

本卷系2012年度国家社科基金项目重点课题“刑法解释原理与实证问题研究”
(12AFX009)的阶段性成果,获该课题经费资助出版



Criminal Law
Interpretation Review VOL.4

刑法解释

特稿

刑法客观解释论的立论基础——以当下中国刑法解释论之争为切入点 / 胡东飞

专论

刑法教义学的学术品性 / 韩骁

以刑法不得已原则为根基的刑法解释 / 肖洪

论刑法解释的融贯性——从刑法解释内容切入 / 范玉 刘畅

扩大解释与类推解释界限的实质界定 / 刘浩

刑法兜底规定的同类解释规则 / 余文唐

刑法判解

职务侵占行为可以是“窃取”——成都分拣员窃取快递物案审判及其法理阐释 / 罗书平 杨中良

职务侵占罪客观要件争议问题研究——兼谈成都分拣员杨某行为的定性 / 周光权

职务侵占罪与盗窃罪的交叉竞合关系——兼驳所谓的“单一行为方式说” / 付立庆

职务侵占罪的解释性争议与判定 / 魏东

职务侵占罪与盗窃罪区分的实质解释路径——以分拣员窃取快递物案为切入点 / 李勇

刑法原理

十月革命前德国与沙俄犯罪构成理论发展之比较 / 黄礼登

“严格责任”抑或“推定责任”——性侵未满12周岁幼女的责任类型辨识 / 陈伟

论酌定情节法定化与刑法基本原则的关系——兼论罪刑相适应原则的核心地位 / 肖敏

法条竞合特别关系的认定及“特别法条畸轻”的适用 / 胡东飞

危害国家安全犯罪刑法解释基本问题研究 / 李凤梅

外国与比较刑法

对日本法益关系错误说的置疑 / [日] 野村和彦著 张光云译

书评

刑法解释论的新动向与新热点——兼评王政勋教授新著《刑法解释的语言论研究》/ 韩骁

魏东 主编

2018

总第 4 卷

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

主办：
四川大学法学院刑法学科
四川大学刑事政策研究中心

Criminal Law
Interpretation Review VOL.4

编委会

主任：赵秉志 李少平

副主任：魏东（常务） 胡东飞 莫晓宇

委员：（排名不分先后）

高铭暄	李少平	赵秉志	陈兴良
张明楷	陈忠林	冯亚东	周光权
梁根林	孙万怀	刘艳红	王政勋
梅传强	袁林	高维俭	于志刚
邓子滨	刘志伟	时延安	徐岱
刘远	曾粤兴	苏彩霞	周详
黄河	刘志远	刘树德	周加海
周洪波	翟中东	李运才	唐稷尧
龙宗智	左卫民	陈泽宪	向朝阳
黎宏	林维	李晓明	彭文华
卢勤忠	张心向	姜涛	陈洪兵
胡东飞	莫晓宇	魏东	

责任编辑

韩骁 田维

刑法解释

魏东主编

2018

总第 4 卷

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法解释. 总第4卷 / 魏东主编. -- 北京 : 法律出版社, 2019
(刑法解释论坛)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 3015 - 4

I. ①刑… II. ①魏… III. ①刑法—法律解释—中国—文集 IV. ①D924.05 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 005463 号

刑法解释(总第4卷)
XINGFA JIESHI(ZONG DI 4 JUAN)

魏 东 主 编

策划编辑 金 羽
责任编辑 金 羽
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 17
字数 330 千
版本 2019 年 1 月第 1 版
印次 2019 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
网址/ www. lawpress. com. cn
投稿邮箱/ info@ lawpress. com. cn
举报维权邮箱/ jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线/010 - 83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 83938334/8335

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071010/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3015 - 4

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语

魏 东*

《刑法解释》(总第4卷)系2012年度国家社科基金项目重点课题“刑法解释原理与实证问题研究”(12AFX009)的阶段性成果,获该课题经费资助出版。本卷共设6个栏目,载文18篇。其中“特稿”“专论”“书评”三个栏目分别载文1篇、5篇、1篇,均是专题研讨刑法解释论的学术论文;“刑法判解”“刑法原理”“外国与比较刑法”三个栏目各载文5篇、5篇、1篇,专题研究刑法具体问题的解释适用和刑法原理问题。

