

为刑法主观主义辩

马 乐

内容提要:刑法主观主义与客观主义的争点在于对结果要素之于刑事责任的意义的不同理解。刑法主观主义反对将结果视作刑事责任的基础,主张刑罚针对的是行为人对法益的敌视或轻视态度以及在此态度下实施的行为本身。刑法的主观主义化是现代刑法的发展趋势。我国多数学者对刑法主观主义的批判是出于对主观主义理论内涵和理论基础的误解。从被客观主义者奉为思想渊源的刑事古典学派的思想中完全可以演绎出刑法主观主义的命题,刑法主观主义并不与古典自由主义的危害性原则相冲突,关于主观主义不利于自由保障的批评缺乏合理性。刑法客观主义提出的“危险结果”概念蕴含着悖论,难以自圆其说。在犯罪最低限度的要求上持主观主义立场不但符合公众的正义直觉,而且有利于法益保护目的的实现。

关键词:主观主义 客观主义 自由主义 危害性原则

马乐,清华大学法学院2011级博士研究生。

近年来,我国刑法学者对刑法主观主义愈发表现出一种近乎本能的忌惮,其中接受了德日刑法知识体系的“德日派”学者更是高举讨伐刑法主观主义的旗帜并条陈主观主义的种种“罪状”,意图肃清我国刑法学中的主观主义“残余”。关于主观主义有违法治精神、不利于自由保障的论断几乎成了一种条件反射式的认识。与此同时,刑法客观主义被视作我国刑法学立场的不二之选。在学派论争中,各派学者也都不约而同地向客观主义靠拢,并极力避免被贴上主观主义的标签。^[1]虽然有少数学者试图为主观主义正名,但却并未对来自客观主义阵营的诘难做出有力回应。^[2]我国学者对主观主义与客观主义的研究基本上是一种学术史的考察,在理论层面上缺乏相应的学派之争。简言之,就我国

[1] 以结果无价值论和行为无价值论(二元论)之争为例,两派学者均自称持客观主义立场。当结果无价值论者批评二元论的主观主义实质时,二元论者几乎毫无例外地对此表示否认。

[2] 有关对刑法主观主义表示支持的观点,参见郭泽强:《主观主义与中国刑法关系论纲——认真对待刑法主观主义》,《环球法律评论》2005年第4期,第454-465页。

刑法学而言,“客观主义与主观主义之间的战斗还没有真正打响就已经结束了”,^[3]而“胜利者”显然是刑法客观主义。

在此背景下,本文拟对主观主义的真实内涵做出澄清并对相关诘难做出回应,希望以此改变主观主义毫无话语权的现状,推进主观主义与客观主义之间真正富有成果的理论争锋。在本文看来,我国多数学者所提倡的刑法客观主义与以法益保护为核心的现代刑法诉求相背离,它既不是现代刑法的真实立场,也非我国刑法学的应然选择。客观主义者对刑法主观主义的批判以及所谓客观主义有利于自由保障的论断是建立在对刑法主观主义的片面理解和对自由主义的危害性原则的误读之上的。

一 刑法主观主义的内涵与理论基础

刑法主观主义的批评者对主观主义的理论形态普遍采取了单一的理解,将其等同为刑事现代学派(新派)在刑法学层面的主张,未能意识到对主观主义理论基础的多元性。刑事古典学派(旧派)不等同于刑法客观主义,刑法主观主义的理论形态也并不限于刑事现代学派,主观主义的命题本身就根植于旧派的逻辑之中。因此,批评者提出的主观主义已经被现代刑法所驱逐的论断是难以成立的。虽然现代刑法仍维持某种程度上的客观主义表象,但主观主义的基本命题事实上构成了现代刑法的内核。

(一) 刑法客观主义与主观主义对立的焦点

将刑法客观主义与主观主义之争归为刑事古典学派(旧派)和刑事现代学派(新派)在刑法学层面的分歧基本上是学界的共识。无论主观主义的批评者还是倡导者,基本上都将主观主义等同于强调对危险个体进行社会防卫的新派思想,在讨论刑法主观主义时也基本以新派代表人物的思想为样本。根据学界通说,“客观主义认为,刑事责任的基础是表现在外部的犯罪人的行为及其实害”,^[4]与此相对,“主观主义认为,刑事责任的基础是犯罪人的危险性格即反复实施犯罪行为的危险性”。^[5]由于对刑罚的对象理解不同,刑法客观主义与主观主义的对立也通常被理解为所谓行为刑法与行为人刑法的对立。^[6]

事实上,“行为刑法”与“行为人刑法”的标签多少有误导性,容易使人倾向于认为行为及其结果在主观主义者的思考中是缺失的,从而遮蔽了主观主义与客观主义的理论共通点。新派刑法学不允许脱离对行为的考察来推测行为人的内心,在其看来,突破法规范的行为的存在同样是刑罚发动的前提。从本质上来看,新派对危险性格的关注仍是行为及法益侵害结果。某种性格之所以被认定为危险,正是因为它具有导致危险行为进而造成法益侵害的倾向。新派对行为人意图和心理倾向所做的评价最终仍指向其所外化的行

[3] 劳东燕:《刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察》,《南京师大学报》(社会科学版)2013年第1期,第72页。

[4] 张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第56页。

[5] 张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第57页。又如周光权教授指出:“将客观事实作为刑罚评价的对象,舍弃犯罪人的社会危险要素,这是刑法客观主义与主观主义长期对立论争的基础。”周光权著:《法治视野中的刑法客观主义》(第2版),法律出版社2013年版,第37页。

[6] 参见张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第38页。

为,毕竟单纯的恶意并不能造成法益侵害。换言之,行为要素在主观主义和客观主义的理论视野中均具有核心意义,只不过主观主义特别关注的是与结果切断的行为本身,是从行为人内心对法益所持的态度去考察行为性质的。如有论者所指出的:“古典客观主义与主观主义之争,在于刑罚的对象,是行为对法益的侵害,即结果不法,或行为人的危险性,即行为对法秩序的敌对态度。”〔7〕

根据主观主义,刑法关注的重点是行为人对法益所持有的态度以及基于该态度的行事方式,行为所造成法益侵害结果之于刑事责任只具有次要甚至完全没有意义。与此相对,刑法客观主义主张法益侵害结果是刑事责任的基础,认为缺少法益侵害就不存在犯罪。刑法主观主义反对的正是客观主义对结果要素的过分强调,正如新派领袖李斯特极力批判传统刑法对行为结果意义的过高估计和对行为人内心意思的忽视。〔8〕主观主义特别关注行动的倾向和模式,不将某一具体行为在当下所产生的法益侵害结果视作刑罚发动的必要前提。它强调对行为人内心思想进行考察正是因为行动的倾向和模式是由行为人对法益及法规范的态度所决定的,其落脚点仍是行为。基于此,本文主张以“行为中心”的犯罪观与“结果中心”的犯罪观的对立来理解刑法主观主义与客观主义之争。简言之,两者的争点就在于是否将法益侵害结果视作刑事责任的基础。〔9〕依此理解,批评者将刑法主观主义等同于新派的主张并以新派学说的衰落为由论证主观主义的退却是缺乏合理性的。正如后文所示,虽然刑法主观主义是随着新派的兴起而获得重视的并随着新派的衰落而备受奚落,但主观主义的“行为中心”犯罪观同样暗含于刑事古典学派的思想中,结果要素在刑法学中地位的衰落从边沁等人以功利主义立场去理解刑法目的之时起就被注定了,这一点正是客观主义者未能意识到的。

(二)两个维度之争

关于主客观主义的争点,《刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察》一文提出了诸多富有启示性的观点,其主要论点可概括为三个方面:

第一,关于判断标准系依一般人标准还是行为人标准的主观论和客观论之争不属于刑法主观主义与客观主义之争的内容,应当予以剔除;

第二,刑法主观主义与客观主义之争包含两个维度的内容:第一个维度的主客观主义之争涉及刑罚论层面,即刑罚的对象是法益侵害还是人身危险性;第二个维度的主客观主义之争涉及不法论层面,即表现为结果无价值论与行为无价值论之争的不法的成立,应以法益侵害为基础还是以主观意思为基础;

第三,第一维度的主客观主义之争已然成为过去时,现代刑法选择了客观主义立场,而这也是我国刑法的应然选择;第二个维度的主客观主义之争仍在持续,而且主观主义才

〔7〕 许玉秀著:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第8页。

〔8〕 参见徐久生:《冯·李斯特的“马堡计划”简介》,《犯罪与改造研究》1999年第8期,第46-48页。

〔9〕 保罗·H·罗宾逊(Paul H. Robinson)对主观主义和客观主义的争点也做过类似的概括:“简单而言,我们称之为‘主观主义者’和‘客观主义者’的犯罪观的区分可以如此定义:客观主义者坚持犯罪所定义的损害和恶果的发生具有重要意义;主观主义者坚持这类损害和恶果是不相关的,只有涉及损害和恶果的发生的有责心态才是重要的。”Paul H. Robinson and John M. Darley, *Objectivist Versus Subjectivist Views of Criminality: A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory*, 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 409, 1998, p. 414.

