

结果无价值论与二元论 之争的共识、误区与发展方向

陈璇*

摘要 结果无价值论与二元论之争对于推动中国刑法学走向深入化、系统化和个性化起到了巨大推动作用。经过相互论争和彼此影响,两派的对立色彩较之于论战之初已大为减弱。双方在诸如坚持法益保护的刑法目的观、贯彻罪刑法定原则等基本立场方面,已经形成了广泛共识。论争过程中出现的一些理论误区,例如不同功利主义流派、行为规范和裁判规范与不法论的对应关系、构成要件与犯罪类型的关系,以及主观违法要素与正当防卫等,亟待澄清。未来,结果无价值论与二元论之争,似乎应从宏观的理念和立场层面,回归到更为技术性、操作性的实际问题之上,特别是应当聚焦于古典犯罪论体系与综合型犯罪论体系的比较分析。

关键词 结果无价值 行为无价值 功利主义 规范违反 犯罪论体系

一、问题的提出与前提的厘清

不同学派之间争论和对抗的逐渐形成与勃兴,是我国刑法学在进入新世纪以来出现的一个颇为引人注目的发展趋向。在包括四要件与三阶层犯罪论体系、实质解释论与形式解释论在内的众多理论对垒中,论战和交锋最为激烈、对刑法学的影响最具深度与广度的,当推结果无价值论与行为无价值论(二元论)之争。诚如张明楷教授所言:“法学研究与其他人文社会科学研究一样,并非一种独白的个别行为,而是需要对话与沟通,需要借鉴与批评。……任何学

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。本文系国家社科基金青年项目“刑法中紧急权的体系与解释研究”(批准号:15CFX036)的阶段性成果。清华大学的劳东燕教授对本文提出了富有启发的修改意见,在此深表谢忱。感谢我的硕士研究生李国霖、段蓓协助校对全文。

者都必须在与现有的学说进行对话和批评中进行学术研究与创新。”〔1〕这一争论对于我国刑法学研究走向深入化、系统化与个性化产生了极大的推动作用。同时,虽然结果无价值论与行为无价值论之争滥觞于德国、日本,故当两派的争论被引入我国后,其所涉及的理论争点自然与德、日刑法学存在高度重合;但晚近以来,中国刑法学中的结果无价值论与行为无价值论之争又呈现出自身独有的特点,即两派对垒所辐射的领域较之于其发源地而言有逐步拓宽的趋势,纵向升华为伦理学上的行为功利主义与规则功利主义之争,横向波及刑罚论中的报应刑论与一般预防论之争。

毋庸置疑,相关著述的数量洋洋可观,参与论战的学者接踵而来,这些都昭示着,中国刑法学关于结果无价值与行为无价值的研究已经出现了观点频频交锋、思想持续碰撞的繁荣景象。但是,在这“烈火烹油、鲜花着锦”的盛况面前,我们似乎也应当对其滋生学术“泡沫”的危险保持足够的警惕。学派之争由来于派别意识的形成,归属于不同派别的学者会千方百计地从各个方面入手寻找种种理由去捍卫己方的见解、批判对方的立场。这种对“平庸的折中”的拒绝和对“片面的深刻”的追求,无疑是将理论研究引向深入的必经之路。与此同时,学派之争要对学术发展产生实质性的积极贡献,除了有供双方自由讨论、充分争辩的条件和氛围之外,还要求双方的对立是真实存在、而非人为制造的,要求攻与防的对象、立与驳的观点必须形成有的放矢、针锋相对的有效对抗。否则,如果争论建立在臆断误解的基础之上,或者双方归根结底并无本质分歧,那么这种争论不管看上去如何热闹,恐怕都只是虚张声势、自说自话的空炮相向,也都只是对学术资源的极大浪费。在张明楷教授于2002年明确表态赞同结果无价值论〔2〕后,以周光权教授于次年发表的《行为无价值论之提倡》〔3〕一文为标志,结果无价值论与行为无价值论之争在我国正式拉开帷幕。这场学派鏖战已硝烟弥漫地持续了逾十载,双方阵营的领军人物也都相继出版了自己的总结之作。〔4〕在这一背景下,似乎有必要对双方激烈对抗过的战场进行细致的清理,看哪些争论是有实质意义的,哪些对立则可能是无效的。换言之,如果说十年之前,我们需要唤起学派之争的意识和勇气,那么十年后的今天,我们可能需要更为关注学派之争质量的提升;如果说十年之前,我们更为强调理论研究的个性和差异,更为期待学说之间对立的形成,那么十年后的今天,我们或许需要同时关注学派之争中学术共识的凝结。

正是由于“学派之争是有前提的,这就是分歧的真实存在,而不是以误解为出发点展开讨论”,〔5〕故在对结果无价值论与行为无价值论之争正式展开分析之前,有必要首先弄清以下两个前提性的问题:

〔1〕 张明楷:“学术之盛需要学派之争”,《环球法律评论》2005年第1期,页53。

〔2〕 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,页172以下。

〔3〕 参见周光权:“行为无价值论之提倡”,《比较法研究》2003年第5期,页27以下。

〔4〕 例如,张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版;黎宏:《结果本位刑法观的展开》,法律出版社2015年版;周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版。

〔5〕 陈兴良:“主编絮语”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第28卷),北京大学出版社2011年版,页3。

(一) 结果无价值与行为无价值的语境设定

结果无价值论与行为无价值论之争,是以承认区分不法与责任的阶层式犯罪论体系为前提的。〔6〕因为,结果无价值与行为无价值的概念起源于不法领域,两派的角力归根结底涉及到如何在不法与责任这两个阶层中对犯罪成立要件进行合理的分配,最终也决定着如何确定不法与责任之间的边界走向。所以,在中国传统的四要件犯罪构成体系框架内,或者在以德国学者雅各布斯(Jakobs)等人为代表的反对区分不法与责任的犯罪论中,根本没有展开结果无价值论与行为无价值论之争的内生动力和必要性。无论是我国刑法学所倡导的主客观相统一的原则,还是大陆法系刑法学所坚持的法益保护原则与责任原则缺一不可的理念,都说明,在现代刑法理论中,没有人会否认犯罪行为的成立需要结果无价值与行为无价值同时兼具。问题在于,当我们将有关犯罪成立的判断划分为不法和责任这两个前后相继的不同阶段之后,究竟是在其中的第一阶段就应当把结果无价值和行为无价值都纳入考量的范围之中,还是说应当将行为无价值的部分内容留给后续的责任判断?由此可见,如果脱离了不法与责任相区分的语境,笼而统之地说“在认定犯罪的成立时,既不能忽视行为无价值,也不能无视结果无价值”,〔7〕恐怕是没有多大意义的。有的学者认为:“行为无价值与结果无价值的问题在我国刑法理论中应当属于刑事违法性的实质面,即社会危害性的问题。”〔8〕然而,根据我国传统刑法理论,社会危害性作为犯罪的本质特征,是由犯罪所有主客观成立要件共同体现的。〔9〕这就说明,如果切换到阶层式犯罪论体系当中,那么只有不法与责任相叠加才足以反映某一行为的社会危害性。所以,传统刑法理论中的刑事违法性与社会危害性完全不具有培养结果无价值与行为无价值概念成长的土壤,更无法为两派争论的展开提供空间。

事实上,强调这一点,丝毫无损于结果无价值论与二元论之争所具有的中国意义。因为,当今的中国刑法学早已出现了多元犯罪论模式共生竞争、交相辉映的景象。在阶层式犯罪论体系的影响和关注度日益提升的情况下,至少对于基础理论而言,已经很难再对中国问题与外国问题作出非此即彼的截然界分。所以,并不是只有完全与传统四要件犯罪构成体系相契合的问题才是中国问题。

(二) 结果无价值与行为无价值的含义

结果无价值的内涵自始至终都是基本确定的,它指的是对行为现实引起之法益侵害结果或者法益侵害危险的否定性评价。但在大陆法系刑法理论中,对行为无价值的含义却存在不同的解读方式。在韦尔策尔(Welzel)创建行为无价值概念之初,行为无价值具有浓厚的道德主义色彩,它指的是独立于法益侵害之外、行为所具有的违反社会伦理道德的属性。自20世

〔6〕 参见张明楷:“行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷”,《中国社会科学》2009年第1期,页99;劳东燕:“结果无价值论与行为无价值论之争的中国展开”,《清华法学》2015年第3期,页57。

〔7〕 陈家林:“析我国刑法的基本立场”,《现代法学》2008年第3期,页26。

〔8〕 同上注,页26。周光权教授似乎也持相似的看法。参见周光权,见前注〔4〕,页9。

〔9〕 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,页49。

纪70年代之后,随着法益保护思想在德国日渐复兴,不法理论经历了深刻的去道德化变革。^[10]如今,在德国刑法学界,用社会伦理的违反性去界定行为无价值内涵的观点早已日薄西山,行为无价值的内容必须与法益侵害相关联的理念则得到了广泛认同。同时,绝大多数学者均认为,行为无价值判断所针对的对象既由客观要素,也由主观要素构成,前者包括行为的外在样态、行为人的特殊身份,后者包括故意、过失和主观的超过要素。^[11]不过,对于行为无价值的评价标准,即应当根据什么来确定行为能否受到法秩序的否定评价,人们却有不同的理解。其中影响最大的当推以下两种观点:^[12]

1.法益侵害危险说

这是德国刑法学界的主流观点(以下简称“二元论通说”)。它认为,刑法的目的在于保护法益,故“从法的无价值判断意义上来说,犯罪行为之所以受到禁止,并不是因为它表达出了不遵从法律的意思,而是因为它具有法益侵害的现实可能性。”^[13]因此,某一行为在不法当中是否将受到否定性的评价,不仅要看它是否具有指向法益侵害的主观意志,还取决于它在客观上是否具备法益侵害的危险。^[14]用现代客观归责理论的支持者的话来说,只有在客观上制造出了法所不容许之风险的行为,才可能具有行为无价值。^[15]

2.行为规范违反说

该说主张:应当对刑法的目的与行为规范的目的加以区分(以下简称“二元论少数说”)。一方面,诸如“不得杀人”、“不得盗窃”之类的行为规范的目的无疑在于保护生命、财产等法益不受侵害。另一方面,刑法是通过设置制裁规范(即罪刑条文)的方式保障行为规范的效力不受动摇和破坏,从而间接地实现法益保护。可见,刑法的直接目的并不是保护法益,而是维护行为规范的效力。因此,某一行为应否受到刑法的否定性评价,关键不在于它是否具备侵害法益的现实危险,而在于它是否违反了刑法所意图保护的行为规范。^[16]

我国支持二元论的代表周光权教授对于行为无价值的理解也经历了一个演变的历程,即从最早的社会伦理规范违反说,到行为规范违反说,再到行为规范违反与法益侵害的综合说。

[10] 参见陈璇:“德国刑法学中结果无价值与行为无价值的流变、现状与趋势”,《中外法学》2011年第2期,页387以下。

[11] Vgl. Ebert/ Kühn, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 225, 231ff.; Jescheck, in: LK—StGB, 11. Aufl., 1992, vor § 13 Rn. 44.

[12] 当今日本刑法学中的二元论对于行为无价值的界定也主要是从以上两个方向来进行的。参见(日)山口厚:“日本刑法学中的行为无价值与结果无价值”,金光旭译,《中外法学》2008年第4期,页594以下;张明楷,见前注[4],页7以下。

[13] Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, FS—Bockelmann, 1979, S. 159.

[14] Vgl. Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, FS—Maurach, 1972, S. 61ff.; Gallas (Fn. [13]), S. 165.

[15] Vgl. Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116 (2004), 929, 930.

[16] Vgl. Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 30, 113, 136. 参见(德)金德霍伊泽尔:“法益保护与规范效力的保障”,陈璇译,《中外法学》2015年第2期,页550。

根据周光权教授目前最新版本的行为无价值论,行为无价值的内容同时包括行为规范违反性和法益侵害导向性。^[17] 经过以上梳理,可以看出:当前,中、德、日三国刑法理论对于行为无价值内涵的理解已经在很大程度上趋近一致,具体表现有二:第一,均主张应将纯粹的伦理道德因素驱逐出行为无价值的领域,故法益保护与社会伦理维护已不再是结果无价值论与二元论之争的对立点;第二,均认为行为无价值应当与法益侵害建立联系,只不过有的将行为无价值的认定标准直接与法益侵害挂钩,有的则通过将行为无价值界定为对以保护法益为己任之行为规范的违反,从而使之间接地与法益侵害相关。这些共识的达成,有利于就此问题在不同国家的理论之间展开真正有效的学术对话和交流。中国和日本大概是眼下结果无价值论与二元论研究最为兴盛的两个国家。综合两国学者的概括,目前两派的对立点主要集中在以下四个方面:①不法的哲学基础是行为功利主义还是规则功利主义? ②不法的本质是法益侵害还是规范违反? ③不法的判断应站在事前还是事后? ④不法的成立是否需要考虑故意、过失等主观要素?^[18]

本文的目的不在于就当下正如火如荼展开的结果无价值论与二元论之争亮明并论证自己的立场,而在于结合对上述四组对立点的检验,试图尽可能地汇聚论战双方的共识、消除论争中产生的偏差,并就争论的发展方向略陈己见,以期使相关的学派之争能浓缩、聚焦于真正值得探讨的争点和问题之上。接下来,笔者将按照从宏观理念到具体问题的顺序展开分析。

二、行为功利主义与规则功利主义

张明楷教授将结果无价值论与二元论之争,上升至哲学层面的行为功利主义(行动功利主义)与规则功利主义(准则功利主义)的对立。概括来说,在哲学上,行为功利主义依据行为自身所产生之效果的好坏,来判断行为正确与否;规则功利主义则根据在相同的具体境遇中,行为应遵守的道德规则所产生之效果的好坏,来确定行为是否正确。^[19] 张明楷教授认为:在三阶层犯罪论体系中,违法性论所探讨的主要是某个符合了构成要件、对法益造成了损害的行为,在何种条件下能够阻却违法的问题。对此,结果无价值论采取的是法益衡量的立场,认为行为只要在客观上产生了使较大法益得到保护的效果,即可阻却违法,故该说属于行为功利主义;二元论则不是直接进行法益衡量,而是根据行为是否违反了为保护法益所需要的规范来确定行为的属性,故该说属于规则功利主义。^[20] 张明楷教授站在功利主义哲学的视角去剖析和审视结果无价值论与二元论之争,这在德、日刑法理论中尚无先例。因此,该尝试不仅提升

[17] 参见周光权:“新行为无价值论的中国展开”,《中国法学》2012年第1期,页179。

[18] 参见周光权:“违法性判断的基准与行为无价值——兼论当代中国刑法学的立场问题”,《中国社会科学》2008年第4期,页321;(日)松宫孝明:“‘结果无价值论’与‘行为无价值论’的意义对比”,张晓宁译,付玉明校,《法律科学》2012年第3期,页196。

[19] 参见(澳)斯马特、威廉斯:《功利主义:赞成与反对》,牟文武译,中国社会科学出版社1992年版,页9;姚大志:“当代功利主义哲学”,《世界哲学》2012年第2期,页51以下。

