

基于双重效应原则的道德责任与刑事责任的关系*

[波]克里斯托夫·斯斯卡斯基

内容提要:作为传统上被视为对严重违法行为确定和分配责任的部门法,刑法的重要性日益凸显。公众不仅将有罪判决视为违法的证明,也将其视为某种道德谴责。因此有罪判决无疑也代表某种道德评价。事实上,立法者与犯罪化有关的决策很大程度上都与公民的道德信念相符合,这一现象尤其体现在故意杀人或盗窃行为这样的传统刑法领域。刑法与道德信念之间的联系在上述禁止性行为中显而易见。因此,这种关系是否存在于刑法的一般领域更值得分析。这一关系的存在既与道德上的双重效应原则有关,同时也可能对刑法中的违法阻却事由产生影响。双重效应原则源于圣托马斯提出的理论,随后新托马斯主义者详细阐述了这一原则,现如今,这一原则无论在道德还是法律领域都引起了广泛讨论。双重效应原则现在常被应用于与医疗相关的法律决策中,特别是一些复杂的情况,如拯救怀孕母亲的生命会导致胎儿的死亡,或者分离连体双胞胎会导致其中一人死亡等。综上可以得出如下结论,基于双重效应原则被认为合理的行为在刑法上也应被视为根本合法。

关键词:双重效应原则 法律体系的一致性 立法者的意图 公民道德

克里斯托夫·斯斯卡斯基(Krzysztof Szczucki),波兰华沙大学助理教授。

每一次对于刑法基本原理的检验都应始于追问刑法功能这一关键问题。为了恰切地回答这一问题,我们首要地应当考虑用各种参考因素来检验刑法是否确实服务于其目的,唯有如此,接下来才能继续讨论每一个参考因素的功能。我们至少可以区分出三个参考因素,即法律体系的一致性,立法者的意图,和公民道德。^[1]显然,这并不意味着无法通过其他的因素对刑法的功能进行检验。但上述三个参考因素却是在压制性法律框架下最

* 本文为作者在全世界范围内首发的作品。译者为刘建伟,武汉大学法学院刑法学专业硕士研究生。

[1] 公民道德是一种美德,可以被定义为个人做出审慎选择的能力。我们关注的公民道德是那些影响政治共同体的选择。参见 J. Finnis, *Human Rights & Common Good. Collected Essays; Volume III*, Oxford 2011, pp. 107 - 108。

常参照的内容,刑法当然地属于压制性法律。

法律体系的一致性是指努力发展刑事法律制度以使其最大程度地与其他部门法所使用的法律范畴相匹配。具体来说,一致性的观点要求刑法保持内在凝聚力。易言之,刑法是一个内部元素都完美兼容的体系,这些元素共同构成了一个在优选的理论概念中运行的机制。学术论文的产出和辩论的进行均建立在该机制之上,且其分析过程都应尽可能一致地适用已广为接纳的理论概念。只有在特殊的情况下,理论研究才与其实际应用成果的检验分离。通常来说,例证应属于综合犯罪理论的一部分。因此,在分析刑法规范时,尽管立法者明文规定可以放弃适用或用其他方式^[2]替代这种定罪模式,但故意或非故意犯罪这样的概念仍会延续使用。这并不意味着刑法上的这种分析方法本质上是错误的。相反,如果理论分析是为了产生保障效应,那么这一方法就值得肯定,也应广泛采用。理论思考除了在理性上具有吸引力之外(因为制定一致性的规范体系是一项有趣的挑战),更重要的是其保障作用。^[3]它提高了得出正确结论的可能性,更重要的是,这一结论是真实的。在分析某一特定的刑事案件时,在处罚的前提,即不法性、应受处罚性以及有责性都被充分证明的情况下,对嫌疑人的处罚就更为公正。但是,对于刑法而言,努力使其内在理论保持一致并非目的所在。^[4]

第二个参考因素是立法者的意图,其实现依靠包括刑法在内的多种手段。这一确定刑法功能和实施方法的因素最常出现在极权主义和独裁主义国家。国家使用的所有手段都是为了达到政治目的,特别是用来尽可能长时间地维持权力,以及加强作为国家基础的意识形态。但这并不意味着在民主国家中刑法就不会发挥类似作用。事实上,民主也倾向于通过刑法来实现各种目的,既包括长期目的也包括短期目的。例如,刑法通过使税务欺诈行为犯罪化来禁止这样的行为就是出于财政目的。这一安排会促进公民在和国家以及税务机关打交道时保持诚实。民主国家的公务人员,特别是立法机关成员,常试图通过刑法达到特定的政治目的。通过刑法干预来回应社会期待时常奏效。一如前一参考因素,这种方法也不应全盘否决或抛弃。因为如果社会公众接受这些政治家,就很难期待他们在施行政治计划时能够保持克制而不动用刑法。毕竟,刑法在每个国家都是行使权力的工具之一。

法律体系的一致性以及立法者的意图如果符合另一个因素的要求,那么它们在刑法领域就可以被接受,这一因素就是有助于培养公民美德的公共利益原则,对公民而言,其共同利益是最紧要的。不论其他目标是什么,每一个国家都应当首先注重为公民提供适宜的环境,让他们追求自己的目标和志向,并得到个体层面的发展。在完美的社会中,人

[2] 参见 J. Lachowski, *Strona podmiotowa czynu zabronionego*, in: R. Dębski (ed.), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System Prawa Karnego. Volume 3*, Warsaw 2013, p. 527。

