

程序自然法视域中的 法律解释

——以刑法解释为范例



**Legal Interpretation
in the Perspective of the Procedural
Natural Law :**

Take Interpretation of Criminal Law as Example

● 宋小海 / 著



YZLI0890126256



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

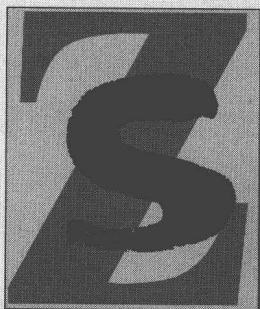
中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列

程序自然法视域中的 法律解释

——以刑法解释为范例

**Legal Interpretation
in the Perspective of the Procedural
Natural Law:**

Take Interpretation of Criminal Law as Example



● 宋小海 / 著



YZLI0890126266



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

程序自然法视域中的法律解释：以刑法解释为范例/
宋小海著. —北京：社会科学文献出版社，2011. 10
(中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列)
ISBN 978-7-5097-2766-9

I. ①程… II. ①宋… III. ①刑法-法律解释-
中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 202921 号

· 中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列· 程序自然法视域中的法律解释 ——以刑法解释为范例

著 者 / 宋小海

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 人文科学图书事业部 (010) 59367215

责任编辑 / 关志国

电子信箱 / renwen@ssap.cn

责任校对 / 宋建勋

项目统筹 / 宋月华

责任印制 / 岳 阳

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16 印 张 / 16

版 次 / 2011 年 10 月第 1 版 字 数 / 224 千字

印 次 / 2011 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-2766-9

定 价 / 49.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

立足地方实践 高扬中国特色

《中国地方社会科学院学术精品文库》总序

人类社会踏上了充满挑战 and 希望的 21 世纪，世界各种文明和思想文化经历着深刻的激荡和变革。面对这样的形势，坚持理论创新、科技创新、文化创新以及其他各方面的创新，乃是建设中国特色社会主义事业，振兴中华民族的必由之路。因此，承担着“认识世界、传承文明、创新理论、资政育人、服务社会”职责的哲学社会科学，任重而道远。

中国特色的社会主义，是物质文明、政治文明和精神文明全面发展的新型社会，是人类历史中前无古人的创举，需要在马列主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想的指引下，解放思想，求真务实，在实践和理论上进行不懈的探索，用科学发展观统领经济发展和社会进步，实现全面协调可持续发展。

胡锦涛同志 2003 年 7 月 1 日《在“三个代表”重要思想理论研讨会上的讲话》中指出，在实现全面建设小康社会这个宏伟目标的征程中，我们将长期面对三个重大课题：一是要科学判断和全面把握国际形势的发展变化，正确应对世界多极化和经济全球化以及科技进步的发展趋势，在日益激烈的综合国力竞争中牢牢掌握加快我国发展的主动权。二是要科学判断和全面把握我国

长期处于社会主义初级阶段的基本国情，正确认识和妥善处理人民日益增长的物质文化需要同落后的社会生产力这个社会主要矛盾，不断增强综合国力，逐步实现全体人民的共同富裕。三是要科学判断和全面把握我们党所处的历史方位和肩负的历史使命，加强和改进党的建设，不断提高党的领导水平和执政水平，增强拒腐防变和抵御风险能力，始终成为团结带领人民建设中国特色社会主义的领导核心。哲学社会科学工作者必须立足国情，立足当代，以这三个重大课题为主攻方向，同党和人民一道，在实践的基础上进行前瞻性、全局性和战略性的研究，努力解决广大群众关心的理论问题和实际问题，建设中国特色、中国风格、中国气派的哲学社会科学。

中国共产党历来高度重视哲学社会科学的发展。中共中央在2004年3月发布了《关于进一步繁荣发展哲学社会科学的意见》，精辟地阐述了哲学社会科学在建设中国特色社会主义中的地位 and 作用，指明了进一步繁荣发展哲学社会科学的指导方针和基本原则。这个文件是在新的历史时期发展繁荣哲学社会科学的精神动力和行动指南，必将唤起广大哲学社会科学工作者为建设中国特色社会主义、服务于中国人民进行实践探索 and 理论创新的使命感，迎来中国哲学社会科学繁荣发展的又一个阳光灿烂的春天。

地方社会科学院是我国哲学社会科学研究的一支重要力量。20多年来，除台湾省之外，各省市自治区和部分计划单列市先后建立了社会科学院，总数已经达到44家。可以说，地方社会科学院是我国社会主义现代化建设的一支不可替代的生力军。在各省（市）党委、政府的领导与支持下，地方社会科学院在队伍建设、科研体制改革等诸多方面进行了许多探索，取得了重大的成

