

论刑法中的“行为规范”

——以法益论与规范论之争为主线

柏浪涛

内容提要:行为因符合罪刑规范、违反行为规范而具有违法性。所以,罪刑规范是裁判规范而非行为规范。行为规范的构造只需要命令语句,不需要制裁要件。裁判规范不是行为规范的渊源,而是保障其实效的最后手段。基于行为规范的评价功能,法益侵害说将“违法性”定义为“法益侵害性”,这是误将价值评价当作规范判断。从价值评价(行为是坏的)无法推导出应然的规范判断(行为应被禁止)。唯有发挥行为规范的决定功能(规制功能)，“违法性”的内涵才能包括(也应包括)行为的“应被禁止性”。基于此,行为人才可能形成反对动机。所谓“违法是一般的”是就规范的效力而言的,对此只能针对一般人。就规范的实效而言,规范只能针对具体行为人。法益侵害说主张的抽象规范理论混淆了规范的效力与实效。因此,法益侵害说主张的避免结果型行为规范不是合格的行为规范。对此必须通过确立注意义务,才能实现法益保护与自由保障的平衡。

关键词:法益侵害说 规范违反说 行为规范 裁判规范 违法性

柏浪涛,浙江大学光华法学院教授。

违法论是刑法学最基本的问题之一。对此,我国刑法学存在法益论(法益侵害说、结果无价值论)与规范论(规范违反说、二元的行为无价值论)的激烈争议。关于法益侵害说,我国刑法学已有丰富且深入的研究。^[1]关于规范违反说,已有部分开创性研究,^[2]认为“规范”不是指伦理规范,而是指行为规范。^[3]基于此,关于行为规范的研究就需要

[1] 参见张明楷著:《法益初论(上)》,商务印书馆2021年版,第332-406页;黎宏:《结果无价值论之展开》,《法学研究》2008年第5期,第110-128页;陈璇:《结果无价值论与二元论之争的共识、误区与发展方向》,《中外法学》2016年第3期,第769-784页。

[2] 参见周光权著:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第80-116页;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,第38-44页。

[3] 参见周光权著:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第92-102页。

从自然法转向法实证主义,由此面临诸多实证法问题需要研究。第一,法实证主义的研究起点是“罪刑规范”这种实定法规范。对此,需要研究罪刑规范的属性及其与行为规范的关系。第二,在明确罪刑规范是裁判规范后,就必须回答行为规范的地位和效力问题。在此需要细致检视法益侵害说的基本主张,亦即“行为规范从属于裁判规范”。第三,在论证了行为规范的独立地位后,就可以清晰界定行为规范的功能。这是法益侵害说与规范违反说最基础的争论焦点。法益侵害说的基础理念是,评价规范服务于违法判断,决定规范服务于责任判断。^[4] 对此需要进行系统性反思。第四,在研究了行为规范的地位与功能后,需要将研究结论应用于故意犯和过失犯中,论证二者的行为规范的构造。法益侵害说的基本看法是,故意犯和过失犯具有相同的行为规范。^[5] 对这种看法需要全面审查。^[6]

法实证主义要求所有理论观点必须建立在实定法规范的基础上。而这一点是我国传统理论研究容易忽略的地方,也是当前研究比较薄弱的环节。作为实定法的“行为规范”是法益论与规范论的基本争议点。本文以二者的争议为主线,拟对“行为规范”的地位、功能及构造进行系统研究,所秉持的基本理念是,价值评价不等于规范判断,针对规范判断应建立自洽的论证体系和依据,以此为诸多刑法基本理论建构规范基础。

一 罪刑规范的属性与关系

我国现行刑法中法律规范的主要种类是罪刑规范,表述形式是“……的,处……”,其中,前半部分“……的”规定构成要件,后半部分“处……”规定制裁后果。一般学界所谓的刑法规范主要是指罪刑规范。从法实证主义角度看,无论是法益侵害说还是规范违反说,均需以罪刑规范为立论的出发点。

(一) 罪刑规范是裁判规范还是行为规范?

关于罪刑规范的性质,我国主流理论认为,罪刑规范既是行为规范,也是裁判规范。^[7] 例如,《刑法》第232条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑……。”该罪刑规范一方面是裁判规范,规范的接收者是法官,提示法官“如果行为人故意杀人,则应判处死刑、无期徒刑”;另一方面也是行为规范,规范的接收者是公民,提示公民“禁止故意杀人”。^[8]

这一主张虽支持者众多,但实际上经不起推敲。宾丁(Karl Binding)最早发现,所谓

[4] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第141页。

[5] 参见张明楷:《论过失犯的构造》,《比较法研究》2020年第5期,第7-10页。

[6] 规范论(规范违反说、二元的行为无价值论)并不否认法益的作用,但是关于“行为规范”的功能、构造等,规范论与法益论(法益侵害说、结果无价值论)仍存在根本分歧。

[7] 参见王永茜:《论刑法上裁判规范与行为规范的分离》,《清华法学》2015年第5期,第145-146页;雷磊:《法律规则的逻辑结构》,《法学研究》2013年第1期,第75页。

[8] 裁判规范也被称为制裁规范。“制裁规范”的表述更能表达这种规范的制裁意味。不过,“裁判规范”的表述在国内已经被大量使用,所以本文采用“裁判规范”的表述。此外,在德国刑法语境中,“举止”侧重于表达未经规范判断的自然举动,“行为”侧重于表达经过规范判断的举动。当表述规范需要规制的对象时,该对象尚属于自然意义的举止,所以针对自然举止的规范被称为“举止规范”。该表述更为恰当。但是,我国刑法语境中较少使用“举止”的表述。为了减少语言表述的理解成本,本文采用“行为规范”的表述。

“罪刑规范是行为规范”的说法难以成立。这也是宾丁最重要的贡献之一。^[9] 行为规范具有行为指引功能,行为人若违反行为规范,则其行为构成不法行为。如果认为罪刑规范是行为规范,那么行为人应违反罪刑规范,才可能构成犯罪。然而,根据司法三段论,罪刑规范是大前提,行为人的行为是小前提;小前提只有符合大前提,亦即行为只有符合罪刑规范,才能得出有罪的结论。完整的看法是,行为人的行为只有符合罪刑规范并违反行为规范,才可能构成犯罪。由此可见,罪刑规范不是行为规范。可能有人认为,从罪刑规范能够推导出行为规范,例如,从“故意杀人的,处死刑、无期徒刑……”能够推导出“禁止故意杀人,否则会被判处死刑或无期徒刑”,所以罪刑规范蕴含行为规范。然而,这种“蕴含”只是文字表述上的“蕴含”,而非法律渊源意义上的“蕴含”。归纳言之,罪刑规范不是公民的行为规范,而是法官的裁判规范。

