

行为、结果无价值理论哲学根基正本清源

周啸天

(山东大学法学院, 山东济南 250100)

摘要 在我国刑法理论中,存在行为无价值论、结果无价值论之间的激烈论争。近期,有学者将该争议深化到道德哲学领域,并分别将行为无价值论、结果无价值论的实质违法观与规则功利主义、行为功利主义相挂钩。这一理论对应因混淆了不同范畴从而属于“误读”。应当说,在实质违法性这边,行为无价值论的道德哲学根基是道义论,结果无价值论的道德哲学根基是行为功利主义并兼顾规则功利主义。在犯罪成立体系处,行为无价值论、结果无价值论的哲学根基分别是存在主义与新康德主义。

关键词 行为无价值论 结果无价值论 道义论 功利主义

中图分类号:DF611 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2015)01-0025-17

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2015.01.004

我国当今刑法学理论,存在行为无价值(Handlungsunwert)与结果无价值(Erfolgusunwert)两种刑法基本立场的激烈对立。^①这种对立不仅直接决定着能否承认偶然防卫、对物防卫,如何看待主观违法要素尤其是故意的体系地位等理论问题的解决,更通过理论指导而影响着具体司法实践。可以说,这场立场之争,是当下最为重要的刑法学“路线”之争。值得充分注意的是,近期,行为、结果无价值理论间的争论变换了形式,这表现在两者间的争论业已初步深化到道德哲学(伦理学)领域。有学者将结果无价值论、行为无价值论在实质违法性层面上所体现出的道德哲学立场分别与行为功利主义、规则功利主义相挂钩,在批判规则功利主义违法观的立场上,提倡结果无价值论。^②与此相对,也有学者站在行为无价值论的立场上,将其与规则功利主义相挂钩,批判结果无价值论,力倡规则功利主义违法观。^③就这场“路线”之争的理论深化而言,首先,由于哲学是全部科学之母,我们在选择“路线”之前,应准确而系统地厘清两种“路线”背后的哲学根基,故而,将争论深化至哲学这一本体之中,无疑具有重大理论意义;其次,法律是最低限度的道德,行为功利主义、规则功利主义属于相同

作者简介 周啸天,山东大学法学院讲师,法学博士。

① 行为无价值与结果无价值是日本学者对德文 Handlungsunwert 与 Erfolgsunwert 的直译。现今已被我国所用。德语中的 Unwert 是“反价值”或者“负价值”的意思,行为无价值论将行为本身作为违法评价对象,当行为反价值或者说负价值时,便违法;结果无价值论将与行为独立的结果作为违法评价对象,当结果反价值或者说负价值时,便违法。正是基于这个原因,有学者认为“无价值”的翻译不够准确,应当以“反价值”或者“负价值”替代“无价值”。参见黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第3页,注释1。我国并无主张一元的行为无价值论者,本文所称行为无价值论仅指二元的行为无价值论。

② 参见张明楷:《行为功利主义违法观》,《中国法学》2011年第5期。

③ 参见陈兴良:《在当下中国社会强调规则更为重要》,《检察日报》2010年3月25日,学术版;又见周详:《规则功利主义违法观之提倡——刑法学派之争视角的展开》,《清华法学》2013年第1期。

的伦理学范畴,即功利主义(后果论),在实质违法性层面上,将结果无价值论的道德哲学根基诉诸于前者,将行为无价值论的道德哲学根基诉诸于后者,这一理论对应是否准确,抑或是不是一个“误读”,需要澄清。另外,要系统探寻行为无价值、结果无价值理论背后的哲学根基,除分析两者在实质违法性层面上所体现出的不同道德哲学思想外,还应于两者所秉承的不同犯罪成立体系处,探寻体系性差异背后的哲学根基。

一、行为无价值论、结果无价值论的缘起对立点锁定

要解决行为无价值论、结果无价值理论以什么哲学思想为根基的问题,应首先在形而下的层面上锁定行为无价值论、结果无价值理论的具体分歧。结果无价值论、行为无价值理论发端于德国,发扬光大于日本,而由中国学者传承自日本,其相对于继受自前苏联的中国传统刑法理论而言,属于“舶来品”。

(一)行为无价值论、结果无价值理论的渊源

行为无价值理论、结果无价值理论的诞生与实质违法性理论紧密相连。形式违法性就是对法律条文的违反,但是形式违法性理论无法回答为什么某一行为被评价为违法的问题。伴随着 20 世纪初实证主义法学思潮的衰退以及新康德主义法学思潮的兴起,在价值判断处寻求违法性本质的实质违法性理论应运而生。在德国,行为无价值论与结果无价值论所争议的主要问题是:“究竟应当将符合构成要件的、违法的行为看作有关人的不法行为,还是只是对法益侵害的行为?”^④

在刑法学思想的发展史上,结果无价值思想先于行为无价值思想而出现。最早提倡结果无价值思想的,是德国学者 Edmund Mezger(麦兹格),其代表性思想便是客观违法论。Mezger 认为,法的理念是为了保护个人的生活利益,故而不法就是对法益的客观侵害。从刑法规范的角度而言,不法是对客观评价法益侵害存在与否的“评价规范”的违反,责任是对命令、禁止我们做或者不做某行为的“命令规范”的违反,而评价规范所重点评价的,是结果而非行为。^⑤由于在 Mezger 所提倡的评价规范之中,重点评价的是与行为相分离的结果,故而,不仅仅引起法益侵害结果的行为属于被评价的对象,类似于山洪暴发、地震等能够引起法益侵害结果的自然事件,也能够被纳入不法的评价对象之中。^⑥

德国学者 Hans Welzel(威尔泽尔)第一次明确提出“结果无价值”、“行为无价值”概念,并站在行为无价值思想上对结果无价值论进行批判。Welzel 最为代表性的理论,便是“人的违法论”。其认为,法律只能规制人的行为而不能调整受偶然因素影响的犯罪结果是否出现。在这一意义上,刑法规范首先是指引人们不做什么、要做什么的行为规范,结果无价值(法益侵害)必须在行为无价值(违反行为规范)的框架内,才具有意义。^⑦至于不法的判断标准,则是某一行为是否脱离了“社会相当性”。在 Welzel 看来,“所有处于共同体生活的历史形成之社会道德秩序之内的行为,都是社会相当的行为”。^⑧

根据 Welzel 的逻辑,既然不法必须与人相联,那么,人的主观想法就不可避免地会影响到对违法的判断。如此一来,结果无价值论者所确立的“不法是客观的,责任是主观的”教义学原理,就受到了挑战。至少可以说,不法中的判断对象就不再是纯粹客观的结果,这集中反映在故意的体系地位问题上。就故意的体系地位而言,Welzel 在批判以往观点将既遂犯中的故意作为责任要素,但却将

④ [德]Calus Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl, 2006, S.222.

⑤ 参见[德]Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3.Aufl., 1949, S.198ff.,S.164.正是根据 Mezger 将所有能够引起法益侵害的事件都纳入违法评价视野的思想,结果无价值论者承认对物防卫。

⑥ 同上注,Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3.Aufl., 1949, S.198ff.,S.164.

⑦ 参见[德]Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl, 1961, S. 29ff. , S. 27ff.

⑧ [德]Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht. 1947, S.35.

未遂犯中的故意作为违法要素的基础上,^⑨将既遂犯的故意也作为主观违法要素看待。据此,在 Welzel 所倡导的行为无价值论之中,与结果无价值论最大的体系性差异就在于,无论是未遂犯还是既遂犯,故意的体系地位都被锁定在不法而非责任之中。

如果推进 Welzel 的观点,进一步强调从行为到结果发生过程中的偶然性,就势必会将结果的发生看作与违法性无关的,只起到限定处罚范围作用的客观处罚条件,而 Welzel 的学生 Armin Kaufmann(考夫曼)正是这么认为的。^⑩这显然将行为无价值(Handlungsunwert)彻底化为志向无价值(Intentionsunwert),从而走上了主观违法论的老路。这一彻底的一元行为无价值论虽然在晚近的德国刑法中仍不乏赞成者,但仅是极少数说。^⑪在我国与日本,则无赞成者。

德国刑法学的巨擘,二元论的集大成者,是德国学者 Claus Roxin(罗克信)教授。Roxin 认为,刑法的目的是保护人的具体生活利益即法益,而并非道德伦理。^⑫违法既是对评价规范(结果无价值)的违反,也是对指向所有的一般人的意思决定规范(行为无价值)的违反,行为必须具备实现结果无价值的可能性时方才具有意义,而结果也是可客观归责于行为的结果,结果无价值、行为无价值是相对独立的两个要素。正如其所言:“这样一种把结果驱逐出不法的做法是应当反对的。只有行为而不是结果才能加以禁止这个原理,只有在以下这个范围内才是正确的,即结果是由于自然人的行为和不是由于其偶然的和无法估计的影响而能够被禁止的。意图禁止自然的事件或者不可避免的偶然情况,是没有意义的。因此,刑法中不存在没有行为不法的结果不法。”^⑬这表明,在二元的行为无价值论之中,行为与结果不再是绝对分离的两端,两者通过客观归责理论而相互联系,行为是导致可归责之结果发生危险的行为,结果是能够客观归责于行为的结果,行为无价值、结果无价值同为不法内容。如此一来,行为无价值论与结果无价值论的对立就得到了折中与缓和。

与德国先有结果无价值思想,后有行为无价值思想相反,在日本,先有对行为无价值思想的继受,后有结果无价值论者对其所展开的批判。在日本,刑法学研究范式已经从知识体系的构建转变为对具体问题的解决,再加上二元的行为无价值论在全面学习德国的刑法学界占据通说地位,故而,行为无价值论、结果无价值论的对立在表面上取得一定的缓和。但实质上,两者之间在具体问题点上的争论仍存在。^⑭具体而言,行为无价值论、结果无价值论在日本的争论源起于上世纪 60 年代的刑法修改,而真正被日本学者发扬光大的,是结果无价值思想。承担战后修法工作的,主要是战前一直就活跃在刑法学界,主张刑法就是维持社会伦理秩序的手段,提倡道义责任论的小野清一郎教授。^⑮但是,1974 年《改正刑法草案》一经出台就遭到了平场安治以及曾经留学美国并受到欧美非犯罪化运动影响的平野龙一等年轻学者的批判,^⑯从而最终成为废案。对其批判的要点,一是扩大了处

⑨ 参见[德]Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 29ff., S. 27ff.

