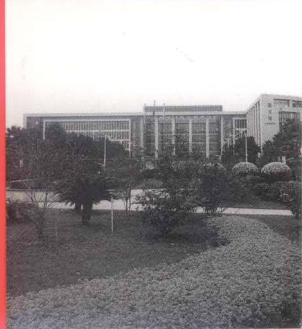




高校社科文库
University Social Science Series

教育部高等学校
社会发展研究中心

汇集高校哲学社会科学优秀原创学术成果
搭建高校哲学社会科学学术著作出版平台
探索高校哲学社会科学专著出版的新模式
扩大高校哲学社会科学科研成果的影响力



刑法解释过程论纲

On the Process of Criminal
Law Interpretation

杨高峰/著

光明日报出版社



高校社科文库
University Social Science Series

教育部高等学校
社会发展研究中心

013060847

D924.05

117



汇集高校哲学社会科学优秀原创学术成果
搭建高校哲学社会科学学术著作出版平台
探索高校哲学社会科学专著出版的新模式
扩大高校哲学社会科学科研成果的影响力



刑法解释过程论纲

On the Process of Criminal
Law Interpretation

杨高峰/著



北航

C1667254

光明日报出版社

D924.05

117

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法解释过程论纲 / 杨高峰著. -- 北京: 光明日报出版社,
2013. 6

(高校社科文库)

ISBN 978-7-5112-4806-0

I. ①刑… II. ①杨… III. ①刑法—法律解释—研究—中国
IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 127152 号

刑法解释过程论纲

著 者: 杨高峰

责任编辑: 曹美娜

责任校对: 李玉婉

封面设计: 小宝工作室

责任印制: 曹 诤

出版发行: 光明日报出版社

地 址: 北京市东城区珠市口东大街 5 号, 100062

电 话: 010-67019571 (咨询), 67078870 (发行), 67078235 (邮购)

