

结果无价值论之展开

黎 宏*

内容提要：国外近年来的刑事立法中所体现出的行为无价值的倾向，并不意味着主张法益侵害说的结果无价值论丧失了其存在的基础和价值。在限定刑法的适用范围、探讨犯罪本质的意义上，法益论仍有其不可替代的重要意义。在我国，由于采用了和国外不同的定性+定量的刑法规定模式，结果等情节成为决定刑法处罚范围的关键，因此，在有关社会危害性的认定上，更有必要采用结果无价值论的判断方法。结果无价值论不应仅停留在口头上，更要落实在各个具体问题的研究之中。

关键词：行为 结果 无价值 立法模式

结果无价值论和行为无价值论是德日刑法学中就如何判断行为的违法性即社会危害性时使用的一对概念。前者认为，行为是否违法，是否具有社会危害性，只能以行为所引起的侵害法益结果为基础加以判断；后者则认为，行为所引起的侵害法益结果、特定的行为形态以及行为人的故意、过失、动机、目的之类的主观心理状态也都应纳入判断的基础。就德日刑法学的发展过程来看，行为无价值论一直占据通说地位，但在日本，上个世纪70年代以后，随着犯罪的本质在于侵害法益之观念的兴起，加之日本判例一贯坚持“成立犯罪，仅有某种程度的违法性还不够，必须具有值得作为犯罪予以刑罚处罚程度的违法性”的“可罚的违法性论”，因此，与该种观念具有异曲同工之妙的结果无价值论风行一时，大有取代行为无价值论之势。但是，进入本世纪之后，在近年来流行的所谓风险社会的刑法理论〔1〕的大背景下，以德日为代表的一些西方发达国家，纷纷通过刑事立法的方式，将环境以及经济秩序、公共秩序以及人的尊严等抽象的、价值判断色彩浓厚的利益也作为刑法保护法益，解构了传统学说主张的法益是具体的、可视的生活利益观念；同时，通过增设预备犯、持有犯等犯罪形式，对结果无价值论所主张的“处罚既遂犯是原则，处罚未遂犯是例外，处罚预备犯更是例外的例外”的基本立场形成了颠覆之势。对于这种状况，结果无价值论如何应对，自然引人注目。

在我国，认为犯罪的本质是社会危害性。但什么是社会危害性，对其该如何判断，则众说纷纭，莫衷一是。传统学说在这个问题上，虽然没有使用德日刑法学中的概念用语，但在基本观点

* 清华大学法学院教授。

本文是司法部法治建设与理论研究部级科研项目“结果无价值论研究”（05SFB3009）的成果。

〔1〕 关于风险社会中的刑法理论的介绍，参见劳东燕：《公共政策与风险社会的刑法》，《中国社会科学》2007年第3期；赵书鸿：《风险社会的刑法保护》，《人民检察》2008年第1期。

上,可以说接近于上述行为无价值论。^{〔2〕}特别是,近年来,一些学者主张借鉴德日刑法学中的行为无价值论来改造、重构我国的社会危害性论。^{〔3〕}这种见解在判断行为的社会危害性的时候,因为既重法益侵害结果又看侵害行为样态,还强调行为人的主观意思内容,在很多方面和我国传统的社会危害性论不谋而合,因而得到了很多人的赞同。但是,德日刑法学中的行为无价值论,无论在其自身的内在逻辑、适用标准还是理论根据上,都存在严重缺陷,难以为重构我国的社会危害性论提供一条切实可靠的路径,对此笔者已经专门撰文进行批判。^{〔4〕}但由于上述批判仅限于理论层面上的分析,缺乏实定法层面上的支持,因此,力度略嫌不够,未免有些苍白;同时,在对行为无价值论进行批判之后,在犯罪论的基本主张上,应当坚持什么立场,则没有做进一步的展开,因而留有重大遗憾。

基于上述考虑,笔者撰写了本文。在本文中,笔者首先对德日近年来的刑事立法中显现出来的行为无价值论倾向进行考察分析,之后,从我国和德日刑事立法体例上的差别出发,说明我国刑事立法中所蕴涵的结果无价值论的立场,最后就在刑法解释中如何贯彻上述立场,略抒己见。

一、结果无价值论的由来和现状

从学说史的立场来看,最先将行为无价值和结果无价值区分开并对立起来的,是德国学者威尔泽尔(Wezel)。他在上个世纪30年代的一篇论文中说:“违法,难以通过行为人所造成的结果(法益侵害)完全体现出来。行为,只有在属于特定人的某种勾当的时候,才违法。行为人赋予客观行为什么样的目的,其出于什么态度而实施了客观行为,当时,其负有什么样的义务,所有这些,都和偶然发生的法益侵害一道,决定行为的违法性。违法,通常是对一定行为人的行为的否定评价……法益侵害(结果无价值)在刑法上只有被置于人的违法行为(行为无价值)中时,才有意义。人的行为无价值,是对刑法上的所有犯罪都适用的违法”。^{〔5〕}这个见解在德国发表之后,并没有太引起注意,但在上个世纪50年代,随着目的行为论一道被传入日本之后,却产生了意想不到的效果。它不仅改变了日本学者对违法性本质的看法,而且在过失犯论、未遂犯论以及不能犯论等领域引起了革命。以至于有学者认为,战后,唯一能和日本战前的旧派(客观主义)和新派(主观主义)之间的交锋即所谓“学派之争”相比肩的,只有行为无价值论和结果无价值论之间的论争;同时,行为无价值论和结果无价值论的对立,也是使日本上个世纪70年代的刑法修改归于失败的重要原因。^{〔6〕}

那么,结果无价值论和行为无价值论所指到底为何呢?所谓结果无价值论,是以法益侵害说为基础,以“结果”为中心,考虑违法性问题的理论。这种立场在判断行为的违法性的时候,首先考虑对被害人造成了什么样的危害结果,然后由此出发,追溯该结果是由谁的、什么样的行为所引起

〔2〕 如绝大多数教材认为,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,社会危害性必然是客观要素和主观要素的统一的表述,就是其体现。

〔3〕 参见李海东:《刑法原理入门 犯罪论基础》,法律出版社1998年版,第47页;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》第6卷,中国政法大学出版社2000年版,第132页以下;周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,清华大学出版社2002年版,第218页以下;王安异:《刑法中的行为无价值论与客观无价值论研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第135页以下;郑军男:《不能未遂犯研究》,中国检察出版社2005年版,第298页以下;张军:《犯罪行为评价的立场选择——为行为无价值论辩护》,《中国刑事法杂志》2006年第6期。

〔4〕 具体内容,参见黎宏:《行为无价值论批判》,《中国法学》2006年第2期。

〔5〕 转引自〔日〕大越久:《刑法总论》,有斐阁1995年版,第75页以下。

〔6〕 参见〔日〕清水一成:《行为无价值论和结果无价值论》,载〔日〕阿部纯二等编:《刑法基本讲座 第3卷 违法论/责任论》,法学书院1994年版,第19页以下。

的，就好像是倒着看一部记录片，从结尾来回溯所发生的事件的全过程。所谓“无价值”，就是“从刑法的立场来看，没有价值”，“违反刑法所意图保护的价值”。所谓结果无价值，就是说“该行为引起了结果（侵害法益），所以，被评价为没有价值”，它从被害人的角度来分析行为的违法性。相反地，所谓行为无价值论，是以规范违反说为基础，以“行为”为中心，考虑违法性问题的见解。这种观点，首先考虑行为人出于什么样的意图、实施了什么样的行为，然后再考虑该行为引起了什么样的结果，也就是按照时间的发展顺序来考察行为的进程。仍以上述看记录片的情形打比方的话，就是按照片子的正常顺序，从头开始观看事件发生、发展以及最终结果的全过程。所谓行为无价值，就是“因为该行为违反了社会伦理规范，所以被评价为无价值”的见解，它从加害人即行为人（而不是被害人）的角度来分析行为的违法性。但是，完全抛开结果无价值不管的纯粹的行为无价值论，和重视行为人的主观意思的主观主义刑法论并无二致，而且，就刑法中所规定的结果犯而言，纯粹的行为无价值论的考虑，显然有违反罪刑法定原则之嫌，因此，不论是在德国还是在日本，现在，纯粹的行为无价值论者极为罕见，取而代之的，主要是以结果无价值为基础，同时也考虑行为无价值的所谓“二元论”或者说是“折中说”。按照这种观点，刑法上的实质违法性，是违反社会伦理规范（或者偏离社会相当性）的法益侵害或者危险。

结果无价值论和行为无价值论的对立，涉猎甚广，具体而言，集中体现在以下几点上：一是在违法性的判断对象上，是不是要考虑行为人的主观因素？二是在违法性的判断标准上，是仅考虑结果还是也要考虑其他因素？三是在违法性的判断时间上，是事前判断还是事后判断？四是关于刑法的任务，是保护法益还是维持社会伦理秩序？下面分别叙述。

首先，关于违法性的判断对象。结果无价值论认为，违法的本质是侵害或者威胁法益，因此，行为是否违法，关键是看该行为是否对法益造成了具体的、可视的侵害或者威胁结果，其中不能混入行为人的主观因素，否则，难以避免在违法判断上的随意性；同时，在违法判断中全面考虑行为人主观因素的话，就会出现尽管造成的结果相同，但由于各人主观情况不同，因而在是否违法上，结局也不一样的违法相对化的后果，造成违法判断上的任意性。因此，主张在违法判断对象上，只能考虑侵害法益结果以及与此相关的行为形态，而行为人在行为时的主观因素，则放在责任领域加以考虑。相反地，行为无价值论认为，行为，只有和行为人的主观因素联系起来考虑才有意义，因此，在评价行为的时候，应当考虑行为人的主观因素。行为人的主观因素既对结果无价值（法益侵害性）也对行为无价值（规范违反性）具有影响。具体而言，作为内心倾向的主观目的、内心倾向、心理过程等，直接对行为侵害、威胁法益具有影响，同时，在既遂犯中，即便行为引起了法益侵害，但如果该行为不违反社会伦理规范，具有社会相当性，那么，仍应当说该行为不违法，而故意、过失则是影响行为的社会相当性的重要因素，因此，不能说主观要素对违法性的判断没有影响。^{〔7〕}

其次，关于违法性的判断标准。结果无价值论完全从和行为形态隔断的结果的角度来判断行为是否违法，因此，认为即便某一行为不具有社会相当性即不合乎社会的一般要求，但只要该行为没有侵害或者威胁法益，或者没有造成较大的法益侵害，就不能说该行为具有违法性。相反地，行为无价值论将社会相当性也作为违法判断的基准，认为行为只有在既侵害了法益，同时又违反了社会伦理秩序的时候，才能说违法，即在违法性的问题上，不仅要考虑行为是否侵害了法益（结果无价值），而且还应当考虑其是否偏离了社会相当性的要求（行为无价值）。

