

结果无价值论与行为无价值论的对立及其趋向

——以围绕基本立场的对立为视角

(日)関哲夫 著 王 充 译

【摘 要】结果无价值论与行为无价值论是日本二战后围绕刑法解释学基本立场的一个对立,是结果无价值论与二元的行为无价值论之间的对立,它决定着学者们对于刑法学问题的思考。最近,基于刑法的本质机能是法益保护的立场上,为实现对于法益的全面保护,同时为了一般预防,强调有必要处罚那些具有法益侵害危险性行为的行为无价值论逐渐变得有力了,围绕实质违法性的讨论开始转到如何把握作为刑法射程范围的法益侵害的危险性上面。在现代的所谓风险社会中,结果无价值论与行为无价值论的对立实际上就是事后处理型刑法观与事前预防型刑法观的对立。

【关键词】结果无价值论;行为无价值论;危险社会;事后处理型刑法观;事前预防型刑法观

【作者简介】関哲夫,日本国学院大学教授,法学博士(东京 150-8440)。

【译者简介】王充,吉林大学法学院教授,法学博士(长春 130012)。

【原文出处】《吉林大学社会科学学报》(长春),2016.5.116~127

【基金项目】“2011计划”司法文明协同创新中心研究成果;吉林大学哲学社会科学青年学术领袖培育计划(2015FRLX12)。

一、围绕基本立场的对立

刑法解释学,是通过对刑法条文的解释工作来揭示刑法意义和内容的学问。基本立场规定着解释者的基本思考倾向,又指明了刑法解释结论的方向。在对结果无价值论与行为无价值论进行考察之前,首先要对日本刑法解释学中围绕基本立场存在的对立进行简要梳理^①,以求能够使结果无价值论与行为无价值论对立的意味更加鲜明。

(一)客观主义与主观主义

刑法解释学中,围绕犯罪、犯罪人与刑罚的基本理解而展开的争论,可以理解为是围绕着构成犯罪的行为事实到底是什么而发生的争论。客观主义,是认为构成犯罪的行为事实应该从发生于外界的具体行为、结果等客观的事实中去寻找的主张,也就是古典学派(旧派)的立场。与此相对,主观主义,是认为构

成犯罪的事实应该从行为者的反社会性格、动机等主观的事实中去寻求的主张,即近代学派(新派)的立场。由于近代学派的观点被认为存在着使罪刑法定原则空虚化从而最终会导致自由、人权被侵害等问题,另外,古典学派的观点与日本战后新宪法的理念相契合,因此,现在立足于古典学派的客观主义的认识成为主旋律。可是,在讨论行为人的危险性而需要导入保安处分、为了限制短期自由刑而需要扩充罚金刑、导入缓刑、假释等问题的时候,其实已经意味着近代学派的认识被部分地接受了。另外,针对意志自由的问题,从非决定论出发主张相对的意志自由论,从决定论出发主张柔软的决定论,这都表明两大学派的主张在逐渐靠近。

(二)体系的思考与问题的思考

日本的刑法解释学是受到德国精致的理论刑法学的影响而发展起来的。因此,日本的刑法解释学

具有重视理论的精致性和体系的整合性的特点。这样的体系的思考,具有以下两个方面的优势:一方面,使解释者(法官)意识到刑法解释的范围、界限;另一方面,为针对社会成员的处罚提供预测可能性。可是,这种体系的思考也存在着必须要注意的、不可忽视的地方。首先,在坚固的理论体系的外衣下隐藏着体系的思考所掩盖的将法解释作为主观价值判断的手段之危险。其次,体系的思考,因为具有浓厚的、抽象的、概念的、形式的色彩,采用脱离社会现实生活的思考,存在着未必能够得出与现实的具体状况相符合的结论之危险。

为了克服体系的思考所存在的这些问题而被提倡的方法就是问题的思考。^{[19][21]}提起这种观点的学者们主张:刑法解释学的意义在于针对现实发生的具体问题得出妥当的结论,如果过分拘泥于犯罪论体系的思考就会陷入为体系而体系的困境。这并不是说犯罪论体系自身没有意义,而是说体系并非目的所指,体系的核心追求只是为了明晰具体事件的社会意义,通过预测具体的结论所可能产生的社会影响,以探求妥当且合理的结论。因此,即便是有的情况下体系中存在着矛盾,也一定要得出妥当的结论来。问题的思考指出了体系的思考存在的问题点,提出了值得倾听的意见。即便如此,可以说日本刑法学中体系的思考倾向仍然是非常明显的。而且,针对问题的思考,也存在着批评其仅仅是为了结论的方便而容许采取个别的、分裂的思考方法的说法。

说到底,那种完全否定体系的思考、全面贯彻问题的思考的观点在学说中并没有占据支配的地位。毋宁说,以体系的思考为基础,同时,相应地采取必要的问题的思考,在现有的学说中是支配性的思考方法。需要指出的是,犯罪论体系以及其所立基的体系的思考,绝不是完成的、封闭的存在,而是向社会现实开放的、向其他体系开放的存在,而且必须如此。体系的思考,为了迅速地应对社会所提起的新的课题,必须能够灵活运用为获取解决问题提供新视角的问题的思考。刑法解释学,即便是以理论体

系为前提,在明确其价值判断、价值体系的同时,还必须包含不断地进行批判和验证其立场的内容。如果犯罪论体系不再具有解决现代的、具体的刑法问题的能力,那么,就不应该将体系的思考与问题的思考看做是对立、矛盾的双方,而应该将问题的思考作为“水源”来对体系的思考进行经常的、必要的“修正、补强”。