[3] 刑法的保障功能也源于波兰宪法。参见 T. Sroka, *Komentarz do art. 42 ust. 1*, in: L. Bosek, M. Safjan (eds.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1 – 86*, Warsaw 2016, p. 1033 et seq。

[4] 这显然并不意味着刑法理论的内在一致性无关紧要。如前所述,它的主要作用是能够通过刑法执行保障功能。理论的内在一致性也有助于在刑法中实现平等原则。

们努力去做最好的自己,并尊重他人的主体地位,这样的社会可以通过权利和自由的形式表述出来。这种表述的范例体现在处理人权问题的重要文件中,如《世界人权宣言》和《公民权利与政治权利国际公约》。同样的价值也体现在许多国家的宪法当中,通常写在这些文件的序言或者专章当中。《波兰共和国宪法》也不例外,它包含公共利益原则,和“每个人都拥有与生俱来、不可剥夺的尊严”这一与人权有关的内容。

法律的目标是通过为每个人的自我发展创造最佳环境来促进人类美德的发展,这体现了法律与道德间的密切关系。^[5] 这种关系关乎法律的调整范围和其目的性,刑法中也体现这一点。大量刑法中被禁止的行为,也在多种道德体系中被认为是不道德的。而目的性则指的是试图通过法律和道德秩序达到同一目标。法律和道德都应当以人类的善良品性和趋于完善的外在行为作为目标。不过道德原则通常建立在针对多数人的规范基础之上,并直接指向这一目标;而法律规范,特别是刑法规范,则适用于少数人。此处刑法扮演了特殊的角色,因为它主要是处罚与理想的行为相反的行为并间接地促进正当行为。

尽管如此,这样的差别不应得出道德和法律之间没有共同点的结论。正如之前提到的,这两种秩序的目的都是为了促使人类追求尽善尽美。据此我们可以得出如下结论,道德准则是关于刑法的初级本质。对于人应当如何行为,以及人为什么应当承担责任这样的问题,道德问题是首要的,之后才是法律问题。因此,在回答和法律责任有关的基础性问题时,将道德纳入刑法研究是适当的。道德和法律的目的是保护“善”,即那些对人类非常重要的价值。虽然这两种秩序在调整范围和制裁的种类上是不同的,但是它们在证明向行为人分配责任的可能性时所用的方法是相同的。道德责任和法律责任之间的分化在特定情况下是合理的,即道德责任的范围大于刑事责任的范围。但是相反地,如果某种规范性方法使得道德上可接受的行为被课以刑事责任,那么这种方法是不可接受的。^[6]

本文并不在于研究定罪的问题,即研究的目的是确定和评价刑事制裁规范中禁止性行为的范围并将其与不道德的行为类型进行比较。在众多需要处理的问题中,最重要的是接近道德的途径多元,而社会内部在道德判断上的多元化程度正在增加使得对于特定行为是好是坏的共识越来越难以达成。涉及最富争议的问题时尤其值得注意。但这对刑事责任体系,也就是那些传统上被放到刑法典总则中的问题不会影响太大。道德责任的认定先于刑事责任的认定。如不作为、故意、从犯责任的类型、犯罪构

[5] 研究盎格鲁-萨克逊文学的专家指出,在一些情况下刑法研究者清楚地采纳了哲学的观点。比如在关于犯罪定义中的主观要素的讨论中。参见 J. Gardner, H. Jung, Making Sense of Mens Rea: Antony Duff's Account, *Oxford Journal of Legal Studies* 1991, vol. 11, no. 4, p. 559)。在波兰,这种对前述问题进行分析的方法已经不流行了。

[6] 某一行为是否可被犯罪化应当通过由政治共同体选择的重要价值构建的道德体系来检验,即这一道德体系使刑法合法化。

成这些问题,都是刑法要依赖之后的道德方法解决的范畴。^[7]至少,如果刑法符合前述假设,就应该不干涉道德上被视为善良的行为。但是,这并不意味着所有的道德理论都提出相同的责任体系。这不是多元主义的领域,相比于刑法的分则部分,其总则部分更不易产生变化。

道德责任构成和刑事责任构成之间的相容性使得刑法规定符合道德准则。这里谈到的道德方法是犹太—基督教的传统哲学观点,包括伦理学和哲学人类学,它们不仅源于经典哲学和托马斯主义,而且也源于新康德主义和现象学。若要令人信服地说明选择这一方法多么恰当,则超出了本文讨论的范围。此处,我们将波兰基本法作为论据。这份文件在其序言部分将上帝视为真理、公正、善良以及美的来源,而且国家的文化深深植根于基督教文化遗产之中。核心论据就是人与生俱来、不可剥夺的尊严,其被写入宪法当中,反映了犹太—基督教传统。通过对宪法的价值论,特别是关于人类尊严原则的深入分析,可以得出以下结论:立法者所依据的哲学人类学假设是基于犹太—基督教传统的内涵发展来的。^[8]

承认道德和刑法之间的关系,或至少是交集,为学术研究开辟了有意思的领域。瓦迪斯瓦夫·马彻若(Władysław Maćcior)在其1990年出版的论文前言部分指出:“如果刑法有什么确定的基础,那么它们一定表现在哲学观点上而不是规范法案当中,它们或多或少都可以灵活运用,并且保持变化。”^[9]在道德责任的范畴中,更为有趣的是双重效应原则。这一原则在法律责任的讨论中也十分重要,特别是在医疗法当中。^[10]因此应当先确定这一原则的内容,在此基础上再尝试思考在道德责任范围内如何应用这一原则。

