

刑法中客观主义与主观主义之争的初步考察

劳东燕*

〔摘要〕 与学派之争无关的主客观争议,有必要从刑法中客观主义与主观主义之争中予以剥离。刑法中客观主义与主观主义之争,其意义可分为两个维度。第一维度的客观主义与主观主义之争涉及刑罚对象的争论,即刑罚的对象究竟是对法益的侵害还是行为人的的人身危险性;第二维度的客观主义与主观主义之争乃是在不法论意义上而言,即不法的成立是根据行为的客观面或是行为人的主观意思进行判断。客观主义与主观主义之争在我国刑法学中尚未真正展开,双方的论争缺乏针对性,且在概念的指涉与运用上充满混乱。就我国刑法的立场问题而言,有必要根据客观主义与主观主义之争的不同维度进行立场选择。在第一维度的客观主义与主观主义之争中,应采客观主义;在第二维度的客观主义与主观主义之争中,应采受客观主义严格约束的主观论,即一种以法益侵害为基础的二元的行为无价值论。

〔关键词〕 客观主义;主观主义;学派之争;不法;行为无价值

任何接触德日刑法理论的人都会有这样的印象:德日刑法学体系中充斥着各种客观论与主观论之争,它们相互纠结在一起,使刑法研习者简直不堪其扰。此类争论尽管都是以客观论与主观论的名义展开,但实际上未必都能归入到学派意义上的刑法客观主义与刑法主观主义之争的范畴之中。使刑法客观主义与刑法主观主义之争变得复杂的主要原因在于,人们经常将判断对象意义上的客观主义与主观主义(是偏重于主观意思还是外在行为)和作为判断标准本身的客观论与主观论(一般人标准还是行为人标准)或限定判断对象的客观论与主观论(一般经验还是行为人的主观认知)混为一谈。这就使得在判别某种理论究竟应纳入刑法客观主义的范畴还是刑法主观主义的阵营时容易产生偏差。只有准确厘清刑法客观主义与刑法主观主义之争的内涵,才能防止标签式的误解,避免无谓的争论,为推进刑法中学派之争的发展奠定必要的基础。基于此,本文拟对刑法中客观主义与主观主义这对范畴做基本的梳理,在此基础上评述我国刑法学中出现的客观主义与主观主义之争,并对我国刑法的立场选择展开必要的分析。

一、客观主义与主观主义之争的两个维度

许玉秀教授曾将刑法中各类主客观争议归纳为三种类型:第一类是解决问题的判断标准,采平均

* 法学博士,清华大学法学院副教授,100084。

人的能力标准或行为人的能力标准,第二类是根据一般经验或者根据行为人个人的认知判断,第三类是根据行为的客观面或行为人的主观意思而为判断。在她看来,前两类其实都不涉及主客观之争,而真正的主客观之争,包括未遂处罚理论中的主、客观理论,故意理论中的主、客观理论,主观不法与客观不法理论之争,以及19世纪末期开始的客观主义与主观主义之争,均属第三类的主客观迷思。^①将前两类主客观争议从客观主义与主观主义之争中剔除出去,应该说是明智的。不难发现,这两种类型中,前者涉及的是对判断标准本身的争议,比如,在判断有无期待可能性时,就涉及究竟是采平均人(或一般人)的能力标准还是采行为人的能力标准进行判断的问题。后者则涉及判断对象如何界定的问题,比如,在区分可罚的未遂犯与不可罚的不能犯时,对危险存在与否的判断,便存在究竟是根据社会的一般观念还是行为人个人的认知来判断的分歧。严格说来,这两类所谓的主客观争议,尽管在实体法上存在一定的区分意义,但在真实的案件中,其区分意义相当有限。因为在能力或认知的判断上,即使采取主观说(即行为人标准),也势必需要引入假想的一般人或社会的一般经验作为证据材料,以此来判断行为人是否具有相应的能力或认知。在通常情况下,如果认定一般人具有能力或存在认知,只要行为人属于规范所设定的正常人的范围,便会自然地得出行为人也具有相应能力或认知的结论。只有行为人的能力或认知水平明显低于一般人,或者存在特殊的情况,才可能推翻前述结论。在此种意义上,所谓的一般人能力标准(或一般经验)和行为人能力标准(或行为人的个人认知),有些类似于可反驳的推定中的基础事实(A)与待证事实(B)之间的关系,即只要存在事实A,就可以直接认定事实B成立。当然,它究竟是归入推定的范畴还是属于事实性推理,尚有斟酌的余地;^②但无论

如何,二者之间存在一般意义上的内在逻辑关联。可见,此类主客观争议并无太多争论的余地,双方之间的见解在很大程度上并非对立关系,其争议的意义也十分有限,不足以成就刑法中的学派之争。毕竟,所谓的学派之争,必然不局限于刑法中的个别范畴,也并非细枝末节性的差异,而关涉刑法基本立场的不同。

与前两类主客观争议不同,第三类主客观争议涉及的是对象意义上的判断资料本身,客观主义以行为的客观面作为判断资料,而主观主义则以行为人的主观意思作为判断资料。此类主客观争议才真正是贯穿刑法始终的“主客观迷思”,与学派之争的萌生与发展存在密切的关联。仔细辨别,它实际上又可分为两个意义维度,不妨称之为第一维度的客观主义与主观主义之争与第二维度的客观主义与主观主义之争。以下分别述之。