(三)形式的犯罪理论与实质的犯罪理论

作为犯罪理论的特征之一,以往类型的、形式的犯罪理论逐渐被实质的、价值的犯罪论所渗透和取代。^②这虽然是围绕违法性本质的形式的违法性论与实质的违法性论的对立,但是论争的场所发生了变化,争论被扩展至有关犯罪认定理论的对立之中,在这个意义上,可以说是形式的违法性论与实质的违法性论对立的“加时赛”。

形式的犯罪理论是指在犯罪认定时优先考虑形式的合理性,重视从刑罚法规条文的文言、文理中导出形式的范围、类型,对于具体的问题来说,是在这个形式的范围、类型的框架之内探求实质的妥当性。总之,对于这种观点而言,可以说是在形式妥当性的框架内探求实质的妥当性,以形式的妥当性为中心、将形式的合理性作为第一要义的主张。与此相对,实质的犯罪理论就是在犯罪认定时优先考虑实质的合理性,重视不局限于刑罚法规条文的文言、文理含义的实质的价值判断,对于具体的问题来说,是超越形式的范围、类型来探求实质的妥当性。总之,对于这种观点而言,可以说是优先于形式的妥当性以探求实质的妥当性,以实质的妥当性为中心、将实质的合理性作为第一要义的主张。

作为形式的犯罪理论与实质的犯罪理论对立的典型例子,可以举出在罪刑法定原则中禁止类推解释的射程范围的问题。例如,有学者认为应该以刑法各本条所预想的法的犯罪定型、犯罪类型这样的构成要件的框架为基准来划定被允许解释的范围。^{[3]58}也有学者认为应该以成文法所用词语的可能意义范围、行为当时社会所通用语言的含义的界限这样的语言学意义上的框架为基准来划定被允许

解释的范围。^[4-6]

与此相对,实质的犯罪理论基本认为应该重视能够担保实质合理性的实质的解释,但即便是在支持这种观点的学者中,就有关被允许的解释的界限、框架上也存在着不同的看法。例如,有学者认为应以国民的预测可能性为基准来划定被允许解释的范围^③;也有学者主张应通过比较衡量与法条文词语的本来含义和处罚的必要性之间的距离来划定被允许解释的范围。^{[7]-[60]}除此之外,形式的犯罪理论与实质的犯罪理论的对立,在实行行为的概念、正犯的概念、共谋共同正犯理论的存否等问题上表现突出。

二、违法性的各个侧面

对于结果无价值论与行为无价值论的讨论,首先要确认一下有关违法性本质的相关议论。

(一)主观的违法性论与客观的违法性论

主观违法性论与客观违法性论的对立,可以理解为主要是围绕着“刑法规范的指向对象”、“刑法的收件人”的争论。针对“刑法规范的指向对象”这个问题,主观的违法性论的回答是“刑法规范只针对可以遵循命令、禁令而行动的人”^{[8][69]},只有理解命令、禁令,并且能够遵循命令、禁令进行意思决定的人才能实施违法行为。根据这种观点,只有理解命令、禁令并遵循命令、禁令行为的人,也就是具有责任能力的人的行为才可以成为违法性判断的对象,因此,违法性与有责性的射程范围就是一致的。另一方面,针对“刑法规范的指向对象”这个问题,客观的违法性论的回答是“刑法规范是指向大千世界的所有事象”,或者说,“刑法规范是指向所有的人”,也即是说,刑法规范以所有的人为对象。那么,对于违法性来说,行为者的责任能力等主观的能力、故意与过失等主观的要素就不会成为问题了。按照这种观点,违法性是与行为者的责任能力、故意与过失无关的客观的判断,因此,违法性与有责性的射程范围是不同的。

对犯罪行为进行评价的违法性是客观的,对犯罪人进行评价的有责性是主观的,这种思考方式通

常以“违法性是客观的,有责性是主观的”的命题表现出来。这个命题作为学说中的一个原理被接受,客观的违法性论也成为支配性的看法。可是,在客观的违法性论的内部,围绕违法性判断的射程范围是扩展至包括所有事象在内还是仅限定为人的行为仍存在着认识上的差异。

(1)认为违法性判断的对象是包含了自然现象、动物等大千世界的一切事象中法益侵害或危险的状态的观点就是物的客观的违法性论。^{[9][305][483]}于是,对人的客观的违法性论,就会批评其为了限定“不正”的范围而导致遭遇危险或危难的人承受严苛的结果。

(2)与此相对,将违法性判断的对象限定为人的行为的观点就是人的客观的违法性论。^{[10][125][11][62][12][68]}于是,针对物的客观的违法性论,就会批评其模糊了“不正”与“危难”的区别,从而使正当防卫与紧急避险的不同被掩盖了。

现在,日本的学说中依然坚持“违法性是客观的,有责性是主观的”,以客观的违法性论作为基本出发点。那么,在客观的违法性论中,人的客观的违法性论具有明显优势,而物的客观的违法性论则与之对抗。其中,主张所谓行为无价值论的学者大多倾向于支持人的客观的违法性论,而主张所谓结果无价值论的学者大多倾向于支持物的客观的违法性论。

(二)形式的违法性论与实质的违法性论

形式的违法性论与实质的违法性论的对立,可以理解为是围绕着“应该到何处去寻求违法性的基础”、“违法性的根据”的争论。对于“应该到何处去寻求违法性的基础;这个问题,形式的违法性论的回答是“在实定的刑罚法规中寻找”。依据这种观点,因为违法性是以行为形式的违反刑罚法规为要点,因此,违法性中难以包含量的评价要素,只能进行违法性的有无判断。与此相对,实质的违法性论的回答是“从实定的刑罚法规所据以成立的实质的根据中去寻求”。也即是说,行为被评价为违法是因为其侵害或危及了作为实定刑罚法规所据以成立的实质

