

# 新行为规范观:刑法学超越之路

刘 远

〔摘 要〕 行为规范在刑法学上的基础性地位一直没有落实,这源于新康德主义的自上而下向度。要克服新康德主义刑法学的价值独断主义和规范认知主义,就必须在生成论和主体间性哲学之上重建行为规范观。新行为规范观至少包含以下要义:行为规范是生成的,应消除自然犯与法定犯之区分所隐含的误区;行为规范是独立的,不应以所谓法秩序统一性原理否定其独立性;行为规范是先在的,不仅在逻辑上而且在事实上先在于制裁规范,这为科学评判违法性意识学说提供了理论依据;行为规范是完整的,不仅具有行为指向,也具有后果指向,因而是犯罪论(定罪论)和刑罚论(量刑论)的共同基础。行为规范感知论的意义应予以重视,它自然导向行为规范的司法逻辑。

〔关键词〕 新康德主义刑法学;行为规范;规范生成论;司法逻辑

## 引 言

本文所谓“行为规范”,指的是“刑法中的行为规范”,这个刑法学概念是在“二元规范论”框架下出场的。所谓“二元规范论”,即主张刑法规范是行为规范与制裁规范对置的通说。<sup>①</sup>由此可见,行为规范概念在刑法学上具有基础性地位。但在主流刑法学体系中,行为规范并未取得与制裁规范相当的地位。从古典体系算起,刑法学历来围绕“制裁规范”进行建构,诸如犯罪论与刑罚论、不法论与罪责论等核心架构,<sup>②</sup>均属制裁规范论,而行为规范论则隐而不显、微不足道。<sup>③</sup>这可谓刑法学逻辑的重大不自洽。

本文所谓“超越之路”,指的是刑法学超越“新康德主义”之路。行为规范论的尴尬局面,是与19世纪以来,在德国刑法学上先后占支配地位的古典自然法思想、法律实证主义、新康德主义分不开的。新康德主义作为哲学运动早已衰落,但仍是德国刑法学的主要哲学基础。<sup>④</sup>我国许多学者对德国刑法学推崇备至,但对其新康德主义地基却缺乏清理。新康德主义作为德国法学的第三条道路,以建立具有科学性(针对古典自然法)和批判性(针对实证主义)的法哲学为目标,<sup>⑤</sup>在学术史上具有重

刘远,法学博士,南京师范大学法学院教授、博士生导师,南京师范大学刑法与刑事政策研究中心主任,江苏高校区域法治发展协同创新中心、中国法治现代化研究院研究员(南京210023)。本文系国家社会科学基金项目“刑法学司法逻辑化语境中的定罪论研究”(19BFX094)的阶段性成果。

①[日]高桥则夫:《规范论与刑法解释论》,戴波、李世阳译,北京:中国人民大学出版社,2011年,第2页。

②许玉秀:《当代刑法思潮》,北京:中国民主法制出版社,2005年,第35-46页。

③茹士春:《刑法规范二重性序论》,《刑事法评论》2015年总第35卷。

④[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,北京:法律出版社,2005年,第123-126页。

⑤[德]弗兰克·萨利格:《拉德布鲁赫和康特洛维茨》,段蓓译,《法律史评论》2020年第2卷。

要意义;但是,它在行为规范观上表现出与其批判对象惊人的一致性,即自上而下向度。<sup>①</sup>这种建构主义惯性使行为规范的自创生性被忽视甚至被否定,从根本上阻碍了行为规范论的深化和拓展。对这一问题进行反思性研究,有助于落实行为规范的刑法学地位,也有助于我国刑法学超越德国刑法学。本文首先对近现代行为规范观及其法哲学根据进行评析,然后结合现当代哲学发展趋势提出行为规范生成论,并据此对行为规范的感知及司法逻辑作初步探讨。

## 一、近现代行为规范观及其法哲学根据

### (一) 三种基本的行为规范观

近代刑法学之父费尔巴哈,以康德法哲学为基础建构了刑法学的初步体系。在康德看来,行为规范在理性法上是绝对命令的表现,<sup>②</sup>但在实证法上却是立法意志的产物。正如学者所言,康德法哲学要么主张背离其批判立场的古典自然法,要么主张彻底的法律实证主义,后来的新康德主义者无法接受这种断裂。<sup>③</sup>费尔巴哈在行为规范观上,也具有康德法哲学的浓厚色彩。<sup>④</sup>这一时期,刑法学对行为规范的理解不可避免地陷于超验与经验之间的断裂。后来的新康德主义者为了形成统一的具有现实意义的法律概念,摈弃了康德法哲学,但又把康德的先验认识论作为其行为规范观的新依据,<sup>⑤</sup>从而走向价值独断主义和规范认知主义。