(二) 罪刑规范与容许规范的关系辩证

容许规范是指规定正当化事由的规范。一般认为,容许规范与罪刑规范是排斥关系,具体而言,罪刑规范负责保障行为规范的有效性,行为规范规定了命令与禁令,也称为命令性或禁止性行为规范,是行为违法性的存在根据,而容许规范规定了违法性阻却事由,也可称为容许性行为规范。简言之,行为若符合罪刑规范,则具有违法性;行为若符合容许规范,则排除违法性。^[10] 根据这种排斥关系,法益侵害说及结果无价值论认为偶然防卫构成正当防卫。例如,乙正要枪杀丙,甲枪杀了乙,但甲不知道乙正在杀人,甲只想杀死仇人乙。行为成立犯罪,要求既具备客观要件又具备主观要件,但是,行为不成立犯罪,只要求欠缺客观要件或欠缺主观要件。甲的行为不满足犯罪的客观要件,因为甲的行为在客观上是防卫行为,亦即制止了乙的不法侵害,由此排除了甲行为的违法性。基于此,甲的偶然防卫行为构成正当防卫。^[11]

然而,这种论证可能存在的问题是,甲客观上制止了乙的不法侵害,排除了甲的行为的违法性,至多证明甲的行为不成立犯罪,但无法进一步证明甲的行为成立正当防卫。这是因为,正当防卫行为比无罪行为的要求更高。正当防卫不仅仅是无罪行为,更是公民的权利。规定正当防卫的法律规范对于公民而言不仅仅是容许规范,更是授权性规范。正当防卫属于一种主体权利,而主体权利代表一种主观的法,客观的法则是指现行法律规范。主体权利是客观的法赋予个人保护自身利益的“法律权力”。^[12] 以所有权为例,一个人对某个财物享有所有权,消极的权能是排除他人侵害,积极的权能是对财物的使用、收益、处分,该积极权能为所有权人建构了一个自由空间,由此为人格实现和自我发展提供基础。积极权能并不是消极权能的反射效果,不是居于从属地位,而是具有独立价值。^[13]

[9] Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band I: Normen und Strafgesetze, 2. Aufl. 1890, S. 4 ff.

[10] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 250 页。

[11] 参见张明楷:《论偶然防卫》,《清华法学》2012 年第 1 期,第 19 页。

[12] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社 2013 年版,第 32-33 页。

[13] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》(第六版),黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 323-324 页。

同理,防卫权对于公民而言既具有消极意义,也具有积极意义。消极意义体现在可以排除自己行为的违法性。积极意义体现在为公民构建自由空间提供了前提条件,为公民的人格独立和自我发展提供了基础保障。这种积极意义不是消极意义的反射效果,具有独立价值。^[14] 因此,行为要成立正当防卫,不仅要求行为排除此前的违法性,而且要求行为旨在维护自我负责的自由空间。上述偶然防卫案中,甲的枪杀行为制止了乙的不法侵害,由此排除了甲的枪杀行为的违法性,但是,甲只有杀人故意,没有防卫意识,甲的枪杀行为并不是在维护自我负责的自由空间,因此甲的这种枪杀行为不能成为甲的主体权利(防卫权),亦即此后遇到此类案件,甲无权再次实施这种无防卫意识的枪杀行为。基于此,成立正当防卫要求主观上具有防卫意识。

归纳言之,禁止规范、容许规范与授权性规范是三个不同关系的概念。禁止规范(A)与容许规范(非A)是排除关系,但授权性规范比容许规范具有更多的积极意义(非A且B)。因此,正当防卫的两种表述“违法阻却事由”和“正当化事由”存在意蕴差异。前者仅表达了行为排除了违法性(非A),后者还彰显了行为的正当性和防卫人的主体权利(非A且B)。行为缺乏违法性不等于行为具有正当性。所以,对正当防卫更严谨的表述应是“正当化事由”。

总结以上论述,可以明确各种法规范的体系性地位,具体而言,行为只有符合罪刑规范(裁判规范)、违反行为规范且不符合容许规范,才最终具有违法性。我国传统理论认为,犯罪的一大特征是,“犯罪是触犯刑律的行为,即具有刑事违法性”。^[15] 根据上文论证结论,其中的“刑律”不应指裁判规范(罪刑规范),而是指行为规范。

二 行为规范的地位与效力

既然明确了裁判规范(罪刑规范)不等于行为规范,那么就需要研究二者究竟是怎样的关系。对此,从属性理论认为,在法律渊源上,行为规范是由裁判规范派生的,二者具有从属关系。^[16] 换言之,行为规范的正确表述应是,“禁止……行为,否则会被判处刑罚”。奥斯丁也认为,如果一个命令规范没有制裁要件,就和其他种类的要求没有区别。^[17] 凯尔森(Hans Kelsen)也主张,行为规范包含在裁判规范中,裁判规范是主要规范,行为规范是次要规范,二者具有主从关系,裁判规范才是唯一真正的法律规范。^[18]

然而,独立性理论认为,行为规范的表述只需要一种命令语句即可,例如,“禁止盗窃”便是行为规范,不需要添加“否则会被判处刑罚”,亦即不需要制裁要件。^[19] 这表明,

[14] 参见[德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版,第22-23页。

[15] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第44页。

[16] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第31页;[日]大塚仁著:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第22页。

[17] 参见[英]约翰·奥斯丁著:《法理学的范围》,刘星译,商务印书馆2022年版,第19-21页。

[18] 参见[奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第107页。

[19] 参见[英]边沁著:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第372页;[日]高桥则夫著:《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,第3页。

行为规范具有独立性,不是派生于裁判规范。^[20] 哈特(H. L. A. Hart)便指出,即使去除刑罚制裁的威胁,仍存在行为规范,这在逻辑上是可能的,也是可欲的,裁判规范是为行为规范运行失败时准备的,仅具有辅助作用。^[21]

上述争论涉及规范理论的基础问题,但长期为我国刑法学界所忽略。然而,该问题关系到刑法学一系列问题的底层法理依据。例如“冠心病案”,甲与乙因琐事发生口角,继而打斗在一起。甲击打乙的面部,乙鼻子出血。后乙因冠心病发作而死亡。^[22] 若站在裁判规范的立场考察因果关系,则会采取事后视角,根据专家鉴定寻找导致结果的一切事实,基于此,甲的行为与结果有因果关系。若站在行为规范的立场考察因果关系,则会采取行为时视角,将行为人在行为时能够预见的事实作为判断资料。基于此,若甲无法预见死亡结果的发生,则其对结果不用负责。由此可见,厘清裁判规范与行为规范的关系与地位,是研究因果关系论、违法论等问题的基础工作。^[23] 从属性理论的论证理由主要是行为动机和行为压力。对此,需要细致剖析。

(一)关于“行为动机”的理由反思

从属性理论的立论前提是,立法者用制裁措施规制人的行为,促使人们实施社会希望的行为;法秩序就是一种强制秩序。^[24] 行为规范规定了特定行为,裁判规范将某种制裁联结于不遵守行为规范的情形,此时行为规范就只是启动制裁的条件,不具有独立性。^[25] 这种看法是凯尔森纯粹法理论的立场。例如,甲按照约定保管乙的财物。甲之所以按期归还财物,是因为如果不归还财物会面临侵占罪的刑罚制裁。制裁要件在规制甲的行为方面起到主导作用。然而,这种看法并不完全符合行为的实际发生机制。

