

行为无价值论与积极一般预防

周光权^{*}

〔摘要〕 犯罪是和刑罚相对应的概念,合理的违法性论必定与能够充分发挥其效果的刑罚论相联系;离开对刑罚相关问题的认识,不可能清晰地揭示犯罪的本质。特殊预防和由费尔巴哈所首倡的消极一般预防都存在明显缺陷。积极一般预防论的主旨是通过指导公众的行为,确立公众对于规范的认同、尊重进而预防犯罪。行为无价值二元论认为犯罪的本质是违反行为规范进而造成法益侵害,刑法的目的就是维护社会基本行为准则的存在并最终保护法益,相应地,对刑罚的目的就不应当定位于通过威慑来阻止现实或者潜在的犯罪人和社会一般人今后不犯罪,而是要凸显规范的意义,引导公众按照行为规范行事,因而主张积极的、规范的一般预防,使犯罪论和刑罚论浑然一体、前后照应。肯定积极的一般预防论有助于准确认定中止犯、过失犯;同时,不会造成重刑化,不会无端限制个人行动自由。

〔关键词〕 行为无价值论;结果无价值论;刑罚目的;积极的一般预防

目前,刑法学中的刑罚论研究从宏观上看,存在一些需要从根本上厘清的重大问题。一方面,就刑罚论和犯罪论的相互关系而言,通常的理论将它们视为各自独立的两个部分加以研究,在其理论构架中难以找到连接犯罪论和刑罚论的要素。其实,“应罚性”和“需罚性”是刑法学中对应的两对范畴,行为符合构成要件,侵害或威胁法益,具备主、客观归责性的,就具有“应罚性”;但是,对“需罚性”(处罚到何种程度才合适)的确定,就要考虑该行为的预防必要性。犯罪是和刑罚相对应的概念,合理的违法性论必定与能够充分发挥其效果的刑罚论相勾连;反过来,离开对刑罚相关问题的认识,要清晰地揭示犯罪的本质就是不可能的事情,因此,违法性论和刑罚论之间存在相互依存的紧密关系。^①另一方面,就对刑罚理论自身的研究而言,目前通行的理论认为,刑罚的目的乃至刑法的机能是预防行为人乃至一般人将来的犯罪行为(即肯定特别预防或消极的一般预防理论),将刑罚的预防功能视为对于可能发生的犯罪行为的预防,且将其重心定位于威吓和威慑,这既不尊重人,也与刑罚运用的政策功能相悖。

针对上述两方面的问题,有必要对行为无价值二元论与积极的一般预防(positive general prevention)的关系进行研讨,以揭示犯罪论(尤其是违法性论)和刑罚论之间的密切联系。同时,要强调由

^{*} 法学博士,清华大学法学院教授、博士生导师,100084。

^① 参见周光权:《法治视野中的刑法客观主义》(第2版),北京:法律出版社,2013年,第325页。

于犯罪的本质是违反行为规范进而造成法益侵害,刑法的目的就是维护社会基本行为准则的存在并最终保护法益。相应的,刑罚的目的就不应当定位于通过威慑来阻止现实或者潜在的犯罪人、社会一般人今后不犯罪,而是要凸显规范的意义,引导公众按照行为规范行事,以促进刑法的公众认同,从而达到从规范上预防将来犯罪的效果,通过刑法对尚未发生的事件产生积极影响,最终有效地、周延地保护法益。

一、积极的一般预防论的提出

积极的一般预防论,是与特殊预防论、消极的一般预防论相对应的刑罚目的论上的概念。特殊预防试图通过对特定犯罪适用刑罚来阻止某些具体的、特别危险的个人犯罪;消极的一般预防,是指通过发挥刑罚的威慑功能来防止潜在的社会一般人犯罪。积极的一般预防,是指刑罚的制裁对没有违反规范的一般民众有激励、表彰和肯定的效果,对违法行为的评价准确传递出一种信息:触犯规范的人是错的,坚持遵守规范始终是正确的选择。因此,积极的一般预防的主旨是通过指导公众的行为,确立公众对于规范的认同、尊重进而预防犯罪。

特殊预防和由费尔巴哈所首倡的消极的一般预防都存在明显缺陷。特殊预防的功能分为恐吓、改造和“无害化”。采用特殊预防论存在不少障碍:一方面,如果要采取特殊预防措施,就必须准确评估行为人的再犯危险性。但是,个人的危险性有多大,在绝大多数情况下难以查证。另一方面,从特殊预防的角度出发,刑罚只有能够再次抑制犯罪才是必要的。这样一来,对严重的犯罪(如特殊冲突场合的杀人)可能就不应该处罚,因为其不存在再犯危险性;对精神病人等无责任能力者却应该判刑,因为其可能存在再犯危险;对犯罪本身并不严重的累犯、惯犯,最好的阻止其再犯的措施可能是将其拘禁在居住地。因此,特殊预防难以单独成为刑罚目的,或者不是刑罚目的的主体内容。

消极的一般预防论认为,人的放纵会危及市民社会,因此需要用刑罚对社会成员施加影响,并防止他们实施犯罪行为,其核心是“借助于刑罚威慑的警告作用预防公民犯罪”。^①消极的一般预防论的问题在于:人之所以犯罪,在很多时候不是理性权衡的产物;以适用刑罚相威胁,在多大程度上对人不犯罪起到抑制作用,也难以证明;通过刑罚进行威吓,是将人作为手段看待,是把罪犯“纯粹当作工具”^②加以使用。