19世纪后半叶,德国学者宾丁对行为规范论作出重大改造。不同于费尔巴哈,宾丁主要是一位法律实证主义者,他反对超验态度,只研究实证法上的行为规范。他把行为规范理解为区别于刑罚法规,并在逻辑上先于后者的立法者命令,据此认为犯罪是违反规范且符合刑罚法规的行为。他以故意杀人罪进行例证,认为“你们不应该杀人”是对行为规范的唯一正确表达。他认为行为规范只是法的禁令或命令本身,法律后果不属于行为规范,而属于刑罚法规。<sup>⑥</sup>显然,宾丁是在将“你们”(普通民众)与“我们”(立法者)加以割裂和对立的前提下,将“你们”看作规范对象(客体),但并不同时或先行看作规范形成者(主体)。这种行为规范观被新康德主义者所继承,至今仍居于通说地位。

20世纪初,新康德主义在刑法学上取代了法律实证主义的支配地位。基于事实与价值的二元论,新康德主义者以“意义”沟通事实与价值,从而形成现实世界、价值世界和意义世界的三元世界观。<sup>⑦</sup>价值被认为是理性规范,而与存在或事实无关,<sup>⑧</sup>意义既非现实也非价值,而是价值对现实的评价。<sup>⑨</sup>法律作为“教义”属于“意义”范畴,法律教义学由此被定义为关于法律客观意义的建构性科学。<sup>⑩</sup>新康德主义刑法学注重的是教义,而不是客观存在的行为规范。考夫曼认为法律包含“法律原则(法律理念)—法律规范—法律判决”三个阶层,后二者不可能脱离生活现实而只从各自的上位阶层演绎得出。<sup>⑪</sup>在这里,行为规范被看作法律理念规整生活事实的结果,但其根源在法律理念而非生活事实方面。这既不是康德绝对律令式行为规范观,也不是实证主义的纯经验式行为规范观,而是应然与实然结合的行为规范观。

①[英]马特·里德利:《自下而上:万物进化简史》,阎佳译,北京:机械工业出版社,2017年,第3页。

②[美]斯蒂芬·伽尔特·克劳威尔:《康德主义与现象学》,高燕译,《中国现象学与哲学评论》2014年第2期。

③张龔:《凯尔森法学思想中的新康德主义探源》,《环球法律评论》2012年第2期。

④马永强:《德国刑法功能主义的前世今生——兼论刑法教义学的科学范式》,《刑法论丛》2020年第1卷。

⑤张龔:《凯尔森法学思想中的新康德主义探源》,《环球法律评论》2012年第2期。

⑥梁奉壮:《宾丁规范论研究:本体论考察》,《清华法学》2017年第1期。

⑦涂纪亮:《新康德主义的价值哲学》,《云南大学学报》(社会科学版)2009年第2期。

⑧李文倩:《事实与价值——从新康德主义到维特根斯坦》,《价值论与伦理学研究》2016年上半年卷。

⑨[德]康特罗维茨、[美]帕特森:《法学方法论背后的新康德主义科学观》,清灵译,《北航法律评论》2011年第1辑。

⑩[德]康特罗维茨、[美]帕特森:《法律科学方法论概要》,清灵译,《法律方法》第11卷。

⑪[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,北京:法律出版社,2004年,第123、219-222页。

## （二）三种观念的异中之同

上述三种观念各不相同,却有一根本共同点,即都认为行为规范是自上而下来的,从而表现为鲜明的精英主义、建构主义。那么,其哲学根基何在?对此,可从两个角度来评析:

一是还原论与整体论。近代经典科学的范式是还原论,现代系统科学的范式是整体论。<sup>①</sup>上述三种行为规范观,都反映了还原论的思想。古典自然法思想将法律还原为理性,法律实证主义将法律还原为意志,新康德主义将法律还原为教义。所谓理性是超验的,所谓意志是经验的,所谓教义是先验的。古典自然法思想通过静止的范畴分析世界;<sup>②</sup>而法律实证主义盲信立法,并为机械司法张目;新康德主义则不然,它强调法律是应然与实然的结合,不仅恢复了法律的价值思考,还把这种思考从彼岸(理性法)拉回到此岸(实证法),既克服了法律实证主义回避价值的弊端,也缓解了古典自然法思想导致的法律精神的静止性。但也要看到,新康德主义虽然摈弃了康德哲学的形而上学二元论(物自体与现象界),但却诉诸方法论的二元论(实然与应然分属两个领域)和相对主义(最高应然原理并非知识,而是信仰),<sup>③</sup>这实际上延续了还原论的老路。20世纪以来刑法学方法论的新康德主义化,集中表现为所谓规范论对刑法学的支配。<sup>④</sup>规范论将规范体系和存在结构看成是两个无法互通的体系,规范只能从规范中形成,因此对于规范只能从非现实的概念世界中去寻找。<sup>⑤</sup>这种自上而下的规范观是典型的还原论思维。