[20] 参见张明楷:“行为功利主义违法观”,《中国法学》2011年第5期,页114。

了结果与行为无价值论研究的思维高度,而且也使这一原本发端于异域的学派之争具有了中国刑法学独特和原创的元素。不过,张教授从功利主义哲学出发所得出的结果无价值论优于二元论的结论要能够成立,甚至与功利主义哲学相关联所展开的结果与行为无价值论之争要真正获得实际意义,其前提是,此处所作的“结果无价值论对应于行为功利主义、二元论对应于规则功利主义”的理论预设本身是正确的。因为,当批判者说,A学说本质上是B理论的体现与反映,由于B理论存在致命缺陷,故A学说也不成立时,这种论证方式的优势在于能达到釜底抽薪的效果,但它也存在着“先扣帽子后批判”的危险。因此,该论证模式能够产生信服力的先决条件是,要么A学说的支持者已明确表示其思想来源于B理论,要么经过严格考证可以认定A和B确有内在联系。自韦尔策尔创立结果无价值与行为无价值的概念以来,还没有任何一位结果无价值论或二元论的支持者明确将自己的学说与功利主义的不同流派相挂钩。可见,张明楷教授在将自己所赞同的结果无价值论奠基于一行为功利主义之上的同时,是自行将二元论的哲学根基确立为规则功利主义的。既然规则功利主义这幅标签不是由二元论者自己,而是由其对立方结果无价值论者给贴上的,那么要保证建立在此基础之上对二元论所进行的批判不属“强加之词”,就有必要证明不法论的两派与功利主义哲学的两派确实存在一一对应关系。遗憾的是,经过分析,笔者发现这种关系恐怕很难成立。

(一) 哲学与刑法理论的对接存在错位

如前所述,由于在二元论阵营内部,人们对行为无价值的理解不尽相同,所以究竟是所有的二元论都是规则功利主义的体现,还是说仅有其中某个分支与之相关,就成为决定将功利主义哲学视角引入结果无价值论与二元论之争是否或者在多大程度上具有现实意义的关键。张明楷教授对于规则功利主义相对应的二元论进行了限定。他认为:那种在不法判断中既考虑行为是否造成了法益侵害的结果又考虑行为是否违反了规范的二元论,与规则功利主义没有明显联系,故不属于其讨论的对象;二元论中的另一立场认为行为是否违反刑法取决于行为是否违反了为保护法益所必须遵守的规范,法益侵害结果只是限制处罚范围的一种附加要素,只有站在该立场上的二元论才与规则功利主义相当。^{〔21〕}这一说法难免产生以下疑问:

首先,在张明楷教授看来“与规则功利主义没有明显联系”的那种二元论,即融合了法益侵害与规范违反的二元论,恰恰是周光权教授目前所倡导的新行为无价值论。^{〔22〕}如果说进攻方所动用的某一武器对于对手的主力部队无法构成任何威胁,那该武器在战场上的使用意义就会大打折扣。同理,既然能够与结果无价值论真正形成对抗的二元论居然游离于功利主义哲学之外,那么用行为功利主义与规则功利主义的比较去批判二元论就缺乏足够的杀伤力。

其次,更为重要的是,认为“行为是否违反刑法取决于行为是否违反了为保护法益所必须遵守的规则,法益侵害结果只是限制处罚范围的一种附加要素”的观点,并不属于二元论,而是属于一元行为无价值论。在德国刑法学的发展史上,曾经出现过以阿明·考夫曼(Armin Kaufmann)、杰林斯基(Zielinski)、霍恩(Horn)等为代表的一元行为无价值论,其主要论点有:

〔21〕 参见同上注,页115。

〔22〕 参见劳东燕,见前注〔6〕,页73。

①行为人通过主观意志实施的违反行为规范的举动,构成了不法的全部内容;由于规范的对象只能是可控的意志决定及其引发的行为,而结果的发生与否完全取决于偶然因素,故它对于不法的成立没有意义。②尽管结果并非不法的组成部分,但它可以作为刑罚必要性的判断标准发挥限制处罚范围的功能;特别是在过失犯中,结果只是客观的处罚条件而已。^[23]然而,所有的二元论,包括前述以规范违反为标准来界定行为无价值的二元论,都没有否定法益侵害结果对于不法成立所具有的不可或缺的地位,从未将其降格为仅用于限制处罚范围的附加性条件。^[24]这么看来,在将功利主义哲学引入结果无价值论和行为无价值论纷争之初,似乎就存在着理论对接上的严重偏差。

(二)不同功利主义学说与违法性判断的方式无关

按照张明楷教授的看法,违法阻却事由能够最为集中地体现出行为功利主义与规则功利主义之间的对立。他认为:欲实现刑法保护法益的目的,有必要在成文法的普遍性范围内最大限度地考虑特殊情形,以求实现“最大化利益原则”,这就要求我们必须灵活地应对例外情况。但规则功利主义存在“规则崇拜”现象,若将其运用到刑法学中来,则个别情况由一般规则来决定的做法就更加盛行,从而妨碍刑法目的的实现。因此,“规则功利主义在违法性领域的运用,实际上导致将违法阻却事由的个别判断转变为类型化的判断,因而不符合违法阻却事由判断的性质。”^[25]这里有两个问题需要探讨:首先,规则功利主义是否意味着即便在利益冲突的特殊情况下,也必须适用规则?其次,假定论者对规则功利主义的批判成立,这能否对二元论形成有力的冲击?现分述如下:

1.规则功利主义并不会导致在例外的情况下也一味适用规则

哲学界普遍认为,行为功利主义的最大弊端在于,它只追求个人一时一地的最大幸福,从而忽视了对普遍道德规则的遵守,也忽略了对基本权利的保障。^[26]规则功利主义正是为了克服行为功利主义的困境而产生的,它在判断某一行为是否正确时,不再以特定行为的具体结果,而是以遵守规则所产生的总体和长远的社会效果为依据。然而,需要注意的是,尽管规则功利主义注重遵守规则,但它本质上毕竟是功利主义内部的一个分支,故它对规则的强调仍然是建立在利益权衡和社会现实的基础之上,由此也可以将其与那种主张对道德规则无条件予以服从的康德式的义务论区别开来。^[27]因此,严格来说,“规则崇拜”一词只适用于义务论,并不适用于规则功利主义。相反,规则功利主义中存在着合理解决例外情形的空间。^[28]例如,莱昂斯认为,假定一个在某规则R规定之外的行为C产生了最好的效果,那就证明应当修

[23] 参见陈璇,见前注[10],页382以下。

[24] Vgl. Kindhäuser (Fn. [16]), S. 59ff.

[25] 张明楷,见前注[20],页117。

[26] 参见顾肃:《自由主义基本理念》,译林出版社2013年版,页30;李强:《自由主义》,东方出版社2015年版,页100以下。

[27] 参见姚大志,见前注[19],页55;顾肃,同上注,页31。

[28] 相同的观点,参见周啸天:“行为、结果无价值论哲学根基正本清源”,《政治与法律》2015年第1期,页34。

正规则 R,使其能应付这种例外情况,由此便产生出一个新的规则共识,即“除 C 情况之外按照 R 行为”。〔29〕又如,布兰特指出:规则功利主义认为正确的行为是被最优的道德准则所允许的行为,这种道德准则不可能允许极其有害的后果出现。譬如,最优的道德准则不是“所有人均不能携带致命武器”,而是“在没有人身危险的情况下,不能携带枪支;但若为了自卫,则可以携带枪支。”〔30〕由此可见,在规则功利主义的眼中,“不得杀人”固然是一个应得到普遍遵守的规则,但是,当行为人为保护自己或他人的法益而正当防卫将对方杀死时,规则功利主义会通过相互冲突之规则进行比较选择,或者通过对规则加以补充和具体化的方式,来肯定行为的正确性。

另外,值得注意的是:行为功利主义主张,评价行为是否正确的唯一标准是具体情形下特定行为的后果,行为在道德上正确与否,不取决于它是否遵守规则,而是取决于它能否产生最大的幸福。如果将行为功利主义引入刑法领域,似乎就会认为,判断某个行为是否违法,根本无须去查阅事先由法律所规定的构成要件,只需在每个个案中看行为是否侵害了较大的法益即可。这样看来,当结果无价值论者指责规则功利主义忽视了对特殊情况特别对待、无法说明违法阻却事由的例外性时,我们似乎也可以批判行为功利主义只顾个案的法益权衡、无视构成要件的普遍适用性。反倒是规则功利主义在坚持规则普适性的前提下,承认应针对特别情形中的规则冲突采取变通,似乎更加契合从构成要件符合性到违法性的判断逻辑。〔31〕当然,结果无价值论者不会接受这样的责难。因为,在刑法领域内,受罪刑法定原则的制约,只有符合了法定构成要件的行为才可能成立不法。故而,张明楷教授强调:“结果无价值论并非不讲规则。……在通常情况下,遵守规则就意味着保护法益,所以,在这种场合,结果无价值论必然也主张遵守规则。但结果无价值论主张遵守规则是因为遵守规则能保护法益,而不是为了遵守规则而遵守规则。”〔32〕可是,这一说法与主张为了达到利益最大化而遵守规则的规则功利主义相比,已经看不出有多大的差别了。

2. 针对规则功利主义所展开的批判并不能陷二元论于不利境地

即便认为结果无价值论者对规则功利主义的解读正确,即承认规则功利主义从不考虑特殊情况,“总是要求人们在冲突时也完全按事先确定的规则行事”,〔33〕这也只能说明规则功利主义无法合理地解释刑法中违法阻却事由的存在依据。要想将同样的指责扩及于二元论身上,就必须事先确定规则功利主义与二元论是一脉相承的。可是,二元论的支持者们从未声明自己的观点与规则功利主义存在瓜葛,而且二元论者不分中外、无论派别均无一例外地肯定不

〔29〕 参见龚群:“论斯马特的行动功利主义”,《齐鲁学刊》2003年第3期,页62;吴映平:“黑尔之功利主义观述评”,《武汉理工大学学报(社会科学版)》2008年第2期,页170。

〔30〕 参见(美)R.B.布兰特:“功利主义的问题:真正的和所谓的”,晋运锋译,《世界哲学》2011年第1期,页82。

〔31〕 正是基于这一点,陈兴良教授对规则功利主义青睐有加。参见蒋安杰:“行为功利主义与规则功利主义之辩”,《法制日报》2010年3月24日,第009版。

〔32〕 张明楷,见前注〔20〕,页120。

〔33〕 张明楷,见前注〔20〕,页122。

法的判断不能仅以法定的构成要件为依据,而必须考虑具体情形下可能出现的正当化事由,甚至是超法规的违法阻却事由。在此情况下,我们能够合理推导出的结论只能是:“看来规则功利主义与二元论并不相符,前者不是后者的哲学根基”,怎么能是:“二元论也要求人们在特殊境遇中按照一般规则行事,故无法说明违法阻却事由的根据”呢?结果无价值论者不能仅仅因为自己的学说与行为功利主义的思想颇为投合,就硬是认为自己的对手与行为功利主义的劲敌必能无缝对接。结果无价值论者现在所采取的这种论证方法,就好比是在没有证据证明甲与乙之间存在共同犯罪的意思和行为的情况下,仅凭臆断就要求甲为乙犯下的罪行共同承担刑事责任一样,实在有制造“冤案”的危险。

(三)不同功利主义学说对不法判断的结论影响甚微

在刑法学框架内,两大功利主义的引入对不法判断结论的影响微乎其微,基本无法支撑结果无价值论与二元论的对立。

偶然防卫是违法阻却事由领域中最集中和尖锐地体现结果无价值论与二元论之间冲突的问题。例如:甲在不知情的情况下以杀人的故意向乙开枪射击,恰逢乙正着手杀丙,甲的枪击在导致乙死亡的同时偶然制止了其不法侵害。结果无价值论主张甲成立正当防卫;^[34]二元论则主张甲的行为不属于正当防卫,其中多数人认为对甲应以故意杀人罪的未遂犯处罚。^[35]现在的问题是:行为功利主义与规则功利主义在该问题上是否也会产生类似的对立?首先,有必要明确结果无价值论与二元论得出各自结论的根据所在。概括地说:结果无价值论之所以认为偶然防卫成立正当防卫,理由有二:其一,正当防卫的成立不要求行为人主观上具有防卫意思。其二,甲的行为保护了更大的法益,故不具有法益侵害性。相应地,二元论之所以主张偶然防卫成立未遂犯,根据也有二:第一,正当防卫的成立要求行为人具有防卫意思,至少要求行为人对不法侵害正在进行的事实有所认识。第二,甲的行为虽然产生了防卫效果,不能成立既遂犯的不法,但却可以成立未遂犯的不法。其中,有的学者从法益侵害说的立场出发,认为由于从行为时一般人的角度来看,该行为仍具有剥夺无辜之人生命的危险,故产生了杀人未遂的结果无价值;^[36]有的学者则立于规范违反说的立场,主张未遂犯不法的成立只要求行为违反了行为规范即可,故甲的行为足以成立杀人未遂。^[37]

接下来,当我们回过头去审视行为功利主义和规则功利主义时,就会发现,它们恐怕并不能必然地得出与结果无价值论和二元论完全对应的结论。因为:

[34] 参见张明楷:“论偶然防卫”,《清华法学》2012年第1期,页17以下。

[35] 参见周光权,见前注[4],页253以下。Vgl. Hirsch, in: LK—StGB, 11. Aufl., 1994, vor § 32 Rn. 59; Paeffgen, in: NK—StGB, 4. Aufl., 2013, vor § § 32ff Rn. 124. 有少数持二元论的德国学者主张甲应成立故意杀人罪的既遂。Vgl. Gallas (Fn. [13]), S. 177. 鉴于目前我国尚无学者支持这一观点,故本文暂不将其纳入讨论的范围。

[36] 参见周光权:“行为无价值论的法益观”,《中外法学》2011年第5期,页944以下;周光权:“行为无价值二元论与未遂犯”,《政法论坛》2015年第2期,页49。Vgl. Rudolphi (Fn. [14]), S. 58; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 330.

[37] Vgl. Kindhäuser (Fn. [16]), S. 113.

