

# 韦尔策尔犯罪阶层体系研究

蔡桂生

**内容提要:**目的论犯罪阶层体系是二战后世界刑法学史上极为重要的犯罪论体系。韦尔策尔开创了目的论体系并对其进行拓展,他的体系深受哲学之影响,尤其是扎根于存在论物本逻辑结构之中,这在一定程度上使得他取得了刑法教义学领域新的成就,比如目的行为论、行为无价值、主观要素横跨两阶、构成要件错误和禁止错误的区分等。但是,韦尔策尔体系也遇到了一些误解,这是需要予以辨正的。对存在论基础上的韦尔策尔体系的研究,在我国犯罪论体系的选择上具有谱系学和刑法史上的重要参考价值。

**关键词:**目的论犯罪阶层体系 韦尔策尔 存在论与物本逻辑

蔡桂生,北京大学法学院 2008 级博士生。

## 一 导 言

新古典犯罪阶层体系(以下简称“新古典体系”)是世界刑法学史上传播最广、影响力最大的犯罪论体系,作为该体系的继承者和挑战者,目的论犯罪阶层体系(以下简称“目的论体系”)同样对今日刑法教义学格局的形成产生了深刻的影响,其一度与新古典体系形成抗衡之势,并最终互相融合结成新古典暨目的论综合体系,成为今日通行的犯罪阶层体系。

新古典体系和目的论体系分别主导于二战前后,在研究犯罪阶层体系的同时,不忽视对犯罪阶层体系的哲学基础进行梳理,对于面临多套犯罪论体系并存和竞争的中国刑法学界而言,自然有其重要的参考价值和知识鉴别意义。正如罗克辛(Roxin)所说,犯罪理论在 20 世纪的发展,绝不是一个单纯的刑法内部套路的结果,而是有着哲学和思想史的发展背景的。<sup>〔1〕</sup>目的论体系的形成,始自于韦尔策尔(Hans Welzel),在他之后,毛拉赫(Maurach)、齐普夫(Zipf)、冯·韦伯(H. V. Weber)、格拉夫·楚·多纳(A. Dhna)、施特拉腾维特(Stratenwerth)等人也提出了有修正变化的目的论体系,变化主要体现在与新古典体系的结合。通常认为,韦尔策尔是目的论体系最主要和最典型的代表者。本文将论述其三阶层体系的存在论基础,对物本逻辑下的目的行为、行为无价值、故意及过失的阶层地位等韦尔策尔体系的主要内容展开具体论述,最后,将简要指出韦尔策尔体系所遇到的误解,并加以辨正。

〔1〕 [德]罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 123 页。

## 二 韦尔策尔及其犯罪阶层体系的存在论基础

在韦尔策尔看来,有必要返回“存在”本身,从存在中导出秩序,乃作为一种物本逻辑结构,它先于法而存在,法也无法改变它,因此,应该为立法者所重视,物本逻辑的结构是刑法体系的基石。<sup>[2]</sup> 韦尔策尔与新康德主义保持明显的距离,而推崇黑格尔的“现实与追求价值的综合体”,并将之与他的刑法观相连。<sup>[3]</sup>

具体到刑法的基本取向上,韦尔策尔在其《自然法与实质正义》第4版(1951年)的最后一章中写道,不仅是应然呼唤的特征,更源自于明白的存在结构界定了意义构造的稳固边界,存在事态先在于意义释明,由此一切都联系起来,这便是物本逻辑的构造。<sup>[4]</sup> 他在之后的论文中又道,新康德主义所谓规范独立于现实、存在论与价值论分离的主张不过是对于实证主义的补充,各学科认识客体的不同导致各学科在方法上的分歧,正因为存在会决定认识存在的方法,则从混乱的存在中不可能构成有秩序的认识体系,那么存在即内含秩序,价值植根于物质。法律对生活材料不是规制而是描述,从生活秩序中即可导出法秩序,此亦即方法一元论。<sup>[5]</sup> 韦尔策尔从现实中导出规范,也即是从有价值内涵的先现实这种有意义的已发生认识关系的现实中导出规范,新康德主义者强调价值哲学,也是在有价值内涵的先现实的范围内强调,至于他们是否是在导出后的规范内强调,为维持其理论自洽,对此,韦尔策尔应该会选择肯定的回答。从知的意义上说,真正的纯粹自然事实和有价值内涵的先现实之间的鸿沟是无法跨越的,这一难题,也许便是人类本性的表现。由于知道了这一真正的纯粹自然事实的存在,所以引发了对其的追求,造成了诸种争论。

## 三 韦尔策尔体系的主要内容

### (一) 目的行为论及目的论体系的基本构想

1931年,韦尔策尔就在其《因果性与行为》<sup>[6]</sup>一文中提出了目的行为论的基本构想,此后对它进行了不断的发展,从而取代了因果行为论。行为是韦尔策尔三阶层体系中的第一阶,按照物本逻辑的基本结构,他这样论述行为:“人类共同生活是建立在人的目的行为之上的,这种共同生活以共同体成员能有目的意识地行为为前提,亦即,他们能够挑选所需要的手段以实现其目的,在这个过程中,他们是有目的意识的。这种目的行为即为‘行为’”,<sup>[7]</sup>目的行为是韦尔策尔体系的核心概念。行为之目的性表现为对行为目的、达成目的之手段和附属后果的预见,它还必须在客观上已开始按计划采取预定的行为措施,其所追

[2] Vgl. Welzel, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit, 4. Aufl., 1962, S. 244f. zitiert von Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1984, S. 34. (中译文见许迺曼:《刑法体系思想导论》,许玉秀译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义 许迺曼教授刑法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第249-302页。)

[3] Vgl. Hans Joachim Hirsch, Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, ZStW 116 (2004), S. 2.