再次，关于违法性的判断时间。结果无价值论认为，行为是否具有侵害法益的危险，应当客观

〔7〕 井田良教授认为，正是因为立足于保护法益的思想，故意才成为更加严重的违反规范的基础，换言之，其对违法性的强度具有影响，所以，不管在既遂犯还是未遂犯中，其都应当被看作为违法要素。参见〔日〕井田良：《刑法总论的理论构造》，成文堂2005年版，第11页。

地加以判断,不受行为人在行为时的主观因素的影响;同时,对于有无违法性的判断来说,重要的是,该行为所实际引起或者可能引起的法益侵害,这当然要根据法官事后判明的结果来决定,所以,事后判断是妥当的。相反地,行为无价值论认为,既然以故意、过失为主的主观因素对判断行为是否违法具有影响,那么,在判断违法性的时候,就应当以行为时为基准,即在违法性的判断上,事前判断更加妥当。〔8〕

最后,关于刑法的任务。彻底的结果无价值论认为,刑法的任务在于保护法益。如杀人罪的规定,就是通过处罚杀人行为,保护人的生命法益,一切刑罚法规,都是为保护法益而设置的,保护法益是刑法的首要任务。相反地,彻底的行为无价值论认为,刑法的任务在于保护社会伦理秩序,如日本学者团藤重光教授认为,法律必须强制保护对于社会生活所必要的最低限度的道德规范,在该限度之内,道德规范就是法律规范。〔9〕

以上就是行为无价值论和结果无价值论之间的基本对立。二者之间的差别,可谓泾渭分明,一目了然。但是,自上个世纪90年代以后,行为无价值论和结果无价值论一改过去相互之间剑拔弩张的紧张局面,而呈现出相互融合的趋势。如就刑法的任务而言,行为无价值论也明确地主张,刑法的任务是“保护法益”,即“只要说刑法以及刑罚权来源于全体国民的意志,而不是以国家理性或者道德世界的秩序为根据,那么,刑法的机能,就必须从保护构成社会的个人利益中寻求”。〔10〕同样,就违法性的判断标准而言,结果无价值论也认为,法益侵害说并不是主张“任何细微的法益侵害都违法”,而是只有在国民立场看来值得处罚的法益侵害才是违法的。如果说这种国民立场就是所谓“道义秩序”、“社会相当性”的话,那么,结果无价值论和行为无价值论之间,应当说,没有什么差别。〔11〕另外,在违法性的判断时间上,结果无价值论也认为,无论怎么重视结果无价值,还是要重视“行为时的危险判断”。因为,立法者的政策是,只能对行为时的一定危险进行处罚,否则就会得出所有的未遂犯都是不能犯的结论,违反现行刑法的处罚规定。〔12〕

但是,无论行为无价值论和结果无价值论之间在怎样趋于融合,但在以下方面仍然难以调和:一是有关刑法规范的性质。行为无价值论将刑法规范作为行为规范即指导一般人的行动指南看待,而结果无价值论将刑法规范作为裁判规范即指导法官等专业人员的定罪量刑指南看待。二是违法性的判断基础。结果无价值论原则上不允许将故意、过失、目的、动机等主观要素作为违法性的判断基础,相反地,行为无价值论则认为,主观要素也是违法性的判断材料。三是刑法适用理念。结果无价值论强调刑罚适用的消极性、被动性,强调只有对这些现实生活利益造成现实的、可视的侵害或者具体危险,并且没有其他解决方法的场合,才能适用刑法;相反地,行为无价值论则强调刑罚适用的积极性、主动性,主张积极活用刑法的一般预防作用,以保障人们的法律确信和守法意识,肯定对普遍的、抽象的法益的保护,扩大未遂、预备犯的处罚范围。以上这些,可以说是二者之间难以填平的鸿沟。

在日本,自从东京大学教授平野龙一在上个世纪60年代从“刑法的目的在于保护法益,而不是维持伦理秩序”〔13〕的立场出发,提倡法益侵害说以来,结果无价值论的立场就在年轻学者当

〔8〕 但要注意的是,在这一点上,“二元论”的内部也有不同看法。如“二元论”的代表性学者之一大谷实教授认为,既然采用以结果无价值论为基础的“二元论”,则要在事后判断法益侵害的有无以及程度,并在这种判断上进行行为无价值的判断。因此,违法性的判断,最终是综合了行为和结果的事后判断。参见〔日〕大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第183页注(3)。

〔9〕 参见〔日〕团藤重光:《刑法纲要总论》(补订版),创文社1972年版,第28页。

〔10〕 〔日〕大谷实:《刑法和社会伦理》,载《法学教室》第120号,第51页。同时,井天良教授也认为,从刑法的任务限定为保护法益的立场出发,也能主张行为无价值论。参见前引〔7〕,井田良书,第8页。

〔11〕 参见〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版,第49页。

〔12〕 同上书,第152页以下。

〔13〕 参见〔日〕平野龙一:《现代刑法的机能》,载平野龙一:《刑法的基础》,东京大学出版会1966年版,第93页以下。

中，迅速传播开来，并历经内藤谦、曾根威彦、前田雅英、西田典之、山口厚等学者的努力，在刑法解释论上，形成了前后一致的完整体系，有和行为无价值论平分秋色之势。但是，好景不长。自上个世纪末以来，在日本，已经占据主导地位的结果无价值论的刑法观受到了前所未有的挑战。

这种挑战主要来自所谓风险社会的刑法观。这种观点认为，一方面，现代社会中，科学技术的发展为人们的生活带来巨大方便的同时，也带来了巨大的危险和不安。由于人们大量使用核能以及环境污染等，整个社会已经被巨大的危险所包围；计算机网络的普及及其滥用所引起的不安、经济全球化所导致的对金融体系安全的担忧、药品和食品事故的大量发生对市民精神以及身体健康恶化所导致的恐惧，达到了前所未有的程度。为了消除人们的这种不安和紧张，就产生了将自然环境、经济体系、公共秩序等历来被视为抽象、普遍的法益纳入刑法保护范围的必要；另一方面，大规模的国际恐怖组织的存在，跨国界无差别的恐怖袭击已经成为世界上所有的国家都不可避免的问题。如何以包含刑罚手段在内的国家强制力量对付这种恐怖活动，已经成为一个迫在眉睫的问题。在前近代国家，人民对于国家使用刑罚权充满戒心，因此，刑法的基本任务就是限制国家刑罚权的肆意使用。但是，在现代文明诸国，擅自动用刑罚凌虐百姓的情况并不多见，上述担心已经成为多余，因此，应当积极主动地使用刑罚，对付暴虐的恐怖集团和犯罪组织。^{〔14〕}

受上述风险社会刑法观的影响，近年来，各国纷纷修改刑法。如日本，国会因为向来对刑事立法持消极态度而被称为“沉默的金字塔”，但是，近年来，一反常态，积极地展开了刑事立法活动。在这种立法活动中，体现出了两个重要特点：一是“刑法干预的普遍化”，二是“刑法干预的早期化”。

就“刑法干预的普遍化”而言，主要是通过制定一系列的包含有刑罚处罚的法律规定，将许多抽象的法益列入刑法的保护范围。如《规制纠缠等行为的法律》，是对“对特定的人的爱恋或者好感没有得到回应的时候，为了发泄心中的怨恨而纠缠对方”的行为进行处罚的法律。一般认为，该法律尽管是不得已而制定的，但是，将由于感情上的恩怨而骚扰他人的行为上升为犯罪的高度，从保护法益的角度来讲，值得推敲。因为，其有将抽象而难以认定的“国民的生活安宁”上升为刑法保护法益的嫌疑。这种情况在为了保护包括国民生活安宁在内的公共安全而制定的《对大量乱杀无辜的团体进行规制的法律》以及为了保护平稳、健全的经济生活而制定的《处罚有组织犯罪以及规制犯罪收益等的法律》中也存在。就前者而言，很多人认为，“国民的生活安宁”是一个很抽象的概念，将其作为刑法保护法益，有将犯罪范围扩大化的嫌疑；就后者而言，“犯罪收益”概念的内容不明确，会导致没收范围过广的后果。将抽象的观念或者说精神法益作为刑法保护对象的情形，在为保护器官移植的妥当性而制定的《器官移植法》以及为了保障人的尊严、生命以及身体安全和社会秩序而制定的《规制克隆人技术的法律》中也明显存在。一般认为，就前者而言，其中所规定的买卖人体器官罪的法益内涵就模糊不清。尸体的法律地位、从脑死者身上取出来的器官的法律地位以及人体组织的法律地位，都处在不安定状态。如果说买卖人体器官的行为是毁坏尸体的话，那么，对于该行为，按照刑法上为保护风俗而规定的毁坏尸体罪处罚就行了，但是，单纯地以破坏风俗这种社会感情来说明买卖人体器官罪的保护法益似乎没有多大的说服力。因为，刑法并不是保护抽象的社会感情的法律。在《规制克隆人技术的法律》中，也存在同样的问题。如果说克隆人是个人问题的话，那么，根据“同意无侵害”的被害人同意原理，在女性本人愿意生产克隆人的场合，就不能说该行为违法，违法的只能是女性本人不愿意实施的行为。但是，这样一来，《规制克隆人技术的法律》的适用效果就要大打折扣。正因为考虑到了这一点，所以，该法还将“保持人的尊严”和“维护社会秩序”作为立法目的。这表明，规制克隆人技术并不只是涉及到个人法益，还牵涉到社会法益。社会法益中，肯定也不只是安全性的问题，否则，在克隆人技术问题过关之后，该

〔14〕 参见〔日〕金尚均：《危险社会和刑法》，成文堂2001年版，第1页以下。

法律也会失去其存在的意义。这样说来,本罪的保护法益就只有从作为社会法益的“人类的尊严”中寻求,而将感情判断色彩浓厚的“人类的尊严”作为刑法保护法益,对于日本传统的法益论而言,也是一个挑战。类似的情况,在其他新增加的法律中,多少也都存在。^[15] 这些情况表明,尽管在理论上存在各种争议,但在日本最近的刑事立法中,大量将内容多少有些模糊不清的抽象法益引入刑法的保护范畴,作为刑罚处罚的对象,则是不争的事实。