(一) 第一维度的客观主义与主观主义之争

从理论发展历史的脉络来看,无疑是先有客观主义尔后才产生主观主义。不过,对日本刑法学影响深远的客观主义与主观主义之争,尽管是在德国学派之争的影响之下形成的,但与德国不同,在日本是新派理论先行于旧派理论而展开,日本的现行刑法乃是深受新派理论的影响而制定,在其刚开始施行时,并不存在与新派理论相对抗的旧派理论,此后,在与新派理论相对抗的过程中才逐渐形成了旧派理论。^③

客观主义最早可追溯至贝卡利亚与费尔巴哈的理论。客观主义认为,刑事责任的基础或者说刑罚评价的对象是行为人外在的行为及实害,仅以行为人的主观恶意作为处罚根据,会混淆法律与道德的区别。刑法主观主义则随着刑事实证学派的出现而出现。刑法主观主义认为,刑事责任的基础是犯罪人的危险性即反复实施犯罪的危险性格。比起外在的行为,刑法主观主义更加重视行为人的性格或人格,认为行为只具有表征犯罪

^①参见许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,北京:法律出版社,2008年,第5-8页。

^②关于推定与推理的区别,参见劳东燕:《推定研究中的认识误区》,《法律科学》2007年第5期。

^③参见付立庆:《犯罪构成理论:比较研究与路径选择》,北京:中国人民大学出版社,2010年,第218页。

人危险性格的意义。由此看来,“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,即行为人对法秩序的敌对态度。”^①这意味着,最初在学派意义上所谓的客观主义与主观主义之争有其特定的意涵,是有关刑事责任的基础是外在的客观行为及其侵害还是人身危险性的争议。它是行为刑法与行为人刑法在犯罪论领域中的表现:^②行为刑法对应的是客观主义,而行为人刑法则对应的是主观主义。此种意义上的客观主义与主观主义之争,不妨称为第一维度的客观主义与主观主义之争。

应该说,将刑事古典学派与刑事现代学派之间的论战简单概括为客观主义与主观主义之争并不准确。两对范畴之间实际上是一种交叉关系:一方面,刑事古典学派与刑事现代学派之间的论战涉及犯罪论与刑罚论中的诸多问题,^③并非客观主义与主观主义之争的范畴所能涵盖。充其量只能说,客观主义与主观主义之争大体上是刑事古典学派与刑事现代学派之争在犯罪论方面的折射与延伸。另一方面,刑事古典学派与刑事现代学派之间涉及的行为刑法与行为人刑法之争,代表的只是诸多客观论与主观论之争中的一个侧面而非全部的内容。更确切地说,它只是代表着客观主义与主观主义之争的一个意义维度。若是将刑事古典学派与刑事现代学派之争等同于客观主义与主观主义之争,便难以理解作为新派代表人物的李斯特,其在犯罪论上为什么竟然坚持的是客观主义的立场。

李斯特固然是刑事现代学派的代表人物,但其同时也被公认为是客观主义者。之所以如此,便在于刑事古典学派与刑事现代学派之争和客观主义与主观主义之争之间,并非完全的对应关系,前者主要体现的是刑法学与犯罪学之间的对立,而后者则更多地意味着刑法学内

部的立场分歧。李斯特的思想表面看来有自相矛盾之嫌,且似乎难以准确地进行归类,根本上是缘于人们将刑事古典学派与刑事现代学派之争和客观主义与主观主义之争视为对应关系之故。实际上,在李斯特时代,由于与犯罪学紧密相关的刑事政策被放在刑法体系之外处理,由此形成刑事政策与以犯罪论为核心的刑法教义学之间相互割裂的局面。^④此即所谓的“李斯特鸿沟”(Liszsche Trennung)。也正是因为如此,李斯特为刑事政策与刑法体系设定了不同的目标,认为二者承担着完全不同乃至相反的任务,所以,在他创建的“整体刑法学”的双重特性里,体现着互相疏离的两股趋势:一方面,他将体系整体社会意义之目的、与犯罪作斗争的方法,也就是刑法的任务,归于刑事政策;另一方面,按照刑法的司法意义,法治国——自由的机能,即法律的平等适用和保障个体自由免受“利维坦”的干涉的机能,则归于刑法。^⑤由于李斯特将有关危险个人与通过处遇分流实现特殊预防的目的刑思想纳入刑事政策的范畴,故其在犯罪论上的客观主义立场与其对危险个人的强调,在其思想体系中完全能够自洽地并存。

20世纪中期以来刑法的发展已然表明,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,而非行为人的危险人身危险性。这一维度的客观主义与主观主义之争,按许玉秀教授的说法,乃是对“刑罚制裁的理性”之争,也即对“刑法规范的客观目的”做了不同角度的主张:“客观主义强调行为的客观面,强调结果非价,正是以避免法益受害解释刑法规范的客观目的;主观主义不原谅‘行为人的法敌对态度’,即是以保护法规范的尊严解释刑法规范的客观目的。……这两种观点,在今日德国刑法学客观