行为决策的作出可以出于积极动机或消极动机。积极动机是做某件事会获得哪些好处。消极动机是做某件事会遭受哪些不利后果。制裁措施仅影响消极动机,不能影响积极动机。生活中,个人作出行为决策主要受积极动机的影响。例如,甲之所以按期归还乙的财物,可能不是因为惧怕刑罚制裁,而是因为具有诚实信用的观念。正如法社会学家埃利希(Eugen Ehrlich)所言:“对于一个把法主要看作是行为规则的人而言,无论刑罚强制还是执行强制都必然退居次席。在他看来,人类生活本身并非都是在法庭前上演的……法学家至少不应忽视下面一点:人们在这个意义上作为法律义务做出一定行为或不做出一定行为,常常完全不同于(有时甚至远远不同于)官方能够强迫他们做出一定行为或不做出一定行为。行为规则通常完全区别于强制规范。”^[26]

[20] Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band I: Normen und Strafgesetze, 2. Aufl. 1890, S. 44 f.

[21] 参见[英]哈特著:《法律的概念》(第三版),许家馨、李冠宜译,法律出版社 2018 年版,第 87、92 页。

[22] 参见《中国刑事审判指导案例》编写组编:《中国刑事审判指导案例 1(刑法总则)》,法律出版社 2021 年版,第 49 页。

[23] 参见[德]乌韦·穆尔曼著:《德国刑法基础课》(第 7 版),周子实译,北京大学出版社 2023 年版,第 246 页。

[24] 参见[奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆 2013 年版,第 49-50 页。

[25] 参见[奥]汉斯·凯尔森著:《纯粹法学说》(第二版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社 2021 年版,第 70 页。

[26] [奥]欧根·埃利希著:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社 2009 年版,第 22-23 页。

(二)关于“行为压力”的理由辩驳

除了行为动机,从属性理论也从行为压力角度来论证制裁措施对于行为规范的必要性。从属性理论的新派人物施特莫尔(Peter Stemmer)认为,“应该”与“必须”存在差别,一项要求要成为行为规范,不能仅仅是“应该做某事”,因为这只是表达了要求者的一种意愿,而应是“必须做某事”,也即要求者的意愿对接收者要有约束力,对接收者形成行为压力。行为压力的形成需要两个要素,一是意愿,二是为实现意愿必须实施的行为,该行为是实现意愿的必要条件。如果行为人要实现“Y 意愿”,就必须实施“X 行为”,那么,必须实施“X 行为”就是一种行为压力。^[27] 同理,要控制行为的意愿进而形成行为压力,就必须借助制裁措施,将应予禁止的行为与制裁联结起来。制裁能够产生针对一般国民的“必须性”。例如,必须放弃杀人,否则接受刑罚制裁。由于制裁带来的恶害是所有国民不想要的,所以“必须性”构成行为规范的特性。^[28] 上述观点可简称为行为压力理论。该理论从本体论的角度论证了制裁的必要性。然而,该理论的论证值得商榷。

第一,该理论假设所有国民均想避免刑罚制裁带来的恶害,由此制裁才会对国民产生行为压力。然而,这一假设前提并不完全成立。现实中,有些人自愿选择坐牢,例如,甲故意犯罪,意图坐牢,想在监狱里度过晚年;乙为了包庇他人犯罪,自愿“顶包”坐牢。又如,确信犯明知实施犯罪会遭受刑罚制裁,但基于某种信仰仍义无反顾地实施犯罪。^[29] 在这些情形中,制裁措施并不会对行为人产生行为压力。对此,施特莫尔的回应是,这些情形是很罕见的情形,大多数人还是认为刑罚会带来恶害;对大多数人而言,刑罚制裁是能够产生行为压力的。^[30] 然而,“行为人自愿坐牢”这种情形至少说明行为压力理论存在漏洞。何况,惯犯、常习犯在实践中并不少见。这些犯罪人已经养成犯罪习性,对刑罚制裁带来的恶害已经产生“钝感”,刑罚制裁对他们已经很难形成行为压力。

第二,该理论假设当行为人想通过犯罪手段获得好处时,一想到会遭受刑罚制裁,则会选择避免刑罚制裁;如此,刑罚制裁才能对行为人产生行为压力。然而,这一假设前提也不完全成立。实践中,有些人经过权衡,将刑罚恶害视为获利的一种成本。例如,甲衡量后认为,生产、销售伪劣产品能获得暴利,可以将罚金视为必要成本。在这种情形下,制裁措施并不能对行为人产生行为压力。^[31] 施特莫尔对此的解释是,即使行为人经过权衡,选择接受刑罚恶害,也只能表明规范在此缺乏实效,但不能表明规范已经不存在了。^[32] 然而,规范缺乏实效,意味着“制裁措施产生行为压力”这一运作机制失效。此时,规范依然存在,反倒证明,规范的存在并不依赖于制裁措施。

第三,该理论假设行为人认为若实施犯罪,则必然招致刑罚制裁,如此,刑罚制裁才能给行为人产生实际的行为压力。然而,由于诸多原因,行为人实施了犯罪但并未遭受制裁

[27] Vgl. Stemmer, Normativität, 2008, S. 35 ff.

[28] Vgl. Stemmer, Normativität, 2008, S. 156 ff.

[29] 参见[日]大谷实著:《刑法讲义总论》(新版第5版),黎宏、姚培培译,中国人民大学出版社2023年版,第81页。

[30] Vgl. Stemmer, Normativität, 2008, S. 177 f.

[31] Vgl. Engländer, Norm und Sanktion - Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm, Rechtswissenschaft 2013, S. 201.

[32] Vgl. Stemmer, Normativität, 2008, S. 183.