[7] 如已经指出的,这不意味着刑法的调整范围与道德责任的范围相重合。后续的道德决定在这里可以被理解成责任分配体系的复制,至少是部分效仿。

[8] 参见 K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, p. 222 et seq; M. Piechowiak, *Komentarz do Preambuły*, in: L. Bosek, M. Saffan (ed.), *Konstytucja RP. Tom 1. Komentarz do art. 1 - 86*, Warsaw 2016, pp. 152 - 153; L. Bosek, *Komentarz do art. 30*, in: L. Bosek, M. Saffan (ed.), *Konstytucja RP. Tom 1. Komentarz do art. 1 - 86*, Warsaw 2016, p. 724. L. 加尔利茨基 (Garlicki) 也赞成关于人类尊严的这一理解和它在波兰宪法中的重要性:“(……)这一点(人类尊严—作者注)放在在宪法序言部分不是巧合,在人类民族和普遍价值的基督教文化遗产的背景下,这一以思考尊严的宪法概念为起始的主要参照点,是基督教教义中的概念。这一假设可能与存在于欧洲宪法框架中的对尊严概念的理解有关,其第 30 条的规定与德国和西班牙的情况最为接近。”参见 L. Garlicki, *Komentarz do art. 30*, in: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2016, p. 33.

[9] W. Maćcior, *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warsaw 1990, pp. 4 - 5. 刑法哲学在波兰没有深入的研究。但是这一研究也不是完全不为人知。至少最近重新出版的 Juliusz Makarewicz and Edmund Krzymuski 的论述应当被提到。参见 J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, Lublin 2009 and E. Krzymuski, *Teoria karna ze stanowiska ogólnej nauki o rozumie praktycznym*, Krakow 2013.

[10] <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/254>, 最近访问时间:[2017 - 09 - 17]。该例子是英国上诉法院在连体婴儿案中的判决。法院判决连体婴儿应被分离。在分析故意的时候,法院直接援引了双重效应原则。“这告诉我们如果一个行为本身是出于善意,那么该产生不利后果的善意行为在道德上是可以被认可的。其中,行为人的目的只是为了引起好的结果,而且好的结果并非通过不利后果产生,此时就有充分的理由认可坏的结果。这很难和伍林(Woollin)的观点达成一致,但该观点似乎能够得到唐纳森勋爵(Donaldson M. R)和戈夫勋爵(Lord Goff)的支持。我们可以看到这一原则在医生出于缓解疼痛的目的用强效止痛剂治疗患者,而副作用是加速患者死亡时发挥了作用。”

在此试举一例说明问题,宫外孕,即胚胎着床于子宫之外,也就是人们熟知的输卵管妊娠。这种情况会阻碍妊娠,使得胎儿不能发育到足以成活。同时,这种情况也会直接威胁孕妇的生命和健康。在这种情况下,一般会通过医疗手段使孕妇终止妊娠。这一问题在道德和法律上都意义重大。^[11] 尤其是当一国的法律体系禁止终止妊娠时,道德和刑法都会被用于评估这一医疗手段。从现行的波兰法律可以推导出这样的规范:当终止妊娠是为了拯救孕妇的生命时,医生可能产生的刑事责任可以被豁免。思考道德是怎么处理这一问题,并评价在刑法中所应用解决方法的正确性,这些是很有价值的。尽管这一引人注目的案例是一件非常难以处理的事件,但是它的潜在处理方案是和日常生活中的事件相一致的,也和治疗过程有联系。在治疗的时候,医疗手段通常都会造成伤害,或者引起某种确定程度的危险。这种状态的可接受性的基础应当纳入考虑范围。

通常认为双重效应原则的理论源于圣·托马斯·阿奎那(Saint Thomas Aquinas)对正当防卫的阐释。^[12] 阿奎那认为判断导致加害人死亡的行为是否具有道德性,应当考察三个条件:(1)行为符合人类天性;(2)行为与预期目的成比例;(3)附随于行为目的的负面效果不是行为人故意造成的。从托马斯的观点中可以得出以下四个结论:(1)实行行为是可能达到预期目的的行为中伤害最小的行为;(2)行为在不考虑负面效果的情况下是可接受的;(3)相较于阻止邪恶,行为人更有义务为了善良而行动;(4)行为人的目的是做出善良的行为而不是故意作恶,不论是手段上的恶还是目的上的恶。^[13] 根据托马斯·阿奎那在必要防卫上的思考和他的后继者的成果,通用的标准得以建立,这一标准主要基于让-皮埃尔·居里的建议:(1)行为本身是善良的或者道德中立的;(2)行为人期望正面效果而不是负面效果;(3)正面效果不是由负面效果产生的;(4)必须合理证明正面效果和负面效果是合比例的。^[14]

从当代的角度特别是从法律科学的观点来看,如何确定行为是否合乎人类天性,或是确定某一行为对人类是否在客观上是善良或者中立的,这些都存有疑问。这些问题在道德领域都是争论不休的主题,尽管法律科学几乎从不讨论人的天性或者客观的美德。约

[11] 参见 J. Wróbel, *Ciąża ectopowa z perspektywy bioetycznej*, “Roczniki Teologiczne” 2014, no. 3, p. 117 *et seq.*

[12] 参见 B. Chyrowicz, *Zamiar i skutki. Filozoficzna analiza zasady podwójnego skutku*, Lublin 1997, p. 16 – 17。同时文学家并没有忽视双重效应原则在圣托马斯的成果中没有发挥证明所有复杂行为的道德正当性的作用。实际上,他只是提到这一原则。他只是在讨论正当防卫导致加害人死亡的情况下强调这一原则。无论这一原则在阿奎那的著作中的地位如何,后世学者提及双重效应原则时都会参考他的著作。参见 T. A. Cavanaugh, *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford 2017, pp. 6 – 7。