①许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,第8页。

②张明楷:《刑法的基本立场》,北京:中国法制出版社,2002年,第38页。

③有关旧派与新派之间对立的具体内容,参见张明楷:《刑法的基本立场》,第33-47页。

④参见劳东燕:《刑事政策与刑法体系关系之考察》,《比较法研究》2012年第2期。

⑤[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,北京:中国人民大学出版社,2011年,第4页。

归责理论当中,恰好各有代表。洛克信(Roxin)用以建立客观归责理论的客观要素——客观目的性(die objective Zweckhaftigkeit),即是以‘行为人的行为是否制造了足以侵害法益的风险’为其内涵。而Jakobs从刑法‘稳定规范’的目的,得出‘意欲错误’(Wollensfehler)及‘欠缺遵守规范的意愿’,即是实质的罪责依据,正好与古典的主观理论完全契合。”^①如此看来,第一维度的客观主义与主观主义之争也并未全然退出历史舞台,当代刑法中颇具影响力的法益侵害说与规范违反说之争恰好与之相呼应,二者之间存在相当的亲缘关系。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。如果前述理解成立,则既主张行为刑法意义上的客观主义同时又力倡规范违反说的学者,^②恐怕就需要反思一下其自身的理论立场是否存在内在的紧张。

(二) 第二维度的客观主义与主观主义之争

刑法中客观主义与主观主义之争,的确因刑事现代学派的出现而走向高潮。刑事古典学派与刑事现代学派之间的这场争论旷日持久,从19世纪晚期一直延续到20世纪上半期,基本以前者的胜出而告终。刑事古典学派的胜出,为第一维度的客观主义与主观主义之争中客观主义的重归主流奠定了基础。然而,它充其量意味着将刑事责任建立在人身危险性基础之上的主观主义刑法的退却,而不意味着刑法中客观主义与主观主义之争从此走向终结。

客观主义与主观主义之争的另一个重要侧面,涉及的是刑事不法究竟是根据行为的客观面或是行为人的主观意思而为判断的问题。此可谓第二维度的客观主义与主观主义之争。这个问题并不始于刑事现代学派的诞生,古典时期便存在的主观违法论与客观违法论与之有着

千丝万缕的联系;自然,它也并没有随着刑事现代学派的衰落而消失。实际上,不法论上的客观主义与主观主义之争在此后一直处于拉锯状态。第一维度的客观主义与主观主义之争虽与不法论上的客观主义与主观主义之争存在一定的关联,但二者涉及的毕竟是不同的问题。

行为刑法的确立与行为人刑法的被抵制,并不意味着主观主义从此退出历史的舞台。在当代刑法体系中,主观主义的痕迹几乎无所不在,它以一种极为隐秘的方式确保自己的在场。主观主义是受到一些冷落,但确切地说,受到冷落的仅仅只是将刑事责任的基础建立在单纯的人身危险性或法敌对意思之上的做法。在不法论上,即决定行为不法是否存在是根据行为客观上所显现的事实状态还是行为人的主观意思,主观主义并没有落败。相反,自新古典时期梅茨格(Mezger)等学者发现主观的不法要素之后,客观的不法论便处于风雨飘摇的境地。到20世纪中期,主观主义借韦尔策尔的目的行为论的东风,在不法论问题上更是重新展开与客观主义之间的地盘争夺,并且长期占据上风。“因为自目的行为论改变了构成要件的阶层构造之后,所流行的看法是,人的意志支配可能性决定行为的取向,同时决定行为不法的取向,换言之,人的意志所能支配的,才可能是不法。”^③此后,随着客观归责理论的兴起,主观不法与客观不法之争才旋即烽烟再起,成为20世纪80年代中期后德国刑法理论上最为重要的争点之一,即“不法始终是取决于行为人的‘个人行为不法’,抑或是行为的客观可归责性决定行为人的认识范围,进而决定行为人是否有主观不法?”^④

值得指出的是,这一维度的客观主义与主观主义之争,无论是客观主义还是主观主义,都没有放弃行为要求与责任主义原则,而坚持了主客观统一的立场。因而,客观主义不等于客观归罪,主观主义也不等于主观归罪。二者之

^①许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,第9页。

^②参见周光权:《刑法总论》,北京:中国人民大学出版社,2007年,第36-49页。

^③许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,第11页。

^④许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,第3页。

间的分歧不在于是否要放弃主观要素或客观要素,而是在客观要素与主观要素之间究竟重视哪一要素。也即,对于不法的成立而言,究竟是客观行为及其害害具有基础性的意义,还是行为人的危险人身危险性更为重要。

与学派之争中其他两对范畴——即结果无价值论与行为无价值论和法益侵害说与规范违反说——相比,刑法中客观主义与主观主义之争无疑更具根本性。确切地说,客观主义与主观主义之争犹如刑法学发展的一根主轴,所有的立场之争都分布在这根主轴之上,因而,最终在本质上均可归结为客观主义与主观主义之争:当代的法益侵害说与规范违反说之争和第一维度的客观主义与主观主义之争之间,存在明显的亲缘关系;20世纪中后期兴起的结果无价值论与行为无价值论之争,则无疑是第二维度的客观主义与主观主义之争的延伸与转化。当然,所有的立场之争,问题都不在于要不要全盘舍弃主观主义或客观主义。争论的焦点仅在于,刑法学理论的构建,究竟是应当以客观主义为根本而兼顾主观主义,还是应当在主观主义的基础之上整合客观主义。

二、我国刑法学中的客观主义与主观主义之争

晚近以来我国刑法学的发展表现出去苏俄化的趋势,这与推崇德日刑法知识论的学术力量(不妨称为“德日派”)在我国的强势崛起有关。毋庸置疑,“德日派”已成为足以与支持传统刑法理论的学者群体相抗衡(简称“传统派”)^①的重要势力。“德日派”的崛起,为我国刑法中学派之争的萌发奠定了必要的基础。不过,相比于结果无价值论与行为无价值论之争和形式解释论与实质解释论之争的深度展开,迄今为止,客观主义与主观主义之间在我国刑