[4] zitiert von Hans Joachim Hirsch, Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, ZStW 116 (2004), S. 11-12.

[5] Vgl. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935, S. 41-75, 引自许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第134-136页。

[6] 即 Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), S. 703ff.

[7] Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 30f.

求的结果即为目的,同时还会有一些附随结果,这里面行为各个阶段均受意志之设计。行为的目的性,是刑法基本的物本逻辑结构。由于在解释过失行为和不作为犯,尤其在解释忘却犯、激情犯或未必故意犯上存在困难,目的行为论遭到了罗克辛等人的较普遍的批判。<sup>[8]</sup>虽然他对反驳都做了一些回答,但接受存在论意义上的目的的行为概念的刑法学者并不是很多,<sup>[9]</sup>不过,这不妨碍韦尔策尔体系的其他成就。韦尔策尔在其犯罪阶层体系的第二、三阶不法论和责任论上,也采取了存在论的思考方式,比如他在解释不法论之主观构成要件中

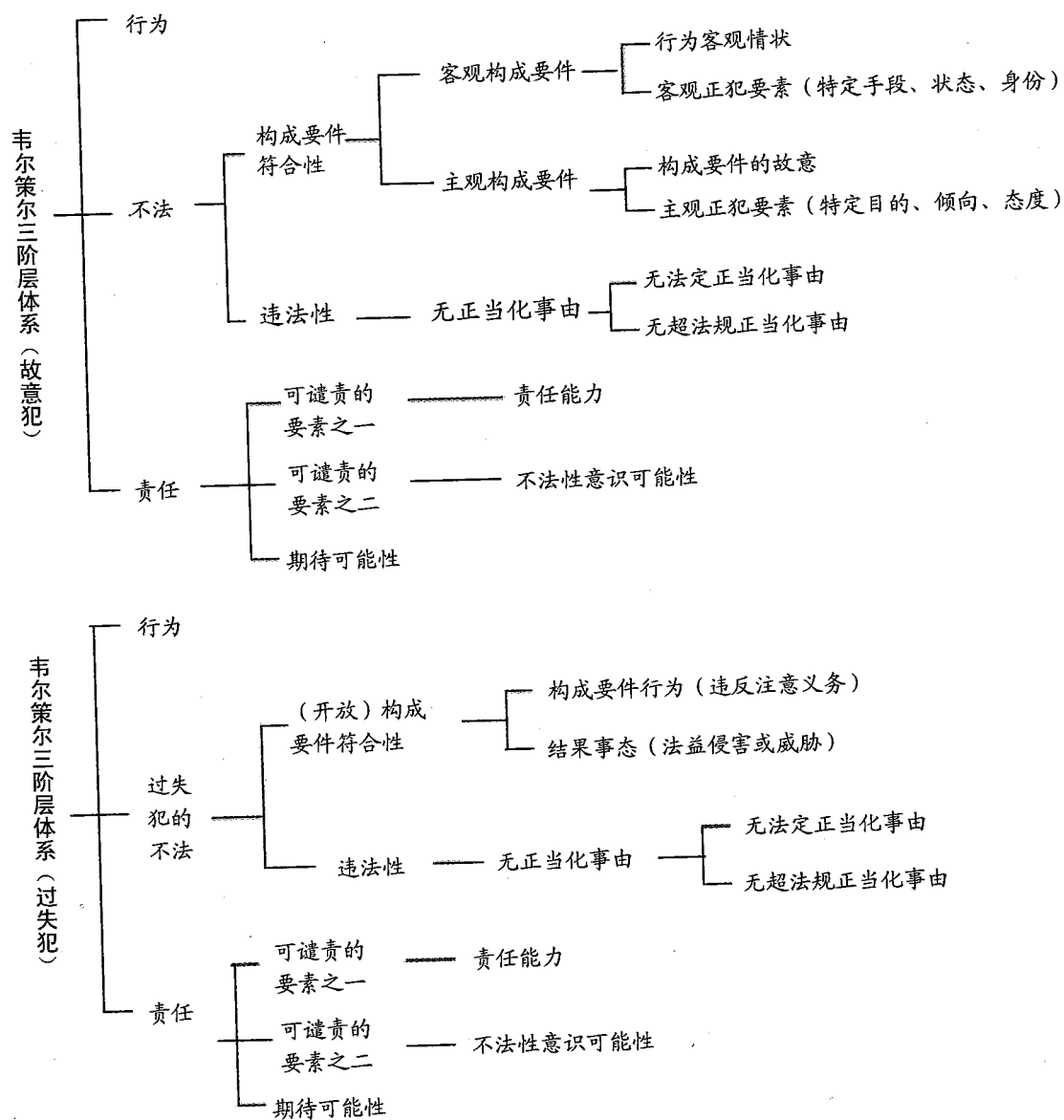


图 1 韦尔策尔三阶层体系 (故意犯和过失犯)

[8] 参阅马克昌主编:《近代西方刑法学说史》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 502—504 页及 Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1984, S. 39—40。

[9] 具体可见王安异:《刑法中的行为无价值和结果无价值研究》,中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 33 页以下。