[13] 参见 T. A. Cavanaugh, *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford 2017, p. 12; B. Chyrowicz, *Zamiar i skutki. Filozoficzna analiza zasady podwójnego skutku*, Lublin 1997, p. 17。Barbara Chyrowicz 提出另一种双重效应原则的条件:(1)方法的公正性;(2)结果(目的)的善良性;(3)方法和结果的合比例性。参见 B. Chyrowicz, *O sytuacjach bez wyjścia w etyce*, Kraków 2008, pp. 308 – 309。

[14] 参见 T. A. Cavanaugh, *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford 2017, pp. 25 – 26。条件最初在让-皮埃尔·居里的著作 *Compendium theologiae moralis* (1850) 中被重建。T. A. 卡瓦诺(Cavanaugh)提出了修改后的条件:1. 与坏的结果独立的行为没有内在的错误,2. 行为在方法和结果上的目的都是善良的不是邪恶的3. 行为人有合比例的紧急理由作出这一行为,它履行了有关义务,考虑到了后果,恶的必要性以及采取了合理办法消除和缓解负面影响(*idem*, p. 36)。

翰·菲尼斯所提出的基本善理论适合用在这里。^[15] 作者提出了一系列不能被干涉的基本善,并构成了其它善的基础。换句话说,它们是人类自我定义、自我认知的基础。^[16] 当把这些基本善转化到实践推理领域,像是道德领域的时候,约翰·菲尼斯(J. Finnis)指出它们是一种可能性:人有越多的基本善,发展的潜力就越大,就可以说一个人获得了上述的美德。由基本善产生的要求可以被认为是人类天性的要求。菲尼斯认为,有七种基本善:生命、知识、游戏、审美体验、社交、实践理性、宗教。如果一个人接受之前提到过的概念,可以说这个人具有适用双重效应原则的前提条件,会按照之前提到的模式行为。因此,一个人的行为不应与其认知相反。这样似乎就可以将这种情况转化到当代刑法教义学的语境中。

双重效应原则及其条件是基于行为的自然结果(*finis naturalis*),行为目的(*finis operis*)和行为人目的(*finis operantis*)之间的不同。^[17] 自然结果应当理解为由行为本质决定所达到的结果。例如,在木材上点火的自然结果是燃烧。但行为目的和行为人目的可能与自然结果不同。行为目的和行为人目的可能是相同的。例如,在木材上点火是为了烧毁竞争对手的商店。在这个案例中,行为人在木材上点火不是为了生火和取暖,而是为了达到其他目的。然而行为目的并不总是和行为人目的相重叠。同时,自然结果也可能与行为目的相一致。如果一个人击打另一个人,使得受害人丧失抵抗能力,是为了从受害人家偷东西,按这种说法,我们会认为行为目的是让人丧失抵抗能力,而行为人目的是盗窃。因此,可以说行为目的的达成是实现行为人目的的方法。有时候,自然结果与行为目的相同。在一些案例中,行为人实施特定行为只是为了达到既定的主要目的,即行为人目的。^[18] 所以,如果行为人可以选择使用道德上可接受的方法,就不能选择使用不道德的方法。

如前述,在托马斯的概念中,双重效应原则是他构建正当防卫条件的基础。“没有什么可以阻碍一个行为有双重效应,其中只有一个是具有目的的,另一个没有。行为是否道德根据目的的内容而不是目的之外的内容进行区分,所以像之前解释的目的之外的内容是意外的……”。^[19] 作者进一步指出正当防卫的成立条件,同时也是双重效应原则的前提。出于善意的行为与目的之间应当是合比例的。因此,如果反抗攻击的暴力是不合比例的,或许就应当认为防卫人不全是在保护他自己,而是在攻击其他人。合比例不仅仅是对正当防卫的限制。人保护自己的目的是最为重要的。据托马斯·阿奎那所说。“在正当防卫中,一个人故意杀死另一个人是不合法的,除非是公权力为了公共利益在正当防卫中杀人,像是士兵与敌人战斗,法官与强盗斗争这样的情况,即使这些

[15] 参见 J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, Warsaw 2001, translation: K. Lossman, p. 69 et seq.

[16] 参见 J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, Warsaw 2001, translation: K. Lossman, p. 103.

[17] 参见 B. Chyrowicz, *Zamiar i skutki. Filozoficzna analiza zasady podwójnego skutku*, Lublin 1997, pp. 35 – 36.

[18] 另一要从道德层面关注的问题是不作为。

[19] Saint Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* II – II, q. 64 a. 7, cited after Saint Thomas Aquinas, *Traktat o sprawiedliwości*, Kęty 2016, translation: W. Galewicz, p. 156.