法学中尚未形成真正的学术对抗,有的只是一些零星的批判或者论争。

(一) 论争的具体情况

大体说来,由于德日刑法学对刑事现代学派所提倡的行为人刑法及相应的主观主义之弊已展开过深刻的批判,“德日派”又对此信以为然,所以,包括张明楷教授、陈兴良教授、周光权教授等在内的成员,大多旗帜鲜明地主张行为刑法意义上的客观主义,认为客观主义有利于维护法治的基本价值,有利于在保护社会利益的同时保护个人利益,而行为人刑法意义上的主观主义则隐含着重大的内在危险。“德日派”的不少主力干将都不约而同地认为,我国传统刑法学理论中存在较为严重的主观主义倾向或现象,因而,在各自的论作中,都或多或少曾对此做过批判。

在新刑法颁布不久,张明楷教授便曾专门写过一篇论文,^②认为我国1997年刑法表现出明显地向客观主义倾斜的态度,同时批评旧刑法偏向于主观主义,认为旧刑法采取的是为主观主义所赞赏而为客观主义所反对的对犯罪构成要件规定较为简单粗疏的立法体例,旧刑法时期过于重视主观因素的影响,不少犯罪都要求以主观上的目的作为定罪的条件;此外,在不能犯的认定上,以及主张将犯罪主体与犯罪的主观方面置于犯罪客体与犯罪的客观方面之前的犯罪论体系,都表现出明显的主观主义倾向。周光权教授更是专门写过论著为刑法客观主义摇旗呐喊,从法治的角度论证刑法中采客观主义立场的必要性。在他看来,以危险个体概念为基点的刑法主观主义与法治理想存在抵牾之处,相反,由于刑法客观主义中对行为的抽象设定事实上是以承认某种普遍性、确定性、合理性为前提,因而,它恰好与近现代的法治理念相契合而构成法治理念的核心内容,并以一种

^①本文所谓的“传统派”与“德日派”,主要是从知识论的角度而言所做的区分,即究竟是坚持传统的源自前苏联的刑法知识论,还是要求去苏俄化而接受德日的刑法知识论。它与支持传统四要件的犯罪构成体系,涉及的是不同的问题。

^②参见张明楷:《新刑法与客观主义》,《法学研究》1997年第6期。

巧妙的方式回应法治理念下基于自然法的契约观和理性主义的诉求,满足着法治的基本要求。^① 陈兴良教授尽管没有专文驳斥过我国刑法中的主观主义现象,但从他对社会危害性理论与前苏联的犯罪论体系的严厉批判来看,尤其是从他对古典客观主义青睐有加的态度来看,在学派之争的问题上他毫无疑问是站在反主观主义阵营这边的。

值得指出的是,客观主义与主观主义之争并未发生在“德日派”与“传统派”之间,因为除“德日派”对主观主义的批评声音之外,被认为代表主观主义的“传统派”实际上并没有对此做出有效的回应。反对的声音当然也有,但比较微弱,且严格说来并不来自“传统派”的阵营。其中较为引人注目的是北京大学的张文教授与来自中南财经政法大学的郭泽强教授。

深受日本学者大塚仁倡导的人格刑法学影响的张文教授认为,行为刑法理论存在着先天不足、后天失当的弊病,其不仅在立论前提即犯罪原因观上不科学,在现实层面也往往导致处罚上的宽严失当,而此种弊病只有在刑法理论中引入犯罪人人格才能真正摆脱。因而,在他看来,在构建犯罪论体系时,必须将犯罪同时视为是刑法对行为的抽象与犯罪人人格的外在表象,建立一种同时建立在行为与犯罪人基础之上的二元论的犯罪论体系。^② 作为国内学界系统关注刑法主观主义的为数不多的学者之一,郭泽强教授虽未明确表示对行为人刑法的激赏,但其对刑法主观主义的支持却是不容置疑的。与张明楷教授与周光权教授认为新刑法倾向于刑法客观主义不同,郭泽强教授认为刑法主观主义在我国 1979 年刑法与 1997 年刑法中均有所体现,中国刑事立法的发展以及中国刑法的主客观相统一原则等都与刑法主观主义存在密切的联系,因而,在他看来,全面贯彻刑法

客观主义立场不尽合理,主观主义也不乏可借鉴之处,有必要认真对待刑法主观主义。^③

尽管为刑法主观主义正名的学者的努力在国内学界也引人注目,但就当下看来,刑法客观主义的立场在我国刑法学中可谓取得了绝对的胜利,至少在话语层面是如此。或许可以这么说,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,“德日派”阵营的主导性立场显然是义无反顾地走向刑法客观主义。

(二) 评述与分析

刑法客观主义的立场能获得“德日派”的认同,自然是值得庆幸的事。不过,由于客观主义与主观主义之争未及真正展开,很多重要的问题被淹没在客观主义的大旗之下而没有得到深入有效的探讨。尤其是,由于参与者往往在不尽相同的意义上使用客观主义与主观主义这对范畴,这就使得相关的争论尽管表面看来初现学派之争的对立,实际上缺乏应有的针对性,且充满了混乱。