传 真: 010-67078227, 67078255

网 址: <http://book.gmw.cn>

E-mail: gmcbs@gmw.cn caomeina@gmw.cn

法律顾问: 北京天驰洪范律师事务所徐波律师

印 刷: 北京楠萍印刷有限公司

装 订: 北京楠萍印刷有限公司

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社联系调换

开 本: 690×975 1/16

字 数: 144 千字

印 张: 8.5

版 次: 2013 年 6 月第 1 版

印 次: 2013 年 6 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5112-4806-0

定 价: 24.00 元

版权所有 翻印必究



CONTENTS 目 录

第一章 本书的理论背景、研究方法与创新之处 / 1

第一节 本书的理论背景：刑法解释形式与实质学派之争 / 1

一、争论的缘起 / 1

二、刑法解释学派争论的理论评说 / 5

三、本书的理论切入点：刑法形式解释与实质解释之争能否消弭？ / 6

第二节 本书的主要研究方法 / 8

一、对韦伯法律类型分类理论的移植 / 8

二、借鉴韦伯理性观的可行性分析 / 11

三、哈贝马斯的沟通理性理论与刑法疑难案件的解决 / 14

第三节 我国现有的刑法解释研究现状及本书的研究思路 / 15

第四节 本书研究视角、方法、目标方面的创新之处 / 17

一、本书研究视角：从个案解释过程中研究刑法解释 / 17

二、本书研究方法：对各种解释方法的合理侧面进行有效融合 / 18

三、本书研究目标：对现实司法解释过程进行描摹 / 18



第二章 刑法的形式理性解释 / 19

第一节 刑法形式解释正当性的理论评述 / 19

第二节 刑法形式解释客观性的理论溯源 / 21

一、有关法律解释几个概念的辩证 / 21

二、刑法形式解释理论发展 / 23

第三节 刑法形式解释的方法体系及其在当代中国

刑法理论中应用 / 28

一、刑法目的解释的特点 / 30

二、刑法目的解释之下的具体解释方法 / 31

第三章 刑法的实质理性解释 / 37

第一节 刑法实质解释的理论基础 / 37

一、“法律帝国”构建之不可能：刑法实质解释必要性分析 / 37

二、刑法形式理性与实质理性并不存在着不可逾越的鸿沟 / 39

三、“后法治时代”的到来为刑法实质解释提出了现实要求 / 40

第二节 实质理性解释的法理渊源 / 41

一、宪法规范渊源 / 41

二、公平正义的观念 / 44

三、前法律规范产生的法律冲突 / 45

四、刑事政策 / 46

第三节 实质解释启动机制研究：许霆盗窃案的个案分析 / 47

一、汹涌的民意是如何形成的？ / 48

二、法官的公正情感是如何缺失的？司法为什么会失去 纠错能力？ / 50

第四节 刑法实质理性解释的方法之一：常用的实质解释方法 / 54

一、目的性扩张 / 57

二、目的性限缩 / 58

三、有利于犯罪人的类推解释 / 58

第五节 刑法实质理性解释的方法之二：刑法隐含漏洞的补充 / 61

一、刑法漏洞之一般理论：以刑法第201条原立法规定例 / 61

二、我国刑法第201条原立法规定学界公认的明显漏洞例释 / 63

三、刑法第201条原立法规定中的隐含漏洞例释 / 69



第四章 刑法实质解释与“出罪” / 73

第一节 刑法实质解释与“出罪” / 73

一、刑法第13条“但书”为“出罪”提供了合法性根据 / 73

二、刑法实质解释出罪的具体制度路径 / 77

第二节 刑法实质解释与犯罪成立的消极要件出罪机能的实现 / 84

一、消极要件缺位语境下规范性司法解释出罪的文本分析 / 85

二、犯罪成立消极要件的价值定位与传统犯罪构成的改造的必要性 / 89

三、消极要件与传统犯罪构成的改造路径分析 / 90

四、消极要件的司法适用过程中应更多地贯彻刑法实质解释的要求与方法 / 93

第五章 刑事疑难案件：刑法解释困境及其解决进路 / 94

第一节 刑法解释的困境：刑法疑难案件的生成 / 94

一、我们在确定法律真实的过程中，其实是带着“知识前见”来整理案件事实的 / 94

二、“知识前见”既可能为法律适用的过程提供了效率保证，但也可能会对法律适用过程中产生误导 / 94

三、三段论的推理过程只是法律适用的理论模型，而现实中法律适用者可能未必严格遵循这一推理过程 / 95

第二节 通过刑法方法排除“疑难”：刑事疑难案件的认定 / 99

一、刑事疑难案件需在综合运用各种刑法方法之后加以判定 / 99

二、通过解释循环能够达致“真理”的案件也不应认定为刑事疑难案件 / 100

三、刑事疑难案件不同于刑事程序法意义上的“疑罪” / 102

四、刑法立场不同导致的争议问题不宜认定为刑事疑难案件 / 103

第三节 刑事疑难案件解决路径：刑法论证 / 105

第四节 刑法论证的特征 / 108

一、启动程序上的后延性 / 108

二、论证程序中的民主性 / 109

三、论证方法的多元性 / 110



四、论证结论的循环性 / 111

结论 / 114

参考文献 / 116

后记：研习刑法学的心路历程 / 122



第一章

本书的理论背景、研究方法与创新之处

第一节 本书的理论背景：刑法解释形式与实质学派之争

一、争论的缘起

随着我国刑法司法解释的研究深入，刑法解释的诸多争论问题，如刑法解释目标的主观与客观之争，解释主体一元多元之争，刑法解释对象的事实与规范之争，学界已多有定论，并逐步达成共识。而刑法解释形式与解释的争论成为了最后难以攻克的堡垒，这不仅因为国外刑法理论中这一争论已经对垒多年，我国刑法理论没有现成理论体系足以借鉴；另外一方面，这也反映我国这一问题的争论已经触及到刑法学科问题的实质内核，囿于现实国情，诸多因素决定了这一问题本身即可能是无解的。