整体论古已有之,但直到系统科学兴起才开始取代还原论。整体论的当代最新形态是生成论。<sup>⑥</sup>以生成论的眼光看,人的存在与价值世界的确立并非两回事,而是同一事实,毋宁说正是因为有了价值世界的确立,人作为人而存在才是可能的。<sup>⑦</sup>因此,事实与价值的二分只是一种形而上学的虚构。<sup>⑧</sup>当代法律理论中最具影响力的生成论表达,大概要数卢曼的法律系统论了。<sup>⑨</sup>他明确将事实性与规范性的割裂和对立看作一种错误的形而上学建构,强调真正与规范性对立的不是事实性,而是认知性,因为“应然”的事实性并不比“存在”少。<sup>⑩</sup>所以,新康德主义把规范与存在加以割裂和对立,早已是过时的观念。

这里需要澄清,德国学者韦尔策尔也是新康德主义者。他通常被认为是德国刑法学上现象学存在论的代表人物。其实,韦尔策尔不过是援用了现象学的思想资源,但并未因此放弃新康德主义立场。在法现象学看来,正义是通过集体经验予以直观承认的法价值总体,而社会事实是价值的实现领域,故脱离社会事实谈论正义是无意义的。<sup>⑪</sup>韦尔策尔并未真正站在现象学立场上,将主体间性先于主体性、交往先于认知等现象学原则,用于观察和描述定罪量刑的司法实践,而是只借助现象学方法去观察和描述犯罪行为本身所谓的“物本逻辑”。正如学者所揭,在韦尔策尔看来,不法与罪责分别与事实和价值相对应,这种方法论不能支持韦尔策尔是存在论者的判断。<sup>⑫</sup>

①刘敏:《生成的逻辑——系统科学“整体论”思想研究》,北京:中国社会科学出版社,2013年,第12页。

②[英]怀特海:《过程与实在》,李步楼译,北京:商务印书馆,2012年,第325页。

③[德]弗兰克·萨利格:《拉德布鲁赫和康特洛维茨》,段蓓译,《法律史评论》2020年第2卷。

④许玉秀:《当代刑法思潮》,第9页。

⑤许玉秀:《当代刑法思潮》,第129页。

⑥刘敏:《生成的逻辑——系统科学“整体论”思想研究》,北京:中国社会科学出版社,2013年,第56页。

⑦余在海、张传开:《价值哲学的困境及其出路——价值哲学研究述评》,《巢湖学院学报》2006年第2期。

⑧李文倩:《事实与价值——从新康德主义到维特根斯坦》。

⑨张嘉尹:《法的社会学观察:〈社会中的法〉导论》,[德]尼可拉斯·鲁曼著《社会中的法》,李君韬译,台北:五南图书出版股份有限公司,2015年,第7页。

⑩[德]尼克拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海:上海人民出版社,2013年,第82页。

⑪[美]庞德:《法社会学与社会学法学》,姚远、陈慧瑶译,[美]霍姆斯:《法学论文集》,姚远译,北京:商务印书馆,2020年,第345-346页。

⑫马永强:《德国刑法功能主义的前世今生——兼论刑法教义学的科学范式》,《刑法论丛》2020年第1卷。

二是主客体性与主体间性。主客体性思维方式先是把主体与客体割裂和对立起来,然后试图以认识统一主体与客体。这种“主客二分”的原则构成了西方的近代精神。<sup>①</sup>近代只将人视为理性主体、认识主体、先验主体或泛神论的一切理性。<sup>②</sup>古典自然法思想是一种“超验”的主体性法哲学,法律实证主义是一种“经验”的主体性法哲学,新康德主义是一种“先验”的主体性法哲学。在上述三种基本的行为规范观中,都只有主客体性,而没有主体间性。按照古典自然法思想,成为理性人是每个人平等的道德义务,对于理性法只需向主体内去寻求,而无需在主体之间沟通;法律实证主义致力于自然科学范式的应用,更不必在逻辑之外诉诸主体间性;而新康德主义则明显继承了康德哲学“唯我主义”主体性哲学的衣钵。