的现象是客观存在的。行为人若认为遭受制裁具有或然性,那么在权衡是否实施犯罪时,便会存在侥幸心理,亦即认为自己有可能逃避制裁。这种侥幸心理意味着制裁措施并不一定能对行为人产生行为压力。正因如此,贝卡里亚(Cesare Beccaria)特别强调,犯罪人遭受刑罚的必定性比刑罚的残酷性更重要。^[33]

(三)行为规范的效力与实效

行为规范在结构上并不需要制裁要件,“禁止杀人”这一命令语句本身就可以塑成行为规范。行为规范独立于裁判规范。不过,从属性理论提出质疑的是,缺少刑罚制裁要件,行为规范的有效性如何得到保障?缺乏有效性保障的行为规范与道德规范有何区别?还算是法律规范吗?我国学者便认为,若缺乏裁判规范,那么行为规范便缺乏有效性。^[34]宾丁对此的回应是,刑法规范的制裁部分虽然不是行为规范的要件,但也是证明行为规范具有法律属性的一种手段;当行为人知道,若不遵守行为规范则会招致刑罚后果,那么行为人便意识到该行为规范具有法律属性。^[35]然而,依据这种看法,行为规范的有效性实际上仍依赖制裁要件。因此,需要实质性论证行为规范的有效性。

规范的“有效性”存在两种含义,一是效力,二是实效。规范的“效力”包括两层含义:一是指规范的约束力及其存在根据,即“这条规范凭什么能规制人的行为?”二是指约束力的实质根据,即“这条规范为什么能规制人的行为?”规范的“实效”关注的则是“规范规制行为的实际效果如何?”规范的“效力”是规范的本质属性,规范的“实效”涉及具体行为的特性,亦即某个行为是否符合规范。换言之,规范的“效力”是规范的普遍性问题,规范的“实效”是规范的个别性问题。“行为违反规范”损害的只能是规范的实效,无法损害规范的效力。例如,某个小偷实施盗窃,只能表明“禁止盗窃”这一行为规范对其没有发挥实效,但是该行为规范的效力依然存在。^[36]规范违反说认为,违法行为破坏了规范的有效性,刑法应维护规范的有效性。^[37]这里的“有效性”应是指规范的实效,而非规范的效力。简言之,规范的“效力”关注的是规范的证立问题,规范的“实效”关注的是规范的运行问题。规范的证立与规范的运行是两个不同问题。^[38]

1. 行为规范的效力

就效力的第一层含义“约束力及其存在根据”而言,行为规范效力的存在根据在于,行为规范的制定主体是代表国家的立法者。立法者制定一项行为规范,蕴含立法者的意志,这种意志是国家统治权的体现。因此,行为规范的本质特征是,其是立法者的意志产物。^[39]

[33] 参见[意]切萨雷·贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第62页。

[34] 参见杨绪峰:《过失犯的结果回避可能性:规范构造与实践运用》,《环球法律评论》2023年第4期,第153页。

[35] Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band I: Normen und Strafgesetze, 2. Aufl. 1890, S. 43 f.

[36] 参见[奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第65、78页。

[37] 参见周光权著:《刑法学的向度:行为无价值论的深层追问》(第三版),中国人民大学出版社2023年版,第231页。

[38] 参见[德]罗伯特·阿列克西著:《法·理性·商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第43-44页;[德]莱因荷德·齐佩利乌斯著:《法哲学》(第六版),金振豹译,北京大学出版社2013年版,第27-28页。

[39] Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band I: Normen und Strafgesetze, 2. Aufl. 1890, S. 51 ff.

不过,立法者没有在刑法中制定行为规范,而是在其他部门法中制定行为规范。刑法只是其他部门法的保障法。^[40] 刑法的任务是保障其他部门法中的行为规范。刑法自身不塑造行为规范。^[41] 例如,“禁止伤害他人”便源自侵权法。因此,行为规范虽然不是刑法规范,但属于其他部门法规范。

从属性理论认为,行为规范与道德规范的区别在于,行为规范的实效有制裁措施作保障,具有强制性,而道德规范的实效没有制裁措施作保障,不具有强制性。^[42] 简言之,行为规范依靠“他律”,道德规范依靠“自律”。然而,这仅是二者在实效层面的区别。二者首先在效力层面就有区别。虽然二者在表述上都是命令规范,例如,二者都有“禁止盗窃”的规范,但是二者在制定主体上存在区别。行为规范的制定主体是代表国家的立法者。而道德规范没有制定主体,因为道德规范是一种社会规范,是由社会成员逐渐形成的交往共识。道德规范中不蕴含立法者的意志,不是国家统治权的体现,所以国家只是提倡道德规范。行为规范体现立法者(制定者)与国民之间的权利与义务关系。道德规范不存在这种权利与义务关系。概言之,立法者的意志是行为规范的效力体现或存在根据,而道德规范缺乏这种效力根据。

以上论述是就规范效力的第一层含义“约束力的存在根据”而言的。就规范效力的第二层含义“约束力的实质根据”而言,要回答行为规范为什么能规制国民的行为,则答案已经超出法实证主义的研究范畴,可能的答案有自然法上的正义观、法社会学上的“国民承认”等。就约束力的实质根据而言,行为规范与道德规范在价值取向上没有本质区别,因为二者均需要获得国民的实际认可。^[43]

2. 行为规范的实效

行为规范的实效首先依赖于其他部门法的运行。其他部门法为行为规范设置了法律后果,例如,侵权法为“禁止伤害他人”设置了损害赔偿 responsibility,交通法为“禁止酒后驾驶”设置了行政处罚措施。因此,行为规范具有产生实效的能力。这一点与道德规范也不相同。倾向于从属性理论的学者霍耶尔(Andreas Hoyer)虽然承认行为规范的效力与实效是两个不同问题,但是认为,行为规范与刑罚制裁必须建立法律上的联结,行为规范才具有效力,至于在具体案件中是否实际产生联结则是实效问题。^[44] 然而,正如阿列克西(Robert Alexy)所指出的,行为规范要具有产生实效的能力,只要求具有产生实效的最低限度的可能性。^[45] 其他部门法设置的法律后果已经保障了行为规范的这种最低限度可能性。行为规范的实效问题是个实证问题,需要调查国民遵守行为规范的程度以及违反行为规范

[40] 参见时延安:《刑法规范的结构、属性及其在解释论上的意义》,《中国法学》2011年第2期,第111-112页。

[41] 参见陈兴良:《刑法教义学中的规范评价》,《法律科学》2023年第2期,第29页;Vgl. Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 50.

[42] 参见[奥]汉斯·凯尔森著:《纯粹法学说》(第二版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第80-81页。

[43] 参见[德]H. 科殷著:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第188页。

[44] Vgl. Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann: Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, 1997, S. 58.

[45] 参见[德]罗伯特·阿列克西著:《法概念与法效力》,王鹏翔译,商务印书馆2015年版,第95页。

的原因等。阿列克西将法规范的这种实效称为社会学的效力概念,意指该问题可以通过法社会学进行实证研究。^[46]

在如何保障行为规范的实效问题上,其他部门法与刑法是位阶关系,先由其他部门法实施保障,此时刑法需要保持谦抑性。在其他部门法保障不力的情况下,启动刑罚制裁措施予以保障。刑法设置刑罚制裁措施,只是为了进一步保障行为规范的实效。缺乏刑罚制裁要件,可能削弱行为规范被遵守的程度,影响行为规范的实效,但不影响行为规范的效力。简言之,刑罚制裁措施不是行为规范产生效力的必要条件,仅是行为规范产生实效的最后保障条件。从属性理论认为,制裁措施是行为规范产生效力的必要条件。这是倒果为因,亦即将违反规范的制裁后果视为规范的存在条件。然而,“违反规范而产生制裁后果”必须以规范的存在为前提。规范无法从制裁后果中产生。^[47]