就和可贵的经验，涌现出了一批科研骨干，获得大批立足地方实践、富有地方特色的优秀科研成果，为地方的经济社会发展和理论创新作出了重要贡献。立足地方特色，紧密结合广大人民群众的实践，是地方社会科学院发展的一个显著特点。我们相信《中国地方社会科学院学术精品文库》作为一个多系列精品工程的编辑出版，能够比较集中和系统地展示地方社会科学院的优秀科研成果及其固有特色，激励和推动社会科学学术研究的进一步开展和提高，有益于社会科学工作者之间的联系和合作。

继承和发展马克思主义，发展、繁荣社会主义中国的哲学社会科学事业，实现中华民族的伟大振兴，任重而道远，让我们大家共勉，在以胡锦涛为总书记的党中央领导下，进一步解放思想、开拓创新，迎接哲学社会科学繁荣发展的美好明天。

中国社会科学院院长

陈奎元

2004年8月15日

承继浙学优秀传统 促进当代学术繁荣

《中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列》序

浙江学术有很多优秀的传统。

首先一点，浙江学术富有批判精神。汉代中期以后独尊儒学，当时的儒学有两个特点：一是墨守章句之学；二是盛行谶纬迷信。浙江人王充“退孔孟而进黄老”，对传统儒学提出尖锐批评，提出“神灭无鬼”的新说。他所开创的学术新风气对后来魏晋玄学产生了重大影响。唐宋以后，新儒学产生，程朱理学、陆王心学是其中最重要的两个学术流派。浙江产生了“浙学”，即以吕祖谦为代表的金华学派，以叶适为代表的永嘉学派，以及以陈亮为代表的永康学派。他们倡言事功，充分强调“利”的正当性。在南宋三大儒学流派中，他们于朱、陆两家之外独树一帜，不但成为宋学不可或缺的一支，也对此后浙江文化的塑造产生了深远的影响。南宋之后，程朱理学定于一尊，至明后期，余姚人王阳明提出“致良知”的新说，突破朱熹“天理”的绝对性，肯定了“人欲”的合理性。晚明文学艺术界有一股提倡人性解放、不拘一格抒发性灵的社会思潮，王氏之学，有以导之。至清代，考据之学成为当时的学术主流。浙江学者，不但为后人贡献了大量考据学上的成果，而且产生了章学诚这样的反潮流的学术大师，他强调“六经皆史”，标榜“浙东学术”的独特个性，与吴、皖两家相颉颃。至于清末，学风再变，程朱理学与经世思潮重新抬头，浙江不但产生了龚自珍这样的新思潮的代表人物，还产生了孙诒让、黄以周、俞樾这样的朴学大师，号

“清末三先生”。综观中国学术发展史，浙江学人在其中的地位清晰可见：他们未必是某一时期学术发展的主导者，却常常是某一时期主流学术的批判者；而他们所开创的学术新风，又常常引导着下一时期的学术新方向。浙江学人的这种批判精神，本质上就是一种创新精神。

浙江学术的另一优秀传统是对现实问题的高度关注。南宋“浙学”思想家们主张重商富民，正是这一学术传统的体现。到明清时期，浙江学人的现实主义精神得到进一步发展。浙东学派的重要代表人物黄宗羲，不但在经济上主张“工商皆本”，在政治上更是对君主专制制度提出前所未有的批评，成为中国思想史上一个不朽的标杆。清代浙江学术的地域风格已经形成。章学诚在《文史通义》中讲“浙东贵专家，浙西尚博雅”。浙东学派的成就，主要体现在历史研究上。清代文禁极严，明史研究是一个在政治上非常敏感的学术领域。浙江受文字狱之祸极深，著名的“明史案”便发生在浙江。当时很多历史学家为了避祸，在研究中有意避开这一禁区，专攻古史考证。而浙江学人，敢于逆流而上，浙东学派尤以明史研究见长。黄宗羲撰《弘光实录》、《行朝录》、《明儒学案》，选编《明文海》；万斯同一生专治明史，独力完成《明史稿》五百卷；邵廷采撰《东南纪事》、《西南纪事》、《明遗民所知录》；全祖望著《鲒埼亭集》，撰集碑记，表彰浙东抗清不屈之士。浙东学人的明史研究，表面上是研究历史，实际上反映的是现实政治问题，他们的学问，表面上是史学，骨子里是政治学。在这一点上，浙江学术的现实主义精神可理解成是一种革命精神。至于近代，一代国学大师章太炎，他的学术成就固以朴学见长，但在他的学术理论中，“种族革命”的特色表现得特别浓厚。这与浙东学派的精神是一脉相承的，都体现了一种对现实不回避的态度与勇气。