根据。于是,如何理解这个实质的根据,就出现了结果无价值论与行为无价值论的对立。依据实质的违法性论,所谓违法性的要点就是行为实质地违反了作为刑罚法规基础的理念与原理、行为侵害或危及了支撑刑罚法规的实质根据,因此,违法性中可以包含量的评价要素,从而使违法性的判断不仅包含有无的判断而且还可以包含质量与程度的判断。

面对“为什么盗窃他人的财物是违法的”问题,进行“其该当日本刑法第235条,违反了刑罚法规的规定”这样的形式回答,进而,应该还会追问“为什么日本刑法第235条要将盗窃他人财物的行为作为违法行为来进行处罚?”对于这一点,形式的违法性论仅仅从形式的意义上对违法性进行回答,并没有回答“为什么”的疑问。最终,对于违法性判断的实质基础的追问在逻辑上必然就成为实质违法性论的主题。可是,这并不是说要完全地排斥形式的违法性论。从刑罚法规来看罪刑法定原则是妥当的,通过刑罚法规的规定以限定国家刑罚权范围的形式违法性概念犹如防止液体外溢的容器那样,发挥着重要的机能。那么,形式的违法性论与实质的违法性论的对立,说到底就是围绕违法性的本质是重视形式的合理性还是重视实质的合理性的对立,对于这一点,与在犯罪认定时是优先考虑形式的合理性的形式的犯罪理论还是优先考虑实质的合理性的实质的犯罪理论的对立具有相通性。

(三)实质的违法性的意义

那么,探讨实质的违法性的意义是什么?实质的违法性概念,顾名思义,第一,就是为形式的违反实定的刑罚法规的判断提供实质根据,同时,明确违法性判断的有无与程度^④,为可罚的违法性提供理论根据,使各刑罚法规中只规定值得处罚的违法性。第二,实质的违法性概念,由于揭示了违法性的实质原理,因此作为其反面,可以提供正当化(违法性阻却)的一般原理。据此,通过揭示实定刑罚法规中没有规定的超法规的正当化(违法性阻却)原理,从而明确超法规的正当化事由(违法性阻却事由)的存在。

三、结果无价值论与行为无价值论对立的内容

结果无价值论与行为无价值论的对立是立足于客观的违法性论,针对“应该到何处去寻求违法性的基础”问题,为了回答“寻求作为刑罚法规基础的实质根据”的实质的违法性论而进行的讨论,在这个意义上,可以说是围绕着“应该从何处寻求作为刑罚法规基础的实质根据(理念、原理)”的对立。如前所述,从20世纪70年代尤其是自70年代后半段开始,日本开始真正展开有关结果无价值论与行为无价值论的讨论,大体上可以分为三种不同的观点:即结果无价值论、纯粹行为无价值论以及(二元的)行为无价值论。

(一)结果无价值论

对于“到何处寻求刑罚法规基础的实质根据(理念、原理)”的问题,如果回答是“从保护法益中寻求”的话,就是结果无价值论。这种观点是经由法益论的路径,采用以法益为中心构成实质违法性的法益侵害说。在此,重视行为法益侵害或危险的质与量,即便是考虑到行为的样态,也只不过是从事行为样态所具有的法益侵害的一般的危险性的角度来考量的。这种观点,对于刑法的本质机能,认为法益保护是第一要义,对于作为实质违法性内在的正当化(违法性阻却)的一般原理来说,在逻辑上必然以法益衡量说、利益衡量说作为基本出发点。

主张结果无价值论的内藤谦是这样论述的:1)刑法与伦理的严格区别。“强调刑法的社会伦理机能,就必然会导致轻视作为历史的、社会的存在的法与伦理所各自独有的领域与机能。近代社会,是以法与伦理的区别为前提之一,刑法作为近代法的一个部门,是为了保护人的重要的生活利益而存在的,不是为了教习社会伦理而存在的。与此相对,近代社会中的伦理,说到底,是以人的内心作为课题的,是比刑法的领域更高层次的、不应该通过刑罚来强制的领域。”^{[13]38-39}2)刑法的任务。“结果无价值论是以将违法的实质求之于法益的侵害或危险这样的客观的要素、刑法的机能、任务是保护人的生活利益(从

能够通过法来保护的层面来看的话,可以说就是‘法益’)的立场为基础的。刑法不会因为违反社会伦理而介入,只有在发生了他人生活利益的侵害或危险时才开始介入。”^{[13]39}

(二)纯粹的行为无价值论

与此相对,对于“到何处寻求刑罚法规基础的实质的根据”的问题,如果回答是“从刑法规范或社会相当性中去寻求”的话,就是行为无价值论。这种观点是经由规范论的路径,采用以刑法规范、社会相当性为中心构成实质违法性的规范违反说。在此,重视行为的规范违反的质量,即便是考虑法益侵害或危险的话,也只不过是从事行为的规范违反所具有的一般的危险性的角度来考量的。这种观点,对于刑法的本质机能,可以说必然是将规制机能、秩序维持机能作为第一要义的。因此,作为实质违法性内实的正当化(违法性阻却)的一般原理就是以目的说、社会伦理说、社会相当性说为基本出发点。