是主导性的理论,我国刑法亦应采取以客观主义为限制的主观论。^[10]

对主观主义与客观主义之争的不同维度的划分确实为相关的理论分析提供了全新的视角,与此同时,上述第一个论点的提出也为厘清学派论战中的混乱起到了关键作用。至于上述第三个观点,本文则持反对态度。上述论者之所以能得出第三个结论,在于其主张“不应将两个维度的客观主义与主观主义之争混为一谈,二者之间并无内在的制约关系”。^[11]这显然割裂了刑罚论与犯罪论的理论关联。事实上,就刑法学理论的构建而言,刑罚论之于犯罪论(不法论只是犯罪论一部分)无疑具有逻辑上的先在性,犯罪论上的立场是由刑罚观所决定的。犯罪论不过是关于刑罚发动条件的具体化、系统化的探究。因此,不法论中的主客观理论并非随意的立场选择,离开了第一维度的主客观主义之争,第二维度的主客观主义的对立就是无法理解的。事实上,现代刑法中第二维度的主客观主义之争之所以仍在持续,正是因为“结果对于刑罚的发动有何意义”仍是个未决的问题。

上述论点的提出或许是为了对这样一种貌似矛盾的现象做出合理解释:一方面,“现代学派刑法理论的基本架构,实为旧派所构建的”;^[12]另一方面,在不法理论中,以行为无价值论为代表的主观主义理论占据着通说地位也是个不争的事实。问题在于,除非我们将旧派与刑法客观主义相等同,否则,上述现象并无矛盾可言。论者依从通常的见解,将第一维度主观主义与客观主义之争理解为新派与旧派的对立,因此在她看来,“20 世纪中期以来刑法的发展已然证明,在第一维度的客观主义与主观主义之争中,客观主义是最终的胜出者。当代的刑法无疑是作为行为刑法而存在,强调刑罚的对象是行为对法益的侵害,而非行为人的的人身危险性。”^[13]这一论断不能成立。虽然新派思想早已从现代刑法学派之争中退出,但其弱化结果要素之于刑事责任的意义的命题却并未因此被否定。事实上,现代刑法的基本理论架构虽由旧派所建构,但它愈发表现出从“结果中心”向“行为中心”转变的趋势。正如我国学者所承认的:“现代刑法只是维持古典客观主义的表象,其实质与内核已被更换。”^[14]

(三) 刑事古典学派与刑法主观主义

1. 前期旧派与主观主义

新派思想并非主观主义唯一的理论基础,从被奉为客观主义思想渊源的刑事古典学派的逻辑中完全可以得出主观主义的结论。新派与前期旧派在根本的价值追求上是一致的,都以功利主义哲学作为理论基底,两者间的分歧是经验性的,而非价值性的。前期旧派与新派都强调刑法对行为进行规制以实现法益保护,只是对达成这一目的的有效手段持有不同认识,前者强调针对社会全体成员的一般预防,而后者关注对少数危险个体的特殊预防。究其实质,正是对人类自由意志的不同认知导致了新派与前期旧派在刑法立场

[10] 参见劳东燕:《刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察》,《南京师大学报》(社会科学版)2013 年第 1 期,第 67-77 页。

[11] 劳东燕:《刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察》,《南京师大学报》(社会科学版)2013 年第 1 期,第 75 页。

[12] 转引自张明楷著:《刑法学》(第 4 版),法律出版社 2011 年版,第 11 页。

[13] 劳东燕:《刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察》,《南京师大学报》(社会科学版)2013 年第 1 期,第 69 页。

[14] 劳东燕:《论实行的着手与不法的成立根据》,《中外法学》2011 年第 6 期,第 1252 页以下。

上分道扬镳。新派将自由意志视作“心中存在的幻想”,^[15] 在新派看来,人的行动不过是无人格的因果链条中的一个环节,它并不在理性的掌控之内,而是被先天的生理因素和后来的环境因素所决定的,理性的计算在行动的决策上是虚弱无力的。因此,意图通过规则的事先宣告来实现一般预防目的旧派主张就失去了现实依据。现代刑法是建立在对自由意志的一种折衷理解上的。新派对自由意志所持有的极度悲观态度固然遭到扬弃,但旧派对“理性人”的过分乐观的假定也被证明是一种脱离实际的观念。^[16] 基于此,现代刑法兼顾对社会平均人的一般预防及针对危险个体的特殊预防。问题的关键在于,对于是否存在针对某种行为进行一般预防或特殊预防的必要而言,该行为是否实际上导致了侵害结果是个不相关的因素。

根据旧派提倡的一般预防理论,刑法规制的对象本是行为,而非结果。刑法规范只能通过事前对行为的规制间接地避免侵害结果的出现。边沁将犯罪定义为“一切基于可以产生或者可能产生某种罪恶的理由而人们认为应当禁止的行为”,^[17] 根据该定义,心存法益侵害意图并将其付诸行动本身就应当成为刑法规制的对象,即便该行为并未实际造成法益侵害的结果或危险。以不能犯未遂为例,在行为人基于杀害无辜者的意图向他人射击结果却打中尸体的情形中,基于杀害无辜者的意图而向他人射击的行为本身就是刑法所禁止的对象,因为“这样的行为如果换一个时间、地点‘重演’,很难说结果不会发生”。^[18] 换言之,出于对法益的敌视或疏忽态度而实施的行为本身就是刑法所应当禁止的,这一点并不因行为的实际结果的好坏而有所改变。刑法不可能通过期待偶然因素的出现来避免法益侵害结果的发生,如期待行为人误将白糖当作砒霜或是行为人碰巧忘记在枪中放子弹,而是通过禁止将犯罪意图付诸行动的尝试本身来保护法益的。这也正是作为极端主观主义理论的一元行为无价值论的最具合理性的命题。^[19]

对此,罗克辛等人表示反对,依其理解,“当甲经过慎重考虑后朝乙的头部开了一枪,人们必须把这个死亡结果甚至看成死亡行为的组成部分,并且进一步看成是禁止杀人规定的对象。”^[20] 罗克辛的论断不具有合理性,它混淆了描述与规范的内在差异。虽然我们可以将行为导致的结果纳入到对行为性质的描述之中,例如,“你迟到了”或“你开车撞伤

[15] [意]恩里科·菲利著:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社2004年版,第141页。

[16] 事实上,前期旧派和后期旧派对“理性人”也存在不同的理解。前者是在经济学意义上去理解理性人的,即认为人都具有进行利害权衡的能力,并且是依此权衡来决定如何行动的。后期旧派则是在抽象的哲学意义上去理解理性人的,如有学者评价康德式的“理性存在者”“是一个远离实际生活体验的贫瘠的观念,甚至是一种变态的理论抽象。”唐文明:《论道德运气》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)2010年第3期,第80页。

[17] [英]边沁著:《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1页。

[18] 周光权:《行为无价值论的法益观》,《中外法学》2011年第5期,第949页。

[19] 现今刑法学中,一元行为无价值论之所以成为一种鲜有人支持的理论并非因为其基本命题不合理,恰恰相反,它对命令结构以及行为结果的意义的理解是十分具有洞见性的。它的致命弱点在于它所代表的极端主观主义立场在对实体刑法的解释上显得力不从心,因为它原则上否认结果要素对刑事责任具有任何独立的意义,这明显与各国刑法普遍将结果作为影响刑事责任轻重甚至有无的现状不符。然而,如后文将论及的,肯定结果要素的独立意义但否定其基础意义的主观主义,这种被称为较弱意义上的主观主义,仍不失合理性与可行性,而任何一种主观主义理论都必然蕴含对命令结构的相同理解(即将结果排除在命令的对象之外)。作为德国通说的二元行为无价值论无非是这种较弱意义上的主观主义的延伸。