本卷“特稿”栏目登载的胡东飞副教授大作《刑法客观解释论的立论基础——以当下中国刑法解释论之争为切入点》,运用哲学解释学原理对主观解释论之不可求进行了论证,指出缺乏民主主义且以立法者意志为最高准据的主观解释论即为专断解释论,而刑法需要承担内化法治基本价值追求的功能,此为显示客观解释论的合理性所在;相较于刑法的裁判规范机能,文章认为当前强调刑法解释的行为规范特征更具意义,即将国民的常识、常情、常理作为刑法解释中的“法律民主”根基;相比于主观解释中立法原意所表现出的偶然性,客观解释所追求的客观意思才属刑法解释之关键,而刑法解释的基本依据则应为刑法在法律体系及社会现实中的实然角色与应然地位。

本卷“专论”栏目中,韩骁博士的《刑法教义学的学术品性》一文对刑法教义学的演变进行了梳理,阐述从最初的价值无涉到现如今的实质化进程,刑事政策学在其中扮演了极为重要的角色;“罗克辛贯通”改变了“李斯特鸿沟”造成的二元分立局面,在造成犯罪论体系的实质化过程的同时,亦导致构成要件的嬗变进而致使刑法解释立场的变化,最后指出应当倡导折中的实质解释论。肖洪教授在其《以刑法不得已原则为根基的刑法解释》一文中指出,由于以限制司法者权力为核心的罪刑法定原则与强调限制立法者权力的刑法必要性原则均存在不同程度的缺陷,更具合理性的刑法不得已原则应为刑法解释之基础,起到限制司法者滥用自由裁量权和立法者滥用立法权的作用,才能更好地保障全体公民的基本人权。范玉博士同刘畅硕士合作的《论刑法解释的融贯性——从刑法解释内容切入》一文提出,为实现法律解释理论核心“视域融合”之融贯性,需以作为在此方面优越于司法解释的指导性案例制度为内容的案例解释限

* 魏东,法学博士,四川大学法学院教授、博士生导师。

制文本解释,其通常表现为对错误偏差进行澄清并做出相应的价值判断。刘浩硕士的《扩大解释与类推解释界限的实质界定》一文指出,由于无法静止地划定可能的文义,因而区分扩张解释与类推解释的方式在于实质地划定其界限;应在社会危害性与法益侵害性的实质判断后以文义进行缩限,再以体系性、逻辑性与目的性进行修正。余文唐先生的《刑法兜底规定的同类解释规则》一文对同类解释的渊源进行了考证,并结合其特征适用于刑法解释当中;可以从“手段相似、性质相同、后果相当”三个方面来把握同类标准,并提出了遵循确定判断基准、分析系争案型以及对比案型的同类解释步骤。

