



刑法解释学中的 前理解与方法选择

——刑事裁判的实践理性保障



周维明◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



刑法解释学中的 前理解与方法选择

——刑事裁判的实践理性保障



周维明◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

刑法解释学中的前理解与方法选择: 刑事裁判的实践理性保障/周维明著. —北京: 知识产权出版社, 2018. 8

ISBN 978-7-5130-5693-9

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑法—法律解释—研究 IV. ①D914.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 163888 号

内容提要

传统的刑法解释学体现为一种刑法解释的方法论, 其是中性的, 无法解决像刑法解释本身的合理性、与界限问题, 主观解释论与客观解释论、形式解释论与实质解释论之争, 刑法解释方法的位阶选择之争这样的问题。因此, 刑法解释学只有从方法论转向以哲学诠释学为基础的本体论, 方能解决以上的一系列疑难问题, 而前理解是刑法解释学的本体论中最为核心的概念。前理解意味着, 刑法条文与规范的解释者在采用各种解释方法, 使用不同的解释技巧之前, 就对解释结论有了一种预先判断, 这种预先判断引导着解释方法的选择乃至整个刑法教义学的考量。

责任编辑: 韩婷婷

责任校对: 王 岩

封面设计: 刘 伟

责任印制: 刘译文

刑法解释学中的前理解与方法选择

——刑事裁判的实践理性保障

周维明 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8359

责编邮箱: hantingting@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 12.75

版 次: 2018 年 8 月第 1 版

印 次: 2018 年 8 月第 1 次印刷

字 数: 167 千字

定 价: 49.00 元

ISBN 978-7-5130-5693-9

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。



序 言

周维明的博士论文《刑法解释学中的前理解与方法选择——刑事裁判的实践理性保障》即将付梓，邀我作序，自当应允。

在我指导的研究生中，维明的学术追求颇具特色。当年他向我提出要从“前理解”角度研究刑法解释学问题，并作为博士学位论文选题时，说实话我并不看好，觉得这个题目更像法理学或法哲学课题，一个刑法专业研究生恐难驾驭。

我历来不给学生指定论文题目，仅告知选题三原则：（1）自己感兴趣的问题；（2）有一定的初步研究和资料积累；（3）如果实在没有明确的意向，就自报三题，在与我讨论后确定其中一个题目。虽然是自主选题，但可能受我的研究风格影响，学生们的选题大多务实而简明。维明是个例外，但符合我的选题原则，只好由他去了。殊不料他的博士学位论文在评审和答辩过程中，校内外老师褒奖有加，还被中国社会科学院研究生院评为校级优秀博士论文，之后又在第三届“全国优秀刑法学博士学位论文”评审中荣获一等奖。勇于挑战必有所斩获，这是他自己的造化。

众所周知，刑法的生命就在于解释。在刑法解释学中，一向存在着主观解释论与客观解释论、形式解释论与实质解释论、刑法解释方法的位阶选择之争。即便是浸淫刑法学多年的学者，对此也是莫衷一是。本书则另辟蹊径，自刑法解释学方法论转向以哲学诠释学为基础的刑法解释学本



体论。

前理解是刑法解释学本体论中最为核心的概念。前理解意味着，刑法条文与规范的解释者在采用各种解释方法，使用不同的解释技巧之前，就对解释结论有了一种预先判断，这种预先判断引导着解释方法的选择乃至整个刑法教义学的考量。具体而言，刑法条文与规范的语义并没有一种完全客观的存在，而是解释者在前理解的引导下，借助类型这一思维工具对刑法条文与规范所描绘的“事物的本质”加以形塑的结果，是一种主客观因素的共同建构。刑法解释本身的合理性与界限，是在符合“事物的本质”的前提下，于立法构成要件所奠基的不法类型中，通过类比推理在刑法条文与规范的语义空间中进行的。这一过程自始至终都受到前理解的引导与制约。解释不是再现文本作者的意图的行为，而是一种将过去与现在综合的创造性行为。刑法解释只有同时考虑历史上的立法者的立法意图及其具体的规范设想，方能正确地确定刑法条文与规范在法秩序上的标准意义。由于解释者在面对具体案例事实时，在考虑采用什么样的解释方法之前就已经对需要解释的刑法条文及规范的客观目的有了前理解，因此目的解释在刑法解释方法中占有重要地位。由此可见，借助以哲学诠释学为基础的刑法解释学本体论，有助于厘清刑法解释学中的立场之争。