[20] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第213页。

了人”这类包含结果要素的表述是完全合乎逻辑的。然而,当我们说“你不许迟到”或“你不许开车撞人”时,虽然在命令的文字表象上我们纳入了结果要素(如“迟到”、“撞人”等),但我们做出这种命令时所指向的仍是有可能导致此类结果的行为本身,如你不应该“晚起床”以及你不应当在开车时“东张西望”,“不遵守交通规则”等。同理,杀人既遂与杀人未遂的行为所违背的是同一类禁止性规定,即“不得杀害无辜者”,它们对这一禁令的违反毫无差异可言。结果是否出现并不影响禁令是否被违反,之所以如此,正是因为禁令直接指向的并非是结果,而是行为本身。最为根本的是,将结果要素理解为禁令的对象的结果只能是:我们永远不能在行动时知道某种行为是否是被禁止的,因为行为的实际结果只能在行为实施完毕后才能知晓。结果之所以影响刑事责任的轻重或有无并不能从行为的规范违反性的差异上得到说明,而是基于其他有别于一般预防的刑罚目的和刑事政策的考量。反观现代刑法理论,作为德国通说的“印象说”在不能犯问题上的结论与主张取消对所谓“危险结果”进行考虑的纯粹主观说并无二致,而该理论也正是基于积极的一般预防理论提出的。如德国学者在评价“印象说”时指出的:

如果对计划并开始实施的严重犯罪不加以处罚,将会动摇公众对法秩序有效性的信赖。由于行为人忽视了重大障碍,使行为不能既遂的,同样具有这样的效果。因为已经显示行为人有实施该行为的能力,结果不发生是基于偶然的原因。无论是可能犯未遂还是不能犯未遂,均会造成对社会的危害,对法律所保护的法和平安意识的危害,在可能犯未遂的场合,还会增加对于被保护的行为客体的危害。从作为刑法任务的一般预防中诞生的该学说,在今天占有统治地位。^[21]

在前期旧派的理论视野中,针对人身危险性的刑罚分配同样是刑法关心的问题。边沁主张“凡表明非常堕落任何征象,都加剧着由犯罪引发的恐怖,都把罪犯定位为将来可能造成可怕的更多危害的人,从而加强了予以惩罚的必要性。它预示着罪犯在敏感性方面的总体上的匮乏,这又从另一个方面加强了惩罚的必要性。”^[22]贝卡里亚同样也主张双重预防:“刑罚的目的仅仅在于:阻止罪犯再重新侵害公民,并规诫其他人不要重蹈覆辙。”^[23]对于行为人的危险性的评价而言,侵害结果是否出现是毫不相关的因素,正如边沁敏锐地指出的那样,“如果对他而言事件看起来很可能是有害的,那么在同样的情况下,尽管最后竟证明它是无害的甚至是有益的,这也没有任何影响,把他的性格推断为恶的理由并不因而减少什么。”^[24]仍以上述不能犯未遂为例,与普通未遂犯甚至既遂犯相比,行为人所表现出的危险性格并不会因为“被害人早已在开枪前死亡”这一偶然因素的

[21] [德]耶塞克、魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第635-636页。

[22] [英]杰里米·边沁著:《论道德与立法的原则》,程立显、宇文利译,陕西人民出版社2009年版,第116页。

[23] [意]贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第42页。事实上,自从功利主义成为思考刑法问题的基点以来,对危险性格的关注以及由此衍生的特殊预防的提倡就从未间断过。只不过在前期旧派眼中,废除封建刑法并建立全新刑法制度是迫切需要解决的问题,因此他们花费更多的笔墨在规范制度的设置上,更加侧重刑法规范的一般预防功用。

[24] [英]边沁著:《论道德与立法的原则》,程立显、宇文利译,陕西人民出版社2009年版,第103页。

存在而有所不同。

简言之,在倡导功利刑论的前期旧派的理论逻辑中,已实施的行为是否导致了法益侵害结果对于刑罚的发动而言本应是无关紧要的。刑罚的适用无法挽回已发生的事实,它所寻求的是对未来法益的保护。行为人表现出的敌视法益态度以及该态度支配下的具有导致法益侵害倾向的行为模式使得刑罚的适用对于未来法益的保护成为必要。由此可见,从“结果中心”向“行为中心”的转变本身就暗含在旧派的理论逻辑中,换言之,主张弱化结果要素的主观主义并不与前期旧派的思想相龃龉。

2. 后期旧派与主观主义

与前期旧派不同,后期旧派从报应主义去理解刑法实践的正当性,而有学者也正是从报应理论的视角去理解刑法客观主义的,如有论者认为,刑法客观主义“一贯强调对行为本身进行评价在刑法上的意义,认为刑罚只不过是对‘恶行’的报应,是一种‘面对过去’进行反思性追溯的‘害恶’”。^[25] 问题在于,报应主义有结果报应与道义报应之分。前者将应报的基础归于行为的恶果,视刑罚为犯罪恶果的补偿;后者则关注行为人道义上的可责性,视刑罚为对犯罪人道义上的谴责。道义报应论恰恰脱胎于被后期旧派奉为思想渊源的康德式的报应思想,并且成为现代报应理论中的有力观点。此类报应理论主张对法益的敌视和轻率态度以及在此态度下实施的行为本身为道义上的应报奠定基础,行为的结果与应报无关。^[26]

在康德看来,行为的道德价值只由意志本身的善恶所决定,行为的效用作为不可控的偶然因素不应当成为影响道德评价的因素。康德明确论述道:

善的意志并不因它造成或者达成的东西而善,并不因它适宜于达到任何一个预定的目的而善,而是仅仅因意欲而善,也就是说,它就自身而言是善的……即使由于命运的一种特殊的不利,或者由于继母般的自然贫乏的配备,这种意志完全缺乏贯彻自己的意图的能力,如果它在尽了最大的努力之后依然一事无成,所剩下的只是善的意志(当然不仅仅是一个纯然的愿望,而是用尽我们力所能及的一切手段),它也像一颗宝石那样,作为在自身就具有其全部价值的东西,独自就闪耀光芒。有用还是无效果,既不能给这价值增添什么,也不能对它有所减损。^[27]

换言之,康德排斥任何运气因素对道德评价的意义,^[28]而对于两个在同一意图支配下的相同模式的行为而言,其结果是否相同则完全取决于行为人所无法掌控的因素,因此理应排除在道义应报的评价之外。例如,同样是基于杀人故意而实施的开枪行为,行为人

[25] 周光权著:《法治视野中的刑法客观主义》(第2版),法律出版社2013年版,第79页。

[26] See Peter Westen, Why Criminal Harms Matter: Plato's Abiding Insight in the Laws, 1 *Criminal Law and Philosophy* 307 (2007), p. 310.

[27] [德]康德著:《道德形而上学的奠基》,李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第9页。有理由相信,对于恶的意志,康德会做出同样的评价:即恶的意志因自身而恶,结果如何并不会给它增添或减损什么。

[28] 参见[美]托马斯·内格尔著:《人的问题》,万以译,上海译文出版社2000年版,第28页。

A 顺利地杀死了被害人,但行为人 B 却因为是在开枪的一瞬间有只鸽子飞入子弹的飞行轨道或是碰巧被害人在开枪的前一分钟死亡而没能实现其杀人企图。然而,无论是否恰好有鸽子飞过,或是被害人恰好在开枪前死亡,都是行为人无法控制的偶然因素。当我们说结果的出现是偶然的时候,可能会给人造成这样一种错觉:行为并不对结果的出现(或不出现)做出贡献。这是一种彻底的误解,因为上述命题旨在表明的只是这样一个观点:结果是否出现并不全然取决于行为人所能掌控的要素(行为本身),而是总还要取决于行为人所无法掌控的其他要素的存在或不存在。在这个意义上,结果是偶然的,即其他要素的存在或不存在对于行为人而言完全是偶然的。如当代著名哲学家戴维森(D. Davidson)指出的那样:“我们所做的永远都只是移动我们的身体:其余的完全取决于自然。”^[29]在道义报应论者看来,允许此类偶然因素左右我们对行为人道义上的谴责是难以得到正当化说明的。简言之,“正如我们不应靠抛硬币或掷色子来决定一个人应否受罚,我们同样不应根据实际的恶害来适用刑罚。”^[30]基于此,当代许多报应论者甚至主张将未遂犯与既遂犯同等处罚,其宣扬的正是极端的主观主义立场。^[31]

值得一提的是,排斥结果要素的报应理论甚至可以追溯到柏拉图。关于未遂的处罚,柏拉图曾论述道:

如有人故意企图杀死一个公民(除非后者被依法判处死刑),但伤了他而没能杀了他,那么对这种有意伤害人的人不应怜悯;他应该同杀人者同样处理,以谋杀罪受审。但我们必须给把他从全部毁灭中拯救出来的好运以充分的尊重,并且也尊重他的守护神,是守护神怜悯攻击者和受害者,使后者免受致命的伤害,并把使人受伤的人从悬于其颈上的诅咒中以及悲惨的命运中拯救出来。我们应该充分感谢他的守护神而不去阻碍它的期望:那个使人受伤的人将免于死刑,但是他必须终身被驱逐到某一邻国去。^[32]

抛开该论述中的泛神论观念不谈,柏拉图为我们提供了两方面的重要认识:其一,在未遂犯の場合,结果的未发生不能归功于行为人,而是行为人掌控外的因素所决定的(柏拉图将其归功于守护神的怜悯);其二,结果因素本不影响行为人的应报,只是考虑到刑

[29] Donald Davidson, *Essays On Actions and Events*, Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 59.