本卷“刑法判解”栏目主要就“成都分拣员案”的法律适用问题进行了学理研讨。由罗书平先生与杨中良法官合作的《职务侵占行为可以是“窃取”——成都分拣员窃取快递物案审判及其法理阐释》一文,在介绍本案的审判过程的同时,提出了对于快递分拣员“监守自盗”的行为以惩罚必要性为由将其认定为盗窃罪有违罪刑法定原则,应该以罪刑法定原则和刑法谦抑主义为据认定其为职务侵占,并提出应遵循刑事诉讼二审“全面审查”原则对一审裁判予以纠正。周光权教授在《职务侵占罪客观要件争议问题研究——兼谈成都分拣员杨某行为的定性》一文中指出,职务侵占罪客观要件中“利用职务便利”的实质是行为人根据其工作职责能够占有、控制本单位财物,仅仅短时间内“握有”单位财物,或者是财物仅仅从行为人手中“过一下”,而对该财物并无占有、处分权限的,不属于本罪的利用职务便利,被告人可能构成盗窃罪。对于职务侵占罪的行为主体和行为对象必须进行立法原理审查。付立庆教授在《职务侵占罪与盗窃罪的交叉竞合关系——兼驳所谓的“单一行为方式说”》一文中指出,职务侵占罪与盗窃罪之间存在交叉竞合关系,通常可按重法优先适用的原则处理,在行为符合特别法的行为类型而只欠缺数额要件时原则上应该允许普通法补充适用;对于“单一行为方式说”持质疑态度,认为这忽视了设置职务侵占罪的诉讼经济性优势;关于该情形的刑罚处断问题,即“犯罪情节轻微”的判断标准,付立庆教授认为需要从刑事一体化的角度入手进行考量,才能经受实践检验,并且获得公众认同。本人拙作《职务侵占罪的解释性争议与判定》一文认为应当坚持“综合手段说”和“业务便利肯定说”立场,将职务侵占行为定型的解释结论限定为(单位人员)利用职务上和业务上(劳务上)的便利,以侵吞、窃取、骗取和其他方法将本单位财物非法占为己有的行为;对于“综合手段说”与“单一手段说”的分歧从根源上讲是由于刑法司法公正观的差异,即是人权保障至上抑或是犯罪防控至上,是只能限定为基于刑法立法规定的司法公正抑或是可以扩张为基于刑法立法目的的司法公正,这种最终导致刑法解释限度与技巧选择的不同,基于后者产生的“大竞合论”与当下备受瞩目的“实质解释论”不谋而合;主张刑法解释适用必须尊崇应有的刑法司法逻辑和刑法教义学,尊重罪刑法定原则和刑事法治理性,在刑法立法公正存在“真正的立法漏洞”时应当适时修订刑法

立法而非作出僭越罪刑法定的刑法解释。李勇副检察长在《职务侵占罪与盗窃罪区分的实质解释路径——以分拣员窃取快递物案为切入点》一文中指出,对于“职务上的便利”所规定的“经手”不应作极端的形式解释,其具有实质内涵从而带有管理属性,因而被告人对其处理的物品本身没有刑法意义上的控制和支配权;被告人作为辅助占有者不存在合法占有的前提,因而与其所持的“综合手段说”便不具有矛盾之处,应从实质的违法性和公平正义的角度解释刑法、理解司法解释,才能避免出现严重背离社会公众一般认知的案例。

在“刑法原理”栏目中,黄礼登博士在《十月革命前德国与沙俄犯罪构成理论发展之比较》中指出,沙俄犯罪构成理论受到德国19世纪下半叶主流理论影响,认为犯罪构成即构成犯罪的要件或特征的总和;之后由斯巴索维奇的五要件说、季斯甲可夫斯基的四要件说、塔甘采夫的要件说以及布金斯基的二要件说将平面耦合式的犯罪构成理论发展完善;与此同时,经由李斯特与贝林针对犯罪行为的外部特征的独立化改造,德国走上了完全不同的阶层式犯罪构成之路;造成这种道路差异的原因在于两国政治体制的区别,以及受自然科学发展影响的实证研究程度的不同所致。陈伟教授的《“严格责任”抑或“推定责任”——性侵未满12周岁幼女的责任类型辨识》一文,指出针对保护幼女的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第19条属于推定责任而非严格责任,推定责任省却了严格责任过于极端和偏执的认定方式,为现代刑事诉讼合理构造进行了正面肯定,兼具刑事实体与程序的双重意义,能够较好地实现公正与功利的价值整合,这一合理定位既能使其与传统的罪过责任相靠拢而不致产生排异现象,同时又能在秩序维护与权益保障之间实现良好均衡。肖敏博士在《论酌定情节法定化与刑法基本原则的关系——兼论罪刑相适应原则的核心地位》中指出,酌定情节法定化是罪刑法定原则之内在诉求,是适用刑法人人平等原则之内在吁求,是罪刑相适应原则之内在要求。胡东飞副教授的《法条竞合特别关系的认定及“特别法条畸轻”的适用》一文指出,法条竞合特别关系的形成以逻辑上的属种关系(而非整体部分关系)为基础,因此,特别法条并不是在普通法条构成要件基础上添加了特别要素,而只是对其若干构成要件要素作了更具体的限定,从而使得特别法条与普通法条的违法或(与)责任存在程度上的不同;由于想象竞合无法实现对行为的犯罪性的充足评价(罪刑均衡),故应当严格区分法条竞合与想象竞合;在我国刑法立法模式下,特别法条的设立并不具有立法上的特别用意,所以在“特别法条畸轻”的场合,只要刑法没有明确的禁止性规定,为实现罪刑均衡原则,应当适用普通法条,这既不违背罪刑法定原则,也不会颠倒“先定罪后量刑”的司法裁判顺序和损害构成要件之行为定型。李凤梅教授在《危害国家安全犯罪刑法解释基本问题研究》一文中主张对于危害国家安全犯罪应偏重于社会保护机能的倾向性解释立场,关于刑法解释限度问题,主张犯罪定型说与形式法治为主、兼顾实质法治的折中法治观,在罪刑法定原则下最大限度地实

