



郑永流 主编



法哲学与法社会学 论丛

Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law
Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

2016年卷 (总第21卷)

论刑法总则 / 〔英〕约翰·加德纳

什么是犯罪? / 〔英〕格兰特·拉蒙德

自由作为一种限制: 论什么应当被规定为犯罪? / 〔美〕迈克尔·摩尔

排他性法律实证主义 / 〔美〕马默

“福柯与法律”研究中的两个问题 / 白中林



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法哲学与法社会学论丛. 2016 年卷: 总第 21 卷 / 郑永流主编. —北京: 法律出版社, 2016. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9890 - 6

I. ①法… II. ①郑… III. ①法哲学—文集②社会学—文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 203175 号

法哲学与法社会学论丛·2016 年卷(总第 21 卷)

郑永流 主编

责任编辑 李峰云 班运华
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 20.5 字数 282 千

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 9890 - 6

定价: 68.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

Editorial Board

主编	Chief Editor	
郑永流	Zheng Yongliu	中国政法大学 China University of Political Science and Law
副主编	Vice Chief Editor	
范立波	Fan Libo	中国政法大学 China University of Political Science and Law
陈景辉	Chen Jinghui	中国政法大学 China University of Political Science and Law
学术委员	Academic Editors	
陈弘毅	Albert. H. Y. Chen	香港大学 The University of Hong Kong
方流芳	Fang Liufang	中国政法大学 China University of Political Science and Law
霍恩	Norbert Horn	德国科隆大学 Universität zu Köln, Deutschland
马丁内克	Michael Martinek	德国萨尔州大学 Universität des Saarlandes, Deutschland
诺伊曼	Ulfrid Neumann	德国法兰克福大学 Universität Frankfurt am Main, Deutschland
戚渊	Qi Yuan	中央财经大学 Central University of Finance and Economics
胜雅律	Harro Von Senger	瑞士联邦比较法研究所 Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Schweiz
舒国滢	Shu Guoying	中国政法大学 China University of Political Science and Law
颜厥安	Chueh-An Yen	台湾大学 National Taiwan University
应星	Ying Xing	中国政法大学 China University of Political Science and Law
朱景文	Zhu Jingwen	中国人民大学 Renmin University of China
庄世同	Shih-Tung Chuang	台湾大学 National Taiwan University
编辑	Editors	
陈林林	Chen Linlin	浙江大学 Zhejiang University
陈锐	Chen Rui	西南大学 Southwest University
李学尧	Li Xueyao	上海交通大学 Shanghai Jiao Tong University
刘叶深	Liu Yeshen	北方工业大学 North China University of Technology
王鹏翔	Peng-Hsiang Wang	台湾地区“中央研究院” Academia Sinica
朱振	Zhu Zhen	吉林大学 Jilin University
张青波	Zhang Qingbo	中南财经政法大学 Zhongnan University of Economics and law
郑玉双	Zheng Yushuang	中央财经大学 Central University of Finance and Economics
学术秘书	Assistant	
孟媛媛	Meng Yuanyuan	

目 录

专题 犯罪的哲学探讨

- 论刑法总则 / [英] 约翰·加德纳 著 孟媛媛 毕富凡 译 / 1
- 什么是犯罪? / [英] 格兰特·拉蒙德 著 张磊 译 / 59
- 自由作为一种限制:论什么应当被规定为犯罪? / [美] 迈克尔·摩尔 著 陈竞之 刘雪利 译 / 87
- 超越伤害原则 / [加拿大] 亚瑟·利普斯坦 著
徐丹 冯叶 译 / 125
- 法律形式和道德判断:安乐死与协助自杀 /
[英] 艾伦·诺里 著 陈田成 译 / 156

论 文

- 排他性法律实证主义 / [美] 马默 著 朱振 译 / 181
- 什么是婚姻? / [美] 谢里夫·吉尔吉斯 等著 肖潇 译 / 207
- 可废止性与法律实证主义 /
[加拿大] 威尔弗里德·瓦卢乔 著 宋旭光 译 / 250
- 立法中的政治控制——论媒体、利益集团以及反对党在适应性决定中的地位 and 影响(一个基于案例的研究) /
[德] 亨瑞克·伽斯特等 著 张小丹 译 / 273
- “福柯与法律”研究中的两个问题 / 白中林 / 300