或许有人会批评，前理解属于解释者在日常生活中形成的经验性储备与积淀，如果刑法解释依赖于解释者的前理解，由于不同解释者的生活经验、个人的特殊角色以及兴趣点不尽相同，刑法解释就会陷入相对主义的泥潭。在我看来，真正的前理解并不是解释者自说自话，刑法解释带有主观性也不意味着解释者就可以随心所欲。前理解是解释者长期学习过程的结果，这个过程既包括其从职业经验中取得知识，例如作为范例来把握的冲突性案例、法院的传统、惯例及其判决；也包括他从职业经验外所取得的知识。一言以蔽之，前理解在最广泛的意义上可以被看作与社会生活事实相关的知识，对刑法文本的理解不可能超出社会日常语言的视域。解释

者个人的视域必须与当时的社会历史语境实现“视域融合”，确保解释结论不违反社会的常识常理常情。当前不少司法裁判，单就法理而言未必有问题，但却不为人民群众所接受，甚至广受质疑，在很大程度上就是因为解释者没有实现与社会一般人视域的“视域融合”。现在我们强调要努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，那么刑法解释，甚至所有的法律解释就不仅是一个事实与规范之间来回往返的过程，而是法官与法律适用的社会语境之间实现的“视域融合”。唯有如此，才能实现对社会公众基本法感情的尊重，让疑难案件的处理经得起社会检验与拷问，承载起社会公众对公平正义的期待与要求。

在刑事司法实践中，最重要的刑法解释者是法官。如果前理解是解释者在社会化过程中获得的经验，那么法官的社会价值观念、社会化背景与刑法适用之间就存在着一定的联系。这就需要对影响法官的前理解的各种社会因素，例如法官的出身、法官的个性、法官的年龄、法官的社会态度、民情与舆论等进行社会学上的研究，这属于一个在我国相对新颖的研究领域——法官社会学的范畴。限于主题与篇幅所限，本书对此着墨甚少。我希望维明今后能继续从事这方面的研究，也期盼法学界和社会学界的诸位方家能够关注这一领域，为提升我国司法与社会的契合度贡献智慧与力量。

是为序。

中国社科院法学研究所 陈泽宪

2018年8月



内容摘要

传统的刑法解释学体现为一种刑法解释的方法论，其是中性的，无法解决像刑法解释本身的合理性与界限问题，主观解释论与客观解释论、形式解释论与实质解释论之争，刑法解释方法的位阶选择之争这样的问题。因此，刑法解释学只有从方法论转向以哲学诠释学为基础的本体论，方能解决以上一系列疑难问题，而前理解是刑法解释学的本体论中最为核心的概念。前理解意味着，刑法条文与规范的解释者在采用各种解释方法，使用不同的解释技巧之前，就对解释结论有了一种预先判断，这种预先判断引导着解释方法的选择乃至整个刑法教义学的考量。本书系统地介绍了前理解的历史与哲学渊源以及在法律解释学中的引入、前理解的含义与来源、前理解在刑法解释与论证理论中的运用、前理解与“事物的本质”与类型思维的关系等问题，并借此指出：

(1) 刑法条文与规范，在实质上是对刑法所欲调整的社会生活事实内部所蕴含的，规制这一社会生活关系的具体的规定性即“事物的本质”的描述，解释者在前理解的引导下，借助类型这一思维工具去形塑对“事物的本质”的认识。因此，刑法条文与规范的语义并没有一种完全客观的存在，而是一种主客观因素的共同建构的结果。刑法解释本身的合理性与界限，是在符合“事物的本质”的前提下，于立法构成要件所奠基的不法类型中，通过类比推理在刑法条文与规范的语义空间中进行的。这一过程自