三 行为规范的评价功能与决定功能

明确了行为规范的地位与效力,便为违法性的判断提供了规范基础。关于违法性的判断,法益侵害说认为,法规范是评价规范,依据评价规范,如果评价结论是一个行为侵害了法益,那么该行为具有违法性;^[48] 违法性就是指法益侵害性。^[49] 这是法益侵害说和结果无价值论的立论基础。然而,这种论断值得商榷。由于该问题是刑法学最基础的问题之一,需要细致分析。

(一)“行为规范与裁判规范”“评价规范与决定规范”的关系辨析

法益侵害说认为,就违法性的判断而言,法规范是评价规范;就责任的判断而言,法规范是决定规范。^[50] 规范违反说认为,就违法性的判断而言,法规范既是评价规范,也是决定规范。^[51] 这是二者最基本的争论点。此外,有观点认为,裁判规范是评价规范,行为规范是决定规范。^[52] 研究这些基本论断,需要先澄清“行为规范与裁判规范”“评价规范与决定规范”两组概念的关系。

法益侵害说和规范违反说在讨论违法性的证立时,所谓的“评价规范”“决定规范”不是指规范的种类,而是指规范的功能。详言之,规范的评价功能是指规范能够评价某个行为或事态有无法律上的价值。规范的决定功能是指规范能够规制公民的意思决定,该功能也被称为规范的规制功能或指引功能。^[53] 行为规范与裁判规范(罪刑规范)是指两种规范的种类。种类与功能是两个不同的概念,是从不同角度对规范进行描述,因此不能认为,裁判规范等同于评价规范,行为规范等同于决定规范,这两组概念没有必然的对应关

[46] 参见[德]罗伯特·阿列克西著:《法概念与法效力》,王鹏翔译,商务印书馆 2015 年版,第 90 页。

[47] Vgl. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 14.

[48] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第 3 版),付立庆译,中国人民大学出版社 2018 年版,第 102 页。

[49] 参见[日]佐伯仁志著:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 82-83 页。

[50] 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特著:《李斯特德国刑法教科书》,徐久生译,北京大学出版社 2021 年版,第 161-162 页。

[51] 参见[日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社 2020 年版,第 221-222 页。

[52] 参见周光权著:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社 2015 年版,第 82 页。

[53] 参见[日]大塚仁著:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 23 页。

系。裁判规范和行为规范均具有评价功能和决定功能。

因此,探讨行为人行为违法性时的争议焦点是,行为规范需要发挥哪种功能才能判断行为是否具有违法性?结果无价值论认为,行为规范仅需发挥评价功能就能判断行为是否具有违法性。二元的行为无价值论主张,行为规范需同时发挥评价功能和决定功能才能判断行为是否具有违法性。^[54]

(二) 价值评价不等于规范判断

法益侵害说认为,违法性的本质特征是行为侵害法益,根据规范的评价功能,若评价结论是某个行为具有法益侵害性,那么该行为具有违法性。^[55]然而,该评价仅属于价值评价,而“行为具有违法性”应属于规范判断。

1. 从价值评价无法推导出规范判断

从事实判断无法推导出价值评价,^[56]实际上,从价值评价也无法推导出规范判断。价值评价的结论是“这个行为好(有价值)或不好(无价值)”。而规范判断的结论是“这种行为应当做(命令)或不应当做(禁止)”,因为调整行为的功能是法规范的基本功能。规范判断中必然蕴含价值评价。例如,“这种行为不应当做”中必然蕴含“这种行为是不好的”。价值评价是规范判断的前提基础或必要条件,但不是充分条件,亦即从价值评价无法直接推导出规范判断。一方面,从“这个行为好(有价值)”无法直接推导出“这种行为应当做(命令)”。例如,从“上学是件好事情”无法推导出“每个人必须上学”。另一方面,从“这个行为不好(无价值)”无法直接推导出“这种行为应当被禁止”。例如,从“吸烟有害健康”无法推导出“禁止吸烟”。

从价值评价无法直接推导出规范判断。首先,价值评价只是对实然事实作出评价,而规范判断是对未然事实作出判断。对实然事实作出价值评价的落脚点仍然是实然事实,对未然事实作出规范判断的落脚点是应然事实。从“实然”无法推导出“应然”。^[57]并且,对未然事实所作的“价值评价”实际上就是规范判断。^[58]例如,“小强明天做作业是件好事情”,言外之意便是“小强明天应当做作业”。这是因为,对未然事实所作的价值评价中必然蕴含了评价者对未来选择的价值倾向。此外,对实然事实作规范判断是没有意义的。例如,“商鞅应当主张变法”这一表述是没有意义的,正确的表述应该是,“商鞅变法是中國历史上一次伟大变革”。换言之,历史不容假设,但可以被评判。可见,对实然事实只能作价值评价。其次,对实然事实的价值评价具有个别性,而规范判断具有普遍性。从个别性判断无法得出普遍性判断。例如,从“小强沉迷电子游戏是坏事情”无法推导出“禁止任何人打电子游戏”。再次,对实然事实的价值评价结论是有价值或无价值,其中不包含目的,而规范判断预设了目的,价值论不等于目的论。又次,对实然事实的价

[54] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第325-326页。

[55] 参见[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第81页。

[56] 参见[德]G.拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第7-8页。

[57] 参见[德]H.科殷著:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第189页。

[58] Vgl. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 61.

价值评价不会增设义务,而规范判断会增设义务。换言之,价值评价只是表明一种思想态度,而规范判断则诉诸行动。从态度到行动的转变,需要考量诸多现实因素。例如,吸烟是坏事情,但要“禁止吸烟”,则需要权衡父权主义与自我负责原则。最后,一个应然判断只能从另一个应然判断推导出。一个规范的效力基础只可能来自另一个规范的效力。^[59]例如,从“吸烟是坏事情”不能推导出“禁止吸烟”,但是从“禁止损害他人”这一规范判断能够推导出“禁止在公共场所吸烟”。

归纳言之,一方面,从事实判断无法推导出价值评价,例如,从“小强在吸烟”无法推导出“小强吸烟是坏事情”。另一方面,从价值评价无法推导出规范判断,例如,从“小强吸烟是坏事情”无法推导出“禁止所有人吸烟”。

2. “行为具有法益侵害性”仅是一种价值评价

行为具有“法益侵害性”是一种否定性价值评价。该评价结论的得出共经历三个阶段。第一个阶段是正面的价值评价,评价对象不是孤立的“法益”,而是“法益处在正常状态”,评价结论是这种状态是有价值的、值得保护的,可简称为“状态有价值”。第二个阶段是负面的价值评价,具体而言,当人的行为、野生动物、自然灾害破坏了法益的正常状态,那么这种事态便是无价值的,可简称为“事态无价值”。在该阶段,尚未考察造成这种事态的原因。^[60]第三个阶段是否定性价值评价。从造成无价值事态的原因中筛选出人的行为,根据行为规范的评价功能,对人的行为予以否定性评价,亦即“该行为具有法益侵害性”。由于年幼者、年长者、精神正常者及精神病患者均能制造无价值的事态,因此,这里的行为包括所有人的行为。^[61]至此,完成了对行为的价值评价。法益侵害说由此认为,具有法益侵害性的行为具有违法性。然而,如上文所述,从这种对行为的价值评价中无法推导出规范判断。

