



大陆法系刑法理论中违法性的若干问题

马克昌

一、违法性的概念

所谓违法性，指行为根据法的见地不能允许的性质。所谓违法，意味着在对法的关系中行为是无价值的，在这个意义上，可以说对行为的法的无价值判断。违法性是犯罪的成立要件之一，是一切犯罪需要共同具备的性质。可是，对某种犯罪，于法律的规定中特别用“无故”（日本刑法第130条）、“不法”（第220条）或“无正当理由”（日本轻犯罪法第1条第2号等）、“擅自”（第7号等）这样一些表示违法性的词语。这样的犯罪被称为“强调违法性的犯罪”，这当然不是说只有这些犯罪才以违法性为犯罪的成立要件。不过，刑法没有把违法性作为犯罪成立的积极要件来规定，而只规定了消极的阻却违法性的情况。因为构成要件是违法类型，行为符合构成要件，在通常情况下该行为即具备违法性，只有例外地违法性被阻却的场合，说明阻却违法性事由成为主要的课题。刑法典也立于这样的见地，所以不规定什么是违法，只规定阻却违法性事由。由于违法性是在法全体即法秩序的观念中被认为无价值性或无价值判断，因此，第一，行为是否违法意味着不仅在刑法范围内而且必须从法全体的观念来决定。第二，没有违法性的场合，换言之违法阻却事由的有无意味着也不仅在刑法范围内，而且必须从法全体的观点来决定。从而刑法上所规定的违法阻却事由，不是限制违法阻却事由的范围，而是限于规定违法阻却事由的典型情况。这是日本学者关于违法性的观点。

俄国总检察长斯库拉托夫等在其主编的著作中对违法性解释说：“违法性这一制度作为犯罪要件只是到了1958年才在我国的立法中出现。刑事违法性——这是犯罪被相应的刑法规范以对犯罪人适用刑罚相威胁而被禁止的性质。违法性是对犯罪社会属性的实体评定在法律上的表现。”

俄国刑法理论上的违法性观点是对前苏联刑法理论上的违法性观点的继承，与日本刑法理论上违法性的观点相比，可以看出两者的差别：前者所说的违法性只是限于刑事违法性，而后者是指对整个法秩序的违反，即所谓一般的违法性。

能否承认一般的违法性与刑法的违法性的区别，学者之间意见还有分歧。日本学者西原春夫认为，“违法”一词，有用于一般的违法性的意义的场合与用于刑法的违法性的意义的场合。所谓一般的违法性，是违反作为全体的法秩序的情况，反之，所谓刑法的违法性，是违反刑法规范的情况。一般的违法性是不仅刑法，而且民法、行政法等所有的法领域的共同的违法概念，在这个意义上，不论杀人、通奸、不履行债务都是违法。这种违法概念，决不可能否定。然而，在刑法领域，以科处刑罚为前提的违法性是成问题的，在刑法的意义上是违法还是不违法必须加以说明。通奸虽然是违法，由于现在没有处罚它的刑罚法规，所以不能处罚。这样可以说，对通奸现行刑法上不认为违法。为此，有必要提出特殊刑法的违法性的概念。前苏联学者在刑法领域通常只说刑法违法性，并强调指出，“这里所谈的是关于刑事违法性，即触犯刑律的问题，而不是违反其他法律或法律规范”。然而，木村龟二对此持不同看法，他认为：“……关于违法性好像有刑法上特殊的违法性似地，用刑法的违法性，可罚的违法性等词语，都是不妥当

的。”木村教授之所以不赞成刑法上的违法性的提法，原因在于他所认为的违法性是从法的全体的观点所作的无价值判断。其实这并不妨碍刑法、民法、行政法等各有自己的特殊的违法性，因为一般总是寓于特殊之中。所以我们认为西原教授和前苏联学者的观点是能够成立的。

二、违法性的本质

围绕违法性的本质，有形式的违法性与实质的违法性的观念及客观的违法性论与主观的违法性论的对立。

（一）形式的违法性与实质的违法性

日本学者川端博认为，开始将形式的违法性与实质的违法性对置的是德国学者李斯特。李斯特认为：“1. 形式违法是指违反国家法规、违反法制的要求或禁止规定的行为。2. 实质违法是指危害社会的（反社会的）行为。违法行为是对受法律保护的个人或集体的重要利益的侵害，有时是对一种法益的破坏或危害。”以后德、日刑法学者多将两种违法性对置起来论述。