我国刑法学者周详将这场争论总结为三军对垒，以张明楷教授为代表是我国实质解释理论的首倡者，追随者有刘艳红教授、苏彩霞教授等；而形式解释代表人物为陈兴良教授，在对刑法实质解释理论的批判中逐渐形成理论学派，其旗下代表人物邓子滨教授《中国实质刑法批判》论著的出版将这一批判推向高潮，随后《中国法学》同一期刊出的张、陈二教授的宣言性论文，则表明这一争论过程中已经进入短兵相接阶段。目前看胜负高下恐怕难以立见。而第三派刑法“通说派”似乎是左右逢源，然而亦是腹背受敌。张明楷教授将刑法“通说派”作为“沉默的大多数”一概归属为形式解释学派，依照张明楷教授的界定，以其为代表刑法实质学派是中国刑法理论界的少数派；而起初信奉刑法实质学派后改而拥护刑法形式解释学派的周详博士，则通过分析认为刑法“通说”学派归属于刑法实质解释学派，刑法形式解释学派则是



“掌握真理的少数人”。^①

细细品味其观点交锋,认真考量其代表性事例分析过程,可以看到其共识面远远大于其争议面,虽然对同一案例的分析路径可能有所不同,但多数情况下却能殊途同归。如两派学者都肯定罪刑法定的形式侧面与实质侧面并重,都主张应根据罪刑法定原则的实质侧面通过合理的解释进行出罪减刑,刑法形式解释派并没有否定刑法实质解释,只是反对通过刑法实质解释进行入罪升刑;刑法实质解释学派并不排斥刑法形式解释,只是反对机械化的刑法解释,并认为刑法形式解释会将大量值得处罚的行为排除在犯罪圈外,无法弥补法律漏洞,使“刑法成为嘲笑的对象”。

如果将两派学者的观点进行总结,其理论争议主要表现在以下两个方面:

1. 罪刑法定原则的两个侧面与两种刑法解释观的分歧。

争论双方都认可刑法解释不能背离罪刑法定原则,不得违背“国民可预测性”,防止给人以突然打击;两派学者也对罪刑法定原则的具体内容及功能作用也多能认同。争论在于,形式解释论者认为:罪刑法定的形式侧面意在限制司法权,罪刑法定的实质侧面意在限制立法权,二者根本不存在冲突;实质解释论者将罪刑法定原则的形式侧面等同于形式法治,而将罪刑法定原则的实质侧面等同于法律实质主义,实际上偷换了概念。

从逻辑推理来看,陈兴良教授的论证则更为周延。既然大家都承认刑法解释不能超越罪刑法定原则,而对罪刑法定原则包含两个侧面又没有争论,在刑法解释过程中当然需要贯彻两个方面的要求。刑法解释过程中不得人为地割裂形式侧面与实质侧面的联系,这正是法治主义原则的完整体现,罪刑法定原则的实质侧面也是法治主义的应有之义,因而不存在着所谓的“恶法是法”的问题。

从司法实际运作过程看,张明楷教授强调刑法解释过程中着重贯彻罪刑法定原则实质侧面要求,却不无意义。第一,学界虽然都认可罪刑法定原则的出罪机能,这一功能突出体现在罪刑法定原则的形式侧面上,而对罪刑法定原则的实质侧面的出罪机能强调不够,且在刑法解释过程中能够贯彻根据罪刑法定原则的实质侧面进行出罪的更是少之又少,张明楷教授对罪刑法定原则实质侧

^① 具体争论过程参见周详:《建立一座法律解释的“通天塔”》,载《刑事法评论》第26卷,北京大学出版社2010年版,后该文大幅修改后以《刑法形式解释论与实质解释论之争》为题,刊载在《法学研究》2012年第3期。



面的过分强调虽然有点“矫枉过正”，但对刑法解释的目标的引领却具有方法论意义。

第二，虽然不能将“刑法解释过程中罪刑法定原则实质侧面的强调”等同于“恶法非法”这一自然法思潮，但其功用却与这一思潮有异曲同工之处。从总体上看，“恶法亦法”思想是形式法治国的体现，其从根本上违背了民主主义原则，也动摇了罪刑法定原则的根基，现代刑法理论都对其有所摒弃。从理论上讲，我国多数刑法学人即使持刑法形式解释论者也对“恶法亦法”观念并不认同，^①刑法实质解释论者将罪刑法定形式侧面与实质侧面的理论分野加以割裂，并大而化之，上升到“恶法亦法”与“恶法非法”这一理论分野上进行研究，确有不妥。但如果将对“恶法”问题的理论分野具体到刑法条文的具体问题中，这种问题却同样存在：在刑法具体问题的语境下，所谓的“恶法”即“法域过宽”或“法域过窄”，前者是将不应该规定的犯罪的行为规定为了犯罪，而后者是将应该规定为犯罪的行为没有规定为犯罪。张明楷教授将两种情况概括为“恶法”，虽有不妥，且容易引发歧义，但其引出这一问题的目的是为了强调法官在刑法解释过程中的能动性，且需通过能动解释来弥补立法不足，这明显具有重要的方法论意义。

