充分阐述了其未能正确体现刑法的保护法益机能和保障人权机能之间的协调平衡的一面，提出了行为的社会危害性的大小只能依据行为所引起的法益侵害结果来判定的见解。在第二章（现为第三章）中，论证了我国现在的犯罪构成体系基本贯彻了在犯罪的认定上将社会危害性判断和主观责任判断截然分开的观念，能够充分地满足保护法益机能和保障人权机能之间的平衡与协调的需要，没有必要重构的观点；并就我国现有的有关犯罪构成体系理解的若干不足，提出了在体系之内进行改良的意见和具体方案。在第三章（现为第四章）中，详细论述了主观的违法要素的历史变迁，提出了危害行为的判断上不应当考虑行为人的主观要素，否则会使社会危害性的判断丧失其客观性，从而影响法益保护和人权保障机能之间的协调平衡的观点；并建议将犯罪的社会危害性和行为的社会危害性分开考虑。第四章中，从保护法益原则和罪刑法定原则之间的冲突和平衡的角度出发，充分论证了间接正犯是正犯，然后从此立场出发，对有关间接正犯的成立类型进行逐个分析，对当前的刑法理论当中，将间接正犯看作为教唆犯的替补角色的倾向进行了批判和纠正。第五章中，认为尽管从保护法益的角度出发，对不真正不作为犯必须予以处罚，但是，由于刑法当中没有明文的规定，因而如何在保护法益原则和罪刑法定原则之间进行协调和平衡，就成为不真正不作为犯的中心问题。笔者从不真正不作为犯并不违反法律原则，但和明确性原则之间存在冲突的立场出发，具体论述了不真正不作为犯的作为义务来源，在于其能够现实具体地支配被害法益的发展进程，并就这种支配的认定，进行了详细探讨。第六章对当前我国刑法学当中有关刑法因果关系的各种理论进行了分析，指出了其所存在的忽视刑法本身特点以及对刑法因果关系的规范性考虑不足的缺陷，说明在刑法因果关系的判断当中存在两个不同层次，并分别从条件关系和客观归属论的角度出发，对这两个层次的因果关系的内容和判断方法进行了论述。第七章详细考察了客观处罚条件论的理论变迁，说明了其和近代刑法所坚持的责任原则之间的冲突，得出了客观处罚条件不应当是独立于犯罪构成要素之外的因素，应当在行为人的认识范围之内的结论。第八章中从保护法益和个人责任原则之间的冲突和协调的角度出发，对单位犯罪的成立条件和所存在的问题进行了探讨，对现有的单位犯罪论进行了全面的批判性检讨，提出了单位犯罪是单位组成人员所发起的犯罪之外，还包括因为单位自身的结构、制度等原因而导致的犯罪行为的组织体刑事责任论的主张。第九章从当