始至终都受到前理解的引导与制约。

(2) 解释不是再现文本的作者的意图的行为，而是一种将过去与现在综合的创造性行为，即视域融合。主观解释论与客观解释论均有其部分的真理，因此都不能毫无保留地予以接受。刑法解释的最终目标只能是：探求刑法条文与规范在当下的整体法秩序中的意义。只有同时考虑历史上的立法者的立法意图及其具体的规范设想，才能正确地确定刑法条文与规范在法秩序上的标准意义。这一意义是一种在前理解引导下的思考过程的结果。

(3) 目的解释在刑法解释方法中具有决定性的地位。刑事法官在面对具体案例事实时，在考虑采用什么样的解释方法之前，就已经对需要解释的刑法条文及规范的客观目的有了前理解。这种前理解引导着其对具体案例事实的理解与解释方法的选择，是一种价值判断，刑事法官借此来从价值中立的解释方法中做出选择。

(4) 刑法解释学的本体论是刑事裁判的本体论基础，而刑法解释学的本体论又是建立在哲学诠释学之上的；以前理解为核心的哲学诠释学是一种实践理性，因此刑事裁判本身必然也是一种以实践理性为基础，受实践理性保障的活动。刑事裁判的实践理性的论证结构为：①做出刑事裁判的过程是一种理解性的对话，可以在其中达成共识，并以此作为在诸多裁判可能性中做出选择的标准；②这种理解性的对话要受到某些刑事法律制度上的条件的约束；③这两个过程均受前理解的支配。这整个结构，可以看作对刑事法官在刑事裁判过程中的约束，借此刑事裁判方能具有可信赖性与可接受性。

关键词：刑法解释学，方法论与本体论，哲学诠释学，前理解，实践理性



Abstract

The traditional criminal law hermeneutics appears as methodology of the interpretation of criminal law, it is neutral and unable to solve the problems such as the legitimacy and limit to the interpretation of criminal law, the disputations between the subjective and objective interpretations as well as the formal and material interpretations, the selection of the interpretive methods. Only through the transition from methodology to the ontology based on the philosophical hermeneutics, can the criminal law hermeneutics solve a variety of hard problems, and the preunderstanding is the key concept in the ontology of criminal law hermeneutics. The preunderstanding means that the interpreters have a prejudgment of the interpretative results before they exert different interpretative methods and tips. This prejudgment guides the selection of the interpretative methods and the whole consideration of criminal law dogmatics. This dissertation systematically introduces the history and philosophical origin of preunderstanding, its introduction into legal hermeneutics, its meaning and sources, its exertion in the interpretation and argument of criminal law, the relations between it and "the nature of the things" and type thinking, and thereby points out that:

(1) In fact, the words and norms of criminal law are only descriptions of the "the nature of the things", that is, the concrete characteristics inherent in



the facts of social life regulated by the criminal law. The interpreters guided by the preunderstanding shape the recognition of the “the nature of the things” in terms of types. Therefore, the meaning of the words and norms of criminal law can never be objective; in fact it is the result of the combination of subjective and objective recognitions. The legitimacy and limit to the interpretation of criminal law lie in the meaning space of the words and norms of criminal law, this meaning space is subject to the “the nature of the things”, based on the illegal types which that receive their foundation in the constitution of a crime and by means of analogy.

(2) The interpretation can never be the reappearance of the author's intent, but a creative combination of past and presence, that is, the fusion of horizons. The subjective and objective interpretations are half-truths and cannot be fully accepted. The final end of the interpretation of criminal law is only the research to the meaning of the words and norms of criminal law in current legal system. The standard meaning of the words and norms of criminal law in legal system can be determines only though the consideration for the author's intent and the concrete institutional design.