(三)“违法性”蕴含“应被禁止性”

“行为具有违法性”不仅包含对行为的否定性价值评价,亦即“行为具有法益侵害性”,还应包括对行为的规范判断,亦即“应当禁止这种行为”。其主要理由在于,第一,“违法”是指行为违反法规范。所以,违法性判断必然带有规范判断的性质。如前文所述,这里的法规范是指行为规范,而非裁判规范。行为只有符合裁判规范(罪刑规范)且违反行为规范,才具有违法性。行为规范的基本功能是规制功能(也称决定功能或指引功能)。缺乏规制功能的法规范就不能称为行为规范。依据行为规范的规制功能,具有法益侵害性的行为应当被禁止。如果依据行为规范的评价功能,宣布具有法益侵害性的行为具有违法性,便宣告“大功告成”,那么行为规范的功能发挥是不完整的。如果评价一个行为具有违法性,却不禁止该行为,则这种价值评价是没有实践意义的。因此,违法性应包括两项含义:一是依据行为规范的评价功能,对行为作出价值评价,结论是行为具

[59] 参见[奥]汉斯·凯尔森著:《纯粹法学说》(第二版),[德]马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第241页。

[60] Vgl. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 70.

[61] 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特著:《李斯特德国刑法教科书》,徐久生译,北京大学出版社2021年版,第161页。

有法益侵害性;二是依据行为规范的规制功能(决定功能),对行为作出规范判断,结论是行为具有应被禁止性。

规范违反说认为,违法性的含义包括行为的规范违反性。^[62]然而,规范违反性只是一种法律适用或涵摄的判断,亦即行为符合还是违反行为规范,尚未表达出应然判断。正因如此,规范违反说被法益侵害说诟病为:“说违法是指行为违反法规范,等于什么也没有说。法规范违反说,只是说明了形式的违法性,并没有回答违法性的实质。”^[63]而“应被禁止性”体现应然判断,比规范违反性更能表达违法性的完整内涵。

第二,违法性蕴含行为被禁止性,是由立法者创设行为规范的目的决定的。当立法者得出价值评价结论“行为具有法益侵害性”后,立法者面对这种无价值的事态不可能无动于衷。“法规范显然并不是以认识世界为目的,而是旨在进行行为规整。这意味着,所有法律条文最终都可归结为实践规范,即对行为的规定。”^[64]在价值评价的基础上,增加立法者的规制目的,便能塑成行为规范。这种立法理念中的“目的性”将价值评价升级为具有约束力的规范。行为规范是这种目的性思维的产物。通过行为规范的约束力,价值论与目的论融合在一起。价值评价没有约束力,但规范判断具有约束力。^[65]

(四)法益侵害说的辩驳与回应

1. “抽象规范”的论证

法益侵害说及结果无价值论认为,其所作的价值评价,即“行为具有法益侵害性”也蕴含应然判断的属性,所依据的应然规范是,“应当存在一种特定的客观社会状态”,该应然规范并无具体特定的规范接收者,是一种抽象规范。行为规范是实现应然规范指涉的社会状态的手段,该应然规范(抽象规范)发挥评价功能,是一种客观评价规范,行为规范(命令规范)发挥规制功能,是一种针对具体行为人的决定规范。评价应先于命令,在发布命令之前,应先明确评价结论,所以先由抽象规范(客观评价规范)发挥评价功能,后由行为规范实现这种评价认可的社会状态。^[66]

对上述抽象规范理论的常见反驳是,该理论会导致自然力量违法论,亦即洪灾、野兽袭击导致的法益侵害也属于违法现象。对此,抽象规范理论解释道,法律评价的对象只能是人的行为。具体而言,抽象规范的评价对象是人的行为破坏了特定的社会状态,只是这里的“人”是抽象的人,而非具体的人。决定规范的规制对象是具体的人。^[67]

对此,传统的规范违反说及行为无价值论反驳道,评价规范与决定规范的对象应具有同一性,^[68]亦即要么都是抽象的人,要么都是具体的人。但是,抽象规范理论回应道,传

[62] 参见周光权著:《刑法学的向度:行为无价值论的深层追问》(第三版),中国人民大学出版社2023年版,第169-171页。

[63] 张明楷著:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第38页。

[64] [德]莱因荷德·齐佩利乌斯著:《法哲学》(第六版),金振豹译,北京大学出版社2013年版,第12-13页。

[65] Vgl. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 76.

[66] Vgl. Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 1924, 207, 244 f.

[67] Vgl. Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 1924, 207, 245 ff.; [德]弗兰茨·冯·李斯特著:《李斯特德国刑法教科书》,徐久生译,北京大学出版社2021年版,第161页。

[68] 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,第377页。

统行为无价值论之所以要求对象同一性,是因为其认为法规范是同一个规范亦即行为规范,同一个行为规范发挥评价功能和规制功能时,对象应具有同一性;但是,抽象规范与行为规范不是同一个规范,后者是从前者中派生出来的,是实现前者的一种手段,对二者不能等同视之,基于此二者的对象当然不是同一个对象。^[69] 并且,抽象规范为违法性的评价服务,行为规范(决定规范)为责任的评价服务。违法性的判断只能针对一般人,责任评价针对具体行为人,亦即违法是一般的,责任是个别的,所以两个阶段的判断对象当然不是同一个对象。换言之,客观违法性论中的“客观”具有“一般性”的含义。^[70]

然而,抽象规范理论的上述论述混淆了规范的效力与实效。如前文所述,规范的效力是指约束力及其实质根据,规范的实效是指规范的实际效果。规范的效力是规范的普遍性问题,效力必须针对一般人而言。规范的实效是规范的个别性问题,实效必须针对具体行为人而言。抽象规范理论认为,抽象规范的对象是抽象人亦即一般人,这是就规范的效力而言的;行为规范的对象是具体行为人,这是就规范的实效而言的。

抽象规范理论认为,抽象规范与行为规范的关系是从抽象到具体的判断过程,是目的与手段的关系。这一观察视角并没有问题,但是,当落实到具体层面,亦即讨论具体案件时,所讨论的内容显然是规范的实效问题,因为规范的效力问题主要是立法论的问题。所谓“评价先于命令”是就立法而言的,亦即立法者需要先评价某种行为具有法益侵害性,才能颁布命令,禁止公民实施这种行为。而在司法层面,讨论的是已然生效的命令规范(行为规范)的实效问题,此时命令在先,评价在后,亦即法官先判断某个行为违反了命令规范,具有应被禁止性,然后评价该行为具有法益侵害性。