第一,结果无价值论者之所以相信行为功利主义必然会同样得出偶然防卫是合法行为的结论,是因为在其看来,行为功利主义在评价行为的对错时仅以行为的客观效果为准,丝毫不考虑行为人的主观想法,但这可能是一种误解。有的学者已经指出:“按照功利主义的行为评价程序,用来评判行为的后果,应当是根据以往经验对后果的事先预测,而不应是事后的结果,否则功利主义就是一种纯粹的空谈,根本不能用来指导行为。可是既然用来评判行为的后果是事先的预测,那么它便包含了行为的动机。”^[38]在哲学上,功利主义对行为对错的评价,基本上都是在假定行为追求的目的与最终达到的效果相一致的前提下进行的,而不涉及“认识错误”的情形。因此,在行为功利主义看来,像偶然防卫这样以追求恶劣效果的目的“歪打正着”引起了较好结果的行为,究竟应当评价为正确还是错误,至少是不确定的。同样,规则功利主义对于偶然防卫的态度也不像结果无价值论者所想象的那样明朗。规则功利主义主张在发生规则冲突的场合,应当例外地适用更优的特别规则。据此,虽然一般情况下需遵守“不得杀人”的普遍性规则,但对于自卫杀人这一例外情形则应优先适用“允许正当防卫杀人”的特别规则。^[39]规则功利主义不可能仅仅因为偶然防卫人违反了“不得杀人”的规则就认定该行为违法,问题仅在于:偶然防卫是否符合这一特别规则呢?对该问题的回答又取决于:“允许正当防卫杀人”这一规则的满足是否要求行为人具有正当防卫的主观意识呢?规则功利主义对此的立场同样是不明确的。换言之,对于是否应当考虑主观的正当化要素这一决定结果无价值论与二元论之间分野的关键性问题,我们恰恰无法从功利主义哲学内部的纷争中得出必然和确定的结论。需要注意的是,由于规则功利主义与行为功利主义同属功利主义的范畴,故无论规则功利主义如何强调对规则的遵守,其最终落脚点也依然是后果的好坏,在这一点上,它与行为功利主义是一致的。所以,如果结果无价值论者认为行为功利主义只看最终结果不看行为动机的话,那么它也应当同时假定规则功利主义同样也不论行为人是否具有遵守规则的动机,只看行为是否在客观上符合了特别规则。这样一来,两大功利主义流派在偶然防卫的性质判定上其实就难以产生根本对立。

第二,不论是结果无价值论还是二元论,都不否认偶然防卫行为在结局上实现了一个积极的后果。但即便是结果无价值论者也不可能单纯根据行为最终未造成消极的损害后果这一点,就认定该行为不成立犯罪。否则,未遂犯就几乎没有存在的可能了。因此,导致结果无价值论与二元论在偶然防卫的问题上出现分歧的关键在于,结果无价值论认为偶然防卫缺乏任何引起消极结果的可能,而二元论中持法益侵害立场的学者则主张偶然防卫具有导致消极结果的危险。可见,二者的对立最终由来自于它们所采取的危险判断标准不同。然而,哲学上的行为功利主义在谈到行为所产生的效果时,却并没有类似实害结果与危险结果的划分,更不要说对危险的判断标准进行详细界定。若其所谓的后果仅指最终出现的实际结果,则在不考虑行为动机的情况下,可能认为偶然防卫是正

[38] 徐大建:“功利主义道德标准的实质及其缺陷”,《上海财经大学学报》2009年第2期,页16。

[39] 参见周详:“规则功利主义违法观之提倡”,《清华法学》2013年第1期,页32。

确的行为。但若它所说的后果包括了可能出现的结果,则能否将偶然防卫视为正确的行为,又要视其倾向于采取何种危险判断标准。但是,对于这样细致的刑法问题,哲学层面上的行为功利主义显然已经鞭长莫及、无能为力了。以它为出发点,我们既有可能认为偶然防卫合法,也有可能认为其违法,根本无法确定地获得结果无价值论所赞同的结论。另一方面,站在法益侵害立场上的二元论之所以认为偶然防卫成立未遂犯,其根据也仍然在于行为具有侵害法益的危险,而不在于行为违反了规范,故它与规则功利主义并无联系。唯一可能与规则功利主义存在相似之处的是站在规范违反说立场上的二元论。因为这种二元论将既遂犯与未遂犯的不法进行了区分,认为未遂犯不法成立的唯一根据就是以规范违反性为内容的行为无价值。从规则功利主义出发,假定其在判断行为是否符合特别规则(即“允许正当防卫杀人”)时考虑行为动机,则由于偶然防卫人不具有遵守特别规则的意思,故不能适用该规则,只能适用一般规则(即“不得杀人”)。由于行为人的杀人行为违反了该一般规则,故其行为是错误的。但是,考虑到在此情况下,应当同时假定行为功利主义也将行为动机纳入其判断因素之中,它同样会对偶然防卫给出消极评价,故仍然无法肯定两种功利主义之争就是不法理论中两派学说对立的忠实反映。

(四)小结

经过以上分析可以看出,将功利主义哲学引入到刑法不法理论之争当中,尽管是一个富于开拓性和启发性的巨大尝试,但这种做法严格来说恐怕属于一种理论上的“拉郎配”。由于不同的功利主义流派之辩与对立的不法理论之争事实上难以实现真正的契合与对接,所以用行为功利主义与规则功利主义去诠释结果无价值论和二元论,对于推动不法理论之争向纵深方向发展所具有的实际意义可能是有限的。^[40]

不过,我们或许可以从中获得刑法学研究方法论上的某种启示。毋庸置疑,在刑法理论的发展与变革之路上,一直都留有哲学思想的深深烙印;在几乎每一次刑法体系更新换代的背后,也都不缺少哲学思潮的助推。正如人们所熟知的,本体论之于目的行为犯罪论,新康德主义之于目的理性犯罪论,等等。但我们对于刑法教义学与哲学之间的学科差异也必须保持足够清醒的认识。刑法教义学主要是在现行刑法规定的框架内用以合理解决实际案件的科学。因此,不论解释者在个人世界观上有多大的差异,其论证及结论都只能“戴着镣铐起舞”,必须时时受制于刑法条文以及法治背景下的刑法基本原则和解释方法。用卢曼的话说,法教义学为天马行空式的理论争辩设置了“叫停规则”(Stopprege).^[41]与之相比,哲学“作为一门超越实用目的的、为知识而知识的纯粹的自由学术”,^[42]其理论的构建却并不受现实制度和

[40] 在此需要强调的是,笔者绝不是认为功利主义哲学对整个刑法学都毫无意义。相反,功利主义完全可能对刑罚论、刑事立法学等领域发挥指导作用。

[41] Vgl. Pawlik, Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre, GA 2014, 293, 293.

[42] 邓晓芒、赵林:《西方哲学史》,高等教育出版社2005年版,页9。

既定规范的约束,而更多的是个人抽象思维和信念的产物。这就导致将不同教义学理论的对立对号入座于某种哲学思想之争的做法,可能存在着臆想、错位的风险。^[43]曾有学者断言,在刑法教义学中一旦出现与哲学流派相关联的论证,则它要么只是用于为个人教义学思想装点门面的手段,要么只是借权威之名增强自身学说信服力的伎俩而已。^[44]斯论有言过其实之嫌。但不论怎样,在试图从哲学理论处为刑法教义学输送新鲜血液之前,我们的确有必要对两者的“血型”是否相配做更为细致的检验。

三、法益侵害说与规范违反说

自结果无价值论与二元论之争在我国兴起以来,法益侵害说和规范违反说就一直是双方主要对立点之一。换言之,人们总是习惯于将结果无价值论对应于法益侵害说,而将二元论对应于规范违反说。^[45]最近,劳东燕教授敏锐地指出:“法益保护说与规范效力说之争涉及的是刑法的目的或任务,结果无价值论与行为无价值论之争则主要围绕不法论而展开。将刑法目的或任务层面的立场之争与不法层面的立场之争混杂在一起,或者认为二者之间存在对应关系的见解,分明是将不同层面的问题混为一谈。”^[46]

有鉴于此,笔者打算首先对刑法的目的与不法论之争的关系加以分析,然后针对近年来出现的试图在行为无价值中将法益侵害与规范违反相综合的观点进行反思。

(一)刑法的目的与不法的本质之间具有内在关联

作为犯罪成立的首要条件,不法所涉及的问题是,刑法究竟意图禁止何种行为,或曰具有何种属性的行为将受到刑法的否定性评价。要回答这一问题,就必须首先弄清刑法追求实现的目的是什么。这就好比:膳食安排所欲达之目标不同(既有可能是为了减少体重,也有可能是为了病后进补),对食物好坏的评价自然有别;学校教育所求之宗旨不同(有可能是为了培养应试型人才,也可能是为了培养实践型人才,还可能为了培养理论型人才),对学生的优良中

[43] 严格来说,恐怕也不能简单地为目的行为犯罪论与目的理性犯罪论分别归结为自体论和新康德主义哲学在刑法学中的代表。因为:第一,目的行为论表面上来看似乎是纯粹以行为的存在结构和物本逻辑为起点。但是,韦尔策尔等人之所以主张只有受目的操纵的举动才能进入刑法的判断视域,就是为了保证刑法能够有效地发挥一般预防的功能。这说到底依然是一种追求目的理性的价值论思考方式。第二,正是目的行为犯罪论完全、彻底地实现了责任的规范化。因为它在继承新古典犯罪论的规范责任论的同时,通过将故意、过失等心理要素调离责任阶层,使责任真正成为以“可谴责性”为价值基础的范畴。Vgl. Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 37, 39. 正是因为这两种犯罪论的哲学根基并没有像人们所想象的那样势不两立,所以目的行为犯罪论的基本框架和多数成果,才能顺利地被目的理性犯罪论所继受。

[44] Vgl. Greco, Neue Wege der Vorsatzdogmatik, ZIS 2009, 813, 815.

[45] 参见张明楷,见前注[2],页170以下;周光权,见前注[3],页27;黎宏:“行为无价值论批判”,《中国法学》2006年第2期,页171-172。

[46] 劳东燕,见前注[6],页66。

差的评判也必然相异。如果认为刑法的任务在于维护社会道德秩序,那自然会将刑法禁止的对象确定为严重违反伦理的行为;假如主张刑法的目的在于捍卫行为规范的效力,那就会把违反规范的举动视为违法行为;倘若认定刑法旨在实现法益保护,则必然主张刑法所禁止者仅限于具有法益侵害性的行为。由此可见,尽管刑法的目的与不法的本质的确分属两个不同层次的理论范畴,但二者之间却存在直接贯通的渠道。^[47]因此,笔者赞同这样的论断:“刑法中的不法由来自于刑法的任务”,^[48]“要确定刑法中行为无价值与结果无价值所具有的基本意义,……需要弄清刑罚根据其本质功能应当完成何种任务。”^[49]不过,刑法的目的与不法的本质存在关联,这只是为规范违反说和法益侵害说之争与结果无价值论和二元论之争相联系创造了可能。这两组理论对立之间是否真的存在对应关系,最终还取决于二元论的具体内涵。因为,将刑法的任务理解为社会道德维护的观点早已淡出历史舞台,而将刑法的目的单纯界定为规范效力维护的学说,又有可能导致不法与责任之间的界限归于消失,故即便在二元论内部,这两种刑法目的观也并不在考虑之列。所以,假如二元论的所有分支学说在坚持法益侵害说这一点上均与结果无价值论并无二致,那么结果无价值论与二元论之争就的确不是法益侵害说与规范违反说之争的反映。事实究竟如何呢?

(二)二元论少数说在不能犯问题上将倒向规范违反说

如前所述,目前大陆法系刑法学中二元论的通说是以行为的法益侵害危险或导向作为行为无价值的内容。由于该说并未体现规范违反说的思想,故它与结果无价值论之间就难以形成规范违反说与法益侵害说的对立。

但是,二元论少数说主张把行为无价值的内容界定为行为违反行为规范的属性。该说似乎并不排斥法益侵害说,而是试图将法益侵害说与规范违反说统一于不法的范畴之中。事实上,少数说与上述通说的区别并不在于是否承认违法行为具有规范违反性。因为,自宾丁(Binding)创立规范论以来,符合构成要件的行为必然违反了作为罪刑条文之基础的行为规范(决定规范),这几乎已成为刑法理论界公认的常识。^[50]通说丝毫不否认不法行为在具备法益侵害危险和意图的同时,也违反了行为规范。只不过,既然规范违反性只是法益侵害性的附随品和反射效果,捍卫规范效力的最终目的在于保护法益,那就说明不法的本质归根结底仍然是法益侵害性,规范违反性在行为无价值中并不享有独立于法益侵害性的地位。所以,笼统地

[47] 事实上,不法与责任均与刑法的目的具有紧密联系,只是关联的方面有所不同。由于不法涉及的是刑法禁止的对象,故它与刑法目的的内容界定,即“刑法的目的在于保护什么”的问题相关。责任所关心的是具体行为人是否具备为其实施的不法行为负责的能力,而这一能力的存否直接决定着刑法一般预防的效果能否实现。所以,责任涉及的是刑法禁止的有效条件,它与刑法目的的达成方式,即“刑法的目的通过何种途径才能得到实现”的问题相关。

[48] Roxin, Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland, GA 2011, 678, 681.

[49] Hirsch, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft? FS-Spendel, 1992, S. 51.

[50] Vgl. Murmann, Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkontuierung, FS-Herzberg, 2008, S. 123.

说行为无价值既包含法益侵害又包含规范违反,这根本无法体现出少数说的独特之处。真正能使少数说与通说之间的分歧显现出来的问题在于:当行为欠缺法益侵害性时,规范违反性是否具有独自支撑行为无价值成立的力量?换言之,毫无法益侵害危险之不能犯的可罚性问题,正是区分二元论内部两大流派的试金石。由于通说要求行为无价值的成立必须以行为具有法益侵害危险为前提,故对无法益侵害危险之不能犯加以处罚的做法就与该说的基本立场处于枘凿方圆、格格不入的紧张关系之中。在德国,碍于刑法典第 23 条已明确肯定不能犯原则上可罚,持通说的学者只能一方面在解释论上将不能犯仅作为不法中的例外情形来看待,另一方面则从立法论出发对刑法典第 23 条的规定加以批判。^[51] 可见,备受结果无价值论鞭挞的抽象危险说和印象说,其实都不是二元论通说的“标配”观点。然而,站在少数说的立场上,虽然既遂犯的成立要求结果无价值与行为无价值同在,但未遂犯的不法却仅由行为无价值构成;由于刑法的直接目的在于维护规范的效力,故刑法中行为无价值的本质也在于规范违反。因此,即便是毫无法益侵害危险的不能犯,由于行为人同样也通过其行为表现出了蔑视法规范效力的敌对态度,具有规范违反性,故它本来就完全满足了未遂犯不法的成立条件。^[52] 不难看出,少数说虽然在表面上也高擎法益侵害说的旗帜,但在法益侵害和规范违反必居其一的关键时刻,却又无反顾地将选择的一票投给了规范违反。所以,至少在未遂犯领域,二元论中的少数说与结果无价值论就形成了规范违反说与法益侵害说的对立。

(三)以规范违反来界定行为无价值的观点存在疑问

二元论少数说的理论贡献在于,它将行为规范的目的(法益保护)与刑法的目的(规范效力保障)区别开来,由此揭示了刑法与其他法益保护手段相比所具有的独特性。具体来说,“法益保护并非只是刑法所关心的事情,它实际上是整个法秩序的任务所在。”^[53] 但与民法不同,刑法不是力图使已经遭受损害的法益得以复原,而是借助对法益侵害行为予以惩罚的方式,防止法益在将来再受到类似的侵犯。^[54] 这恰恰是传统刑法理论长期以来所忽视的一点。可是,如果由此推论认为刑法上受到禁止的行为无需具有法益侵害性,那恐怕是值得商榷的。

首先,刑法所惩罚的对象不应超出行为规范意图禁止的范围。少数说也承认,国家设立行为规范的目的完全在于保护法益。那么,按道理说,只有具备法益侵害危险的行为才有可能和有必要成为行为规范禁止的对象,凡是无法造成法益侵害的行为根本不在行为规范关注的范围之内。^[55] 既然刑法的罪刑条文是为维护行为规范而服务的,那么对于行为规范无意禁止的那些举动,刑法为何非要抓住不放、欲惩之而后快呢?换言之,既然刑法以行为规范为基础,

[51] Vgl. Rudolphi (Fn. [14]), S. 58; Gallas (Fn. [13]), S. 177; Ebert/ Kühl (Fn. [11]), 231ff.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 29 Rn. 10ff.