书 评

- 权威的证成困境及其解决——对《法律的权威性:基于实践哲学的研究》的评析 / 郑玉双 / 311

论刑法总则^{*}

[英]约翰·加德纳^{**} 著 孟媛媛^{***}

毕寓凡^{****} 译

一、总则的概念

我认为,格兰维尔·威廉姆斯是第一个将英国刑法正式划分为“分则”和“总则”^①的人。他的这一区分很明显地从大陆法系借鉴而来的,大陆法系中很多法律体系将此区分直接运用于他们的刑法。^② 尽管威廉姆斯没有融贯地陈述这一区分,它也应该能够根据以下语句被描绘出来:分则为特定刑事犯罪提供细节,并将它们分类;同时,总则由教义(doctrines)组成,这些教义跨越了不同类别的(部分或全部的)刑事犯罪的界限。采取这一区分导致的一类问题是显而易见的。

* 本文翻译自 John Gardener, *On the General Part of the Criminal Law*, in *Philosophy and the Criminal Law, principal and critique*, Edited by Antony Duff, pp. 205 - 251。本文翻译已获得作者授权。

** John Gardener, (1965 -), 英国人, 牛津大学法理学教授, 主要研究方向为一般法理学与道德哲学。

*** 孟媛媛, 中国政法大学法理学专业 2014 级硕士研究生。

**** 毕寓凡, 中国政法大学法学院 2013 级硕士研究生。

① *Criminal Law: The General Part*, Stevens, London 1953.

② *Ibid.*, v.

它源于犯罪的“类别”概念。你可能会问:什么时候运用某一教义划定若干犯罪属于一个“类别”,以至于这个教义属于分则而非总则?难道不会有一些“类别”的犯罪(比如“性犯罪”“特定目的犯罪”和“未完成犯罪”)互相重叠,以至于一些教义不可避免地从一个类别溢出到另一个,并在从分则教义转化为总则教义的过程中改变?这些确实是具有挑战性的问题。我希望接下来的讨论可以帮助我们朝着答案推进。但这些问题自身揭露的一个事实是,总则与分则的区分注定存在灰色地带,在这一灰色地带可能仅有习俗(convention)和便利(convenience)是参照点。

然而,这并不意味着整个区分应被界定为一种便利区分,不包含任何更深的意义。相反,在我看来,对总则的不同态度以及对它在法律中应该发挥的作用的不同认识,可以反映出深刻的哲学分歧。我们这个时代的许多顶尖刑法理论家——威廉姆斯自己就是一个著名的例子——不加掩饰地热衷于总则,典型地要求在其他事物等同的情形下,将更多教义更严谨和融贯地运用到最广泛的刑事犯罪领域。^③ 这一理论热情曾在其初期注入到法律委员会对刑法典的编纂工作之中,并且目前仍有影响力,它追求以最少的教义变化构建最多的刑法。^④ 当然,对上述所有的热衷者来说,这一点至关重要:被考虑的教义是合理的(sound)。就我所知,没有人赞同单纯为了一般化的价值(for generalisation's sake),主张将他或她认为不合理的教义一般化。但是只要教义是合理的,它们的一般性就被视为一种更进一步的利益。通常的设想似乎是,需要大剂量的一般性去取代威廉姆斯所言的英国刑法史上“破旧不堪的作品”。^⑤ 为了使我们的刑法现代化,按照这一思想,我们必须通过使难驾驭的(unruly)分则受制于更全面、更严格且确实更具一般性的总则,从而驯服刑法分则。只有这

③ 一些哀叹刑法定义多样性的经典评论:Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed., Stevens, London 1983, 73 and 934; J. C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 8th ed., Butterworths London 1996, 71 and 76 (also in previous editions); Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 1st ed., Clarendon Press, Oxford 1991, 281 and 358.

④ 例如参见 Law Commission, *Criminal Law: A Criminal Code of England and Wales*, Law Com. No. 177, HMSO, London 1898, esp. Vol. 1, paras. 2.8-2.9.

⑤ Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. Stevens, London 1983, 17.

样,借用常被引用的 J. C. 史密斯和布莱恩·霍根的话来说,我们才能向“一个理性且原则性刑法”这一理想更近一步。^⑥ 谁能反对这样一个进步呢?