[30] Richard Parker, Blame, Punishment, and the Role of Result, 21 *American Philosophy Quarterly* 269 (1984), p. 274.

[31] 从报应主义视角反对结果要素之于刑事责任的意义的观点,参见 Sanford H. Kadish, Forward: The Criminal Law and the Luck of the Draw, 84 *The Journal of Criminal Law & Criminology* 679 (1984)。如有报应论者指出的:“法律寻求影响人们行动的原因,它无法影响行动的结果。如此,当一个行为人以不充分的原因给他人制造伤害的风险时,法律的影响就失效了,而有责的行为就完全揭示了行为人的应报。例如,该有责行为导致了危害(或福利)等其他因素,对于我们决定行为人应受的刑罚而言是不相关的。”Larry Alexander, Kimberly Kessler Ferzan, *Crime and Culpability: A Theory of Crime*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 195。在未遂犯的处罚模式上,现代的道义报应论者似乎与康德存在分歧。众所周知,康德主张等量报应,即刑罚的强度应与恶害相对。但这种分歧或许是表面的,原因在于:其一,即便康德关于等量报应的阐述是以既遂犯为样本的,但并不必然意味着他对未遂犯的处罚采取不同的态度;其二,根据康德的道德形而上学,对道德运气的排斥是最首要的道德认知之一,关于刑罚的适用无非是道德运气问题的延伸,按其逻辑,康德理应赞成同等处罚模式。

[32] [古希腊]柏拉图著:《法律篇》,张智仁、何勤华译,上海人民出版社 2001 年版,第 311 页以下。

罚意愿的减弱(柏拉图视作对神意的感谢),才对未遂犯施加较轻的刑罚。

由此可见,对于强调结果的基础地位的客观主义而言,除了将其视作结果报应思想的体现,我们似乎找不到更好的说明。因为根据旧派所鼓吹的道义报应思想,结果本不应影响行为人的应报,即便它不完全排斥对结果的考虑(如柏拉图那样),也必然不会将结果视作应报的基础。综上所述,无论从前期旧派的功利刑论,还是从后期旧派的报应理论,都可以演绎出刑法主观主义的基本命题。对行为人内心意思的关注既可能是出于对危险性格的侧重,也可能是出于对公众规范意识进行塑造以实现一般预防的考虑,甚至还可能是基于对行为人道义上的应报的强调。由此可见,刑事古典学派与客观主义之间并无人们通常设想的那种必然的理论关联,这也解释了为什么承继了旧派理论框架的现代刑法学可以毫无矛盾地表现出对“行为中心”的主观主义刑法立场的青睐。事实上,在越来越强调法律的社会控制机能的现代社会,时刻以社会防卫为己任的主观主义不可能像批评者所期许的那样为客观主义让路。

3. 行为无价值论与刑法主观主义

行为无价值论在德日刑法学中占据绝对优势恰恰印证了上述论者所划定的第一维度的主观主义并未衰落。虽然行为无价值论为了向客观主义靠近而表面上承认结果要素的重要性,但其实际主张却在最大限度地弱化结果要素之于刑事责任的意义。根据行为无价值论,“只要不能否认一般预防的中心的重要性,行为无价值就是违法的基本:只要具有行为无价值,就为处罚奠定了基础;如果缺乏行为无价值,则不能处罚;但是,作为附加的要素,为了限定处罚范围,有的场合也要求结果无价值。”^[33]换言之,行为无价值论“不认为结果有绝对重要的意味”,^[34]依此理解,法益侵害结果的存在并非不法的必要构成,因此也不是发动刑罚权的必要前提。

20世纪以来,强调刑罚的正当性在于社会防卫的功利刑论逐渐获得主导性的地位,而关注结果应报的报应理论却基本失去了支持者。如上所述,在功利刑论看来,以结果要素作为刑罚发动的前提会严重阻碍刑法预防功能的实现。正是刑罚观上的这种转变决定了主观主义的不法论(行为无价值论)成为“20世纪各国刑法理论发展的共同走向”^[35]。有行为无价值论者试图通过在理论渊源上拉近行为无价值论与旧派思想来证明其属于刑法客观主义,如有论者认为:

前期旧派和后期旧派的对立和刑法主义、刑法客观主义的对立没有关系,而只是刑法客观主义内部的争执,一般地说,行为无价值论(规范违反说)的源头是后期古典学派的思想,其重视规范对于社会生活的意义,认为刑罚惩罚是为了确证规范的有效性,刑法的机能是维护规范的有效性(二元行为无价值论人为刑法还需要法益保护),犯罪的本质是社会伦理规范(或者行为规范)的违反(二元行为无价值论认为犯罪的本质是违反规范进而侵害法益)。^[36]

[33] 转引自张明楷著:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第16页。

[34] 周光权著:《法治视野中的刑法客观主义》,(第2版),法律出版社2013年版,第225页。

[35] 劳东燕:《刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察》,《南京师大学报》(社会科学版)2013年第1期,第75页。

[36] 周光权著:《法治视野中的刑法客观主义》,(第2版),法律出版社2013年版,第220页以下。

这种尝试从论证起点上便陷入了误区。首先,如前所述,旧派思想不等同于客观主义;其次,行为无价值论的规范违反说完全与刑法主观主义相契合,因为行为的规范违反性并不体现在结果中,而在于冲破规范的内心意思所外化的行为样态本身。^[37]此外,就理论发展史而言,强调刑法的规范意义的一元行为无价值论者威尔泽尔的立场属于主观主义是不争的事实。最后,规范违反说与新派理论也存在交汇点,“只不过,刑事现代学派所青睐的危险个人,在规范违反说的支持者那里被诠释为对规范持敌视态度或者欠缺规范遵守意愿的个人。”^[38]

行为无价值论完全没有必要因被冠以“主观主义”的标签而感到不安。如保罗·H. 罗宾逊所指出的:“事实上,大多数美国司法区在责任的最低要求上都采取了主观主义的观点,但许多地区同时在等级划分上采取了客观主义的观点。”^[39]保罗·H. 罗宾逊的这一论断不但适用于美国刑法,它同样符合诸如英国、德国、法国、日本及中国等国的刑法现状。这不但体现在20世纪以来各国刑法在未遂犯问题上对主观说的普遍采纳,更是被现代刑法关于抽象危险犯及持有型犯罪的大量规定所印证。总言之,现代刑法虽然没有完全排斥对结果要素的关注,但结果对于刑事责任的认定而言越来越丧失基础性意义是个不争的事实。

二 诘难与反驳

在中国社会发展进程中,人权、自由等理念长期备受冷落,因此,刑法的自由保障机能尤其得到我国刑法学者的重视,是否有利于自由保障已然成为检验理论合理性的最重要的参照标准,而针对刑法主观主义的诘难也多集中于此。批评者普遍假定在刑法的社会防卫功能与自由保障功能之间存在难以调和的冲突,而强调社会防卫的主观主义蕴含着对自由保障的忽视。如周光权教授在评价新派思想时认为:“站在刑法主观主义的刑罚论上看,在李斯特的《德国刑法教科书》中暗含的就是这么一个重大的学术问题:如何利用刑法来保护社会。这与刑法客观主义反复思考的是如何防止刑事司法权力的错误发动,从而达到保障个人权利的目标,有着根本的不同。”^[40]劳东燕教授也以未遂犯理论为例指出:“刑法越重视社会防卫与法益保护,便越要求放宽未遂犯的处罚范围,着手的认定标准相应就较宽松;相反,刑法越强调个体的自由保障,越倾向于限制未遂犯的处罚范围,着手的认定标准也越严格。”^[41]

[37] 有客观主义者认为“重视行为人内心的刑法,能够有效地规制内心还难以下结论,但由于不重视行为及其实害,因而不利于规制人们的行为。”(张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第65页。)这一论断失之偏颇。主观主义对内心的关注正是为了对行为进行规制,同时,只要肯定刑法对行为的规制功能,都必须承认这种规制必须追溯到行为人对法益所持的态度以及将这种态度转化为行动的决意。

[38] 劳东燕:《刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察》,《南京师大学报》(社会科学版)2013年第1期,第70页。

[39] Paul H. Robinson, *The Role of Harm and Evil in Criminal Law: A Study in Legislative Deception?*, 5 *Journal of Contemporary Legal Issues* 299 (1994), p. 300.