2. 对通过扩张解释进行入罪的态度不同。

由于两派学者都对罪刑法定原则的实质侧面都表示认同，故对通过刑法伦理解释进行出罪也不存在争论。形式解释论者也不排斥扩张解释，但对扩大解释的限度问题两派存在争论。形式解释论者认为，实质解释论者从处罚的必要性角度处理问题，只要客观上值得处罚，不惜通过解释方法灵活运用进行定罪，并且“解释的实质的容许范围，与实质的正当性（处罚的必要性）成正比，与法文的通常的语义的距离成反比。”^②意即处罚必要性越大（意即社会危害性严重），则刑法解释的灵活性越高。张明楷教授反复引用日本刑法学家前田雅英教授的表述作为理论论证根据，前田雅英教授这通话其实暗含着类推解释复活的可能性。形式解释论者也就由此认为，实质解释论者一直没有放弃传统刑法中的社会危害性概念，其所推崇的“法益”正是社会危害性概念的

^① 但这不排除个别学者在具体问题持“恶法亦法”的结论，实质解释论者所列举的“恶法亦法”认同者，可能其本人并不认同这一观点，只是根据个别观点分歧而被实质解释论者归入了这一理论群体。

^② 日本刑法学家前田雅英语，转引自张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第18页。



“借尸还魂”。虽然“社会危害性”概念已经为人摒弃，但其借了一个“法益”的马甲正大行其道，在司法不独立、权力干涉司法的大背景下，实质解释论证受到司法界越来越多的欢迎，刑法实质解释理论为其权力专横提供了理论注脚。

实质解释论者则指责形式解释论者机械地理解法律，往往望文生义，仅凭生活概念与刑法语词含义来解释法律，动辄以“法律没有明文规定不为罪”，“法律存在漏洞，只能通过修改立法来解决”为借口，嘲笑法律，将大量值得处罚的行为且刑法已经规定的行为排斥在犯罪圈外，背离了刑法的保护机能。刑法实质解释论者同时认为，刑法的保障、保护机能同等重要，不可偏废，而灵活、扩张的刑法解释，只要不违背了“国民可预测性”这一前提，能够最大限度地调适刑法的稳定性与适应性，没有必要动辄修改法律。

从刑法实务操作的案例上看，实质解释论者对形式解释的批评是中肯的，形式解释论者虽然也称不反对刑法各种解释方法的灵活应用，但的确在刑法解释过程中存在着简单化的倾向。实质解释论者，虽然以“国民的可预测性”来界定实质解释的范围，但由于国民可预测性又是一个不太容易界定的概念，这就使实质解释论者陷入了另一个不可知的悖论。以饱受诟病的刑法第263条“冒充”一词的解释来看，^①当首倡言者还陷入“语言的密林”中为自己的解释智慧而击节叫好而浑然不知的是，这已经明显是超越了“国民可预测性范围”。作为实质解释论者的后来者，苏彩霞教授一度借鉴法律论证理论，欲对实质解释的边界进行程序性框定，避免实质解释误入歧途，试图引入程序论证性规则，但程序论证所需要的高昂司法成本绝不是我国现有司法环境能够承受的，这一程序框定恐怕还只能停留在理论层面。

两个学派在刑法形式解释结论明显不合理时，通过实质解释出罪减刑不存在争论，这是其共识面。如果结合具体问题，对两个学派理论进行总结，则其观点交锋主要体现在以下两个方面：一是坚持刑法形式解释会不会造成大量的法律漏洞；二是在形式解释的结论明显不合理时，能否通过刑法的目的性扩张解释入罪升刑^②。