[52] Vgl. Kindhäuser (Fn. [16]), S. 135f.

[53] Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 17.

[54] Vgl. Freund, in: MK-StGB, 2. Aufl., 2011, vor § 13ff. Rn. 66.

[55] Vgl. Samson, Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, FS — Grünwald, 1999, S. 596ff.

那么其处罚的对象就理当小于或者等于,而不能大于后者禁止的范围。

其次,如果认为刑法中不法行为的范围可以不受法益保护目的的限制,那实际上也就意味着行为规范的目的是不完全在于法益保护。打个比方:某小学班主任为学生们定下一条规则:“课后必须复习当天功课并由家长签字,否则罚站半小时。”前半段是一条行为规范,其目的自然是为了使学生能更好地掌握课堂所学知识;后半段则是为了确保行为规范能得到遵守的一条罚则。学生甲因聪颖过人,虽课后从不复习,学习成绩却总是名列前茅。既然甲的违规行为无损于其学习效果,那就没有理由对他实施处罚。若班主任坚持认为甲因违抗了命令而应受责罚,那就说明该命令的目的归根结底并非为了学生的学习成绩,而是意在实现“彰显老师的权威”、“维护全班教学秩序”等其他目的。同理,如果一方面声称“不得杀人”的行为规范旨在保护公民的生命,另一方面却对单纯违反了该规范、但毫无致死可能的行为也予以处罚,那就说明国家创制该行为规范所欲实现的最终目的不在于防止公民的生命遭受侵害,而是在于借此向国民宣示法秩序的不可侵犯性、遏制人们违反规范的意念。这与少数说反复强调的“规范的目的不可能在于维护其自身效力”^[56]这一理论前提是自相矛盾的。由此可见,既然刑法是通过维护规范效力来实现法益保护,那么规范效力保障的必要性就始终以行为存在法益侵害的可能为前提。原则上来说,由于行为规范皆为保护法益所设,故遵守规范就意味着法益侵害危险的消失或降低,违反规范就代表着法益侵害危险的产生或升高。但是,规范毕竟是人所创造的产物,它无法做到在所有具体个案中都能恰到好处、分毫不差地与法益保护的需要相吻合。规范对于法益侵害结果的避免有时可能“力不从心”,有时也可能显得“多此一举”。如果即便遵守行为规范,相应的法益侵害结果也仍然会出现,那就说明规范在此情形下对于避免法益侵害结果已无能为力;^[57]反之,如果即便违反了行为规范,相应的法益侵害结果也根本不会出现,那就说明规范在此情形下对于维护法益安全来说已属多余。在这两种情况下,通过刑法来确证规范效力的必要性均已不复存在。因此,“能够为决定规范所禁止的,只有那些从事前的角度来看包含了某种法益侵害倾向的行为。这就意味着:只有具备风险性的,即含有法益侵害危险的行为才可能违反规范。”^[58]

最后,用规范违反来界定行为无价值的做法,最终难以划清其与纯粹规范违反说的界限。少数说主张未遂犯的不法仅由行为无价值构成,这一观点本来无可指摘。因为,究竟认为未遂犯和既遂犯一样适用结果无价值与行为无价值同在的原则,还是认为未遂犯仅包含行为无价

[56] Kindhäuser (Fn. [16]), S. 132.

[57] 例如,对于过失犯来说,如果能够认定,即便遵守注意义务规范也无法避免结果的发生,那么该结果就不能归责于违反注意义务的行为。对该问题的详细论述,参见周光权:“结果假定发生与过失犯——履行注意义务损害仍可能发生时的归责”,《法学研究》2005年第2期,页57以下;车浩:“假定因果关系、结果避免可能性与客观归责”,《法学研究》2009年第5期,页145以下;陈璇:“论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联”,《中外法学》2012年第4期,页683以下。

[58] Schönemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 438.

值,这主要涉及对于结果无价值的理解问题。如果从较广义的角度出发认为结果无价值包含了一切反价值的事实状态(如危险状态),则容易持前一立场;^[59]反之,若从较狭义的角度出发认为结果无价值仅限于针对行为对象所产生的法益侵害结果,则容易支持后一观点。^[60]因此,即便在持通说的学者中间,也有人认为未遂犯的不法结构无法全盘套用既遂犯,它只包括行为无价值。^[61]但是,站在法益侵害说的立场之上,纵使认为未遂犯的不法不包含结果无价值,其行为无价值也始终与结果无价值保持着紧密联系,即不法行为必须具有现实的法益侵害危险。然而,按照规范违反说的看法,作为未遂犯不法唯一组成要素的行为无价值却可以摆脱法益侵害性的制约,以单纯规范违反的面貌出现。这就意味着,法益侵害性归根结底并非不法成立所需的必备要素。一元的规范违反说之所以未能被主流学说接纳,就是因为人们普遍意识到,“刑法是通过惩罚那些对法益造成了侵害或者使其遭受了(具体或抽象)危险的行为,从而实现对法益的(全部或部分的)保护”,“只要行为人尚未现实地实施以其他个人或者公共法益为对象的实现构成要件的行为,那么国家就没有任何理由动用制裁手段。”^[62]可以预见,一旦撤去了法益侵害这根缰绳,规范违反势必会恣意驰骋扩张,进而不受制约地将行为无价值乃至不法的全境悉数归于自己独占之下。纵然与少数说学者的初衷相悖,所谓的二元论似乎也难逃最终滑向一元规范违反说的命运。

综上所述,笔者认为二元论少数说恐怕不宜成为我国行为无价值论的选择。

(四)法益侵害与规范违反在行为无价值之内无法实现折中

或许正是因为意识到单纯以规范违反来界定行为无价值的观点存在以上种种弊端,周光权教授近年来提倡的新行为无价值论强调,在界定行为无价值的内涵时,应当同时考虑行为规范违反说和行为的法益侵害导向性说。^[63]换言之,周教授试图使行为无价值的概念超越规范违反与法益侵害的对立,令其同时兼具两者的积极方面。这一观点一方面保留了论者以往

[59] 周光权教授认为:“即便是德国关于未遂犯处罚根据通说的‘印象说’,也可以认为其未遂犯判断中考虑了结果无价值,即‘在因为主观的犯人的犯罪意思(行为无价值)至少使客观的法的稳定发生了混乱(结果无价值),所以整体上导致‘犯罪印象’(Der verbrecherische Eindruck)或‘法动摇的印象’(Der rechtsschütternde Eindruck)中寻求未遂犯的可罚性。”(周光权,见前注[36],页42)这一观点还有待商榷。因为:第一,只要坚持法益侵害性在不法中的支柱性地位,那么行为无价值中的行为就一定是具备现实法益侵害危险的身体动静,而不可能是任意的法敌对举动;结果无价值中的结果也必须是行为对具体法益所造成的损害或者危险状态,而不可能是泛指行为带来的一切后果。否则,假如连行为给公众带来的某种印象和感觉都能直接算作结果无价值的话,那么由法益侵害所苦心建构起来的自由保障防线终将陷于崩溃,从而为将毫无法益侵害危险的行为置于刑罚之下打开了方便之门(相关的具体论证,参见陈璇:“客观的未遂犯处罚根据论之提倡”,《法学研究》2011年第2期)。第二,虽然德国支持二元论的众多学者也采用了印象说,但如前所述,这主要是因为德国《刑法》第23条明文规定了无法益侵害危险的不能犯亦可罚的原则,从而导致学者们在解释论上不得不在法益侵害之外去为未遂犯寻找某些例外或者补充性的处罚根据。应当说,对于信奉法益保护思想的二元论者来说,这既是无奈也是违心之举,并不能证明所谓“法动摇的印象”本来就属于结果无价值。

[60] Vgl. Lenckner/ Eisele, in: Schönke/ Schröder, 29. Aufl., 2014, vor § § 13ff. Rn. 57.

[61] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 88.

[62] Hirsch, Strafrechtliche Probleme, Bd. 2, 2009, S. 232, 301.

[63] 参见周光权,见前注[17],页179。

所主张之规范违反说的基因,使二元论与完全建立在法益侵害说基础上的结果无价值论相比在理论根基上仍有其自身的特色;另一方面,通过吸收法益侵害思想的内容,使二元论能够免受诸如偏向道德主义之嫌、不利于保障公民自由与人权之类的责难。不过,笔者认为这种折中可能还有待进一步研究。

第一,在新行为无价值论中,规范违反无法取得与法益侵害相等同的地位。折中说的本意是想强调,行为无价值的成立既要求行为存在法益侵害性,也要求它具备规范违反性。这么说来,该说蕴含了一个不言自明的前提,即法益侵害与规范违反是行为无价值当中互不隶属、地位平等的两大支柱。首先可以确定的是,从理论上来说,具有规范违反性的行为未必有法益侵害性。不能犯就是典型的无法益侵害危险的规范违反行为。但如前所述,在行为刑法原则和法益侵害思想指导下,这种情形应当被排除在不法的范围之外。反之,具有法益侵害导向的行为却必然具有规范违反性。新行为无价值论的初衷在于,为了防止将符合行为规范的法益侵害举动也纳入不法,有必要在法益侵害的基础上进一步利用规范违反这一要素来限制不法的成立范围。这种考量无疑具有合理性。但需要注意的是,受罪刑法定原则的制约,行为无价值中的法益侵害性天然地处在构成要件设定的框架之内。它特指的是,行为以具体犯罪构成要件所描述的方式制造了引起法益侵害结果的危险。由于构成要件本身就建构在行为规范的基础之上,故符合了构成要件的行为自然也就违反了行为规范。所以,只要确定行为具有法益侵害性,则同时可以认为它也具备规范违反性。这么看来,法益侵害才是行为无价值最为本质和关键的要素,而规范违反性则只是内含于法益侵害性之中不言而喻的应有之义。事实上,周光权教授也承认,应当“将行为的法益侵害导向性说置于优先考虑的地位。”〔64〕可见,在这一折中的不法论中,法益侵害与规范违反实际上并非,也不可能平起平坐;说具有行为无价值的举动应当违反行为规范,这只是对不法行为的内涵做了更为立体的解读和更为细致的描绘,却并未在法益侵害性之外为不法提出任何具有独立意义的成立要件。既然如此,宣称新行为无价值论实现了对法益侵害与规范违反这两者的综合,似乎有些名不副实。

第二,彰显行为准则、培养规范意识,这都不是强调规范违反的充分理由。新行为无价值论之所以坚持在行为无价值中保留规范违反说,最重要的理由在于,它认为只有强调规范违反,才能保证违法性的判断能够发挥向广大公众提供行为准则的导向功能,能够起到形成和强化人们规范意识的作用,进而实现一般预防的目的。〔65〕无可否认,刑法只有通过引导公民的行为,才能最终实现法益保护;笔者也认同,在既处于剧烈转型期又缺乏法治传统和规则意识的中国社会中,严格执行规范、确立规范的权威,的确是建设法治国家进程中不可或缺的重要一环。〔66〕但是:

首先,现代法治国中的刑法之所以能够对国民的行为发挥指引作用,关键在于它通过明文

〔64〕 周光权,见前注〔17〕,页179。

〔65〕 参见周光权,见前注〔17〕,页179、188。

〔66〕 陈兴良教授也表达过同样的关切。参见陈兴良:“评行为功利主义刑法观”,《法制日报》2010年3月24日,第009版。

规定的方式向社会宣示了何种行为受到禁止、哪些举动会遭受惩罚。换言之,以行为规范为基础制定罪刑条文并严格依照刑法定罪处罚,这本身就充分体现了确立规范、培养国民规范意识的功能。既然无论是二元论还是结果无价值论,也不论是二元论中的哪一流派,都是在这一大前提下展开的,那么它们在为公民提供行动指南的能力上就不存在明显的高下之分。例如,如前所述,即使在行为无价值中不专门强调规范违反,由于法益侵害以行为符合构成要件为前提,故它本身已包含了规范违反的内容。换言之,这里所说的法益侵害性,就是指以违反行为规范的方式使某一法益陷入危险状态之中。因此,这种违法性判断同样能够告知公民规范的内容,并促使其据此约束自身的行为。再如,尽管结果无价值论在不法中仅考量犯罪的客观要件,而这部分要件至多只能体现评价规范,而无法反映决定规范,故公民仅凭违法性判断尚无法完全了解何种行为受到禁止。可是,在包含了犯罪主观要件的责任判断结束之时,行为规范的全部内容照样能完整地呈现在国民面前。换句话说,在向公民提供行动指南这一点上,结果无价值论与二元论的唯一区别仅在于行为导向作用出现的时间早晚:前者要待到责任判断完毕后方能完整地宣示规范对于国民所提出的要求,而后者则在不法阶段就能发挥这一机能。可见,既然刑法所规定的犯罪构成要件必定与行为规范相联系,那么无论理论上采取何种犯罪判断顺序,不管是否明白地道出“规范违反”的概念,都不会对刑法维护规范效力的功能产生实质性影响。因此,说只有在不法论中坚持行为规范违反说,才有助于揭示刑法的行为导向意义、培养公民的规范意识,这似乎难以令人信服。实际上,新行为无价值论若要证明自己在这方面确实有优胜于结果无价值论之处,就有必要下功夫回答以下这个问题:行为规范的内容获得完整显现的时间早晚,何以如此重要?