缺乏主体间性是各种新康德主义理论饱受诟病的流弊。比如在卡西尔的理论中,其所谓“意义的客观性”遭到如下质问:既然科学认识对象是主观建构的,那么“意义的客观性”从何而来?主体间的交流又如何可能?<sup>③</sup>新康德主义的行为规范观也同样缺乏这种主体间性的哲学基因。根据哲学家张世英的研究,黑格尔的“主体性哲学”已内含了“主体间性哲学”思想,胡塞尔晚年的“交互主体性现象学”和哈贝马斯的“商谈伦理学”都是接着黑格尔讲的。<sup>④</sup>刑法学者也指出,黑格尔将法哲学从康德式的个人主义视角,经由辩证法推向整体主义,就此发现了人格体间的相互“承认”对于自由的前提意义,于是自在自为的自由意志扬弃了抽象法。<sup>⑤</sup>按照现当代哲学的这种发展趋势,行为规范观的哲学根基理应从主体性哲学转到主体间性哲学上来,而新康德主义显然没有做到。

## 二、行为规范生成论及其刑法学意义

### (一) 所谓规范论的逻辑实质

韦尔策尔曾指出,新康德主义只能是一种修正的法律实证主义,其价值哲学只是通过虚幻领域的补充来弥补自然主义的错误和片面性。<sup>⑥</sup>所谓“虚幻性”就是先验性。康德哲学本来就被黑格尔斥为过于随意的知性哲学和诡辩论的现代形式,而新康德主义延续了康德哲学这种“主观主义或主体主义”。<sup>⑦</sup>德国学者许乃曼指出,“无结果的法理论”和“功利政治”是当代德国刑法学的两大弊病,前者意指各种刑法立论充满任意性,并因袭康德的刑法正义观,后者则意指学术沦为政治的工具。<sup>⑧</sup>这表明,充斥着任意性的新康德主义只是某些法律权力掌握者的意识形态。

新康德主义刑法学的基本理路,是基于先验的法律理念,貌似客观地形成法律概念,再用这些概念去从立法上规划、从司法上裁判所谓生活事实,从而实现所谓法律的现实化或具体化。由于逻辑上先验高于经验,所谓“法律理念”“目的理性”云云,不过是精英们的法律价值观而已。在价值不可知论和相对主义支配之下,法律精英以“主体”姿态,运用源于其法律价值观的法律概念,对民众这些“客体”所形成的生活事实进行立法规划和司法裁判。既然所谓生活事实是外在于法律理念的,那么它在逻辑上就不包含法律理念,而只是等待被法律理念加以规划和裁判的客体。从梅茨格尔强调评价规范先于决定规范的逻辑,<sup>⑨</sup>即可看出。由此推论,广大社会成员只是在看到了立法者所宣布以及

①[法]弗朗索瓦·夏特莱:《理性史》,北京:北京大学出版社,2000年,第83页。

②[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,北京:法律出版社,2004年,第269页。

③杨琼:《卡西尔论经验与理性在科学认识中的作用》,《天津大学学报》(社会科学版)2019年第2期。

④李超杰:《论张世英对黑格尔学术的贡献》,《哲学分析》2017年第1期。

⑤马永强:《德国刑法功能主义的前世今生——兼论刑法教义学的科学范式》。

⑥马永强:《德国刑法功能主义的前世今生——兼论刑法教义学的科学范式》。

⑦何卫平:《辩证法与现象学的会通——以伽达默尔的“效果历史意识”为例》,《天津社会科学》2020年第4期。

⑧许玉秀:《当代刑法思潮》,北京:中国民主法制出版社,2005年,第6页。

⑨[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,北京:中国人民大学出版社,2003年,第22-23页。

司法者所适用的禁令或命令之后,才能据以作出正确的行为选择。民众总是处在被从精英而来的规范所“指引”的地位,这种将民众客体化的规范逻辑正是新康德主义刑法教义学的实质所在。