积极的一般预防见解的主要思维出发点,乃认为法规范系人类行为的指导标准,其必须确实被遵守,并且不容许加以破坏。而刑罚的作用,则是在维持规范的被遵守,以确保社会大众确信法规范的不容破坏。故而,刑罚系一种维护法规范的威吓手段,其所宣示者,则为规范的完整性,借由刑罚的威吓效应,达到尊重规范的目的,并从对破坏规范者的处罚,强化社会大众的规范意识,以达到规范信赖之目的。^③

对积极的一般预防论的理解,需要注意:1.“积极”,是指刑罚的效果不在于利用刑罚的恐吓,而是在于引导公众形成规范意识和对法的认同。2.“一般”,是指刑罚效果针对所有人。3.“预防”说明刑罚的目的不在于威慑、制止潜在的犯罪人以后犯罪,而是要恢复因犯罪行为而受破坏的秩序、信赖,通过罪责的确定及处罚的施加,使信赖法规范的正当性得到确认,使公众因为规范的有效性而产生安全感,将因犯罪而被破坏的规范效果再度巩固起来,稳定社会的规范,维持社会规范的同一性,

①[德]费尔巴哈:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京:中国方正出版社,2010年,第25页。

②[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I》,杨萌译,北京:法律出版社,2006年,第11页。

③柯耀程:《变动中的刑法思想》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第375页。

借以维持公众对规范的认同。“如果人们在‘相对理论’含义上,把刑罚的本质视为所谓重新社会化或今天到处谈论的‘积极的一般预防’,那么,这关系到分配的正义和法律的正义之行为:义务的承担和履行,社会内部的法秩序和法忠诚(Rechtstreue)的稳定化,以达到社会的补偿,尤其是要将罪犯重新整合成社会中平等之一员。”^①刑罚的正当性就在于以这种积极的方式来确认行为规范有效,防止其他人今后实施抵触规范的行为,以维持规范的安定性。^②4. 根据积极的一般预防论,适用刑罚对规范破坏者进行反驳,通过这种反驳,来证明被破坏的规范其实值得被坚持。犯罪意味着对于规范的否认,对于规范效力的攻击。刑罚的意义则在于表明:行为人的主张是不值得赞同的,规范会不受影响地持续发挥其效力,社会的形态得以继续维持下去。^③5. 由于行为无价值二元论也要考虑犯罪本质的法益侵害,在刑罚适用上就不会无视报应的侧面。在刑罚论中,报应满足了人类最朴素的愿望,最起码的生活常识。但是,报应的要素要受积极的一般预防理论的约束。也就是说,刑罚论里面应当有积极的、一般预防的因素来调节报应的东西,这就是一体论的,或者是折中的刑罚论。6. 积极的一般预防论强调规范上的引导,促使公众因尊重、认同法律而远离犯罪。要实现积极的一般预防功能,犯罪论体系就必须对行为性质进行准确界定,提供行为对错的标准,对国民的行为进行指引。在违法性论上肯定行为规范违反的意义就是理所当然的。

一般预防的理论并不倾向于使用不明确的和法治国所怀疑的危险性估计,来代替对行为的明确描述;相反,它要求尽可能准确的明确性,因为被禁止的对象必须准确地法律中加以规定,由此才能鼓励国民在内心中产生一种对这些被禁止的特定行为保持距离的动机。^④井田良教授主张,报应论和纯粹结果无价值论对应;一般预防论和行为无价值一元论挂钩;坚持罪刑法定原则和以一般预防论为基础的相对的报应刑论,则会采取行为无价值二元论——其重视在行为的时点明确违法、适法的界限的告知机能,以回应罪刑法定主义的必要条件,同时通过规范提示谋求一般预防。^⑤有的学者认为,从结果无价值的角度,也可以论证一般预防的必要性。例如,Lüderssen 就认为,犯罪是行为人、被害人、公众共同参与的社会过程。行为造成法益侵害的结果时,其对社会心理、公众的规范信赖感会有冲击。因此,结果属于社会心理、公众认同层次的内容,对其必须从一般预防的角度加以重视,因此,对既遂犯要比未遂犯处罚重。^⑥但是,从社会心理学的角度确定结果对刑罚的影响(如果有结果发生,从社会心理学的角度看,公众的处罚愿望更为强烈,为维持价值意识,防止比行为无价值危害更大的价值动摇,需要对结果发生的场合给予更重的处罚),会带来标准不确定的问题:如何测量公众的社会心理?结果影响社会心理的机理、分量是什么?因此,要讨论一般预防的存在必要性,还应该从行为无价值论入手。

行为无价值二元论支持一般预防论,而且强调积极的、规范的一般预防。在行为无价值论者看来,刑罚是对规范违反行为的确认、反击。利用刑罚处罚个人,是规范效果的反射,从中可以看出规范违反者对其行为应当付出的代价。刑罚用来稳定被抵触的规范,使规范始终成为指引所有人行动的指南。“如果想要让刑法达到保护法益的效果,就只能让刑法针对未来的、尚未发生的事件发挥作用;只有透过刑罚对未来产生预防的效果,才能达到保护法益的目的。”^⑦

积极的一般预防论以肯定行为规范重要性为前提。对于这一论断,可以从强调行为规范重要性

①[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,北京:法律出版社,2002年,第65页。

②[德]雅科布斯:《市民刑法与敌人刑法》,徐育安译,许玉秀:《刑事法之基础与界限》,台北:学林文化事业有限公司,2003年,第17页。

③[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43页。

④[日]井田良:《变革の时代における理论刑法学》,庆应义塾大学出版会,2007年,第118页。

⑤转引自许恒达:《“行为非价”与“结果非价”——论刑事不法概念的实质内涵》,《政大法学评论》第114期(2010年)。

⑥参见蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,台北:台湾元照出版公司,2008年,第80页。