罪是为私怨所动”^[20]

将正当防卫的推理应用到之前关于行为目的和行为人目的中,可以得出这样的结论:行为目的,即使用暴力,应当是使用合比例的暴力,这一暴力必须与加害人的威胁成比例。故意,即行为人目的,不应是杀死加害人。^[21] 加害人死亡的结果是目的之外的。^[22] 尽管该结果是种附随效应,但这也不意味着行为人不知道这样的结果。当然,这也不意味着行为人在防卫的时候没有预见到杀死加害人的可能性。用火或者刀进行防卫会致人死亡是容易预见的。单纯预见的事实并不必然意味着其在目的范围之内。

根据前述,认识即预见到会导致应受谴责的结果,应该被认为是具有可预见性的,但是是非故意的,这就不会导致这样的行为被视为恶劣的。值得注意的是,无论是托马斯主义还是新托马斯主义,包括当代对于双重效应原则的理解都由其支持者捍卫,并与其由结果主义产生的一系列规则的指控形成对抗。如 B. 西罗其斯(B. Chyrowicz)所指出的:间接这一概念也许仅能应用在特定的情况,即选定的实现目的的方法可以对人类福祉有所贡献,也就是说它们强调人类的价值。毫无疑问,认识到恶劣后果的可能性并不意味着这些结果是行为人故意的目的。如之前提到的,对行为人的行为作出最终正面评价的条件是,选择方法的合比例性与合理性。因此,我们不是研究目的的负面效应,而是要承受和认可它们。^[23]

在我们转向分析刑法下的这一问题,并从道德和刑法解释的比较中得出结论之前,应当先停下来思考如何将双重效应原则精确地应用于之前提到的案例。易言之,该原则是如何解决宫外孕问题的?

医学为宫外孕提供了多样的解决方法,这些方法的主要目的都是拯救母亲的生命和健康。宫外孕是已知的在孕期前三个月孕妇的首要致死原因。^[24] 在医学上为解决宫外孕提供了以下的方法:(1)观察,包括持续控制孕妇身体的体征,以确定是否会发生自发性流产;^[25](2)摘除有胚胎的输卵管(输卵管摘除术);(3)从输卵管中摘除胚胎(输卵管取胚胎术);(4)服用氨甲喋呤。讨论宫外孕问题并不是本文的基本任务,所以这里只是简单地涉及输卵管取胚胎术,从双重效应原则的角度来说,这是最常被提到的适合的方法。其他方法的可接受性是伦理学上激烈争论的主题。^[26] 此处重要的是从道德和法律的研究的实践角度说明这一问题。

[20] Saint Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* II-II, q. 64 a. 7, cited after Saint Thomas Aquinas, *Traktat o sprawiedliwości*, Keęy 2016, translation: W. Galewicz, p. 156.

[21] 参见 B. Chyrowicz, *Zamiar i skutki. Filozoficzna analiza zasady podwójnego skutku*, Lublin 1997, pp. 35-36.

[22] 参见 T. Ślipko, *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2004, pp. 423-424.

[23] T. A. 卡瓦诺 (Cavanaugh) 直接指出了这一点,试图建立起故意之外的行为和单纯意外行为之间的区别。参见 T. A. Cavanaugh, *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford 2017, p. 11.

[24] 这一原因每年在美国导致数十名孕妇死亡。参见 Ch. Kaczor, *The Ethics of Ectopic Pregnancy. A Critical Reconsideration of Salpingostomy and Methotrexate*, *The Linacre Quarterly* 2009, no. 76 (3), p. 265.

[25] 发生的几率是 40% 到 64%。参见 Ch. Kaczor, *The Ethics of Ectopic Pregnancy. A Critical Reconsideration of Salpingostomy and Methotrexate*, *The Linacre Quarterly* 2009, no. 76 (3), p. 266.

[26] 与其他方法相比,输卵管胚胎取出术的主要缺点是会使女性不孕。

拯救孕妇遭受威胁的健康和生命本身不是一个道德上的两难问题。相反,采取适当行动的义务直接来自于道德公理。案例中两难境地是由该方法的流产影响引起的。所有上述方法,除了观察,都会阻止胚胎的进一步发育。这一医疗手段有两重结果,一个是绝对好的而另一个是坏的,不论胚胎的实际地位是什么,输卵管取胚胎术都会导致胚胎的死亡。一行为产生的两个结果,有着非常不同的道德位阶,此处就有必要应用双重效应进行检验。根据我们接受的版本,这个检验由三个前提组成,即证明行为是否符合天性,证明行为和目的是否合比例,证明行为人的目的,或是四个前提,即证明行为是否客观上是好的或是中立的,行为人的目的,选定的方法的道德评价,以及对允许错误效果正当性比例的争议。

下面是三要素的检验结果。摘除带有发育胚胎的输卵管的目的是拯救孕妇的生命和健康,之前J.菲尼斯提到的基本善的类型可以用来解释这种行为的前提是符合天性的。基本善之一就是生命。即便不论是从经典自然法还是从其他相反的观点出发,基本善的理论会引起质疑,保护生命是人类的基本需求这一断言也是难以质疑的。这是与其他物种分享的,人类天性的基本推动力。医生实施输卵管取胚胎术是符合人类天性的。这一案例中唯一的难题是胚胎的死亡是必然的结果。如果没有这个结果,就不需要复杂的道德争论得出两难问题的解决办法,因为这样的话就不会有两难问题。^[27] 胚胎的死亡不是行为目的的结果,它发生于目的之外。尽管如此,它也的确发生了。因此有必要继续检验双重效应原则的下一个条件,即合比例性。这意味着一个行为必须证明它的充分性和必要性。在拯救孕妇生命的时候,当生物过程不能单独解决这一问题已经变得明显的时候,前述的任何一种方法,都不可能应用时不伤及胚胎。除非存在医学上的可能性将胚胎转移进子宫,并因此可以保证胚胎正常发育。这种情况下,这一方法是合比例的,因为没有比输卵管取胚胎术更毫无疑问可以达到这一目的的方法,即保护孕妇。检验的第三要素,创设了一项义务,要确定医生有拯救孕妇生命的真实意图。在宫外孕的案例中,很难认为医生的首要目的是使孕妇流产,拯救孕妇的生命应当再一次被强调,终止妊娠是目的结果的副作用。四要素检验也会得出相同的结果。