其次,刑法无法过度承载强化国民规范意识的任务。亚里士多德指出,法治社会有两个基本的要素,一是国家制定的法律为良法,二是法律获得普遍服从。^{〔67〕}在当今中国,随着立法的公民参与度与科学性逐步提升,制定良法大致已不是遥不可及的事情。目前更为迫切的是如何让公民真正形成自觉遵法律的意识,使敬畏规则内化为人们的日常习惯和自我需求。要实现这一目标,需要依靠严格执行和贯彻规则,需要通过国家在公正、透明处理纠纷的过程中不断向公民显示平等遵守规则所具有的价值。刑法作为社会规范之一,其制定与适用固然能对此发挥一定的作用,但这种作用恐怕不宜高估。因为:一方面,由刑法的补充性所决定,罪刑条文所依据的毕竟只是众多行为准则中的冰山一隅,即只是那些对于个人安全和社会秩序最为重要的规范。但几乎所有法治国家的经验都说明,真正对公民规则意识的树立起到决定性作用的绝不是对刑法条文的熟读和对刑事审判的了解,而是在诸如过马路、垃圾分类、排队候车等生活细节中年复一年、日复一日的以相应的准则为圭臬约束、调控自身的行动。^{〔68〕}因此,与民法、行政法、法规、规章、习惯等与人们的日常生活有更直接联系的初级规范相比,刑法对于公民规则意识的养成所能发挥的作用是极为有限的。另一方面,刑法用于贯彻行为规范的手段毕竟具有最为严厉的特性,故其动用必须慎之又慎。如果过于强调刑法的一般预防功

〔67〕 参见(古希腊)亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1981年版,页199。

〔68〕 参见(美)孙隆基:《中国文化的深层结构》,中信出版集团2015年版,页167以下。

能,则必将纵容为达到“杀一儆百”的效果而扩张刑罚处罚范围、限缩公民自由空间的做法;〔69〕一旦过分突出刑法保障规则服从的侧面,也存在着以捍卫规范权威、强化公民守法意识为名滥用严刑峻罚的危险。

最后,我国目前所处的特定发展阶段,无法构成在不法论中突出强调规范违反的理由。周光权教授认为,是采取法益侵害说还是规范违反说,取决于国民规范意识的状况:在国民的规范意识较强时,应采取法益侵害说;反之,在公众的规范感不强的时期,则应采取规范违反说。按照该观点,不法的立场可以分两步走:首先,在规范意识欠缺的时期,坚持规范违反说,借以确立刑法规范与制度,这是当前刑法的目标;接着,待社会转型完成,在依据规范理顺各种关系、确立法益归属之后,人们对规范的认同已经不是问题,这时再确立法益侵害说。〔70〕该见解体现出对我国本土国情和时代需要的强烈关照,这种颇“接地气”的教义学思考方式无疑是极具启发意义的。但论者的具体论断还值得进一步推敲。第一,论者关于“两步走”的判断,似乎与大陆法系刑法理论的发展轨迹并不相符。仅以战后德国刑法学的发展为例。纳粹政权覆亡后,德国刑法理论的主流发展趋势是法益侵害说的持续复兴,即便是行为无价值论也日益向法益侵害靠近。只是从20世纪80年代开始,以雅各布斯为代表的规范效力保障说才渐成气候。如果按照周光权教授的逻辑来推论,二战结束后德国正处于旧有制度坍塌、新的规范亟待建立的历史时期,学界应当更为推崇规范违反说,而40年之后,当规范完善齐备、社会井然有序时,学界应当转向法益侵害说才对。然而,德国刑法理论从法益侵害说获得统治地位到规范违反说渐渐兴起的发展过程,却恰好与此背道而驰。〔71〕第二,法治国所追求的不仅是规则之治,更是维护自由与人权的规则之治。所以,在刚刚从威权体制开始转型的前法治国时期,比确定规范和秩序更为重要、更为紧迫的,是倡导和强化对公民基本权利的维护。1949年建国后,盛行近30年的法律虚无主义带给国人最深刻和痛彻的教训,不是因法律规范缺失而带来的社会无序,而是公民权利和自由缺少制度性保障所造成的幕幕悲剧。自上世纪70年代末以来,我国无论是宪法还是各部门法的制定和变革,也基本上是遵循着保障公民权利免受国家公权力恣意侵犯的价值取向来进行的。特别是,考虑到中国社会的重刑主义传统本就十分深厚,有鉴于刑罚乃国家对个人自由侵入程度最高、手段最严厉的措施,故刑法理论的当务之急应当是为公民抵御刑罚权的滥用设置屏障,而非设法利用刑罚去树立规范权威。从这个角度来看,在不法理论中强调法益侵害,才恰恰是基于我国当前国情所做的理性选择。

(五)小结

综上所述,我们大致可以形成以下几点认识:①就当代不法理论的现状而言,当二元论将行为无价值理解为单纯的行为规范违反时,结果无价值论与二元论之争才能体现出法益侵害说与规范违反说的对立。②单纯以规范违反来界定行为无价值的二元论,有最终脱离法益侵

〔69〕 Vgl. Hirsch (Fn. [62]), S. 301.

〔70〕 参见周光权:《刑法学的向度——行为无价值论的深层追问》,法律出版社2014年版,页238以下。

〔71〕 有的学者结合日本战后刑法学的发展历程,对该说提出了类似的质疑。参见欧阳本祺:“规范违反说之批判——与周光权教授商榷”,《法学评论》2009年第6期,页42。

害制约的危险,故不宜成为我国二元论的发展方向。^③在此基础上,从二元论的立场出发,既没有可能、也没有必要在行为无价值的概念中对法益侵害和规范违反加以折中。

四、古典犯罪论体系与综合型犯罪论体系

随着论争双方在刑法基本立场和理念上日渐趋同,一致奠基于法益侵害思想上的结果无价值论与二元论之间的实质分歧,就主要存在于技术和方法的层面之上。由于结果无价值论在不法判断中原则上不考虑任何主观要素,而二元论则强调故意、过失等主观要素本来就是不法不可或缺的组成部分,所以,目前结果无价值论与二元论之争的真正焦点就在于:在接受阶层式犯罪论思维的前提下,中国刑法学究竟应当采用古典犯罪论模式,还是应当倾向于综合型犯罪论体系的思路?^[72]笔者认为,我国结果无价值论与二元论在论战过程中时常使用的若干论据,有的建立在某些理论误区的基础之上,有的则忽视了双方业已达成的共识,以致不少争论炮声虽隆但命中率尚显不足。所以,以下几个基本问题似乎有必要加以澄清:

(一) 裁判规范与行为规范

行为规范是指引公民如何正确行动的规范;裁判规范(制裁规范)^[73]则是指导司法者如何正确从事裁判活动的规范。我国学者普遍认为:刑法既是行为规范又是裁判规范,结果无价值论重视刑法的裁判规范侧面,而二元论则首先将刑法视为一种行为规范。^[74]但在笔者看来,结果无价值论与二元论在这方面并不存在截然的对立。

第一,尽管我们可以笼统地说刑法既是行为规范又是裁判规范,但行为规范与裁判规范实

[72] 这里有两点需要说明。第一,在大陆法系刑法学发展史上,有古典犯罪论与新古典犯罪论之分。考虑到新古典犯罪论仍然维系了古典犯罪论的主体构造,两者在坚持“客观外在事实归于不法、主观内心要素归于责任”这一一元结果无价值论的原则方面基本一致,故为论述简洁起见,笔者将结果无价值论所奉行的犯罪论构造统称为古典犯罪论模式。第二,所谓综合型犯罪论,指的是将新古典犯罪论与目的行为犯罪论加以混合后形成的体系模式,它目前在德国刑法学界占据主导地位。Vgl. Jescheck (Fn. [11]), vor § 13 Rn. 22; Freund (Fn. [54]), vor §§ 13ff. Rn. 13.

[73] 关于此处的概念和用语,有两点需要说明:其一,在德国刑法理论中,与行为规范(Verhaltensnormen)相对应的概念是制裁规范(Sanktionsnormen)。按照德国学者的看法,制裁规范是用于调整国家刑事追诉机关和法院司法活动的行为准则,它规定了对某一行为予以处罚的条件和方式。Vgl. Kindhäuser, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, GA 1994, 197, 200f.; Renzikowski, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, ARSP 2005, 115, 116ff. 可见,制裁规范与我国学者惯用的裁判规范概念大体上是一致的。其二,严格来说,将德语中的“Verhaltensnormen”译为“行为规范”可能是不准确的。因为在德国刑法文献中,“Verhalten”与“Handlung”历来是严格区分的两个概念。与后者相比,前者往往指的是更为朴素和自然意义上的身体动静。因此,若将“Handlung”译为“行为”,那么将“Verhalten”译为“举动”并将“Verhaltensnormen”译为“举动规范”,或许更为合适。但考虑到“行为规范”一词在我国的刑法文献中已得到广泛使用,故本文暂从旧称。

[74] 参见黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,页29;陈洪兵、杜文俊:“二元的行为无价值论不应是中国刑法的基本立场”,《东方法学》2009年第4期,页87;周光权,见前注[17],页184以下。

实际上分属两个不同的层次,二者难以形成正面冲突。例如,“不得诈骗他人财产”是一条存在于我们社会当中的行为规范。刑法的立法者为了保障该行为规范得以遵守,便制定了《刑法》第266条。该条文告诉司法者,在满足了“诈骗公私财物,数额较大”要件的情况下,应当对行为人施以“处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”的制裁。由此可见,行为规范是罪刑条文产生的基础,裁判规范则是罪刑条文本身。^[75]站在立法者的角度来看,先有行为规范,后有裁判规范;但立于司法者的角度而言,则是裁判规范的适用在前,行为规范效力的显现在后。行为规范与裁判规范的这种关系,是由罪刑法定原则所决定的。罪刑法定原则最重要的思想基础有二:一是尊重人权主义,二是民主主义。^[76]前者要求立法者应当以重要的行为规范为基础制定刑法,从而使国民能够事先对自己行为的性质和后果加以预测,这样就能确保公民的自由不受过分的限制;后者则要求司法者在做出裁判时必须以立法者所订立的裁判规范为依据,从而保证司法者执行的是人民的意志。^[77]由于不法属于刑法教义学的范畴,是司法认定活动中的一环,所以它当然应以裁判规范,即罪刑条文的内容作为其首要依据。既然二元论同样坚持罪刑法定原则,同样坚持构成要件对于不法成立所具有的基础性地位,那它就没有、也不可能真的置裁判规范于不顾,直接根据行为规范去认定不法。

结果无价值论者认为:“将刑法规范区分为行为规范和裁判规范,目的无非是想说明,在判断违法性即社会危害性的时候,应当从什么角度出发的问题。主张刑法是行为规范的话,必然要站在社会上的一般人的角度来认定;相反,主张是裁判规范的话,当然会从法官这样的司法专家的立场来加以认定。……将刑法作为行为规范的立场,在我国早已受到批判。如对将‘民愤’作为司法裁量标准的批判,就是其体现。”^[78]在我看来,从这一分析出发对二元论所展开的批判是无法成立的。其一,二元论在认定行为是否具有法益侵害性、是否具有主观罪过时,从未像历史上曾经出现的“广场审判”那样将相关问题委诸普通民众去裁决,而同样是在严格遵循证据规则、运用刑法专业知识的前提下来展开自己的判断。正是因为二元论作为教义学理论的属性没有变,正是因为二元论始终被置于法治国之刑法基本原则的约束之下,故不论它如何对行为规范情有独钟,也只能在制裁规范的框架内展开。其二,在不法判断中过分依赖民愤、民意的现象,与将行为规范视为罪刑条文基础的观点并无必然联系。如果按照行为无价值论产生之初韦尔策尔等人的观点,不仅行为的规范违反性具有独立甚至高于法益侵害性的地位,而且规范违反性的内容也全由社会伦理规范所决定,那或许还有产生以公众情感断案的潜在危险。然而,目前的二元论早已将伦理道德因素从不法论中剔除了出去,而且规范违反也被限定在了法益侵害的框架之内,故认为二元论抛弃了司法专业化、将不法的判断完全变为民意审判的说法,是有失公允的。其三,我国司法实践中之所以存在过分依赖和迁就民愤的现象,

[75] Vgl. Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 59; Kindhäuser, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, GA 2010, 490, 493. 参见(日)高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,页3。

[76] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,页51以下;Vgl. Roxin (Fn. [61]), § 5 Rn. 19ff.

[77] 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,页35。

[78] 黎宏,见前注[74],页31。

主要原因在于司法机关片面追求刑事审判的群众满意度、将司法活动与维护社会稳定的效果相捆绑,而不在于法官强调了刑法的行为规范属性。

第二,在中国刑法学界,之所以会产生结果无价值论侧重裁判规范、二元论注重行为规范的印象,恐怕主要是因为人们认为在关于行为是否具有法益侵害危险的判断上,前者倾向于事后(即裁判时)、科学的标准,而后者则多采用事前(即行为时)、一般人的标准。但这可能是一种误解。因为:①在损害结果未实际发生的场合,作为损害结果发生的概率值,危险本身就是一种只有经过事前预测才能获得判定的概念,否则就毫无处罚未遂犯的余地。这一点早在结果无价值论一统天下的古典犯罪论时代,就已经为人们所承认了。例如,冯·希佩尔(v. Hippel)于1930年指出,如果从事后的角度去判断危险的话,那就意味着“一切参战将士,只要他活着回到了祖国,就都从来不曾面临过死亡的危险……只有那些战死沙场者才经受过这种危险”,这一结论明显是荒唐的,故“具体的客观危险是什么,这不能站在事后,而只能站在危险状态的当时来加以判断。”^[79]事实上,我国持结果无价值论的学者,无论是张明楷教授还是黎宏教授,均承认未遂犯的危险判断应当立于行为当时来进行。^[80]可见,坚持将危险判断置于事前进行,这实际上并不是出于对行为规范的偏重,而是由危险概念本身的特性所决定。当然,结果无价值论在将危险判断的时点确定为事前的同时,强调应当以科学法则、而非一般人的认识为判断立场。但是,裁判规范本身并没有对“危险”这一要素的具体判定方法做出明确规定,故司法者在判断行为是否具有法益侵害危险时,必定需要将自己置身于某个判断主体的情境之中,并以该主体的能力和眼光去审视行为当时发生的一切。无论是把这个主体设定为行为人,还是一般人,抑或是科学法则,都是司法者运用和解释裁判规范的一种方法,而不涉及要不要以裁判规范为依据的问题。更何况,纵观大陆法系刑法理论,不见得凡是结果无价值论者就一定采取科学法则的判断立场。例如,李斯特、希佩尔等古典犯罪论的倡导者恰恰都主张,法益侵害危险的判断应当站在行为当时理性第三人的立场上来进行。^[81]所以,我们尽可以去讨论站在哪一立场之上去判断危险更为明确、合理,但不同标准间的差异似乎与将刑法首先看成是行为规范还是裁判规范没有多大联系。②在损害结果已实际发生的场合,涉及到能否将该结果归责于行为的问题。对此,有的学者主张,应一律根据事后的标准肯定行为具有法益侵害危险、结果客观上可归责于行为,排除构成要件符合性的根据只可能存在于主观归责中,例如行为人欠缺相应的故意或者过失;有的学者则认为,应当根据事前的标准考察行为是否具有引起结果的急迫危险(或曰是否制造了法所不容许的法益侵害危险)。但前一观点的支持者恰恰有主张行为无价值论的韦尔策尔,^[82]而后一学说的赞同者则正好包括了持结果无价值论

[79] Vgl. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 422.

[80] 参见张明楷,见前注[76],页334;黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,页250。

[81] Vgl. Hirsch (Fn. [62]), S. 298f.

[82] Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 62. 类似的见解, Vgl. Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, FS - Uni Köln, 1988, S. 404f.; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 11 Rn. 6ff.