的故意时说到,“故意是行为人行为的时候就存在的,而不是事后再附上去的。”<sup>[10]</sup>在违法性上,存在论物本逻辑、方法一元论的思考也强化了实质违法理论,由于先于概念而存在的现实含有价值关系,也为法律所描述,则行为的违法性也原本存在于这个含有价值关系的现实中,行为是否违法,决定于是否违反法律背后的实质价值秩序。<sup>[11]</sup>而在论证责任阶层时,他分别从人类学、性格学、类型学、人格责任等角度分析了意志自由与责任的关系。<sup>[12]</sup>这种利用多种学科分析手段的分析法印证了希尔施的言辞,他说,在刑法教义学方法论上,韦尔策尔一反自然—物理主义和规范主义者的视角,认为刑法的价值内涵不该降格为纯粹因果流程、或基于(目前流行的)纯粹规范加以构建,而应与现实结合,因此,人们需要在规范理论体系内注意到先于法存在的构造以及由此产生的物本逻辑。<sup>[13]</sup>关于希尔施提到的目前流行的纯粹规范理论,笔者有必要言明,时下最流行的被指为极端的“纯粹规范理论”,大多是指雅科布斯的理论,批评者大多忽视一点,即雅氏理论也是机能主义的。

## (二)物本逻辑下的行为不法

物本逻辑是韦尔策尔体系构造的出发点,对于法之前的事物、人类行为常态构造的重视全方位地渗透到其犯罪阶层体系构造的众多方面,在论述了目的论体系的基本构想后,本文再专门以对刑法教义学史最有影响的行为不法和主观要素阶层变动两方面为论述重点,对这种物本逻辑渗透下的体系构造作一简要解读。

针对实证主义祛除价值评价的弊端,韦尔策尔明确谈到,本体的事实是价值的存在体,并非盲目、机械的因果事实,也不是杂乱无章的实体,更无须通过概念或普遍的法命令来武装或安排。“价值的存在体前置于所有理论和概念,因其有‘人’本质的本体构造,因其有源于形而上学理论之‘具体人’的态度”,即其为主体之态度,不同于单纯的外在世界。行为乃刑法评价的对象,系先于刑法理论和概念的本体事实,也系价值的存在体。行为的价值内容,取决于其“行为人特征”。<sup>[14]</sup>在目的行为论的旗帜之下,对应于结果不法的概念,韦尔策尔提出了“个人不法”理论(亦即行为不法),并将犯罪阶层体系围绕“个人不法”加以构造,犯罪的关键在于行为人,行为人认识到行为无价值,乃是特定“个人不法”的体现。<sup>[15]</sup>

具备了目的行为之后,考虑的是构成要件,韦尔策尔体系的构成要件包括客观构成要件和主观构成要件。客观构成要件仅仅是意志的客观化,不具有独立于主观构成要件的意义,像侵占、欺骗、胁迫等,如果去除其携带的意志倾向,那么这样的故意构成要件将无法理解。客观构成要件包括客观的行为情状和正犯性要素,前者内容是具有法益侵害和法益威胁的行为,有时需要特定手段或特定状态,后者存在于大多数构成要件中,包括身份、保证人地

[10] Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 71.

[11] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第138页。

[12] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 143ff.

[13] Hans Joachim Hirsch, Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, ZStW 116 (2004), S. 2.

[14] [德]韦尔策尔:《刑法中的自然主义与价值哲学》,1935年版,第76、78页,转引自马克昌主编:《近代西方刑法学说史》,中国人民公安大学出版社2008年版,第499—500页。又见 Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 125ff.

[15] Vgl. Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1984, S. 37.

位。正犯性要素主要涉及身份犯,其包括产生可罚性的纯正身份犯和仅提高可罚性的不纯正身份犯,所有不纯正不作为犯都是纯正身份犯,因为其正犯性建立于不作为犯的保证人地位之上。<sup>[16]</sup>

在韦尔策尔看来,并非仅是行为人导致法益侵害结果就构成不法,而是只有当此行为是特定行为人所为时,它才是违法的,亦即,它基于何种目的设定、出于何种态度、负有何种义务来实施了客观行为,除了可能的法益侵害之外,这些也决定行为的不法。违法性总是对特定行为人的行为的非难,而不法则是基于行为人的行为不法。<sup>[17]</sup> 行为人只有同时违反了禁止规范而又不符合容许规范,才是冲击了整体法秩序,<sup>[18]</sup> 若有正当化事由,则排除的是违法性,而非行为的构成要件符合性,故其不等于消极的构成要件,此种违法性确定方法在“封闭的构成要件”与“可填充的构成要件”或“开放的构成要件”的场合均适用。所谓违法的客观性,只是普遍评价本身和评价基准是客观的,而评价对象仍是兼具主客观要素的行为,即目的行为。<sup>[19]</sup> 只有在行为人违法性的行为之内,法益侵害才有刑法上的意义,人的行为不法在刑法学所有犯罪形态上是普遍的无价值,而在诸如结果犯等犯罪形态上,结果无价值并不是独立的,比如在不能未遂上,具体案件中就可能缺少结果无价值,若还考虑行为无价值的话。<sup>[20]</sup> 关于韦尔策尔的行为无价值论,有批评意见认为,韦尔策尔没有区分动作无价值和行为无价值,因为其认为刑法是通过动作无价值的刑法化来防止结果无价值,<sup>[21]</sup> 这让人怀疑,他是不是通过使用“目的主义”这一措辞,以达到主观化的愿望,也就是把人们的注意力从侧重结果导向转移到侧重目的的视角。<sup>[22]</sup> 应该说,这种批判指出了韦尔策尔体系里蕴含的风险,即过分使用物本逻辑、过分使用从法之前的行为构造出发来构建阶层体系有着主观主义倾向,但也有一定问题,存在一定误解,目的行为的物本逻辑将结果看作是行为的客观化,决定性是行为,而韦尔策尔所谓的行为客观情状是具有法益侵害和威胁的行为,这里的法益侵害和威胁作为结果同样是加以考虑的,可见结果并非在不法、责任之后考察。他本人早就说过,只有存在对合法行为的真正偏离的行动,法秩序才施加处罚,以此保证其真正的效力,而绝不意味着要在无侵害或危险行为的情况下处罚坏的、危险的故意,法律只干预外部行为,而非内在思想和态度。<sup>[23]</sup> 这样,韦尔策尔也并没有将结果无价值绝对排除。