表现之一是,人们将行为刑法与行为人刑法意义上的客观主义与主观主义之争(即第一维度的客观主义与主观主义之争),混同于不法论上的客观主义与主观主义(即第二维度的客观主义与主观主义)之争。这样的混淆,不仅出现在支持客观主义的张明楷教授的论作之中,也出现在试图为主观主义正名的郭泽强教授的文章之中。比如,在探讨新刑法与客观主义关系的论文中,^④张明楷教授开宗明义表明其所指的客观主义与主观主义是从旧派与新派的对立的角度而言,即指的是行为刑法与行为人刑法意义上的客观主义与主观主义,但当他批评旧刑法时期过于重视主观因素的影响,不少犯罪都要求以主观上的目的作为定罪的条件,以及不能犯的认定上偏重于行为人的内心意思等做法时,他实际上驳斥的是不法论层面的主观主

^① 参见周光权:《法治视野中的刑法中的客观主义》,北京:清华大学出版社,2002年。

^② 张文教授进一步指出,所谓先天不足,是指行为刑法理论的立论前提—犯罪原因观不科学,所谓后天失当,是指其不考虑行为人如何、不考虑行为人的品格如何,只是依照行为论罪,必然会导致犯罪圈扩大、犯罪人标签滥贴,或者眼睁睁地放纵犯罪人继续犯罪。参见张文:《以行为为中心,还是以犯罪人为中心:关于犯罪论体系根基的思考》,《中外法学》2001年第5期。

^③ 参见郭泽强:《主观主义与中国刑法论纲:认真对待刑法主观主义》,《环球法律评论》2005年第4期。

^④ 参见张明楷:《新刑法与客观主义》,《法学研究》1997年第6期。

义。而郭泽强教授尽管批评张明楷教授误读客观主义与主观主义的思想精髓,但当他试图为行为人刑法意义上的刑法主观主义进行辩护时,他讨论的却往往是不法论层面的主观主义。比如,当他提出我国刑法中有关正当防卫、未遂犯以及共同犯罪等规定中均体现刑法主观主义的思想时,他分明是在不法论的意义上使用主观主义的概念。^①此外,当周光权教授声称李斯特持的是“披着刑法客观主义外衣的刑法主观主义立场”^②之时,他其实也没有对第一维度的客观主义与主观主义之争和第二维度的客观主义与主观主义之争进行区分。

表现之二是,方法论意义上的主观论(行为标准)与客观论(一般人标准)之争,也经常被混同于第一维度的客观主义与主观主义之争或第二维度的客观主义与主观主义之争。比如,周光权教授一方面批评在不能犯的问题上,我国传统刑法理论通说受前苏联刑法理论的影响,偏重于行为人主观上损害他人法益的意思而不管行为是否会在客观上使法益陷入危险,因而批评这种做法具有浓厚的刑法主观主义色彩,基于此,他反对抽象危险说与纯粹主观说;另一方面,他却又误以为被称为新客观说的具体危险说接近于旧客观说,故基于客观主义的立场而采纳具体危险说。^③很显然,当周光权教授批评通说的做法具有刑法主观主义色彩时,他指的是与行为人刑法相关的主观主义,而不是不法论层面的主观主义,因为作为行为无价值论的拥护者,他不可能反对主观不法论,故意与过失在他那里就是主观的不法要素。然而,当他将具体危险说理解为是接近于旧客观说的新客观说时,他却又将方法论意义上的主观论(行为人标准)与客观论(一般人标准),混同于不法论层面的客观主义与主观主义。殊不知,从不法论的角度来看,抽象危险说与纯粹主观说固然属于主观未遂论的范围,具体危险说又何尝不

是?根据具体危险说,不法成立与否的判断,同样是以行为人主观的意思与构想作为判断对象。具体危险说与抽象危险说的不同之处仅在于,在能否感知危险的问题上,前者引入的是一般人标准,而后者则适用的是行为人标准。由此可见,“尽管具体危险说与客观危险说一起被归入客观说的范畴,但实际上此客观非彼客观:具体危险说中的客观,指的是应当按照一般人的认识与心理标准来进行判断;客观危险说中的客观,则指的是客观上导致利益侵害的危险性/可能性本身。”^④因而,具体危险说其实根本就不属于客观未遂论,而应当归入主观未遂论的范畴。

可以肯定的是,将不同层面的主客观之争混杂在一起,直接影响学派之争在我国刑法学中的展开。尤其是,由于客观主义与主观主义这对范畴还经常被当作我国刑法中的主客观相统一原则的对立面而被讨论,个别学者甚至将主观主义和客观主义解读为责任主义的下位概念。^⑤这就使得刑法中客观主义与主观主义之争更加显得混乱不堪。当然,也有学者意识到主客观之争应区分不同的层面。陈兴良教授明确指出,学派之争意义上的客观主义与主观主义并不完全等同于在犯罪论体系中的客观主义与主观主义。刑法学史上存在刑事古典学派与刑事实证学派之争,从思想倾向上来说,刑事古典学派偏重于客观主义,刑事实证学派偏重于主观主义,但刑事古典学派与刑事实证学派之争,更大程度上是刑法学与犯罪学的学科之争。在犯罪论体系上,也存在古典派、新古典派、目的行为论等学术谱系,它们之间存在学说之争,从演进过程来看,也有一个从注重客观到注重主观的发展趋势。^⑥正是由于学派意义上的客观主义与主观主义之争与犯罪论体系中不法论层面的客观主义与主观主义之争具有不同的性质,所以,在当代刑法中,尽管行为人刑法意义