所谓“刑法干预的早期化”,就是将刑法处罚的阶段提前。这种情况,最典型地体现在2001年增设的有关银行卡电磁记录的犯罪中。本来,银行卡只是一种支付手段,只有在使用该种手段购物或者支付价款,造成他人财产利益受损或者现实地侵害银行卡的公共信用的时候,才能作为犯罪处理。但是,日本在2001年修改刑法的时候,不仅将处于制造银行卡前一阶段上的有关非法制作银行卡电磁记录和使用储存有非法制作的电磁记录的银行卡的行为规定为犯罪,而且还将转让、借与、走私、非法持有该卡,取得、提供、保管有关制作银行卡的电磁记录信息、准备读写信息的器材的行为,统统都规定为犯罪。从传统理论的角度来看,制作或者使用银行卡的行为只是获取财产犯罪的预备行为,而获取或者持有电磁记录信息的行为更是预备行为的预备了。但是,现行日本刑法典却将这些行为毫无例外地都规定为犯罪,这显然是将刑法处罚的阶段大大提前了。此外,在《规制无理纠缠等行为的法律》、《禁止非法联网行为的法律》、《处罚有关出于威胁公众等的目的犯罪行为而提供资金等的法律》中,也有类似规定。

对于德日近年来的刑事立法活动该如何看待,学术界还有争议,但总的来说,这种立法趋势,虽然在现象上表现为“处罚的普遍化”和“处罚的提前化”,但从实质上看,则属于侵害法益危险的抽象化。因为“处罚的普遍化”是将抽象法益大量列入刑法的保护范围,即便是“处罚的提前化”,也不外乎是将历来只是作为例外的例外而加以处罚的预备犯程度的抽象危险行为搬到刑法的制裁范围中来而已。

那么,这种危险判断抽象化的做法意味着什么呢?笔者认为,其中至少传递出了以下信息:

第一,传统的法益观正在发生转变。在早期,法益被看作为存在于实定法之外、对刑法的处罚范围起着限定作用的概念。众所周知,在近代初期,费尔巴哈主张刑法所保护的利益是权利,认为犯罪就是侵害他人的抽象的、主观的权利,主张权利侵害说。之后,比伦鲍姆认为,费尔巴哈等所主张的抽象的、主观的权利和“侵害”这种引起客观事态变化的情形不相适应;同时,权利侵害说对有关宗教、人伦的犯罪不能进行妥当说明,因此,认为犯罪所侵害的不是抽象权利,而是现实的、具体的“法律上的财产价值”,主张法律财产价值侵害说。^[16] 上述两种见解在刑法所保护利益即法益内容的理解上尽管存在差异,但在将其看作为超越实定法的存在的一点上,则具有相通之处。

相反地,现代社会中,法益则存在于实定法之内,仅仅属于刑法分则条文解释上的一个指导观念而已。什么是法益,只有考虑立法者在刑法规范中所承认的目的之后才能探知。立法者在确定刑法所保护的法益的时候,往往从现代社会所存在的各种利益中,根据该利益的价值、保护的必要性、面临危险的频度和程度等因素,抽象出某种类型,将其作为保护法益。在过去,刑法的保护法益仅仅限定于个人的生命、身体、自由、财产等;国家和社会公共秩序,在作为保护个人的上述利益的必要手段的前提之下,也能成为法益,即早期的法益仅仅限定于和个人有关的具体的、现实的利益,但是,在现代社会中,法益的范畴早已超出了上述内容。名誉、宗教感情之类的观念法益,公共秩序、国家体系、环境、福利、安宁,经济体系及其机能以及行政职能之类的抽象的、普遍的利益,也被考虑为法益的内容,而且其种类还在不断增加。

[15] 以上内容,参见黎宏:《日本刑法精义》,法律出版社2008年版,第17页以下。

[16] 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第6页以下。

上述保护法益的多样化，突出表现在以下两个方面：一是从具体法益向抽象法益、实无法益向观念法益的展开。生命、身体、财产等之外，随着对名誉、信用、健康、安全，以及环境、情报等的保护必要性的增加，它们也被列入了新的法益的范畴。二是从个人法益向超个人的普遍法益的展开。法益，当初主要是个人法益，但之后则扩大到由个人成员所形成的秩序等集团利益。这种法益范围的扩大化，可以说是现代刑法的特征之一。

第二，普遍法益的出现，改变了犯罪的存在形态。保护法益的多样化，使得犯罪的规定形态悄然发生了变化。在早期，由于刑法的保护法益主要限于个人的生命、身体、财产，因此，当时的法益主要是个人的、具体的生活利益，其是否受到侵害，客观上能够看得见、摸得着。与此相应，在侵害这种利益的犯罪中，行为和结果之间的因果关系一清二楚，犯罪的主要类型，也是以对上述利益造成客观损害结果（包括具体威胁）为内容的侵害犯。当然，对于保护具体的个人生活利益来说，侵害犯的类型就足够了，甚至绰绰有余。相反地，在将环境、名誉、感情、秩序之类作为保护法益的场合，情况就完全不同了。由于环境、秩序、感情之类的普遍法益的内容极为抽象，其是否受到现实侵害，判断也不像在侵害生命、身体、财产场合那样直接客观，加害行为和秩序等受损之间的因果关系也并不一目了然，因此，对其保护，就再也不能采取传统的侵害犯的犯罪构成模式，而有必要设置一种不必过分强调侵害结果就能判断其成立的犯罪构成模式，这就是所谓抽象危险犯或者行为犯的犯罪构成模式。在当今的德日刑事立法中，抽象危险犯和行为犯之所以流行，主要原因就在于此。^{〔17〕}

第三，法益论的机能也在发生变化。在近代刑法中，立法者将侵害法益的行为或者引起具体侵害危险的行为作为犯罪处罚对象，而将只是侵害了单纯的个人伦理或者社会伦理的行为排除在处罚对象之外。如在堕胎罪中，胎儿的生命被考虑为保护法益，而允许堕胎所可能引起的性风俗的混乱则没有成为本罪的处罚理由。因此，在这里，法益具有“没有法益侵害就没有犯罪”的规制犯罪成立范围的机能。

普遍法益的出现改变了这种法益机能论。在保护普遍法益的犯罪中，由于法益侵害难以判断，所以，不得不将特定行为作为犯罪。这种做法意味着，在犯罪的认定中，法益是否受到侵害已经不再重要，违法性判断所关注的焦点已经转移到对行为形式的关注上来了，只要行为人实施了刑法中所规定的某种行为，就拟制性地认为，该行为先验地包含有侵害或者威胁法益的危险，必须将其作为犯罪看待，换言之，特定的行为形态成为了判断行为是否成立犯罪的主要标准。在这种状况之下，学说也逐渐对法益论丧失了兴趣。

但是，这种局面并不表明，在德日刑法学中，法益论失去了其存在意义。实际上，即便在德日刑法学的背景之下，通过保留传统的法益论的精髓，顺应当代社会发展的趋势，调整法益论的基本内容，对上述立法现象，也还是能够加以妥当说明的。理由如下：

首先，关于法益概念的内容。虽说现代社会中的法益，已经不可能像早期那样，必须具备可视性或者有体性的要求，但是，法益是为了避免将仅仅违规的行为作为犯罪加以处罚而发展起来的概念，其存在意义在于，通过实体的、可见的侵害来限定犯罪的处罚范围，因此，成为法益，首先，在该种利益受到侵害就可能引起社会生活上的不便的意义上，必须具备经验意义上的现实性的要求。这种经验意义上的现实性的要求，尽管其界限现在还有进一步探讨的必要，但其在为法益概念提供可判断的具体标准，防止法益概念的观念化或者精神化方面具有重要意义，因此，应当看作为法益概念的不可或缺的基本元素。同时，法益（Rechtsgut）概念，正如其源自“财”（Gut）的演变过程中所显现出来的一样，体现的是财产乃至所有的观念。而“财产”、“所有”，正如财物的使

〔17〕 从不要发生具体的物质损害结果，只要具有发生结果的抽象危险就能成立犯罪的意义上讲，预备犯也是一种抽象危险犯。

用、收益、处分权能，只能在和所有人的关系上才能成立一样，一般法益，也是在法益客体——受益关系——法益主体这种机能关系上所成立的。换言之，法益概念的正当性，来自于其和人之间所存在的某种关系。和人无关的内容，绝对不能成为刑法保护的利益。这样说来，现代社会中的法益概念，无论其内容如何抽象化，仍然必须具备其发挥机能作用的两大基本元素，即经验意义上的现实性和与人相关。这是判断某种利益能否成为刑法上的法益的基本条件。

其次，关于法益概念对犯罪概念的批判意义和限定机能。法益论的主要机能，从其起源上看，不是“有法益侵害就有犯罪”意义上的积极的入罪机能，而是“没有侵害法益就没有犯罪”意义上的消极的去罪机能。换言之，法益论对于犯罪的成立而言，具有批判意义。费尔巴哈或者比伦鲍姆当初之所以将侵害“他人的权利”或者“法律上的财产价值”的行为理解为犯罪，目的就在于将仅仅违反规定而没有造成实质侵害的行为排除在刑法处罚范围之外，对犯罪的成立范围加以限定。现代社会中，尽管法益的范围在不断扩张，但是，犯罪是侵害或者威胁法益的行为的基本观念则没有发生根本变化。在这种情形之下，虽说在抽象危险犯或者行为犯中，犯罪的认定在思维方式上被大大简化，仅考虑是否存在特定行为就足够了，但从侵害法益是犯罪的成立要件的角度来看，只有侵害法益行为，或者说伴有该种危险的行为才能被认定为违法的一点则没有丝毫的动摇。正因为如此，即便现在，德日学术界的通说仍然是法益侵害说，认为刑法的任务在于保护法益，而犯罪的本质则是侵害法益。既然如此，则即便现在，仍然可以说，认定犯罪的大前提是“没有法益侵害就没有犯罪”，而不是“有法益侵害就有犯罪”。

最后，关于抽象的普遍法益。在充满风险的现代社会中，仍然像早年一样，将刑法保护的利益仅仅定位为生命、身体、财产等物质的、具体的个人利益，而对于和人们的健康、安全生存所紧密相关的环境、秩序、安全要求等抽象、普遍利益则漠不关心，这显然是不够也是不可能的，难以满足现代社会中人们生活的基本要求。因此，现代社会中，在刑法上大量增设有关保护自然环境、经济秩序、社会秩序等的犯罪，是有其合理性和必要性的。但要注意的是，不能因为刑法中增加了这种犯罪，马上就说，刑法的任务不在于保护具体的生活利益，而在于保护抽象的普遍法益。正确的理解应当是，保护普遍法益，其最终目的也还是在于保护人自身的生活利益。换言之，即便是所谓普遍利益，其内容最终也还是要限定于与人的生命、身体、财产、自由的保护有关的领域。如现代各国刑法普遍对环境法益予以保护，但这种保护并非因为环境是人类生存的基本要素，所以才对污染大气、水质或者土壤的行为要予以处罚，而是因为污染环境行为侵害了人的生命、健康，所以才有必要予以处罚。同样，在经济犯罪中，自由的经济秩序被看作为法益。但是，保护自由市场秩序自身并不是目的，而是因为特定企业、团体支配市场的时候，国民要遭受经济上的不利。另外，在药物犯罪中，使用麻药或者兴奋剂的行为之所以成为处罚对象，是因为这种行为扰乱生活，或者成为其他犯罪的诱因，行为人在不能正常判断的状态下使用这些药物，会使其健康或者生命面临危险。这样说来，当代刑法所保护的普遍法益，最终都能够还原为个人法益，并没有超出传统法益论的初衷。