前犯罪故意论中所存在的相互矛盾出发，对犯罪故意的认识因素、违法性意识以及“明知”的内容进行探讨，得出了因果关系不是故意的认识内容，违法性认识必须是刑事违法性认识，故意的本质在于对行为和后果的认识和预见，而作为意志要素的希望和放任则没有必要过分强调的结论。第十章从保护法益和主观责任以及罪刑法定三者平衡的角度出发，指出在目前的刑法理论当中，只注意研究犯罪过失这种心理态度，而忽视了对无论在主观和客观方面均与故意严重不同的过失犯本身的探讨，导致过失犯的研究当中所存在的一系列不足，并在处罚范围上有扩张倾向，提倡借鉴国外的刑法理论，对我国刑法中的过失犯理论进行改造，并就过失犯的主、客观方面内容以及过失犯认定当中的一些特殊问题，发表了自己的见解。在第十一章中，论证了以法定符合说作为解决事实错误问题标准的妥当性，分析了其在解决具体事实错误和抽象事实错误问题当中所存在的问题和解决方法，着重研究了不同犯罪构成之间的重合该如何认定的问题。第十二章从保护法益和罪刑法定原则之间协调的角度出发，得出了正当防卫的主观条件仅仅是指防卫人对面临正在进行的不法侵害具有认识就足够了，而不要求达到具有防卫意识的程度，然后以此为基础，对自招防卫、打架斗殴和偶然防卫的情况进行了具体分析。在第十三章中，首先对有关紧急避险的法律性质的各种学说进行了考察，得出了紧急避险在本质上是不具有犯罪程度的社会危害性的行为，并从此立场出发，探讨了牺牲他人生命的避险、自招危险的避险和紧急避险与正当防卫的界限等问题。在第十四章中，首先从保护法益和保障自由协调的立场出发，得出了被害人自愿放弃的利益不在刑法保护范围之内的结论；然后从保护法益机能和罪刑法定原则的协调的立场出发，得出了被害人只有在有关处分法益的决定上具有错误的场合，其承诺才无效的结论。在第十五和第十六章中，从保护法益和罪刑法定原则协调的角度出发，对我国刑法学中的有关刑法分则规定模式到底是犯罪成立条件说还是既遂犯要件说的争论进行了分析探讨，得出了结合上述二者之长、避免其二者之短的，以重罪作为判断是否处罚未遂犯的基准的观点；然后从法益侵害说的立场出发，分析了未遂犯的成立条件，并就未遂犯中的危险的判断方法之争，得出了修正客观说最为合适的结论，并在此基础上，具体探讨了未遂犯与不能犯的区分标准。在第十七章和第十八章当中，从保护法益和保障人权协调平衡的立场出发，对部分犯罪共同说的不足进行了分析，提倡行为共同说，并以此为基础，探讨了过失共犯和片面共犯的相关问题；在共犯的处罚根据上，对为什么要处罚共犯的各种学说进行了详细的对比，论证了修正引起说的妥当性，并对未遂教唆、帮助犯的处罚范围、承继共犯、共犯脱离等问题进行了探讨。在第十九章和第二十章当中，对近代刑法所坚持的犯罪的必然后果是刑罚的模式进行反省，得出了刑罚处罚的后果对作为其前提的犯罪的成立也具有政策性影响的结论，论证了近年来所流行的纠纷解决方式即刑事和解，实际上是保护法益原则所衍生出来的法益侵害说在尊重被害人意愿的被害人承诺原理的影响之下，所得出的必然结果，它对近代刑法所固定的犯罪处罚模式而言，无疑是一场革命，它预

示着，今后，近代刑法当中所存在的保护法益和保障自由之间的协调，会以一种新的面目出现。

本书虽然名为《刑法总论问题思考》，但实际上所探讨的，只是刑法总论当中很小的一部分，实为“沧海一粟”。这一方面是本人的兴趣使然，另一方面也是本人能力所限，很多问题没有考虑成熟，不敢贸然下笔。即便上述已经成文的部分，虽说确是经过笔者的深思熟虑，但其中的一些观点，仅仅是为引玉所抛出的砖头而已，至今也不敢说有足够的把握。尚请各位读者不吝批评指教！

2007年2月27日

于北京清华园

第一章 行为无价值论	/1
一 行为无价值论的由来、发展和现状	/3
二 行为无价值论的缺陷	/14
三 余 论	/30
第二章 结果无价值论	/33
一 结果无价值论的由来和现状	/34
二 我国的刑事立法特征和结果无价值论	/43
三 结果无价值论的落实	/51
四 结语	/67
第三章 犯罪构成体系	/68
一 对我国犯罪构成体系的批判及其评析	/69
二 德日犯罪体系论的问题及其转变	/77
三 我国的犯罪构成论的努力方向	/85
四 结语	/96
第四章 社会危害性	/97
一 主观违法要素的由来	/98
二 对主观违法要素的批判	/101
三 对我国社会危害性论的反思	/106
四 结语	/109
第五章 不真正不作为犯	/111
一 问题意识	/111
二 不作为犯因果关系的诸见解及其缺陷	/114
三 作为义务论的实体及其不足	/118
四 “排他支配设定说”及其展开	/125
五 结语	/134
第六章 刑法因果关系	/135
一 刑法因果关系论的研究对象	/136