(3) The teleological interpretation is decisive importance in the methods of interpretation. When a criminal judge considers the selection of interpretive methods, he or she has already a preunderstanding of the objective teleology of the words and norms of criminal law. This preunderstanding guides the selection of the interpretive methods and appears as a value judgment. By it the criminal judges can select the suitable interpretive method from the value-neutral methods.

(4) The ontology of criminal law hermeneutics is the ontological basis of criminal decisions and the ontology of criminal law hermeneutics is based on the

philosophical hermeneutics; the philosophical hermeneutics centering on preunderstanding is a sort of practical reason. As a result, the criminal decision must be a behavior based on and guided by practical reason. The argument structure of the practical reason of the criminal decision is: first, the process of making criminal decisions is interpretive dialogue in which the dialoguers can come to a consensus on the selective standards of the various interpretive methods; second, these standards should be restricted by some conditions of criminal institution; at last, both of the processes mentioned above are ruled by preunderstanding. This whole structure can be considered as restraints of criminal judges in the process of making decisions; thereby the criminal decisions are legitimized and accepted.

Key Words: criminal law hermeneutics, methodology and ontology, philosophical hermeneutics, preunderstanding, practical reason

• contents 目 录

绪 论	1
第一章 刑法解释学的范式转换及问题	8
一、中国的刑法解释学在当下所经历的范式转换	8
二、中国的刑法解释学在当下所存在的问题	14
(一) 刑法解释本身的合理性与界限问题	15
(二) 主观解释论与客观解释论之争	17
(三) 形式解释论与实质解释论之争	18
(四) 解释方法选择的位阶之争	19
三、刑法的经济分析是否有助于消除不确定性的问题?	22
(一) 刑法的经济分析的基本主张	22
(二) 刑法的经济分析对于消除不确定性的问题 并无多少助益	24
四、刑法解释学的本体论转型	26



第二章 刑法解释学的基本特征与结构 27

一、刑事裁判的基本问题 | 27

(一) 刑事裁判在现代社会中的作用与目的 | 27

(二) 对刑事裁判的确定性的挑战 | 33

二、刑法解释学的本体论与刑事裁判 | 37

(一) 刑法解释学的本体论的定义 | 37

(二) 刑法解释学的本体论作为实现刑事裁判的作用与
目的的手段 | 40

三、刑法解释学的本体论与诠释学 | 41

(一) 诠释学的含义 | 41

(二) 刑法解释学与诠释学的关系 | 44

四、刑法解释学的结构 | 45

(一) 刑法解释学的本体论结构——诠释学循环 | 45

(二) 刑法解释学本体论的视域 | 49

(三) 前理解作为刑法解释学本体论的开端 | 51

第三章 前理解的基本问题 53

一、诠释学视域下的前理解 | 53

(一) 启蒙运动对前理解的非难 | 53

(二) 哲学诠释学对前理解的正名 | 54

二、法律解释学对前理解的继受 | 57

(一) 赫尔穆特·科殷对哲学诠释学的接受 | 58

(二) 卡尔·拉伦茨对前理解的接受 | 59

(三) 约瑟夫·埃塞对前理解的接受 | 62

三、前理解的获得 | 64

第四章 前理解在刑法解释中的运用	67
一、前理解与“事物的本质” 67	
(一) “事物的本质” 的含义 67	
(二) 前理解与“事物的本质” 的关系 71	
二、刑法解释的传统模式 72	
(一) 传统的概念式思维的基本特征 72	
(二) 传统的概念式思维的难题 74	
三、类型作为刑法解释的基本思维方式 77	
(一) 类型的含义 77	
(二) 类型的特征 81	
四、诠释学视域下的刑法解释的新结构	
——前理解引导下的借助类型思维进行的诠释学循环 86	
(一) 前理解引导下的类型思维 86	
(二) 前理解引导下的诠释学循环作为刑法解释的新结构 88	
第五章 前理解在刑法论证理论中的运用	90
一、对刑法解释学的本体论进行论证的必要性 90	
二、诸法律论证路径概览 92	
(一) 阿列克西的商谈法律论证 92	
(二) 科赫、吕斯曼和赫伯格的分析法律理论 94	
(三) 米勒的结构法律理论 96	
三、对以上诸理论的批评 97	
四、本书的立场：基于前理解引导下的事理逻辑结构的论证理论 99	
(一) 前理解引导下的事理逻辑结构的基本设想 99	
(二) 类比推理作为“事物的本质” 的基本结构 100	
(三) 类比推理作为论证的基本模式 104	