现保护国家安全法益的目标;而在法条竞合时则应坚持“重法论”的优先原则,并在犯罪停止形态认定时兼顾刑事政策等因素,作出符合客观情势之解释,旨在降低危害国家安全犯罪中行为犯既遂认定的标准。

“外国与比较刑法”栏目登载了由日本学者野村和彦教授撰写、张光云教授翻译的《对日本法益关系错误说的置疑》一文,指出关于使用欺诈而得到的被害人同意情形,重大错误说大有可取之处,而对于日本的法益关系错误说持怀疑态度并提出:第一,从重视刑法的行为规范性的视点来眺望时,即使被害人正确认识了放弃的法益,也有可能存在必须禁止欺诈行为的场合;第二,“法益关系”的范围被显著扩张的结果,带来了法益内容的稀薄化和脱个人法益化,然而对此从法益论的视点看是否予以容许存在疑问;第三,该说重视对处分法益的行为人认识,将法益价值与被害人意思决定的自由相联动起来,但这种手法本身可能是存在谬误的。

本卷“书评”栏目登载韩骁博士生的《刑法解释论的新动向与新热点——兼评王政勋教授新著〈刑法解释的语言论研究〉》一文,作者运用可视化软件 CiteSpace 勾勒出王政勋教授研究领域的后续变化,分别对文献量、作者、研究机构、关键词(词频与突发性文献)进行了统计,且对前人的研究成果(包括研究热点)与该领域的研究趋势进行了描述。总体来讲,起初集中于单纯的刑法解释方法研究,之后则运用刑法教义学与刑事政策学统合刑法解释研究进行再思考,主要就刑法解释立场与刑法解释限度进行了探索,其中形式解释与实质解释之争则将该领域的研究推至高潮;近期则将抽象理论运用于新增罪名进行微观探讨。具体而言,王政勋教授所坚持的客观解释近年来得到国内刑法学界的普遍认可,但随着形式解释与实质解释的纷争愈演愈烈,有必要换一种视角重新审视早已退出历史舞台的主观解释,以后者为前者划定界限以免出入人罪。对于王政勋教授所关注的语义解释问题,直至今日对于扩大解释与类推解释的界限问题仍未达成共识,而以语义解释作为语用解释的边界这一观点,实质解释论者不会承认自己的解释超出语义范围,因而分歧的源点可能是超越刑法解释本身的前理解所造成的,其对于刑法解释立场与技巧的选择均会产生影响。对于刑法解释未来的研究方向,国内刑法学界仍是就如何限制实质解释以符合刑法教义学而展开积极尝试。

卷首语

/ 1

特 稿

刑法客观解释论的立论基础

——以当下中国刑法解释论之争为切入点

胡东飞 / 1

专 论

刑法教义学的学术品性

韩 骁 / 17

以刑法不得已原则为根基的刑法解释

肖 洪 / 32

论刑法解释的融贯性

——从刑法解释内容切入

范 玉 刘 畅 / 43

扩大解释与类推解释界限的实质界定

刘 浩 / 60

刑法兜底规定的同类解释规则

余文唐 / 77

刑法判解

职务侵占行为可以是“窃取”

——成都分拣员窃取快递物案审判及其法理阐释

罗书平 杨中良 / 87

职务侵占罪客观要件争议问题研究

——兼谈成都分拣员杨某行为的定性

周光权 / 92

职务侵占罪与盗窃罪的交叉竞合关系

——兼驳所谓的“单一行为方式说”