1. 形式的违法性。所谓形式的违法性，指违反法秩序或者违反法规范。德国学者麦凯尔（Adolf Merkel 1836—1896）、宾丁这样理解违法性的本质。麦凯尔1867年在其出版的论文集中，否定法，即认为违反客观的法秩序本身是违法。宾丁在其大著《规范及其违反》中，将犯罪不是作为违反刑罚法规，而是作为违反成为刑罚法规的前提的规范来把握（规范说）。这些从形式上确定违法性是违反法律的规定，或者违反根据法律的规定论理上推导出的规范，总之，是实定法主义的违法性论。

形式的违法性与构成要件的关系，日本学者木村龟二作了论述。他认为，刑法上被认为违法的行为以构成要件上成为违法为必要。由于构成要件将违法行为定型化，所以行为符合构成要件，作为原则意味着该行为是违法的。在这个意义上，可以认为构成要件是违法性的存在理由，或者是违法性的征表。换言之，符合构成要件的行为，只要没有阻却违法事由，就能认为是违法，因为该行为违反成为构成要件要素的行为的前提的命令规范或禁止规范。例如，如果实施日本刑法第199条的构成要件的杀人的行为，作为原则违反成为该条前提的不得杀人的禁止规范；又如实施符合刑法第130条后段的不退出罪的构成要件的不作为，受要求而不从该场所退出，就违反成为该条前提的命令规范即违反如有要求必须从该场所退出的规范，能认为是违法。这样，由于行为违反法的命令或禁止的规范，具备根据法的见地不能允许的性质，称为“形式的违法性”。符合构成要件的行为，只要没有阻却违法事由，就是形式上违法。

2. 实质的违法性。由于形式的违法性的定义没有明确违法性的实质，并且实际上对行为违法判断之际也不能作为标准使用，特别是解释各个构成要件或者阻却违法事由的场合自不必说，就是决定法律没有规定的所谓超法规的正常事由是否存在的场合，也没有揭示标准。因此应当努力探求违法性的实质。

关于如何把握实质的违法性，现在可以看到两种倾向。第一，认为违法性的实质是违反社会伦理规范，这种主张叫规范违反说。它认为所谓违法是违反客观的法，经过黑格尔或黑格尔学派的刑法理论，由宾丁的规范说强有力地展开，经由M. E. Mayer的文化规范说给予日本以大的影响（小野、团藤、大塚等）。与此相反，第二，认为违法性的实质是对法益的侵害或危害，这种见解叫法益侵害说，费尔巴哈认为所谓违法是对权利的侵害，被认为这是法益侵害说的先驱的主张。法益侵害说始于Birnbbaum的提唱，通过李斯特等的主张而普及，在日本也受到很多人的支持（宫本、泉二、泷川、佐伯等）。上述实质的违法性的两种说法，着眼点不同：后者着眼于作为行为的结果对法益的侵害这一点，反之，前者重视行为本身的意义。由此后者归结为结果无价值论，前者被认为与行为无价值论相结合。

（1）国家社会的伦理规范说。大塚仁认为违法性的实质是违反国家社会的伦理规范，并且对其内容必须注意以下几点：

第一，可以作为违法性的基础的伦理规范，必须是从国家、社会的观点加以规定的规范。我们虽然并不是不能思考在舍去国家的意义上的社会的伦理规范或人类普遍的伦理规范，但今日的刑法作为国家的刑法，由国家所制定，预想作为其基础的伦理规范，不能不受国家、社会的见地所制约。迈耶所谓“为国家所承认的文化规范”，牧野英一、木村龟二的“公的秩序”，小野清一郎的“国家的法秩序”等观念，都不外着眼于这样一点。

第二，违法性的实体不是静止的、固定的，而是随着时代变动不停的，具有动的、发展的性质。与历史的进展同时，以动而不停的社会文化为背景，国家、社会的观念也是不断地推移不停的。违法性的判断，一方面虽然从法的稳定性的见地，要求某种静态的、固定的思考，同时另一方面，在某实体变迁中必须找到某一时期作为适当标准的具体的国家、社会的伦理规范。