⑩ 参见[德]Armin Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel. FS, 1974, S. 411

⑪ 作为一元行为无价值论的支持者,参见 Zielinski, Handlungsunwert und Erfolgsunwert in Unrechtsbegriff, 1973, S. 125 u. 128ff.

⑫ 参见[德]克劳斯·罗克信:《德国刑法学总论·第1卷》,王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 21 页。

⑬ 同上注,克劳斯·罗克信书,第 213 页。

⑭ 在此仅举一例,承担司法考试培训业务的 LEC 东京法律思维大学,编著的司考教材《C-Book 刑法·总论》,于 2001 年发行了“行为无价值版”,于 2002 年发行了“结果无价值版”,其后两版本分别于 2010 年、2009 年被修订。行为无价值论、结果无价值论的争论在日本所产生的影响,由此可见一斑。

⑮ 参见[日]小野清一郎:《新订刑法讲义总论》(增补版),有斐阁 1950 年版,第 119 页。

⑯ 非犯罪化运动是 20 世纪中后期发端于欧美的,旨在将道德犯罪以及无被害人犯罪予以非犯罪化,从而达到去道德化目的的刑事政策浪潮。在这一思想背景下,英国下议院于 1957 年通过了同性恋及卖淫委员会的沃尔芬登报告,将不具有被不特定人看到危险的成人间同性行为与买春行为排除于犯罪圈外。美国模范刑法典也废除了通奸罪,以及成人间的性行为犯罪。德国也在 1969 年的刑法修改中,废除了通奸以及成人间的同性行为犯罪。瑞典与丹麦也在刑法中废除了发布、展示猥亵文书、图画犯罪。参见[日]平野龙一:《刑法总论》,有斐阁 1975 年版,第 44-45 页。

罚范围即不当的犯罪化 ;二是法定刑过于严厉即重刑化 ;三是以国家利益优先 ,而不是个人利益优先 ,或者说优先考虑治安而不优先考虑人权 ;四是落后于时代的刑事政策 ,如创设保安处分。^{①7}在此基础上 ,平野龙一教授提出了系统的结果无价值理论思想。其所提倡的结果无价值论的最大亮点便是发扬 Mezger 以法益侵害作为违法实质的思想 ,坚持违法中判断对象的客观性 ,从而贯彻“违法是客观的、责任是主观的”教义学命题。其后 ,经过平野龙一及其学生们的努力 ,结果无价值论逐渐演变为日本刑法学中极为有力的一种刑法学思潮。

在中国 ,张明楷教授对结果无价值论的引入以及本土化工作 ,无疑为中国刑法学思潮的演进开创了新的篇章。在张明楷教授于解释论层面上以结果无价值思想改造中国传统刑法理论之际 ,行为无价值思想被陈兴良教授、周光权教授所大力倡导。其后 ,以张明楷教授、黎宏教授为代表的结果无价值论阵营 ,与以陈兴良教授、周光权教授为代表的行为无价值论阵营之间 ,进行了长达十几年的学术争论 ,这使得结果无价值论、行为无价值论的具体思想已然深深扎根于中国的本土刑法理论之中。

(二)行为无价值理论、结果无价值理论核心对立点的锁定

行为无价值论与结果无价值论的对立 ,具体体现在三个层面 :一是对实质违法性的不同解释 ;二是在客观违法论(客观主义)的前提下 ,对“违法是客观的、责任是主观的”教义学原理中“客观”的不同界定 ;三是针对主观违法要素(尤其是故意的体系地位以及如何看待防卫认识)的不同态度。

首先 ,结果无价值论认为违法的实质是法益侵害 ,行为无价值论则认为违法的实质是规范违反。于自然因果流程的发展中 ,“行为”与“结果”是一对相异的范畴 ,先有行为而后有结果 ,两者之间相分离。在“行为——结果”相分离的二元结构中 ,如果将评价的重心锁定为行为 ,就会得出违法是违反指导我们行为的行为规范的结论 ,如我国的行为无价值论者周光权教授就认为 ,违法的实质是违反了旨在保护法益的行为规范。^{①8}与此相反 ,如果将评价重心锁定为结果 ,就会得出违法的实质是对法益所造成的侵害结果 ,如张明楷教授就将实质违法性理解为法益侵害性。^{①9}

值得注意的是 ,虽然二元的行为无价值论者在规范的内容之中掺入了法益这一要素 ,即认为违法违反的是保护法益的行为规范 ,但是 ,行为无价值论者所倡导的“规范违反”仍然与结果无价值论者所倡导的“法益侵害”有着本质不同。其最大的不同在于 ,前者侧重于从规范的角度界定实质违法性 ,后者侧重于从事实的角度来界定实质违法性。例如 ,Welzel 所提倡的社会相当性就是一个价值层面上的概念。因为 ,Welzel 认为 ,判断一个行为是否具有社会相当性 ,不仅要看它在社会生活中是否具有事实上的必要性和通常性 ,还必须经过规范和价值层面判断的进一步检验。^{②0}由此可知 ,在事实与价值的二元对立中 ,行为无价值论者所提倡的规范 ,其实质是共同体成员的一般价值观 ,对规范违反的判断不可避免地要侧重于根据历史积淀而形成的社会一般观念所进行的价值判断。

但是 ,在结果无价值论者看来 ,法益侵害结果却更多地是一个事实判断 ,其可以通过对结果的具体把握而获得完整的直观形式。例如 ,在故意杀人罪之中 ,造成他人死亡的结果就是法益侵害结果 ,这一具体化结果相信在任何人都看来都会得出相同的评价结论 ,对该结果的判断 ,也只能是一个事实判断。正是在这个意义上 ,结果无价值论所倡导的入罪审查机制是从一个事实上的危害结果出发 ,追溯行为以及行为人的过程 ,即“将一部记录片倒过来看 ,从结尾来回逆所发生的事件的全过程”。^{②1}正是结果无价值论的这一特点 ,使得其在很多具体问题上 ,保持着注重从事实层面进行研究的理论范式。

其次 ,结果无价值论坚持违法判断对象的客观性 ,二元的行为无价值论则坚持违法判断标准的

^{①7} 张明楷译 :《日本刑法典》(第 2 版) ,法律出版社 2006 年版 ,第 1 版译者序 ,第 3 页。

^{①8} 参见周光权 :《刑法总论》(第 2 版) ,中国人民大学出版社 2011 年版 ,第 25-26 页。

^{①9} 参见张明楷 :《刑法学》(第 4 版) ,法律出版社 2011 年版 ,第 111 页。

^{②0} 参见陈璇 :《社会相当性的源流、概念和基础》 ,载陈兴良主编 :《刑事法评论》(第 27 卷) ,北京大学出版社 2010 年版 ,第 257-259 页。

^{②1} 黎宏 :《行为无价值论与结果无价值论 :现状与展望》 ,《法学评论》2005 年第 6 期。

客观性,两者之间的本质对立,在于对“客观”的不同理解。行为无价值论与结果无价值论的对立,是客观违法论中的对立,在此基础上,可以说两者都试图维持“违法是客观的、责任是主观的”这一基本教义学原理。但是,一个完整的法学判断必须包含判断(评价)对象以及判断(评价)标准。就结果无价值论而言,因为违法的实质是对评价规范的违反,而评价规范又是对客观结果的评价,故在违法之中,其评价对象始终是客观的结果。^②与此不同,行为无价值论认为,违法是对行为的否定评价,而对行为的定性,显然要根据具体操控人行为的主观思想而定。例如,医生给妇女做妇科检查的行为是否是猥亵行为,要看医生是否具有猥亵倾向。如此一来,在违法之中,就同时存在着评价规范(对行为所引起结果的评价)与意思决定规范(“必须做什么”、“不做什么”)。违法是对评价规范以及指向所有一般人的意思决定规范的违反,责任是对指向具体个人的意思决定规范的违反。^③这被称为“新客观违法论”。按照新客观违法论,故意与过失由于与意思决定规范有关而成为主观的违法要素,违法的评价对象势必包含与人思想有关的主观要素。^④由此可知,行为无价值论所提倡“违法是客观的”教义学原理中的“客观”,就并非判断对象的客观,而仅仅是判断标准(一般人)的客观。