二、我国的刑事立法特征和结果无价值论

和德日等国一样，我国在上个世纪末修改刑法的时候，顺应现代社会的发展要求，增设了很多有关危害公共安全、市场经济秩序、社会管理秩序等抽象的普遍法益的犯罪，同时，还将一些持有行为、预备行为甚至连散布虚假恐怖信息的行为都规定为独立犯罪。这种做法，不经意中趋同了当代西方发达国家刑事立法的一般动向。如此说来，在我国，和德日刑法学界一样，出现“随着保护法益的抽象化和处罚的提前化，法益论在刑事立法和刑法解释中的作用越来越模糊，因此，强调法益侵害说的结果无价值论已经过时，在刑法的适用中，也必须采用行为无价值论的立场”的声音也

是非常正常的。^{〔18〕}尽管如此,笔者还是认为,这种观点是不妥当的。德日刑法学重视行为无价值论的事实,并不能成为我国也应当坚持主张行为无价值论的理由。因为,我国的违法行为制裁体系和有关犯罪的规定模式,和德日等国之间存在巨大差别。德日刑法在犯罪的规定上,采用了单纯的“行为”规定方式,而我国刑法则采用了“行为+情节(或者结果)”的规定方式。^{〔19〕}笔者认为,这种违法行为规定模式上的差别,正是我国在刑法学的基本观念上,必须采用结果无价值论的重要原因。

结果无价值论和行为无价值论之争,从规范论的角度来看,就是刑法规范到底是行为规范还是裁判规范之争。行为无价值论认为,刑法是行为规范,是针对一般人在日常生活中适用的命令、禁止规范,如就刑法第232条所规定的“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑”的条款而言,在行为无价值论者看来,本条款就是一个指导一般人在日常生活中应当如何行为的行为规范。因为,按照该条款的规定,故意杀人的,要受到刑罚处罚,所以,任何看到这个条款的人都会明白,不要杀人,杀人要挨罚。相反地,结果无价值论认为,上述条款是指导法官等专业人员进行刑事审判活动的行动指南。因为,该条款的意思很清楚,即便说对故意杀人行为要处以刑罚,但通常也只能在死刑到10年以上有期徒刑的刑罚之间选择量刑,如果确有较轻的情节,也只能在3年以上10年以下有期徒刑的范围之内,选择刑罚,而决不可能超越这个范围对被告人定罪量刑。因此,上述条款,纯粹属于一个指导法官如何定罪量刑的裁判规范。

在日本,对刑法规定到底是行为规范还是裁判规范,在战后的很长一段时期内,争得不可开交,双方在维护自己的观点的时候,都能引经据典,找到非常充分的理由。奇怪的是,这种学说上的分歧对于审判实践似乎没有多大影响。不仅如此,在20世纪90年代以后,当越来越多的学者撇开学派之间的成见,坐下来,心平气和地倾听对方意见的时候,吃惊地发现,行为无价值论和结果无价值论的论者之间,虽然彼此在问题的出发点和分析过程上存在较大差别,但在对具体问题的结论上,除了一些现实生活中几乎不太可能发生的课堂教学案例的场合之外,二者之间并没有太大的不同。^{〔20〕}

两种原本看似势不两立、水火不容的观念,为什么一接触到现实中的具体问题的时候,其所存在的天壤之别就变得无影无踪了呢?笔者认为,这主要和日本对违法行为的分类和规定方式有关。

和我国将日常生活中的违法行为分为犯罪行为和违反《治安管理处罚法》的行为一样,日本也将侵害他人利益的违法行为分为两个层次,一是普通犯罪,由刑法加以规定,对其处以死刑等刑罚;二是轻微犯罪,由《轻犯罪法》加以规定,对其处以拘留、罚款等较轻的刑罚。但和我国刑法的处罚范围和《治安管理处罚法》中的处罚范围之间存在诸多重叠的情形不同,在日本,《轻犯罪法》所处罚的行为和刑法所处罚的行为完全不同,二者之间几乎没有重合。

在日本,《轻犯罪法》规定的轻微犯罪行为有34种,包括:无故藏身于他人无人居住的住宅;无故携带刀具等可能危害他人生命身体健康或者万能钥匙等可能用来侵入他人住宅的器具;流浪;在公共场所或者公共交通工具上进行骚扰;无故熄灭公共照明;妨害水陆交通;危险时候不听从公

〔18〕 尽管这种观点目前还没有见诸文字,但是,在笔者和许多学者的交流中,经常听到他们表达了这样的意思。

〔19〕 笔者以为,我国近年来的比较刑法学的重要发现之一,就是意识到中外刑法之间这种立法上的差别,并将其称之为“单纯的定性分析规定方式”和“定性+定量分析的规定方式”。参见储怀植、汪永乐:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,《法学研究》2000年第2期。但是,上述称呼是否妥当,则值得商榷。因为,危害行为的结果以及情节等所谓“定量”因素也是影响行为定性的重要因素,换言之,在刑法中,不考虑定量的问题,就无法定性,因此,能否在定性之外,单独列举“定量”因素,值得怀疑。而且,这种分析方法所暗含的前提是,一般盗窃行为和盗窃罪的差别仅仅是数额上的差别,但实际上,一般盗窃行为和盗窃罪之间,不仅在客观情节或者数量上存在差别,同时在主观责任上也有极大不同。

〔20〕 参见〔日〕大谷实、前田雅英:《精彩刑法总论》,有斐阁1999年版,序言部分。

务员指示或者拒绝公务员的求援；不遵守用火要求以及其他危险物品、有伤害习性动物的使用、驯养要求；不按规定排队；喧哗扰民；谎称官职、学位、荣誉等；报假警；在抵押或者古董交易上不如实申报；见危不报；改变不明遗体现场；偷窥；露阴；行乞；以恶作剧的方式破坏仪式；妨害水流；随地大小便；乱扔垃圾；拦截或者纠缠他人；参与共谋伤害；逗狗袭击；以恶作剧的方式妨害业务；无故进入禁地；擅自张贴标语或者破坏他人标牌；虚假广告宣传。可见，在日本，《轻犯罪法》所处罚的，基本上是日常生活中，没有甚至也不会对他人生活造成严重后果但让人感到困惑不安的一些细微违法以及违反道义的行为。相反地，侵害人们的生命、身体、财产、自由、名誉等基本生活利益以及作为上述利益的前提的公共秩序、国家安全的行为，则作为杀人、伤害、堕胎、遗弃、非法拘禁、强制、绑架诱拐、强奸、强制猥亵、侵害住宅、恶意妨害业务、侵害秘密、损害名誉、侵犯财产、破坏公共安全和公共信用、破坏风俗、侵害国家存在和职能的犯罪，一律规定在刑法中。这样，在日本，《轻犯罪法》和刑法的调整范围，二者之间泾渭分明，互不相干，不存在叠加和重合。《轻犯罪法》中所规定的行为，不在刑法典中出现，相反，在刑法典中所规定的行为，也几乎不可能出现在《轻犯罪法》中。

由于在法律调整范围上的明确分工，因此，日本刑法在有关犯罪行为的规定方式上，也和我国具有很大的不同。受近代西方社会所特有的对司法官不信任风气的影响，日本秉承三权分立原则，严格地按照形式的罪刑法定原则要求，在违法犯罪的规定方式上，采用了直接规定行为形态，司法官几乎不可能有自由裁量余地的模式。在这种模式之下，除了有些要求发生结果的犯罪类型（如过失犯）之外，侵害行为的形态成为判断违法性的唯一标准，而我国刑法中随处可见、需要法官自由裁量才能判断清楚的“情节严重”、“造成严重后果”或者“数额较大”之类的量化要求，在日本的刑法中几乎看不见。这一点，只要稍微看一下日本刑法中有关犯罪的规定，就能一目了然。如盗窃罪，日本刑法第235条规定，“盗窃他人财物的，是盗窃罪”，其中，没有任何数量或者其他情节上的要求。从理论上讲，在日本，只要是盗窃，就一概属于刑法所调整的犯罪行为。再如遗弃罪，按照日本刑法第217条的规定，只要“遗弃因年老、年幼、身体有残疾或者有疾病而需要扶助的人的”，就构成本罪。按照这种规定，只要是具有遗弃上述特定对象的行为，不管后果或者情节如何，理论上就一律要构成犯罪。

这种仅仅通过行为性质来决定罪与非罪的犯罪规定模式，决定了日本的刑法学在违法性的判断上容易走向行为无价值论的方向。如就盗窃罪而言，按照日本刑法第235条的规定，只要行为人具有盗窃行为，就不管盗窃财物的数量大小，一律符合盗窃罪的构成要件，完全可能构成盗窃罪。这种不管行为所引起的后果大小，一律构成犯罪的做法，恰好就是行为无价值论的体现。在日本的判例实践中，虽说对上述情况，通常会以可罚的违法性理论，即成立犯罪，仅有某种意义上的违法还不够，还必须具有适合作为犯罪进行处罚程度的违法性的观念为依据，认定上述行为不构成犯罪，但是，可罚的违法性论只是审判实践中的一种习惯，并没有法律上的依据。同时，这种可罚的违法性论起作用的范围也仅限于盗窃一张复印纸、擅自在宾馆向客人出售香烟、不携带外国人登录证等保护法益极为微小的场合，而对于现实生活中大量存在、极具争议的以行使劳动权、结社和集会自由权等宪法权利为背景，违反有关罢工、集会、结社法的刑事案件，可罚的违法性论几乎不起作用，取而代之的是实质的违法性论。按照实质的违法性论，行为尽管符合构成要件，但考虑该行为的法律依据、目的，并综合权衡法益、相对轻微性以及必要性的角度来看，可以排除违法性。^{〔21〕}在这种实质的违法性论中，法益侵害结果只是判断行为是否违法的因素之一，而不是唯一因素。另外，和可罚的违法性一样，实质的违法性实际上也是实定法中所没有规定的超法规的排除违法性事由，其到底在多大程度上被承认，理论上还有不同看法。正因如此，在日本，主张结果无价值论的