第三，作为现实的问题，国家、社会的伦理规范，可能具有相当多的分歧的内容。特别是因为在今日

具体的国家社会中，伴随文明、文化的进展，不同的社会意识或种价值观念的对立，招来相互的矛盾，所以实际上特别寻求可据以判断的标准，一般是很困难的。然而，满足于无益的相对主义的立场不能允许。一方面要尊重担负维持法的稳定性这样的法秩序本身的重大使命，同时应当找出适合社会进化的伦理规范。

(2) 侵害法益不可缺少的原则。大谷实赞同实质的违法性的内容的二元论，即实质的违法性指违反社会伦理规范的侵害法益行为。由此他特别论述了侵害法益不可缺少的原则。他认为，因为违法性的实质是违反伦理规范的对法益的侵害，所以，第一，侵害法益的事实只要没有发生就没有违法，因此，关于实质的违法性，认为“没有侵害法益就没有违法性”的原则是妥当的。这称为“侵害法益不可缺少的原则”或“保护法益不可缺少的原则”。第二，侵害法益的事实明确之后，综合①被侵害的利益与由侵害所保护的利益的比较衡量，②行为的动机、目的，③行为的手段、方法，④行为的具体情况，该侵害法益违反社会伦理规范时，即具备实质的违法性。其次，由于在社会上种种价值观的对立，确定什么是社会伦理规范并非易事。再者，因为社会伦理规范随着时代或社会的变化而变化，认识什么成为社会伦理规范本身，常常出现困难。然而，违反社会伦理规范的要件成为必要，因为是为了导出适应作为道义的报应的刑罚之反伦理的行为，所以一方面以人性为基础，同时以历史上形成的社会通念为基础，是可以发现在社会上成为支配的社会伦理的。

意大利学者杜·帕多瓦尼对形式的违法性与实质的违法性有其自己的见解。他说：“‘形式违法性’，是与‘实质违法性’相对应的一个概念。这二者的区别在于对定罪根据的不同认识：如将法律视为定罪的依据，犯罪的违法性即为形式的违法性。如认为应根据行为对社会的危害来认定犯罪，犯罪的违法性就被称之为实质的违法性……在20世纪初的刑法理论中，这两个概念曾相当流行，人们常用他们来解释刑法的渊源问题……不过，在我们这样采用罪刑法定原则的国家中，这二者的对立在实际上已不存在。”

在德、日刑法理论中形式的违法性与实质的违法性的对立，至今仍然存在，德、日也是实行罪刑法定主义的国家。因而我们认为，意大利学者杜·帕多瓦尼所谓在采用罪刑法定主义的国家中，这二者的对立实际已不存在的论断，也许符合意大利刑法理论的情况，但作为一般命题，并不完全符合各国刑法理论的实际。至于实质的违法性的内容，以上所述实际上有三种观点，即规范违反说、法益侵害说和二元说。德国学者耶赛克等认为，“实质的意义上的违法，是考虑包括了侵害由该规范保护的法益的行为。违法性的实质的考察，即立法者从将特定的举动置于刑罚之下的理由出发，具体的行为根据立法者的这种考虑检讨如何把握。”我们认为这一观点是正确的。立法者为什么将某种行为列入违法的范围，这是违法性的实质之所在。某种行为之所以被立法者列为违法，就在于它侵害了或可能侵害一定的法益，不侵害法益就没有违法是有道理的。自然，侵害法益的行为，必定违反规范；否则，也不会认为违法。因而上述三说，当以二元说为妥。

(二) 主观的违法性论与客观的违法性论

1. 概说。关于违法性的本质必须注意的是主观的违法性论与客观的违法性论的对立。在学说史上，虽然客观的违法性论先于主观的违法性论流行，但1867年德国学者Adolf Merkel提出主观的违法论后，得到Alexander Hold von Ferneck、Graf zu Dohna等学者的支持，这一理论一时被有力地展开；在日本得到宫本英脩、竹田直平等学者的赞同。客观的违法性论在德国原来是通说，然而20世纪初主观的违法性论一度占了优势；不久，给客观的违法性论积极奠定基础的Rudolf v. Ihering (1818—1892)、Alexander Löffler等强有力地主张以来再度复苏，特别是Mezger将法的评价规范与决定规范（意思决定规范）分开成功以来，完全处于支配地位。在日本客观的违法性论是通说。