这里涉及的一个明显的哲学议题是,最后一个问题是否正确地被界定为一个言辞(rhetorical)问题。我认为它是。按照我的思路,在分析意义上,刑法应该理性和原则性是正确的。刑法是可被人们改革和调整的(不论局部地还是系统地)人类制度(human institution),因此它才恰好是回应(实践)理由和(实践)原则的一类事物。我并不是说刑法的每一条教义都被理由和原则所支持,更毋论被好的理由和合理的原则所支持。我的意思仅仅是,以下问题可以总是被问起,尽管可能没有太大希望获得令人信服的回答,但至少可以没有范畴错误地被问起:“为什么我们应该颁布和保有这样的刑法?出于什么理由?按照什么原则?”这是在理论上证明刑法具备理性和原则能力需要通过的唯一检验。^⑦ 此外,理论上任何有能力具备这些品质的事物都应该具备它们,前一个品质是无条件应该具备的,而后一个品质在其他条件相同的情况下应该具备,这恰恰内置于理性和原则性的概念之中。^⑧ 这暗示了,任何主张在类似构建之中不需要理性与原则的人,都必然误解了它们。如果接受这一点,拥有一个更理性和原则性的刑法这一抱负就不值得怀疑。

如此一来,在讨论上述对总则的广泛热衷时,我们的注意力应该从对理性和原则本身的需求,转移到理性一方面与原则之间假定的关系,另一

⑥ Smith and Hogan, *Criminal Law*, 4th ed. Butterworths, London 1983, v.

⑦ 与 Alan Norrie, *Crime, Reason and History*, Weidenfeld, London 1993, 11 相对照,其中运用了一种不同的检验,根据这一检验,理由与原则之间普遍冲突的理论必然性,使人对刑法理性和原则性的理论能力产生怀疑。我同意 Norrie 关于普遍合理冲突的理论必然性的看法,但我认为这一必然性对于刑法成为理性和原则性的来说,使它在理论上更为简单而非更为困难。存在不能被进一步的理由(或原则)解决的两个理由(或两个原则)相冲突的地方,遵循二者之中的任何一个都是合理(或有原则的,视情况而定)的,而非两个都不遵循。两个备选项都是可接受的,因此理性的(且/或有原则的)方式的范围就会增加。

⑧ 这里资格上的差别源于所有(有效的)原则都是理由这一事实,但是并非所有(有效的)理由都是原则。这意味着可以存在合理的选项去成为有原则的,反之,不存在任何有原则(或合理)的备选项去成为合理的。

方面与一般性之间的关系。在这里我们遇到更进一步的且我认为更麻烦的哲学议题。这些议题关注理由的来源和原则的力量,以及我们应该在何种程度上,期待它们共同向法律教义施加一种主要是单一的而非多样的压力。必须承认的是,当今的许多人,不只是刑法文本的起草者,为了整齐和一致都期望将理由与原则联系在一起。我们甚至拥有一个时髦的词汇——理性化(rationalisation)——一个表达整齐和理性齐头并进的常见构想的词汇。当某个制度、实践或组织正在被“理性化”,特质和不一致就是标靶。杂乱的部分将被处理。我认为合理性憎恶杂乱部分这一预设是错误的,并且存在能够显示其错误所在的某种解释。然而这一解释并不简单明了,以下篇幅只能提供一个粗糙的梗概图。它迫使我们面对各种令人生畏的难题,这些难题涉及好生活的构成要件、道德和道德行动力(moral agency)的本质以及责任的概念。在此之前,我们必须分离并诊断出导致错误观点的原因,这一错误观点涉及原则在理性发挥作用中所占的比例(proportion)。一种主流的理性(rationality)版本,也即理性的非工具主义版本,被许多人错误但可理解地认为专属于原则。理性的这一面向,以我希望变得清晰的方式,大量隐现于对刑法的证成中。这一错误造成了显而易见的重大影响,而且发展得日益广泛和深刻。通过我只能略微提及的方式,它们与我们关于自己、关于我们与我们栖息的世界之间的关系以及我们这个世界中的角色的全部观念相关联。

二、初步的分类

正如上文所述,总则由“教义”组成。但是教义不止有一种存在形式,也不止发挥一种功能。将刑法教义分为三组可以帮助我们得到对这个概念更为精准的理解。

1. 辅助性总则(the auxiliary general part)。我们在接下来的篇幅中不会过多关注于它。它自动或半自动地创造各种寄生形态的刑事责任(liability)。当一个特定行为被界定为犯罪,辅助性总则可以把与之逻辑