在韦尔策尔那里,构成要件一旦实现,则同时违反了规范,构成要件和规范违反一起作为违法性的“标记”,构成要件和违法之间并不是对等的关系,正当化事由的存在,使得抽象的违法性在演变成具体的法义务时受到阻却。<sup>[24]</sup> 可见,和通说保持一致,韦尔策尔也将构成要件视为违法之类型,其作为违法性的认识根据而存在。

[16] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 63 - 64.

[17] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 62.

[18] 统一法秩序原理的论述,参见 *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 52.

[19] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 80ff., 51.

[20] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 62.

[21] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 2.

[22] *Hans Joachim Hirsch*, *Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel*, *ZStW* 116 (2004), S. 5 - 6. 相近的关于限制行为无价值绝对化、反对物本逻辑之规范功能过度扩张的观点,也可以参见 *Schünemann* (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1984, S. 39.

[23] *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 2.

[24] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 80f.

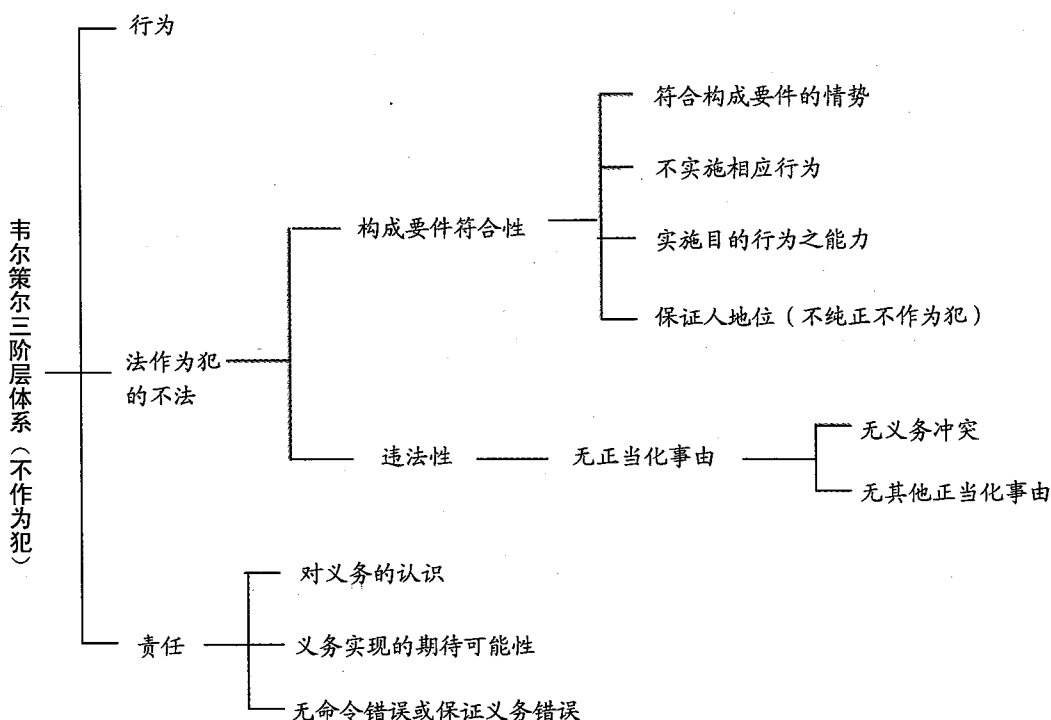


图2 韦尔策尔三阶层体系(不作为犯)

按照物本逻辑的方法一元论,由于现实与价值的水乳交融,评价对象的客观现实并非价值中立,行为便不会是盲目的外界因果变动,而是有一定目的的意志行动,意志对因果流程具有支配的可能性,可能性有二,其一是行为,另外一个便是不作为。<sup>[25]</sup> 这里,需要特别注意的是不作为犯的体系构造,韦尔策尔谈到,由于不作为是作为的不作为,从存在论上看,不作为本身并不是作为,不过,作为和不作为都是人的两种目的支配的行为。但是,不作为不是特定行为纯粹否定,它是行为人可能采取的目的支配的行为的不作为,基于特定行为没有发生,不作为具有潜在(可能)的目的性。只有可以目的支配的行为,可以被不作为。由于潜在支配构成了不作为的特征,因此不作为不需要现实的意志行为,而只需有这种意志行为的可能性即可。因此,存在有意识和无意识两种不作为。<sup>[26]</sup> 在具体的构造上,韦尔策尔注意区分纯正和不纯正不作为犯,比如符合构成要件的情势,在纯正不作为犯的场合,主要是指行为人是否在场等情况,而在不纯正不作为犯的场合,主要考察的是行为人是否已经进入法益侵害或威胁的过程;所谓不实施相应行为,则是分别对应不实施法律命令的行为(纯正不作为犯)和不实施防止结果发生的行为(不纯正不作为犯)。<sup>[27]</sup>

[25] Vgl. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935, S. 78f., 63. 转引自许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第136—137页。

[26] Vgl. Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S. 66ff., 73ff., 110ff., 314, zitiert von Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 201—202.