主观的违法性论与客观的违法性论的争论在于规范是否仅仅针对理解规范的人。主观的违法以法的本质为对人的命令、禁止的命令说为出发点，持肯定的意见。认为命令仅仅对能够理解命令的意义的人才有意义，不能理解规范的意义而无责任能力者的行为，无故意、过失的行为，因为立于规范之外，不可能违反规范，从而这些行为不能说是违法。反之，客观的违法性论将法理解为客观的评价规范，认为规范也适用于不能理解规范的人，凡是违反作为客观的评价规范的法的行为，都认为是违法；对于行为是违法来说，行为人是否具有理解法的规范的意义的能力，特别是有无责任能力，在所不问。即使是无责任能力人的行为，也能够成为违法。

在这里首先应当考虑的是犯罪概念的构成，犯罪概念可以分解为互相独立的要素。从这样的观点看上面的争论，主观的违法性论在违法性的评价中也包含责任的评价，犯罪概念就成为是仅由单纯的违法行为成立的。从而在这里如果仅仅根据所述的旨趣，客观的违法性论是优越的。并且，刑法规范超越于无论不理解规范的人，或没有打算理解的人，或不能理解的人而客观的存在是不能否定的。刑法规范既是客观的存在，违反刑法规范也能客观地确定。因此，作为犯罪认定论理的顺序，首先确认客观上违反刑法规定的

行为（违法性的评价），其次，判断理解规范的能力或理解可能性（有责性的评价），将缺乏有责性的人的行为，在这一阶段从犯罪中除外的思考方法，应当说在论理上是可能的。并且这样的思考方法，由一般到特殊，与所谓实务的犯罪认定方法也相一致。

我们认为，客观的违法论虽然是德、日的通说，但还是值得研究的。因为按照此说，自然现象与动物造成的危害，也有违法性，所以新客观的违法性论不得不指出，“因为毕竟这些不能成为法规范的对象，违法性不过只是人的行为的问题。”如果说过去“违法性是客观的”、“责任是主观的”这种观念居于支配地位时，还能认可客观的违法性论的成立，那么，现在在承认构成要件包括主观的要素的情况下，客观的违法性论就不宜予以肯定。比较起来，似不如主观的违法性论为可取。

2. 违法性与有责性的区别。违法性与有责性的区别，勿宁可以认为是当为（Sollen）与可能（Können）的区别。因为规范是指向所有的人的，预定人是一般的人，一方面在一般人的能力的范围内课以义务，同时另一方面不考虑各人的特殊的能力的程度。从而，在判断是否违反当为的违法阶段，经常以一般人为前提，是否缺乏责任能力，是否存在期待可能性，与各人能力有关的情况都不加以考虑。他一方面，作为当为的规范，不仅行为这样的外部的事实，而且及于意思或目的这样的内部的事实。例如“以杀意杀害人”是规范的内容，目的犯中的目的、取得罪中不法取得的意思、正当防卫中防卫的意思等主观的违法要素，故意、过失等，都成为与外部的行为有关的作为当为的对象。深入了解这样的主观的情况，为了认定行为是否违反规范，是违反怎样的规范的行为，是绝对必要的。要注意考虑主观的情况，并不就是主观的违法论。所谓主观的违法性论本质上是违法判断之际考虑行为人的规范理解能力及理解可能性。反之，判断对一般人来说遵守规范是可能的、对行为人来说是不可能的这种情况，完全是可能的问题，不属于违法判断，而属于责任判断。责任能力、期待可能性、违法性意识的可能性等，都可以认为是决定有责性的要素。

德、日刑法学者通说认为，犯罪是符合构成要件、违法且有责的行为。按照这种观点，违法与责任是符合构成要件的行为的两项犯罪的评价，这两者不仅是各各不同内容的评价，而且评价的阶段也不相同，即首先考察是否违法，如被评价为违法，其次才考察是否有责。违法评价总是先于责任评价，只有被评价为违法的行为，责任评价才成为问题。在刑法上不存在不违法而有责的行为。我们认为，根据这样的观点，上述违法性与有责性的区分才有意义。