的涂尔干那里得到支持。涂尔干认为,犯罪的本质是对集体意识(行为规范)的侵害,刑罚就是要对侵害集体意识的行为进行惩罚,实现对侵害集体意识行为的报复。这似乎是典型的报应论。但是,涂尔干进一步认为,传统的报应论较为粗暴和严厉。今天的刑罚已经从单纯的报复转变为“抵偿”,因此,刑罚是对侵害集体意识的行为的抵偿。这种报应论会附带产生防卫社会的好的结果。通过这种报应,实际上要达到保卫社会的效果,从而确保集体意识不受侵犯,保证集体意识(行为规范)的有效性。所以,刑罚适用能够使受到侵害的行为规范被恢复:一方面,通过惩罚向社会宣示触犯集体意识的行为是不值得学习的,是需要谴责的。另一方面,触犯集体意识的人在人性上是低劣的,而守法的人是高贵的,是值得表彰的。由此,对犯罪一般预防得到实现,同时,这种预防不是消极的,而是积极的一般预防。所以,涂尔干的基本刑罚思想是要从报应中产生积极一般预防的效果。

立法者透过法秩序,把社会共同生活所必要的应然状态规定出来(行为规范的设定),刑法作为法秩序的一环,就是要在犯罪行为发生(亦即行为规范遭行为人抵触)后,透过对于行为人的制裁来重建遭到破坏的法秩序。因此,刑罚的任务可以说是在于,证实那些被不法行为所质疑的规范,透过刑罚来宣示这些规范是一如既往地有效并且应该被维持,藉此来稳固一般人对于法秩序的信赖,保障对于交互遵守行为规范的期待。^①对此,井田良教授的理解是:行为规范的设定,从根本上看是为了一般预防这个功利的犯罪预防目的的实现。如果处罚不具有一般预防的意义,就没有必要肯定行为规范违反。关于未遂处罚的具体危险说的要点在于:只要是一般人都能看破,为危险奠定基础的情况不存在时,就没有必要肯定规范违反。例如,行为者误以为其所用于投毒的药品是氢酸钾,但是只要是一般人一眼就能看出其是砂糖时,就不会从被告人的行为中感受到危险,将该行为作为刑罚处罚的对象,从一般预防的见解来说是过度的,因此,行为规范的内容是在与处罚必要性相关联的意义上目的论地被限定的。^②

行为无价值二元论视野中的积极的一般预防,追求三个既相区别又相互交叉的目标:“受社会教育动机推动的学习效果,也就是通过刑事司法活动在人民中号召‘学会法律忠诚’;国民通过看见法律得到贯彻执行而产生的忠诚效果;最后是满足的效果,即一般公众基于对违法行为的惩罚从而使法律意识得到抚慰,以及他们与违法行为人的冲突被看作是已经得到了结而出现的效果。”^③通过这些具体效果,刑罚可以起到预防犯罪的作用。因此,行为无价值二元论将违法性判断和特定历史时期的规范期待、公众的规范认同相关联,着眼于发挥规范对于公众的行为引导功能,是合理的理论,其对犯罪论的积极影响自不待言,对刑罚论也有深远影响。^④正是因为积极的一般预防论承认规范不仅是评价规范,更主要的是决定规范和行为规范,充分考虑了规范的引导功能和政策功能,考虑了不法概念和刑罚一般预防性相勾连的可能性,该理论又成为“规范的一般预防论”,即刑罚目的的重心在于通过明确行为时违法、合法的界限,以便在顺应罪刑法定主义要求的同时,通过提示规范来实现一般预防。^⑤所以,积极的一般预防论不是用高举的棍棒相威胁,而是针对能够作出清醒的决定,有能力在服从还是违反规范之间作出选择的人。它不想对任何人进行威慑,无论是公众还是受害者。它的目的是在总体上强化民众的“一般的法律意识”。^⑥因而,提出积极的一般预防论具有着重

① 蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,台北:台湾元照出版公司,2008年,第81页。

② [日]井田良:《变革の时代における理论刑法学》,第117页。

③ [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),第43页。

④ 积极的一般预防论强调预防将来可能发生的犯罪,在其理论构架中,自然包含了特殊预防的内容,因此,积极的一般预防论不会排斥特殊预防。

⑤ [日]井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁,2008年,第81页。

⑥ [美]马库斯·德克·达博:《积极的一般预防与法益理论》,陈泽宪:《刑事法前沿》(第4卷),北京:中国人民公安大学出版社,2008年,第211页。

要意义。

1. 克服结果无价值论刑罚观的不足。学者指出,结果无价值论强调刑罚适用的消极性、被动性,强调只有对现实生活的利益造成现实的、可视的侵害或者具体危险,并且没有其他解决方法的情况,才能适用刑法。相反,行为无价值二元论则强调刑罚适用的积极性、主动性,主张积极运用刑罚的一般预防作用,以保障人们的法律确信和守法意识,肯定对普遍的、抽象的法益的保护,扩大未遂、预备犯的处罚范围。^①与行为无价值论支持一般预防论,而且强调积极的、规范的一般预防不同,结果无价值论强调报应的侧面,刑罚理论以相对报应论和特殊预防来展开。