^① 张明楷教授将“冒充”解释为“假冒、充当”。这种解释结论能够弥补“真正军警”进行抢劫，却不能适用抢劫罪加重情节这一刑法漏洞。

^② “入罪升刑”是本书作者对概念的一个“杜撰”，在此语义层面上学界多使用“入罪”概念，本书中也多次使用“入罪”一词，其概念外延范围应当相当于“入罪升刑”。



二、刑法解释学派争论的理论评说

笔者不揣浅陋,在此借鉴德国法学家拉伦茨的法律漏洞理论,试图对形式解释与刑法实质解释观点交锋作一个评说:

1. 刑法形式解释论容易将刑法隐含漏洞^①当做刑法真正漏洞,从而将值得处罚而又需要处罚的行为排除在刑法之外,逃脱刑法制裁。

所谓刑法真正漏洞是指根据对具有可罚性的行为,应当规定为犯罪行为,由于立法疏漏或立法时机不成熟,而加以规定。或者说这种刑法漏洞是刑法立法意义上的漏洞,从刑法规范的角度分析,一个特定时期刑法的犯罪圈是固定的,由于类推制度的废除,公民对行为后果的预测也是确定的,不存在着刑法漏洞。张明楷教授也认为,对刑法漏洞是不能通过刑法解释或类推进行犯罪化处理的,^②真正的刑法漏洞只能通过刑法立法的完善来解决,张明楷教授文中所指的刑法漏洞正是笔者所指的刑法真正漏洞。与刑法真正漏洞相对应的是刑法隐含漏洞,刑法隐含漏洞是指表面看来存在刑法漏洞,但通过合理的刑法解释,实际上不存在着的刑法漏洞,隐含漏洞则是由于法律的形式性规定造成的法域过宽或法域过窄的问题,隐含漏洞则可以通过合理法律方法的运用来加以解决。

2. 刑法实质解释论容易将刑法白地解释为刑法隐含漏洞,从而将不应该处罚的行为纳入犯罪圈。

所谓刑法白地即刑法有意将值得处罚的行为排除在犯罪圈外,因为其出现概率较小,为体现刑法谦抑性价值,又做到立法简约,将某些值得处罚的情形有意不加以规定。例如刑法17条对相对刑事责任年龄的规定,有意排除了同“放火、投放危险物质、爆炸”行为社会危害性相当的“决水”行为,还有同“贩卖毒品”社会危害性相当或较重的“走私、制造、运输毒品”的行为。司法实践中即使发生了已满14周岁未满16周岁的未成年人实施决水或走私、制造、运输毒品行为,也不能因为这些行为具有可罚性,而对其进行处罚。这是刑法有意进行的遗漏,我们称之为法律白地。刑法白地与刑法漏洞的区别在于刑法白地是法律有意地对某种行为不加以规定,而刑法漏洞是刑法本欲加以规

^① 关于刑法隐含漏洞与刑法真正漏洞的关系是借鉴德国法学家拉伦茨的观点,拉伦茨在论述德国民法时将法律规范与生活事实不协调的情况分类三类:法律隐含漏洞,法律真正漏洞,法律白地。(拉伦茨:《法学方法论》,商务印书馆2004年出版)笔者对这一理论进行了阐发。

^② 张明楷:《实质解释论再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。



定,而由于某种原因未能加以规定;刑法白地不需要立法修改进行完善,而刑法漏洞需要通过立法完善来弥补漏洞。还以“冒充军警抢劫”为例,张明楷教授将“冒充”解释为“假冒、充当”,其意在弥补“真正军警抢劫”这一“隐含漏洞”(张明楷教授并未使用“隐含漏洞”这一概念,笔者在此附会张明楷教授的观点),因为“假冒军警抢劫”尚需加重处罚,而“真正的军警抢劫”却不能适用加重情节,明显违背了“相同的事相同处理”实质理性要求。而通过超越“冒充”一词本身固有含义的扩大化或类推解释,将值得加重处罚的行为纳入进来,从而满足实质正义的要求。笔者认为,张明楷教授这一解释结论之所以饱受诟病,不仅是因为“举轻以明重”的目的性解释可能是类推解释的复活,违背了“语义解释第一”的解释原则,同时做出这一解释时,明显混淆了法律白地与法律隐含漏洞的区别。之所以对“真正的军警抢劫行为”未加以规定,恰是因为这种行为在现实生活中发生的概率不大,没有必要专门加以规定,“稀缺性的行为没有处罚价值”,是法律的一个有意开了一个“天窗”,而不是刑法隐含漏洞。