在日本的学说中也有主张纯粹行为无价值论的学者。^{[14]83, 123}可是,在此还是想引用在德国强烈主张纯粹行为无价值论的韦尔策尔(Welzel)的观点。1)行为无价值。“不法,不能通过与行为者人格相分离的结果惹起(法益侵害)而被穷尽,行为只有作为特定行为人的作品(Werk)时才是违法的。不法,是与行为者相关的‘人’的行为不法。因此,‘法益侵害’(结果无价值)在刑法上,只有是在人的违法的行为(行为无价值)的内部才有意义。人的行为的无价值是所有刑法上犯罪的一般性的无价值。事态无价值(法益被侵害或者被危及)是多数犯罪(结果犯与危险犯)中非独立的因素。在具体的场合,可能存在着虽然具有行为无价值但欠缺事态无价值的情况。比如,不能未遂就是如此。”^{[15]62}2)刑法的任务。“刑法的任务,就是保护基本社会伦理的价值,通过保护基本社会伦理的行为价值来保护法益。”^{[15]4}

依据纯粹行为无价值论的观点,构成人的行为不法、人的行为无价值是刑法上所有犯罪的共性,构成人的行为无价值的要素是主观要素(内心的要素)也就是目标设定、心理准备等目的性,法益侵害或危

险这样的事态无价值(结果无价值)在多数犯罪中都是非独立的要素,只不过是人的违法行为的一部分要素而已,即便是欠缺事态无价值也不会导致行为无价值的缺失。

(三)(二元的)行为无价值论

现在日本的学说中,综合结果无价值与行为无价值的二元的观点非常有力,通常这种观点被称为行为无价值论。这种二元的观点,一般说来,倒不如说被称为二元的行为无价值论、综合的行为无价值论可能更妥当一些,但遵循惯例,我在此也将其称为行为无价值论。^⑤

这种观点的主张对于纯粹的行为无价值论所过度强调的社会伦理秩序、社会伦理规范保持高度敏感和警戒感。这种观点虽然主张刑法的本质机能是规制机能、秩序维持机能,但对于实质的违法性概念,则倾向于强调其违反了抹掉伦理色彩的规范、违反行为准则、偏离社会的相当性。

主张这种行为无价值论的板仓宏是这样论述的。1)刑法与社会规范的关联。“由于法是为了保护生活利益的存在,因此法益保护是刑法的基本原则,所以就要贯彻结果无价值论,这是不是很片面的思考呢?即便法并不是为了教习社会伦理的存在,但仍然无法否认法作为将社会生活上的规则强制客观化为社会规范的手段之功能。为了保护生活利益,这样的社会规范是必要的。”“即使行为侵害了法益、但被社会规范所允许的情形不也是随处可见吗?偏离社会规范行为的违法性难以被讨论,就是因为违法性的讨论不仅要考虑侵害生活利益的一面,还要考虑行为的偏离社会相当性的行为无价值的一面,从刑法的机能是法益保护、社会规范维持的立场出发,不是也可以为这种思考方法提供根据吗?”^{[16]2}2)实质的违法性。“伴随着社会生活的复杂化,各种法益纵横交错,在发生法益相互冲突的现代的不同场合,仅仅依据法益侵害这个结果的无价值无法确定其实质的违法性”。“认为缺乏社会相当性的法益侵害才是构成违法性实体的看法,是与现代社会生活关系的实态相匹配的。将法益保护作为刑法基本原则的

结果无价值论的彻底化,不就是在向认为违法性是违反实定法的形式违法论(在价值观、生活利益(法益)的冲突相对和缓的、古典的田园社会中是比较妥当的思考方式)开倒车吗?”^{[116]26}

四、结果无价值论与行为无价值论对立的现状

(一)判例的倾向

对于判例的倾向,比如伪装自杀事件,1958年(昭和33年)最高裁判所的判决认为,“本案中被害人受被告人欺罔的结果是,产生了被告人会追随其自杀的预期,从而产生了死的决意。很明显这个决意并非其真实意愿而是具有重大瑕疵的意思。那么,尽管被告人没有追随自杀的意思但却欺罔使被害人误信其会追随自杀的行为该当一般的杀人罪”。^⑥另外,对于为了骗取保险金而实施的同意伤害事件,最高裁的决定表明,“在被害人承诺身体伤害的情况下能否成立伤害罪?仅仅考虑存在承诺这个事实是不够的,还需要对照承诺的动机、目的、伤害身体的手段、方法、损害的部位、程度等各个情况来决定。在本案中,具有以假装基于过失的汽车冲突事故来骗取保险金的目的,获得被害人承诺而故意使自己驾驶的汽车发生冲突事故负伤的情况下,上述承诺被骗取保险金这个违法的目的所利用是违法的,因此不能认为其可以阻却该伤害行为的违法性的看法是妥当的”^⑦。从这些判例可以看出,判例是明显站在

行为无价值论的立场上。^⑧

(二)刑法总论与刑法各论中的主要论点

结果无价值论与行为无价值论(二元的行为无价值论)的对立是贯穿于刑法本质的机能到刑法总论与刑法各论等非常广泛领域之中的问题讨论。

就刑法总论中的主要论点而言,结果无价值论与行为无价值论的观点对比如下:(见表1)。

刑法各论的问题中,对于如何反映结果无价值论与行为无价值论的对立,讨论并不是非常深入。因为刑法各论中的问题都存在着固有的特殊情况,因此未必能够直截了当地反映结果无价值论与行为无价值论的对立。例如,对于伪装自杀,是成立杀人罪(第199条)^⑨还是仅仅成立参与自杀、同意杀人罪(第202条)?^{[17]1718]15-16}另外,伪证罪中的陈述的虚伪性,是支持主观说^{[19]609]20]617}还是客观说^{[17]472]18]596}抑或裁判时的纯客观说?这些议论可以说还是反映了结果无价值论与行为无价值论的立场。另一方面,例如,对于妨害公务罪中职务行为的适法性的判断基准来说,以行为时为标准的客观说^{[17]426]18]546]19]571}妥当还是以裁判时为标准的纯客观说^{[19]567]4]289]21]605}妥当?这个讨论没有直接反映学者们的结果无价值论与行为无价值论的立场,讨论的状况就非常错综复杂。究其原因,在这里考虑的是公务执行这一国家法益与个人法益应该如何进行比较衡量的问题。具体而言,以行为时的情况为前提被认为是适法的职务行为,可