在此最好考虑一下刑法是如何提及上述情况的,并由此得出伦理分析结果契合刑法分析结果的结论。首先,我们要检验在上述情况下这样的行为是否是不法的。其后,如果违法性被证实,我们就要分析有无排除医生行为不法的情况存在。

刑法详述了与这种情况有关的禁止性行为的类型。最终的选择取决于结果和医生的目的。在这一分析中必须排除的情况是医生故意导致患者的流产。需要分析的是医生的直接目的是否在于拯救孕妇的生命(在上述输卵管胚胎取出术案例中),因为与此同时医生认识到了副作用出现的可能性。在这一案例中,必须去思考在医生的间接故意中他的

[27] 两难问题可以理解为这样一种情况,一个主体被迫从数个可行的行为中选择一个,这数个行为是相互排斥的。参见B., *O sytuacjach bez wyjścia w etyce*, Krakow 2008, pp. 52 - 53。在刑法中义务冲突这一概念和道德上的两难问题相似。

行为是否是不法的,这一情况中责任在对行为的下一个检验阶段被排除,即罪责阶段的检验。当决定应用医疗手段的时候,是医生造成了产生副作用的可能性,医生也预见到了它们,尽管如此医生还是继续他的行为,并在此之后接受了给定的结果。但是,认为医生在这些案例中的工作是在间接故意的驱动之下这样合理吗?从公正的角度出发,这样的说法恐怕是不能接受的。

亚切克·吉斯(Jacek Giezek)在有关直接故意和间接故意的问题上给出了行为人认知和目的之间可能的关系。他给出了四种可以区分的情况:

- (1) 预见的事态是行为人行为的目的,而且行为人在事前认识到其是不可避免的;
- (2) 可以预见的事态是行为人行为的目的,但是事前确定的只是可能性;
- (3) 可以预见的事态不是行为人行为的目的,它只是副作用,但是它在事前被确定是不可避免的;
- (4) 可以预见的事态不是行为人行为的目的,它只是副作用,但是它在事前被确定有导致特定事件的可能性。^[28]

根据之前提到的道德术语,在上述情况中,可以确定的是行为的结果是不变的,但其分歧主要源自行为目的和行为人目的之间不同关系。在亚切克·吉斯的分析中,可能性的认识作为前提发挥着关键作用。笔者认为直接故意不仅存在于事态是行为人目的,行为人预见到其是不可避免的时候,也存在于事态是行为人目的行为的副作用,但其也被事前确定为不可避免的时候。^[29] 在前述的情况中,可以认为医生是因直接故意终止妊娠的行为也可认为因间接故意剥夺患者生命的行为。其会被表述为高度盖然性或者不可避免性,其作为特定的结果依然会决定行为人的种类,然而,这表明了故意和预见之间的界限在现在的推理中是不恰当的。

这两种认知状态的不同也是根据双重效应原则得来的,特别是关于近因问题。^[30] 这也体现在之前所举的圣·托马斯·阿奎那关于必要防卫的理解的例子中。他人为防卫导致袭击者的死亡是道德上可以接受的,但不可接受的是故意导致袭击者的死亡。同时,一个知道因果路径的防卫者,或许会希望防卫导致袭击者死亡。理解这一微妙区别的关键是区分故意和预见,与区分直接故意和间接故意相类似。T. A. 卡瓦诺(T. A. Cavanaugh)提出了下面的方法对故意和可预见的区别,以及因其故意产生的结果作出解释。

- (1) 故意,作为行动计划中有意志力的承诺,是行为的原因,甚至是强迫行为的因素;
- (2) 故意会导致对期望结果的思考和进一步的故意,而预见不会;

[28] 参见 J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*. Warsaw 2013, pp. 211 – 212。当讨论这四种可能的情况的时候,亚切克·吉斯认为只有第一种情况是毫无疑问的——其清楚地是一种直接故意。根据作者的观点,其他情况则远不那么明确,并且是立法上出于刑事政策的考量。这样的说法是难以接受的,因此不论以直接故意还是间接故意从事禁止性行为的性质都是相同的。此外,间接故意与非故意是有区别的。因此,任意确定概念的边界的论点被认为是具有争议的。

[29] 参见 J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*. Warsaw 2013, p. 221。

[30] 参见 T. A. Cavanaugh, *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford 2017, p. 85。

(3)故意使用的确定的方法是为了实现目的事前思考的结果并且方法是必须的;预见没有这样复杂的过程;

(4)故意是实践理性的表示,而预见是理论推理的表示;这意味着故意在成功或失败方面是经过证实的,但预见是在真实和错误方面经过证实的;

(5)故意,在一定程度上,定义了一个实行行为,甚至是被命名的行为,但是预见的事实不影响行为的定性。^[31]

前述的标准不仅有助于解决双重效应原则的近因问题,也有助于把间接原因从直接原因中区分出来。恰当的故意的构成也十分重要,因为评价要素与其有关。即使我们说行为人的属性是中立的,故意的构成也很难同意这一点。其不需要是直接故意,即行为人的行为在意识中有犯罪目的;但是行为人想要从事禁止性行为的陈述本身就是贬义的,排除了认定消极副作用是行为不可避免的副作用的可能性,但事实上,在这样的情况下,其不一定是不法的,可能是适当的。在一些案例中,选择副作用可能性高的行为是没有办法的。这很明显的可以应用在无法通过无风险的,或是副作用风险更低的情况下达到目的的情况。任意塑造直接故意和间接故意的边界仅依据已被接受的价值论和刑事政策目的,是不可接受的。因为没有任何违法本体论体系的情况发生。^[32]或许本体论体系不会被影响,但道德体系会。