的张明楷教授和黎宏教授。^[83] 其实,之所以会产生这种分歧,主要是因为人们对于在危险判断中是否应当考虑结果避免可能性的问题存在不同认识。前一观点主张,危险的判断应当保持严格的客观性,故结果能否预见和避免,纯属主观构成要件的问题;后一见解则认为,危险判断本身就应当对结果是否具有一般性的预见和避免可能给出回答。这进一步说明,危险判断的立场其实与结果无价值论和二元论的对立没有本质联系。

第三,从规范论上来说,真正与结果无价值论和二元论相对应的,其实是评价规范和决定规范。评价规范只负责客观地判断某种事实状态是否与规范的要求相吻合,故规范对象者的心理状态和遵守规范的能力不在其考量因素之列;相反,决定规范则因为需要发挥指示、调整人们行为的功能,故必须考虑行为人的主观要素。因此,结果无价值论与二元论之争所涉及的,就是关于在不法阶段究竟应当仅考虑评价规范,还是应当也同时考虑决定规范的问题。^[84] 虽然决定规范与行为规范同义,但评价规范却并不等于裁判规范。因为,裁判规范的内容是罪刑条文所规定的犯罪成立要件,故它必然囊括了故意、过失、责任能力等行为人要素,而这恰好是评价规范所不要求具备的。^[85]

(二)构成要件与犯罪类型

二元论在论证应当肯定主观违法要素时,最常用的论据之一是:刑法典所规定的犯罪类型不仅涉及法益侵害的结果或者危险,还对特殊的行为方式与行为样态做了描述,有的犯罪类型还包含了行为人违反义务的要素,这就说明不法的确定离不开对行为无价值的考察;二元论更为符合刑法的规定,也更能满足罪刑法定原则的要求。^[86] 这也成为支撑人的不法理论在目的行为论失势后,能够继续在德国主流刑法学界屹立不倒的最坚固的柱石。^[87] 但细究起来,该论据并非无懈可击,因为它有意无意地将“不法”与“犯罪”等同了起来。

刑法所规定的犯罪类型包含了行为无价值,由此并不能直接推导出不法也必然包含行为无价值的结论;“没有行为的无价值,就没有犯罪”,^[88] 并不必然意味着“没有行为无价值,就没有不法”。因为,罪刑条文所规定的是某一行为构成特定犯罪所必须具备的所有要件,故犯罪类型无疑是主观与客观、结果与行为的统一体。但不法与责任作为解读罪刑条文的理论分

[83] 参见张明楷,见前注[76],页147;黎宏,见前注[80],页80。

[84] Vgl. Mezger, Strafrecht Allgemeiner Teil (Studienbuch), 9. Aufl., 1960, § 31 II; Schönemann (Fn. [43]), S. 62; Günther, in: SK-StGB, 6. Aufl., 1998, vor § 32 Rn. 20; Roxin (Fn. [61]), § 10 Rn. 92ff.

[85] 因此,一些学者将评价规范与裁判规范(或者制裁规范)相等同的看法,可能并不准确。

[86] 参见周光权,见前注[17],页178、189;周光权:“行为无价值论与主观违法要素”,载《国家检察官学院学报》2015年第1期,页85;(日)西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,页32以下。笔者也曾援用过这一论据,参见陈璇:《刑法中社会相当性理论研究》,法律出版社2010年版,页85。Vgl. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1, 33ff.; Ebert/Kühl (Fn. [11]), 231; Jescheck/Weigend (Fn. [36]), S. 240.

[87] Vgl. Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, FS-DJT, 1960, S. 424; Roxin, Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, FS-Lampe, 2003, S. 426.

[88] 周光权,见前注[17],页189。

析工具,却完全可以对罪刑条文所规定的内容进行合理的切割和分配,以期实现犯罪判断过程的科学、明晰。事实上,结果无价值论在认定犯罪成立时,也不可能仅以客观的法益侵害结果和危险为依据。首先,在罪刑法定原则之下,经结果无价值论认定为具有违法性的行为,也必须受到客观构成要件的限制,它绝不可能是任意一种侵害法益的举动,而只能是符合了刑法所规定之特定方式和样态的法益侵害行为。^[89]其次,结果无价值论在责任中同样考虑了故意、过失等主观要素,故最终仍反映了犯罪类型的全部内容,丝毫无损于罪刑法定原则的贯彻。无意间将他人财物转为自己占有的行为,尽管是一个违法行为,但因缺少责任要件而同样不成立盗窃罪;为了索取债务而控制他人人身行为,虽然在违法性阶段同时满足了非法拘禁罪与绑架罪的构成要件,但在责任阶段仍能将二者最终区分开来。结果无价值论与二元论的唯一差别仅在于犯罪类型形象浮现的时间早晚:前者将犯罪类型与不法构成要件相区分,不法构成要件仅是犯罪类型的一部分,只有不法与责任相加才能体现完整的犯罪类型;后者则将不法构成要件与犯罪类型同一化,要求构成要件符合性的判断就必须担负起区分罪与非罪、此罪与彼罪之界限的功能。但无论哪一种学说,都不会将缺少犯罪成立要素的行为强行认定为犯罪。因此,认为“如果人们像受自然主义影响下的所谓‘古典’体系论者那样,将故意排除在构成要件之外,那么就必然会导致可罚性的过度扩张(Strafbarkeitsüberdehnungen),从而威胁到法国的原则”^[90]的说法,是不足为训的。

可见,二元论要真正展现自己的优越性,就需要进一步论证:为什么“犯罪类型 = 不法构成要件”比“犯罪类型 = 不法 + 责任”的判断模式更具合理性?依笔者看来,二元论学者迄今为止给出的若干解释多少都显得有些苍白无力。

第一,在不法阶段就充分考虑罪刑法定原则和一般预防的要求,这并不具有理论上的必然性。持二元论的学者认为:“罪刑法定主义不是要到责任阶段才考虑的问题,……一个违法概念,如果在行为时点没有告知行为者以及可能处于该地位的一般民众违法、适法的界限,和罪刑法定主义以及刑法规范的一般预防要求并不契合。”^[91]但问题在于:一方面,为什么罪刑法定原则必须由不法来独自贯彻,而无需由责任来参与体现呢?不可否认,构成要件概念原本的确是应罪刑法定原则之需而产生的。当代人的不法理论的立论前提在于,构成要件要发挥罪刑法定原则的保障机能,就必须具备勾画犯罪轮廓的作用,而构成要件要能描绘犯罪轮廓,

[89] Vgl. Baumann/ Weber/ Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 12 Rn. 5.

[90] (德)罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,页28。综合型罪论体系目前能在德国占据绝对主导地位,的确在很大程度上得益于立法的权威认可。但这种认可并非体现在刑法分则对犯罪类型的描述中,而是反映在刑法总则的两项规定上:①根据德国《刑法》第17条的规定,关于违法性认识的错误并不影响故意的成立,只可能阻却责任。这就说明,德国现行《刑法》已明确采纳了人的不法理论的观点,使故意和不法意识分离开来,从而把前者置于构成要件、将后者留在责任之中。②德国《刑法》在明确承认共犯的限制从属性原则的同时,又在第26和27条中明文规定教唆犯、帮助犯的成立以正犯是故意行为为前提。这就清楚无误地表明,立法者认为故意是不法的组成要素。这两项规定一直都是目的行为论的支持者们最引以为豪的成就。

[91] 周光权,见前注[17],页182。

就必须具备对犯罪类型做出完整表述的能力。^[92] 假如该预设是所有学派建构犯罪论体系时必须依靠的不可动摇的基石,那么二元论在与结果无价值论的角逐中自当胜券在握。可是,既然构成要件只是犯罪成立的第一阶段,那么它对罪刑法定原则的体现就不是必须一步到位,而完全可以是片段式的。众所周知,自贝林(Beling)明确提出构成要件只是犯罪类型的指导形象,而非犯罪类型本身^[93]的观点以后,就一直有著名学者坚持将构成要件与犯罪类型相区别,其影响延续至今。^[94] 又如,根据一些当代学者的看法,阶层式犯罪论体系还存在另一条建构思路,即不法与责任可以建立在对归责对象(Zurechnungsgegenstand)和归责标准(Zurechnungskriterium)加以划分的基础之上。归责对象旨在确定行为人可能需要为何种事情承担责任,归责标准则旨在弄清行为人在满足了何种条件的情况下,规范才会让他为此事担责。^[95] 所以,前者指的是客观的法益侵害状态,它代表不法;后者则包含了行为人为避免法益侵害所需的各种主观能力(包括行为能力与动机能力),它代表责任。据此,由于犯罪类型是由归责对象与归责标准共同组成,故不法也只是犯罪类型的一部分。罪刑法定原则只要求犯罪认定模式整体上必须能清晰地区分罪与非罪、此罪与彼罪,但并没有要求人们在犯罪判断的某个中间步骤中就必须展现出犯罪类型的全貌。由此可见,构成要件应与罪刑法定原则直接挂钩、构成要件应与犯罪类型相等同的观点,至多只是人的不法理论所尊崇的信条,它并非不可违逆的金科玉律和唯一选择。对于中国的二元论支持者来说,如果在尚未从其他角度出发对各类构成要件论展开详细比较^[96]和充分批判的情况下,就直接将“构成要件 = 犯罪类型”的命题奉为不刊之论,就仅仅满足于简单地重复“犯罪类型要求具备行为无价值”的论断,则难免陷入自说自话、一厢情愿的困局之中。另一方面,也没有充分的实证或者理论依据可资证明,将一般预防机能发挥的时间点提早至不法阶段的做法,比等到犯罪判断完成时才实现一般预防的模式更为理想。因为,普通公民大多并不知晓犯罪判断的具体步骤,更无从了解不法与责任的划分,他们获知什么事能做、什么事不可为的渠道主要就是两条,一是法律的规定,二是具体案件的裁判结论。因此,罪与非罪的界限究竟是在不法阶段就得以显现,还是要等到责任判断之后才能为人所知悉,这对于向公民告知行为准则、进而实现一般预防的机能来说,似乎并无本质的差别。

第二,所谓判断的“经济性”,并不是支撑二元论的有力论据。二元论者提出,对于意外事件造成侵害结果的情形,二元论将故意、过失视为主观违法要素,故在违法性阶段就能排除行为的可罚性,而结果无价值论却只能推迟到责任阶段才能实现出罪,这就造成判断上的不经

[92] Vgl. Gallas (Fn. [86]), S. 15; Rudolphi, in: SK-StGB, 6. Aufl., 1997, vor § 1 Rn. 34.

[93] Vgl. Beling, Lehre vom Tatbestand, 1930, S. 1ff.

[94] Vgl. Engisch (Fn. [87]), S. 427; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. [89]), § 8 Rn. 20. 参见(日)山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,页28。

[95] Vgl. Kindhäuser, Der subjektive Tatbestand im Verbrechenbau; Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung, GA 2007, 447, 448ff.

[96] 蔡桂生博士最近出版的《构成要件论》(中国人民大学出版社2015年版)一书在这方面贡献良多。

济,无罪结论的形成也太晚。^[97]但是,阶层式犯罪论体系的特点原本就在于,对犯罪成立要件的判断并非一哄而上、整体进行,而是分步骤、有先后地展开。因此,对某一要件的认定究竟是较早还是较晚,这并不是决定具体犯罪论模式优劣的关键性指标。否则的话,对于行为人欠缺责任能力的案件,我们是不是可以说,由于在不法中连同责任能力也一并考虑在内的方案有助于尽早地排除行为的可罚性,故该模式优于阶层式犯罪论呢?另外,说结果无价值论导致“实务上可能产生行为人先被错误羁押然后等待有责性判断的可能性”,^[98]这也是无法成立的。因为,如果将阶层式犯罪论体系应用于司法实务,那么由于根据《刑事诉讼法》第79和80条的规定,侦查机关只有对有实施犯罪嫌疑的人才能采取逮捕、拘留等强制措施,而对于犯罪嫌疑的成立来说,仅有违法性是不充足的,必须将责任也考虑在内,故在侦查机关遵守《刑事诉讼法》的前提下,不可能出现仅根据行为的违法性就先行羁押行为人的现象。

第三,不同犯罪类型在法定刑上的差异,并不能证明犯罪类型的特点必须在不法中得到完整的体现。二元论者提出,同样都是导致他人死亡的行为,正是由于故意行为对禁止规范的违反程度远远重于过失行为,故刑法对故意杀人罪的处罚才明显重于过失致人死亡罪,可见,两罪法定刑的差距来自于二者违法要素的不同。^[99]但是,作为犯罪行为所引发的法律后果,法定刑的高低并非由违法性单方,而是由违法性与责任来共同决定的。此罪与彼罪在法定刑上存在差别,这既可能是因违法性的不同所造成,也完全可能是由责任的差异所导致。所以,故意杀人罪与过失致人死亡罪在处罚上的轻重之别,不见得就必然表明二者的违法性存在差异。相反,完全可以说:故意杀人罪与过失致人死亡罪的法益侵害性,即违法性相当,但由于行为人的主观可谴责性不同,故对两罪的处罚需要有所区别。换言之,没有人会否认,故意杀人罪违反禁止规范的程度高于过失致人死亡罪,但这一点并非只有通过违法性才能体现出来。至于说“如果认为两罪的违法性相同,仅仅是责任要素决定了处罚差异,那就是对责任要素赋予了过多功能,会使得其不堪重负。事实上,责任要素也不可能具备如此强大的功能”,^[100]这种说法更是显得牵强。因为,只有在承认“构成要件 = 犯罪类型”这一命题的前提下,才可能认为让责任要素参与决定法定刑差异的做法逾越了责任的功能界限。但如前所述,除了不法之外,责任究竟能否参与塑造犯罪类型,这本身就存在相当大的讨论余地。另外,结果无价值论者在反驳二元论时提出,诈骗罪与抢夺罪的行为样态不同,但我国《刑法》为其设定的法定刑却并无区别,这说明两罪的违法性不包含行为无价值。^[101]但是,立法者在配置法定刑时,除了要考虑不法与责任的高低之外,还要考虑犯罪预防之必要性的大小。^[102]所以,即便站在二元论的立场上,也完全可以作如下解释:尽管从行为样态(即行为无价值)上来看,抢夺罪违反规范的严重程度高于诈骗罪,但由于诈骗罪的发案率明显高于抢夺罪,故有必要以较高的法定刑来预

[97] 参见周光权,见前注[4],页121以下。

[98] 周光权,见前注[4],页122。

[99] 参见周光权,见前注[86],页86。

[100] 参见周光权,见前注[86],页86。

[101] 参见张明楷,见前注[6],页106。

[102] 参见张明楷,见前注[76],页582—583。

防该罪的发生。总而言之,由于犯罪的法定刑是不法、责任与一般预防必要性共同作用的结果,故它与不法的内容是否包含行为无价值这一问题并无必然关联。

第四,二元论可能导致不法与责任走向合一,这并非杞人之忧。尽管综合性犯罪论体系头顶当代德国刑法学通说的光环,但它所隐藏的理论危机却是不容忽视的。本来,在古典犯罪论那里,不法只关注与行为人相脱离的客观外在事实,一切与行为人相关的要素均悉数归于责任。当人的不法理论将“行为人”的视角引入不法领域后,不法的基础随即也涵盖了决定规范。一旦涉及决定规范,就不能不谈到人遵守决定规范的能力问题。人们清晰地记得,早在19世纪末20世纪初,阿道夫·默克尔(Adolf Merkel)、霍尔德·冯·费尔纳克(Hold v. Ferneck)等学者就是以只有具备理解和执行规范内容的人才可能违反规范为由,主张不存在无责任的不法。但是,以韦尔策尔为代表的绝大多数行为无价值理论的倡导者,对不法和责任相分离这一“最近两到三代人所取得的最为重要的教义学进步”^[103]却毕竟有着坚定执着的信念和无法割舍的情感,他们无意退回到不法与责任不分的年代。于是,摆在人们面前的问题就是:既然决定规范是不法与责任的共同基础,既然不法与责任都需要考虑规范的对象者——人,那么在传统的“客观—主观”、“评价规范—决定规范”的不法责任区分标准已经失效的情况下,又应该依据什么来划定两大阶层之间的界限呢?