## (二) 规范生成论的逻辑实质

在生成论范式中,过程优先于结构。<sup>①</sup> 社会系统通过“沟通”形成“期待结构”,自创生地分化出对规范性预期承担担保功能的“法律系统”这一社会子系统。<sup>②</sup> “规范性期待”这样的法社会学术语,如若被转换为刑法学术语,就是“行为规范”。因此,生成论意味着行为规范的自生自发性。这种客观存在的行为规范不是来源于先验的理念,而是来源于生活世界。正如学者所言,生活世界是前科学的、与置身性主体直接照面的世界,也是为实践的对象化结论奠基的世界。<sup>③</sup> 生活世界这个重要的现象学概念所强调的理论原则,是主体间性先于主体性、交往先于认知。据此,行为规范首先是“我们的规范”,然后才是“规范我们”,而新康德主义明显颠倒了这种关系。

在此,要澄清自然犯与法定犯之区分所引起的误解。人们认为,自然犯天然就是犯罪,法定犯只是由于立法才成为犯罪。其实,先是在一定人群(所谓“业界”)自生自发形成了相关的行为规范,尔后立法者才据以在刑法文本中制定了法定犯罪名。新人进入业界时必须对法定犯相关行为规范进行学习,本质上与少年儿童必须对自然犯相关行为规范进行学习是一样的。不能因为少年儿童的学习就否定自然犯的生成性,同样也不能因为业界新人的学习就否定法定犯的生成性。一面从自然犯的内部(成年人视角)看待自然犯,一面从法定犯的外部(外行人视角)看待法定犯,实为“双重标准”。或许,以刑事犯与行政犯的区分替代自然犯与法定犯的区分,有助于从术语上消除上述误区。

当然,生成论并不否认行为规范如要具有刑法性质,须得到立法者认可。但是,自下而上的生成性毕竟是行为规范的第一属性,自上而下的建构性只是规范行为的第二属性。哈耶克从进化论理性主义立场,对此作过精辟论述。<sup>④</sup> 虽然说制裁规范是立法者制定的,但决不能说作为基础的行为规范也是立法者制定的。与行为规范相比,制裁规范凸显的是自上而下的向度,但离开行为规范这个基础和依据,制裁规范就成了无本之木。既然立法者基于行为规范而制定刑法条文,那么在制裁规范被制定出来之前,相关行为规范的刑法性质已被认可了。这种不可逆的时间维度对于还原论是无意义的,但对于生成论却是至关重要的。<sup>⑤</sup>

## (三) 规范生成论的初步展开

首先,行为规范是不是刑法上独立的规范?从法律实证主义到新康德主义,都没有赋予行为规范以刑法上的独立性。因为,既然行为规范与法律后果无关,那么行为规范到底是刑法上的还是前置法上的,就无从区分。但是,规范生成论承认行为规范在刑法上的独立性。独立性不是孤立性,而是自身质和量的规定性。对于质与量的辩证关系,黑格尔早就作过经典论述。<sup>⑥</sup> 但新康德主义是不讲辩证法的,所以一方面谈论行为规范,一方面又不承认其质和量的规定性。从辩证法来看,这就等于不承认行为规范的独立性,以致二元规范论徒有其表。从事实上看,行为规范的独立性也是不容否认的。

①刘敏:《生成的逻辑——系统科学“整体论”思想研究》,北京:中国社会科学出版社,2013年,第141页。

②泮伟江:《双重偶联性问题与法律系统的生成——卢曼法社会学的问题结构及其启示》,《中外法学》2014年第2期。

③孙琳:《现象学与辩证法:哈贝马斯重构合理性的方法论探讨》,《江汉论坛》2020年第1期。

④[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来等译,北京:中国大百科全书出版社,2000年,第57、160页。

⑤刘敏:《生成的逻辑——系统科学“整体论”思想研究》,北京:中国社会科学出版社,2013年,第16-17页。

⑥[德]黑格尔:《小逻辑》,贺麟译,北京:商务印书馆,1980年,第221、234页。

其一,刑法不仅对故意杀人等严重自然犯自始进行规制,而且对法定犯也进行着特有的规制。作为法定犯基础的行为规范,并非其前置法上的行为规范的简单重复,而是有其独立的质与量,从后文关于行为规范完整性的讨论可以看清此点。因此,为了与否定行为规范独立性的观点保持逻辑自洽,而坚持法秩序统一性反向适用禁止的观点,<sup>①</sup>充其量是为了自圆其说而已。