结果无价值论重视法益损害,必然在追求刑罚报应的同时强调特别预防。但是,问题在于:(1)从结果无价值论的逻辑出发,刑罚的报应似乎应该被特别强调。但是,针对已然发生的具体法益侵害事实,报应不能使受损害的法益“起死回生”,刑罚是否真的还有意义,值得质疑。(2)坚持结果无价值论,刑罚要指向过去发生的法益侵害,但如果又认为在这种理论背景之下,刑法能够达到一般预防的目的,应当是一种相互矛盾的观点。从结果无价值论的立场出发,为保护法益,可能在实现报应的同时实施威慑(尤其是特别威慑)。“法益使一种威吓变得正当,但是,现在所有可能的东西都能够变成法益。刑法的不法就变得不清楚了,丧失了其规范的(并且也是道德的)轮廓。”^②(3)在刑罚论上,如果仅仅得出刑罚报应以及特别预防的结论,难以实现一般预防的刑罚目的,在政策论上未必是充分的、合适的。结果无价值论以法益侵害性或者危险性来界定违法性,试图建构一种以不变应万变的违法论,造成刑法理论不能回应中国当下剧烈的社会转型所带来的诸种问题,从而和社会发展的要求脱节,难言妥当。

需要指出,有的结果无价值论者也不排斥一般预防。但是,从其理论逻辑(不允许造成法益侵害或危险)出发的刑罚运用,即便追求一般预防的目的,也只能停留在消极的一般预防层面讨论问题。

结果无价值论根据现实造成的法益侵害或者法益危险确定违法性,特别重视“当下的”、“具体的”损害结果或者危险,其势必在肯定报应论的同时重视特别预防。但是,行为无价值二元论要强调的,并不是仅仅通过处罚“当下的”法益侵害行为来预防行为人不再犯罪,修复被“这次”犯罪所破坏的规范关系,而且要强调,规范绝对不能被动摇,当下的犯罪要惩罚,以此来证明规范重要性,但与此同时其必须告诉公众,类似行为再将来不能“重演”。所以,刑罚的运用,要考虑某一特定犯罪的结果无价值,更要考虑行为动摇规范的行为无价值,刑罚论不是建立在脱离了结果无价值的行为无价值的基础之上,而是同时以结果无价值和行为无价值为前提的。^③

事实上,要实现刑罚的积极预防功能,犯罪论体系就必须能够对行为在性质上进行评价,从而对国民的行为进行指引。如果犯罪论体系不能提供给某种行为妥当与否的标准,不能借助于刑罚适用为国民的行为提供指导,其自然是存在缺陷的。换言之,任何自诩为合理的违法性论,都必须以特定历史时期的社会现实为背景,考虑合理的犯罪预防,同时兼顾处罚范围的限定与社会中存在的报应呼吁。当然,积极的一般预防论也并不拒斥报应及特殊预防。报应和一般预防之间有相互制约关系。仅仅根据行为的规范违反性质来确定处罚,难言正当,结合结果无价值论来限定处罚也是行为无价值二元论的刑罚观需要考虑的。因为要考虑法益侵害,行为无价值二元论自然不能无视刑罚论中报应的侧面,根据一定结果是否发生来肯定刑罚的正当根据也是理所当然的,由此可以保持处罚范围的相对明确。

^①参见黎宏:《结果无价值论之展开》,《法学研究》2008年第4期。

^②[德]哈塞默尔:《面对各种新型犯罪的刑法》,《刑事法学的当代展开》(中国人民大学刑事法律科学研究中心组织编写),北京:中国检察出版社,2008年,第60页。

^③[日]松宫孝明:《“结果无价值论”与“行为无价值论”的意义对比》,张晓宁译,《法律科学》2012年第3期。

2. 积极的一般预防论使得犯罪论和刑罚论“前后呼应”。刑法是规定犯罪既遂或未遂的结局出现时如何进行处理的法律,因此,其在确定处罚时,首先要将行为人违法且有责地引起构成要件结果的问题作为考察对象,以行为责任为基础,以行为规范违反为前提。与此同时,运用刑罚的目的则在于证实刑法背后的行为规范的合理性、妥当性以及必须被遵守的性质。这样,行为无价值的犯罪论和积极一般预防的刑罚论有机地统一起来,犯罪论和刑罚论前后呼应,相互论证对方的合理性。

3. 肯定犯罪预防相较于单纯惩罚的特殊意义。犯罪预防问题至关重要,在一定意义上,比对犯罪的惩罚还重要。预防的重要性集中表现在:(1)仅仅依靠犯罪惩罚、罪犯处遇的刑事政策,难以真正达到刑法的目的。经验事实已证明,通过判刑的方式惩罚罪犯,通过监狱执行的方式改造罪犯,很难获得真正成功。罪犯的再犯罪率很高,监禁成本大。大量的研究也表明,处遇措施越严厉,再犯率会越高,累犯和犯罪情节恶劣的人,在很多情况下都会再次陷入犯罪境地。这主要是因为在很多情况下,犯罪不是人自由意志决定的产物。在犯罪人处遇没有充分地发挥其机能,“贴标签”的弊害反而使犯罪人处遇成为再犯发生的原因的现状之下,应当考虑改进刑事司法制度,当然,最应该考虑的是事先的预防,犯罪对策的根本就是犯罪预防。^①为此,罗克辛教授指出,积极的一般预防论虽然以遏制犯罪为目标,但其与报应论、特别预防论都不相同,如果刑罚仅仅对已然发生的罪行、特定犯罪人发挥作用,那么,这个理论就还存在不足。实际上,积极的一般预防论除了具有预防犯罪行为实施的意义之外,在社会政策方面也具有值得追求的特殊价值。^②(2)惩罚总是“向后看”的,预防却是“向前看”的。通过制度建设的强化来预防犯罪可以有效地提前保卫社会。在惩罚效果难以实现时,积极的一般预防另有目标——“刑罚如果不能使犯罪行为人为再社会化,或许它至少还可以增强守法的民众拒绝成为(抗拒再社会化的)罪犯的决心。”^③“刑罚的这种功能不仅仅是预防或者防止将来的犯罪,而更多地在于通过法律秩序的稳定与安全而减轻所有人的负担。”^④