表1 结果无价值论与行为无价值论学说对立情况一览

	结果无价值论	行为无价值论
刑法的本质机能	法益保护机能	规制机能、秩序维持机能
实质的违法性	法益的侵害或危险(法益侵害说)(刑法所保护利益的侵害或危险)	偏离社会相当性的法益侵害或危险(规范违反说)
正当化的一般原理	法益衡量说(优越的利益说)	社会相当性说
思考方法	法益论的路径	规范论的路径
主观的违法要素	否定的倾向但是,对目的犯的目的、未遂犯(着手未遂)的故意存在肯定说的观点	肯定的倾向
主观的正当化要素	否定	肯定
过失犯	旧过失论(以预见可能性为中心)	新过失论(新新过失论)(以结果回避义务为中心)
未遂犯、不能犯	客观的危险说、具体的危险说	抽象的危险说、具体的危险说
共犯	因果共犯论、惹起说	不法共犯论、责任共犯论
可罚的违法性	法益侵害的(绝对的、相对的)轻微性	法益侵害的轻微性+偏离社会的相当性

是如果以事后的、客观上的视角来看就有可能因为欠缺合法性的要件而被认为是违法的,对于这种情况应该如何处理?这是学者们考虑到妨碍公务罪固有的特殊情况的结果,应该说学者们的观点也主要反映了这一问题。

五、对结果无价值论与行为无价值论的若干考察

就有关结果无价值论与行为无价值论的对立所讨论的各个问题,笔者将针对主观要素与“违法性是客观的”命题之间的关系、主观要素与实质的违法性的关系进行若干考察。

(一)主观要素与违法的客观性

站在客观的违法性论的立场上,尽管会承认“违法性是客观的”这个命题,但当进行违法性判断时考虑主观要素(例如目的与意图、故意与过失等)常常会面临这样的批判,即这样做是否与客观违法性论的立场之间存在矛盾?

针对这样的批判,行为无价值论从三个方面进行反驳:第一,从判断基准的客观性出发进行反驳。也就是说,“违法性是客观的”这个命题是要求违法性的判断基准应该是客观的,即便是将主观要素作为违法性判断的资料,只要违法性判断的基准是客观的,那么与客观的违法性论就不存在矛盾。第二,从主观要素的两面性出发进行反驳。也就是说,例如,故意这种主观要素虽然是主观方面存在的要素,但是作为以法益侵害或危险这样的结果无价值或者规范违反性这样的行为无价值所着色的主观的违法性要素,同时又是直接地表征反规范的人格态度的责任要素,无论是在违法性判断中还是在有责性判断中当然都应该考虑,因此这与客观的违法性论并不矛盾。^⑩第三,从判断层次的不同出发来进行反驳。也就是说,如主观的违法性论与客观的违法性论的对立所表现的那样,违法性是主观的还是客观的,这是有关违法性与有责性的关系的问题。与此相对,结果无价值论与行为无价值论的对立是有关实质违法性的判断对象的问题,与主观的违法性论

与客观的违法性论的对立处于不同的层面上,因此,即便是采取行为无价值论,责任能力也不会被作为违法性判断的对象,其与客观的违法性论并不存在矛盾。

另一方面,如果贯彻结果无价值论,违法性判断的客观性通过彻底的结果无价值来实现,为了落实这个目标,就需要尽可能地将对之会产生影响的主观要素从违法性中排除出去。从这个意义上来说,违法性判断的基准、对象都应该是客观的,在违法性判断中考虑主观要素、行为样态等与客观的违法性论之间存在着矛盾,因此是不妥当的。^⑪可是,在主张结果无价值论的学者中,也有一部分学者肯定主观的违法要素。例如,平野龙一将伪造货币罪(148条)中使用的目的、盗窃罪(235条)中非法占有的意思、进而将着手未遂中的故意、“以后行为为目的的犯罪”中的主观要素等作为主观的违法要素。^⑫

(二)主观要素与实质的违法性

在违法性判断中,主张应该考虑主观要素的行为无价值论,可以分为三种不同的看法^⑬:

1)规范违反性规定说认为:主观要素并不影响法益的侵害或危险性,只是影响规范违反性、偏离社会的相当性而需要被考虑。^⑭2)危险性规定说认为:由于主观要素仅仅影响法益的侵害或危险性,因此,在这个意义上,主观的违法要素是构成法益侵害的危险性的要素。^{[10][134][22][1453]}二分说认为:在主观要素中,存在着仅影响法益侵害性的要素与不影响法益侵害性但影响规范违反性、偏离社会相当性的要素。^⑮

现在,这三种观点都被看做是肯定主观要素存在的行为无价值论。可是,这三种观点,如果从结果无价值或者是从行为无价值来看的话,明显是站在不同的立场之上,有必要做进一步的区分。例如,规范违反性规定说认为主观要素不会影响法益侵害性,只会影响规范违反性、偏离社会相当性,那么,就是从行为无价值的立场上来把握主观要素的。反之,危险性规定说认为主观要素影响法益侵害性的意义上是主观的违法要素,那么,就是从结果无价值

的立场上来把握主观要素的。在这个意义上,危险性规定说与部分肯定主观的违法要素的结果无价值论者的观点是一致的。另一方面,二分说将主观要素可以从行为无价值的侧面来把握与可以从结果无价值的侧面来把握区别开来,这是认为行为无价值与结果无价值可以并存的观点。

的确,问题的关键在于主观要素是如何影响结果无价值的呢?