[40] 周光权著:《法治视野中的刑法客观主义》,(第2版),法律出版社2013年版,第174页。

[41] 劳东燕:《论实行的着手与不法的成立根据》,《中外法学》2011年第6期,第1240页。

诚然,由于不再将结果视作犯罪的必要条件,刑法的主观主义化必然会导致刑罚之网的扩张。然而,刑法主观主义并不像批评者设想的那样蕴含着对个体自由的威胁。关于主观主义不利于自由保障的诘难大多源于两个理论误区:一是对主观主义的功利主义哲学基底的忽视;二是对自由主义的危害性原则的误读。

(一) 刑法主观主义与自由保障

只要刑法存在,就会对自由造成妨碍,刑法正是通过限制自由的方式来保护更大的自由。所谓自由保障的核心在于保障国民对行动后果的可预测性,而不是使自由完全不受刑法的规制。换言之,刑法作为自由保障的大宪章的要义在于保证国民不会因自己的行为随时有可能陷入刑罚之网而感到不安,同时确保实施了犯罪的行为人不会成为刑法任意处置的对象。在功利主义者看来,自由是个人幸福得以实现的前提,对个人自由的保障是社会功利得以最大化的有效途径。^[42] 由此可知,自由保障本是功利主义刑法学的应有之义,如前所述,主观主义既然以强调刑法实践的社会效用的功利主义思想为基础,那么,它绝不可能像批评者所想象的那样“天然地”蕴含对个体自由的忽视。

社会防卫与自由保障本属功利主义权衡中的两个变量,两者统一在功利主义原则之下。当某种法律实践蕴含着社会防卫与自由保障相冲突的可能之时,我们应当做的并非是先验地确定何者优先,而是要衡量该实践的整体功利产出。当某一法律实践所促进的社会防卫效果明显超过它对自由可能造成的妨碍之时,其仍不缺乏正当性。与此相对,当该实践对自由的妨碍所引起恶害抵消甚至超越了它所带来的社会防卫效果之时,就应当予以摒弃。例如,对特殊成瘾类药品的出售实施严格管控虽然会对特定患者购买该药品带来某种程度的不便,但与防止该药品的滥用及由此引发的健康危害相比较,对自由的此种妨碍便是可以被正当化的。相反,如果仅仅为了避免在公共场所发生血案而全面禁止超市出售刀具,这种禁令就是得不偿失的,因为它给公众生活所带来的不便及由此带来的利益损失明显超过它可能达成的社会防卫效果,这种禁令违背功利主义原则,不具有正当性。正如自由主义的倡导者密尔并不反对针对酒类饮料的售卖施加限制和监管以避免醉酒可能引起的破坏行为,但同时指出,如果该限制超过必要限度,以致其目的仅仅在于使人们难以获得酒类饮料,那么,该做法就缺乏正当性,因为“这等于只因有些人会滥用方便而使大家都陷于不方便”。^[43] 值得指出的是,对社会防卫的强调也并不必然会导致对自由的限制,而对自由保障的侧重也不意味必须要以弱化刑法的社会防卫机能为代价。例如,对试图将杀害无辜者的意图付诸现实行动的行为人(包括能犯与不能犯)一律予以惩罚的主观主义立场在针对危险个体进行特殊预防的同时并不会对自由保障形成威胁,因为难以想象禁止人们以杀害无辜者的意图行事会对个人合理的生活计划造成何种妨碍。同理,处罚私藏枪支等尚未造成实害的持有行为,不但能够有效地减少与枪支相关的暴力犯罪,而且也不会对公民的自由形成不当的妨碍。在缺乏枪支文化传统的国度(美国或许是个例外)中,剥夺公民持有枪支的权利基本不会对人们的生活质量造成任何实

[42] 参见田广兰:《功利与权利——自由主义权利论对功利主义权利论的批判》,《哲学动态》2007年第10期,第27页。

[43] [英]约翰·密尔著:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1959年版,第110页。

质性的影响以致让人感到不自由。此外,既然自由保障的核心在于对国民的预测可能性的保证,那么,只要刑法的规定是清晰明确的,即便采取主观主义,也不会导致国民对行为的法律后果丧失预测可能性。由此可见,某种刑法实践是否违背自由保障理念与其处罚范围的宽窄并无内在关联,刑法主观主义固然会导致刑法的急剧扩张,但其代价并不必然是对自由的不合理的侵犯。兼顾社会防卫与自由保障并在两者间寻求最佳的平衡点以达成社会功利的最大化是刑法主观主义的要义所在。

关于刑法主观主义的诸多“最具杀伤力”的诘难正是出于对主观主义的功利主义特质的忽视,因此缺乏合理性。

第一类诘难指控主观主义威胁法治的核心原则——罪刑法定原则,认为“主观主义刑法理论站在社会本位的立场,以为罪刑法定原则妨碍了社会防卫,进而主张类推解释。”^[44]该论断是针对新派的主观主义思想而言的,其推论逻辑是:由于主观主义对人身危险性予以特别关注,因此“只要危险性格通过身体动作表现出来,不管这种身体动作是否与刑法的规定完全符合,也认定主客观统一起来了,于是定罪量刑。这不仅导致国民难以预测自己的行为性质,而且现实上导致不当地限制国民的自由。”^[45]对此诘难,本文的回应如下:

首先,虽然有新派学者曾主张缓和甚至取消罪刑法定原则(如日本学者牧野英一),但这并非刑法主观主义本身的逻辑使然。现代刑法意义上的主观主义并不限于对人身危险性的关注,它同样重视刑法的一般预防效用,而一般预防目的的实现有赖于明确的行为规则的事前宣告。如前所述,刑法主观主义以功利主义哲学作为理论基石,而罪刑法定原则本身就是由贝卡里亚等功利主义改革家提出的。

其次,主观主义并非是脱离具体的法益指向和构成要件的定型性来对危险性格进行评价的。冲破法规范的内心意思必须外化为刑法所禁止的行为样态时,才能获得刑法的关注,并非任意一种表露危险性格的身体动作都可以作为入罪的根据。有学者认为:“‘自己是被害人的犯罪’、‘没有被害人的犯罪’之所以成其为犯罪,就是因为这种行为征表出行为人的危险性格,对之实行犯罪化正是主观主义的表现。”然而,主观主义关心的只是那些有可能导致法益侵害行为的危险性格,对于无被害人犯罪和自己是被害人的犯罪而言,行为人所体现的性格特征即使应当招致道德谴责,但既然它们没有体现出行为人对他人法益的侵害倾向,当然就不属于刑罚矫正的对象。以迷信犯为例,虽然行为人表现出一定程度的敌视法益的危险性格,但不同于不能犯,迷信犯并未试图使用具有侵害法益的现实可能性的行动去实现其意图。不能犯的场合,行为人的确在试图使用具有侵害法益现实可能的行动去实现其意图(如试图通过砒霜杀人),只是出于偶然的原因,其实际

[44] 张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 65 页。

[45] 张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 65 页。周光权教授也有类似的论述:“刑法主观主义坚持认为犯罪系行为人恶性或犯罪性的征表,所以,赞成构成要件的简约化,对犯罪的定型性并不重视,而侧重于行为的危险性,因此,只要能能够揭示行为人的危险性,用构成要件还是其他的刑法判断工具可能并不重要;对于犯罪的客观要素,动辄使用行为的危险性或者侵害性的概念代替。”周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,(第 2 版),法律出版社 2013 年版,第 153 页。

实施的行动与他所设想的不同(错将白糖当作砒霜)。因此,主观主义者可以前后一致地在坚持不能犯的可罚性的同时声称迷信犯不可罚。^[46]

最后,脱离罪刑法定原则去追求社会防卫必然对法的安定性和国民的安全感造成巨大冲击,由此带来社会功利的损失完全会超出它所能带来的社会防卫效果。在主观主义看来,这是一种得不偿失的法律实践。如前所述,既然自由是社会功利实现的前提,而罪刑法定原则是保障自由的必需手段,那么,我们就没有理由认为主观主义者会对罪刑法定原则持否定态度。这或许也解释了为什么作为新派代表人物的李斯特同样主张罪刑法定原则,反对类推。现代刑法中的主观主义同样是在罪刑法定的制约下去寻求特殊预防效用的。

与上述诘难相关,批评者认为:

刑法客观主义对于犯罪构成要件设定的要求较高,主张行为的样态要尽可能地分化,并尽量采取记述性构成要件要素。刑法主观主义则主张构成要件简约化,在立法上仅设计抽象之规定即为已足。修订后的中国刑法分则的有些规定实际上体现了刑法主观主义的主张,例如《刑法》第232条关于故意杀人罪的规定就是显例,犯罪的客观构成要件要素,即其手段是否为谋杀、毒杀、故杀等,在所不问。^[47]