二 刑法因果关系的特点 /142

三 刑法因果关系的认定 /145

四 刑法因果关系的意义 /158

第七章 客观处罚条件 /160

一 客观处罚条件论的历史沿革 /161

二 客观处罚条件的争论焦点和现状 /164

三 对我国刑法学中相关问题的几点看法 /169

四 结语 /176

第八章 单位犯罪 /179

一 单位犯罪的定义 /180

二 单位犯罪的成立条件 /183

三 单位犯罪中的疑难问题 /198

四 单位犯罪规定之反思 /206

第九章 刑事责任 /215

一 刑事责任的意义 /216

二 刑事责任的本质 /220

三 刑事责任的地位 /225

第十章 犯罪故意 /231

一 “行为和结果之间的因果关系” 是否是“明知” 的内容 /232

二 “违法性认识” 是否是“明知” 的内容 /235

三 “明知” 的程度 /239

四 若干思考 /242

第十一章 过失犯 /250

一 过失犯承担刑事责任的主观根据 /251

二 过失犯的客观方面 /254

三 过失犯的主观方面 /264

四 过失犯认定中的两个特殊问题 /272

五 结语 /278

第十二章 事实认识错误 /279

一 错误论和故意论的关系 /280

二 事实认识错误的处理原则 /281

三 具体事实错误的处理 /287

四 抽象事实错误的处理 /294

五 结语 /301

第十三章 正当防卫的主观条件 /302

	一 正当防卫主观条件的具体分析 /304
	二 相互斗殴和挑拨防卫 /307
	三 偶然防卫 /317
	四 结语 /320
第十四章	假想防卫过当 /322
	一 问题意识 /322
	二 假想防卫过当的罪过形式 /326
	三 假想防卫过当能否减免处罚 /333
	四 结语——兼评上述两个案例 /340
第十五章	紧急避险的法律性质 /342
	一 紧急避险的法律性质 /343
	二 对生命的紧急避险 /351
	三 对自招危险的紧急避险 /356
	四 紧急避险与正当防卫的界限 /360
	五 结语 /367
第十六章	被害人承诺 /369
	一 被害人承诺的类型和法理基础 /369
	二 被害人承诺的成立条件和法律效果 /376
	三 对有瑕疵的承诺的处理 /383
	四 推定承诺 /392
	五 结语 /396
第十七章	未遂犯中的危险及其判断 /397
	一 未遂犯的处罚根据 /398
	二 未遂犯中的危险判断 /401
	三 结语 /410
第十八章	共犯的本质 /412
	一 共犯本质的学说 /413
	二 行为共同说的妥当性 /418
	三 过失共同犯罪 /425
	四 片面共同犯罪 /431
	五 结语 /439
第十九章	共犯的处罚根据 /441
	一 共犯处罚根据论概说 /443
	二 引起说的内部对立 /447
	三 共犯处罚根据论的应用 /454

四 结语 /476

第二十章 死缓限制减刑 /478

一 指导案例的基本内容 /479

二 死缓限制减刑的法律性质 /480

三 死缓限制减刑的适用条件 /483

四 死缓限制减刑的适用效力 /492

五 结语 /496

第一章

行为无价值论

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

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

^① 之所以说“二元论”是行为无价值论的变种，是因为正如后述，在违法性的认定上，尽管它也强调结果无价值的重要性，但认为最终起决定作用的还是行为人的主观以及行为形态是否合乎道德伦理秩序等行为无价值的一点。

心态, 还有行为人的身份 (义务), 才能得出妥当结论。因为, “成为犯罪的行为, 不单是对法益具有侵害或者危险, 还必须是违反社会上一般所公认的道德即社会伦理规范的行为”^①。

就目前我国刑法学通说的立场来看, 应当说, 在社会危害性的认定上, 是接近于上述行为无价值论中的“二元论”立场的。如绝大多数教材都认为, 造成客观损害结果的行为, 是受人的主观因素支配的, 它表现了人的主观恶性, 是主观见之于客观的东西, 所以, 社会危害性必然是客观要素和主观要素的统一。^② 关于决定犯罪的社会危害性大小的因素, 主流观点认为, 包括行为侵害的客体, 行为的手段、后果以及时间、地点, 行为人自身的情况以及主观要素等。^③ 另外, 近年来, 随着对社会危害性理论研究的深入, 社会危害性概念所特有的主观性、模糊性的缺陷日益暴露, 一些学者提出借鉴德日刑法学中的违法判断的“二元论”, 即将结果无价值和行为无价值二者结合起来考虑行为是否违法的理论来重塑我国的社会危害性理论。^④ “中国刑法不能简单地选择行为无价值论或者结果无价值论的立场, 而应当兼顾这两种立场的长处, 所以, 按照二元的行为无价值论立场来建构中国刑法学体系就是合理的”主张, 是其典型体现。^⑤