当然区分刑法白地与刑法隐含漏洞也需要认真考量,刑法规范通过行为规制,期待人们弃恶从善,有所为有所不为,从而实现稳定的社会秩序。刑法规范规制的通常是多发性的行为,而对稀缺的行为可能有意不加以规定,免得大量罪名闲置,“措而不用”;即使偶发的行为危害社会具有当罚性,也可能网开一面,不予处罚或者处以相对轻缓的刑罚,这正是刑法宽容性的体现。刑法隐含漏洞则是由于立法技术原因,将本来已经规定的意义挖掘出来,使其呈现出本来面目,或者说刑法本身并不存在漏洞,只是由于抽象的语言遮蔽了其意义显现。如修正前刑法第201条规定:受过两次行政处罚还偷税的,以犯罪论。司法实践会出现受过三次行政处罚还偷税的,该不该以犯罪论处?表面上看来是刑法没有规定,实际上通过刑法的当然解释方法的运用,这根本不是一个刑法漏洞,或者说只能是一个隐含漏洞。

刑法白地不容许通过刑法解释加以消除,刑法隐含漏洞则需要通过刑法解释加以弥补。如果将刑法白地当作刑法隐含漏洞进行伦理解释的话,同样会违背罪刑法定原则,影响公民可预测性实现,给人以“突然打击”。

三、本书的理论切入点:刑法形式解释与实质解释之争能否消弭?

两派争论都是高屋建瓴,理论严密,从整体上均应予以肯定,而两方在具体事例分析上则都存在着为对方所诟病的硬伤与死穴。如刑法形式学派抓住张明楷教授“冒充军警”抢劫中,冒充一词的不当解释,认为实质解释有随意



化、臆断性的倾向其入罪的危险性远远大于出罪可能，认定刑法实质解释无疑会因小失大；刑法实质解释学派认为刑法形式解释学派主张的刑法形式解释优先，无疑会将大量值得处罚的行为排除在刑法犯罪圈之外，影响刑法保护机能的实现，由于刑法不可能是完美无缺的，只有通过实质解释才能平衡刑法双重机能。一味坚持刑法形式解释优先，会武断地将值得处罚而法律又有相关规定的行为排斥在刑法之外，使其逃脱刑法制裁，不利于刑法法益保护。同时刑法解释不同于刑事证据的适用，不应该运用“存疑时有利于被告”原则，而应该秉承公平正义的精神，灵活地运用各种解释方法，去弥补刑法漏洞。

两种学派在立论上都是从整体上对某种理论加以肯定，并寻找其理论根据；在驳论时都会指出对方在处理具体解释结论的偏颇性，并以此为自己的理论进行证立。两种理论体系在理论上都具有合理因素，然而在具体案例处理中都具有一定的不周延性，这就促使笔者思考两种理论有没有结合的可能性，如果在理论上整合不具有可能性，而刑法研究的目的主要是法律适用，在个案的法律适用过程中有没有可能将两种理论各取其长，从而进行整合呢？如果有可能，则可以扬长避短塑造出一种刑法适用过程的理论模型。由于两种学派各有其理论支撑，又各有其解决不了的问题，作为学派恐怕难分伯仲。从外国刑法理论史上看，两种学派都不乏拥趸者，包括刑法法官也可能持不同的学术观点，但不影响其达到正确的刑法司法解释结论。从理论上看，一种观点取代另一种观点既无必要，也无可能。但这不妨碍对两种观点各取所需，为我所有用。两种学派整体上的对峙并不影响其个案解释过程中兼容并蓄，各取其长。我们可以设想将刑法解释的过程设定为多个层次，刑法形式解释的缺点容易人为地扩大刑法漏洞，则刑法形式解释阶段则需要着重考虑刑法形式解释过程中各种解释方法灵活运用；实质解释过程容易导致司法权的扩张，则需着重考虑对其解释权加强制约。