4. 积极的一般预防论和刑法客观主义立场相一致。刑罚不处罚思想,也不应该仅仅针对个人的危险人格或者性格发挥作用。犯罪是以禁止引起作为既遂要件的结果这一规范为基础的(即便是举动犯,也需要外界变动意义上的“结果”,例如,非法侵入住宅罪需要进入者的身体进入住宅这一结果),在该结果出现时,行为违反规范。在出于刑事政策的立法理由而处罚未遂时,也需要具备可能引发结果状态的意义上的“未遂”结局。因此,犯罪是违反规范,引起或可能引起某种外在结果的行为,刑罚则是对这种行为的反向行动,通过适用刑罚可以达到预防未来的规范违反和法益侵害目的。

二、积极的一般预防论的运用

(一) 积极的一般预防论要求承认主观的违法要素

目前在德国成为通说的理论认为,不考虑主观的不法要素,就难以准确界定行为。例如,没有非法占有目的的强行取财行为,可能构成寻衅滋事罪,而非抢劫罪;实施杀害行为,根据其取财的意思是否存在而区分为故意杀人罪还是抢劫罪;改变占有关系的犯罪,根据其窃取还是骗取的意思,区分为盗窃罪和诈骗罪;虽然破坏他人的占有,但没有非法占有目的的,只能构成故意毁坏财物罪,而没

①[日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,北京:法律出版社,2000年,第299页。

②参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),第43页。

③[美]马库斯·德克·达博:《积极的一般预防与法益理论》,陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第4卷),北京:中国人民公安大学出版社,2008年,第446页。

④[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I》,第15页。

有成立盗窃罪的余地。这些都说明,犯罪中各种各样的主观标志(故意、过失、特殊目的、动机等),对不法类型的认定有重大影响,决定不法的不仅仅局限于对财产、人身利益或者其他法益的侵害。虽然出于法治国的理由,禁止对行为人的思想活动进行考查,但并不禁止探寻违法者的动机。从蔑视法律以及违法行为的象征意义的角度看,罪犯的内心活动其实相当重要,因此,对于应该增强规范效果的制裁措施的象征意义而言,也同样如此。^①因此,刑罚的运用不能脱离犯罪论上对不法的主观限定。只有结合主观要素,将行为规范、不同犯罪构成的界限厘清,刑法才能充分发挥其指引功能,刑罚积极的一般预防的效果也才能达到。这说明,承认主观不法要素,不仅有助于说明行为的不法性质和程度,也有助于实现积极的一般预防,二者之间存在紧密关联。

(二) 积极的一般预防与中止任意性的判断

对于中止犯减免处罚的根据,有政策说、法律说(违法性减少说、责任减少说)以及折中说的对立,各种观点都有其一定合理性,但单独用某一种主张来解释所有复杂问题都有捉襟见肘之嫌。因此,合理的解释思路是将政策说和违法性减少、责任减少说结合起来考虑,肯定它们对中止任意性的判断都有所制约。对某些责任有所减轻,行为人为防止结果无价值做出各种努力,但仍然明显不值得奖励,认定为犯罪中止不利于实现积极的一般预防的行为,需要从政策论(刑罚目的论、一般预防论)的角度,否定其主观努力可以抵销行为无价值,不能奖励行为人,从而将其行为性质认定为未遂,这样,就不能对行为人免除处罚。也就是说,根据违法性减少说或者责任减少说所得出的初步结论,需要结合一般预防的考虑进行第二次修正。在违法或者责任有所减轻,但行为人缺乏规范意识的觉醒,认定为犯罪中止明显无助于恢复公众对规范的信任感时,需要以未遂犯论处。学者指出,在刑罚目的的学说进入预防理论的时代,从刑法体系一致性的观点出发,应该说,结合预防理论来考虑中止犯减免处罚的根据是合理的结论。^②罗克辛教授则指出,中止是一个特定的刑事政策问题。“中止之中有一个‘自愿’的概念,这个概念决定着这种中止是否具有免除刑罚的效果,‘自愿’概念是规范性的,准确地说,是要从刑罚目的理论的角度来解释的。”^③应该说,上述将中止任意性的认定和刑罚目的联系起来的观点是非常合理的,对于指导司法实务有现实意义。例如,被告人李官容抢走被害人的财物后,用绳子猛勒被害人脖子致其昏迷。被告人以为被害人已死,便将其扔到汽车后备箱中,在发现被害人没死后,先后用石头砸被害人的头部,用小剪刀刺其喉部、手臂致其再次昏迷。被告人唯恐被害人没死,又购买了一把水果刀,捅刺被害人的腹部,因刀柄折断而未能得逞。被告人认为被害人“命大”,才最终放弃了杀人的想法,送被害人去医院,被害人由此保住了性命。对于本案,法院的裁判理由是:“被告人在用绳子猛勒被害人脖子致其昏迷后,发现被害人没死,又先后多次重复实施杀害行为,已造成了伤害后果,其非完全自动放弃杀人的想法。因此,被告人在实施故意杀人犯罪的过程中由于意志以外的原因而未得逞,应认定为犯罪未遂”^④如果考虑到一般预防的需要,对类似被告人责任有所减轻,但其并没有规范意识觉醒,不值得奖励;同时,认定为中止会向公众传递不良社会信息的情形,认定为犯罪未遂的司法作法就是合理的。与此相关的问题是:甲为强奸而对被害人使用暴力,在被害人提出可以给钱让对方去嫖娼时,甲放弃强奸行为,放过了被害人的,是否可以解释为我国刑法第24条所规定的“自动”放弃犯罪?对于这种没有悔改,但“单纯放弃”的行为,如果认为可以成立中止,显然不是依照法条文义所作的解释,而是一个目的论的解释:中止未遂减免