浙江学术的第三个传统是包容的态度和开放的精神。浙江的地理位置，正处于中国的中间地带。在历史上，永嘉南渡、安史之乱、黄巢起义、靖康之变，数次大事件引发的移民浪潮，都对浙江学术传统产生了重要影响。如南宋“浙学”三家，婺学（金华学派）的吕祖谦本来就

是北方世家；永嘉学派，源自北宋“永嘉九先生”，他们与“二程”有师承关系。各种区域文化的交汇碰撞，造就了浙江学人包容的、学习的态度。浙江又地处沿海，在明清以后“地理大发现”的国际背景中，又成为“西学东渐”的前沿。早在明末，就有杭州人李之藻，从西方传教士利玛窦习天文、数学、地理等科学知识。近代以来，在西方学术科目的引进和建立中，浙江学人发挥了重要作用，如沈家本在法学上，蔡元培在教育学上，马寅初在经济学上，都堪称是一个学科的开创者或奠基人。蔡元培在执掌北京大学期间，以“兼容并蓄”治校，为“五四”新文化运动的兴起培育了土壤。作为新文化运动的代表人物，鲁迅以“拿来主义”的态度译介西方文学，并用新方法从事文学创作和文学史研究。在此过程中，中国的旧学问开始转型。海宁人王国维是一个对中国现代学术转型有着巨大影响的国学大师，在哲学、文学、史学三方面都有重要影响。在哲学上，他是中国最早介绍德国哲学家康德、叔本华等人哲学思想的人，他的《红楼梦评论》是中国最早运用西方美学对《红楼梦》进行学术批评的著作；在文学上，他著有《人间词话》，提出“境界”与“意境”说；在史学上，王国维是最早对甲骨文进行识读且取得突破性成就的学者之一，他首创“二重证据法”，将甲骨文与存世文献进行对照分析，使商朝历史成为信史。

浙江先贤的学术传统，是我们不朽的楷模。

浙江省社会科学院坚持以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论与“三个代表”重要思想为指导，全面贯彻落实科学发展观，在省委、省政府领导下，坚持以科研为中心，坚持以浙江改革开放和现代化建设的重大理论与实践问题为主攻方向，重视基础理论研究，加强应用研究，突出浙江特色，强化为省委、省政府决策服务和为全省两个文明建设服务的功能，为发展我国哲学社会科学事业作出贡献。为了更好地发挥传承文明、创新理论的功能，推进“精品工程”和“人才工程”的实施，从2001年起，浙江省社会科学院设立浙江省省级社会科学优秀学术著作出版资金，陆续推出一批有较高学术价值的科研成果；从2004年起，

又与社会科学文献出版社合作编辑出版《中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列》丛书，使科研成果的出版更加规范化、制度化，扩大了浙江省社会科学院的学术影响。

这些学术成果，有的重视社会调查，重视数据的收集与分析，关注浙江社会经济发展的现实问题；有的致力于乡邦文献的整理、地方史事的钩沉以及区域文化的理论探讨；当然，其中不乏越出地域之囿、站在学术前沿的创新之作。这些成果，或许还存在这样、那样的不足，有些问题在学术上还有争论，有的还有待社会实践以及学术自身的发展来检验，但它们有鉴别、有批判、有创新，这正体现了浙江学术的优秀传统。

林吕建

2009 年

目 录

第一章 导论	1
第一节 刑法解释学回顾	2
第二节 简要评论：刑法解释学的内在矛盾	17
第三节 本书的研究	23
第二章 超越罪刑法定原则	31
第一节 什么是法律解释	32
第二节 法理学的基础性制约	40
第三节 罪刑法定原则对刑法解释的中立性	51
第三章 “程序自然法”学说	66
第一节 法理学的立场	66
第二节 “富勒式”道德理论	74
第三节 程序自然法	82
第四章 程序自然法规制下的法律解释	95
第一节 富勒法律解释观	96
第二节 程序自然法中的解释性准则	104
第三节 法律解释的任务：“重述”法律文本公开性内容	110
第四节 客观解释的立场	122