〔21〕前引〔11〕，前田雅英书，第297页。

学者们一般不是从刑法规定，而是从刑事诉讼法的相关规定^{〔22〕}上寻找其法律依据。这个现象也从另一个侧面说明，日本刑法整体上采用了以行为性质决定犯罪成立与否的行为无价值论的立场。

相反地，在我国，刑法规定的方式，决定了我国在犯罪的判断上，必须采用结果无价值论的立场。我国刑事立法中，明确地规定成立犯罪必须考虑结果，或者说结果决定犯罪。这一点，可以说是我国的违法行为制裁体系和日本法之间的根本差别。首先，我国刑法总则第13条在“一切危害社会的行为，依照法律应当受到刑法处罚的，都是犯罪”的原则性规定之外，紧跟其后，还有一个例外规定，即“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。一般认为，这种“但书”是对我国刑法中各种犯罪成立条件的概括性要求，其意味着一切犯罪，不仅必须在形式上符合刑法分则的相关规定，而且在实质上也必须达到一定数量的要求，足以值得用刑罚对其加以处罚。这种在判断是否成立犯罪的时候，除了考虑行为性质之外，还必须考虑结果等其他情节的要求，是我国刑法有关犯罪规定的独到之处。^{〔23〕}其次，在分则中，许多犯罪在成立要件上，除了实施特定的行为形态之外，均明确地将“数额较大”、“严重后果”、“造成重大损失”或者“情节严重”等数量要求作为犯罪的成立要件。在这些具有数量、后果、情节要求的犯罪中，仅仅具有危害行为，但是没有达到上述数量要求的场合，可能会构成其他如行政违法行为，但绝对不会成为刑法上的犯罪。这一点，在我国刑法学中，已经没有任何争议。最后，即便是只有行为规定而没有数量要求的犯罪，虽然在形式上看起来，只要有该种形式的行为就要成立犯罪，但实际上，在是否具有该种行为的判断上，还是必须考虑情节等数量的要求。如我国刑法第245条第1款规定：“非法搜查他人身体、住宅，或者非法侵入他人住宅的，处三年以下有期徒刑或者拘役”。从条文上看，成立非法搜查罪，似乎只要有非法搜查他人身体、住宅的行为就够了，而没有可以量化的情节要求。但是，根据2006年7月26日最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》，国家机关工作人员利用职权非法搜查，只有在具有下列情形之一的场合，才应予以立案：1. 非法搜查他人身体、住宅，并实施殴打、侮辱等行为的；2. 非法搜查，情节严重，导致被搜查人或者其近亲属自杀、自残造成重伤、死亡，或者精神失常的；3. 非法搜查，造成财物严重损坏的；4. 非法搜查3人（户）次以上的；5. 司法工作人员对明知是与涉嫌犯罪无关的人身、住宅非法搜查的；6. 其他非法搜查应予追究刑事责任的情形。由此看来，在我国刑法中，即便是那些形式上看起来似乎只有行为形态要求而没有情节等可以量化要求的犯罪，在实际的应用中，也是具有数量要求的。

由于我国刑法在犯罪成立要件的规定上，绝大多数采用了这种“行为+情节或者结果”的规定模式，因此，必然会出现行为违法，但没有达到一定“结果或者情节”要求的情形。这种类型的行为，我国通常将其作为违反行政法规的行为，规定在《治安管理处罚法》等行政法规中。因此，在我国，会出现这样的情形，即相同形态的危害行为，既可能触犯刑法，也可能触犯一般行政法规，到底触犯了哪一种法规，仅仅取决于该行为是否“情节严重”。在“情节严重”的时候，就构成犯罪，适用刑法处罚；而不具备“严重情节”或者“情节显著轻微”的时候，就不构成犯罪，而是作为违反行政法规的行为，适用行政处罚。

我国刑法中的这种“行为+情节或者结果”的犯罪规定模式，对于我们在社会危害性的判断上，到底是选择行为无价值论的分析方法还是选择结果无价值论的分析方法，具有重要影响。

首先，在我国法律体系之下，刑法规定具有浓厚的裁判规范的色彩。如前所述，将刑法规定理解为行为规范还是裁判规范，可以说是行为无价值论还是结果无价值论的分水岭。行为无价值论认为，刑法是行为规范，是针对普通人的命令、禁止规范，是全体国民的“行动指南”。因此，在

〔22〕 日本刑事诉讼法第248条规定，在决定是否不起诉时，应当考虑“犯人的性格、年龄及境遇、犯罪的轻重、情节以及犯罪后的表现”。一般认为，“犯罪的轻重、情节”中，包含有犯罪结果的内容。

〔23〕 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》上编，中国法制出版社1999年版，第71页以下。

行为是否具有社会危害性的判断上,只能以作为刑法适用对象的一般人的一般认识为准;相反地,结果无价值论认为,刑法规定尽管具有行为规范的一面,但更加偏重于裁判规范的一面。作为裁判规范,刑法是针对法官等专业人士的命令、禁止规范,是法官等在定罪量刑时的指南,因此,在行为是否具有社会危害性的判断上,只能以法官等专业人士的科学判断为准。在刑法规定有关犯罪构成要件的时候,仅仅将“故意杀人的,处……”,或者“盗窃公私财物的,处……”作为全部构成要件的时候,或许可以说刑法规定是行为规范,但是,在将“数额较大”或者“情节严重”等作为具体犯罪成立条件的时候,还说刑法规定是以一般人为对象的行动指南,恐怕有些勉强了。因为,“数额较大”、“情节严重”不是一般人所能说得清楚的,否则最高司法机关就没有必要每年就如何适用刑法规定而颁布大量的司法解释了。这也从一个侧面反映出,在我国,刑法尽管具有一般人的行动指南的一面,但更主要的是审判指南。实际上,现代社会中,即便以一般人都能看明白的最简明的语言来规定法律条文,但在其适用中,仍然要经过法官的科学判断。毕竟,日常生活的经验并不能替代法律规定,法律规定作为人们有关生活规则的系统化的认识,含有许多技术性内容,具有自己独到的解释方法。如即便是人们生活中最常见的“故意杀人”的规定中,也包含有许多难以根据一般人的经验和常识解决的问题。如见死不救的行为或者遗弃他人致其死亡的行为,是否“杀人行为”?部分露出母体的胎儿或者大脑已经丧失功能的人,是否故意杀人罪中的对象的“人”?误将尸体作为活人加以杀害的行为,是否构成故意杀人罪?这些都不是仅仅根据一般人的常识所能说清楚的问题。现代社会中,刑法规定确实具有禁止或者命令一般人为或者不为某种行为的行为指南的一面,但是,这并非其全部内容。现代社会中的刑法,更主要的是规制法官裁判的工作指南,在其适用上,当然要仰仗具有专业知识的理性人的科学判断。

其次,在我国刑法规定中,判断行为是否构成犯罪,更加偏重结果,而不是行为形态本身。行为无价值论和结果无价值论的重要差别之一,就是在犯罪的社会危害性的判断上,是偏重行为(包括内心意思在内)还是偏重结果。行为无价值论偏重前者,其早期学说认为行为违反刑法规范,是判断行为是否具有社会危害性的唯一根据,而结果仅仅是偶然的产物,是客观处罚条件而已。^[24]晚期的学说已经有很大的改变,将结果和行为放在同等重要的地位,都作为社会危害性的重要判断依据,但是,在被害人同意伤害、误将尸体作为活人加以杀害以及偶然防卫等行为无价值和结果无价值发生冲突的场合,却违背其将结果作为判断行为的社会危害性的重要依据的出发点,自觉或者不自觉地偏向于行为无价值的一方,而将结果无价值作为了一个点缀,^[25]总体上并没有改变以行为作为社会危害性判断依据的基本观念。这种观念,在仅以行为作为犯罪构成要件加以描述的德日刑法中,或许有其合理妥当之处,但是,放在我国的现行法律体系之下,则并不一定合适,其无法区分一般违法行为和犯罪行为。这一点,只要稍作对比就能明白。在我国,《治安管理处罚法》中所规定的行为很大程度上和刑法所规定的犯罪行为在行为形态上是完全重合的。如我国刑法第208条、第227条、第237条、第245条、第279条、第280条、第312条、第321条、第353条、第359条、第364条的规定与我国《治安管理处罚法》中的相关条款,在内容上相同或者相似;而刑法第117条、第118条、第124条、第125条、第130条、第135条、第226条、第234条、第237条、第243条、第244条、第246条、第249条、第252条、第256条、第260条、第261条、第264条、第266条、第267条、第268条、第274条、第275条、第277条、第285条、第286条、第288条、第290条、第291条、第291条之1、第292条、第293条、第300条、第322条、第323条、第324条、第348条、第351条、第362条规定的行为也都在《治安管理处罚法》中存在。二者之间的区别,仅仅在于是否发生了危害公共安全的后果、是否发生重大伤害结果、情节是

[24] 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第87页。

[25] 参见前引[4],黎宏文。

否严重、数额是否较大、次数是否较多、是否扰乱了社会秩序。在这种刑法和《治安管理处罚法》的内容相互重叠、交叉的现状之下，仅仅通过行为形态和特征来判断行为的社会危害性大小如何，是否构成犯罪，恐怕是非常不够的。如刑法第 359 条规定：“引诱、容留、介绍他人卖淫的，处五年以上有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。”据此规定，有引诱、容留、介绍他人卖淫的行为，即应规定刑事责任。而《治安管理处罚法》第 67 条也规定：“引诱、容留、介绍他人卖淫的，处十日以上十五日以下拘留，可以并处五千元以下罚款；情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款。”据此规定，对引诱、容留、介绍他人卖淫的行为也可以进行治安处罚，而且在治安处罚时还可以区分情节较轻、较重两个档次。这样，刑法和《治安管理处罚法》在引诱、容留、介绍他人卖淫行为的处罚上，就出现了交叉和重叠。因此，对引诱、容留、介绍他人卖淫的，该如何处理，便成为司法实践中的一个棘手问题。对此，目前虽然还没有统一的司法解释，但一般认为，主要是从行为后果以及所造成的恶劣影响上来划分其适用。如引诱、介绍、容留卖淫仅一次，且没有造成其他严重影响或者后果的，就适用《治安管理处罚法》作行政处罚；相反地，引诱、介绍、容留卖淫两次以上或者两人以上，或者造成了其他严重后果或者恶劣影响的，则要适用刑法处罚。^{〔26〕}由此也能看出，在我国，同样的行为，是构成犯罪还是构成其他违法行为，主要取决于该行为所造成的后果或者影响。