三、违法要素

（一）客观的违法要素与主观的违法要素

1. 客观的违法要素。因为构成要件是违法类型，所以构成要件的客观的要素作为原则是客观的违法要素。因为违法性的判断如后所述是具体的非类型的判断，所以不属于符合构成要件事实的事实，也成为它的对象。侵害法益、危险的程度，行为的手段、方法，行为的形态等也成为违法要素。再者，关于阻却违法事由的要素，例如，被害人的同意也成为消极的意义上的违法要素。关于客观的处罚条件，有认为这是客观的违法要素或责任要素的见解（佐伯千仞、中山研一），例如，破产犯罪中的破产宣告确定虽然被认为给由债务人隐匿财产的行为的违法性以影响，但因为客观的处罚条件基于国家政策的理由，所以应当认为与作为犯罪的成立要件的违法性、责任没有直接关系（通说），客观的处罚条件不是客观的违法要素。

2. 主观的违法要素。作为主观的违法要素，（1）作为特殊的主观的构成要件要素的目的犯中的目的、表现犯中行为人的心理的经过或状态、倾向犯中行为人的内心的倾向，（2）故意或者过失，（3）其他人的要素（行为的动机、目的等）成为问题。应当承认主观的违法要素吗？应当在怎样的范围承认它？对此有学说上的对立。旧时根据“违法性是客观的，责任是主观的”之见地，不承认主观的违法要素的存在，认为这些主观的要素是责任要素的立场处于支配地位。其后，目的犯中的目的是不要求与其对应的客观要素存在的“超过的内心倾向”，在这个场合，因为给予侵害法益的危险性以影响，主张应当承认主观的违法要素的立场成为有力的，进而就表现犯及倾向犯承认主观的违法要素的立场也成为支配的观点。第二次世界大战以后，在目的的行为论的影响下，认为作为给予行为的违法性以影响的故意、过失成为主观的违法要素的见解也成为有力的，进而主张行为的动机等也成为违法要素的见解。木村龟二、佐伯千仞、团藤重光、福田平、大塚仁、西原春夫等均持这种观点。

这样，学说的演变，可以说是趋于逐渐扩大主观的违法要素的方向，并且日本判例也正面承认主观的违法要素；但另一方面，有根据法益侵害说的立场，重新全面否定主观的违法要素的观念之说（中山研一、大越义久、前田雅英），或者限制主观的违法要素只肯定一部分之说正在抬头（平野龙一、内藤谦）。作为超过的内心倾向的目的等，其本身给予行为的法益侵害、危险以影响，即使从法益侵害方面

看，也应认为是决定违法性的因素，所以，否定主观的违法要素的观念的见解不妥当。再者，与其对应的客观的要素（例如，杀了人的事实），关于存在的故意，因为其客观的要素既已成为违法要素，虽然有在既遂犯中故意不能成为主观的违法要素之说，但即使惹起法益侵害，由于它不违反社会伦理规范而有社会的相当性，应当认为违法性被阻却，由于故意、过失及无过失给予行为的社会的相当性以重要的影响，不承认故意、过失是主观的违法要素的见解是不恰当的。这样，给行为的法益侵害性或规范违反性以影响的主观的事实，都应认为是主观的违法要素，行为的目的、动机、内心的状态等，在该限度内应当认为成为作为主观的违法要素的违法性判断的对象。再者，主观的要素被认为是阻却违法性的要件场合，例如，正当防卫中的防卫的意思，在消极的意义上成为主观的违法要素。为了使这样的行为正当化的主观的要素称为主观的正当化要素。

（二）人的违法要素

所谓人的违法要素，指根据人的违法论（观）所承认的主观的违法要素。人的违法论是由德国学者威尔哲尔首先提倡的，他认为：对法秩序来说重要的是行为人决定怎样的目标而实施行为，根据怎样的心情实施其行为，行为人负有怎样的义务而实施行为，所有这些随着可能产生的法益侵害决定行为的违法。根据人的违法论，如果从行为的外形观察，即使是同一现象，由于其参与人的性质、参与人的目的、心情、违反义务等的“与行为人有关的‘人的’”要素，所有给予行为的违法性以影响的，都成为违法要素。对人的违法论，将违法性的实施求之于侵害法益的反法益思想，如果彻底贯彻人的违法论，仅仅人的违法成为违法性的实质，法益侵害只不过具有作为客观的处罚条件的意义，因而有与罪刑法定主义矛盾的可能性的批判。