最后,由于对违法实质、违法中判断对象的不同理解,结果无价值理论、行为无价值理论在对待具体问题上的态度势必不同。实质上,行为无价值论、结果无价值论今日对立最为激烈的,在于既遂犯中的故意、正当防卫中的防卫认识是否是主观违法要素这两个问题。

其一,行为无价值论将既遂犯中故意的体系地位定位于违法之中,但结果无价值论将其定位于责任之中。^⑤虽然结果无价值论者对未遂犯中的故意是否属于主观违法要素存在争议,^⑥但是,毫无疑问,结果无价值论者毫无例外地认为既遂犯中的故意属于责任要素。行为无价值论者则认为,无论是未遂的故意,还是既遂的故意,都应当是主观的违法要素。那是因为,违法的实质是规范违反,“故意行为和过失行为在违法性上的差异是显而易见的,具有杀意的行为对禁止规范的违反程度,远远重于因为对死亡结果的引起不注意而造成损害的场合”。^⑦也就是说,故意与过失违反的是不同的行为规范,“故意犯罪违背的是即便在日常生活中不时刻提醒我们,我们大家也都明白的规范,但是,过失犯罪违背的是需要提请大家注意的从生活经验中归纳而来的规范”。^⑧

其二,行为无价值论者将防卫认识作为主观违法要素,从而否认偶然防卫属于正当防卫,但彻底的结果无价值论者肯定偶然防卫属于正当防卫。例如,甲以杀人的故意向乙开枪,但当时乙正准备枪杀丙,甲最终以杀人的故意打伤或打死了乙,造成了丙得救的正当防卫结果。对此,行为无价值论者认为:“防卫人对侵害人实施的急迫、不正当行为有所认识,然后出于防卫的意思进行反击的,才能成立正当防卫行为,从而否定偶然防卫的存在。虽然‘防卫人’杀死的也是一个罪犯,该结果法律并不反对,可以认定其不具有故意杀人罪既遂的结果无价值,但有未遂的结果无价值……至少会得出偶然

② 同前注①,张明楷书,第112页。

③ 同前注①,周光权书,第109-110页。

④ 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),中国人民大学出版社2008年版,第216-217页。

⑤ 行为无价值论者将既遂犯中的故意、过失看作主观违法要素,这会导致意外事件因不具有故意、过失而不违法的结论。如此一来,对于意外事件,自然不存在正当防卫的余地。例如,在漆黑的雨夜,某人正要开车压过农民晒于公路上的稻草之际,即便稻草下睡着一位流浪汉,也不允许第三人做出为了拯救流浪汉生命的正当防卫行为。相反,结果无价值论者认为,对于意外事件完全可以进行正当防卫,因为意外事件也能够侵害到法益。

⑥ 平野龙一与山口厚认为,既遂犯中的故意是责任要素,但是,未遂犯中的故意是主观违法要素,参见[日]平野龙一:《刑法总论·》,有斐阁1975年版,第314页;[日]山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第96页。但是,西田典之不分既遂犯与未遂犯,一律将故意视作责任要素,参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民公安大学出版社2007年版,第164-165页。

⑦ 同前注①,周光权书,第108页。

⑧ [日]西原春夫:《刑法总论·改订版》(上卷),成文堂1989年版,第176页。

防卫人成立犯罪未遂的结论。”^②这一逻辑的核心在于,认识到不法侵害事实的防卫认识是影响到违法与否的主观违法要素,不具有防卫认识的行为,本质上是违反“不得杀人”这一行为规范的“无价值”行为。但是,在“行为——结果”的二元结构中,如果坚持对结果的判断,则偶然防卫显然因为造成了正当防卫的结果而完全能够成立正当防卫,如张明楷教授便明确指出,偶然防卫属于正当防卫,对偶然防卫不能再进行正当防卫。^③

行为无价值论、结果无价值论的分歧在于:行为无价值论在违法中的评价对象,归根结底是行为,注重的是行为对规范的违反性;结果无价值论在违法中的评价对象是结果,注重的是有无法益侵害的事实。正是评价对象的不同,引申出两者最大的对立所在——如何看待人的主观思想。如果违法评价的是行为,就会导致控制人行为的主观思想(故意、目的、动机)能够影响到违法性有无与大小的逻辑结论,这显然是在原则上承认了主观违法要素的存在。如果违法评价的是结果,就会导致违法与否与人的主观思想无关的逻辑结论,这显然在原则上否定了主观违法要素。

二、行为无价值论、结果无价值论实质违法性层面哲学根基正本清源

张明楷教授首次正式将行为无价值论、结果无价值论的实质违法观分别与规则功利主义、行为功利主义挂钩。^④在将两者都划入功利主义的范畴后,其进一步分析是:“结果无价值论采取的是法益衡量的立场,因而属于行为功利主义;二元论不是直接进行法益衡量,而是根据行为是否违反了保护法益所需要遵守的规则来判断,因而属于规则功利主义。”^⑤但是,这一观点值得商榷。应当说,行为无价值论在违法性层面上的道德哲学根基是道义论,而非作为后果论的规则功利主义;结果无价值论在违法性层面上的道德哲学根基,是行为功利主义,但兼顾规则功利主义。

(一)行为功利主义、规则功利主义简述及其异同

古典功利主义的开创者边沁认为:“自然把人类置于两位主公——快乐和痛苦——的主宰之下。只有它们才指示我们应当干什么,决定我们将要干什么。”^⑥在这一前提下,边沁提出了功利原理:“功利原理是指这样的原理:它按照看来势必增大或减小利益有关者之幸福的倾向,亦即促进或妨碍此种幸福的倾向,来赞成或非难任何一项行动。”^⑦这便是著名的“最大多数人的最大幸福”原理。该原理标志着,功利主义从诞生之日起,就以行为所产生的效益或者说后果(最大幸福)作为衡量行为善恶的标准,从而属于后果论的范畴。与边沁将所有快乐都看作具有同等价值这一点不同,功利主义者穆勒认为,快乐之间不仅有量的区别,也有着质的不同,即“做一个不满足的人胜于做一只满足的猪;做不满足的苏格拉底胜于做一个满足的傻瓜,如果那个傻瓜或猪有不同的看法,那是因为他们只知道自己那个方面的问题”。^⑧穆勒的功利主义思想实质上只是在快乐“量”的算计之上加入了“质”的考虑,修正了计算快乐的方式而已。

到 20 世纪初,伴随着古典功利主义向现代功利主义思想的转型,功利主义内部出现了两种看似对立的理论——行为功利主义与规则功利主义。前者以澳大利亚哲学家 J.J.C.Smart(斯马特)为代表,其认为:“行动功利主义是这样一种观点,它仅根据行动所产生的好或坏的整个效果,即根据该行

② 同前注⑬,周光权书,第 147 页。

③ 参见张明楷:《论偶然防卫》,《清华法学》2012 年第 1 期。

④ 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。

⑤ 同前注②,张明楷文。

⑥ [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆 2000 年版,第 57 页。

⑦ 同上注,边沁书,第 58 页。

⑧ [英]约翰·穆勒:《功利主义》,徐大建译,上海世纪出版集团 2008 年版,第 7 页。

动对全人类的福利产生的效果,来判断行动的正确或错误。”^{③⑥}规则功利主义以美国伦理学家 R.B. Brant(布兰特)为代表,他认为,一个行为在道德上的正确与否应当根据遵循一套规则所带来的好坏决定,每一个人都应当遵循能够给一切相关者带来好处的规则行事。^{③⑦}

行为功利主义与规则功利主义的最大的不同,实际上只在于计算功利的标准不同。规则功利主义注重的是符合规则的“类”行为所生的长远性效果,而行为功利主义注重的是具体行为一时一景的当下效果。也就是说,规则功利主义将计算功利的标准诉诸于规则,希望通过对规则的遵守来给大多数人带来长远的效益。在规则功利主义者看来,“把人们的道德行为交给个人自行处理,不提供任何指导,不努力建立某种社会安定和道德秩序,就像行为功利主义者倡导的那样,听凭个人偶然性的当场决定,——这是愚蠢的和危险的”。^{③⑧}但是,行为功利主义则将计算功利的标准定位于具体的个人,希望通过理性人的算计,来达到最多的效益。对于行为功利主义者而言,不可能有什么不能杀人、偷窃,不得说谎等等的绝对规则,因为每一种境遇都是不同的,所有的人都是不同的。^{③⑨}由此可知,两者之间计算方式的差异源自于如何看待“规则”与“理性人”这一对矛盾。规则功利主义者相信适用于一切人的普遍规则而不信任理性人在具体境遇下的抉择,行为功利主义者则否定规则的普遍存在而更为相信理性人在具体境遇下的算计。