^①[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I》,第40页。

^②林钰雄:《新刑法总则》,台北:台湾元照出版有限公司,2011年,第385页。

^③[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45页。

^④福建省上杭县人民法院《刑事判决书》(2008)杭刑初字第238号。

刑罚的意义在于保护被害人,使其免受行为人更进一步的攻击。这样的目的解释粗看起来可能是合理的。但是,如果考虑到刑事政策的需要以及这种解释可能带来的负面社会效果,就有可能基于一般预防的考虑,转而否定这种缺乏规范意识觉醒、单纯放弃行为成立中止自动性的结论。因为在某些案件中,如果承认中止会使得刑罚效果以及对被害人的保护力度都大打折扣。再比如,为抢劫而杀人的,或者为骗保而杀人的,如果肯定只要单纯放弃犯罪就成立中止,行为人就会考虑:如果我成功地把被害人杀死了,就“天遂人愿”且不会有目击证人;即便没有杀死,只要我能够在一定时段停下来,不再实施杀害行为,就可以成立中止。那么,行为人无论是继续实施杀害还是停下来,都会从事实上或者法律上“得利”,对中止自动性的上述解释在某些场合就一定会带来负面效果。同时,还要考虑,如果对“单纯放弃”肯定中止,则可能对“失败的未遂”的行为人在处罚上不平衡。例如,基于强奸的意思打被害人一耳光,妇女提出给钱的,行为人停止进一步的性侵害就可以成立中止;那么,在同样打被害人一耳光,但被害妇女逃走的,行为人就因为没法控制被害人的人身而无法成立中止,这会导致在性质上更为恶劣的行为(实施强奸暴力之后还从被害人手中获取财物)在法律上反而得到奖励。因此,学者指出:对于中止犯,“即便行为人是‘能犯而不欲’,如果该意思并不足以值得奖励、无助于取得一般预防的效果,或者其主观态度所体现的责任减少,尚不足以值得减免其刑,就没有必要谓之为具有任意性。”^①这一解释考虑了积极的一般预防的因素。

(三) 积极的一般预防论与客观归责论

客观归责理论和积极的一般预防论的关系是:一方面,客观归责理论有助于实现积极的一般预防。将某种结果归属于构成要件行为,说明行为规范、禁止规范的效力是存在的,是不可动摇的,该规范是用来防止结果发生的合适措施。通过这种客观归责可以防止其他人以类似的行为举止造成结果,从而实现积极的一般预防。另一方面,积极的一般预防说明客观归责的合理性、正当性。换言之,一般预防能够证明因结果发生而加重行为人刑罚,使之对既遂结果负责的合理性,说明既遂犯比未遂犯判得重的理由。如果不能实现积极的一般预防,不建立行为和结果之间的类型化关系,刑法上的归责就可能因人而异,对结果的客观归责蜕变成了责任主义意义上的“主观归责”,刑法指引公共生活的意义就大为下降。对此,许内曼教授指出:在刑法中所涉及的是透过禁止规范的一般预防效力来防止侵害。所以只有当结果归责本身能够放入一般预防的效力装置(Wirkungsmechanismus)时,刑法上的结果归责在刑事政策上才有其意义……如果禁止规范对于结果的发生不是有用的工具,那么基于侵害禁止规范而启动刑法对结果加以处罚(也就是说,归责给违反禁止规范的行为人视为他的杰作)也就没有意义。^②

如果考虑一般预防和客观归责的关系,那么,A造成B伤害后,被害人B在医院感染细菌死亡的,将结果归属于A可能就明显不合适。禁止伤害的规范,不能达到防止他人在医院感染细菌死亡的一般预防的目的。因为医院存在细菌是高概率情形,病人在医院感染细菌是生活上存在的风险。再比如,近亲获知车祸受害人重伤后因激动而死亡的,不能对车祸肇事者进行客观归责,因为在进行刑法制裁时如果考虑这些结果,都难以达到一般预防的效果。^③在这里,自然会涉及行为规范和制裁规范之间的关系。客观归责论中“制造法所反对的风险”所涉及的规范是行为规范。符合构成要件的行为是违反规范的行为,这样的规范必须是立法上确定,并事前描述、建构好的规范。如果某种规

^①王昭武:《论中止犯的性质及其对成立要件的制约》,《清华法学》2013年第5期。

^②[德]Schünemann:《关于客观归责》,陈志辉译,许玉秀、陈志辉:《不移不惑献身法与正义——Schünemann教授刑法论文选辑》,第551页。

^③周光权:《刑法客观主义与方法论》,北京:法律出版社,2013年,第67页。

范本身的建构和确立就是为了防止某种结果发生的,那么,在行为人恰好违反这样的规范时,才能进行归责。这是行为无价值二元论的立场。结果无价值论者会主张,在这里存在的只是裁判规范。但是在这里,作为行为规范而存在的规范形式虽然和制裁规范有差别,但也存在相互关联:禁止造成某种侵害结果的行为规范,从事后处于裁判者地位的人看来,也是一个适合防止结果发生的有效措施。所以,客观归责论针对违反禁止性的行为规范,因而没有避免结果发生的行为进行归责就是正当的。通过这样的归责,可以提示社会一般人重视规范效力,防止侵害结果发生,从而发挥刑罚的一般预防功能。针对相当性说的种种缺陷,同时考虑到在刑法学中研究因果关系并不仅仅是出于经验判断的需要,而是出于规范判断(价值判断)的需要,即指导社会成员如何行动的需要,客观归责论才得以产生。在这个意义上,客观归责理论和行为无价值二元论之间存在紧密关联。^①