^①参见郭泽强:《主观主义与我国刑法具体问题初探》,《政治与法律》2005年第6期。

^②周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,第95页。

^③参见周光权:《刑法总论》,第191-195页。

^④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。

^⑤参见郭泽强:《我国刑法中主观主义地位的界定——兼与张明楷教授、周光权博士商榷》,《法学》2005年第5期。

^⑥陈兴良:《主客观相一致原则:价值论与方法论的双重清理》,《法学研究》2007年第5期。

上的主观主义相对于行为刑法意义上的客观主义落败了,但不法论层面的主观主义(即主观不法论)却在20世纪中期以后长期居于胜出的地位。这两种相异的发展趋势初看似乎不可思议,实际上,由于涉及的是不同的问题,故二者之间并不矛盾。

当然,尽管陈兴良教授将学派意义上的客观主义与主观主义区别于犯罪论体系中的客观主义与主观主义,但他并未进一步表明二者之间的具体不同之处。并且,他也仍然将行为标准与一般人标准意义上的主观说与客观说之争混同于不法论层面的客观主义与主观主义之争。基于此,他虽然将以一般人还是行为人作为判断标准的问题界定为刑法方法论的问题,而将对作为判断对象的行为进行观察时,是偏重于主观因素还是客观的外部动作及其结果的问题理解为刑法价值论问题,不过,他仍然认为刑法中的客观主义与主观主义,同时具有价值论与方法论两个方面的含义。^①实际上,方法论意义上的主客观争论与刑法中的客观主义与主观主义之争并无内在关联,完全没有必要将二者搅和在一起,人为地增加问题的复杂性。可以说,也正是这样的混同,使得陈兴良教授和周光权教授一样,将不能犯问题上的具体危险说归入客观未遂论的范围,当传统派的代表人物赵秉志教授在不能犯问题上放弃通说转而支持具体危险说时,他理所当然地将之解读为是向客观未遂论的转变。^②

此外,将第一维度的客观主义与主观主义之争混同于第二维度的客观主义与主观主义之争,还在很大程度上妨碍了人们对主观不法论的接受与认同。由于主观不法论被等同于行为人刑法意义上的主观主义,这使得国内不少学者视之如敝履,不仅动辄将主观不法论归入主观主义刑法的阵营,而且根本就认为它与行为人刑法一样是早应该被扔进历史垃圾堆的过时之物。基于此,“德日派”的不少成员自始便对

主观不法论充满警惕之心,连带着也不接受建立在主观不法论之上的新古典一目的主义犯罪论体系,而特别青睐以客观不法论为基础的古典犯罪论体系。与此同时,由于将不法论层面的客观主义等同于刑事古典学派,将不法论层面的主观主义等同于刑事实证学派,“德日派”总体上对客观归责理论的意义评价不足,只将之视为单纯的因果关系领域的替代理论,而没有看到它所代表的、对威尔策尔以来的主观不法论的反叛的另一面。也就是说,国内学界对客观归责理论的兴起在不法论层面的意义,尚缺乏充分的认识。客观归责理论其实并不仅仅是单纯作为限制条件说适用的因果关系理论而存在,它还预示着不法论上从主观不法向客观不法转变的倾向。正如许玉秀教授所言,从70年代开始,Roxin所创设的客观归责理论,有一个更远大的目标,即确立并限制故意的成立条件和范围,用行为对法益受害结果具有法律上重要的风险,解决人的意志的支配可能性。目的行为论认为,人的意志所能支配的才可能是不法。Roxin则反面而行,将“人的意志支配可能性”(Beherrschbarkeit durch den menschlichen Willen),以“客观上是否可能侵害法益”加以解释,客观上对法益受害有法律上重要性的,才可能是人的意志能支配的,从此扭转了主观不法和客观不法的地位。”^③

三、我国刑法的立场分析与应然选择

在客观主义与主观主义之争中,我国刑法该何去何从,这无疑是一个值得深思的问题。立场选择既代表着一种价值判断,同时也是展开反思与学术批判的起点。然而,泛泛地说我国刑法应当持客观主义或者主观主义的立场,多少有混淆视听的嫌疑。如本文第一部分所

^①参见陈兴良:《主客观相一致原则:价值论与方法论的双重清理》,《法学研究》2007年第5期。

^②参见陈兴良:《客观未遂论的滥觞——一个学术史的考察》,《法学家》2011年第4期。

^③许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,北京:法律出版社,2008年,第11页。

述,刑法中客观主义与主观主义之争存在两个意义维度。相应地,立场选择的命题也必须分成两个问题来回答:一是刑罚惩罚的对象究竟是行为还是行为人,或者说是行为对法益的侵害还是行为人的危险?二是不法的成立与否,是根据行为的客观面还是根据行为人的主观意思来进行判断,或者说,对于不法的成立而言,到底是客观行为及其危害具有基础性的意义,还是行为人的主观意思更为关键?