的确，如果深入考虑威尔哲尔的人为违法论，人的违法与法益侵害恐怕没有结合的契机。然而，在把握以法益侵害为基础的违法性的立场，一方面重视法益侵害的结果，同时给侵害法益以影响的人的要素与给行为的社会的相当性以影响的人的要素，在违法性的判断中会当然被考虑。所以，人的违法论一方面依据法益侵害说，同时利用违法性的实质可能注入丰富的内容，应当给予支持。但德国也有学者对此理论持反对态度。如Würtenberger教授写道：“如果刑法最重要任务只能决诸现时代之社会，则以人的心情之影响作为基准之‘个人’违法理论，实不足取……法益侵害或危害的客观要素之连结，于决定行为的刑事违法时，应先于主观要素如心情或义务违法等而受考虑。”

（三）行为无价值、结果无价值、危险无价值

所谓行为无价值，是着眼于行为的反伦理性而予以否定的价值判断；反之，所谓结果无价值，是着眼于行为惹起对法益的侵害或危害的结果而予以否定的价值判断。关于实质的违法性的规范违反说，以违法性的本质为行为无价值；法益侵害说以违法性的实质在于结果无价值。

行为无价值与结果无价值的对立成为违法论的主题，特别是目的的行为论抬头以后的事情。目的的行为论的首倡者威尔哲尔，试图根据事物的存在构造在目的上把握行为概念，作为它的反映，是使所谓人的不法的概念得到发展，故意、过失、无过失不是像从来那样是责任阶段的区分，而是应当在违法性的阶段加以区别，认为故意、过失是违法性的要素，同时在违法性判断标准的核心中，给社会的相当性的观念以地位，在社会生活中历史上形成的社会伦理的秩序的范围内的行为，也就是社会的相当行为，即使惹起了侵害法益的结果，也不是违法而处于可罚性之外。像从来那样，根据以故意、过失为责任要素或责任形式的传统的理论，违法性——立足于规范违反说的场合——由以法益的侵害或危害为中心来构成，为了阐明违法性与人的违法观的本质的不同，威尔哲尔认为有必要强调与结果无价值相反的行为无价值。这样的违法观，在德国于目的的行为论被克服之后，仍然为一般人所承认。

结果无价值论，指将违法性的本质求之于侵害法益的结果的见解，也称物的违法观。行为无价值论，指将违法性的本质求之于违反规范性的见解，也称人的违法观。两者的对立具体表现在如下三点：（1）关于阻却违法性事由的一般原理，结果无价值论与法益衡量说相结合，行为无价值论与社会的相当性说相结合。（2）关于主观的违法性要素，结果无价值论由于着重点在于行为的法益侵害性，作为原则不承认主观的违法性要素；反之，行为无价值论，肯定包含故意、过失的主观的违法性要素。（3）关于主观的正当化要素（例如正当防卫意思），结果无价值论认为不需要这种要素；反之，行为无价值论则认为这种要素是必要的。这种对立原是由于威尔哲尔引起的。他明确指出，将违法性的本质求之于惹起法益侵害及其危险的结果的见解是立足于“事实的无价值”的观点，是不妥当的，给行为的违法性奠定基础的，是与行为人有关系的人的违法的行为即“行为的无价值”，关于作为发生了的法益侵害的事实的结果无价值的观念与行为无价值的观念都存在。如果彻底贯彻威尔哲尔的人的违法、行为无价值的观点，由于结果无价值成为不是犯罪的本质的要素，遂导致行为无价值一元论。现在在德国正主张惹起法益侵害的事实不过是客观的