讨论行为规范的实效时,必然以具体行为人为对象。所谓“违法是一般的,责任是个别的”,存在偷换概念之嫌。“违法是一般的”是就规范的效力而言的,对此只能针对一般人,不能因人而异。“责任是个别的”是就规范的实效而言的,对此只能针对具体行为人。就规范的实效而言,在判断违法性时,违法主体也只能是具体行为人。因此,在规范的实效层面,违法和责任的判断对象均是具体行为人,具有同一性。

2. “应被禁止性”的实现

法益侵害说认为,其所定义的违法性也包含禁止性,但禁止性的含义是禁止侵害法益的事态的发生,或者应当避免法益侵害结果的发生。^[71] 然而,这种看法没有回答如何“避免法益侵害结果的发生”。很显然,只有通过规制行为才能实现这一点。行为规范通过命令作用模式发挥规制行为的功能。详言之,行为规范发布命令,以此左右行为人的意志决定,行为人由此实施相应行为。“行为具有违法性”表达的意涵是,行为人违反规范的命令意志。通过“命令意志—行为意志”,行为规范能够规制行为,进而禁止侵害法益的事态发生。“命令的对象只能是人不得向他人开枪射击,而不能是子弹不得击中;或只能是人不得拿石块扔别人的窗玻璃,而不得是玻璃不碎。因行为而引发的因果过程以及结

[69] Vgl. Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 1924, 207, 245.

[70] 参见张明楷著:《外国刑法纲要》(第三版),法律出版社2020年版,第108页。

[71] 参见张明楷:《论过失犯的构造》,《比较法研究》2020年第5期,第6-10页。

果的发生原则上是无法禁止的。原则上无法禁止的事件,也就不属于可以有意义地加以禁止的‘违法’行为。”^[72]

3. 决定功能如何服务于责任判断?

法益侵害说认为,该说并没有忽视行为规范的规制功能(决定功能),而是将其作为判断责任(有责性)的依据。^[73] 这里的责任是指谴责、非难,有责性是指可谴责性或非难可能性。谴责的依据是,行为人能够形成反对动机(抑制实施违法行为的动机)却未形成反对动机,而是产生实施违法行为的动机,因此应予以谴责。^[74] 行为人能够形成反对动机,是因为法规范已经告知行为人此类行为的违法性,行为人具有了违法性认识或认识的可能性,亦即行为人具有形成反对动机的能力。

从法益侵害说的立场出发,法规范已经告知行为人此类行为具有法益侵害性,由此便能影响行为人的意思决定,行为规范在此发挥规制功能(决定功能),促使行为人产生反对动机,不实施违法行为。然而,具有法益侵害性只是价值评价,只表示“行为是坏的”,未表示“行为是被禁止的”。由此,行为人会反驳道:“法规范只是告诉我,行为是坏的,没有告诉我行为是被禁止的,行为是坏的不等于行为是被禁止的,所以我无法形成抑制实施违法行为的动机。”要让行为人形成反对动机,应告诉行为人“行为是被禁止的”。正因如此,违法性认识及其可能性中的“违法性”是指行为的被禁止性,而非法益侵害性。违法性认识错误也被称为禁止性错误。不难发现,法益侵害说的“违法性”中缺少“应被禁止性”,这就导致责任判断的机制中缺少必要一环。归纳言之,行为规范的决定功能在违法层面和责任层面均发挥作用,但表现有所不同。行为规范的决定功能在违法层面的意义是,“违法性”的内涵具有了“应被禁止性”;在责任层面的意义是,为谴责提供了前提条件,亦即行为人能够形成反对动机。

四 行为规范的构造与类型

通过上文论证,明确了行为规范的地位与功能之后,便可以确定行为规范的构造和类型。对此,法益论与规范论存在激烈争议。法益侵害说及结果无价值论认为,故意犯与过失犯违反的是同一个行为规范,例如故意杀人罪和过失致人死亡罪违反的行为规范都是“避免死亡结果的发生”(简称“避免结果型行为规范”);^[75] 基于此,两罪的客观构成要件及实行行为都是相同的,亦即都是“导致死亡结果的行为”,二者的区别仅在于主观要件。^[76] 然而,这些看法可能值得进一步商榷。

(一) 行为规范与因果理论

不同的行为规范理论对应不同的因果理论。法益侵害说基于避免结果型行为规范,

[72] [德]莱因荷德·齐佩利乌斯著:《法哲学》(第六版),金振豹译,北京大学出版社2013年版,第24-25页。

[73] 参见张明楷著:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第56页。

[74] 参见[德]乌韦·穆尔曼著:《德国刑法基础课》(第7版),周子实译,北京大学出版社2023年版,第117-118页。

[75] 参见张明楷:《论过失犯的构造》,《比较法研究》2020年第5期,第7-10页。

[76] 参见张明楷著:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第88-90页。

将行为导致结果视为一种自然的因果现象,因此所采取的因果理论一般是自然主义的因果关系论。然而,这种做法存在不足之处。

依照避免结果型行为规范,凡是导致法益侵害结果的行为就是实行行为。这种做法实际上运用的是“无 A 则无 B”的条件关系。然而,根据条件关系所寻找的原因是宽泛的、无限制的,对于规制行为而言是没有意义的。^[77] 例如“早餐中毒案”,甲在早餐店买了一份早点,带回家给丈夫乙吃,乙中毒死亡。原来店员因对老板不满,在早点中添加了毒药。按照法益侵害说,甲的行为导致了死亡结果,所以属于违法行为,并且与死亡结果具有因果关系,亦即甲的行为满足了所有的客观构成要件,然后考察主观要件,由于甲无法预见死亡结果的发生,所以甲不构成过失致人死亡罪。然而,认定甲的行为满足客观构成要件并不合理。

法益侵害说对行为人提出“避免法益侵害结果发生”的要求,需要满足一个前提条件亦即“结果具有避免发生的可能性”,一个人无需对自己无法避免、无法控制的结果负责。这种归责理念已经不属于自然主义的因果关系理念而是规范主义的判断。并且,结果避免可能性的存在前提是具有结果预见可能性。若行为人对结果缺乏预见可能性,则无法向行为人提出避免结果的要求。上述“早餐中毒案”中,妻子甲无法预见给丈夫乙吃的早点里有毒药,所以无法向甲提出避免结果的要求。“冠心病案”中,若甲无法预见死亡结果的发生,则无法向甲提出避免结果的要求。换言之,在缺乏结果预见可能性及避免可能性的前提下,所谓“避免结果发生”的行为规范是没有效力的。可见,单纯地要求行为人避免结果发生是没有意义的。简言之,关于因果关联性的论证,应在自然主义因果关系的基础上采取规范主义的结果归责理念。而避免结果型行为规范无法为这种归责理念提供规范基础。

(二)过失犯与故意犯的行为规范

行为规范应平衡两项功能,一是法益保护功能,二是自由保障功能。例如,如果法规对司机提出一项规范“避免交通事故的发生”,那么该规范虽然有利于保护法益,但是不利于保障司机的通行自由,司机会茫然无措。法规不可能一味地保护法益,为了平衡法益保护与自由保障,行为规范必须具有指引功能。这便要求行为规范具有一定程度的明确性,否则国民会无所适从。^[78] 正因如此,罪刑法定原则蕴含明确性要求。按照明确指引功能的要求,“避免结果发生”无法成为合格的行为规范。^[79] 这是因为,该规范只是从事后角度规制一种因果关系,而没有从事前角度描述造成结果的行为特征,在内容上缺乏行为要素。^[80]

因此,要描述合格的行为规范,需要描述类型性的行为方式。为此,行为规范的设立必须从事前角度明确界定遵守者面临的具体情景。^[81] 遵守者面临两种情景。第一种情景是行为人不知道行为可能造成结果。在这种情景下,如果绝对地要求行为人避免结果

[77] Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2013, § 15 Rn. 667.