从20世纪德国刑法发展的历史来看,行为刑法的最终胜出意味着在第一维度的刑法客观主义与主观主义之争(即刑罚的对象是对法益的侵害还是人身危险性)中,刑法客观主义取得了最后的胜利。然而,在第二维度的客观主义与主观主义之争(即刑事不法究竟是根据行为的客观面或是行为人的主观意思而为判断)中,客观主义则基本上是落败的一方,主观主义才是真正的赢家。这便是所谓不法的主观化问题。不法的主观化,首先体现为韦尔策尔关于“人”的不法理论(即不法被视为是与行为人相关的、“人”的行为不法)的兴起,以及由此导致犯罪论体系的重大变化,故意与过失从此成为主观不法要素而被纳入构成要件层面。在刑法中考虑“人”,被认为是韦尔策尔的重大理论创见,“不仅突破了刑法学局限于行为而行为仅属犯罪学的樊篱,而且超出了传统客观主义与主观主义的对立,在行为人身上进行了主客观两方面的考察,为折衷理论提出了强有力的支持。”^①如果决定不法成立的关键因素已不再是或不再限于外在的法益侵害,而必须首先考虑或至少同时考虑行为人的因素,包括“行为人基于目的性的活动而赋予客观行为以何种目标,其出于什么设想而实施行为,以及在此过程中其担负着哪些义务”,^②则不法当然再不是客观

的,相反,行为人的主观面甚至一度成为决定行为不法色彩的首要因素。其次,不法的主观化还表现为着手理论乃至整个未遂犯理论从客观论向主观论的转变。Roxin曾指出,在很长时期内,德国刑法学界很少对不能犯未遂(或者至少是不危险的或出于无知的未遂)的可罚性提出质疑,是与20世纪不法的日益主观化的趋势相关,而不法的主观化趋势绝不限于目的行为论。^③未遂犯理论从客观论向主观论的转变,不仅出现在德国,也出现在日本与英美等国的刑法之中。^④就此而言,不法的主观化可谓代表着20世纪各国刑法理论发展的共同走向。

从德国刑法中的客观主义与主观主义之争来看,其两个维度的发展并不一致,因而,简单地说是客观主义或者主观主义取得了最后的胜利是不准确的。对我国刑法的立场选择而言,自然不能机械地以德国如何或外国如何我国也应该如何为由,得出应当在第一维度的客观主义与主观主义之争中主张客观主义,而在第二维度的客观主义与主观主义之争中倡导主观主义的结论。不过,德国刑法中客观主义与主观主义之争的发展,至少提醒我们,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。换言之,在第一维度的客观主义与主观主义之争中采客观主义(或主观主义),并不意味着在第二维度的客观主义与主观主义之争中也必须采客观主义(或主观主义);反之也是如此。

就第一维度的客观主义与主观主义之争而言,我国刑法学界大致是倾向采客观主义的立场,并且认为旧刑法偏向于主观主义,而新刑法则向客观主义倾斜。笔者认同这样的见解。鉴于行为人刑法对法治的危害已为历史所见证,

①马克昌主编:《近代西方刑法学说史》,北京:中国人民公安大学出版社,2008年,第500页。

②Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969, S. 62.

③Claus Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 29, Rn. 23.

④参见劳东燕:《论实行的着手与不法的成立根据》,《中外法学》2011年第6期。

且国内学者对此也已做过充分的论证,^①本文不再赘述。值得注意的是,我国刑事立法与刑法理论仍烙有浓重的主观主义痕迹,不仅立法上存在对刑法客观主义的背离,刑法理论上也遗留诸多的主观主义残余,司法实务中更是大量存在利用主观主义思路处理案件的倾向。^②比如,对于连续犯与牵连犯,我国刑法理论一直坚持应按一罪论处,显然是受到了刑法主观主义的影响。按照主观主义的逻辑,在连续犯或牵连犯中,行为人所实施的数行为,毕竟在心理脉络上存在连结关系;相比于一般的独立数行为,行为人的可责性或人身危险性明显要低一些。在此种意义上,主观主义可以说是为对独立数行为实行数罪并罚而对连续犯与牵连犯则按一罪论处的做法提供了实质根据。也正是基于此,黄荣坚教授主张,在废除连续犯与牵连犯而回归数行为关系的同时,有必要在数罪并罚的基础上乘以数值在0.7至0.9之间的调整系数;实际调整系数的大小则根据个案情形定之,时空关系紧凑而心理脉络紧密的连续行为或牵连行为调整系数宜较低(例如0.7),时空关系隔离而心理脉络疏远的连续行为或牵连行为调整系数宜较高(例如0.9)。^③此外,当前刑法及司法解释中关于“多次”的规定以及《刑法修正案(八)》将扒窃行为的入罪,也多少表现出向主观主义刑法发展的态势。就“多次”的现象而言,现行刑法有13个条款出现“多次”的表述形式,^④司法解释中涉及“多次”的条款更是为数

不少。根据“多次”因素在犯罪构成中的不同地位,有关“多次”的规定可分为三种类型,即作为基本犯罪构成要素的“多次”、作为加重犯罪构成要素的“多次”和作为累计数额处罚载体的“多次”。^⑤不难发现,尽管违法性增加和责任增加都是“多次”从严的根据,但责任的增加是其首要根据,违法性增加仅为次要根据。^⑥无论是作为入罪性要素存在,还是作为法定刑升格条件存在,“多次”的因素都涉及对行为人危险性的评价问题。对此,有学者表示了相当的担忧,认为“长此以往,在我国刑法所规定的全部具体犯罪中,都可以规定‘多次’作为各种犯罪的成立条件或者法定刑升格条件,则我国刑法就成了名副其实的‘多次刑法’或者‘行为人刑法’。这种做法不但极大地冲击了我国现有的犯罪构成理论和犯罪论体系,也有违罪刑法定原则,造成难以预测的不利后果。”^⑦在对扒窃行为的入罪化问题进行分析时,梁根林教授也指出,扒窃型盗窃罪尽管仍以外在的扒窃行为为刑法干预的前提,但刑法干预的基点已由外在的行为不法转向内在的人的不法,是刑法评价的基准由结果本位、行为本位向行为人本位的进一步转型,支撑着这一转型的刑法逻辑显然是主观主义的。^⑧