处罚条件说或者只是行为的无价值能够奠定可罚性的基础说等。

在日本关于法益侵害说的论者采取结果无价值一元论；反之，重视行为无价值的论者由于采取一方面以结果无价值为基础同时引入人的违法观的违法二元论，所以上述严格意义上的行为无价值论可以说并不存在。根据以法益侵害为违法性的基础的二元说的立场，不仅不能支持行为无价值一元论，而且认为与结果无价值分开了的行为无价值论陷于心情刑法，违背罪刑法定主义的精神，毕竟不能给予支持。另一方面，结果无价值一元论由于以侵害法益的客观的事实求违法性的本质，堵塞了通向心情刑法的事实求违法性的本质，堵塞了通向心情刑法的道路的同时，由于以侵害法益限定刑罚权的行使，符合刑法谦抑性的正确方向，但是在忽略违法性中的违反社会伦理规范方面，不能给予全面的支持。如前所述，只有违反社会伦理规范的侵害法益行为，应当认为是违法，所以，以违法二元论为正确。

在德、日刑法理论中通常只分析行为无价值与结果无价值，在日本少数学者还提出危险无价值的概念。由于这一概念还未普及，刑法教科书中大多尚未论及，但山中敬一在其著作中对此作了论述。他认为，仅仅以严格意义上的结果无价值的概念，不能全部说明可罚性的前提。结果发生了的场合，结果能够客观上归属于行为时，根据结果无价值能够给不法奠定根据。然而，在未遂犯，结果发生的“具体的危险”是给不法奠定根据的。

作为可罚性的前提的不法，不仅仅根据结果无价值，而且“危险”的存在也必须能奠定根据。这样的危险无价值的概念应当使之具有独立的意义。此际行为人的义务违反性或故意、心情，对其“危险”的认定完全没有影响。只有对结果的发生现实客观的危险性是危险无价值的判断标准。评价规范不仅现实法益被侵害的场合被认为是违反的，而且其侵害的危险发生时也被认为是违反的。

在这个意义上所谓不法，不是违反命令规范或者违反决定规范，应当认为毕竟是违反评价规范。通常只有符合构成要件的行为是违法性判断的对象，所以自然现象或动物的行动不成为违法判断的对象。

我们认为，违法性也应当是主客观要素的统一，所以，违法性的要素，不仅有客观的违法要素，而且也应有主观的违法要素。以法益侵害说为基础，人的违法论有助于违法性判断的个别化，因而应当予以肯定。关于行为无价值与结果无价值的争论，当以一方面以结果无价值为基础，同时引入人的违法观的二元论为可取。如果承认危险犯，那么，危险无价值也应当予以承认。

四、可罚的违法性的理论

（一）概说

所谓“可罚的违法性的理论”，指违法性系根据是否有值得适用刑罚的程度的实质的违法性而决定的理论；或者说是指，以不存在可罚的违法性为根据否定犯罪的成立的理论。根据这种理论，例如行为虽然似乎形式上符合构成要件，但以刑罚这种强力的对策为必要，并且只在具有与刑罚相适应的质与量的场合，才认为是违法。

可罚的违法性的理论，最初由立于谦抑主义立场的宫本英脩所提倡，其后，由佐伯千仞加以展开。佐伯博士立于法益侵害说的立场，主张某种行为即使符合构成要件，但因为该刑罚法规是预定一定程度的违法性，在被害法益轻微没有达到其程度的场合以及被害法益的性质不适于由刑罚干涉的场合，作为没有达到犯罪类型所预定的可罚性的程度的情况，应当认为阻却违法性。反之，藤木英雄根据二元说的立场主张：1、被害是轻微的。2、脱离行为的社会相当性的程度是轻微的，以这两方面为可罚的违法性的判断，行为没有达到可罚的违法性的程度时，否定构成要件符合性。再者，佐伯千仞在例如窃取他家的树栽篱笆上的一朵花之类，欠缺可罚的违法性的场合，也认为是否定构成要件本身的情况。由上所述可以看出，佐伯博士虽然也承认某些情况下，欠缺可罚的违法性时，否定构成要件符合性，但他毕竟认为还是有行为符合构成要件，由于欠缺可罚的违法性而阻却违法。这里表现了他与藤木英雄的观点的区别。