其二,法秩序的统一性是矛盾的统一性,对“矛盾”不应消极看待。黑格尔指出,矛盾是推动整个世界的原则。<sup>②</sup>虽然正当防卫无论在刑法中还是民法中都是合法的,但紧急避险在刑法上合法而有时却产生损害赔偿义务。可见,法秩序是存在内部矛盾的。整体法秩序是由于其内部矛盾的运动才演化的。当这种内部矛盾能够为社会所容忍时,整体法秩序就是现实存在的。因此,法秩序的辩证性与违法的多元性以及行为规范的独立性,是逻辑一致的。如果非要坚持违法一元论,反倒会造成不良后果,比如,使刑法过度干预违法行为,以致丧失公正立场而异化为社会秩序管理法。把辩证矛盾等同为逻辑矛盾加以排斥,是不懂辩证法的表现,新康德主义刑法学就是如此。

其三,承认行为规范的独立性,也是有法律系统论根据的。行为规范的独立性,指的是刑法的自我指涉;行为规范的保障性,指的是刑法的功能耦合。违法性是否具有多元性,讲的是各种法律各自的自我维持问题;而法秩序是否具有统一性,讲的则是各种法律之间的功能耦合问题。

其次,行为规范是否以及在何种意义上先在于制裁规范?所谓先在性,是指行为规范不仅在逻辑上,而且在事实上,先于刑法文本即制裁规范而存在。普通人并不读刑法文本,却不担心动辄获罪,这一社会事实表明行为规范具有先在性。一旦遮蔽行为规范的先在性,都会导致刑法文本封闭意识。制裁规范作为定罪量刑规范,是立法者在客观反映和有限修正行为规范的基础上制定出来的。制裁规范的明确性是为了有效规制刑事权力,而不是为了给民众的行为以指引。

在此,要澄清违法性意识理论中关于“法”的争议。<sup>③</sup>所谓违法性意识是“违反前法律的规范的意识”之说,将“违法”荒谬地等同于“违背伦理”,这表明论者受制于将刑法等同于刑法文本的实证主义观念,而没有意识到刑法文本之前的行为规范本来就是刑法性的。所谓违法性意识是“一般的违法性的意识”之说,强调了法秩序的整体性,但却以此否认了行为规范的独立性和先在性,如前所述这是不可取的。事实上,只要行为人不可能意识到其行为的刑事违法性,对其定罪处刑就必然缺乏正当基础。所谓违法性意识是“特殊刑法的(可罚的)违法性的意识”之说,看似与本文观点距离最近,其实最远,因为该观点是以19世纪预防论为基础的,是费尔巴哈“心理强制说”的翻版而已。

再次,行为规范到底是否包含后果指向?实际上,行为规范的独立性、先在性与完整性是相互证成的。所谓行为规范的完整性,是指行为规范不仅具有行为指向,也具有后果指向。行为指向和后果指向都是生成的,因此违反规范者应当付出代价和赎罪,是人民法感情或者说民众法感受的题中应有之意。否认后果指向是不符合社会事实的。比如说,“事情是按照行为人的意图进展的,但是,就发生的结果追究行为人的责任却在社会观念上是不合适的情形”,<sup>④</sup>其中所谓“社会观念”指的就是行为规范,它明显是具有后果指向的。

因此,行为规范不仅是犯罪论(定罪论)的基础,也是刑罚论(量刑论)的基础。但按照新康德主义所继受的宾丁式行为规范观,行为规范只是与犯罪论有关,而与刑罚论无关。韦尔策尔曾提示过应通过责任阶层的可谴责性建构,来避免在犯罪论的责任概念与刑罚论的责任概念之间制造一道空

①[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,北京:中国人民大学出版社,2013年,第85-86页。

②[德]黑格尔:《小逻辑》,贺麟译,北京:商务印书馆,1980年,第259页。

③马克昌:《比较刑法原理:外国刑法学总论》,武汉:武汉大学出版社,2002年,第486-488页。

④[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,第161页。

隙,<sup>①</sup>但他没有指出什么能够确保两种责任之间的衔接,因为他没有意识到衔接者只能是行为规范。罗克辛也试图填平犯罪论与刑罚论的鸿沟,为此将应罚性与需罚性均看作犯罪阶层体系的架构准则,<sup>②</sup>这有其合理性;但问题是,罗克辛的“行为论”只能在犯罪论内部发挥其所谓基础功能、界限功能和连接功能(结合功能),却无法在犯罪论与刑罚论之间架设逻辑桥梁。真正能够架设这种桥梁的,就是完整意义上的行为规范;而排除后果指向的行为规范概念,必然使立法设刑、司法量刑分别委之于立法者、司法者的主观意志。