结合刑罚的一般预防功能,确立客观归责理论的体系性地位,一方面能够弥补相当因果关系说的不足;另一方面,也和行为无价值二元论的刑法基本立场相一致。^② 犯罪的实质是违反行为规范进而造成法益侵害,客观归责理论讨论行为是否制造法益风险、是否能够实现法益风险,其思考问题的出发点是行为,落脚点是“坏”的结果要算到谁头上,从而能够将行为无价值和结果无价值两者联接起来。因此,如果赞成行为无价值二元论,对客观归责理论的地位就必须加以肯定。也就是说,按照客观归责理论,行为的无价值,实际上表现在行为可能制造规范所不允许的危险——行为具有指向法益侵害的主观意向;根据行为时的判断,行为具有侵害法益的现实可能性。离开行为无价值论,难以全面承认客观归责理论。有的学者认为,客观归责论将理论基础建立在规范违反说之上,因而存在不足。^③ 但是,因为客观归责理论具有强烈的规范主义特色就认为其一定存在缺陷的逻辑并不能成立。刑法学本身就是以规范论为前提而展开的规范的解释学,客观归责论的规范论侧重于行为规范论,但也兼顾了裁判规范的侧面,比结果无价值论的规范论、相当因果关系理论更精密。^④ 客观归责同时考虑了行为规范违反和法益侵害,是确定行为无价值的关键指标,其成为沟通犯罪论和刑罚论的桥梁就是理所当然的。

(四) 积极的一般预防论与过失犯

结果无价值论将过失作为责任要素。行为无价值二元论则认为,某些似乎属于结果无价值论的过失要素,如果按照客观归责论的逻辑,原本就应该在客观的构成要件中加以讨论。这一意义上的过失犯论,重视客观的结果归属可能性,对制造并实现规范所反对的风险的行为加以禁止,显然考虑了积极的一般预防论的需要。罪刑法定原则意味着对于行为是否成立过失犯的判断,要用“类型化”的客观注意义务标准去衡量,告知国民可罚的违法行为的内容,从而为国民提供行动指南,使之对行为的性质能够进行事前预测。此外,注意义务的类型化是对刑法所承认的、要求一般国民遵守的行为基准的明确化,社会一般人根据这种提示,能够尽量避免实施侵害法益的行为,从而实现规范的、积极的一般预防。^⑤ 注意义务的类型化,主要是通过司法裁判的经验确立行动基准,在舍弃某些例外的、罕见的要素的同时,确立通常的行为规范准则;其次,通过合理解释刑法分则对保护法益、行为方式的规定也可以确定这种行为准则。在交通事故中,对于所谓的注意规范保护范围之外的死伤后果,不是违反“类型化的”客观注意义务所造成的法益侵害,结合罪刑法定原则和积极的一般预防的要求,将其排除出交通肇事罪的构成要件。

①周光权:《刑法总论》(第2版),北京:中国人民大学出版社,2011年,第106页。

②周光权:《刑法客观主义与方法论》,北京:法律出版社,2013年,第69页。

③[日]林阳一:《刑法における因果系论》,成文堂,2000年,第206页。

④[日]山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂,2008年,第278页。

⑤[日]井田良:《刑法总论の理论构造》,成文堂,2005年,第123页。

三、对积极的一般预防论的批评及回应

按照行为无价值二元论,积极的、规范的一般预防成为刑罚目的。由此,可能带来的担心是:在犯罪相对较轻的场合,是否可能在实务上会出于一般预防的考虑给予被告人重罚?其实,这种担心是不必要的。因为在行为无价值二元论中,刑罚必须同时受责任和预防必要性的双重制约。一方面,刑罚的严厉性不能超过责任的严重性,过失责任所受的处罚一定要轻于故意责任。另一方面,在行为所造成的损害相对较轻时,如果没有预防必要的,可以不科刑;如果预防必要性较小,从有利于罪犯社会化的角度看,可以判处比其责任刑更为轻缓的刑罚。所以,肯定行为无价值二元论的刑罚观不会带来罪刑失衡的结局。此外,结果无价值论认为,对未遂犯通常要比照既遂犯给予从宽处罚的理由在于,从社会心理学的角度看,在结果发生的既遂场合,危害明显严重,公众的处罚愿望也更强烈,需要对结果发生的场合给予更重的处罚。对于没有造成这种结果的未遂犯,就应该给予更轻的处罚,从而将既遂犯的处罚基础立于“客观上已发生的结果”这一点上。由此,结果无价值论批评行为无价值二元论会造成对未遂犯处罚重的结局。但是,结果无价值论的主张是简单地以结果为导向的制裁思维,对行为无价值二元论的批评也没有切中要害。行为无价值二元论会得出既遂犯和未遂犯的“处罚根据”相同的结论,但并不认为二者在“处罚分量”上一定要相同。处罚未遂犯和既遂犯的理由,都是行为基于其既遂意思,实施了和规范相抵触的行为。即从一般预防的角度看,未遂犯也是通过其着手实行的行为,给社会上的一般人塑造了一个“恶例”、一个“反面教材”,为了排除对规范效用的损害,对规范破坏行为在刑法上必须及时作出反应,实现以积极的一般预防为导向的法益保护,就必须在处罚既遂犯的同时处罚未遂犯。否则,规范自我保护、自我修复的功能就会受损害。但是,按照行为无价值二元论的逻辑,违法性与行为规范有关,同时也与法益侵害有关,未遂没有造成法益实害,违法性小于既遂犯,对未遂犯的处罚通常不能重于既遂犯。因此,行为无价值论考虑积极的一般预防,并不必然导致重刑的结局。再一个问题是:积极的一般预防论是否会限制个人自由呢?积极的一般预防论主张,刑罚目的的重心在于,通过明确行为时违法、合法的界限,以便在顺应罪刑法定主义要求的同时,通过提示规范来实现一般预防。对此,松宫孝明教授提出批评意见,认为上述主张要求在结果发生之前,刑法需要明确指出不得引发结果的“行动基准”。但是,刑法只是禁止发生致人死亡的后果,且故意杀人罪背后存在“不得剥夺他人生命”的规范是任何拥有正常理解力的人都能够读懂的。而读懂该规范后,各人便可以自行其是,只要能够保证不发生“致人死亡”的结局即可,个人如何行动法律不应该去管(对故意毁坏财物等罪的理解,也都是相同的道理)。罪刑法定主义原本是犯罪与刑罚应由成文法明文规定的原则,作为成文法的解释,不应将规范解读为“结果”发生前的行动基准。为防止发生结果而应实施何种行动的问题,取决于各人的自我选择和自律性判断,法律不应该去干预。^①