（二）标准

关于可罚的违法性的判断的标准，有两种。第一是关于违法性的量，法益侵害的轻微性，即所谓微罪性。由于微罪的原故，认为失去违法性。关于有名的一厘案件的判例完全承认这一点，采取起诉便宜主义的日本，本来不具有起诉价值的案件，可能偶而以某种理由起诉时，特别有机动的余地。总之，微罪的场合，如果可罚的违法性理论不被承认，在没有阻却违法事由存在时，法院只要没有正当理由就不能不认为有罪，因此会失去与成为缓起诉的同种案件的均衡，这将有害司法的公平。

第二个标准是关于违法性的质，是法益侵害行为的形态，根据社会伦理的观点来看价值轻微性的情况。例如，同是拍友人肩膀的行为，具有敌意的场合与为了友好的场合，刑法的意义完全不同。同是杀人，动机或犯罪行为的方法是残虐、冷酷的场合与不是这样的场合（例如安乐死）违法性的程度不同，量

刑就不一样。又如，未经允许从事医业在医师法上是违法，因此，在其从事医业之际动手术，并不是直接作为伤害罪而有刑法上的违法性。

根据以上考察可以明白：可罚的违法性论，原来虽然是提供为了决定违法性的有无的标准，但该标准同时可以说给利益衡量或者价值衡量奠定基础，并明确了违法性的相对性、阶段性。可罚的违法性理论曾在实现的实务中，特别是适用于劳动案件、公安案件或者使用的是非有争论的案件，在这些案件的场合，不仅所实施行为的外部特征，而且该行为的意义、目的或动机、利益侵害的程度等，在加害者方面与被害者方面所追求的利益的比较衡量的过程中应该斟酌的必要性，可以认为比其他犯罪格外的高。

（三）争论

关于可罚的违法性理论存在如下争论：1、木村龟二对这一理论批判说，承认刑法上特殊的违法性的观念，破坏违法的统一性。针对这一论点，大谷实指出，因为由于法律效果的不同，违法性的程度不同是当然的，所以这一批判实属不当。2、井上祐司对这一理论批判说，认为“是违法但不是可罚的”说法，有将原来正当的行为认为是违法的可能性。针对这一论点，前田雅英指出，因为认为正当的行为有可罚的违法性的观点，毕竟不符合可罚的违法性理论，所以这一批判也没有理由。3、臼井滋夫对这一理论批判说，可罚的违法性理论适用标准不明确，有扩大适用或者滥用之虞，会招致无视法律的危害。针对这一论点，大谷实指出，因为凡是违法性的判断都是具体的、个别的，所以要求划一的标准本身就是不妥当的。

俄国刑法理论中没有可罚的违法性论，但刑法学家对该国刑法典第14条第2款规定的解释，实质上与可罚的违法性论的观点是一致的。如斯库拉托夫等写道：“犯罪概念的实体——形式定义决定了必须判明，形式上具有某种犯罪要件的行为应该具有足够的社会危害性才能解决对行为人追究刑事责任的问题。依照刑法典第14条第2款的规定，虽然形式上含有某一犯罪的要件，但由于情节轻微而不具有社会危害性的行为，不是犯罪。由此可见，执法机关必须不仅要判明行为与刑法典分则中描述的某一犯罪在形式上的相似之处，而且要解决行为的社会危害性问题。评价行为危害性的标准应该是法律要件在行为中的表现程度。分析案件的事实情节并将它们与刑法典分则中描述的这种或那种犯罪的要件进行比较，就能够判明，行为的情节是轻微的或者不是轻微的。只有犯罪要件在行为中的表现程度轻微，才能证明行为的情节轻微。”这一论题是对前苏联刑法理论的继承，是立法者用以区分罪与非罪所设立的标准。

我们认为，俄国的这一刑法理论是可取的，因为只有行为具有足够的社会危害性，才可能构成犯罪。日本学者提出的可罚的违法性理论，实际上是以行为的社会危害性的程度如何为标准来认定行为是否构成犯罪的理论。这一理论有助于从实质上而不只是从形式上划清罪与非罪的界限，应当认为也是可取的。反对这一理论的观点，看来都不足以否定这一理论。

更新日期：2006-2-15

阅读次数：609

上篇文章：如何理解犯罪中止的自动性条件

下篇文章：认真对待和保障罪犯的权利

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号