间接故意的体系似乎可以通过参考道德上已充分认识的复杂行为问题来更好地理解。在刑法理论中,出于正当理由,间接故意总是伴随着某些直接故意而来,这些直接故意可能是其他侵害的一部分,也有可能和刑法无关。^[33]人类的作为和不作为因此是复杂的,当没有从整体的角度而是分别分析它们的时候,它们的组成部分就可能被误解至少是不完全正确的理解。B. 莱夫斯基(B. Wróblewski)在他的观点中,即故意将行为人的所有任务理解成理性的整体,^[34]指出了这一点。在一般伦理中,复杂行为出现在通过多种方法对作为结果的特定利益的追求达成的时候。换句话说,一个复杂行为由多个单一行为组成,这些单一行为服务于达成一个主要目的。最终,对复杂行为的道德判断是基于对主要目标的评价,和组成复杂行为的各个行为的道德价值。^[35]这一解决问题的方法清楚地表明,只要单一行为是复杂行为的一部分,就不能在与它们所属的整体隔离开来的情况下做出最终的评价。因此,如果可以接受一个间接故意行为是复杂行为的一部分,而且同时直接故意地追求一定事态,这个间接故意的行为就不能被认为是和整体相隔离的。^[36]人

[31] 参见 T. A. Cavanaugh, *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford 2017, pp. 106 – 107。

[32] 参见 J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*. Warsaw 2013, p. 222。

[33] 参见 R. Citowicz, *Spory wokół rozumienia umyślności i jej postaci*, Prokuratura i Prawo 1999, no. 6, p. 20; I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warsaw 1978, p. 202。

[34] 参见 B. Wróblewski, *Przedmiot przestępstwa, zamachu i ochrony w prawie karnym*, Vilnius 1939, p. 8; P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warsaw 2016, p. 216。

[35] 参见 T. Ślipko, *Zarys etyki ogólnej*, Krakow 2004, p. 191。

[36] 参见 B. Wróblewski, *Przedmiot przestępstwa, zamachu i ochrony w prawie karnym*, Vilnius 1939, p. 8; W. Wolter, *Czynnik psychiczny w istocie przestępstwa*, Krakow 1924, p. 55。

应当区别看待以下两种情况,即行为人间接故意的行为服务于直接故意的犯罪行为,以及行为的间接故意是用来完成与刑法无关或者法律鼓励的事情。间接故意的行为体现在直接故意的行为之中,在道德领域这意味着:任何由人直接计划的,知道这一行为以及其中立后果的有意识的行为,都通过外因和其副作用相联系。这样的副作用不是他故意的,只是因为合理的重要理由而被认可和承受。^[37]

注意行为的这种密切关系,即在道德意义上行为只是同意去承受和认可,就会得出评价这样的行为必须参考主行为,即直接故意的行为。人们可能怀疑,在这一阶段,是否行为不法的第一排除方式就是要通过预计行为不法会通过第二方式被排除。^[38] 如果一个人认识到一个公正的目的,同时接受了他行为的副作用,就有理由认为这没有违反刑法的制裁规范。这与制裁规范的价值论层面是相符合的,其由裁判将价值赋予一个行为的负面评价表达出来。^[39] 在这样处理有副作用的行为的方法中,制裁规范的目的论层面也就被认识到了。^[40] 最后,法律不应当禁止对宫外孕采用输卵管胚胎取出术。这将会剥夺医生完成其使命的可能性。因此,一个制裁规范若它的目的论层面要求医生避免上述的行为,它就不是法律的一部分。

将制裁规范延用于制定法以外的内容或许会有争议的,但是实际上,其只是在理论层面被采纳,基本的假设是制裁规范由价值论要素和目的论要素组成。这意味着在面对法益的时候,规范是通过反对违反规范的行为来保护这些利益的。人们从制裁规范中认识到刑法的保障作用,这也和其他证明行为应受惩罚性的情况有关。制裁规范是一个平台,它潜在地为透过刑法体现出道德规范^[41] 提供了一个机会。通过加入道德要素,可以使制裁规范的内容更完整。

制裁规范也是对行为进行道德裁判的基础(即积极的道德规范不能违反制裁规范),这一观点使得认识到由 R. A. 达夫(R. A. Duff)提出的谦抑主义的假设成为可能。^[42] 但是,这不意味着道德规范体系决定着刑法的调整范围,特别在积极层面上,道德体系不决定应当被惩罚禁令涵盖的行为的类型。与此同时,谦抑道德主义假设认为任何刑法调整范围内的行为也应当是不道德的。从不同的角度看,人们可以说道德和公正的行为不应

[37] 参见 T. Ślipko, *Zarys etyki ogólnej*, Krakow 2004, p. 427。

[38] 排除不法的第一种和第二种方式在这一原则中引起争议。参见 Z. Jędrzejewski, *Teoria negatywnych znamion typu czynu zabronionego*, in: L. Paprzycki (ed.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016, p. 43 et seq.; A. Zoll, *Czy jest uzasadnione wyróżnianie pierwotnej i wtórnej legalności?*, in: A. Choduń, S. Czepita (ed.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, p. 358。

[39] 参见 A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1990, no. 23, p. 78。

[40] 参见 A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1990, no. 23, p. 84。

[41] 参见 K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warsaw 2015, p. 13. Cf. also J. Gardner, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford 2007, p. 50。