最后，在社会危害性大小的判断上，客观的法益侵害结果是最重要的判断标准。如前所述，现在的行为无价值论在社会危害性的判断上，并不只考虑行为（包括实施行为时的主观意思），也考虑行为所引起的结果，相反地，现在的结果无价值论在社会危害性的判断上，也并不只考虑结果，抢劫、盗窃、诈骗等具体能够还原为法益侵害的行为形态，也在考虑范围之内，二者之间的差别仅仅在于，在社会危害性的判断上，是只考虑以侵害或者威胁法益结果为主的客观要素，还是在此之外，将行为人实施行为时的主观要素也要一并考虑在内。主张前者的是结果无价值论，主张后者的是行为无价值论。关于这一点，我国刑法学的传统见解以及新起的主张以德日的行为无价值论改造我国的社会危害性说的见解均认为，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，决定社会危害性大小的因素，除了行为侵害的客体、行为手段、后果以及时间、地点之外，行为人自身的情况以及主观要素也要考虑在内。但是，这种观点由于使社会危害性的判断带有强烈的主观色彩，内容含糊，外延不确定而受到了强烈的批判。^{〔27〕}

众所周知，犯罪是行为人在主观罪过支配下所实施的危害社会的行为，具有主客观统一的二元结构，因此，在犯罪的认定上，绝对不能忽视行为人的主观要素。但是，主观要素的考虑，并不一定要在社会危害性的判断阶段进行，完全可以在责任判断阶段进行。即在客观地判断行为是否具有可罚程度的社会危害性之后，再判断行为人对该行为是不是要承担刑事责任，而不能将这两种判断混为一体或者前后颠倒，否则，就会导致行为社会危害性判断上的主观化，出现行为人本身并不具有值得刑罚处罚程度的社会危害性，仅仅因为行为人主观恶劣而认定其构成犯罪，或者行为本身已经造成了值得刑罚处罚程度的危害结果，仅仅因为行为人主观动机良好，所以不认定该行为构成犯罪的结局。

我国的犯罪构成理论，应当说体现了上述犯罪判断的基本思想。如现行的犯罪构成论主张，在考虑行为是否构成犯罪的时候，将犯罪的客观方面的判断和主观方面的判断截然分开，并赋予其完全不同的功能，意义就在于此。同时，在刑法的有关规定中，也体现了同样的宗旨。正如很多学者所指出的那样，国外学说所谓犯罪的违法性的内容，实际上就相当于我国刑法第 13 条所规定的犯

〔26〕 参见朱卫东、李永强：《引诱、容留、介绍卖淫行为罪与非罪标准有待明确》，《人民检察》2007 年第 13 期。

〔27〕 参见前引〔4〕，黎宏文。

罪概念的内容。^[28]以此为出发点的话, 我们就会发现, 我国刑法学中长期存在一个误读, 即刑法第13条本来是一个有关犯罪的违法性即社会危害性的规定, 但是, 我国刑法学却一直将其看作为一个混合了犯罪主客观内容的犯罪概念的规定。这一点从一个简单的推论中就能看出。一般认为, 我国现行刑法中有关犯罪概念的规定借鉴了前苏联刑法的相关规定。^[29]但是, 继承了前苏联刑法典的《俄罗斯联邦刑法典》在1996年修改时, 对前苏联刑法中的犯罪概念进行了修改, 增加了罪过的内容。其第14条规定“本法典以刑罚相威胁所禁止的有罪过地实施的危害社会行为, 被认为是犯罪”。^[30]而在《俄罗斯联邦刑法典》通过之后才颁布的我国现行刑法典第13条, 除对旧刑法第10条的犯罪概念内容除了个别字句上的调整之外, 没有做实质性的变动。这种明知原条款具有重大遗漏却不作修改的做法, 多少会让人觉得不可思议。对此, 一个可能的解释是, 我国刑法第13条的规定体现了近代以来所坚持的一个基本概念, 即犯罪是危害社会的行为, 而是否危害社会, 只能客观地加以判断, 即第13条仅仅属于是有关犯罪的客观方面的规定, 也正因如此, 在刑法第13条之后, 紧接其后的第14条、第15条就有了成立犯罪的另一个方面即主观方面的故意、过失的规定。如果说上述理解是妥当的话, 则可以看出, 在我国刑法中, 有关社会危害性的判断, 实际上是强调客观判断的, 只是由于学者的误读, 所以才在客观社会危害性的判断上, 出现了混入判断行为人主观责任大小的主观因素的结果。实际上, 在刑法分则中, 大量出现的是有关犯罪客观行为形态和结果的描述, 同时, 在有关加重法定刑情节的规定上, 也几乎都是以客观结果或者行为对象为条件的, 鲜见以行为人的主观意思内容为加重行为人法定刑的条件, 这也从一个侧面说明, 在我国刑法的规定中, 社会危害性的大小, 取决于行为本身所引起的结果以及相关的行为形态和行为对象, 即取决于侵害、威胁法益的结果以及侵害、威胁法益的行为形态。如此说来, 我国刑法在有关社会危害性的判断上, 也坚持了结果无价值论的立场。

总之, 国外在社会危害性大小的判断上, 坚持行为无价值论有其现实的立法基础。但是, 我国无论是在对违法行为的现实处罚体系还是刑法具体规定的内容上, 都和国外的情况有相当大的差别, 决不能照搬照抄国外的理论, 国外学说主张行为无价值论的事实, 不能成为我国刑法学也要主张行为无价值论的理由。

三、结果无价值论的落实

行为无价值论和结果无价值论, 本是在违法性即社会危害性之判断上的对立, 但是, 现在这种对立已经超出了违法性的领域, 而波及到了整个犯罪论乃至刑罚论, 成为两种不同的刑法观之间的交锋。我国刑法学中, 尽管在形式上并不存在这种对立, 但很多具体问题上的争议, 并没有超出上述两种学说对立的范畴。特别是, 尽管我国的刑事立法在整体上具有重视侵害结果的结果无价值论的特征, 但是, 由于受传统的主观主义刑法论的影响, 刑法解释论整体上呈现出重视行为形态和行为人主观意思的行为无价值论的趋势, 以致在许多具体问题上实践和刑事立法的基本精神之间存在脱节。因此, 在刑法解释论上, 正本清源, 还我国刑法规定的本来面目, 就成为一个很迫切的现实问题。以下, 笔者试就如何理解我国刑法的相关规定, 略述己见。

(一) 在犯罪判断上, 必须以侵害法益的结果无价值为出发点

在刑法理论上, 强调结果无价值论, 就意味着必须坚持法益侵害说。因为结果无价值就是对法益造成了现实侵害或者具体危险, 因此, 二者实际上是一个意思的两种说法而已。

[28] 参见张明楷:《刑法学》, 法律出版社2007年版, 第116页以下。

[29] 马克昌主编:《犯罪通论》, 武汉大学出版社1999年版, 第13页。

[30] 参见库兹涅佐娃、佳日科娃主编:《俄罗斯刑法教程(总论)》, 黄道秀译, 中国法制出版社2002年版, 第126页。

在我国，经过一些学者的不懈努力，学术界逐渐接受了法益侵害说，指出“刑法的目的是保护法益，反过来说明犯罪的本质是保护法益”、“刑法第13条所规定的犯罪定义，指明了犯罪是侵害法益的行为。”^{〔31〕}但是，这只是表明在刑法理论上我们已经接受了法益，而在司法实践中，对其贯彻落实，则可能还需要一个漫长的过程。

在笔者看来，结果无价值论并不仅仅是一种社会危害性的认定方法，而是代表了一种犯罪认定理念。虽说近代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，刑法学特别是解释学的任务，就是在这二者之间进行折中与平衡，但是，就主张法益侵害说的结果无价值论而言，其所偏重的是前者即保护法益。即法益侵害说的基本立场是，只要有法益，原则上就有犯罪，只有在例外的情况下，才可以不构成犯罪。因此，在法益侵害说之下，犯罪的认定程序，应当是这样的：首先是看有没有产生法益侵害结果，这是大前提。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，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。其次是看行为人有没有责任，行为即便引起了法益侵害结果，但该结果和行为人的主观意思无关的话，也不能追究行为人的刑事责任。最后是看该行为在刑法上有没有明文规定。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明文规定的话，最终也不得作为犯罪处理。

从我国司法实践的现状来看，采取的似乎是一种相反的做法。即在判断犯罪的时候，首先考虑该行为在刑法中是不是具有明确对应的规定，然后就轻易地得出该行为是否构成犯罪的结论。以下举例就是明证，如：①非法制造大炮的行为不应当成立犯罪，因为，刑法禁止非法制造枪支、弹药、爆炸物，而没有明文规定禁止非法制造大炮。②15周岁的人绑架他人并予以杀害的行为不构成犯罪，因为，刑法第17条第2款所列举的八种犯罪中，没有包括绑架罪在内，同时，刑法第239条规定，绑架他人并予以杀害的，仍然只构成绑架一罪，因此，按照罪刑法定原则，上述行为只能认定为无罪。③已满14周岁不满16周岁的人事后抢劫的场合，除在因故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人而要受到相应处罚之外，在故意伤害致人轻伤的场合，不承担任何责任。因为，虽说按照刑法第17条第2款的规定，这个年龄段的人犯抢劫罪要承担刑事责任，但是，按照刑法第269条的规定，事后抢劫罪只有在行为人犯盗窃、诈骗、抢夺罪的前提下才能成立，而已满14周岁不满16周岁的人的盗窃、诈骗、抢夺行为不能构成犯罪，因此，他们不具备成立事后抢劫罪的前提。^{〔32〕}④明知13周岁的儿子奸杀邻居9岁女儿而为其毁灭证据、教给其反侦查手段的场合，父母的行为不构成窝藏、包庇罪。因为根据刑法第310条的规定，窝藏包庇罪的对象只能是“犯罪的人”，而按照刑法第17条第2款的规定，13周岁的人尽管杀了人，但也不能说是“犯罪的人”。⑤窝藏转移15周岁少年所盗物品的场合，不能成立赃物犯罪。因此，根据刑法第312条，成立赃物犯罪，要求行为人明知是犯罪所得及其产生的收益，所以，在行为人明知是15岁少年盗窃来的财物而窝藏、转移、收购、销售、掩饰或者隐瞒的场合，由于15周岁的人的盗窃行为不构成犯罪，所以，行为人的行为无论如何也不构成赃物犯罪。⑥单位盗窃的，无法适用刑法进行处理。因为，刑法明文规定，盗窃罪的犯罪主体中不包括单位，因此，单位有关人员组织、实施盗窃行为，获取财物归单位所有，数额巨大的行为，根据罪刑法定原则，对单位盗窃不能以盗窃罪追究刑事责任，也不宜直接追究单位中直接负责的主管人员和其他直接负责人员的刑事责任。^{〔33〕}同样，贷款诈骗罪的犯罪主体中，由于不包括单位在内，因此，对以单位名义的贷款诈骗行为，不能