[27] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 204ff.

### (三)物本逻辑下的主观要素的阶层变动

韦尔策尔认为,“对事象的意志力,根基于一种调整能力,即其基于客观预见且作为原因要素而介入整体的驱动,从而有意义地调整着盲目事象的方向和进程。”<sup>[28]</sup>但是,作为纯粹行为决意的故意与刑法并不相关,刑法并不干预思想,仅有真正导致行为且支配行为的故意,才受刑法干预。对韦尔策尔所谓行为意义内容体现于目的之中这种理论,西班牙学者欧德里希(Gimbernat Ordeig)通过援引罗克辛的观点,进行了批判,即除了构成要件故意之外,目的行为论向来都无法辨认出任何目的行为意志。<sup>[29]</sup>韦尔策尔本人对于这些观点进行了反驳,他认为,目的行为论根本就不是为了刑法构成要件而发展出目的行为结构的,而应由此得出结论:若人的行为的结构是有目的的,那么这也可以被视为符合构成要件的行为,这种误解恩吉施(Engisch)早在1944年就澄清过了。他有个在我国已耳熟能详的例子,若一人怀着害死另一人的希望,在暴风雨来临时,把后者派到树林去,希望他被闪电劈死,那么这个派遣者是没有杀人意志的。<sup>[30]</sup>应该说,这种反驳带有物本逻辑的特点。下面将从主观要素横跨两个阶层和错误论的变革这两个方面,来具体论述韦尔策尔体系以至其物本逻辑。

#### 1. 主观要素横跨两阶

在新古典体系里,主观不法要素只是作为例外进入到不法领域,到目的论体系后,故意的一部分也进入了不法。根据构成要件之前的目的行为的意义和目的之导向,故意作为构成要件实现的知(认识)和欲(意志)而存在,而从责任中脱离出来,责任中就剩下了不法性意识的可能性,<sup>[31]</sup>这样,在故意犯中,原来只处于责任阶段的故意,就分裂为主观构成要件和不法性意识的可能性两部分横跨于两个阶层,此种构造至今仍为刑法学界所承认。不法性意识的体系性位置涉及到违法性的本质,违法性的本质是对于构成要件的评价,对这种评价的认识属于责任阶层,而非构成要件符合性阶层。<sup>[32]</sup>由于责任体现的是可责难性,因此,从对于违法性之本质的角度出发来论证不法性意识的体系性位置,也体现物本逻辑的思维进路。

在主观构成要件领域,除了构成要件故意以外,还存在主观正犯要素,亦即费舍尔(Fischer)、黑格勒(Hegler)和梅兹格尔所谓主观不法要素,包括意图、特定倾向,这种主观正犯要素是特别的行为人主观要素,其赋予行为的社会伦理内容以特定意义的色彩。行为人实施行为时出于何种主观态度,是决定行为之特定社会伦理意义的关键。<sup>[33]</sup>由于主观正犯要素源自于主观不法要素的构造,虽然其亦是从事犯罪行为构造的本性出发,但因该点并非韦尔策尔所独创,故不能将其视为物本逻辑应用于韦尔策尔体系之产物。

对于过失犯的处理,目的行为论者起初有两种方案,第一种方案是不当地认为过失犯的刑法本质也在于结果,其错误在于希望通过将目的行为的含义从真实的目的地性扩张到潜在

[28] [德]韦尔策尔:《刑法中的自然主义与价值哲学》,1935年版,第79页,转引自马克昌主编:《近代西方刑法学说史》,中国人民公安大学出版社2008年版,第499—500页。

[29] Gimbernat Ordeig, NJW. 66, 533, zitiert von Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 65.

[30] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 65.

[31] 参见 Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 141.

[32] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 77.

[33] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 77ff.

目的性,即“目的可避免性”。作为第一种方案的分支,第二种方案认为可以通过所谓社会行为概念中“客观的目的可能性”或“客观目的性”来替换(主观)“目的可避免性”。韦尔策尔援引黑格勒的说法,即在第二种方案中,“行为所谓的客观目的,处理的是引起特定后果的行为资格,这就不是目的行为,而是潜在因果性的问题了。”韦尔策尔认为两种方案的根本缺陷在于它们都把过失行为的结果视为本质,并由此通过“潜在目的性”或“客观的目的可能性”将行为概念予以扩张,其实本质不在于结果,而在于行为过程的方式(即违反注意义务),不同于故意犯之行为意志导引结果,过失犯则是主要以其目的的、特定的、具体的行为方式证实:行为人要么不希望相应社会结果的发生,要么相信其行为并不存在或根本未实施该行为,要么以为其行为在避免结果的交往中并未伤及所需的注意义务。<sup>[34]</sup> 由此观之,过失这一原本主观的要素,也已通过违反注意义务而被一定程度上客观化了,从过失犯构成要件中析出注意义务,是韦尔策尔体系的突破,这种析出也反映出其受到心理学影响的一些痕迹。