[42] 参见 R. A. Duff, *Towards a Modest Legal Moralism*, *Criminal Law and Philosophy* 2014, vol. 8, p. 217 et seq。

当在刑法的调整范围之内。^[43] 在此背景之下,一定还有一些疑问,首先是关于将决定排除不法的责任转移到规范的调整范围上——在这一部分情节的结构和结论将和道德分析的结果重叠。还可以提出的争议就是法律的保障可能会被破坏,通过在确定对禁止性行为特征的认识过程中引入评价的、不明确的要素。^[44] 这样的异议在一定程度上被找出的制裁规范的保障潜力所反驳,至少在一些评论者的观点中,这决定了行为的应受惩罚性。^[45] 当制裁规范在道德的影响下会扩张行为不法的范围的情况下,这种异议也是无关紧要的,因为结论会在制裁规范这一层面被纠正,通过限制应受惩罚性的范围。所涉及的情况是,我们讨论的是道德分析会缩小制裁规范适用范围的情况,就是说在结果上道德规范会减少制裁规范的应用范围。

正当防卫即是一例,其建立在双重效应原则的道德体系之上。甚至可以说,关于双重效应原则的整个讨论都源于圣·托马斯·阿奎那关于正当防卫的说法。因为在适用制裁规范的范围层面上应用双重效应原则所确定的排除,可以防止一个人因这样的行为被宣称违反了制裁规范。可能有争议的地方是,人们至少在法律意义上不能说这是利益的冲突,因为由于应用双重效应原则就已经足够了,所以这里不需要涉及必要防卫的规范条件。

如果我们认为,得到一个复杂行为具有道德公正性的结论就暗示着制裁规范的条件(假设)不需要被满足。这就意味着这一复杂行为是合法的,实行输卵管胚胎取出术这样的行为,就不需要排除不法,应受处罚性和罪责。^[46] 这就明确地表示道德上公正的行为同时也是合法行为。需要再一次强调的是,这不会让认为道德上不公正的行为一定同时要被看做违法行为这种做法具有可能性。基于道德方法来排除对制裁规范的侵犯会引起强调刑法道德合法性的提议,因此会给与这一部门法比立法机构的目的更强有力的授权。这也是对制裁规范的价值论层面可靠的重建。

可以用一个更为谨慎的概念替代之前提到的概念。这个更为谨慎的概念不会把所有用来证实一个行为具有道德公正性的条件都用于制裁规范的适用范围。相反,它可能会将这些标准分散到分析刑事责任的不同阶段,使得这一方法最终不会因某一特定行为对某一特定行为人课以刑事责任。对于这种刑事责任的排除主要发生在侵犯的类型特征已经被证实的阶段或不法被排除的阶段;在一些案例中这种对刑事责任的排除亦可能基于应受惩罚性,应受谴责性和罪责排除的情况。基于这一解释,法律对于有生命威胁的宫外孕的医疗的判断为:一个实施输卵管胚胎取出术的医生可免除责任,基于当孕妇生命受到

[43] 参见 R. A. Duff, *Responsibility, Citizenship, and Criminal Law*, in: R. A. Duff, S. P. Green (ed.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford 2011, pp. 126 – 127。

[44] 参见 A. Zoll, *Okoliczności wyłączaające bezprawność czynu*, Warsaw 1982, pp. 101 – 102。

[45] 参见 P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2012, vol. 4, pp. 32 – 33。

[46] 参见 J. Gardner, H. Jung, *Making Sense of Mens Rea: Antony Duff's Account*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1991, vol. 11, no. 4, pp. 565 – 566。

威胁时可以终止妊娠的规则。不管双重效应原则在排除终止妊娠的责任前提上的争议, 这些都不会引起不法的初步排除; 因此合法化的发生是基于二次修正的规则, 是源于解决孕妇利益与胎儿利益冲突的方法。即只要合乎道德的行为不被处罚, 刑法就保持了其道德合法性。但是, 如果考虑到更为谨慎的道德合法性观点, 保留领域在某些不同情况中依然是存在的, 也就是说, 如果医生采用合乎道德的治疗方式, 就很难向其解释他的行为在任何程度上是不法的。

[本文为波兰国家科学中心资助项目“人类尊严原则对刑法中的责任的影响”的研究成果。]

[**Abstract**] Criminal law, being the branch of law that has been traditionally seen as the right one to identify and assign liability for actions that seriously breach legal norms, plays a very important role in society. Verdicts of guilt are not only perceived by the public as an indication or confirmation of a breach of the law, but also believed to be a sort of condemnation. Therefore, they undoubtedly carry moral significance. In fact, the legislator's criminalization-related decisions overlap to a large extent with citizens' moral beliefs, especially in areas traditionally reserved for criminal law, such as the crime of homicide or larceny. The link between criminal law and ethical beliefs in the area of the catalog of types of prohibited actions is obvious. What most likely deserves an analysis is whether such relation exists in the case of the general part of criminal law. The proposed existence is to refer to the notion of the ethical principle of double effect and to its possible impact on the exclusion of unlawfulness in criminal law. The principle of double effect is rooted in the doctrine of Saint Thomas. Later it was elaborated on by neo-Thomists and today it is broadly discussed not only during ethical debates but also during legal debates. Today, this principle is frequently applied when making decisions in the area of medical law, especially in such complex matters as saving a pregnant woman's life when the death of her child is involved, or separating conjoined twins when such separation would eventually lead to the death of one of them. Therefore, we could draw a conclusion that any conduct justified on the basis of this principle should be seen as primarily lawful in criminal law.

(责任编辑: 郑 佳)