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

我认为, 德日的将结果无价值和行为无价值折中的“二元论”, 无论从其自身的内在逻辑、适用标准还是从理论根据来看, 都存在严重缺陷, 难以为我国的社会危害性论的重构提供一条新的路径。以下, 对此进行详细探讨。

① [日] 大谷实:《刑法总论》, 黎宏译, 6页, 北京, 法律出版社, 2003。

② 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编), 73页, 北京, 中国法制出版社, 1999; 马克昌主编:《刑法学》, 31页, 北京, 高等教育出版社, 2003。

③ 参见王作富主编:《刑法》, 34页以下, 北京, 中国人民大学出版社, 1999。

④ 具体参见李海东:《刑法原理入门 犯罪论基础》, 47页, 北京, 法律出版社, 1998; 刘为波:《论说的底线——对以社会危害性为核心话语的我国犯罪观的批判性考察》, 载陈兴良主编:《刑事法评论》, 6卷, 132页以下, 北京, 中国政法大学出版社, 2000; 周光权:《法治视野中的刑法客观主义》, 218页以下, 北京, 清华大学出版社, 2002; 王安异:《刑法中的行为无价值论与结果无价值论研究》, 135页以下, 北京, 中国人民公安大学出版社, 2005。

⑤ 参见周光权:《法治视野中的刑法客观主义》, 218页以下, 北京, 清华大学出版社, 2002。

一 行为无价值论的由来、发展和现状

(一) 行为无价值论的由来

“结果无价值”和“行为无价值”，本是日本学者对德文 *Enfolgsunwert* 和 *Handlungsunwert* 的直译，但是，现在已经为我国大陆和台湾的学者所广泛使用，因而成为一个约定俗成的刑法专门用语。前者是指结果本身因为违反法秩序而值得否定评价，后者是指和结果相对独立的行为方式、方法本身因为偏离社会一般人的观念而值得否定评价。^①

在德国，最早提出这对概念的是波恩大学教授威尔泽尔（Hans Welzel）。他在上个世纪 30 年代末的一篇论文中指出：“违法，不是可以行为人所引起的结果（法益侵害）而一言以蔽之的。行为，只有属于某个特定的人的行为的时候，才是违法。该客观行为出自什么样的目的，行为人所实施的行为形式，当时，行为人具有什么样的义务，所有这些，和偶然发生的法益侵害一道，都对行为是否违法，具有决定作用。违法性，常常是和一定行为人有关的行为的否定评价。违法是和行为人有关的人的行为无价值，因此，即便是同样的行为现象，因为参与者不同，违法的分量也不一致。公务员在执行公务之际，和非公务员一起对他人造成伤害的时候，对公务员的处罚比对非公务员的处罚要重。刑法第 50 条第 3 款的规定就是以这种人的违法观为基础的。有时候，虽然是同样的行为，对某个人而言是正当的，但对另外的人来说，则是非法的。如利用他人合法行为的非法的间接正犯就是如此。因果的法益侵害的见解，在明确结果（侵害法益）所具有的意义方面，具有贡献。就大部分犯罪而言，其本质是侵害或者威胁法益。但是，这种结果也是人的违法行为的一部分，并非意味着只要具有法益侵害，就能决定行为的违法性。法益侵害（结果无价值）在刑法上，只有放在人的违法行为（行为无价值）当中才具有意义。人的行为无价值，是对所有犯罪都能认可的违法性。结果无价值（被侵害或者受到威胁的法益），是某种犯罪（结果犯、危险犯）中的并不独立的要素。有的犯罪，虽然没有结果无价值，但是具有行为无价值。不能犯就是这种情况。”^② 这里，威尔泽尔首次提出了在违法性的评价上所存在的两种倾向：一种是传统的主张犯罪是侵害法益，因此，意图以侵害或者威胁法益来评价行为是否违法的倾向；另一种是新兴的主张犯罪是违反规范，因此，意图以违反规范的行为和结果来概括违法的倾向。而且，他本人主张后者即行为无价值的倾向。