行为功利主义与规则功利主义在本质上并无区别。因为,行为功利主义与规则功利主义都坚守着“最大多数人的最大幸福”的功利原理,两者都旨在增进社会之中的“最大幸福”(整体效益)。行为功利主义最为忠实地传承了边沁的古典功利主义思想,这一点无须多言。实质上,规则功利主义也未脱离古典功利主义的思想框架。例如,规则功利主义者认为,“即便遵循普遍规则(例如‘说真话’)会带来不好的结果,这一规则也是应当遵循的,因为这样做维护了道德规则,归根结底会给大家带来更大的好处”。^{④①}例如,统一遵守交通规则能够带来平稳的交通秩序,有利于我们出行,但汽车到底是靠右行驶还是靠左行驶却是无所谓的。正因为对效益的追求,在有些情况下,规则功利主义者也会以“原则——例外”的方式对规则做出修正。正因为两者都属于以后果判断行为善恶的后果论伦理学范畴,英国哲学家黑尔(Richard Mervyn Hare)才能够在将道德思维分为直觉思维层面、批判思维层面、元伦理学层面的基础上,将直觉思维层面上所形成的直觉原则看作规则功利主义,将在道德冲突中所形成的具体行为选择看作行为功利主义,继而在直觉思维、批判思维两个层面上,将两者统一起来。^{④②}倘若两者本质相斥,两者自然无法得到统一。

(二)行为无价值论的实质违法观以道义论为哲学根基

一般预防思想、特殊预防思想都处于功利主义的大范畴之下。但是,与此不同,行为无价值、结果无价值显然并不处于同一个范畴下。如上所述,在“行为——结果”的二元结构下,行为无价值属于注重行为具备正当性与否的道义论范畴,而结果无价值属于注重结果好坏与否的功利主义范畴。将行为功利主义、规则功利主义两个同一范畴下的伦理学思想,分别与在本质上相异的行为无价值论、结果无价值论挂钩,这一理论连锁,对于功利主义思想而言,无疑是突破了刑罚预防论的视角,而将视角错误地延伸至行为无价值论,对于道义论而言,无疑是先验地将其排除在外,仅将视角单纯锁定于

^{③⑥} [澳]J.J.C.斯马特、[英]B.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,第4页。

^{③⑦} 参见余涌:《布兰特的道德权利理论》,《现代哲学》2000年第1期。

^{③⑧} [美]雅克·蒂洛、基思·克拉斯曼:《伦理学与生活》(第9版),程立显、刘建等译,世界图书出版公司、后浪出版公司2008年版,第42页。

^{③⑨} 同上注,雅克·蒂洛、基思·克拉斯曼书,第40页。

^{④①} 朱柏庭:《伦理学小辞典》,上海辞书出版社2004年版,第402页。

^{④②} 吴映平:《黑尔之功利主义观评述——超越行为功利主义与规则功利主义之争》,《武汉理工大学学报(社会科学版)》2008年第21卷第2期。

功利主义内部来探讨问题。

首先,在违法性层面,偶然防卫是检验刑法基本立场的试金石,二元的行为无价值论在偶然防卫上体现出强烈的主观主义倾向,偏向了一元的行为无价值论。如上所述,在偶然防卫之中,如果评价结果,则由于偶然防卫造成了正当防卫的结果,而应肯定其成立正当防卫;如果评价行为,则偶然防卫由于具备杀人故意,违背了“不得杀人”的行为规范,而应当成立犯罪。就罚与不罚偶然防卫这一对矛盾之间,不存在折中的理论空间。

肯定偶然防卫成立未遂犯的二元的行为无价值论(具备行为无价值但不具备结果无价值),其最终处罚偶然防卫行为的根据是行为人主观上的杀人故意。因为,在行为无价值论者看来,虽然偶然防卫造成了正当防卫的结果,但由于行为是出于杀人的故意而实施,违背了“不得杀人”的规范,故而,能够肯定其行为的负价值。这一逻辑显然是根据杀人的故意而处罚偶然防卫行为。就这一点而言,二元的行为无价值论与主观主义只有一纸之隔。正如张明楷教授所言:“行为无价值论在偶然防卫问题上的主观主义立场相当明显。例如,丙1与丙2共同实施暴力抢劫丁的财物时,如若甲知道真相对丙1实施暴力,乙不知道真相对丙2实施暴力,按行为无价值论的观点,甲的行为是正当防卫,乙的行为是犯罪未遂。可是,客观上完全一样的行为,只是因为主观上是否知道真相,而成为是否构成犯罪的界限。将防卫人有犯罪意识和无防卫意识,作为未遂犯的行为无价值的根据,充分说明行为无价值论不过是心情无价值而已,与主观主义只有一纸之隔,甚至没有差异。”^{④2}正是基于这个原因,平野龙一教授也认为,二元的行为无价值论“与主观违法论的区别,只有一纸之隔”。^{④3}

实际上,二元的行为无价值论者所秉承的即便在不具有结果无价值之际也仍然能够以偶然防卫行为具备行为无价值为由而将其以未遂犯处罚的理念,早已违背了二元的行为无价值论者所认为的违法是违背了旨在保护法益的行为规范的基本立场。可以说,二元的行为无价值论“在行为无价值和结果无价值发生冲突的场合,违背其出发点,自觉或者不自觉地偏向了行为无价值的一方,而将结果无价值作为一个点缀”。^{④4}

需要补充的是,近年来的行为无价值论者也往往肯定偶然防卫中存在未遂的结果无价值,因为“偶然防卫是行为人在犯罪故意支配下实施的,这样的行为如果换一个时间、地点重演,就会发生法益侵害结果”。^{④5}但是,在判断某个行为有无危险之际,判断的是一个存在于具体时空的现实行为而并非假设行为。既然如此,在判断具体行为有无引起结果发生的危险之际,就需要综合考虑当时客观存在的全部事实进行判断。在乙就要杀丙,而甲抱着杀人的故意杀死乙的案例中,既然乙正准备杀丙是客观存在的事实,就必须将其纳入到判断对象之中。这样一来,我们判断的就是“甲向正在准备杀丙的乙射击”这一案件事实,毫无疑问,甲的行为只可能造成丙被救的防卫后果,不可能造成无辜的人被杀的危险。无论怎样,站在事后判断偶然防卫的结果,其结果都属于有价值的正当防卫结果,认为偶然防卫具备未遂的结果无价值的观点是对结果无价值理论的曲解。

其次,对行为本身的否定评价(行为无价值)对应着道义论的伦理学思想。

其一,对结果的评价对应着后果论的范畴,对行为本身的评价,则属于道义论的范畴。道义论也称义务论、非后果论,目的论也称功利论、后果论。两者的形式区别在于,后果论者认为“实施某个行为的道德理由是后果主义的,当且仅当这一理由只取决于实施或不实施这一行为的后果。例如,不袭

④2 同前注③,张明楷文。

④3 同前注④,平野龙一书,第51页。

④4 黎宏:《行为无价值论批判》,《中国法学》2006年第2期。

④5 同前注③,张明楷文。

击某人的道德理由是“这样做会伤害到他”^{④⑥}与此相反,认为做某个行为的道德理由是非后果主义的,当且仅当这一理由至少部分取决于这一行为所具有的某个独立于行为后果的性质时,就是道义论者。例如,某些道德论者断言,一个行为是谎言这一性质提供了一个不说谎的道德理由。^{④⑦}两者的实质不同,在于道义论关注行为本身的“正当性”,后果论关注行为是否能够带来“善”(good)的后果。^{④⑧}

根据上述对行为无价值论与结果无价值论的对立点分析可知,在“行为——结果”的二元结构中,行为无价值论的评价对象是“行为”本身,而结果无价值论的评价对象是“结果”。结合道义论重视行为本身,而后果论重视效益这一点。就此,我们完全可以做出以下理论对应:对行为的评价(行为无价值)与道义论相联系,其评价标准是“正当性”(社会相当性),对结果的评价(结果无价值)与后果论相联系,其评价标准是“善”(有无侵害法益,包含有无保护了更为优越的法益),正是评价对象与标准的不同,形成了后果论与道义论两个不同的理论范畴。就道义论者所言的正当而言,西季威克说道:“在把行为视为‘正当的’这一认识之中包含着一种履行这一行为的所有权威的规定。”^{④⑨}这一权威规定,就是道义论的系统论述者康德所说的三大大道德律令,即普遍行为法则(只按照你同时认为也能成为普遍规律的准则去行动)、人是目的(永远把人作为目的而非手段)、意志自律(人为自然界立法)。

按照道义论中的普遍行为法则,偶然防卫因为具有杀人故意,故而完全不具有正当性。根据康德所提出的普遍行为法则,我们实施行为时,应当首先问自己:“准许我实施行为的规则是什么?”其次要问:“这条规则能成为一切人普遍遵守的规则么?”如果某一个行为无法得以普遍化,就是不正当的。以道义论思想看待偶然防卫,偶然防卫无疑违背了“不得杀人”这一道德律令。因为,即便以杀人的故意所实施的行为能够带来“善”的后果(正当防卫的后果),但是,偶然防卫行为无法得以普遍化,故而该行为是不正当的。