(三) 法益保护与实质的违法性

最近,在主张行为无价值论的学者中,从刑法的任务是法益保护的立场出发,基于对法益保护的全面的担保或者是从一般预防的观点出发,强调有必要对具有法益侵害危险的行为进行扩大处罚的观点非常有力。^{[23][3][24][15]、234}换言之,围绕实质违法性讨论的主阵地开始向法益侵害的危险性的判断转移,要考虑什么样的因素、以什么时点为基准、使用何种标准、对于行为危险性的判断等成为讨论的焦点。据此,各学者的观点是不是行为无价值论,还是说这早已不是行为无价值论而是结果无价值论,只不过是标签问题、假象问题而已。

六、结果无价值论与行为无价值论对立的趋向

(一) 向个别问题转移

对于结果无价值论与行为无价值论的对立,虽然相比于以前显得沉寂化了,可是,这并不是因为一方的立场相对于另一方取得了压倒性的胜利而被终结,而是共同认为在若干个个别的问题上仍然存在着尖锐的对立。^{[25][19][26][332]}

结果无价值论与行为无价值论是实质违法性的意义、对象、实质违法性的要素、实质违法性判断问题的“入口”,对于更为根本的刑法的任务,具体的在刑法总论与刑法各论中的各个问题来说,刑法解释者迫于逻辑的一贯性,在这个限度内,为刑法解释者的思考倾向、解释结论的方向提供了立场的规定。因此,学者们在有意识地以这个基本立场进行解释时,常常也意识到了这个基本立场的逻辑的一贯性,而且,解释还必须面对各个问题所固有的特殊情

况应该如何考量这样的疑问。更为具体地说,如果将结果无价值论与行为无价值论的立场一以贯之的话,某学者的观点应该是“甲说”,可是他却采取了与之不同的“乙说”,这就面临如下的困境,即要么需要面对“是不是欠缺逻辑的一贯性”这样的批判,要么就需要面临“因为重视该论点的固有的特殊情况而主张乙学说”的论证要求。这些对于学者而言是非常痛苦的事情。

结果无价值论与行为无价值论的对立逐渐沉寂化的原因,也可能还有其他因素,即这种过度单纯化的二元对立的架构、通过择一的观点来对各个论点进行检讨的做法,可能已经使学者们“够了”、“累了”。

(二) 法益侵害危险性的判断

如上所述,各学者的观点,到底是结果无价值论还是行为无价值论,这只不过是标签的问题、假象的问题而已。那么,围绕实质违法性讨论的主阵地,开始转移向法益侵害危险性的判断,也就是行为的危险性在刑法中的射程范围应该如何把握的问题,以刑法的任务(本质的机能)是法益保护为前提,应该适用何种基准、应该考虑哪些因素、应该在哪个时间点来判断行为的危险性就成为问题讨论的焦点。

考察现在的讨论状况,以具体的判断为中心可以进行如下分类:

1. 实质违法性的实质根据:即实质违法性(作为其反面的正当化、违法性阻却)是根据什么来进行判断。对此有四种不同思考倾向:1)只考虑“法益侵害或危险”;2)重视“法益侵害或危险”,附带考虑“违反社会规范或违反社会规则”;3)同时考虑“法益侵害或危险”与“违反社会规范或违反社会规则”;4)重视“违反社会规范或违反社会规则”,附带考虑“法益侵害或危险”。

2. 实质违法性的判断标准:即实质违法性通过何种标准(以谁为标准)来进行判断。对此有四种不同思考倾向:1)科学法则、自然规则;2)科学的一般人;3)法官或解释者;4)通常的一般人。

3. 实质违法性的判断资料:实质的违法性需要

考虑哪些因素来进行判断。对此有四种不同思考倾向:1)只考虑会影响“法益侵害或危险”的客观情况;2)考虑会影响“法益侵害或危险”的主观情况与客观情况两个方面;3)考虑会影响“法益侵害或危险”与“违反社会规范或违反社会规则”的主观情况与客观情况两个方面;4)考虑会影响“违反社会规范或违反社会规则”的主观情况与客观情况两个方面。

4. 实质违法性的判断时点:实质违法性应该基于哪个时点来进行判断。对此有四种不同思考倾向:1)事后判断(站在事后法官的立场上,考虑行为后发生的情况以及判明的所有情况);2)重视事后判断+事前判断;3)重视事前判断+事后判断;4)事前判断(站在行为时行为人的立场上,考虑行为存在的情况以及行为时应该预见或认识的情形)。

(三)事前预防型刑法观的抬头

如上所述,如果考虑到围绕行为的危险性所出现的具体的对立中心,很明显可以看出结果无价值论与行为无价值论的对立开始向如何灵活应用刑法以处理犯罪这种纷争的问题上转移。

1. 从事后处理型刑法观到事前预防型刑法观。就上述从1)到4)的判断对象而言,倾向于采取1)学说的观点拒绝将刑法规范的内容在行为时固定化,强调刑法作为“裁判规范”的机能,是“为了事后处理刑事纷争而使用刑法”这样的刑法观,即是以“作为事后处理刑事纷争工具的刑法”这种事后处理型刑法观为基础的。与此相对,就上述从1)到4)的判断对象而言,倾向于采取4)学说的观点则认为刑法规范内容在行为时应该是固定化的,强调刑法作为提示国民行为规则或行为准则的“行为规范”的机能,是“为了事前预防刑事纷争而使用刑法”这样的刑法观,也就是说,是以“作为事前预防刑事纷争工具的刑法”这种事前预防型刑法观为基础的。最近,这种事前预防型刑法观的倾向比较强烈。