当前我国刑法中的这种走向,是否意味着由客观主义向主观主义的回归,是一个值得刑法学界深思的问题。如何看待这种走向,以及其在何种程度上对行为刑法构成侵蚀性影响,

①参见周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,第140-160页。张明楷教授也曾论证过,向客观主义倾斜具有诸多的益处,包括:(1)有利于发挥刑法的三个机能,即行为规制机能、法益保护机能与自由保障机能;(2)有利于实现刑法的三个理念,即正义、合目的性与法的安定性;(3)有利于合理保护社会利益与个人利益;(4)有利于合理对待犯罪化与非犯罪化;(5)有利于区分刑法与道德;(6)有利于合理处理刑事立法(权)与刑事司法(权)的关系;(7)有利于贯彻罪刑法定和建设法治国家。参见张明楷:《刑法的基本立场》,第69-78页。

②参见周光权:《刑法总论》,第36-40页。

③参见黄荣坚:《基础刑法学》(下),北京:中国人民大学出版社,2008年,第631、634页。

④它们分别是:刑法第153条第3款的多次走私、第201条第3款的多次偷税、第263条第(四)项的多次抢劫、第264条的多次盗窃、第274条的多次敲诈勒索(为刑法修正案八所增加)、第292条第1款第(一)项的多次聚众斗殴、第301条第1款的多次参加聚众淫乱活动、第318条第1款第(二)项的多次组织他人偷越国(边)境、第321条第1款第(一)项的多次运送他人偷越国(边)境、第328条第1款第(三)项的多次盗掘古文化遗址、古墓葬、第347条第7款的多次走私、贩卖、运输、制造毒品、第358条第1款第(三)项的多次强迫他人卖淫与第383条第2款的多次贪污。

⑤参见张小虎:《多次行为的立法定位与理论存疑》,《法学杂志》2006年第3期。

⑥王军仁:《刑法“多次”从严根据论》,《烟台大学学报》2010年第1期,第18页。

⑦王军仁:《刑法“多次”从严根据论》,第19页。

⑧参见梁根林:《但书、罪量与醉驾、扒窃》,“当代刑法思潮论坛之十”讲稿,该论坛于2012年4月16日晚在中国人民大学法学院举行。

在今后的研究中都尚需做进一步的认真考察。

从第二维度的客观主义与主观主义之争来看,我国传统理论基本上采取的是主观的不法理论,司法实务也压倒性地支持主观论的立场。从当前“德日派”的内部论争来看,对这一问题则尚未达成相对一致的意见。大体上说,明确支持结果无价值论的学者采取的是客观的不法论,应归入客观论者的范围,而倡导行为无价值论(尤其是一元论的行为无价值论)的学者则倾向于支持主观的不法论,可视为主观论者。究竟是支持客观论还是主观论,未遂犯问题可谓是一块有效的试金石。从对着手的认定或在可罚的未遂犯与不可罚的不能犯的区别上所采取的观点,能够清晰地辨别不同学者在不法论上的真正立场。在之前一篇关于着手理论的论文中,笔者曾经提出,在未遂犯中,主观的不法论终究会因为过于强调社会防卫而严重威胁个体

的自由保护,因而必须警惕主观论所蕴含的巨大危险;不过,鉴于极端的客观不法论难以满足法益保护的需要,在不法的问题上,持一种折衷的主观论较为稳妥。^① 本文仍基本赞同这样的立场。也即,在不法的判断上,不能仅仅考虑外在的法益侵害,还应同时考虑行为人的主观意思;相应地,故意与过失均应作为主观不法要素而存在,它们与法益侵害共同决定不法的成立。这显然应归入二元论意义上的行为无价值论的立场。一种强调法益侵害对于不法的基础性意义的、去道德化的行为无价值论,对我国刑法的不法理论而言应属合理的选择。^② 换言之,有必要强化客观主义的约束,在肯定主观要素对于不法的独立价值的同时,坚持法益侵害在不法构建中的基础性地位。

(责任编辑:蔡道通)

Disputes between Subjectivism and Objectivism in Criminal Law Studies: A Preliminary Inquiry

LAO Dong-yan

Abstract: It is necessary to separate the disputes between objectivism and subjectivism in criminal law studies from other controversies between objective theories and subjective theories in this field. The debate between objectivism and subjectivism has two dimensions in its meaning. The first concerns such a question as whether the object of punishment is infringement of legal goods or personal danger. The second is about the theory of wrongdoing, that is, whether the establishment of wrongdoing is decided according to the objective aspect of an act or an actor's guilty intention. The debate between objectivism and subjectivism in China is still in its infancy, and there is some confusion over the basic concepts between the parties involved in the debate. As for the Chinese criminal law, it is more reasonable to decide its position according to the above-mentioned two dimensions. In the first case, we should adopt the position of objectivism; in the second, however, subjectivism constrained by objectivism is a better choice. This is the position held by a dualistic theory of Handlungsunwert which is based on the infringement of legal goods.

Key words: objectivism; subjectivism; debate between legal schools; wrongdoing; Handlungsunwert

^①参见劳东燕:《论实行的着手与不法的成立根据》,《中外法学》2011年第6期。

^②参见陈璇:《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。