第五章 解释任务的概念展开·····	130
第一节 须澄清的问题：文本主义·····	130
第二节 法律文本的公开性内容·····	138
第三节 理解的一般原则·····	149
第六章 法律文本结构性解释论·····	161
第一节 法律解释的基本准则·····	161
第二节 法律解释的具体方法·····	163
第三节 文本结构性解释理论·····	179
第七章 刑法文本的解释·····	188
第一节 刑法的结构与解释·····	188
第二节 刑法解释的特殊性·····	199
第三节 刑法实质解释问题·····	211
结束语 求索法律解释的客观性·····	219
参考文献·····	224
后 记·····	232

CONTENTS

Chapter 1	Introduction	/ 1
1.	A Brief Review of Criminal Law Hermeneutics	/ 2
2.	Comments: Inherent Contradictions of Criminal Law Hermeneutics	/ 17
3.	What Studied in the Book	/ 23
Chapter 2	Beyond the Principle of Legality	/ 31
1.	What is Legal Interpretation	/ 32
2.	Basic Limitations of Jurisprudence	/ 40
3.	The Neutrality of the Principle of Legality to the Interpretation of Criminal Law	/ 51
Chapter 3	The Theory of the Procedural Natural Law	/ 66
1.	The Standpoint of Jurisprudence	/ 66
2.	"Fuller Type" Moral Theory	/ 74
3.	The Procedural Natural Law	/ 82
Chapter 4	Legal Interpretation under the Rules of the Procedural Natural Law	/ 95
1.	Fuller's Views on Legal Interpretation	/ 96
2.	Interpretative Norms in the Procedural Natural Law	/ 104

3. The Task of Legal Interpretation; Restatement of Public Content of Legal Text	/ 110
4. Standpoint of Objective Interpretation	/ 122
 Chapter 5 Concept Development of the Task of Legal Interpretation	 / 130
1. Issue must be Clarified; Textualism	/ 130
2. Public Content of Legal Text	/ 138
3. General Principle of Comprehension	/ 149
 Chapter 6 Constitutive Interpretation Theory of Legal Text	 / 161
1. Basic Rules of Legal Interpretation	/ 161
2. Specific Methods of Legal Interpretation	/ 163
3. Constitutive Interpretation Theory of Text	/ 179
 Chapter 7 Interpretation of Criminal Law Text	 / 188
1. The Construction and Interpretation of Criminal Law	/ 188
2. Specialty of Interpretation of Criminal Law	/ 199
3. Essential Interpretation of Criminal Law	/ 211
 End Remarks Questing Objectiveness of Legal Interpretation	 / 219
References	/ 224
Afterword	/ 232

第一章

导 论

法律解释是非常重要的法学范畴。正如孙笑侠教授所言：“法解释维系着这样几对重要的关系：制定法与社会生活、历史背景与现实条件、立法意图与司法目的、立法权与司法权。”^① 易言之，法律解释问题直接关联着人对法律现象的基本认识，具有理论上的重要性和实践上的必然性。同时，法律解释又是一个大难题，充满了变化与争议。波斯纳说，“解释”是一条变色龙。^② 然而，越是捉摸不定的事物往往越是令人神往。这种神往的原动力是基于想彻底探究法律领域中的这样一对基本矛盾：“法的确定性”和“法律解释”。法律如果失去确定性，就根本谈不上“规则之治”，因为人们无从知道规则是什么。而法律解释又直接关系到法的确定性。如果对同一法律条文有无数观点不一的“解释”，那么这一法条也就不复为确定的规则。^③ 规则即意味着对行为要求的一致性，而这种一致性依赖于人们对规则理解或解读的共识性。诚如哈贝马斯所言：“规则或规范不像事件那样发生，而是根据一种主体间承认的意义而有效的。”^④ 就法律（无论私法或公法）而言，“解

① 孙笑侠：《法的现象与观念》，山东人民出版社，2001，第228页。

② 〔美〕理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社，2002，第341页。

③ “如果解释者可以主观任意地解释法律和适用法律，法律的确定性、法治的价值就无从谈起。”见张志铭《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社，1999，第59页。

④ 此处“主体间承认的意义”就是指关于规则的共识性理解。转引自童世骏《没有“主体间性”就没有“规则”——论哈贝马斯的规则观》，《复旦学报》（社会科学版）2002年第5期。

释”实在是一个非常关键的概念。本书之所以选择刑法作为研究范例，乃是由于这样一个质朴的认识：相对于其他部门法而言，刑法解释与适用的后果更具有严重性，理应更受关注。刑法解释“发生在痛苦和死亡领域……预示并引起对他人施加暴力……当解释者们完成自己的工作之后，他们身后留下的是其生活遭到有组织的社会暴力行为摧残的众多受害者”。^① 需要同等注意的是，本书仅仅是将刑法解释作为“范例”，实际上本书所要着力阐述的乃是一般性的法律解释理论，通用于公法与私法。