事后处理型刑法观与事前预防型刑法观的对立,虽然还未被充分的认识,但是正如已经揭示的那样,例如,刑法规范到底是重视行为规范还是裁判规范(制裁规范)的性质相关联。如果强调刑法的行为

规范的侧面,将刑法理解为是以一般社会成员作为指向对象来规定行为准则的规范的话,就接近于作为事前处理型的刑法观。与之相对,如果强调刑法的裁判规范,将刑法理解为是以裁判所(裁判官)为指向对象来规定裁判准则的规范的话,就接近于作为事后处理型的刑法观。^⑥那么,事后处理型刑法观与事前处理型刑法观的对立,不用说这是和“最小政府”与“最大政府”的政府观相关联的。

2. 风险社会。现代社会可以说是“风险社会”^⑦[27][28]1-5,265。随着科学技术的高度化、专门化;社会制度的复杂化、多层化;经济活动的集约化、分工化的发展,危险逐渐高度化、积累化、隐蔽化。另一方面,原来的共同体逐渐解体,对于危险的管理、统制的影响力不断减弱。而且,人际关系稀薄化,社会成员孤立化,因此社会成员渴望安全感、安心感,对危险去除、危机管理保持强烈关注,于是,就出现了毫不犹豫地除去危险、管理危险委之于法的规制、法的制裁尤其是刑事制裁这种公权力介入的状况。进而言之,人们期待、希望出现这样的状况。

因此,在刑法领域中,就出现了基于法益保护的稀薄化而使刑罚处罚扩大化的现象。^⑧具体而言:第一,规定处罚预备、阴谋,也即是说,相比较于对具有现实危险性的实行行为进行处罚,将处罚提前到前一阶段的准备行为、谋议行为^⑨;第二,规定处罚抽象的危险犯,也即是说,规定处罚不需要证明保护法益危险的有无、程度的抽象危险犯^⑩;第三,规定处罚单纯的行为犯,也即是说,将法制度、法程序自身而非实体的个别法益做为保护法益,规定针对与此相违背的单纯违反行为的处罚^⑪;第四,规定未遂与既遂等同视之,也即是说,规定未遂犯与既遂犯接受相同的处罚^⑫;第五,规定对共犯的独立处罚,也就是说,处罚独立的犯罪教唆、犯罪帮助的行为等^⑬;第六,象征性的刑事立法,尽管无法期待立法能够实现对于犯罪问题的有效对应、无法期待通过刑罚的威吓、再社会化来实现抑制犯罪的目的,但是立法者迫于国内、国外要求解决犯罪问题的压力,仍然通过刑事立法的方式^⑭表明迅速而且坚决地应对这种犯罪问题

的态度。^②

这样,现代日本社会中的刑法,可以认为是从事后处理型刑法向事前预防型刑法转变。这种现象,是取代以法益侵害或危险为基本出发点的事后处理刑法,进行以一般预防为目标的预防刑法的设计。虽然这是基于为了回避危险、除去危险而对刑法进行有效的灵活应用的想法,但必须要注意的是,这实际上是以社会成员的自由、权利作为“担保”的。想象在一切国家、一切社会都普遍妥当的刑法是非常困难的,这只能存在于观念的世界。刑法必须根据各国不同的社会状况、犯罪状况来进行规定,必须体现该国所固有的特殊情况,那么,结果无价值论与行为无价值论的对立、事后处理型刑法观与事前处理型刑法观的对立,当然会对应该国家、该社会的要求而出现不同的内容和不同的讨论状况。在这个意义上,可以说刑法当然是反映时代状况的历史产物。

注释:

①本文仅以日本刑法解释学为主要考察内容。

②需要指出,有一部分学说并非“形式的犯罪理论与实质的犯罪理论”的对立而是“形式的犯罪理论与实质的犯罪论”的对立。

③参见町野朔:《刑法総論講義案》,东京:信山社,1995年,第73页;另可见大谷实:《刑法講義総論》,新版第4版,东京:成文堂,2012年,第68页。这里所说的“国民的预测可能性”与“词语的可能的意义范围”不同。

④作为违法性的质,比如“即便在民法上是违法的,但在刑法上也未必是违法的”(如通奸);作为违法性的量,例如“盗窃100日元与盗窃1亿日元在实质的违法性上存在着程度的差别”。

⑤一般说来,将这种观点称为“行为无价值论”,因为这种观点原本是以行为无价值论为基础,而且是作为结果无价值论的对立面而存在的。

⑥最判1958(昭和33)11·21刑集12·15·3519;判例时报169·28。

⑦最判1980(昭和55)11·13刑集34·6·396;判例时报

991·53;判例タイムズ433·93。

⑧参见久留米车站事件最大判1973(昭和48)04·25刑集27·3·418;判例时报699·107;判例タイムズ292·199。

⑨最判1958(昭和33)11·21;大塚仁:《刑法概说》(各论),东京:有斐阁,2005年,第19-20页;大谷实:《刑法讲义各论》,新版第4版,东京:成文堂,2013年,第21页。

⑩对此,也有观点从构成要件是违法行为类型的同时还是责任行为类型的立场来进行反驳。

⑪参见内藤谦:《刑法講義総論》(上),东京:有斐阁,1983年,第215页。另外,有关结果无价值论行为无价值论的资料,可参见内藤谦:《刑法理論の史的展開》,东京:有斐阁,2007年,第169页以下。

⑫参见平野龙一:《刑法総論I》,东京:有斐阁,1972年,第122、314、333页以下(对于中止犯的法的属性采取违法性减少·消灭说);另可见松原芳博:《刑法総論》,日本评论社,2013年,第103页以下。