其二,行为无价值理论不承认对生命的紧急避险可以阻却违法,这正是对人是目的的道德律令的贯彻。人是目的是指:“你的行动,要把你自己人身中的人性,和其他人身中的人性,在任何时候都看作是目的,永远不能只看作是手段。”^{⑤①}在紧急避险中,在保护法益与损伤法益具有同等价值的情况下,由于其是在对生命的紧急避险的场合,行为无价值论者坚决否认其违法性的阻却,但结果无价值论者却承认针对生命的紧急避险可以阻却违法。例如,结果无价值论者黎宏教授论述道:“紧急状况下,牺牲他人拯救自己的避险行为并不违法。确实,以牺牲他人为代价的紧急避险,是人类生活中最为残忍的场景之一,也是人性‘恶’的最极端体现,应当受到道德的强烈谴责。但是,道德谴责法律谴责并不是一回事。”^{⑤②}但行为无价值论者周光权教授说道:“因为任何个体的生命都具有最高价值,在任何情形下都不能作为达到他人目的的手段。理所当然地也不能成为维持他人生命的手段。牺牲他人的生命来保全自己的生命,已经超越了避险的限度要求,理应承担刑事责任。”^{⑤③}

由此可一目了然的是,如果承认对生命的紧急避险可以阻却违法,无疑是以被牺牲的人为手段,来达到拯救别人的目的,不论牺牲者与被拯救者在数量上是否相差悬殊,都无法掩盖该行为将人作为手段的性质。正是出于对人是目的这一律令的恪守,行为无价值论者才肯定对生命的紧急避险是违法的。

最后,将二元的行为无价值论与规则功利主义相挂钩的理论连锁,属于“误读”。

④⑥ 徐向东:《后果主义与义务论》,浙江大学出版社2011年版,第81页。

④⑦ 同上注,徐向东书,第81页。

④⑧ 龚群:《论道义论与功利论的一个根本区分:正当与善何者优先》,《道德与文明》2008年第1期。

④⑨ [英]亨利·西季威克:《伦理学方法》,廖申白译,中国社会科学出版社1993年版,第128页。

⑤① [德]伊曼努尔·康德:《道德形而上学原理》,上海人民出版社1986年版,第81页。

⑤② 黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第152页。

⑤③ 同前注⑤②,周光权书,第158页。

一是该“误读”来自于对后果论(功利主义/目的论)、非后果论(道义论)不同范畴的混淆。对行为本身的评价注重行为内在的正当性,其不可避免地与行为人的主观思想相联系,从而属于道义论的理论范畴;对行为后果的评价则注重行为的后果能否带来“最大多数人的最大幸福”,其不可避免地会以独立于人主观思想的结果“善恶”为评价标准,从而属于后果论的理论范畴。如上所述,行为无价值对应着道义论,结果无价值对应着后果论,当二元的行为无价值论在对待具体问题的态度上已经明显偏向一元的行为无价值,而将结果无价值仅仅作为点缀之际,我们显然应当认为,二元的行为无价值论,其本质仍然摆脱不了道义论的色彩,从而带着强烈的道义论印记。

实质上,如上所述,不论是行为功利主义还是规则功利主义,都属于后果论的理论范畴之列,两者只是计算幸福的标准不同而已。如行为功利主义者对偶然防卫的计算方式是以个人为标准,当某个人在具体情境中实施偶然防卫能够得到好的效果,偶然防卫就是被允许的。但规则功利主义考虑长远的效益,其认为,在“不得杀人,除非正当防卫”这一规则的指示下,如果偶然防卫是被允许的,从长远来看,则不利于维护“制度性的、整体性的、积累性的良好效果”。^{⑤③}如此一来,在规则功利主义者认同偶然防卫行为能够带来长期效益的前提下,规则功利主义完全有可能在“不得杀人、正当防卫除外”这一规则的基础上制定出补充规则,即“偶然防卫属于正当防卫”。

实际上,宣布偶然防卫无罪,只会带来长远的效益,而不会带来负面作用。“因为刑事判决宣布偶然防卫不违法,既保护了偶然防卫者的法益,也不会导致有人在故意杀人时期待自己的行为产生偶然防卫的效果。亦即,当乙偶然防卫致人死亡但被法院宣告无罪时,其他人是无法模仿偶然防卫的。倘若真的有人因为偶然防卫不违法,就长时期跟踪自己的仇人,打算乘仇人杀人时将仇人杀死,则他的行为已经是具有防卫意识的正当防卫了,同样不违法。”^{⑤④}如此一来,根据规则功利主义的一贯逻辑,其完全有可能将偶然防卫纳入到正当防卫的范畴。但是根据道义论的逻辑,具有杀人故意的偶然防卫行为因不具有正当性而无论如何都不可能合法化。

至此,一个十分明显的“误读”已经呼之欲出,即将二元的行为无价值论于实质违法性处的哲学根基诉诸于规则功利主义的结论,显然将原本属于道义论范畴下的行为无价值论,错误地划入属于后果论的规则功利主义的范畴下,犯了混淆后果论、道义论这两个不同理论范畴的错误。另外,在此必须要加以明确的是,规则功利主义绝对不会倒向道义论的范畴。张明楷教授认为:“如果规则功利主义者强调,经验证明违反某些规则通常造成法益侵害时,人们就无论如何都必须遵守这些规则,便成为义务论者。”^{⑤⑤}但是根据上述对规则功利主义思想的分析,规则功利主义者根本不承认绝对规则的存在,反倒是承认“原则——例外”的规则模式,这表明,规则功利主义只能够倒向行为功利主义而不会倒向与其对立的道义论范畴。

二是该“误读”来自于对考察问题视角的偏离。对行为、规则功利主义做一知识考证可知,两种思想首次由陈兴良、邱兴隆两位教授引入刑法学之中。两位教授于《中国社会科学》1987年第4期上发表的《罪刑关系论》一文中,将预防论的哲学基础定位为功利主义,并将一般预防思想与规则功利主义相挂钩,将特殊预防思想与行为功利主义相挂钩,并对其做了具体论述。^{⑤⑥}应当说,刑罚的目的兼有惩罚与预防两者,而预防思想本身就始于功利主义。例如,就刑罚的目的,边沁论述道:“惩罚的首要目的是防止发生类似的犯罪。过去发生的毕竟只有一个行为,未来则无可限量。已经实施的犯罪仅涉及某一个人,类似的犯罪将可能影响整个社会。在许多案件中,虽然不可能矫正已经实施的罪恶,但

^{⑤③} 周详:《规则功利主义违法观之提倡——刑法学派之争视角的展开》,《清华法学》2013年第1期。

^{⑤④} 同前注^{⑤③},张明楷文。

^{⑤⑤} 同前注^{⑤④},张明楷书,第115-116页。

^{⑤⑥} 参见陈兴良、邱兴隆:《罪刑关系论》,《中国社会科学》1987年第4期。

有可能消除其再犯的意图。尽管犯罪能获得很大的快乐,但是,惩罚所造成的痛苦超过实施犯罪获得的快乐。”^{⑤7}推衍边沁的预防思想可知,一般预防旨在通过遵守刑罚法则来达到抑制想犯罪的人不犯罪的效果,从而最大限度地保障社会安定,故而,其完全体现了规则功利主义从长远出发算计效益的思想,特殊预防则旨在通过对犯罪人的具体惩罚来达到具体个人不再次犯罪的效果。因为在具体案件中,不同犯罪人悔罪态度、人身危险性的不同,刑罚也必然不同,故而,特殊预防完全符合行为功利主义在具体情境中具体算计效益的思想。两位教授所做的上述理论对应完全能够成立。

(三)结果无价值论的实质违法观以行为功利主义为原则并兼顾规则功利主义

结果无价值论在保护法益大于或者等于侵害法益的紧急避险中,表现出强烈的行为功利主义倾向,但在正当防卫的正当化根据方面,则体现出以行为功利主义为原则兼顾规则功利主义的倾向。因对生命进行量化比较是最能体现功利主义思想之处,故以下就围绕着这方面展开。

首先,结果无价值论承认对生命的紧急避险可以阻却违法,并且在生命之间进行量化比较,这体现出了强烈的行为功利主义思想。行为功利主义者完全可以按照如下的故事来行事:“山姆是个基本正常,颇难形容但‘很不错’的人。他去医院看望年老卧病的姨妈。他去医院探病的时候,医院里刚好有五个急症病人。一个需要移植肝,一个需要移植脾,一个需要移植肺,一个需要移植心,还有一个需要移植肾。这五个病人都是极其重要、备受爱戴的人物,他们的死会给很多人带来极大的悲痛和确实身体上的不适。而另一方面,山姆的死却不会令任何人感到悲伤。医院高级管理层人员都是不折不扣的功利主义者,他们把山姆诱进手术室,移走他身上所有的重要器官,将这些器官分配给那些有需要的病人。他们就是如此按照功利性的原则,即最大多数人的最大幸福(刻板地)做事的。”^{⑤8}这在刑法的视野中,这实际上是一个紧急避险的例子。在该例子所给的条件限制下,按照行为功利主义的逻辑,杀一救五的行为无疑是被允许的。结果无价值论者西田典之教授也毫不掩饰地说道:“如果确实没有其他救命手段,也有认定该医师的行为属于紧急避险的余地,只是这种以杀人为唯一手段的情况(补充性)99.9%并不存在。”^{⑤9}