在此处,批评者表现出对这种过粗的立法模式的质疑,并将其归咎于刑法主观主义。然而,该论断缺乏依据。对构成要件的规定应当细化到何种程度取决于这种细化是否更有利于某种预设的刑法目的的实现。以论者所举的故意杀人罪的规定为例,对于强调特殊防卫的主观主义来说,如果不同类型的杀人行为体现了不同程度的人身危险性,那么,这种细化就是必要的。由此可见,关于刑法规定的简约化是否具有合理性以及这种简约化是否出于刑法主观主义的考量,并不存在一刀切式的回答。

第二类诘难涉及刑法的伦理化问题,客观主义者认为:“仅以行为人的主观恶意作为处罚依据,会混淆法律与道德的区别。”^[48]基于此,批评者将诸多不当的立法与司法实践归咎于主观主义。客观主义者认为,由于主观主义侧重行为人的主观恶性,从而导致“本来行为客观上侵害或者威胁了法益,行为人主观上也具有故意或者过失,但只是由于在罪过以外的反伦理道德性不严重,而不以犯罪论处。”^[49]

然而,主观主义之所以侧重行为人的主观恶性,并非意图对行为人的人格做整体上的道德评估,而是为了对行为人实施法益侵害行为的倾向进行判断。以不为自身牟利(甚至为公益而实施)的贪污行为为例,既然其行为在客观上具有法益侵害性并且行为人对此有认识,那么,对其进行处罚无论对一般预防还是特殊预防而言,都是十分必要的。甚至可以说,相较于一般类型的犯罪,对此类行为人进行特殊预防的必要性反而更加明显,

[46] 张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第72页。

[47] 陈兴良、周光权著:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第51页。

[48] 劳东燕:《刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察》,《南京师大学报》(社会科学版)2013年第1期,第68页。

[49] 张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第65页。

因为行为人缺乏对自身行为的道德自责。本文并不否认司法实践中存在以所谓缺乏主观恶性为由将本应入罪的行为出罪以及以主观上的恶劣动机为由将本应出罪的行为入罪的现象。这不禁使人想起罗兰夫人的那句名言:自由,多少罪恶假汝之名而行。刑法主观主义似乎也难逃这样的命运。然而,正如对自由理念的滥用不应成为我们舍弃自由追求的理由,少数以主观主义之名而实施的恶法也不应成为我们舍弃主观主义的根据,否则无异于因噎废食。

第三类诘难指责刑法主观主义为司法权力的滥用提供便捷。以主观主义在不能犯未遂问题上的立场为例,“因为客观上完全没有侵害法益危险的行为也可能成为犯罪行为,故司法机关完全可以针对任何行为展开调查,看行为是否因为认识错误而未能造成侵害结果。这是相当危险的。”^[50]与此同时,刑法客观主义由于“重视行为的客观面,强调犯罪概念的客观性,有助于防止法官的恣意判断,限制法官的司法权力,保障公民的自由。”^[51]对此诘难,主观主义者可以做以下反驳:

主观主义虽然侧重主观意思,但同时主张必须以客观的行为作为推测内心的现实依据。在没有任何合理证据表明表面上无害的行为背后藏有犯罪意图时,该行为本身显然不符合调查、逮捕或起诉的证据标准,司法权力的介入显然是权力的滥用,其根源不在于主观主义对主观意思的侧重,而在于权力规制制度的缺失或失效。如果国家的司法权力滥用已达到如此程度,恐怕无论如何宽容的刑法都难避免司法机关对自由的侵犯。诚然,结果的确可以用以佐证主观心态,但它并非用以推断主观要素的唯一依据,有时它甚至并非重要的依据。一方面,我们完全可以通过对结果之外的客观情形的综合判断来对行为人的内心做出合理推测。例如,行为人闯入仇人家并向躺在床上的仇人连开数枪,之后又匆匆逃跑的行为,即便事后查明其仇人已在他开枪的数小时前死亡,行为人也必须对其行为做出合理的解释,否则我们有理由怀疑他怀有杀人的故意并在此意图支配下实施了开枪行为,以此为根据对他进行调查也是完全合理的。另一方面,对结果的过分强调反而可能造成对主观要素认定的随意性,例如,司法机关在处理集资诈骗类案件时普遍存在的现象是:只要集资者无法偿还出资者债务并造成出资者损失,就不容辩驳地肯定集资者存在诈骗的意图,而不论其不能偿还债务是出于何种原因。此外,许多冤案错案恰恰不是源于对主观要素的恣意判断,而是将结果归于无辜之人。如果批评者认为这并非侧重结果的客观主义之罪,那么,上述诘难所指控的“罪状”也同样于主观主义无涉。

(二) 危害性原则与政治自由主义

有学者指出:“在古典政治自由主义的语境中,危害结果始终是刑事责任的成立依据,即不法的可罚起点一直与危害结果捆绑在一起。”^[52]客观主义由于强调危害结果之于刑事责任的基础意义,因此被视作自由主义的政治理念在刑法层面的诉求。与此同时,主观主义由于弱化结果要素而导致刑法的扩张,很自然地被视为反自由主义的理论。如有

[50] 张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 246 页。

[51] 张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 78 页。

[52] 劳东燕:《论实行的着手与不法的成立根据》,《中外法学》2011 年第 6 期,第 1252 页。

论者认为,现代刑法所表现出的主观主义倾向标志着危害性原则的崩溃以及由此导致的政治自由主义的理想的落空,从而使我们面临自由保障工具的缺失。^[53] 在本文看来,认为刑法主观主义与自由主义的政治追求相冲突是不折不扣却又普遍存在的误解,其根源在于对古典自由主义者提倡的危害性原则的误读。

所谓危害性原则是由古典自由主义的集大成者密尔在其划时代的著作《论自由》中所提出的,一直被视作自由主义的核心原则。依此原则:“人类之所以有理有权可以个别地或者集体地对其中任何分子的行动自由进行干涉,唯一的目的是自我防卫。这就是说,对于文明群体中的任一成员,所以能够施用一种权力以及其意志而不失为正当,唯一的目的是要防止对他人的危害。”^[54]

与客观主义者所理解的不同,危害原则实际上并不是主张只有行为导致了危害结果时才能对行为人施加权力干涉(即刑罚),而是主张只有为了防止危害结果的发生才可以施权力,这正是“自我防卫”的应有之义。密尔据此原则反对的是对那些纯粹无害的行为(如个人饮食习惯或宗教信仰)或者仅仅在道德上可恶的行为(如通奸)施加刑罚,从而排斥国家权力对个人生活的过分干预。密尔并不反对将那些有可能对他人利益造成损害的行为(即便尚未造成损害结果)进行干涉,在他看来:

社会既有其固有的权利可以借事先预防的办法来排除对于它犯罪,这就对我的第一条格言提示了明确的界限,这就是说,对于纯关个人自身的错误行为也有可以通过防止或惩罚的途径而加以正当干涉之道。例如喝醉酒这件事,通常不能成为法律干涉的恰当问题;但是若有人曾在酒力影响下对他人横加强暴以致一度定有罪名,这时法律便要单独对他加以特殊的限制:使他知道倘以后再被查到有喝醉之事将不能免于受罚,而且假如他再因喝醉而又一次犯罪,处罚还要加重;这样做法我认为是完全合法的。^[55]

密尔在此处明确支持对有醉酒施暴倾向的人实施预先防卫,对此类行为人而言,尚未导致法益侵害(甚至尚不存在法益侵害的紧迫危险)的醉酒本身就足以成为对其施加刑罚的正当根据。密尔所持观点无疑与强调社会防卫的主观主义思想遥相呼应。不难想象,密尔的主张若在今天被提出,或许早被客观主义者冠以“反自由”的罪名而广受诟病了。由密尔的上述论断可见,与学者们的惯常推定不同,古典自由主义事实上为刑法的扩张提供了很大的空间。

值得指出的是,客观主义者一方面以自由主义为理想,另一方面又奉旧派为思想渊源,但无论是强调一般预防的前期旧派还是强调道义报应的后期旧派,都不是基于古典自由主义的政治哲学去发展他们的刑法理论的。前者的代表人物(如边沁和贝卡里亚)是不折不扣的功利主义者,后者的理论奠基者(如黑格尔和毕克迈耶)则是宣扬国家权威至

[53] 关于危害性原则在现代刑法中的真实境遇的分析,参见劳东燕:《危害性原则的当代命运》,《中外法学》2008年第3期,第399-418页。

[54] [英]约翰·密尔著:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1959年版,第10页。

[55] [英]约翰·密尔著:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1959年版,第106页。