相关的其他特定行为也转化为犯罪,并且在许多法律体系内以默认方式完成这一转化。英国刑法的辅助性总则,主要是那些处理未完成形态犯罪责任的教义和那些管理次要参与犯罪行为(secondary participation)的教义。如果英国法规定,实施 ϕ 是一种犯罪,那么根据法律的规定,企图做 ϕ 、煽动他人做 ϕ 或者共谋做 ϕ 以及帮助、教唆、指导、利用他人实施 ϕ 也是犯罪,并且几乎没有例外。尽管不需要如此,英格兰辅助性总则的教义内容对某些特定的 ϕ (any given ϕ)保有或多或少恒定不变的规定。但是请注意,辅助性总则在本质上对 ϕ 本身如何被界定为犯罪、如何构成犯罪、如何划定界限,或者如何确定其特征问题上保持沉默。当然,为了辅助性总则可以对其进行规制, ϕ 必须是可被企图实施、煽动、指导等的行为。^⑨

2. 管理性总则(the supervisory general part)包括创造、解释和适用新刑法的指引性原则,它不会在上述问题上保持沉默。管理性总则中当然包括规制辅助性总则之运行的原则,但管理性总则具有更广泛的影响力,同样能够管理非辅助性犯罪的创造、解释和适用,也就是说能够承担 ϕ 本身的犯罪化。管理性总则还承担对刑事抗辩的规定(provision)。其中可适用的原则可以是命令性的、建议性的甚至是许可性的。它们可适用于法官、立法机构,或二者均予适用。英国法中常见的例子包括伍尔明顿原则(the Woolmington principle),即举证责任由控诉方承担的原则,^⑩以及我们相当狭隘版本的罪刑法定原则(the nullum crimen sine lege principle),按照这一原则,创造新的法定刑事犯罪需要有明文规定。经常被引用的无罪过即无犯罪原则(the actus non facit reum nisi mens sit rea principle)也包括在内。有些人可能会说,最后一个原则被英国法过于频繁地拒绝承认(dishonoured),以至于不能算作一个真正的例子。但是这不仅仅取决于原则的含义,还取决于它应该具备多大程度的一般性。管理性总则就像其

^⑨ 因此辅助性总则的运行倾向于——比如,被占有型犯罪——妨碍或混淆,在占有型犯罪中,犯罪行为严格来说不是一种行为或活动,而是一种附带有行为面向的状态。参见 Smith and Hogan, Criminal Law (see note 3), 325-6。

^⑩ Woolmington v. DPP [1935] AC462.

他的总则部分一样,可能或多或少地具备一般性。在英国法中,无罪过即无犯罪原则可能横跨一些犯罪类别,但是并不横跨所有的犯罪类别,因此在一个缺乏犯罪意图的犯罪被创立时的每一个场合,它并不一定都被拒绝承认。只要它至少跨越并适用于一些犯罪类别,并且站在刑法自身的立场上,提供了一个判断特定行为是犯罪或非犯罪的原则,这一教义就属于管理性总则。

3. 我将管理性总则的教义确定为原则以区分于定义性总则 (the *definitional general part*) 的教义。后者同样管理新刑法的创造、解释和适用,不论是辅助性的还是其他的。原则是具有相当高程度抽象性的标准,在如何被遵循的问题上保持开放:理论上它们存在不止一种发挥作用的方式。^⑪ 相应地,开放性也是管理性总则的特点。但是定义性总则的教义并不以同样的方式保持开放。它们是详细说明犯罪(以及犯罪的抗辩理由)被如何界定的教义。这些教义为刑法提供详细的语言上和概念上的要件。这并不是说它们总是命令性教义,定义性总则的教义同样可能是建议性或许可性的,就像管理性总则的教义一样。这只意味着它们只确定如何(*hows*)而非为何(*whys*)将某些行为入罪和出罪。词语“主观”和“轻率”(以及它们的同义词)是否应当在不同类别的犯罪之间承担标准的含义(*standard meaning*)的这一问题,是关于它们是否应当被归于定义性总则的问题。同时也是这样的问题:这些词语或由它们识别出的概念,是否应该被更普遍地运用到英国刑法之中——例如正像以被推荐的或者甚至被规定的方式,满足无罪过即无犯罪原则的其他开放性要求一样。最后这个例子使我们注意到一个结论,即事实上管理性总则相较于定义性总则更为抽象。管理性总则的教义能够帮助证成定义性总则的教义,但是反之并不如此。^⑫ 即使二者的区别是程度性的,也就是说即使一些原则比另一些更具原则性,上述结论也仍是正确的,在我看来这很有可能。

^⑪ Joseph Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal* 81 (1972), 823 at 837; Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1977, 259ff.