在我国,黎宏教授认为,在对生命紧急避险的场合,“所有的人格在法律面前一律平等地受到保护,仅仅从质上无法分出高下,而只能从量上区分其保护的必要性,从此立场上讲,为了拯救多数人的生命而牺牲少数人的生命,也不是不可以考虑”。^{⑥0}张明楷教授也认为,在牺牲一个人的生命保护其他人生命的场合下,原则上可以肯定违法性,但是,“在何种情况下,以牺牲他人对生命的方法保护更多生命的行为,也可能阻却违法?本书的初步看法是,在被牺牲者已经特定化,而且必然牺牲,客观上也不可能行使防卫权时,略微提前牺牲该特定人以保护更多人生命的,可以认定为违法阻却事由”。^{⑥1}这无疑贯彻了行为功利主义在具体情境下通过理性人的算计来追求“最大多数人最大幸福”的原理,是忠实于行为功利主义原理的刑法解释。

其次,在正当防卫的正当化根据处,结果无价值论者以行为功利主义为原则,但兼顾了规则功利主义。行为无价值论者往往将违法阻却事由的根据诉诸于社会相当性。例如,行为无价值论者周光权教授认为:“行为虽然侵害了法益,但在社会相当性的范围内,认为该行为在社会伦理上可以容忍,就不是违法行为,从而阻却违法,排除其犯罪性。”^{⑥2}福田平教授也认为,只有偏离社会相当性的法益侵

^{⑤7} [英]边沁:《立法理论——刑法典原理》,孙力等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第26页。

^{⑤8} [美]唐纳德·帕尔玛:《西方哲学导论》,杨洋、曹洪祥译,上海社会科学院出版社2009年版,第273页。

^{⑤9} [日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第109页。

^{⑥0} 黎宏:《紧急避险法律性质研究》,《清华法学》2007年第1期。

^{⑥1} 同前注^{⑤9},张明楷书,第210-211页。

^{⑥2} 同前注^{⑥1},周光权书,第141页。

害才是违法的,相反,具有社会相当性的行为,即便侵害了法益,也是合法的,故而社会相当性才是阻却违法的统一原理。^{⑥3}但是,结果无价值论者持优越利益说,即“正当防卫之所以不具有社会危害性,是因为和加害者的利益相比,防卫者的利益受到更高的评价”。^{⑥4}一般认为,生命大于健康且大于财产,在生命与健康、生命与财产、健康与财产的法益衡量之间,利益的天平倾向于前者自无疑问。但是,问题在于,在某些条件下,当所损害利益大于或者等于所保护利益之际,为何也能够成立正当防卫?例如妇女为了保护自己的性自主决定权,可以杀死强奸者。结果无价值论者在此援引了法律确认的利益,来回答这一问题。法律确认的利益,“是指法律所确认的、现实存在的利益,它以‘正没有必要向不正让步’的见解为基础”。^{⑥5}也就是说,遭受不法侵害的不仅仅是法益,“还有就是确证现实上存在着法律这样一种利益(法为了保护个人的法益而作为客观的生活秩序存在),即法确证的利益”。^{⑥6}具体而言,结果无价值论者对以上问题如此回答:之所以妇女为了保护自己的性自主决定权而可以杀死强奸者,是因为强奸者的利益受到了缩小评价,而之所以不法侵害人的利益受到了缩小评价,是因为被侵害人没有回避、退让的义务,因为一旦回避,被侵害人的正当利益就无法得到保护,根据“正没有必要向不正让步”的原理,对于不法侵害,必须承认“正当的利益”的优位性。^{⑥7}如此一来,就得出了不法侵害人“利益的保护价值在防卫限度内被否认”的结论。^{⑥8}

由以上分析可知,在所损害法益大于或者等于所保护法益的场合,结果无价值论者并非仅仅进行静态的法益衡量,而是在天平一端加上了“法律确证的利益”这一砝码,即通过正当防卫行为对“正没有必要向不正让步”这一规则的践行来确证该规则的存在,继而取得让想犯罪的人不敢犯罪的长远整体效益。在妇女保护性的自主决定权而杀死强奸犯之际,并非性的自主决定权大于生命,而是性的自主决定权加法律确证的利益(遵守规则带来的长远利益)大于生命。如此一来,我们就可以得出如下结论,即结果无价值论者对法确证的利益的考虑,实际上已经将遵守规则所带来的长远效益计算在内了。显然,在具体防卫行为所保护的利益与损害利益之间所进行的衡量体现着行为功利主义在具体情景中衡量效益的思想,而通过确证法律存在以求带来抑制犯罪的社会效果体现着规则功利主义通过遵守规则以期获取长远效益的思考方式。如此一来,不得不说结果无价值论在正当防卫的正当化根据处,以行为功利主义为原则,但兼顾了规则功利主义。将结果无价值论的实质违法观仅与行为功利主义相挂钩,有失全面。

三、行为无价值论、结果无价值论犯罪成立体系差异背后的哲学根基探寻

在犯罪成立体系的层面上,行为无价值理论、结果无价值理论的体系性差异差异在于,行为无价值论者将故意作为主观违法要素,结果无价值论者则将故意作为责任要素背后所体现出的哲学思想。由于大陆法系犯罪成立体系的起源与变迁都以德国为主臬,且日本刑法理论又师法德国,再加上我国犯罪成立体系在理论上已深度回归大陆法系,此处对哲学根基的探求,以德国犯罪成立体系为蓝本。

(一)结果无价值论的体系性哲学根基是新康德主义

首先,伴随着时代的发展,以实证主义哲学观为根基的贝林(E·Beling)—李斯特(Franz von Liszt)古典犯罪成立体系出现了种种问题从而难以为继。在19世纪后半期,实证主义思想在德国占支配地

^{⑥3} 参见[日]福田平:《日本刑法精义》(第2版),法律出版社2008年版,第128页。

^{⑥4} 同前注^{⑥1}黎宏书,第127页。

^{⑥5} 黎宏:《日本刑法精义》(第2版),法律出版社2008年版,第158页。

^{⑥6} [日]山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第112页。

^{⑥7} 同上注,山口厚书,第113-114页。

^{⑥8} 同前注^{⑥9}张明楷书,第190页。

位。这一法学派的特征是,区别“实际上是这样的法”和“应当是这样的法”,即区别实在法与正义法或理想法,它申明自己只研究实在法,着重分析实在法的结构和概念。这里所称的实在法,就是国家制定的法。实证主义思潮表现在刑法思想之中,便是催生了被人称为古典犯罪成立体系的贝林—李斯特体系。“Franz von Liszt 于 1893 年以其著名的一句话表达了古典主义的立场:刑法是刑事政策不可超越之界限。对于 Liszt 而言,认为刑法解释学之体系建构与刑事政策之目的行为互相对立之背景乃系法律实证主义(Gesetzespositivismus),其相信立法者已经做出所有的决定。”^⑥由此可知,古典主义的核心思想在于对法官自由擅断的防止,认为法官只能严格遵守立法进行裁决。这势必造成在犯罪成立体系中,古典主义者对法官所作价值判断空间的剥夺。例如,在贝林—李斯特体系中,行为就是有意的身体动作,“法定构成要件是犯罪类型先行存在的指导形象(vorgelagertes Leitbild)”,^⑦这一指导形象是客观的、价值中立的,违法性是对实证法律的冲突与对立状态,基于罪刑法定原则,违法阻却事由不可以借由价值上的思考而任意去创造,这种违法性只是形式违法性。^⑧

然而,基于实证主义立场的古典犯罪成立体系随后出现了种种问题,从而难以为继。问题之一在于,这种犯罪成立体系割裂了构成要件符合性与违法性之间的联系,既然对违法阻却事由的判断是一个消极判断,那么符合构成要件至少就表征着一定的违法性,但是,“作为一种记叙的、价值中立的行为定型,构成要件又如何能够表征带有强烈价值非难的违法性判断呢?贝林无法做出进一步回答”。^⑨问题之二在于,客观记叙、价值中立的构成要件符合性导致了犯罪审查过程的主观化。正如 Bernd Schünemann(许迺曼)教授所言:“根据此种刑法自然主义,所有法律条文未予以规范的问题都被视为经验问题,例如,结果归责的规范性问题被化约为因果关系的经验问题,甚而变成一种因果一元论,这种因果一元论以一种一致但却荒谬的方式将所有事实上在客观层面上无法解决问题转移至主观层面并导致许多主观理论之提出。”^⑩例如,在区分正犯与教唆犯、帮助犯之际,根据实证主义所推出的因果一元论,由于所有条件在经验上都是等价的,正犯与共犯的区别只能是采取以行为人有无正犯意思为标准的主观说。再如,按照古典犯罪成立体系所采取的条件说,在短裙女孩儿因风吹起短裙,继而引来路旁骑摩托车男子观看而不慎撞树死亡的案件中,古典犯罪成立体系完全能够得出女孩的行为符合构成要件并且欠缺违法阻却事由,只是不具有罪责的结论。显然,把在构成要件阶段就可排除的事情后移至罪责中,这导致犯罪审查机制的主观化、滞后化。^⑪