上的国家主义者。如前所述,刑法主观主义产生于功利主义哲学的背景下,现代刑法之所以向主观主义倾斜也正是因为功利刑论获得了绝对优势的地位。从学术史的视角看,功利主义崛起之日也是自由主义兴盛之时,抛开两者在“自然权利”问题上难以调和的分歧,^[56]它们事实上为同一时代精神服务、鼓吹相同的政治理念:反对国家极权统治、反对国家权力对个人生活的过分干预并以市民社会的自治性和社会功利的实现作为政治法律改革的终极目标。这也解释了密尔何以身兼自由主义者和功利主义者的双重身份。究其实质,危害性原则与寻求社会防卫的功利原则之间并不存在冲突,古典自由主义以危害性原则为利器试图破除法律的伦理化和宗教化,同时又为社会的“自我防卫”提供正当化说明。如前所述,刑法主观主义对主观意思的侧重与刑法的伦理化倾向无关,其与危害性原则也并无抵牾。

必须指出,古典自由主义政治学所理解的自由保障与当代社会所追求的自由保障有着不同的侧重。古典自由主义矛头指向的是传统的极权国家和教会势力,它时刻提防着传统型政权对个人自由的威胁,因此它侧重的是个人不受外部强制的消极自由。现代自由主义者则明确提出:“国家应当发挥积极作用,为每个人的自由发展提供更多的社会条件,国家与社会通过给予个人更大的安全保障来给予个人更多的自由。”^[57]换言之,“现代自由主义提倡积极自由,认为国家不仅要为个人自由提供安全保障,更要为个人自由和公共利益的发展创造条件、扫除障碍。”^[58]由此不难看出,强调通过社会防卫来为个人提供安全的发展空间的刑法主观主义恰恰与自由主义的现代命题相暗合。古典自由主义所依存的社会形态已成为过去,其思想也必然遭到扬弃,以维护古典自由主义的理想为由主张客观主义不但意味着对古典自由主义内涵的误解,而且无疑是将早已被扬弃了的政治命题奉为圭臬、错置了时代精神。简言之,即便承认以主观主义为主导的现代刑法离古典自由主义的理想渐行渐远,也不意味着现代刑法离自由的理念越来越远。这也解释了为什么在以民主和自由作为立国之本的英美等国,刑法学者们毫不掩饰地宣扬主观主义立场而不会感到丝毫不安。^[59]

综上,客观主义对自由主义的危害性原则的解读确系误读,按照该原则,国家权力的介入只有为了避免社会成员实施侵犯他人权利的行为才能被正当化,但这并不意味着国家权力只有在侵害结果出现后才能对行为进行干预。

[56] 功利主义拒绝承认任何不可侵犯的自然权利和自然法观念,而自然权利恰恰是古典自由主义思想的基石。至于当功利追求与基本权利存在冲突之时该如何取舍,古典自由主义似乎并没有给出明确回答,但新自由主义则坚决反对功利主义以多数人的利益为名侵犯少数人的基本权利。如德沃金指出的:“如果某人对某事享有权利,那么,即便否认这种权利符合普遍利益,政府否认这种权利也是错误的。”([美]德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰译,中国大百科全书出版社1998年版,第352页。)又如罗尔斯:“每个人都拥有一种基于正义的不受侵犯性,这种不可侵犯性即使以社会整体利益之名也不能逾越。”([美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第3页。)功利主义与自由主义在现有刑法层面上的冲突或许只存在于类似“惩罚无辜者以使功利最大化”的场合,关于刑法主观主义的讨论并不涉及这样的问题。

[57] 袁祖社:《西方自由主义批判性考察》,《山东师范大学学报》(人文社会科学版)2002年第6期,第27页。

[58] 袁祖社:《西方自由主义批判性考察》,《山东师范大学学报》(人文社会科学版)2002年第6期,第27页。

[59] 例如美国《模范刑法典》之所以在不能犯问题上义无反顾地主张主观说,正是考虑到对危险个体进行特殊预防的必要,如有学者指出的:“如果刑罚不是对危险行为而是对危险性格的回应,那么,对不能犯的刑罚似乎更加合理。”Michael D. Bayles, *Character, Purpose, and Criminal Responsibility*, 1 *Law and Philosophy* 5 (1982), p. 12.

三 刑法客观主义的假面：“危险结果”

本来依据刑法客观主义的逻辑,如何说明未遂犯的可罚性就成为问题。因为既然客观主义坚称结果之于刑事责任的必要性,那么,没有造成结果(或造成了较轻的结果)的未遂犯的可罚性又源于何处呢?为了回答这一问题,客观主义者不得不拟制出所谓的“危险结果”。换言之,“通过将导致结果的危险包含于危害的概念之中,客观论在不法的成立与危害结果之间建立起勾连。这样一来,就既满足了危害性原则的要求,又为处罚未遂提供了理论根据。”^[60]然而,在理论论争中,客观主义却忘记了所谓“危险结果”作为拟制之物的本质,时刻将其视作某种客观的实存之物。根据客观主义的危险理论,“形成未遂犯的处罚根据的既遂的、客观的危险,属于未遂犯本身的独自的结果”^[61]关于危险的诸多学说似乎也都是相同的假定下思考问题的(即假定危险是一种客观之物),争议只在于应以何种标准来判断该客观之物的存在。

问题在于,诸如危险、风险等词是人们对尚未出现的某种恶害的预测,而非对实存之物的指称,以指称意义论为出发点的客观主义从一开始便误入歧途。问题的关键并非“危险”是否可以被作为名词使用,即使危险可以被用作名词,也不意味着它的含义在于其所指称的客观之物。正如正义、公平同样不是对任何实存之物的指称,寻求与此类概念相对应的客观之物必然陷入形而上学的“捕蝇瓶”。

危险判断就是在信息不完全的前提下对“结果”出现的可能性的判断,只是它不同于单纯的可能性判断,“危险”暗含着对可能的结果的否定性的价值评判(即针对的是法益侵害结果),同时只有行为导致侵害结果的概率达到相当程度以致理应引起我们的警觉时,我们才会将其描述为“危险”。设想甲以杀害无辜者乙的意图向乙射击,结果子弹擦着乙的肩头飞过,乙安然无恙。此时,甲的行为究竟导致了何种结果呢?发生的难道不就是子弹擦肩而过这样一个结果吗?即便“子弹擦肩而过是危险的”是个合理的表述,但当我们做出这一表述时,到底表达的是什么呢?其含义当然不是“子弹擦肩而过可能造成人的死亡”,因为未击中人的子弹当然不会导致死亡结果。它的真实含义只能是“如果子弹再偏一点儿或者行为人瞄的再准一点儿,它就会打到人,而这可能造成死亡结果”。因此,当我们做出这样的表述时,我们无非是通过假定新的事实,即子弹再偏一点儿或行为人瞄的再准一点儿,并重新回到行为的时点对行为的可能结果做出事先的判断,而不是对已经实施完毕的行为所造成的某种神秘的“危险结果”做出事后的描述。自相矛盾的是,现在的客观主义者同样主张对危险进行事前判断并且要对客观事实进行一定程度的抽象。^[62]很难想象,如果危险存在与否需要进行事前判断,它又怎么可能是一种“结果”呢?更令人费解的是,如果危险是一种客观之物,那么在不处罚未遂犯的结果责任时代,究竟是何种认知上的缺陷长期阻碍着人们对该结果的察觉呢?事实上,近代刑法之所以逐渐认可未遂犯的可能

[60] 劳东燕:《论实行的着手与不法的成立根据》,《中外法学》2011年第6期,第1252页。

[61] [日]山口厚著:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第272页。

[62] 张明楷著:《刑法学》,(第4版),法律出版社2011年版,第334页。

性,正是出于对行为人内心的关注,而不是因为猛然间发现了所谓“危险结果”的存在。

如果危险如客观主义者所理解的那样是客观的“结果”,那么,我们理应可以独立于行为人的内心意思去判断危险的性质,但事实上,客观主义者对危险性质的判断不可能脱离对行为人内心的考察。设想:甲向乙射击,子弹从乙身边掠过,乙毫发无损。此时,客观主义者会如何认定所发生的“危险结果”呢?子弹从身边掠过导致的到底是死亡的危险还是伤害的危险呢?如果设想子弹打中乙的手臂,那么,所发生的到底是伤害的结果还是死亡的危险呢?脱离了对行为人主观意思的考察,客观主义者不可能确定所谓“危险结果”的性质。客观主义者或许会反驳说:正如故意杀人和过失致人死亡在结果上没有区别,其区别只在有责性层面,对上述行为也可以做这种理解:行为人的主观意思只影响其有责性,而不影响危险结果的性质。^[63]这一反驳不能成立。故意杀人和过失致人死亡虽然在结果上没有区别,我们毕竟还能够脱离对行为人主观的考察而确定发生的是死亡结果。然而,在上述未遂的场合,问题不在于我们能不能将基于故意杀人和故意伤害的行为区别开,而在于离开行为人的主观意图我们根本不可能确定发生了什么结果,更为关键的是,在奉行“从违法到有责”的判断顺序的德日刑法体系中,如果不能先对违法结果做出判断,又何谈有责性的判断呢?我们还可以设想这样的情形:甲以杀害乙的意图向乙射击但子弹擦肩而过,丙以伤害的故意向丁的手臂开枪并确实打伤了丁的手臂。此时,客观主义者会对发生的结果做出何种判断呢?按其逻辑,回答理应是:甲造成了“死亡的危险”,应以故意杀人未遂论处,而丙造成了“伤害的实害”,应以故意伤害既遂论处。然而,这一回答难以自圆其说:首先,如果说子弹擦肩而过可以被认定制造了“死亡的危险”,那么,在客观上造成了更严重损害的丙又为何不能被认定为制造了“死亡的危险”呢?其次,对甲的处罚通常会重于丙,但既然丙在客观上制造的损害要比甲严重(违法性要更高),而且有责性的评价要以违法为限(“没有超过违法的有责”),那么,对甲施加更重的刑罚根据何在呢?事实上,客观主义者无非是使用了“死亡的危险”这一貌似结果的要素来掩饰它对主观要素的考量。