(四) 类比推理与类型的关系 | 110

(五) 结论 | 112

第六章 前理解视域下的刑法解释与续造 114

一、基于前理解的见解：解释与续造有差别吗？ | 114

二、刑法的漏洞填补 | 116

三、前理解对主观解释论与客观解释论之争的解决 | 121

四、前理解对形式解释论与实质解释论之争的解决 | 124

第七章 前理解对刑法解释的方法选择问题的解决 128

一、法学方法论对解释方法选择的多元主义论辩 | 128

(一) 刑法解释方法的多元性 | 128

(二) 刑法解释方法的多元性的原因 | 131

(三) 结论 | 132

二、前理解视域下的刑法解释的方法选择 | 133

(一) 刑法解释的方法选择标准——前理解引导下的
目的解释 | 133

(二) 前理解引导下的解释方法选择详述 | 135

第八章 前理解作为刑事裁判的实践理性保障 141

一、刑事司法系统的自治性与刑事裁判的可信赖性 | 141

(一) 刑事司法系统的自治性 | 141

(二) 刑事裁判的可信赖性 | 145

二、刑事裁判的实践理性保障 | 147

(一) 刑事裁判与实践理性 | 147

(二) 前理解作为对刑事裁判的实践理性的保障的关键 | 150

第九章 刑事法官在刑事裁判过程中的约束	156
一、前理解引导下实现的对刑事裁判结果的共识	156
(一) 社会生活世界与理解的共同体	156
(二) 相对主义的根源: 视角主义	157
(三) 视域融合——刑法解释与刑事裁判的共识主义本质	158
二、刑事法律制度上的条件对法官裁判过程的约束	161
(一) 法律体系的制度化约束	161
(二) 以往的判例 (法官法) 的约束	163
(三) 刑法教义学的约束	164
(四) 非形式的纲要的约束	165
代结语 刑法解释学的社会学转型	167
参考文献	174
后 记	184

绪 论

维特根斯坦曾经说过：“在命令与其执行之间有着一条鸿沟。只有理解活动才能把这沟填平。仅仅在理解活动中它才意味着我们应当做这个。”^①而海德格尔又认为，解释深深地植根于理解，只有先对要解释的事物有所理解时，解释方为可能；而另一方面，理解自身只有在解释中才能完成并成其为自身。^②就此而言，任何法律的适用首先都或多或少地涉及解释问题。解释是所有法律适用行为的普遍的、不可回避的特征。对于从事刑事法律理论与实践工作的人来说，理解刑法、解释刑法，乃是正确适用刑法的前提，刑法教义学（Strafrechtsdogmatik）在此意义上等同于刑法解释学（Strafrechtshermeneutik）。^③

刑事立法是将正义理念与将来可能发生的事实相对应，从而形成刑法规

① [奥] 维特根斯坦著：《哲学研究》，李步楼译、陈维杭校，商务印书馆 1996 年版，第 192 页。

② 参见 [德] 马丁·海德格尔著：《存在与时间》，陈嘉映、王庆节合译，熊伟校，陈嘉映修订，生活·读书·新知三联书店 2006 年版，第 173 页以下。

③ 对现行刑法条文与规范进行解释是刑法学的意义和生命所在，不对现行刑法进行任何解释的刑法学，是毫无存在意义与生命活力的。甘雨沛教授就曾经指出：“刑法学是‘体’而刑法解释学是‘用’，有‘体’而无‘用’，则‘体’为僵尸，无由体现其作用，刑法学之所以成为学及其能发挥应有的作用，都须通过刑法解释论来实现。”参见甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》，北京大学出版社 1984 年版，第 9 页。