其次,伴随着新康德主义哲学的兴起,新康德主义法学应运而生,而对新康德主义法学思想贡献最大的,莫过于德国学者 Gustav Radbruch(拉德布鲁赫)。新康德主义哲学是于 19 世纪中期黑格尔学派在德国解体后形成的,19 世纪 70 年代以后广泛流行的,具有超越传统形而上学倾向的哲学流派。^⑫进入 20 世纪初期,德国学者拉德布鲁赫在继受新康德主义哲学思想的基础上,完整而系统地创立了其自身的新康德主义法学思想。其思想特征之一是在对法律整体的看法上,拉德布鲁赫吸取了新康德主义哲学对价值层级的划分,认为“法律只有在涉及价值的立场框架中才可能被理解。法律是一种文化现象,也就是说,是一种涉及价值的事物”。^⑬这样便将法律放于文化现象之中看待,认为

^⑥ [德]许迺曼:《刑法体系与刑事政策》,王效文译,载许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,新学林出版股份有限公司 2006 年版,第 41 页。

^⑦ [德]恩施特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,中国人民公安大学出版社 2006 年版,第 27 页。

^⑧ 参见林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》(增订 3 版),中国人民大学出版社 2009 年版,第 20 页。

^⑨ 杜宇:《合分之道:构成要件与违法性阶层的关系》,《中外法学》2011 年第 4 期。

^⑩ 同前注^⑥,许迺曼文,载许玉秀、陈志辉编书,第 42-43 页。

^⑪ 同前注^⑦,林东茂书,第 20 页。

^⑫ 参见黄忏华:《西洋哲学史纲》,东方出版社 2007 年版,第 337-358 页。

^⑬ [德]G·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社 2005 年版,第 4 页、第 9 页。

法律体系便是价值评判的体系。其特征之二是在方法论上,拉德布鲁赫主要吸取了康德及新康德主义学者所作的二元论划分,即对“实然”(存在/事实)与“应然”(当为/价值)的划分,并且认为从实然之中无法推导出应然,两者是相互独立的体系。其口号是:“应然定理不能运用归纳法从实然事实(Seinstatsachen)中得以证明,而只能运用演绎法从另外一些应然定理中推导出来。”^⑦其特征之三是拉德布鲁赫的二元主义观点导致了一种相对主义。“相对主义也是拉德布鲁赫法哲学的一个特点,他认为,有关应然的命题只能建立在其他有关应然命题的基础上或由其他有关应然的命题所证明或赋予理由。这样,最终的关于应然的命题是无法被证明的,只能被承认,这与公理是不能被证明的道理相同。”^⑧本来,相对主义本是避免对最终价值判断的虚无而提出的,即不存在最高价值与最终评判标准,不同的文化共同体完全可以就价值好坏做出不同的评判,可是,这种相对主义却陷入了另一种虚无。因为,“对于相对论来说,理性的理论也就在这里终止不前了:因此,一种价值总是只能相对地适用——对于人、民族和决定采纳这种价值的时代适用”。^⑨

最后,由麦耶(Max Ernst Mayer)——麦兹格(Edmund Mezger)所倡导的新古典构成要件体系在规范、主观的构成要件处,以及超法规的违法阻却事由处,体现出强烈的价值判断色彩,从而带有新康德主义法学观的印记。

其一,新古典犯罪成立体系之所以不同于古典的构成要件,之所以称为“新”古典,就在于其没有采取价值无涉、纯客观的构成要件论,而是加入了规范的构成要件要素和主观违法要素,从而在犯罪审查体系中导入了价值。^⑩在刑法学之中,德国学者 August Hegler(黑格勒)与 M.E Mayer(麦耶)首先提出,在犯罪论中,存在一种并无客观事实与其对应的主观违法要素(subjektive Rechtswidrigkeitselemente; subjective Unrechtselemente)。因为并无客观事实与其对应,也可称为“主观的超过要素”。M.E Mayer 认为,在教师以对学生的父兄复仇为目的而惩罚学生之际,其行为的违法性是由该复仇目的所决定的。继而,Mezger 认为,除了目的犯中的目的,倾向犯中的内心倾向以及表现犯中行为人的心理经过或者状态也是主观违法要素。^⑪而规范的构成要件要素是需要通过价值判断加以确定的要素,例如,盗窃罪中的他人动产、诽谤罪中有害他人名誉的不实事实,其中“他人”、“不实”都是没有办法以感官感知的经验事实,而是规范世界中需要通过价值判断加以确定的要素。由于对主观不法要素、规范的构成要件要素的介绍与相关论述已经十分充足,此处不赘。笔者在此只是想补充道,正是因为新康德主义思想将法律把握为一种价值体系,规范才能够成为一种对客体的评价体系,而经验事实只不过是待价值评价的客体而已。既然如此,构成要件作为评价体系中的第一道标尺,就绝不可能是客观中立的,而该标尺也不可能是客观的,因为,作为评价的客体——犯罪行为,在存在论上本身就是主客观的统一体。

其二,新古典犯罪成立体系承认了超法规的违法阻却事由,这是该体系最为重要的特色。“超法律阻却违法事由,以‘社会损害性’为主导观念,以‘利多于害’的原则作为基础。借由社会损害性的价值思考,阻却违法事由可以不断被创造。”^⑫而作为超法规阻却事由的逻辑前提,便是实质违法性理论。例如, Mayer 将违法的实质理解为对历史形成的“文化规范”的违反,那么,在判断社会损害性之际,其判断标准就是某行为是否违反了特定的文化规范,损害了社会形成的历史价值观。既然“文

⑦ 同上注, G·拉德布鲁赫书,第 9 页。

⑧ 刘建伟:《新康德主义法学》,法律出版社 2007 年版,第 102 页。

⑨ [德]H·殷科:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社 2002 年版,第 56 页。

⑩ 参见蔡桂生:《德国刑法学中构成要件论的演变》,陈兴良主编:《刑事法评论》(第 31 卷),北京大学出版社 2012 年版,第 21 页。

⑪ 参见[日]大塚仁:《刑法概说·总论》(第 3 版),冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 306-307 页。

⑫ 同前注⑦,林东茂书,第 23 页。

化规范”是由历史形成的一套价值判断体系,那么 Mayer 所界定的实质违法性,必然摆脱不了价值有涉的一面。与 Mayer 不同的是,Mezger 将违法性的实质理解为“法益侵害”,在评价对象上,注重对客观结果的判断,这导致了结果无价值思想的形成。但是,麦兹格所提倡的“法益”,其在本质上终究是人类的一种价值观念,从而仍然摆脱不了价值干系。因为,“法益是由客观的法所认可的利益存在状态,即法所承认的、刑法所保护的客观的价值”。^⑧在判断某种利益是否有必要作为刑法所保护的“法益”之际,首先会由立法者做出价值判断,继而在适用法律之际,某行为是否保护了更为优越的利益(如正当防卫),抑或者根本没有侵犯到任何法益(作为超法规违法阻却事由的被害人承诺),则是由司法者具体操作的价值评判。在将价值判断全面引入实质违法性这一点上,无论是 Mayer 的“文化规范”还是 Mezger 的“法益”,都有异曲同工之妙。众所周知,Mezger 是结果无价值思想的前驱,那是因为,Mezger 所提倡的违法的本质是法益侵害的观点,以及“违法是客观的、责任是主观的”教义学原理,为结果无价值思想奠定了根基。值得注意的是,虽然 Mezger 在构成要件中发现了主观违法要素,但基本还停留在客观(外在)不法和主观(内在)罪责的思考模式,即行为的客观要素属于不法,主观要素属于罪责。违法性在这个时期的变化,只是除了检验有无法定的阻却事由外,还承认有超法规的阻却事由存在。^⑨

(二)行为无价值论的体系性哲学根基是存在主义

首先,新康德主义在二战后受到了德国思想界的反思,而 Welzel 的刑法学一元方法论思想就产生于反思之中。新康德主义之所以受到反思,与其所倡导的相对主义有关。根据价值相对主义,绝对的价值原则势必被否定,价值也会随着不同的民族地区、社会共同体以及时间而变化,评价某行为的现实圭臬,只能是实在法。正是对实在法的尊重,导致新康德主义被认为具有实证主义色彩的一面。但是,这在某种程度上造成了国家权力恣意设置价值评判体系的价值虚无主义。这种相对主义价值观,显然无法对纳粹思想予以充分的否定。相对主义面对强权暴政的脆弱无力,以及“第二次世界大战中法西斯在合乎法律之下所为的种种残暴行为,使得拉德布鲁赫对法哲学理论进行了重新审视”,^⑩并在一定程度上引入自然法思想修正其原先的观点。

反思的思潮不可避免地影响着刑法思想,这表现在构建一套防止价值判断随着时代、执政者变化而多变的刑法理论的重要性日益明显。因为,刑罚是一把双刃剑,并且系最为严厉的惩罚措施,用之不当,则国家、公民两受其害。基于这一时代要求,Welzel 在批判新康德主义区分“存在”与“当为”的二元方法论思想的基础上,从物本逻辑的方法论出发,认为“存在”本身之中就蕴含着一定的价值,“存在”与“当为”并非二元对立,而是一元融合的关系。这就是 Welzel 的一元的方法论思想。详言之,在一元论者 Welzel 看来,既然概念形成是对有价值关系的存在现实的描述,那么评价体系便不是和被评价的生活秩序毫不相干的体系,在生活秩序中存在着规则。