为了化解这一难题,人们将不法领域中“人”的观察视角,渐渐从“个人”转向“社会一般人”。20世纪50年代,迈霍弗(Maihofer)率先提出了社会的不法理论(die soziale Unrechtslehre)。这种学说一方面承认法益侵害(结果无价值)和义务违反(行为无价值)都是不法不可或缺的组成部分,但另一方面又认为,不法当中的义务违反是以社会理性人及其客观的社会角色为标准的。换言之,“构成不法当中人的核心的绝不是主观的要素,而是客观的即社会人(Sozialperson)的要素。”^[104]虽然社会的不法理论并未得到广泛接纳,但使人的不法理论中的“人”走向社会化、一般化和客观化却引起了相当多学者的共鸣。韦尔策尔在其后期的作品中强调,人的不法理论所说的不法依然具有客观性,只不过这里的客观性已不同于古典犯罪论,它指的是判断标准,而非判断对象的客观性:“说违法性是客观的,只是意味着它是一种普遍性的价值判断;但它的对象,即行为却是客观(外部世界)与主观要素的统一体。”^[105]鲁道夫(Rudolphi)也认为,不法中行为规范的对象者“并不是特殊而具体的人,而是具有正常能力之人的抽象概念。”^[106]据此,尽管不法与责任的基础都包括决定规范,但前者的决定规范是面向社会所有公民的,而后的决定规范才是指向具体个人的;虽然不法和责任都需要考虑“人”,但前者关注

[103] Welzel, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, 421, 421.

[104] Maihofer, Der Unrechtsvorwurf: Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, FS — Rittler, 1957, S.163.

[105] (德)韦尔策尔:《目的行为论导论》,陈璇译,中国人民大学出版社2015年版,页24。

[106] Rudolphi, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 76.

的是社会一般人,后者聚焦的才是个案中的行为人。^[107] 在教义学的具体问题中,最能集中体现这一点的,莫过于双层过失犯论的盛行。本来,如果彻底贯彻人的不法理论,那么在判断过失犯的不法时,就应当以行为人本人的能力为标准去认定他是否违反了结果预见和避免义务。^[108] 可是,为了防止不法与责任发生混同,多数学者倾向于认为:不法阶层中关于行为是否违反注意义务的判断,应以社会上一般理性人为标准;至于具体行为人本人的能力如何,则只能留待责任判断去考虑。^[109]

在相当一段时间里,人的不法理论自认为通过这种方式能够成功地使不法与责任的界分维持下来。但实际上,这一做法所带来的困境却是难以回避的:第一,为什么故意犯与过失犯的不法判断标准存在差异呢?在人的不法理论中,对于故意犯而言,作为主观构成要件要素的故意以及与之相关联的事实认识错误,从来都是以具体行为人本人事实上的认识作为判断依据的,并没有所谓“社会一般人”存在的空间。然而,到了过失犯领域,不法的判断却需要与行为人自身的能力相隔离,转而求助于一个抽象化的社会人。这种不一致的根据何在?第二,既然不法构成要件的核心内容是结果归责,而结果归责要解决的是某一法益侵害结果能否算在某个具体而现实的行为人账上的问题,那么在不法中引入一个纯粹虚构的、与法益损害事实的发生毫无关联的局外人又有什么意义呢?连最初支持双层过失犯论的许内曼(Schünemann)后来也不得不承认:“由于任何人都只能运用他自己,而不是别人的认知和认识能力,故从一开始就从某个想象出来的理想观察者的认识基础出发去建构行为规范,这从一般预防的角度来看毫无意义。”^[110]第三,人的不法理论一方面试图通过使人的形象社会公众化来维持不法判断标准的一般性和客观性,但另一方面又总是不忘强调,行为人所具有的特别能力或者特别认知也应纳入到不法的判断中来。^[111]甚至有的学者认为,在判断注意义务的违反性时,若行为人的能力高于一般人,则应以行为人为准;若行为人的能力低于一般人,则应以一般人为准。^[112]这样一来,不法中的人竟然可以根据实际的需要任意变换面孔,忽而是社会一般人,忽而是具体行为人。因此,体系上的重重矛盾一直是困扰当代德国主流不法理论的顽疾。

有人据此得出结论:“建立在‘当代’(‘刑事政策’)刑法构想(即德国通行的犯罪论——引者注)基础上的,至多只是一个残缺不全的人的不法论,在它那里,具体的人将不可避免地归于

[107] 我国的二元论者也采纳了这一观点,参见周光权,见前注[17],页184。

[108] 韦尔策尔在其早期就持这样的观点,他当时还明确认为在过失犯中无法对不法和责任加以区分。Vgl. *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491, 559, 562.

[109] Vgl. *Welzel* (Fn. [82]), S. 175f; *Schroeder*, in: LK—StGB, 11. Aufl., 1994, § 16 Rn. 144ff.; *Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl., 2014, § 15 Rn. 118. 我国亦有学者明确支持这一立场。参见吕英杰:“论客观归责与过失不法”,载《中国法学》2012年第5期,页126以下;周光权,见前注[4],页201、208。

[110] *Schünemann*, Über die objektive Zurechnung, GA 1999, 207, 216ff.

[111] Vgl. *Welzel* (Fn. [82]), S. 132; *Roxin*, Finalität und objektive Zurechnung, GS—Armin Kaufmann, 1989, S. 250.

[112] Vgl. *Roxin* (Fn. [61]), § 24 Rn. 57ff.

消失。”^[113]有鉴于此,自20世纪70年代开始,有相当一部分学者试图提倡更为彻底的人的不法理论,主张不论是故意犯还是过失犯的不法,都应当统一以行为人本人的认知及认识能力作为判断依据,从而全面恢复不法论中人的现实而具体的形象。在这一背景下,完全以行为人本人的结果预见和避免能力为标准的单层过失犯论,获得了越来越多学者的支持。^[114]进入20世纪90年代以后,以雅各布斯、弗罗因德(Freund)、帕夫利克(Pawlik)为代表的一批学者,结合规范论与刑罚论沿着这一方向迈出了离经叛道的一步。在他们看来,既然不法归根结底是关于具体行为人是否违反了行为规范的判断,而行为规范要有效发挥其指示和命令的功能,就必须以具备理解和执行规范内容的人为其作用对象,故凡是可能影响行为人遵守该规范的要素,包括责任能力也是不法判断不可或缺的组成部分。所以,不法不可能脱离责任而存在。^[115]由此可见,从韦尔策尔决意将“人”引入不法领域的那一刻起,就已经埋下了使阶层式犯罪论体系发生结构性危机的种子。人的不法理论得以彻底贯彻之时,难道就是不法与责任的区分归于终结之日?在行为人的身影开始踏入不法领域之后,究竟还能否找到划分不法与责任的界碑?这不仅是当今德国刑法学面临的挑战,也是我国有意支持二元论的学者必须直面的课题。

(三)主观违法要素与主观归罪

我国主张结果无价值论的学者曾表示出这样的担忧:“在违法性的判断中考虑主观要素,会导致主观归罪的结果。”例如,行为人向牵着狗散步的人走动的方向射击,子弹从狗和人中间穿过。按照行为无价值论的观点,如果行为人的意图是杀人,那么该行为就具有故意杀人的危险,构成杀人罪(未遂);如果行为人的意图是杀狗,那么该行为就不具有故意杀人的危险,仅只构成毁坏财物罪。于是,在该案的认定中,确定行为人的主观意图就成为关键。但在上述场合中,子弹从人和狗中间穿过时,无论行为人的意图何在,子弹从人的耳边呼啸而过,严重危及人的生命的事实是改变不了的。换言之,行为在客观上对人所具有的危险完全是一样的,决不会因为行为人的意图是杀人还是杀狗而有所改变。在未遂犯场合,尽管要考虑故意,但这主要是为了确定行为构成何种犯罪,即确定构成要件符合性,而在该行为所具有的违法性即社会危害性的判断上,则不能也没有必要考虑行为人的主观要素,否则就会陷入主观主义的泥沼。^[116]

所谓主观归罪,是指即便事实上不存在侵害法益的客观行为,也可以仅凭行为人的主观态度

[113] Duttge, Personales Unrecht: Entwicklungslinien, gegenwärtiger Stand und Zukunftsfragen, in: Jehr/ Lipp/ Yamanaka (Hrsg.), Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, 2008, S. 204.

[114] Vgl. Otto, Grundkurs Strafrecht AT, 7. Aufl., 2004, § 10 Rn. 5; Gropp, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2005, § 12 Rn. 82ff; Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2009, § 5 Rn. 18, 22f, 29ff; Duttge, in: MK-StGB, 2. Aufl., 2011, § 15 Rn. 120; Stratenwerth/ Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2011, § 15 Rn. 12ff; Kindhäuser (Fn. [82]), § 33 Rn. 49ff.

[115] 参见(德)雅科布斯:《行为责任刑法》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,页130;(德)弗罗因德:“人之犯罪论的犯罪概念以及犯罪构造”,陈璇译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第40卷),法律出版社2015年版,页378以下;(德)帕夫利克:“‘最近几代人所取得的最为重要的教义学进步’?——评刑法中不法与责任的区分”,陈璇译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第35卷),北京大学出版社2015年版,页302以下。

[116] 参见黎宏,见前注[45],页169;张明楷,见前注[4],页94—95。

或者危险性格来定罪。难以否认,如果像一元行为无价值论那样,不仅使行为无价值完全与法益侵害脱钩,而且从根本上取消结果无价值对于不法成立的意义,那么的确可能出现不法的成立片面取决于行为人主观罪过的现象。但是,站在当前通行的二元论的立场上,根本就不会使刑法解释出现这样的状况。因为,按照刑法学的基本原理来分析,当行为人向牵着狗的人射击时,由于狗与人的距离很近,所以一般来说若行为人的直接目的是杀人,则他必然放任了可能击中狗的结果;反之,若行为人的直接目的是杀狗,则他也必然放任了可能击中人的结果。换言之,因为行为人在对其中一个对象持直接故意的心理时,往往对另一个对象采取了间接故意的态度;所以,当子弹正好从人与狗之间穿过时,即使将行为人的主观要素也纳入考虑的范围,也会认为,不论行为人意图杀害那一个对象,行为对狗和对人都同时产生了危险,两种情形下的行为都可以成立故意杀人罪(未遂)与故意毁坏财物罪(未遂)的想象竞合犯,最终择一重罪论处。因此,将故意提前为构成要件要素,并不会改变“对故意的考察以行为客观上具有法益侵害危险为前提”的基本原则;^[117]由于二元论在认定犯罪时也是首先以行为所具有的危险作为定罪的前提,而并没有单纯依靠行为人的主观态度定罪,所以根本不会导致主观归罪的结果。可见,结果无价值论针对二元论的这一指责,是在有意无意“屏蔽”以下两个事实的基础上提出来的:其一,二元论在认定不法时,不可能只考虑犯罪故意,而无视行为的客观法益侵害危险;其二,二元论在判断故意成立时,不可能只考虑直接故意,而无视间接故意。

二元论对故意体系定位所做的变革,只会对两个具体的教义学问题产生实质性影响:一是错误论。首先,由于故意前移至构成要件阶段,原本属于故意内容的违法性意识仍留守于责任阶层,故违法性错误(或曰禁止错误)便不再影响故意的成立。其次,对于假想防卫之类的容许性构成要件的错误,二元论认为,由于行为人对犯罪构成要件的事实并未发生误判,所以故意的成立不受任何影响,至多只能在责任阶段减免行为的可罚性(严格责任说)或者例外地类推适用构成要件错误的处理原则(限制责任说)。这与结果无价值论所主张的容许性构成要件错误可以直接排除故意的观点,是明显不同的。二是共犯论。随着故意迁徙至不法构成要件,狭义共犯的成立就由原来的对正犯主观方面无要求,变为以正犯具有故意为前提。所有这些变化是否合理还可以探讨,但它们均与主观归罪的危险不沾边。

(四)主观违法要素与正当防卫

结果无价值论用于抨击复合型犯罪论体系的一个重要论据在于:“将故意、过失作为违法要素,意味着只有故意、过失实施的行为才具有违法性,这显然不利于国民行使防卫等权利。例如,根据行为无价值论的观点,甲面临精神病人乙正在杀害自己时,因为乙缺乏故意与过失,不具备违法性,而不得防卫。在许多场合,面临侵害的防卫人,因无法知道侵害者是否具有故意、过失而束手无策。这显然不利于国民通过正当防卫保护法益。”^[118]但这种论证是不能成立的。即便认为无故意、过失的行为不属于不法侵害,也不意味着国民必须忍受自己的法益受

[117] Vgl. Hirsch, Grundlagen, Entwicklungen und Missdeutungen des „Finalismus“, FS – Androulakis, 2003, S. 236; Puppe, Der Aufbau des Verbrechens, FS – Otto, 2007, S. 393.