过失犯构成要件是需进行填充的开放构成要件,过失即代表行为人违反所必须的注意义务,法官必须确认这种义务以及行为人是否违反了它,判断标准是其造成的危险是否违反交往规则或社会相当性标准,这里起作用的是“信赖原则”。<sup>[35]</sup> 注意义务是个客观、规范的概念,符合注意义务则免除行为无价值,若仍造成法益侵害,也只是不幸而非不法。<sup>[36]</sup> 对此,许迺曼也认可到,过失犯构成要件今后可以扩及违反交往中必要的注意。该新观点甚至已于1957年被德国民事司法审判的一份著名判决书(BGHZ 24, 21ff.)所采纳。<sup>[37]</sup> 在韦尔策尔体系的过失犯构成要件领域,判断完违反注意义务的构成要件行为后,进行的是结果事态的判断,这一判断不过是根据刑法规定从前者中挑选出具有刑法相关性的行为,然后成立符合构成要件的不法,可见结果在过失行为上并非本质性的。结果是注意义务之违反的实现,故不会出现已有结果却仍符合注意义务的情况。<sup>[38]</sup> 如果先后有了构成要件行为和结果事态,那么则符合过失犯构成要件,其便标记了违法性,当然,其违法性亦可为正当化事由所阻却。<sup>[39]</sup> 通过引入具有实质意义的注意义务,可以看出,过失的体系构造已摆脱了自然主义框架。

## 2. 错误论的变革

在构成要件的故意领域,需要对行为情状(通常情况下等于客观构成要件)有认识,这些行为情况,并非自然科学里那种无色的现实,而是与意义相关的、有内涵的社会生活现实,其中有一部分是可以有意义地感知的,如“人”、“死的”、“物”,这是记叙性的行为情状,而另一部分需要进行思想上的理解的,比如“不法”、“淫秽”,即所谓规范性的行为情状。对于后者,行为人只需要外行地知道其特殊意义就可以了。至于其法律意义,行为人即使知道,也无关紧要,但若了解错了,亦即“涵摄错误”,也不影响故意成立。<sup>[40]</sup> 但是,若对构成要件

[34] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 129 - 130.

[35] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 131 - 133.

[36] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 134 - 135.

[37] *Schünemann* (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1984, S. 36, 38.

[38] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 136.

[39] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 137 - 138.

[40] Vgl. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 75 - 76.



故意所需要认识的客观行为情状缺乏认识或认识错误,则阻却故意的成立,若该构成要件的错误源于过失(对客观行为情状的错误是可谴责的),则仍可罚。而当出现对客观正犯要素的认识错误,那么不是不能犯未遂,而是幻想犯。<sup>[41]</sup>

韦尔策尔认为区分错误种类的关键不在于“事实—法律”,而在于“构成要件—违法性”,比如他写道,对规范构成要件的误认是法律错误,但却是构成要件错误,对正当防卫主观要素的误认是事实错误,但却是禁止错误,<sup>[42]</sup>故他区分了排除故意的构成要件错误和排除责任的禁止错误,这样能更准确定位其体系位置,这一错误区分法也为德国联邦法院和立法者(如《德国刑法典》第17条)所接受。对于法定构成要件之客观构成要件出现认识错误,则排除构成要件故意,当然也可以成立过失犯;若已完全了解构成要件之实现,但对其行为的违法性认识错误,或者对正当化事由认识错误,那么行为人的行为仍然是违法的,则排除责任,若此错误可避免,则行为人减轻可罚。<sup>[43]</sup>禁止错误包括对违法性、正当化事由的错误,但核心是前者,即对违法性的认识错误,与此对应,阿明·考夫曼也认为禁止错误同时包括欠缺违法性的认识和错误地以为有合法性这两者;耶赛克(Jescheck)则将禁止错误分为直接和间接的禁止错误。<sup>[44]</sup>在正当化事由错误的场合,亦即消极构成要件理论之所谓容许性构成要件错误的场合(不同于间接的禁止错误<sup>[45]</sup>),对于法益侵害或威胁的前提事实根本不存在而导致的正当化事由错误(如假想防卫),韦尔策尔坚持严格责任论遭到了有力的批评,<sup>[46]</sup>许迺曼更是称,韦尔策尔将目的论的命运如此毫无妥协地与严格责任论相联结,显然近于悲惨。<sup>[47]</sup>笔者大体同意这种批评,虽然韦尔策尔在逻辑上并没有错误,但这一涉及“回旋飞碟”现象的重要争议点,有着独特的意义。笔者认为,如果把违法性阶层看成一个单纯评价性的阶层,对以为有合法性的前提事实的误认,也是对客观构成要件要素(特别是指对方的保证人地位)的误认,而非违法性评价的误认。虽然从违法性考察阶段回到了构成要件符合性阶层,但是体系上的矛盾并不存在,这就成为了构成要件故意需要考虑的问题,故应当坚持限制责任论为宜。<sup>[48]</sup>笔者的方案是利用不纯正不作为犯的构成要件,将问题更进一步转化到了构成要件符合性阶层。此种做法略类似消极的构成要件理论的方案。<sup>[49]</sup>但若把违法性阶层视为包含事实与评

[41] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 76-77.