^⑫ Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", see previous note, at 838.

三、在原则与政策之间

法律人有时将原则论据与政策论据进行对比。在德沃金早期的著作中,这一对比曾被著名地用作哲学用途。他主张法律规则背后的原则论据是法官的法定职权,而政策论据只有立法机关可恰当使用。^⑬ 在将这一区分用于上述特殊用途上,很少人追随德沃金。法官也常常诉诸(至少某些)政策性考虑,这已经被广泛地承认,不只是法官们自己承认。但是许多人仍然从德沃金所作的原则/政策的区分中得到启发,并将其作为他们证成法律规则的关键。例如安德鲁·阿什沃斯针对英国刑法中对一些推定责任条款的保留所作的典型的尖锐评论:

关于这应当被恰当地描述为政策或原则这一问题对讨论保持开放。它的一些追随者总能没有任何障碍地发展出一套原则论据,反之,其他的人则主张最具道德意义的决定是对那些故意引起他人伤害的决定:一旦有人跨越了这一道德门槛,就存在好的理由将责任强加于他,不论发生什么结果。然而甚至是那些接受这一道德基础的人,也看似并不将它一般性地适用于整个刑法。可能出于政策原因,在一个人故意引起他人身体伤害的情形中,这一道德基础被予以保留。^⑭

这段文章中有一点特别值得注意。原则与政策的区分不仅被阿什沃斯认为是排他性的(exclusive),而且是穷尽性的(exhaustive)。^⑮ 对一项保

^⑬ Dworkin, "Hard Cases" in his *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977, 81ff.

^⑭ Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford 1995, 85-6. 一个相似的对“原则与政策”的调用,参见报告 *Criminal Law: Codification of Criminal Law. A Report to the Law Commission*, Law Com. No. 143, HMSO, London 1985, para 1.8.

^⑮ 我将不会在此详述区分的排他性问题,尽管我自己看不出有什么合乎情理的方式避免这一结论——类似“最大多数人的最大幸福”的事物既算作一个政策又算作一个原则。Compare Neil MacCormick's critique of Dworkin's distinction in *Legal Reasoning and Legal Theory* (see note 11)。

有刑事责任的法律的任何支持或反对,或者被解释为原则论据,或者被解释为政策论据,或者是二者的混合。这与德沃金的多次警告——政策与原则的区分不应该被认定为是穷尽性的发生了戏剧性的冲突。德沃金说:“这两种论证确实不能穷尽政治论据”^{①⑥}“存在原则的、政策的和其他形式的标准”。^{①⑦}阿什沃斯与德沃金在这一问题上立场的分离,可能反映了一个假定:原则与政策是证成刑法时可适用的唯一论证工具(the only argument tools),即使在国家事务或生活的其他方面存在其他可适用的论证工具;但是阿什沃斯并没有解释为何应当如此。不幸的是,在这一解释缺失的情形下,他对彻底地区分原则与政策的构建,倾向于回避问题实质,而支持一种特定的对管理性总则和定义性总则之间关系,和作为结果的对总则和分则之间关系的特定说明。

之所以会如此,是因为这一构建人为缩减了证成中的理性资源的范围,这些资源存在于我们在界定刑事犯罪和抗辩理由时,要证成相对的局部变化之中。正如我之前所言,原则论据是被相当高程度的抽象性所指引的论据。阿什沃斯正确地注意到,这意味着原则论据存在内嵌(built-in)的一般化倾向。如果法律事实上不允许它们基于其高度的抽象性,以一般的方式适用,就像其明显应该的那样,那么我们想知道其中的原因。在阿什沃斯的思考中,这就是政策论据出现的地方。因为政策论据并不具有相当高程度的抽象性,并且不具有作为结果的、内嵌的一般化倾向,而这些是原则论据的本质。因此政策论据可以限制原则论据规范刑事犯罪和抗辩理由的定义的力量。它们可以合理地解释局部变化。这是否意味着政策论据仅仅是一种以相当低程度的抽象性方式进行的论据,并因此相较于原则论据具有较少的一般化倾向?我们当然可以规定这样一种定义,但它忽视了名词“政策”的一个关键的细微差别,这是德沃金、阿什沃斯以及其他运用这一对比的大多数人明显想要保持和开发的。它忽视了这一事实,即政策论据本质上是一种工具性论据。在阿什沃斯意义上,

^{①⑥} “Hard Cases” (see note 13), 82-3.