[78] 参见[日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社2020年版,第188页。

[79] Vgl. Weigend, Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2002, S. 131.

[80] Vgl. Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 2 Rn. 33 ff.

[81] Vgl. Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 2 Rn. 42.

发生,则行为人就不敢有任何举动。这显然极端限制了公民自由。所以,妥当的做法是,确立一些行为准则或注意义务,遵守这些注意义务,则会避免结果发生。因此,合理的行为规范是“遵守注意义务,以避免结果发生”。^[82]“注意义务”是内嵌于行为规范的子规范。这种行为规范便是无认识型过失犯的行为规范,针对的是疏忽大意的过失行为。

第二种情景是行为人明知行为可能导致结果。在这种情景中,由于行为人明知行为可能导致结果,那么完全可以对行为人提出“避免结果发生”的要求。这种要求不会侵蚀公民的自由空间。基于此,可以塑成行为规范“明知行为可能造成结果,应采取措施避免结果发生”。这便是有认识型过失犯的行为规范,针对的是过于自信的过失行为。在此基础上增加“意欲”要素,便塑成故意犯的行为规范,亦即“明知行为可能造成结果,禁止意欲制造结果”。由于其中存在“意欲制造结果”的要素,所以其内容具有明确性和方向性。^[83]

通过比较可以发现,不考虑前提情景,孤立地提出“避免结果发生”的要求无法塑成合格的行为规范。因此,法益侵害说所谓过失犯和故意犯的行为规范完全相同,均是避免结果发生的主张是难以成立的。对行为规范需要根据不同情景进行类型化建构。

五 结 语

行为规范具有评价功能和决定功能。法益论认为,评价功能服务于违法性判断,决定功能服务于责任判断。具体而言,违法性仅指法益侵害性,如果评价结论是“行为具有法益侵害性”,则行为具有违法性;基于此,行为人应形成反对动机却不形成,那么可以谴责行为人。然而,这样的结论不能成立。第一,违法性不仅包括法益侵害性这种价值评价,还包括“应被禁止性”这种规范判断。宣布一个行为具有法益侵害性及违法性,却不禁止该行为,是没有意义的,无法建构规范秩序。由于从价值评价(行为具有法益侵害性)无法推导出规范判断(行为应被禁止),因此,必须发挥行为规范的决定功能(规制功能),才能使违法性蕴含“应被禁止性”。归纳言之,行为规范的评价功能负责构建违法性中的法益侵害性,行为规范的决定功能负责构建违法性中的应被禁止性。第二,法益侵害性无法为责任判断提供充足的谴责依据。行为人认识到行为具有法益侵害性,并不足以使其形成反对动机。只有行为人认识到或可能认识到行为具有应被禁止性,才能使其形成反对动机。所以,违法性认识可能性中的违法性并非指法益侵害性,而是指应被禁止性。

概言之,由行为规范的决定功能推导出的“应被禁止性”是证立违法性和有责性的必备条件。以此为依据,行为理论、因果理论、违法论及责任论等基本理论才具备了完整的规范基础。这是法实证主义的基本要求。

[本文为作者主持的2020年度国家社会科学基金一般项目“公共危险防控背景下的监督过失理论研究”(20BFX071)的研究成果。]

[82] Vgl. Engisch, Zur „Natur der Sache“ im Strafrecht, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 102.

[83] 参见[日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社2020年版,第188页。

“Behavioral Norms” in Criminal Law—Through the Prism of the Contention Between Legal Interest Theory and Normative Theory

[Abstract] The Legal Interest Theory and Normative Theory fundamentally diverge from each other regarding the role and function of behavioral norms in unlawfulness theory. From a legal positivism perspective, the unlawfulness of an act arises from its conformity to penal norms and its violation of behavioral norms. Consequently, penal norms function as judicial norms rather than behavioral norms. Neither the behavioral motive theory nor the pressure theory proves that behavioral norms derive from judicial norms. Behavioral norms require solely imperative statements, excluding sanction-oriented provisions. Judicial norms are not the source of behavioral norms but rather the ultimate means (*ultima ratio*) to ensure their efficacy. Building upon the evaluative function of behavioral norms, the legal interest violation theory defines “unlawfulness” as “harm to legal interests.” However, this conclusion constitutes merely a value judgment, not a normative judgment. “Unlawfulness” encompasses not only the value judgment that “the act is wrongful,” but also the normative judgment that “the act ought to be prohibited.” Crucially, a value judgment (an act being “bad”) cannot derive a normative “ought-to-be-prohibited” judgment, as one cannot infer “ought” from “is.” The connotation of “unlawfulness” can and should include the “prohibition-deserving nature” of acts only when the determinative function (i. e., regulatory function) is activated. To counter this, the legal interest theory invokes its abstract norm theory. This approach, however, conflates normative validity with efficacy. While validity applies universally to the general public, efficacy operates specifically upon individual actors. The maxim “unlawfulness is universal, liability is individual” introduces problematic conceptual connotations. “Unlawfulness is universal” pertains exclusively to normative validity—binding universally and non-contingently—whereas “liability is individual” concerns normative efficacy, which applies only to specific actors. In the structure and typology of behavioral norms, the legal interest theory (*Rechtsgutstheorie*) posits that both intentional and negligent offenses violate the same behavioral norm—namely, “avoiding harmful results”—with their distinction lying solely in the subjective element. However, under this result-avoidance model of behavioral norms, any act that results in the infringement upon a legal interest is treated as an unlawful act. Yet, behavioral norms cannot prioritize the protection of legal interests unconditionally. To balance legal interest protection with the safeguarding of individual freedom, behavioral norms must provide clear guidance. Therefore, the result-avoidance model advocated by the legal interest theory fails to qualify as a sound behavioral norm. To establish a proper normative framework, it is necessary to differentiate between behavioral norms for intentional and negligent offenses through the concept of “duty of care” (*Sorgfaltspflicht*).

(责任编辑:贾元)