两个学派之争在争论过程中其实都做了个理论预设，都认为通过自己理论体系解释的结论是公允的，符合刑法正义要求的。其实正义本身正是一个不确定的概念，既没有一个统一的标准，也没有固定的形式，甚至有时候正义是不可寻的，正义正在路上。在一定情况下，正义只能是一种合意或认同，或履行正当程序的结果。如许霆案正义的界限在哪里？刘海洋案定罪免刑的处断是不是正义的？争论的结果恐怕永远是无解。两个学派都不能把自己扮作正义的化身，正如我们必须承认我们认识的局限性，我们 also 需承认正义在个别情况下是不可寻，我们所能做到是履行了正当程序要求，或者退而求其次，我们能达到



的只是一种合意。

综上,整体上看任何理论都是不周延的,笔者主张对两种学派的观点在个案中进行整合,个案中对两种学派的观点进行整合,根据其优劣扬长避短,建立个案解释过程一种理论模型;在特定情况下,法律解释的结论只能是一种折中与调和的结果,其解释的过程是一种合意达至的过程。

第二节 本书的主要研究方法

一、对韦伯法律类型分类理论的移植

刑法形式解释与实质解释,如果完整地理解,应该称之为形式理性与实质理性解释。理性是法律的生命,也是法治的内在要求,是法律发展的本源动力。正因为理性是法律的当然属性,反而更容易为人所忽视。形式解释或实质解释正是形式理性解释与实质合理性解释的缺省,笔者强调刑法解释的理性原则,因而笔者主张形式理性解释与实质理性解释的提法。强调刑法解释的理性原则,还有利于正本清源,从形式理性与实质理性的首倡者韦伯那里寻找方法论的借鉴。

在引入韦伯理论之前,还需进一步探讨一下理性主义原则。

理性主义的确立也是现代社会的一个重要特征。正是理性才使法律与其他社会调控的手段区分开来,成为了法律的重要特征。理性主义是现代社会得以确立的基本标志,理性也是现代性的重要内容。从现代性的角度分析,法治是现代性的应有之义,那么理性则是法律的内在生命。从立法上看,理性主义要求法律是明确的成文法,“法律是明确、确定的规则体系”,法律应该为公众所知晓;从司法上看,法律是法律规则推演的结果,法律结果具有恒定性、唯一性;从守法上看,法律应该“相同的事相同处理”,实现社会公众的社会心理预期。

从思辨哲学角度根据不同的分类标准,一般可将理性作如下分类:

1. 建构理性与经验理性。由于传统法律文化的分野,建构理性与经验理性是欧陆法系与英美法系理性在运作方面的两个侧面。欧陆法系以前瞻的眼光来观察社会,通过完备的立法来实现法律的预测功能,以法典的形式来彰显法律理性;英美法系以回顾性的眼光来评价社会,通过冗长的司法程序来实现法律的评价功能,以判例的形式来承载法律的理性。但无论建构理性还是经验理性,可以说都对法律的理性孜孜以求,两大法系的法官无不以“遵循文本与



判例”作为法官的美德。当然在法律解释的过程中两大法系的法官也体现出融合的趋势，英美法系经验理性在注重案例的“类比性”、“可参照性”的同时，也开始通过“法律重述”甚至“制定法”的方式，来抽象法律的理性规则，开始注重法律的逻辑推演；大陆法系在注重建构理性的同时，也意识到建构理性的局限性，开始在具体案例中注重对法律后果进行检测，以实现法律的可接受性，增强法律的亲和力。

2. 纯粹理性与实践理性。人类社会对理性的追求也经历了本体论、认识论、语言论三个阶段，在哲学认识的本体论阶段人们追求的是一种纯粹理性，伴随着现代科学主义的发展，实践理性得到了重视。通过法律的本体分析，解决“法律是什么”理论难题，实现法律纯粹理性认同，并不是一件容易的事；而通过法律实践理性的探索，解决“法律怎么样”的问题，对法律的现实运作进行考察则尤为必要。法律所要追求的也是一种实践理性，即考量法律在现实社会的价值，考察法律在现实社会中运作。在“语言论”阶段，一方面后工业社会的学者通过现实语言世界的分析，力图揭示理性的虚妄性，有其合理性的侧面；但另一方面在法律领域，试图消解法律的理性是不合时宜的。也有学者在肯定法律理性的前提下，建构新的法律理性模式，即强调法律的“妥当性”、“可接受性”，通过法律的“对话”、“论证”来实现法律的理性。