^{①⑦} “The Model of Rule 1” in *Taking Rights Seriously* (see note 13), 14 at 22.

政策论据是一种关于“什么是有利的”的“实用主义(pragmatic)”论据,^⑮或者,在德沃金意义上,“确定一个要达到的目标,一般是共同体的某些经济、政治或其他社会属性上的进步”。^⑯至此我们可以直接看出为什么德沃金提出警告,反对将原则/政策的区分作为穷尽性的区分。如果它被认为是穷尽性的,那些既不是工具性的也不具有高程度抽象性的考虑就会被难以理解地驱逐出这一讨论。不是工具性的,它们就不再是政策考虑;不是具有相当高程度抽象性的,它们也就不是原则。在刑法的语境中,非工具性非抽象考虑类型的消失,将迫使我们采取一个立场,其中特定犯罪和抗辩理由定义之中特殊的局部特征不得被工具性地加以辩护,或者完全不被辩护。这将草率地剥夺了刑法分则自己为自己辩护的全部范围的理性资源。相应地,总则在其教义的重要性上相应地获得了整体提高。尤其是定义性总则,在塑造刑法方面将获得一个加强的地位。因为如果对特定犯罪和抗辩理由的非标准定义提供理性基础的局部考虑变得更少,那么从管理型总则到定义性总则的证成路径复杂化,或受到这些局部考虑阻碍的倾向就会更小,定义标准化的事业将因此人为地得到加强。

四、行为及其结果

为了支持这一对总则作用人为加强的批评,我们当然需要以对工具和非工具性考虑的清晰解释来武装自己,这样我们至少可以设想局部的非工具性考虑可能是什么样的。核心观点已经很明确:工具性考虑指向我们行为的结果(或者在这里的意义上,是行为的犯罪化或去犯罪化),非工具性考虑涉及行为本身的品质。但是为了更透彻地理解这一区分,我想按照一种虽然相关但是稍微不同的区分来解释它。这就是行为理由(action-reasons)和结果理由(outcome-reasons)的区分。

在人们支持或反对一项行为的诸多理由中,一部分理由关注特定行为

^⑮ Principles of Criminal Law (see note 14), 58 and 92.

^⑯ “The Model of Rule I” in *Taking Rights Seriously* (see note 13), at 22.

的实施,另一部分理由关注当我们实施了某一行为,发生(或可能发生)的特定事情(certain things)。^{②①} 朋友之间存在某些在任何情况下都要告诉对方真相的理由——不论这样做可能会发生什么结果。另外,朋友之间也存在某些理由去实施特定行为——这就是说,任何能够减少对方陷入痛苦的风险的行为。于是,友谊之中常见的一个困境,是保护性谎言的困境:如果告诉我的朋友真相,会使他处于过度的危险或痛苦之中(与友谊的一个理性要求相悖),我应该向他撒谎(与友谊的另一个理性要求相悖)吗?我们都不同形式地遇到过这一冲突。但是注意,这不仅是不同理由之间的冲突,还是不同类型理由之间的冲突。前一个是行为理由,指不论可能发生什么结果,特定行为(比如撒谎)都不应当被实施的理由。第二个是结果理由,指任何(any)行为(比如撒谎、微笑、命令、赶公共汽车、做一个倒立,或者其他任何行为),只要它具有阻止特定情形发生(比如阻止朋友即将到来的危险或痛苦)的倾向,它就应该被实施的理由。