〔31〕 前引〔28〕，张明楷书，第85页。另外，陈兴良教授也认为，犯罪的实质社会内容，就是法益侵害性。参见陈兴良：《陈兴良刑法学教科书》，中国政法大学出版社2003年版，第45页。

〔32〕 参见2006年1月11日最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条。

〔33〕 陈兴良：《盗窃罪研究》，载陈兴良主编：《刑事法判解》第21卷，法律出版社1999年版，第38页以下。

以贷款诈骗罪定罪处罚,也不能以贷款诈骗罪追究其直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。^[34]

上述举例都是在我国的司法实践中曾经有过或者现在仍在实行的一些做法。这些做法,从结果无价值论的立场来看,都是有问题的。在上述场合,均有侵害法益的结果,而且行为人对此结果也具有罪过,这是毫无疑问的。其之所以不被认为是犯罪,仅仅是因为有人认为上述行为在刑法中没有被明文规定出来,处罚上述行为,会违反罪刑法定原则的要求。上述行为是否真的没有被刑法所明文规定,本文暂且不论,但其中所体现出来的倾向性意见,的确让人担忧。如前所述,刑法的任务是保护法益,犯罪的本质是侵害法益。刑法在适用过程中,客观上也具有保护犯罪嫌疑人的效果,但这并不是其目的和任务。如果刑法在适用过程中,眼看着许许多多的侵害法益行为而无能为力的话,则这种刑法适用绝对不是人们所追求的理想效果;同样,如果执法者眼看着那些危害社会的分子钻法律的空子而袖手旁观甚至不知不觉中为其提供帮助的话,那更是丧失了其作为法益保护者的立场。早年,在日本,曾经有过这样的判例。行为人盗用电力公司的电力。但由于日本刑法中的盗窃罪中的犯罪对象的财物,通常沿用日本民法中的理解,被看作为“有体物”,而电力本身是看不见、摸不着的,难以说是有体物,因此,盗用电力行为,是否构成盗窃罪,引起激烈争议。由于电力在当时还是一种很珍贵的资源,一般人根本用不起,不处罚的话,显然对电力公司来说是不公平的,基于这种考虑,日本最高法院最终认为,刑法和民法具有不同的适用宗旨和保护目的,刑法中的概念不一定完全要按照民法上来理解;刑法上的盗窃罪中的物不是“有体物”,而是“可以管理之物”,电尽管不是有体物,但属于可以管理之物,因此,最终认定行为人盗用电力行为构成盗窃罪。^[35]应当说,这个判例为我们理解“刑法是法益保护法”的意义提供了一个绝好的例证。

(二) 在分析具体行为是否具有社会危害性时,必须注重客观评价

如前所述,结果无价值论并非强调结果是判断行为是否具有社会危害性的唯一标准的学说,而是强调在行为的社会危害性的判断上,只能考虑结果、行为形态等客观因素,而故意、过失、动机等主观要素则只能在成立犯罪的责任层面上加以斟酌的见解。既然如此,则在分析具体行为是否具有社会危害性时,就只能根据客观因素进行评价。具体来说,必须注意以下几点:

首先,在行为社会危害性的判断上,排除对主观因素的考虑。否则,就会出现不当缩小或者扩大犯罪成立范围的结果。如在行为人向牵着藏獒散步的人所在方向射击,子弹从狗和人中间穿过的场合,按照目前通说所主张的“行为社会危害性的判断上,必须考虑行为人的主观因素”的观点,^[36]必然会出现如下结论:即行为人意图杀人的话,那么,该开枪行为就具有故意杀人的危险,构成故意杀人罪(未遂);相反地,行为人意图杀狗的话,那么,该开枪行为就不具有故意杀人的危险,仅只构成故意毁坏财物罪(未遂,不罚)。换言之,在本案中,行为人的主观意图是确定该射击行为性质的关键。但是,在子弹从人和狗的中间穿过的时候,无论行为人的主观意图何在,子弹从人的耳边呼啸而过,严重危及人的生命的事实是客观存在、不可变更的,决不会因为行为人的意图是杀人还是杀狗而有所改变。既然如此,上述场合下,不管行为人开枪的主观意图是在人还是在狗,该开枪行为客观上都有侵害他人生命的危险,要成立故意杀人(未遂)罪。可是,按照上述通说的理解,无论如何都难以得出这种结论,这显然会不当缩小本罪的成立范围。相反地,如在所谓“坏心办好事”,即行为人出于恶劣的目的或者动机而实施行为,客观上却引起了社会允许的结果的场合,从客观结果上看,应当说该行为是值得肯定的,但如果考虑行为人当时的主观上

[34] 参见2001年1月21日最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》。

[35] 日本大审院1902年5月21日判决,载于《刑录》第9辑,第874页。

[36] 参见前引[23],高铭暄等主编书,第73页;苏惠渔主编:《刑法学》(修订本),中国政法大学出版社1999年版,第74页;赵秉志主编:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2001年版,第76页。

的恶劣动机，则不得不说该行为具有社会危害性。行为结果是允许的，仅仅因为行为人主观恶劣，所以，认定该行为具有社会危害性，这完全是历史上所批判的主观主义的刑法观，无疑会不当扩大犯罪的成立范围。

其次，在排除犯罪性事由的认定上，提倡利益衡量说。从结果无价值论的立场来看，正当防卫、紧急避险之所以不构成犯罪，是因为这些行为没有引起值得刑罚处罚程度的法益侵害。如在杀死正在持刀抢劫的人的正当防卫的场合，尽管出现了侵害抢劫者生命法益的结局，但按照法律规定，任何人都采用妥当手段制止正在进行的不法侵害的权利；抢劫者在持刀抢劫的时候，其利益受保护程度在法律上显然要低于其他没有实施违法行为的正常人，^[37]所以，在杀死持刀抢劫者的正当防卫的场合，虽说造成了剥夺抢劫者生命的结果，但由于该行为保护了一个在法律上比不法侵害者的生命更加值得保护的优越利益即防卫人的人身和财产，因此，该行为不具有刑法上的法益侵害，不具有成立犯罪程度的社会危害性。

同样，对紧急避险也可以这样理解。从利益比较的角度来看，现实生活中的紧急避险，不外乎以下三种类型：一是保护法益大于牺牲法益的场合，这是紧急避险的常见类型，也是最为理想的类型，在社会危害性的判断上，不存在任何障碍；二是保护法益小于牺牲法益的场合，这一般^[38]是刑法上所谓的避险过当的情形，也容易判断；三是保护法益的价值等于牺牲法益的场合，这是在紧急避险是否合法的判断上最为棘手的一种类型。在紧急避险的本质，之所以存在多种学说，^[39]是因为这种类型的问题难以解决。从本文所主张结果无价值论的立场来看，即便在保护法益的价值等于牺牲法益的场合，也不能将其作为犯罪处理。因为，从法益比较衡量的角度来看，保护法益和牺牲法益等价，就意味着二者之间的冲突结果为零。既然是零，就意味着没有出现法益侵害的负面结果。既然如此，如何将这种行为作为刑法上的犯罪处理呢？同时，从法律是维持社会秩序的手段和工具的角度来看，其对利益的保护也应当一视同仁，不得偏袒任何一方。在一旦判定牺牲利益和保护利益等值，二者之间的差别为零的时候，就意味着二者都平等地受到了法律的保护，维持二者之间的平等关系或者说是平衡状态的法秩序也没有受到破坏，这种场合下，法律还有什么理由要介入其中呢？所以，在同等法益相互冲突的场合，虽然不能积极地确认某行为是保全法益的有益行为，但是，却可以消极地确认某行为不是值得刑法处罚的有害行为。

再次，在未遂犯的处罚根据上，提倡客观的具体危险说。按照这种见解，在判断是否未遂犯的时候，必须以行为时所存在的全部事实为基础，站在行为时的立场上，以科学的因果法则为标准，判断发生结果的概率大小。大的场合，是未遂犯；反之，就是不能犯。具体来说，就是对事后所查明的、成为危险判断基础的事实进行抽象，将一些从科学的立场来看，对发生结果没有影响或者本来就允许的细枝末节，排除在危险的判断基础之外。如在向被害人开枪，子弹从被害人耳边飞过，没有打中对方的场合，即便事后查明是枪械本身的原因而没有击中被害人，但也并不能立即得出该枪械存在问题，不可能击中被害人，因此是不能犯的结论来。还要考虑击中被害人的概率即可能性的问题。通常来说，即便说枪口指向了被害人，但从科学的角度来看，子弹也并不一定能百分之百地射中被害人，还存在一个允许误差的问题。这种场合下，虽说子弹没有射中被害人，但只要所偏离的距离在允许误差范围之内，就可以对这种偏差忽略不计，从而判定该开枪射击行为绝对具有剥夺被害人生命的危险，认定该行为成立未遂犯，否则，就是不能犯。这就是本文所主张的客观具体危险说。其在以行为时所客观存在的全部事实为判断基础的一点上，和具有行为无价值论倾向的、主张

[37] 当然，并非因此而降低为零，否则，就不存在所谓防卫过当之说了。

[38] 之所以说“一般是”，主要是考虑到根据我国刑法第21条第2款的规定，只有超过必要限度且造成不应有损害的，才成立避险过当，而“保护法益的价值小于牺牲法益”的场合，并不总是符合上述条件。

[39] 有认为紧急避险没有侵害社会的整体利益的“排除违法性说”，认为紧急避险人主观上不具有期待可能性的“排除责任说”，以及将上述二者结合起来考虑的“二分说”。

以行为时一般人和行为人本人所能认识事实基础的具体危险说具有根本上的差别；同时，在以行为时所存在的全部事实为基础，在事前对发生结果的概率进行预测的一点上，和主张从事后即裁判时的立场出发判断行为是否具有危险，可能会得出所有的未遂犯都是不能犯的纯粹客观危险说也不一致。

最后，在共犯的处罚根据上，提倡引起说。引起说从共犯和正犯一道引起由正犯所实现的犯罪结果的角度来考虑共犯的处罚根据，认为共同正犯、教唆犯、帮助犯之类的共犯之所以受罚，是因为其通过正犯即实行犯的行为而引起了法益侵害结果。这种学说试图从和犯罪结果的联系中来把握共犯的处罚根据，其基础是以危害结果为中心的刑法观。在此意义上讲，引起说的理论根据是法益侵害说，是从刑法的任务在于保护法益的立场在共犯论中的归结，是和将犯罪（违法）的本质求之于侵害、威胁法益的法益观最为协调一致的共犯处罚根据论。相反地，作为共犯处罚根据的其他根据，如责任共犯论以及狭义共犯论，则不是在认为正犯因为侵害法益而受罚，而共犯（教唆犯）则因为具有“诱惑”正犯，使其“堕落”这种精神、伦理评价原因而受罚方面具有将伦理评价引入社会危害性评价范畴问题，就是因为从使正犯陷入违法“行为”的一点上寻求共犯的处罚根据方面，具有行为无价值之嫌而为本文所不取。