第一节 刑法解释学回顾

自萨维尼之后，大陆法系关于法律解释方法的文献可谓汗牛充栋。^② 从大陆法系历史来看，法律解释理论首先是作为一般法学方法论而发展起来的，其中德国法学家萨维尼被公认为是近代以来法学方法论的重要奠基者。^③ 作为法学方法论，法律解释理论具有一般性。后来由部门法学者逐渐发展起来的具体部门法解释学，诸如民法解释学和刑法解释学，都是未能完全脱离一般法学方法论的理论框架。在某种程度上，我们甚至可以说，民法解释学或刑法解释学都是直接“套用”了一般法学方法论的理论框架。^④ 自20世纪90年代以来，法学方法论或法律解释学在我国得到了蓬勃发展，出现了大量的研究作品，即使单就刑法解释学而言，其研究作品的数量也是相当可观的。从中可以

① [美] 博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社，2002，第253～254页。

② [德] 魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社，2005，第305页。

③ 郑永流：《出释入造——法律诠释学何为及与法律解释学的关系》，《法学研究》2002年第3期。

④ 这一点，我们只要比较一下德国法学家拉伦茨的《法学方法论》和德国刑法学家耶赛克、魏根特的《德国刑法教科书》就会显而易见。我国法学界的情况也是如此。无论是民法解释学还是刑法解释学，都是大体遵循了大陆法系既有的法律解释学框架。对此，我们也同样只要比较一下我国台湾杨仁寿先生的《法学方法论》、黄茂荣先生的《法学方法与现代民法》和我国梁慧星先生的《民法解释学》、刑法学家李希慧先生的《刑法解释论》，即可明了。

看出,刑法解释学研究的内容不断深化、研究的视角不断丰富,相关、相交叉的研究主题——如法律论证、法律推理、法的发现理论、法律论辩修辞学等等^①——也不断涌现,刑法解释学内容相当完整,涉及刑法解释总论、解释体制论、解释方法论和解释价值论等方面。^②其中,刑法解释方法论是刑法解释学研究的重点,也是本书关注的核心。^③

我国刑法解释方法论大体沿用了大陆法系法律解释学的一般框架,这一框架通常包括内在逻辑关联的三大部分:解释的目标,解释的方法和方法的位阶。^④同时,我国刑法学界还深入探讨了作为刑法的特有原则——罪刑法定原则与刑法解释的关系问题。这一点是刑法解释学区别于一般法律解释学和其他部门法解释学的主要标志。当然,作为问题的必要部分,我国刑法学界也深入探讨了刑法解释的概念和原则,这两部分内容应属于刑法解释总论范畴。关于刑法解释的概念,本章第三节将予以交代。所谓刑法解释的原则——如合法性原则、合理性原则、客观性原则等——是指刑法解释时应当始终遵循的基本准则,^⑤它似乎是我

① 这些概念与法律解释概念的关系可谓错综复杂,各有其视角的合理性。但笔者认为,这些概念的出现及其与法律解释概念的复杂关系并不会影响到对法律解释的专注研究。参见陈金钊、焦宝乾《法律方法论研究综述》,载陈金钊、谢晖主编《法律方法》第五卷,山东人民出版社,2006。

② 按照孙笑侠教授的观点,相对完整的法解释理论体系应当包括四块基本内容,即法解释总论、法解释体制论、法解释方法论、法解释价值论。参见孙笑侠《法解释理论体系重述》,《中外法学》1995年第1期。

③ 关于十几年来我国刑法解释学发展的概况,可参见王政勋《刑法解释问题研究现状述评》,《法商研究》2008年第4期;陈金钊、焦宝乾《法律方法论研究综述》,载陈金钊、谢晖主编《法律方法》第五卷,山东人民出版社,2006;杨艳霞《刑法解释的理论与方法——以哈贝马斯的沟行动理论为视角》,法律出版社,2007,第16~19页;王凯石《刑法适用解释》,中国检察出版社,2008,第7页注释①、第8页注释①。

④ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆,2003,第五章;〔德〕卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社,2004,第四章、第五章。

⑤ 关于刑法解释的原则的讨论可参见贾凌《刑法解释的原则》,载赵秉志、张军主编《中国刑法学年会文集(2003年度)第一卷:刑法解释问题研究》,中国人民公安大学出版社,2003。