然而,松宫孝明教授对积极一般预防论的批评未必恰当。在这里,松宫孝明教授明显以脱离结果无价值的行为无价值一元论为靶子。的确,行为无价值一元论承认行为本身与社会伦理规范或文化规范相悖即为违法,刑罚处罚就是要明确行为时合法违法的界限,通过提示规范来实现一般预防。但是,行为无价值二元论着眼长远,将法益侵害大小、行为的规范违反性及其程度、一般人效仿犯罪的可能性等作为违法性判断的依据,尤其是将行为的不法和结果的不法紧密联系起来,肯定结果不

^①参见[日]松宫孝明:《“结果无价值论”与“行为无价值论”的意义对比》,张晓宁译,《法律科学》2012年第3期。

法在违法性判断中的价值。在这个意义上,行为是有导致结果发生的高度危险性、明确指向性的人类举止,其对结果有支配性,不是与结果发生完全无关联的。这样的违法性论必然强调在结果发生之前,刑法要明确提示“不得引发结果”的行动基准,而这种行动基准对于结果犯、过失犯而言,自然内含不得基于行为发生结果的内容。因此,根据罪刑法定原则,类似于故意毁坏财物罪的行为基准中,包含不得损害他人财物这一结果发生的内容。因此,此时的行为基准,是对“不得发生一定结果”的行为的提示。在这个意义上,可以认为:1. 不确立行为基准,不发生“损坏他人器物”的结局就难以确保行为人遵守“不得引发结果”的规范,法益保护无从谈起。2. 罪刑法定主义是以成文的形式,对内含法益侵害的行为举止加以禁止,并确定处罚标准的原则,作为对制定法的解释,应当将规范解读为确立这样一种行动基准:结果发生前、但有导致结果发生的高度可能性的行动不得实施。为切实防止发生结果发生,法律应该事前提示一种“标准”的行为方式。换言之,规范要提示行为时合法、违法的界限,包括对结果不得发生的保证。而积极的一般预防论的刑罚态度之所以被称为“积极”,就是其认为刑罚不是回顾过去,而必须面向未来,即预防一般人效仿行为人去实施有可能引发特定结果的犯罪。因此,借助于明确的刑法规定,让社会中的理性人能够知道自己的何种行为可能被法律所禁止,并预估行为的后果,刑罚的一般预防功能由此得以实现。在这里,罪刑法定原则的明确性要求和刑罚的积极一般预防功能被紧密联系起来。按照罗克辛的说法就是,根据罪刑法定原则的要求,一种有效的一般预防必须以一种尽可能忠实于具有明确性的法律为前提。^① 3. 为确保共同体的存续,同时使每个人在尊重规范、尊重他人的前提下实现自我价值,规范个人行为的刑法限制是最低限度的。为保护法益而应实施何种行动,主要取决于个人的自我选择和自律性判断,但不能绝对化,法律应该给予适度干预。这种干预的最终体现就是刑罚的运用。以此为背景,刑罚具有保护规范有效性,提示个人偏离标准行为基准时的法律后果,从而实现积极的、规范的一般预防。

(责任编辑:蔡道通)

The Theory of Conduct without Value and Positive General Prevention

ZHOU Guang-quan

Abstract: Crime and punishment are two notions corresponding to each other. A reasonable theory of illegality must be related to that of punishment which can give full play to its effect. Without adequate understanding of punishment, it is unlikely for us to reveal the essence of crime. Both specific prevention and negative general prevention first proposed by Feuerbach have obvious defects. Positive general prevention aims to build the public's identification with and respect for social norms by guiding their behaviors so as to prevent crimes. The dualism of conduct without value and consequence without value holds that the essence of crime lies in infringing on legal interests through violating norms. Thus, the purpose of criminal law is to safeguard social norms and legal interests. Instead of deterring criminals, potential criminals and common people from committing crimes, we should highlight the significance of norms and guide the public to abide by them. Hence, it is advisable to integrate standard positive general prevention with crime and punishment. Positive general prevention helps to identify discontinuation of a crime and criminal negligence. Meanwhile, it will not bring about severe punishment and arbitrary limitation on individual freedom.

Key words: theory of conduct without value; theory of consequence without value; purpose of punishment; positive general prevention

^①[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),第134页。