（三）在主观罪过的认定上，必须强调对侵害法益结果的认识或者预见

结果无价值论尽管是有关行为是否具有客观的社会危害性的判断方法，但由于罪过是行为时行为人对客观事实的认识和反应，因此，客观的社会危害性的判断方法的差别，必然会对罪过的认定产生影响。下面以故意和过失为例，进行简要说明。

就故意而言，对刑法第14条的内容应当做缩小解释。即刑法第14条所规定的故意不是泛指一般的故意，而是刑法分则所规定的某种犯罪的故意，准确地说，是“明知自己的行为会发生刑法分则所规定的某种犯罪的危害结果，并且希望或者放任该种危害结果发生”的故意。

按照这种理解，行为人对自己行为可能产生某种抽象模糊的危害社会结果的认识，不能成为刑法上的犯罪故意。成为刑法上的犯罪故意，要求行为人的认识必须达到可能产生侵害某种具体犯罪结果的程度。就以数额要求的犯罪而言，行为人必须认识到自己的行为可能产生侵害该种数额的法益侵害结果；就以造成严重后果为成立要件的犯罪而言，行为人必须认识到自己的行为可能产生该种后果的程度。在行为人完成没有这种程度的认识的场合，绝对不能因为行为人的危害行为偶然地引起了犯罪结果而追究其故意犯罪的责任，这是违反责任原则的。

按照上述理解，在流浪汉冬天将别人晒在外面的棉絮（里面藏有3千块钱）偷走，后被失主发现的场合，绝对不能因为行为人主观具有盗窃棉絮的危害故意，客观上也产生了他人3千多元的财物被盗的结果而追究行为人盗窃罪的刑事责任，因为，行为人主观上并没有盗窃他人数额较大的财物的盗窃罪的故意。同样，在几个民工偷摘路边的一个大院里种的葡萄，共摘了约两麻袋，事后才知道他们偷的是某科研院所已经投入了10多万元所种下的实验品种即所谓“天价葡萄”一案中，也不能以这些民工具有盗窃葡萄的危害认识，事实上也盗窃到了价值10多万元的“天价葡萄”为由，马上认定其行为构成盗窃罪。这里还必须考虑行为人对于该葡萄的财产价值有多大程度上的认识。在行为人根本没有意想不到，而且从其受教育程度、职业经历以及从对天价葡萄的保护程度来看，根本不足以让行为人意识到被盗物品属于“天价葡萄”时，应当否定其具有盗窃罪的故意。

或许有人说，任何犯罪嫌疑人或者被告人在案发之后，都有避重就轻的心理，都会狡辩说，没有预料到该种结果。本文的观点，岂不是为那些狡猾的犯罪嫌疑人或者被告人逃避刑事责任提供了一个很好的借口吗？应当说，这种担心是多余的。因为行为人对其行为所可能产生的结果有无认识，属于客观事实，必须从一般人的角度来判断。换言之，行为人对犯罪结果有无认识，其判断，除了要考虑行为人的口供之外，还要结合现场勘验的结果、证人证言、行为人的年龄、经历、经验等能够作为证据的客观事实，而不是完全听由行为人自己的陈述。这一点，和过失犯罪中，判断行

为人是否具有预见能力的过程是完全一样的。就与“天价葡萄”案类似的情况而言，首先，必须考虑行为人的受教育程度和成长经历，在从行为人的教育程度以及成长的环境来看，行为人对葡萄或者类似植物基本上一无所知，根本无从辨认出“天价葡萄”和普遍葡萄的差别的时候，应当说，行为人对自己行为可能导致重大危害结果的认识程度较低。其次，必须考虑受害财产的保护情况。在被害财物戒备森严，受到厚重的保护的场合，一般来说，人们意识到侵害该财物可能引起严重后果的可能性较高，否则就较低。最后，考虑有无其他能够有助于判断被告人在行为时的真实想法的材料。如行为人是否听说过被害财物的有关情况、行为人盗窃财物的动机、在知道是出乎自己意料之外的财物之后的反应等。在被告人没有听说过被盗财物是“天价葡萄”、盗窃该葡萄也没有其他特殊目的、被盗财物的价值完全超出其预料的场合，可以说，行为人对自己行为后果的认识程度较低。总之，在按照结果无价值论来理解犯罪故意的时候，并不会产生为被告人开脱罪责的结果。

同样，在犯罪过失的认定中，也必须从结果无价值论的立场出发，强调行为人必须对所可能导致的结果具有预见，而不仅仅是对行为的违法性具有预见就足够。这也是根据我国刑法第15条的规定所得出的当然结论。在这一点，虽然我国的通说见解很妥当，认为在过失犯的预见程度问题上，应当坚持具体结果预见说。但是，司法实践中，似乎并没有按照这种做法，而是认为行为人只要对自己的行为属于违法行为或者是违反规则的行为具有认识，就足以说明其对危害结果具有预见。^{〔40〕}

我国司法实践中的上述做法，实际上和日本战后所流行的新过失论的观点如出一辙。这种观点认为，所谓过失行为，就是偏离标准的行为，因此，在判断行为人是否具有过失的时候，就看行为人是不是意识到自己的行为偏离标准即违反规则或者日常生活中应当注意的事项。偏离标准行为而引起了结果的话，行为人就有过失。但是，这种将过失行为看作为“违反规则行为”的做法，存在严重缺陷。首先，其在理论上偏离了犯罪的本质是侵害或者威胁法益的基础立场，可能引起过失犯的本质是违反规范，而造成严重后果只是成立过失犯的客观处罚条件而已的误解。其次，在实践中，也容易得出只要实施了违反一定标准的行为，碰巧也发生了一定结果，就马上认定行为人具有过失的结论来，导致扩大过失犯的处罚范围的结果。最后，存在操作上的困难。因为，按照这种观点，处罚过失犯的根据在于没有实施应当实施的行为。但是，在过失犯中，应当实施的行为通常并不只一个，而是具有数个。这样说来，没有实施数个行为中的哪一个行为才构成过失犯，其认定就很困难。

本文认为，即便在过失犯的场合，也要求行为人对可能引起的结果具有预见，没有预见的话，就不能说行为人具有过失。当然，考虑到现代社会中，过失犯所产生的危害结果往往非常巨大，必须通过防止违规行为对其严加防范，同时，现代的过失犯罪大多是业务过失犯，要求行为人在行为时对将来可能引起的危害结果进行准确预见，客观上也具有强人所难的一面，因此，在认定过失犯中的预见时，必须注意以下两点：

第一，该预见是指对构成要件结果的预见，而不是对其以外内容的预见。如在将爆炸装置遗忘在公交车上，发生爆炸，造成人员伤亡和财产损失场合，行为人只要有会发生人员死伤、财产损失的概括预见就够了，而不要求具有在某个特定时间、会对某特定的被害人或者财产造成伤亡或者损失的具体预见。另外，对于预见结果的个数也没有要求。在危险行为引起数人死伤的场合，即便行为人只对其中特定的人员伤亡具有预见，也能说行为人对所造成的具体结果具有预见。

第二，在对结果难以预见的场合，行为人必须对引起结果的因果关系的重要部分具有预见。所谓因果关系的重要部分，是指在因果经过当中所存在的、对一般人来说能够预见到该“事实”的话

〔40〕 具体案例，参见国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览刑事卷》，中国人民大学出版社2002年版，第117页。

就能预见构成要件结果的一般事实,至于该事实是如何引起该结果发生的即因果经过的每一个细节,则没有必要预见。这种对因果经过中的重要事实的预见,意味着仅仅具有发生结果的恐惧感或者没有任何根据的漠然的不安感的时候,不能说行为人对发生结果具有预见。按照上述观点,在胡同里开车的时候,有小孩从路边窜出,结果被撞死的场合,虽说行为人对撞死小孩的结果没有预见,但是,如果说对胡同边的巷子里“常有小孩从路边跑出来”的事实有预见的话,就可以说对发生孩子死亡的结果具有预见。^[41]

四、结 语

从理论上讲,在社会危害性的判断和犯罪论体系的建构上,无论是采用行为无价值论还是采用结果无价值论,都有其充分的理由。在这种情况下,判断孰是孰非的主要标准,恐怕就只有各国的刑事立法体系了。德日等国由于采用了单纯的“行为”规定模式,将“行为”作为了区分刑法和其他处罚法规的调整范围以及判断是否成立犯罪的唯一基准,因此,主张行为无价值论,具有充分的立法理由;相反地,在我国,由于采用了“行为+情节或者结果”的规定模式,将该行为所引起的结果以及伴随情节作为区分刑法和其他法规的调整范围以及判断是否成立犯罪的基准,这种情况下,能否以国外的刑事立法中采用了行为无价值论的发展趋势为由,说明我国刑法理论体系的建立,也要采用行为无价值论,就成为一个需要探讨的问题。

笔者认为,国外近年来的刑事立法中偏向了行为无价值论的立场,但这并不意味着主张法益侵害说的结果无价值论就丧失了其存在的价值,在限定刑法的适用范围、探讨犯罪本质的意义上,仍然离不开法益学说。在我国,由于采用了和国外不同的“行为+情节或者结果”的刑法规定模式,结果等情节成为决定刑法处罚范围的关键,因此,在有关社会危害性的认定上,更有必要采用结果无价值论的判断方法。不仅如此,在犯罪论的每一个具体问题的研究中,也要将这种理念和研究方法贯彻到底。

创建有中国特色的刑法理论,是每个刑法学人梦寐以求的夙愿。但是,建立中国特色刑法理论的前提,是弄清中国刑法自身所具有的特点。过去的30年中,我国比较刑法学研究的一个重要成果就是,发现了中外刑法在犯罪行为的规定模式上存在重大差别。即国外刑法采用了“单纯的定性分析规定方式”,而我国刑法采用了“定性+定量分析的规定方式”。可惜的是,对这种中国式的表达,我国学者迄今为止还没有为其找到一个能够提供理论支撑的国际通用的学说,而且,上述发现对建构具有中国特色的刑法学理论具有什么样的影响,也缺乏深层次的探讨。从这种意义上讲,本文是在上述发现基础上的进一步深化和延伸。

[41] 前引〔11〕,前田雅英书,第285页。