[118] 张明楷,见前注[6],页107。

损,因为他完全可以通过防御性紧急避险来实现法益保护。理由如下:

1. 紧急避险的损害对象不限于第三人

通说向来认为,正当防卫与紧急避险的一个重要区别就在于,前者所针对的是不法侵害者,而后的损害对象则只能是无辜第三人。^[119] 据此,当某人的意外事件行为给他人法益造成紧迫危险时,如果认为由于意外事件不属于不法侵害,故不允许任何人实施正当防卫,那就意味着遭受危险者丧失了行使紧急权的一切可能,只能束手待毙,这种结论是无法为人们所接受的。^[120] 然而,该说的理论前提,即“紧急避险只能针对无辜第三人”这一命题本来就值得推敲。它与我国传统刑法理论对紧急权体系缺乏全面的认识有关。

第一,在紧急权的体系中,直接针对危险来源者实施的合法反击行为,并不独正当防卫一家。紧急权(Notrecht)是公民在紧急状态下为保护法益而损害他人法益的权利。损害他人法益的行为之所以能够得到法秩序的认可,主要是基于以下两个基本的思想:①自由平等原则。我国《宪法》第33条规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”,第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害……其他公民的合法的自由和权利。”据此,任何人未经他人同意,都无权损害其法益;任何人对于他人无正当根据损害自己法益的行为,也都没有忍受的义务。②社会团结原则。尽管自由平等原则是法治国的基石,但每个公民毕竟都与他人共处在一个社会共同体当中,而成员间的相互扶助、彼此忍让是社会得以存在的必备条件。因此,为了防止对自由平等的强调演变为极端的个人主义,社会团结的思想便应运而生。^[121] 该理论提出:“社会共同体成员之间应当休戚与共,并且在一定程度上互相照应。这就要求任何人都应当对他人负有一定责任,在必要时甚至应当适当地为他人牺牲自身利益,部分地放弃自己的自由。”^[122] 紧急权的体系正是在这两个思想的基础上建构起来的。首先,当某人以违反义务的方式侵入他人的自由空间时,由于侵犯者作为率先僭越义务的人,失去了要求对方做出牺牲、给予照顾的资格,故基于自由平等原则,受侵犯者不负有忍受、逃避的义务,他有权在为有效制止侵害、保护法益所必要的限度内,对侵犯者的法益造成损害。由于这种紧急权几乎纯粹以个人自由为基础,故它在行使过程中所受的制约条件最少。^[123] 这就是正当防卫权。其次,当某人虽然对他人的自由空间造成了威胁,但却并未实施违反义务的行为时,公民的紧急权同时受到自由平等和社会团结原则的影响。即:一方面,由于这种威胁缺乏合法的依据,故遭受危险的人没有义务对之全盘容忍,他有权对危险来源者采取反击;另一方面,由于危险来源者毕竟要么并未现实地违反义务,要么不具备实施合法行为的能力,这些值得体谅的事由使他仍在一定范围内保留了要求对方给予照应的权利,故行为人对其展开的反击就要

[119] 参见高铭暄、马克昌,见前注[9],页141。

[120] 正是基于这一认识,我国刑法学通说得出了与结果无价值论一样的结论,主张针对意外事件的反击行为亦可成立正当防卫。参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,页720;陈兴良:《正当防卫论》,中国人民大学出版社2006年版,页61。

[121] Vgl. Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 188, 320f.

[122] 王钢:“紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度”,《中外法学》2011年第3期,页618。

[123] Vgl. Kühl, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, FS-Hirsch, 1999, S. 260ff.

比正当防卫更加克制。^[124] 此即防御性的紧急避险权。最后,当公民的某一法益遭遇险境时,基于社会团结原则,其他公民有义务做出一定的牺牲以协助他转危为安。但由于社会团结毕竟只是在坚持自由平等原则的前提下出现的例外,故建立在该思想基础上的紧急权必然会受到最为严格的规制。这便是攻击性的紧急避险。

由此可见,我国传统刑法理论对紧急避险的界定并不完整,因为它只涵盖了攻击性的紧急避险,而未意识到还存在着一种和正当防卫一样直接针对危险制造者,但强势程度却介于正当防卫和攻击性紧急避险之间的紧急权,即防御性的紧急避险。^[125] 这也直接导致通说将一些本应属于紧急避险的情形归入到了正当防卫的名下。

第二,将紧急避险的对象仅限于无辜第三人的见解,也缺乏法律上的依据。我国《刑法》第21条第1款在规定紧急避险时,只提到“不得已采取的紧急避险行为,造成损害的”,并未如第20条第1款那样对损害对象做出明确限定。因此,《刑法》关于紧急避险的规定完全可以容纳防御性紧急避险。

2. 处于急迫险境中的公民无法认识到对方的侵害究竟是基于故意、过失还是意外事件,这并不是将反击行为认定为正当防卫的充分理由

第一,由于正当防卫是给公民法益造成损害的行为,故它在客观上究竟应当包含哪些要素,这主要取决于正当防卫的正当化根据。在此,固然需要考虑受侵害行为威胁一方的利益,但同时也必须顾及因反击行为受损一方的利益。在众多紧急权中,正当防卫是最具强势性格的一种,它对于防卫人来说无疑是保护法益的一种有力手段,但对于侵害人而言却是一把杀伤力极大的锐器,故作为其前提条件的“不法侵害”必须受到较为严格的限制,而不能是任意的法益损害行为。第二,不可否认,附加于“不法侵害”之上的限制性条件,的确可能无法为具体案件中的行为人所认知。但对此情形,并非只有通过肯定正当防卫的成立这一条途径才能得出合理的结论。相反,完全可以借助正当化事由的认识错误、责任阻却事由等原理来减免行为人的刑事责任。第三,除了不法侵害的违法性之外,正当防卫还受制于其他客观要件。如果说只要行为人在紧急状态下有可能无法认识到某种事实,就不应将之列为正当防卫的要件,那我们是不是可以说,由于行为人有时也难以准确地辨别不法侵害是否“正在进行”以及防卫措施是否处在必要限度之内,故正当防卫的成立不应要求不法侵害正在进行,也不应要求防卫不得超出必要限度?

3. 防御性紧急避险有能力为公民的紧急自卫行为提供适当的正当化空间

有学者提出,即便承认针对无故意、过失的侵害行为可以实施紧急避险,但由于紧急避险的限制条件十分严格,故仍不利于公民及时有效地保护法益。^[126] 笔者对此不以为然。^① 如果放眼整个紧急权的体系,我们就会发现,利益衡量是一切紧急权的基础,所保护之利益大于

[124] Vgl. Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, GA 2003, 12, 16f.

[125] 我国已有个别刑事判例在事实上默认了防御性紧急避险的存在,但似乎仅限于“对物防卫”的情形。例如“王仁兴破坏交通设施案”,载《刑事审判参考》(第38集),法律出版社2004年版,页85。

[126] 参见陈洪兵、杜文俊,见前注[74],页92-93。

所损害之利益也是一切紧急权能够得以合法化的共同根据。但是,随着紧急权损害的对象与危险源之间的关系不同,其法益值得保护性的大小也会发生变化,故不同的紧急权在进行利益衡量时所能容许的法益对比关系也就存在重大差别。在正当防卫中,由于被损害者自己就是以违反义务的方式引起法益冲突之人,故其法益的值得保护性与他所侵害的法益相比就会出现大幅下降。因此,即使防卫人为了保护财产法益而导致侵害人重伤甚至死亡,也同样可以认为他保护了更高的利益。在攻击性的紧急避险中,由于被损害者是危险引起无关的第三人,故其法益的值得保护性本身并无减损,只有当其法益的价值明显低于受危险威胁的法益时,才能基于社会团结的原则认为避险行为保护了较高的利益,进而要求被损害者承担忍受的义务。正因为如此,由于生命作为最高的法益,不可能在价值上明显低于其他法益,故它绝对不能成为攻击性紧急避险牺牲的对象。在防御性紧急避险中,有两个反向的因素共同影响着利益衡量的判断。一方面,避险对象者是危险的产生方,故其法益值得保护性必然会有所下降;但另一方面,由于避险对象者并未实施违法行为,故其法益值得保护性的下降幅度又不可能等同于正当防卫中的不法侵害人。由此决定,防御性紧急避险中的利益衡量标准较攻击性紧急避险要宽松,但又严于正当防卫。^[127] 所以,只要保护和损害的法益在价值上基本相当,即可认为避险行为维护了较高的利益。换言之,“防御性紧急避险行为人所代表的利益原则上占据显著的优势,除非他给避险行为被害人所造成之损害的严重程度不合比例地高。”^[128] 这就意味着,在行为人不得已导致了危险来源者死亡的情况下,如果该行为所保护之法益的价值与生命法益相比并不存在明显失衡的现象,那它就有可能以防御性紧急避险之名找到合法化的空间。^[129] 因此,在防御性紧急避险中,为保护生命而牺牲另一生命的行为完全可能得到正当化。^② 即使认为无故意、过失的行为能够成为正当防卫中的不法侵害,传统学说也并未赋予行为人以完整的防卫权,而是为防卫行为附加了种种额外的限制,例如要求行为人在能逃跑的情况下应当优先选择躲避的方式,并尽量避免造成对方重伤、死亡的结果。^[130] 可是,一旦受到这些条件的限制,所谓正当防卫权就失去了其本应具有果敢、强势的风格,最终变得与防御性紧急避险权并无二致。^[131]

[127] Vgl. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., § 8 Rn. 134.

[128] Günther, Defensivnotstand und Tötungsrecht, FS-Amelung, 2009, S. 151.

[129] Vgl. Hirsch, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 34 Rn. 73; Günther, in: SK-StGB, 7. Aufl., 2000, § 34 Rn. 43; Roxin (Fn. [61]), § 16 Rn. 78.

[130] Vgl. Spendel, in: LK-StGB, 11. Aufl., 1992, § 32 Rn. 235f.; Jescheck/Weigend (Fn. [36]), S. 345f.

[131] 这么看来,认为只有使不法与责任相分离,才有利于公民在面对无责任能力人的侵袭时通过防卫及时保护法益的说法(例如,张明楷:“犯罪构成理论的课题”,《环球法律评论》2003年秋季号,页264。),也很难令人信服。因为,即便主张不法与责任合一,虽然无责任能力者的行为不成立不法侵害,但行为人也完全有权对之采取防御性紧急避险;即使主张不法与责任分离,尽管无责任能力者的行为可以成立不法侵害,但行为人对之行使防卫权的行为也会受到诸多限制。由于经过限制的正当防卫权实际上与防御性紧急避险并无本质区别,故两种犯罪论体系在这个问题上得出的结论相差不大。将针对无责任能力人的反击行为理解为紧急避险的观点,参见冯军:“刑法教义学的立场和方法”,载《中外法学》2014年第1期,页187。

五、基本的结论

结果无价值论与二元论之争的兴起,促使中国刑法学在短短十余年的时间里,对大陆法系百余年来犯罪论体系的变迁、不法构造的演化以及受其辐射影响的诸多具体问题有了较为全面和深入的认识,在反复争论、批判和对比的过程中也逐渐确立了以法益保护为导向、将刑法与道德相分离的现代法治国刑法的基本发展方向。就此而言,这场学派之争的学术贡献是值得予以高度评价的。结合本文开头所援引的四组对立点,笔者的基本结论可以概括如下:

(一) 共识

经过长期论战,尤其是在行为无价值论经历变革之后,现在的结果无价值论与二元论至少已就以下两点达成了一致:其一,刑法的首要任务在于保护法益,不法论必须始终以法益侵害为核心;凡是脱离了法益侵害的道德违反或者行为规范违反,都不应成为不法建构的基础。因此,第②组对立的实际意义已经相当微弱。其二,受罪刑法定原则的制约,一方面,不法必须以法定的犯罪构成要件为根据,故不法的判断不可能摆脱裁判规范来进行;另一方面,不法与责任最终必须实现对犯罪类型的完整体现。由此可见,时至今日,从结果无价值论与二元论当中,我们越来越难以看到自由主义与国家主义、客观主义与主观主义的对立;在关涉刑法基本立场的大是大非的问题上,二者在很大程度上已结成了一个战壕中的战友。因此,若仍从刑法的基本立场出发去指责对方,多少会让人产生“本是同根生,相煎何太急”的感叹。

(二) 误区

对立中需要澄清的误区有:第一,哲学上行为功利主义与规则功利主义的对立,与结果无价值论和二元论之争并不能形成对应关系。所以,第①组对立实际上是虚构的。第二,在行为无价值中,法益侵害说与规范违反说必居其一,二者无法实现真正的折中。第三,裁判规范与行为规范、事后标准与事前标准的区分,与结果无价值论和二元论的对立没有本质联系。故此,第③组对立也难以成立。第四,就目前而言,无论在德、日还是在我国,“构成要件=犯罪类型”的命题似乎都还未找到真正令人信服的理论依据,故它也难以成为阶层式犯罪论体系必须遵守的公理。二元论需要就不法与犯罪类型的关系作更为详细的分析、提出更有说服力的论证,而不是一味通过援引刑法对具体犯罪的规定来捍卫自己的观点。第五,针对危险来源者的反击行为,完全可能以防御性紧急避险之名获得正当化。因此,结果无价值论已不适宜再以“一旦违法性吸纳了行为无价值,就不利于公民通过防卫来实现法益保护”为由,对二元论展开批判。

(三) 发展方向

随着共识得以凝聚、误区得到清理,两派争论的发展方向或许也比较明朗了。未来,结果无价值论与二元论之争所需要的恐怕不是战线的继续扩张,而是讨论范围的适当“瘦身”;二者的争论似乎应逐渐从宏观的理念和立场层面,回归到更为技术性、操作性的实际问题之上。第④组对立才是两派目前真正针尖对麦芒的争点所在。双方都需要将更多的精力放在对古典犯罪论体系与综合型犯罪论体系的比较之上,尤其是需要对与此紧密相关的若干问题展开深耕

细作。例如：第一，不法与责任划分标准的探寻。对于二元论来说，需要着力解决人的不法理论至今尚未圆满回答的问题，即在“行为人”归责标准之前增设一个“一般人”的归责标准，这是开启进步还是误入歧途？经过个人化（主观化）后的不法，究竟能否以及怎样才能与责任区分开来？第二，错误论的变革。从历史上来看，违法性意识从故意中迁出，这一变动的出现是与行为无价值论的兴起须臾不可分离的。即便是结果无价值论者也承认，将违法性意识的可能性视为超脱于故意、过失以外的独立责任要素，的确具有巨大的优势。那么，是否只有综合型犯罪论体系才可能为这一学说的生根发芽提供适宜的条件呢？另外，一旦将故意前移到构成要件之中，刑法理论就势必面临着如何处理容许性构成要件错误的难题。第三，共犯论的深化。在承认正犯共犯区分制和限制从属性的前提下，共犯从属性的对象应否包含正犯的主观罪过？结合这些问题，中国刑法学完全有可能在对大陆法系不法论发展历程中的正反经验加以甄别和总结的基础上，以本国的刑法规范和司法实践为土壤，构建起符合自身时代需要的不法理论乃至犯罪论体系。

Abstract: The controversy between Erfolgsunwert and Dualism plays a significant role for promoting Chinese Criminal Jurisprudence to head for a direction of in-depth, systematization and individualization. Compared with controversy during the very beginning, the opposition of both sides has already been narrowed. Both sides have formed a broad consensus on fundamental standpoints, such as adhering to regard protection of legal interests as aim of Criminal Law, and implementing principle of legality. Theoretical misconception occurred during the process of argument, such as corresponding relation between different genres of utilitarianism and theory of illegal, relation between norms of behavioral and adjudication and theory of illegal, relation between Actus reus and Tatbestand, subjective elements of Rechtswidrigkeit and justifiable defense, are urgent to be clarified. In the future, the controversy between Erfolgsunwert and Dualism probably shall return to practical issues which are even more technical and operational in terms of macro conceptions and standpoints, especially shall focus on the comparative analysis of classic criminal theory system and comprehensive criminal theory system.

Key Words: Erfolgsunwert; Handlungsunwert; Utilitarianism; Violation of Norms; Criminal Theory System

(责任编辑:江 溯)