[42] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 167.

[43] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 166f.

[44] Armin Kaufmann, Schmidt - Festschrift, S. 325ff. zitiert von Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 166; [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第544—545页。

[45] 参阅[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第256—269页。

[46] Vgl. Hans Joachim Hirsch, Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, ZStW 116 (2004), S. 6-7.

[47] 对严格责任论和限制责任论的批判性观点,参见 Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1984, S. 41-42。需要指出的是,在正当化事由前提事实错误的阶层定位上,“法律效果转用”理论比限制责任理论在逻辑上是更进了一步,前者已经将该类错误定位为不阻却构成要件故意。

[48] 通说的观点,即“法律效果转用”或称“指示法律效果的责任理论”,是直接适用或类推适用《德国刑法典》第16条,它其实受了刑事政策的影响。可以参考[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第553—558页;[德]罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第403页以下,尤其是406—407页。雅科布斯提倡的是通说的变种,即在故意框架内按过失犯的范围进行处罚的“不独立的责任理论”。Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1993, S. 376.

[49] 不同的解决方案,参阅余振华:《刑法违法性理论》,元照出版有限公司2001年版,第54—56页。

价的阶层,那么该类错误当视为独立的违法性错误类型,阻却违法性,类推适用构成要件错误的法律效果,或视为禁止错误。这是个很复杂的问题,需要进一步专门另展开研究。目前,该问题在功能性刑法体系据称已经得到解决,即对传统的三阶体系进行扬弃,从而将构成要件符合性这一形式范畴和违法性这一超刑法范畴加以融合,成为一个刑法体系新阶层,即刑法特定的不法。<sup>[50]</sup> 这种融合在新古典体系时代就已有其踪影,比如梅茨格尔体系中就已有不法,只不过它不是功能性的。

错误论在韦尔策尔那里实现变革的同时,责任阶层中,期待可能性的地位也进一步下降。按照物本逻辑构造,目的支配是行为的本质,而意志究竟支配何种情形,则决定于意志的情绪性价值选择之上,责任即建立在意志对价值的情绪选择上面。因此,韦尔策尔是区分行为意志和责任意志的。<sup>[51]</sup> 在刑法中,意志的价值选择要有可责难性才需要加以干预,因此,责任是意志构造的可责难性,判定行为人责任的不是对于行为与法秩序之间的事实性误解,而是对于行为人不放弃其违法行为的人格责难。可责难的条件有二,责任能力和不法性意识的可能性。<sup>[52]</sup> 不法是有违法性的,不法性意识即是对不法行为之违法性的认识,在过失情况下,则要求认识到有注意义务。责任能力与不法性意识均能体现意志构造的可责难性,这使得责任概念完全建立在可责难性之上,而至于规范责任论色彩浓重的期待可能性,在韦尔策尔那里便很难获得什么地位,在他看来,由于人性弱点的存在,不管是法定的抑或超法规的,期待可能性不过是法秩序对处于非常动机情况下之行为人进行宽大处理的“事实免责理由”,而非“责任阻却事由”,期待不可能只是大概性、原则性的,它并不常见也并非必要,它虽然是在责任阶层加以讨论,但是,期待不可能并不具有和无责任能力、禁止错误同等的地位,期待可能性并非可责难的条件之一。<sup>[53]</sup> 应该说,期待可能性的地位下降也和德国刑事立法有一定关系,期待不可能的情況在立法上的减少使得适用期待可能性的机会已逐渐减少,当然,这种现象并不能和我国的情况划等号。

#### 四 结语:韦尔策尔体系所遇之误解与辨正

目的论体系在德国取得主导地位,是在二战后的20多年。这20多年的世界格局陷入冷战的泥潭,这在一定程度上也妨碍了目的论体系在前苏联和东欧地区的传播。在前苏联,刑法学者对德国犯罪阶层体系进行了批判,并建立了四要件犯罪构成理论,这种理论一直延续到今天。由于冷战格局的打破,在一定程度上也带走了冷战思维。我国在实现国家重点转移到经济建设和社会治理之后,走上了全力推进现代化建设的发展道路,在刑法现代化的转型过程中,也开始了对这一犯罪构成理论的全面、重新的审视,随着研究

[50] Vgl. Bernd Schünemann, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, in: Klaus Geppert/Joachim Bohnert/Rudolf Rengier (Hrsg.), FS - Rudolf Schmitt, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1992, S. 131f. (该文已有中译文《刑法体系与刑事政策》,王效文译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义 许迺曼教授刑法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第37-59页)。更多信息可参阅 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1993, S. 155-156。

[51] 参阅许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第139-140页。

[52] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 138, 141.

[53] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1969, S. 179ff.