这一区分常常被忘记或忽视,因为一些行为不仅逻辑上,而且因果关系上与发生的事情相关联。比如杀人的这一行为。它在一定程度上由某人的死亡构成。这就意味着我们可能忽视这两种理由——不要杀人的行为理由与不要做以某人死亡为结果的任何行为的结果理由。如果我们采取一种还原性因果关系的观点,将更具有这一危险。按照还原性因果关系观,所有的因果联系都是类似的。这样一个观点意味着我们将再不可能看到“杀人”与“做某些事情——任何以某人死亡作为结果的事情”^{②②}之间基本的因果关系差别。这样行为理由与结果理由将趋向一致。刑法学科的学生或老师,在解释杀人罪的法律时,有时会陷入这一误区。他们认为普通法中杀人罪的犯罪行为(actus reus)是“做某些其结果是在满一

^{②①} Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford 1985, 104. 帕菲特说的是“目标”而非理由,但是因为不论我们以什么为目标,都是被当作理由看待的,所以帕菲特的区分也可以被认为提供了一个理由的分类。同样可参见 Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986, 145-6, which is the source of my terminology.

^{②②} 关于这一区分的可行性,可以参见 David Lewis's valuable note on "Insensitive Causation" in his *Philosophical Papers II*, Clarendon Press, Oxford 1986, at 184-6, or (better still) Jennifer Hornsby's discussion of causal transitive verbs in her *Actions*, Routledge & Kegan Paul, London 1980, at 124-32.

年内造成死亡的事”，而非“杀人，并且死亡在满一年内出现”。^{②②} 幸运的是刑法本身没有犯同样的错误。按照英国刑法，促成（procuring）他人杀人是一种以某个人的死亡为其结果的行为。^{②③} 然而同样按照英国刑法，促成他人杀人本身并不是一个杀人行为。因此促成他人杀人承担次级的责任，而非首要的谋杀和非预谋杀杀人罪（manslaughter）所承担的责任——就是说，承担作为一个共犯（accomplice）的责任，而非作为一个正犯（principal）的责任。我们甚至包括法律人当然可能会说，帮助杀人等同于于（tantamount）杀人，或者实际上（in effect）就是杀人，或者次要参与人（secondary participant）实际上等于（as good as）杀了被害人。^{②④} 这足够公平——只要一个人严格符合了上述斜体标准的要求。这些标准要求我们去做的是记住在杀人案件中，结果理由与行为理由都是相关的，前者使多种模式的杀人罪相互趋同，同时后者推动它们分离。谋杀罪中的正犯违背了一个行为理由（不要杀人的理由）同时共犯违背了一个不同的行为理由（不要促成杀人的理由）。但是二者都违背了一个相同的结果理由（不要做任何以某人的死亡为结果之事的理由）。尽管这在法律中不常被涉及，但需要记住的是，理论上行为理由可以在没有结果理由的条件下存在，反之亦然。比如关于希特勒的死亡，存在一种可理解（我当然并不暗示着合理）的观点。在战争中，对大多数人来说，没有理由不去实施一般来说可能甚至必然能够使希特勒死亡的行为。就这一点而言，希特勒的死亡并不是一件遗憾的事情，而是一场单纯的庆祝。但是仍然存在不去杀他或者不去帮助别人杀他的理由。即使在结果上没有任何损失，实施各种可能导致这一结果的行为仍然具有初确的（prima facie）错误。事实上，任何一个导致这一结果的可行行为，都可能会巧合地被一个不去实施它的行为理由相反要求。但是即使在这样的情形下，各种反对各种致命

^{②②} See for example, Glanville Williams, Textbook of Criminal Law (see note 3), 378.

^{②③} Attorney - General's Reference (No. 1 of 1975) [1975] QB 773; Attorney - General v. Able [1984] QB 795.

^{②④} 这当然是 Accessories and Abettors Act 1861 在 section 8 中获得的：“为可公诉罪行提供帮助、支持、咨询或接受其委任……的任何人，都应当被作为主犯审判、控告和惩罚。”我们可以这样解释：共犯不是主犯，但他们被作为主犯对待，因为它们是事实上的主犯。

行为的行为理由,也不会被误认成一个支配性的(overarching)、反对具有或趋向致命结果的的行为的结果理由。因为前者关注做了什么,而后者关注发生了什么;并且即使做了什么常常在逻辑上与发生了什么相关联,这也在逻辑上留下一条被蚀刻的界限。^{②⑤}