### 三、余论:行为规范的感知及司法逻辑

#### (一) 新康德主义的概念迷信

行为规范是对行为内容的理智要求与对违反后果的情感反应的有机统一。如若剥离其情感内涵,则无法完整把握犯罪与刑罚。可是,德国学者对刑罚合法性的各种“理性”论证,<sup>③</sup>都是在排斥行为规范情感内涵的前提下进行的,从而将行为规范简化到只是对行为内容理智要求的地步,因此无法令人信服地论证为什么偏偏需要用刑罚应对犯罪。

前已有述,新康德主义是在不可知论的价值起点上,展开其认知主义逻辑体系的。因此,它推崇概念思维,而蔑视一切非概念的思维。在康德看来,除了概念,没有什么东西进行认识。对康德来说,这种使经验得以产生的过程是一种从主体性到现象的客体性的过程。<sup>④</sup>新康德主义没有发挥康德关于实践理性高于理论理性的创见,反而对价值采取纯知识论和逻辑主义的进路。<sup>⑤</sup>这是因为,新康德主义在从经济领域引入价值概念时,并没有将价值的交往性形成与感知机制一并引入。新康德主义认识论对交往实践不感兴趣,其代表人物卡西尔就反对感性与知性的区分,并由此走向纯粹逻辑主义,也因此被指责毁坏了康德哲学的实践维度。<sup>⑥</sup>德国新康德主义法学家走的也是这种将价值(规范)问题进行认识论处理的路子。但是,只要是脱离交往实践,就必然陷入价值不可知论,于是法律概念就不再是法律存在的客观反映,而只是法律价值观的逻辑形式。<sup>⑦</sup>对于这种概念主义,德国学者罗克辛作了生动的注脚。他说,“一种用概念所无法表达的法律感受,就是最黑暗的知识来源”。<sup>⑧</sup>由此可知,德国刑法学贬斥自己创立的饱含规范情感的期待可能性理论,实属必然。

根据哈贝马斯,主体性哲学具有两种同具始源性的主客体关系,一种是认知性的,另一种是生产实践性的,两者之间由教化过程中介。前者把理性安置在认知主体的反思中,后者把理性安置在行为主体的目的合理性之中。<sup>⑨</sup>被纳入主客体关系之中的人,只是认知主体,而对价值具有决定意义的情感维度却被漏掉了。正如怀特海所言,“具体的世界从科学的网眼中漏过去了。”<sup>⑩</sup>事实上,法哲学只能是实践哲学,但不是生产实践哲学,而是交往实践哲学,因为规范的本质是交往问题。生产实践哲学只是理论哲学的延长,正如生产实践处在认知活动的延长线上。<sup>⑪</sup>新康德主义法哲学的误区正

①[德]汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论》,陈璇译,北京:中国人民大学出版社,2015年,第75页。

②许玉秀:《当代刑法思潮》,北京:中国民主法制出版社,2005年,第146页。

③[德]米夏埃尔·帕夫利克:《人格体主体公民——刑罚的合法性研究》,谭淦译,北京:中国人民大学出版社,2011年,第36页。

④[英]怀特海:《过程与实在》,李步楼译,北京:商务印书馆,2012年,第244页。

⑤孙冠臣:《再论海德格尔与新康德主义》,《世界哲学》2017年第4期。

⑥杨琼:《卡西尔论经验与理性在科学认识中的作用》,《天津大学学报》(社会科学版)2019年第2期。

⑦[德]康特罗维茨、[美]帕特森:《法学方法论背后的新康德主义科学观》。

⑧[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),第127页。

⑨[德]于尔根·哈贝马斯:《现代性的哲学话语》,曹卫东译,南京:译林出版社,2011年,第73、75页。

⑩[英]怀特海:《思维方式》,刘放桐译,北京:商务印书馆,2010年,第20页。

⑪邓晓芒:《康德〈实践理性批判〉句读》(上),北京:人民出版社,2019年,第462页。

在于以理论哲学模式来建构本应是交往实践哲学的法哲学。因此,去掉其独断性的价值判断,新康德主义就近乎于法律实证主义了。

## (二) 感知的行为规范论意义

任何一条行为规范,都不仅有其知性意思,还有其情感意义。对于其知性意思,每个有理智和规范意识的人,大都可以独自进行主客体性把握;但对于其情感意义,通常是个人所难把握的,往往要在“人同此心,心同此理”的互动中进行感知。感知本质上是一个交往实践范畴,它把人们从概念和逻辑的冷漠桎梏中解放出来。在全面依法治国的时代,“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”已成公认的司法追求。其中,“感受到”讲的即是感知,它表示人民群众对司法实践提出了高于规范认知主义的要求,这就是庭审实质化问题。规范逻辑虽然离不开认知,但关键还是感知。正如考夫曼所说,排中律虽适合于“存有逻辑”,却不适合于“规范逻辑”。<sup>①</sup> 过程哲学也是因为充分意识到认知的局限性,才强调感知的作用。<sup>②</sup>