⑬对于以下的三种观点,各位学者未必是基于明确意识而进行的论述,或者说,并没有非常明确地表明自己的观点。因此,以下有关各学者的分类未必就是妥当的。

⑭板仓宏的观点属于这种类型。参见板仓宏:《違法性における行為無価値論と結果無価値論》,中义胜编:《論争刑法》,东京:世界思想社,1976年,第25页以下。

⑮即便都是属于这种类型的观点,但结论却未必都是一致的,一般认为目的犯中的目的是影响法益侵害性的要素,与此相对,大多认为故意(或过失)是仅影响规范违反性和社会相当性的因素。对于这一点,目的犯中的目的、预备犯与未遂犯中的故意、非法占有的意思等虽然是对法益侵害危险性的存否和高低具有重要影响的主观违法要素,但是,从法益保护的立场出发,禁止故意行为的行为准则(行为规范)与禁止过失行为的行为准则(行为规范)在刑法规范上应该相互区别的,进而故意和过失的构成要件也是不同的,这是符合刑法一般预防目的、更为合理的看法。参见井田良:《講義刑法学·総論》,东京:有斐阁,2010年,第107页以下。

⑯许多采取规范论的学者都认为裁判规范(制裁规范)是作为行为规范的担保而存在的,如果没有裁判规范则行为规范是不会有实际效果的,刑法规范兼具行为规范与裁判规范的属性。

⑰一般认为“基于法益保护的早期化使处罚前置化”是“危险社会”刑法的特征。的确,这种指出了刑法介入早期化的观点无疑是妥当的,但这只是指出了现代社会中刑法的一

部分特征,如果用从事后处理型刑法向事前处理型刑法的变化来概括这个特点的话可能更为精确。

⑮如刑法典中以往规定的内乱预备和阴谋罪(第78条)、私战预备和阴谋罪(第93条)、杀人预备罪(第201条)等。

⑯如刑法典中的现住建筑物等放火罪(第108条)、他人所有非现住建筑物等放火罪(第109条第1款)、名誉毁损罪(第230条)等。

⑰例如1948年《大麻禁止法》(昭和23年法律第124号)第26条。

⑱特别刑法中,如1930年《防止及处分盗犯法》(昭和5年法律第9号)第2条;最近,如1988年《消费税法》(昭和63年法律第108号)第64条第2款;2002年《有关鸟兽保护以及狩猎适正化法》(平成14年法律第88号)第83条第2款、第84条第2款。

⑲如刑法典中参与自杀罪(第202条前半段);特别刑法中1947年《国家公务员法》(昭和22年法律第120号)第110条第17项;《地方公务员法》第61条第4项、第62条等;最近,1999年《禁止非法访问行为法》(平成11年法律第128号)第12条第2项等,

⑳特别刑法中,因为发生地铁沙林事件而引起的有关奥姆真理教等特定宗教团体一系列刑事立法。

㉑这些现象表明在以被害人感情为支点展开的重罚化和刑法解释论运动中具有现代的事前预防型刑法观的特征。

参考文献:

[1]平野龙一:《刑法の基礎》,东京:东京大学出版社,1966年。

[2]平野龙一:《刑法の機能的考察》,东京:东京大学出版社,1984年。

[3]团藤重光:《刑法纲要総論》第3版,东京:创文社,1990年。

[4]曾根威彦:《刑法総論》第4版,东京:弘文堂,2008年。

[5]林幹人:《刑法総論》第2版,东京:东京大学出版社,2008年。

[6]松宫孝明:《刑法総論講義》第4版,东京:成文堂,2009年。

[7]前田雅英:《刑法総論講義》第6版,东京:东京大学出版社,2015年。

[8]宫本英修:《刑法大纲》,东京:弘文堂,1935年。

[9]内藤谦:《刑法講義総論》(中),东京:有斐阁,1986年。

[10]西原春夫:《刑法総論》(上卷),东京:成文堂,1998年。

[11]佐久間修:《刑法総論》,东京:成文堂,2009年。

[12]大谷实:《刑法講義総論》第4版,东京:成文堂,2012年。

[13]内藤谦:《違法性における行為無価値論と結果無価値論》,中义胜编:《論争刑法》,东京:世界思想社,1976年。

[14]増田丰:《規範論による責任刑法の再構築》,东京:劲草书房,2009年。

[15]H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.

[16]板仓宏:《違法性における行為無価値論と結果無価値論》,中义胜编:《論争刑法》,东京:世界思想社,1976年。

[17]西田典之:《刑法各論》第6版,东京:弘文堂,2012年。

[18]山口厚:《刑法各論》第2版,东京:有斐阁,2010年。

[19]大塚仁:《刑法概説》(各論),东京:有斐阁,2005年。

[20]大谷实:《刑法講義各論》第4版,东京:成文堂,2013年。

[21]高桥则夫:《刑法各論》第2版,东京:成文堂,2014年。

[22]福田平:《全訂刑法総論》第5版,东京:有斐阁,2011年。

[23]井田良:《刑法総論の理論構造》,东京:成文堂,2005年。

[24]井田良:《講義刑法学・総論》,东京:有斐阁,2010年。

[25]桥爪隆:《違法論》,《法律时报》,2009年第6号。

[26]仲道祐树:《論争の終わらせ方》,高桥则夫等编:《理論刑法学入門》,东京:日本评论社,2007年。

[27]Ulrich Beck:《危険社会》,东廉、伊藤美登里译,东京:法政大学出版社,1998年。

[28]金尚均:《危険社会と刑法》,东京:成文堂,2001年。