行为理由与结果理由的区分和工具性与非工具性考虑的区分并不完全一致,对这一观点的强调再频繁都不为过。所有的非工具性理由都是行为理由,但是反之并不如此。这是因为行为可能处于其他行为的结果之中。促成他人杀人的情形就是一个典型的例子。促成他人杀人的行为,其结果不仅仅包括死亡,明显还包括杀戮。因此即使我们仅考虑单纯的工具性事实以禁止这一共同犯罪,行为理由和结果理由也可能都会包括进讨论之中。构建这样一项禁止,我们不仅希望世界上存在更少的死亡,也希望存在更少的杀戮。由此得出结论,将政策论据视为具体的工具性论据的定义中,行为理由和结果理由可能都会包括进来。因此我对阿什沃斯对原则/政策区分之运用的质疑,并非它不能容纳仅对特定刑法规定具有局部意义的行为理由的可能性,比如不要杀人的理由、不要行骗的理由。我的质疑毋宁是严格的后果主义者常常面临的一个问题,他们的理论足够灵活,能够承认行为理由存在的可能性。^{②⑥} 如果当他们工具性考量的时候,行为理由是理性地相关的,那么当他们非工具性考量的时候,为何行为理由不是理性地相关的呢? 如果现在实施行为 ϕ ,之后会引起另外三个行为 ϕ 这一事实可以给予你三个好的理由现在实施或不实施 ϕ ,为什么它不能给予你四个理由呢? 如果我的谎言将有三个更多的谎言作为结果,并且存在三个行为理由不要去撒谎,那么为什么这三个工具性理由被计算在内而第四个非工具性理由不呢? 这样简单形式的论述并没有对

②⑤ 一些事物(例如我们经常称为“反射反应”的事物,比如当一个东西飞向人的脸的时候人会眨眼或听到笑话时不由自主地笑起来)处于我们做了什么和什么发生于我们的边缘地带,因此由逻辑蚀刻下的界限并不是十分清晰的。

②⑥ Parfit 是一个接受行为理由的后果主义者(Reasons and Persons [see note 20], 112 - 13); 同样 Amartya Sen (“Rights and Agency”, Philosophy and Public Affairs 11 [1982], 3)。既严格坚持他们的后果主义,又通过将我做成了 ϕ 界定为我正在做 ϕ 的结果,来回应这里的挑战,因此非工具性的行为理由投下一个工具性的影子,因此可以被算作工具性的。这一观点达成了正确的结果,却忽略了实践理性的非工具性面向。

阿什沃斯提出直接的挑战,他不像严格的结果主义者,因为他确实允许第四个行为理由被计算在内。他允许它在原则的框架下被计算在内。但这要以它是一个以相当高程度的抽象方式运行的行为理由为条件。这只能混淆和加深严格的结果主义者面临的困惑。为什么行为理由应该或者以工具性地、政策名义,或者以抽象地、原则名义进入犯罪化的讨论中呢?为什么不能是其他的方式呢?

五、作为原则问题的道德行动力(moral agency)

一个可能的答案是,当一个人去掉原则的理由和政策的理由时,剩下的行为理由的设置成为了空壳,因为行为理由总是原则理由。这一答案是有诱惑力的,这反映了当代关于行为理由在实践思维中的作用的一个复杂设想。一个由休谟毫无掩饰地提出,并由其功利主义的继承者有影响力地推广的普遍假设是,人的福祉根本上是一件被动的事务。一种过得好的生活是一种显著的好事情发生的生活,比如在这一生活中,我们拥有舒适的感觉和经历,我们在物质上富足,我们的愿望得以实现,事情按照我们的预想发展等等。除了行为能够使得或倾向于使得上述好事情发生在我们身上,我们倾向于认为行为在我们的(或任何其他人的)福祉中不具有任何特别的作用。这一设想趋向于预设,相比于结果理由,我们更加怀疑行为理由。因为我们能够立刻明白(至少一些)结果理由从何处获得其理性力量。没有人能够怀疑在其他事情相等的情形下,拥有一个更好的生活是更好的,因此我们期待并追求它是理性的。当然人们在关于什么真正构成好生活的观念上存在分歧:一些解释更为客观(也即独立于欲望和信念),一些更为多元,一些更为物质至上主义或享乐主义等。人们在关于什么福祉理由适用于谁的观念上存在分歧:一些坚持行动者中立的观点,按照这种观点,我们每个人都理性地关注不加选择的所有福祉;但是其他人坚持或多或少的行动者相关的观点,按照这种观点,我们每个人都理性地关注部分人的福祉,或者关心其中一些人的福祉多于其