一个简单的思想实验或许可以说明客观主义对“危险结果”的理解是如何使自身陷入矛盾的:假设存在一个奇怪的“平行世界”,该世界在各个方面均与我们所处的世界相似,除了一点:在这个世界中,由于某种神秘力量的存在,任何一种伤害他人的企图都必将落空。例如,射出去的子弹都会偏离轨道而打不中目标、刀子落在人身上都会折断而无法造成伤害、喂他人喝下的毒药都会失去效力……假设我们世界中的危险分子 M 被放逐到了这个“平行世界”中。他对该世界的这一特性毫不知情,又恰恰在杀人故意的支配下实施了上述行为。于是问题出现:M 的行为应当受到惩罚吗?客观主义者在对此问题的回答中必然陷入两难境地:一方面,如果客观主义者否定 M 在“平行世界”中的上述行为造成了“危险结果”并据此否定其可罚性,那么,既然此类行为在两个世界中的主客观构成完全一样,即都是基于杀人意图向他人射击并且子弹擦肩而过等,客观主义者有何理由认

[63] 对此,客观主义者通常辩称称:“在未遂犯的场合,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危险即违法性的判断上,则不能也没有必要考虑行为人的主观要素。”黎宏著:《日本刑法精义》,法律出版社 2008 年版,第 126 页。

为它只在我们所处的世界中造成了“危险结果”呢？回答或许只能是：在我们的世界中，这类行为本有可能伤害他人，而且如果行为人或其他人再次实施类似行为，仍有可能造成他人死亡。如此一来，客观主义者也就承认了“危险”无非是对可能性的判断，而不是对客观之物的描述；另一方面，如果客观主义者肯定 M 在“平行世界”中的行为同样造成了“危险结果”，那么，按其逻辑该行为理应受罚。然而，这种结论恐怕难以通过理性的检验，因为实在看不出处罚的现实意义何在：既然在这个“平行世界”中所有伤害他人的意图都必然会失败，我们又何必要通过刑罚的威慑来禁止 M 及他人在今后实施类似的行为呢？

总之，将危险拟制为“结果”无非是为了软化客观主义过硬的“结果中心”逻辑，将结果扩展到“危险结果”的做法虽然在表面上维系了客观主义者所理解的危害性原则，实质上则是将其抛诸脑后了。“危险结果”是刑法理论中的赘物，对它的坚持违反“如无必要，勿增实体”的思维经济原则。它除了仅仅在形式上满足客观主义的论理逻辑外，并不能像客观主义者设想的那样起到限制刑罚处罚范围的作用。因为，以未遂犯问题为例，无论是限制处罚论者，还是扩张处罚论者，所依据的是同一概念，“危险”内涵的模糊性使得它可以为任何一种立场提供辩护。这也解释了为什么不同的危险学说之间争论不断，互不妥协。更为重要的是，在英美等国成为通说的主观说以及在德国成为通说的印象说无异于取消了对所谓“客观危险”的判断，主张未遂的成立完全以行为人的主观认识为依据。由此可见，对“危险结果”的坚持无非是以刑法客观主义之名行主观主义之实，客观主义的理论根基早已被动摇了。究其实质，客观主义所有理论努力都无法掩盖其“因为发生了结果，才处以刑罚”的报应逻辑，而在现代刑法的视野中，处罚以未遂犯为代表的危险犯归根结底还是为了抑制实害犯的出现，而不是因为该行为导致“危险结果”。

四 结 语

我国刑法学界缺少刑法主观主义与客观主义的学派论争，这在根本上制约了我们对犯罪论问题的探讨走向深入，同时也阻碍了与外国刑法学的对话。例如，无论是英美还是大陆法国家的刑法学者在讨论未遂犯的可罚性问题时，从不掩饰对行为人危险性格的关注。然而，这种论调如果放到当今的中国刑法学界，可能早就被贴上主观主义的标签而遭受口诛笔伐了。因此，我国学者对刑法主观主义普遍持有的敌视态度必须得到转变。

除了理论误解外，我国刑法学之所以对客观主义采取一边倒的态度的另一个重要原因在于多数论者一开始就将思考禁锢于主观主义和客观主义的严格二分法之中，似乎我们必须做出非此即彼的抉择。然而，一旦我们以更细致的方式提问，主观主义和客观主义的界限就不再那么泾渭分明了。根据保罗·H·罗宾逊的区分，我们可以在两个层面上理解主客观主义之争。第一个层面涉及的问题是：刑事责任的最低要求是否包括结果要素；第二个层面涉及的问题是：结果要素是否影响刑事责任的轻重。我们完全可以在两个层面采取不同的立场。^[64] 客观主义坚持结果是犯罪成立的最低限度的要求，这种立场与现

[64] See Paul H. Robinson and John M. Darley, Objectivist Versus Subjectivist Views of Criminality: A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory, 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 409 (1998), pp. 415-416.

代刑法寻求法益保护和规则之治的时代精神相悖,并不可取。现代刑法的扩张恰恰源于人们对自身安全的担忧,正是由于意识到以结果为中心的刑法客观主义对无辜者的自由和权利的保护不足,才促使现代刑法向主观主义的刑法模式靠近。这或许也解释了为什么实证研究表明公众在犯罪成立的基础的问题上,普遍持有主观主义的立场。^[65]与此同时,在第一层面上肯定刑法主观主义并不意味着应当完全排斥结果要素对刑事责任的影响,毕竟“全部现有的数据都表明全世界都持有有一个根深蒂固的观念,即损害结果是重要的,这增加了犯罪人的可谴责性和应受刑罚。”^[66]排斥结果要素对刑事责任轻重的影响的极端主观主义立场难免会冲击国民的道德直觉,从而削弱刑法的道德信誉并引发国民的抵触,反而不利于实现刑法的社会防卫目的。

综上所述,将主观主义视作严重威胁法治与自由的洪水猛兽毫无依据,主观主义绝不是有待肃清的过时思想。相反,刑法主观主义不但与被客观主义者视作理论渊源的旧派思想相契合,而且代表着现代刑法的发展趋势。反倒是主张客观主义的学者们有必要反思其对结果之于刑事责任的基础地位的坚持是否蕴含着对自由主义的误读并且与时代精神相脱节。

[Abstract] At the core of the controversies between subjectivism and objectivism of criminal law are the different understandings of the significance of the element of result to criminal liability. The subjectivism of criminal law refuses to take result as the basis of criminal liability and maintains that criminal punishment should be directed at an actor's hostility to or contempt of legal interests and his behavior based on such hostility or contempt. The subjectivization of the criminal law is a trend of development of the contemporary criminal law. The criticisms of subjectivism of criminal law by the majority of scholars in China are based on misunderstandings of this theory and its theoretical basis. Actually subjectivism of criminal law can easily be deduced from the thoughts of criminal classical school, which is taken by objectivism of criminal law as its ideological origin. Subjectivism of criminal law is not contradictory to the principle of harmfulness of classical liberalism. The criticism that subjectivism is harmful to the protection of freedom is not reasonable and the concept of "dangerous result" put forward by objectivism of criminal law is self-contradictory. Taking a subjective position on the minimum constitutive requirement of crime not only conforms to the public sense of justice, but also is conducive to the realization of the objective of protecting legal interest.

(责任编辑:王雪梅)

[65] See Paul H. Robinson and John M. Darley, *Objectivist Versus Subjectivist Views of Criminality: A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory*, 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 409 (1998), p. 430.

[66] [美]保罗·H. 罗宾逊:《刑法的分配原则——谁应受罚,如何量刑?》,沙丽金译,中国人民公安大学出版社 2009 年版,第 154 页。