因此,要在司法实践中克服规范认知主义,就必须增强行为规范可论辩意识。行为规范是在一定交往情境下,针对一定对象而提出主题要求的。由于情境的不可穷尽性,行为规范必然是抽象层面的同一性与具体层面的多样性的辩证统一。黑格尔说过,抽象的公正如果坚持到它的极端,就会转化为不公正。<sup>③</sup> 抽象的公正只是知性的公正,具体的公正才是理性的公正,而从抽象上升到具体、从知性上升到理性,必须依靠感性对知性的辩证否定作用,这只有在交往实践中才能达成。<sup>④</sup> 在刑事司法过程中,这突出表现为辩方对于控方相对抽象的规范评判所进行的感性质疑与反驳。因此,司法实践必须遵循“认知可认知的规范,不可认知的规范留给交往”的司法逻辑。旁听、辩护、陪审等制度,都是司法过程中保障规范交往和实现规范感知的关键制度。而要充分发挥这些制度的功能,法官应当具有晓之以理、动之以情的司法能力。<sup>⑤</sup>

这也说明,落实行为规范在刑法学中的体系性地位非常重要。日本学者大塚仁说,正是因为如果对间接正犯行为视为不可罚则违反“法感情”,所以才建立了间接正犯概念来解决处罚理据问题。<sup>⑥</sup> 我国学者林东茂说,正是由于不作为的犯罪能量较低,社会大众对其有较低的“非价领悟”,所以(不纯正)不作为犯的处罚才应当轻于作为犯。<sup>⑦</sup> 但是,新康德主义刑法学一直无意赋予规范情感以刑法学体系性地位。虽然规范情感的形式是主观的,但其内容是客观的,而规范情感的刑法学归宿只能是行为规范概念。如上所述,法庭是行为规范的情感意义被客观把握的标准机制,因此强调行为规范感知论与主张刑法学司法逻辑化,是内在一致的。

(责任编辑:路 媛)

①[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,北京:法律出版社,2004年,第327页。

②车凤成:《过程性思维之内涵理解——兼论怀特海过程哲学》,《延边大学学报》(社会科学版)2008年第1期。

③[德]黑格尔:《小逻辑》,贺麟译,北京:商务印书馆,1980年,第180页。

④孙琳:《现象学与辩证法:哈贝马斯重构合理性的方法论探讨》,《江汉论坛》2020年第1期。

⑤刘星:《司法的逻辑:实践中的方法与公正》,北京:中国法制出版社,2015年,第132页。

⑥[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,北京:中国人民大学出版社,2003年,第142页。

⑦林东茂:《刑法综览》,台北:一品文化出版社,2007年,第157页。



# **The New View on Behavioral Norms: A Road to Transcendence of Criminal Jurisprudence**

LIU Yuan

**Abstract:** The proper status of behavioral norms has not been defined and specified in the criminal law, which is rooted in the top-down dimension of neo-Kantianism. If the theory of criminal law wants to overcome the value dogmatism and normative cognitivism of neo-Kantian criminal law, the concept of behavioral norms should be based on the generative theory and the philosophy of intersubjectivity. The new view on behavioral norms contains the following elements: the behavior norm is generated, and the misunderstanding of the distinction between natural offenses and legal offenses should be eliminated. Behavioral norms are independent, and the principle of the unity of legal order should not be used to negate this independence. Behavioral norms are pre-existent: not only pre-existent logically but in fact preceded by the adjudication norms. This provides a theoretical basis for the scientific evaluation of the existing theory of illegal cognition. Behavioral norms are also complete, not only behavior-oriented but also consequence-oriented, which means that they are the common foundation of the theory of crime (theory of conviction) and the theory of punishment (theory of sentencing). The significance of the theory of behavioral norm perception should be given sufficient attention, for it naturally leads to the judicial logic of behavioral norms.

**Keywords:** neo-Kantian criminal law; behavioral norms; generativism; judicial logic

**About the author:** LIU Yuan is Professor and PhD Supervisor at School of Law, Nanjing Normal University (Nanjing 210023).