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

^② [德] Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., 1969, S. 62. 转引自 [日] 板仓宏：《现代型犯罪和刑法的论点》，53 页，东京，学阳书房，1990。

威尔泽尔的这种想法在当时，确实有些惊世骇俗。德国当时的通说是客观违法论，认为违法只和客观外在事实即行为结果相关，而行为人的主观、内心事实的考虑则被放在了责任论的部分，即坚持“违法是客观的，责任是主观的”立场。显然，威尔泽尔的主张与这种通说观点是背道而驰的。在威尔泽尔看来，不仅迄今为止被作为责任基础的故意，连目的、动机等不要求有与之相应的客观要素的所谓“超过的主观要素”也是影响违法性的要素，应当列入违法评价对象当中。之后，他继续批判传统观点即将违法性看法益侵害或者危险的观点，是只看到了违法性的“结果无价值”的一面的“结果无价值论”，而主张只有综合考虑了行为和结果两个方面的“行为无价值”才是违法性的本质的“行为无价值论”。这样，在违法性的本质问题上，德国刑法学界就有了“行为无价值论”和“结果无价值论”之间的对立。

在日本传统的刑法学当中，尽管没有使用行为无价值和结果无价值这样的概念，但是，在违法性的问题上，或者重视行为本身的违反伦理性，或者注重结果的侵害法益性的分析方法还是存在的。如早在上个世纪30年代，泷川幸辰教授和佐伯千仞教授就主张违法性的本质是侵害或者威胁刑法所保护的利益，提倡法益侵害说。^①但是，由于在当时的日本，占压倒性地位的学说是牧野英一教授、小野清一郎教授等所提倡的规范违反说，认为违法就是违反法规范，因而结果无价值论者的呼声非常微弱，几乎没有什么影响。这种局面，随着上个世纪50年代，威尔泽尔所提倡的行为无价值和结果无价值的理念和分析方法与他首创的“目的行为论”一起被捎带进日本，之后得到了进一步的强化。改变这种局面的，是平野龙一教授。他在上个世纪70年代出版的一本教科书中写道，刑法的任务不是维持伦理秩序，而是“以具有不同价值标准的人为前提，这些不同的人在维持共同生活的基础上所必要的基本价值，需要通过刑法来加以保护”^②，明确地说明，刑法的作用不是维持社会伦理秩序，而是保护国民共同生活的利益。这种见解出现之后，在学界引起了轩然大波。一时间，关于刑法的任务观的讨论成为刑法学界的热门话题。这种有关刑法观讨论的影响，远远超出了违法性本质的理解范围，波及了过失犯论、未遂犯论以及不能犯论等传统上作为构成要件符合性的内容加以研究的领域，以至于现在有学者认为，在战后的日本刑法学当中，能够和在战前绵延数十年、席卷众多刑法学者、涉及刑法学的众多领域的所谓客观主义对主观主义的“学派之争”相比肩的，恐怕只有“行为无价值论”与“结果无价值论”之争了。^③在学界，根据对这

① 如泷川幸辰教授认为，违法的实质是侵害或者威胁生活利益。所有的法律都是为了人而存在的，而不是相反。刑法中的违法行为所指向的被害人的利益，是说明违法实质的关键。刑法的任务在于，通过进行国家强制，防止侵害他人利益的行为。以上内容，参见〔日〕泷川幸辰：《犯罪论序说》，80页以下，东京，有斐阁，1947。另外，佐伯千仞教授也主张，违法性的实质，最终只能看作对法益的侵害或者威胁。〔日〕佐伯千仞：《三订刑法讲义总论》，174页，东京，有斐阁，1978。

② 〔日〕平野龙一：《刑法总论I》，49页以下，东京，有斐阁，1975。

③ 参见〔日〕堀内捷三：《刑法总论的要点》，载《法学セミナー》，1986（379），36页。