3. 形式理性与实质理性。对理性作形式与实质两个侧面的划分首倡于德国社会学家韦伯。资本主义社会逐步发展成为现代法治国家，韦伯曾将现代法治国家的法律概括为形式理性。韦伯从形式与理性的角度来概括形式理性的概念：“形式性（formality），即一种法律制度是否‘使用内在于这种法律制度之中的决策标准’，这决定了它的系统自治程度；理性（rationality），即一种法律制度是否‘按照一种统一的决策标准来处理所有的类似案件’，这决定了该制度所确立的规则的一般性和普遍性程度”。^① 韦伯将资本主义的精神一个重要侧面解释为理性，正是理性观的确立大大促进了资本主义的发展，而理性包括三个方面内容，即经济理性、社会理性与政治理性。法律作为社会治理一个重要工具，其内容应归属于政治理性。韦伯认为，现代社会应是理性社会，而前现代社会总体特征是非理性的。非理性与理性社会特征均可以和形式性与实质性相结合，由此便产生了四种社会类型：形式非理性、实质非理性、形式理性、实质理性。韦伯最推崇的社会类型是形式理性社会，并将形式理性概括

① 郑戈：《法律与现代人的命运》，法律出版社2006年3月第1版，第112页。



为资本主义社会的特征。韦伯也使用工具理性与价值理性的概念，但其分类方法基本上与上一分类方法等同。

韦伯的分类是对一个国家法律形态的总体分类，是对其法律特征的总体概括。如果割裂形式性与理性的联系，对形式性与理性的重要性做个权衡的话，无疑理性价值远远超过形式性。因为理性强调的“相同的事相同处理”，能够使法律的可预测性得以实现，规则的指引作用得以充分发挥，具有秩序实现的功能，而秩序是法律价值的平台，是其他价值实现的前提。形式性是牵涉到法律规则自洽问题，解决的是法律是否为一个自足的系统，是法律的独立性问题，虽然在不具备形式性的情况下，可能会影响到法律理性的实现，但就其序位来讲，理性则更为重要。

现代法治社会是形式性与理性的结合，其典型特征是形式理性。韦伯将形式理性的追求作为法理型统治的主要特征。韦伯将实质理性作为与形式理性相对应的社会形态来进行阐释的，并认为形式理性取代实质理性是社会的一种进步表现。四种法律类型的分类是一种完全分类法，形式理性与实质是对不同国家社会的现象描述，从静态的角度看，两种之间是不相容的；从动态的角度看，两间存在着承继关系。如一个国家在一定的历史时期可能是实质理性的法律形态，尔后发展到实质理性的形态。现在看来，韦伯的分类方法忽视了社会形态之间差异的“灰色地带”，其分类方法显得有些机械：一个社会的法律特征并不能截然分为不同的法律形态，这四种法律形态只能是法律类型的显性特征，这四种法律类型之间存在着交叉与互补。韦伯之所以得出这种分类结论，与其“价值无涉”的研究方法有关。韦伯把研究的重点放在了对社会描述的角度，而不想对一个国家某一时期的法律类型做出分析，因为这牵涉到价值判断，而这也是韦伯所尽力回避的。

形式理性与实质理性是法律理性的两个侧面。从历时的角度看，一个国家可以经历不同的法律形态，如中国曾经经历过形式非理性时期，然后逐步过渡到实质理性时期；从共时角度来看，某一特定时期，不同国家可能分别归属不同的法律形态，当今世界存在着形式理性法与实质理性法。从法律价值层面分析，法律是以实现正义为旨归，是以秩序建构作为平台，是以形式规则作为保障的。长远地看，形式规则应该服从于法律实质追求。但具有终极性正义也具有不确定性，且终极性的正义是不能证实的，所以正义不得不靠一系列形式规则来保障，形式理性则更具有可操作性，实质理性不得不让步于形式理性。在人类社会的不同时期，人们对理性的追求是各有侧重的：前资本主义社会，法