作为一元方法论基础的,是存在主义哲学。这里所指的存在主义哲学,实际上是指胡塞尔所创立的现象学。“这种哲学理论试图明确指出人存在的结构性原理,并且试图创设研究人的学术基础”,^⑪从诞生之日起,存在主义就有着强烈的人本主义倾向。简言之,胡塞尔的现象学就是研究现象即“事物本身”的哲学,其口号是“回到事物本身”。作为现象学研究对象的,是能够将对象显现在意识主体之中的意识。“胡塞尔认为人的意识具有统摄一切感知和心理的功能,没有我的统摄,对象就不能显现在意识

^⑧ 张明楷:《法益初论》(2003年修订版),中国政法大学出版社2003年版,第83-84页。

^⑨ 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第67页。

^⑩ 同前注^⑨,刘建伟书,第134页。

^⑪ 同前注^⑩,克劳斯·罗克信书,第123页。

中。统摄的内容称为现象,在统摄这一层次上,实现了意识和存在的统一。”^⑦在将意识与存在相统一的基础上,胡塞尔把意识指向客体的活动称为意向,继而在与意向相联系的意义上把握人的行为。^⑧

其次,Welzel 根据胡塞尔的现象学,遵从物本逻辑,提出了目的行为论,而目的行为论导致故意、过失等主观要素从责任前置到了不法(构成要件符合性、违法)之中。从现象学的角度来看,“一般的行为特征就是设定,即没有某一设定,不可能有某一行为”。^⑨而这里所称的设定,是基于人的意向而做出的指向某种目的的设定。因为人的行为与其意思决定即意志密切相关,意志才是行为的本体内容,故行为与人的主观故意、目的、动机密不可分。在这个基础上,Welzel 系统地提出了目的行为论——人的行为是有目的性的行为,行为的目的性,是人基于因果知识而在特定范围内预见其行为可能引起的结果,设定不同目的,并且为了达成该目的而有计划地调整自己的行为。^⑩

目的行为论对犯罪成立体系的最大冲击在于将人的思想等主观要素彻底前置到不法之中。Welzel 认为,既然对结果的实现是主体基于“意向性”而设定的目的性行为,那么作为评价对象的存在客体就并非客观的因果关系,而是建立在目的性上存在于主体与结果之间的目的关联,继而,主观构成要件与客观构成要件就无法分开,客观构成要件决定于主观的运作定律或至少与主观的运作定律有关,而“目的性的设定”(intentionale Determination)是罪责真正的责难对象。由于主、客观构成要件无法拆开,那么不法的评价对象也包含主观面,而所谓的客观构成要件决定于主观构成要件的运作。^⑪如此一来,在不法之中,就含有作为主观要素的故意、过失。这导致在具体的犯罪成立体系层面上,由于过失犯罪欠缺对构成犯罪事实的认识或意欲而被认为没有主观构成要件,那么,故意犯罪的成立体系与过失犯罪的成立体系就分属两个不同的成立体系。^⑫

再次,目的行为论,辅之以 Welzel 所提出的“人的不法论”,彻底导致与人的思想有关的主观要素,全面进入不法阶层的逻辑结论。既然 Welzel 将主体与结果之间的目的性关联作为罪责所责难的对象,那么不法就是与人相联系的不法,而结果的发生与否,仅仅是不具有法律意义的自然界的因果流程而已。可以说,正是受到存在主义强烈的人本主义倾向的影响,Welzel 认为不法评价的重心并非结果,而是人的行为(行为无价值),这样一来,行为人操纵行为的意志甚至行为人的品格等,这些都会影响到不法的要素。^⑬这便是 Welzel 所提倡的“人的不法论”。从诞生之日起,“人的不法论”便成为行为无价值论最为核心理论支撑,应当说,是 Welzel 开创了行为无价值论思想。根据“人的不法论”,传统的“违法是客观的、责任是主观的”教义学原理被修改,不仅“客观”由评价对象(结果)的客观变为评价标准(一般人)的客观,连主观违法要素属于“例外”的教义学原理也被全面打破,主观违法要素之中不再仅仅包含 Mayer、Mezger 所承认的内心表现、倾向以及目的,甚至故意、过失也成了主观违法要素。其后,故意、过失根据构成要件的类型化而进一步成为主观构成要件要素。

结合 Welzel 将故意、过失从责任前置入不法之中,以及本文第一部分所界定的行为无价值、结果无价值最大的体系不同(前者将故意作为违法要素,后者将故意作为责任要素)这两点,我们完全可以得出结论认为,行为无价值论在犯罪成立体系处所体现出的哲学基础是存在主义,也正是因存在主义将目光投向人本身这一点,行为无价值论具有“以人为本”(人的不法论)的倾向。应当说,虽

^⑦ 谷声然:《胡塞尔现象学的理论开端》,《武汉科技大学学报(社会科学版)》2008 年第 1 期。

^⑧ 同上注,谷声然文。

^⑨ [德]埃德蒙特·胡塞尔:《现象学》,李光荣译,重庆出版社 2006 年版,第 167 页。

^⑩ 参见马克昌、莫洪宪:《近代西方刑法学说史》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 501-502 页。

^⑪ 同前注^⑩,许玉秀书,第 75 页。

^⑫ 参见蔡桂生:《韦尔策尔犯罪阶层体系研究》,《环球法律评论》2010 年第 1 期。

^⑬ 参见[日]真锅毅:《行为无价值与结果无价值》,载中山研一、西原春夫等编:《现代刑法讲座·第 2 卷·违法与责任》,成文堂 1979 年版,第 21 页。

然目的行为论因为无法解释过失犯、忘却犯的犯罪行为而已遭抛弃,但是 Welzel 的目的论犯罪成立体系,却给后世带来了长远的影响,尤其是将故意定位到构成要件、违法之中,已经被现今的德国刑法学者所广泛承认,并影响日本。其后,尽管存在德国学者 Roxin 所倡导的基于新康德主义与新黑格尔主义哲学基础的目的理性理论,以及基于卢曼系统论思想上的 Jakobs(雅各布斯)教授的机能犯罪成立体系,但“从目的论犯罪成立体系开始,德国犯罪论体系的发展方向,开始和日本的体系发展方向产生区别。因而,确切而言,今日我国学者通常所称的德日刑法学,更为常见的意义是继受了目的论体系之前德国刑法学的日本刑法学”。^{⑨4}

最后,承袭了 Welzel 目的论犯罪成立体系以及行为无价值论的日本刑法学思想,也照样被我国所引入。例如,在周光权教授所倡导的行为无价值论的犯罪成立体系里,故意、过失是主观要件。这表现在,其将“主观要件同时作为违法要素(构成要件)和责任要素看待。承认违法中的主观要素,主要是因为无论是在立法上还是在司法中,都有必要在最初阶段就结合主观要件将犯罪类型进行划分、认定……有学者指出,如果立足于行为无价值论,违法的本质就在于法益侵害以及违反规范的意思,那么,故意、过失当然属于作为违法要素的构成要件要素”。^{⑨5}这表明, Welzel 的犯罪成立体系中的最大特色即故意、过失属于不法要素这一点,被我国学者所传承。

与此相反,在我国的结果无价值论的阵营中,不论是张明楷教授所提倡的违法构成要件、责任两阶层体系,^{⑨6}还是黎宏教授所提倡的犯罪构成客观要件、犯罪构成主观要件两阶层体系,^{⑨7}其中违法的实质都是法益侵害,而在判断法益侵害之际,判断对象在原则上都是客观的结果,故意、过失绝不可能成为违法要素。另外,在判断违法之际,我国的结果无价值论者是从法益衡量处,寻求违法阻却事由的正当化根据,并且承认超法规违法阻却事由。^{⑨8}根据违法判断对象的客观化以及对超法规违法阻却事由的承认这两点可知,我国的结果无价值论思想与经 Mezger 所首倡、被平野一脉所发扬光大的域外结果无价值论思想保持理论一致,其于犯罪成立体系处的哲学根基,也理当是新康德主义。

四、结 语

将行为无价值论、结果无价值论引入中国,并在学派之争的意义上以具体问题意识为切入,探明中国刑法学“路线”指向何处的努力无疑具有极大的理论与现实价值。在经过十多年的“路线”争议之后,沉淀下来总结、回看这一段具有历史意义的中国学派之争,应当说,我国的学派之争,并未深入到思想的源头即哲学处,寻求不同思想的“根”。这导致我国学者更多看到的是思想的“枝叶”,从而更多地在此形而下的具体问题层面上,纠结于刑法“路线”的选择。“形而上者谓之道,形而下者谓之器”,要选择中国刑法学的“路线”,不仅仅要做具体理论的移植工作,还应对具体理论作形而上的“道统”分析。在实质违法性之处,行为无价值论的道德哲学根基是道义论,而非规则功利主义,结果无价值的道德哲学根基是行为功利主义,但兼顾规则功利主义;在犯罪成立体系处,行为无价值论的哲学根基是存在主义,结果无价值论的哲学根基是新康德主义。

(责任编辑:杜小丽)

^{⑨4} 同前注^{⑧0},蔡桂生文,陈兴良主编书,第32页。

^{⑨5} 同前注^{⑧3},周光权书,第68页。

^{⑨6} 同前注^{⑧9},张明楷书,第105-108页。

^{⑨7} 同前注^{⑤1},黎宏书,第65-67页。

^{⑨8} 同前注^{⑧9},张明楷书,第105-108页。