的不断进步,整理从德国到苏俄再到中国的刑法学传播路径,便成为我国刑法学学术研究上的一项重要工作。在这种研究中,学者们也渐渐地发现了德国的学说在苏俄这个环节上有较为明显的不一致。在笔者对德国犯罪阶层体系哲学基础的梳理过程中,也不断认识到,这种哲学基础包括建立在其上的犯罪阶层体系,在传播到新的国家时都可能产生不可忽视的改变,而这种改变大多是有意识的改变。四要件犯罪构成理论,在某种程度上讲,可以说是德国犯罪论体系苏俄化的结果。可是,这种苏俄化的改造,在有的地方却是容易出现问题的。

例如,韦尔策尔的《刑法中的自然主义与价值哲学》论述的主要是古典体系和新古典体系的哲学基础,而特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》之中译本却将前者译为《刑法中的自然主义与法权哲学》,并认为这是“十分明确地反映了希特勒的‘法权哲学’”,<sup>[54]</sup>如果考虑到苏联当时学术生态,特拉伊宁的这一批判还可以理解,那么其书的中译本将韦尔策尔的目的行为认定为“最终”行为,即如“行为不但是原因,而且是一种有显明目的的‘最终的’现象”,<sup>[55]</sup>在学理上则是有问题。针对这种所谓“最终”说,首先需要指出的是,德文 final 一词固然包含目的的、最终的这两种意思,但是 Finalität 确系目的性之意,而且更重要的是,韦尔策尔并非将目的行为等同于犯罪阶层体系,而只是将其作为犯罪阶层体系中关键性的东西,否则韦尔策尔就不必在目的行为之后,还继续论述不法和责任了。特拉伊宁的问题根源可能和我们的推测并不一样,他把“构成要件”单独抽离出来当作“犯罪构成”(实为犯罪成立),并对大陆法系违法性、责任阶段的价值判断加以批评,这一举动应该是关键。其实,讲到希特勒的“法权哲学”,就必须谈及基尔学派,该学派以夏夫斯泰因(Schaffstein)和达姆(Dahm)为代表,其采用整体考察法,认为新康德主义体系的选择是落后、错误的自由刑法思维的产物,并将免责事由视为“刑法的社会主义软骨病”。<sup>[56]</sup>这才是刑法学界所公认的鲜明“国家社会主义”的希特勒法权哲学,可见,特拉伊宁未对基尔学派和目的论体系作出必要的区分。

除了以上的一些误解以外,还应当提到的是,韦尔策尔体系之存在论根基与苏俄四要件理论之机械唯物论根基是存在区别的。机械唯物论之所以不适合于犯罪的认定,在于它采用朴素的自然主义、实证主义的方式,将人对犯罪的认识进行简单的反映,缺乏必要的逻辑秩序,这样就不容易保证思维过程的严谨性,从而并不适合于刑法学这种要求高度法安全性的法领域。现象学(存在论)方法下的物本逻辑则在坚持从事物本身出发的同时,注意到价值在现实中的存在,并全力动用人的智慧来认识现实,因为坚持了这一方法,才使得存在论下的目的论体系发现了以往的犯罪阶层体系所不曾重视的犯罪行为构造,提出了刑法教义学领域的诸多创见,当然,如果不合理地使用物本逻辑,也有可能导引不法和责任阶层区分的取消,甚至不恰当地重返自然主义的老路,<sup>[57]</sup>但是,这种现象并没有也不会发生,因为新康德哲学会阻止物本逻辑之不合理扩展,而保留物本逻辑的合理运

[54] 参见[前苏联]A·H·特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,薛秉忠等译,中国人民大学出版社1958年版,第33页。

[55] 参阅[前苏联]A·H·特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,薛秉忠等译,中国人民大学出版社1958年版,第33页。

[56] Vgl. Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystem, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1984, S. 33f.

[57] 这种警告,许迺曼也已明确指出多次,比如 Bernd Schünemann, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, in: Klaus Geppert/Jochim Bohnert/Rudolf Rengier (Hrsg.), FS - Rudolf Schmitt, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1992, S. 124f.

用成分。

就刑法教义学方法论思想而言,韦尔策尔曾说到,创造一个思想上中立的领域或采取这样的视角,在刑法教义学上,尤其在刑法总论上,可以凭借着它的普遍适用性使其传播到其他法律体系。<sup>[58]</sup> 这点恰与苏俄刑法学的维辛斯基法学生态形成鲜明的对比。韦尔策尔体系的崛起,并在战后领銜刑法学界四分之一世纪之久,应该与这点不无关系,他使得德国刑法学迅速恢复其战前就已获得的举世瞩目的声誉,并为其后德国刑法学的世界范围的联系铺平了学术道路,这条道路经耶赛克等人的拓展,<sup>[59]</sup> 早已再度为世界刑法学所瞩目。而由于特拉伊宁等前苏联学者对韦尔策尔产生的曲解和批判,阻止了新古典体系之后以韦尔策尔为代表的德国刑法学在前苏联和中国的传播,进一步造成了欧亚大陆上刑法学思想交流的隔膜。因此,今天对于犯罪阶层体系谱系及其哲学根基的梳理,相信对于减少和消除这种隔膜会起到一些有意义的作用。

---

[Abstract] The Finalism Criminal Theory System is the most important criminal theory system in the academic history of criminal law after the World War II. Welzel has initiated, built and broadened the Finalism System. Profoundly influenced by philosophy, particularly being rooted in the *Sachlogik* in ontology, Welzel has made some new achievements in *Rechtsdogmatik* of penal law, such as the theory of final act, *Handlungsunwert*, subjective elements playing a role in two stages, and the distinction between the error of *Tatbestand* and error of prohibition, etc.. However, Welzel's system has faced some misunderstandings, which calls for necessary correction. The academic research on Welzel's ontological system is of great genealogical importance for China's choice among different criminal theory systems.

---

(责任编辑:王雪梅)

[58] zitiert von Hans Joachim Hirsch, Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, ZStW 116 (2004), S. 9.

[59] Vgl. Hans Joachim Hirsch, Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, ZStW 116 (2004), S. 13.