付立庆 / 102

职务侵占罪的解释性争议与判定

魏 东 / 116

职务侵占罪与盗窃罪区分的实质解释路径

——以分拣员窃取快递物案为切入点

李 勇 / 128

刑法原理	
十月革命前德国与沙俄犯罪构成理论发展之比较	黄礼登 / 138
“严格责任”抑或“推定责任”	
——性侵未满 12 周岁幼女的责任类型辨识	陈 伟 / 150
论酌定情节法定化与刑法基本原则的关系	
——兼论罪刑相适应原则的核心地位	肖 敏 / 168
法条竞合特别关系的认定及“特别法条畸轻”的适用	胡东飞 / 177
危害国家安全犯罪刑法解释基本问题研究	李凤梅 / 203

外国与比较刑法	
对日本法益关系错误说的置疑	[日] 野村和彦 著,张光云 译 / 221

书 评	
刑法解释论的新动向与新热点	
——兼评王政勋教授新著《刑法解释的语言论研究》	韩 骁 / 242

稿 约	/ 263
-----	-------

刑法客观解释论的立论基础

——以当下中国刑法解释论之争为切入点

胡东飞*

一、问题之意义

众所周知,任何法律都需要解释,刑法当然亦不例外。“解释使法真正有效——它胜过科学的一切理论的思考与科学的假设,常常也胜过现行的法律条文本身。”^{〔1〕}应当说,这是法学家和法律工作者皆熟知并认可之事实。在以德国、日本为代表的大陆法系国家,由于“整个法学工作的基础是法律文本(条文)及其解释”^{〔2〕}因此,在他们那里,狭义的刑法学就是指刑法解释学。在我国,虽然人们对刑法学的研究进路存在不同看法,但大体可以肯定的是,我国刑法学的主体也是刑法解释学。

就刑法的适用而言,刑法解释学至为重要——它“肩负着为法官准备判决准则的任务”^{〔3〕}或者说,“它服务于法的制度的切实实现。它应该为判决各种案件准备各种规则”^{〔4〕}果真如此,则刑法解释学的基本立场应当是法实证主义。对此,正如德国法学家拉伦茨所言:“假使法学不想转变成一种或者以自然法,或者以历史哲学,或者以社会哲学为根据的社会理论,而想维持其法学的角色,它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的。所谓的‘批判理论’,其认定现行法不过是片面‘支配关系’的规定,也因此否定现行法的正当性,它不必费神审究个别规定、决定的正义内涵,因为消极的结论已经预设在那儿。而这种工作却正是法学所应致力的。它所关心的不仅是明确性及法的安定性,同时也致意于:在具体的细节上,以逐步进行的工作来实现‘更

* 胡东飞,法学博士,四川大学法学院副教授、硕士生导师。

〔1〕 [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第33页。

〔2〕 [德]H.科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第233页。

〔3〕 德国学者赫克(Heck)语,[德]H.科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第217页。

〔4〕 [德]H.科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第233页。

多的正义’。”^{〔1〕}

但是,刑法解释绝非单纯的解释技艺问题,其必须建立在一定的思想基础之上并辅以妥适的方法论。因为,一门学科成熟的程度取决于它对自己的成果的自觉程度,决定于该门学科用以达到并证明真理的方法的理解程度。^{〔2〕}以此观之,则刑法解释学的成熟程度也取决于理论上对——作为广义方法的——解释基础观念的理解程度。当然,刑法解释的基础观念并非单一而是多元的——解释目标无疑属于其中之一。通常认为,所谓法律解释的目标:“是指解释者通过对法律条文、立法文献及其附随情况进行解释,所欲探究和阐明的法律规范之法律意旨。”^{〔3〕}对此,历来存在奉揭示立法者制定法律当时的主观意思为圭臬之主观论,以及力主以解析内存于法律当下应有客观含义为己任之客观论的对立。相应地,有关刑法解释的目标,也存在主观论与客观论之争;当然,除此之外还存在各种折中说。不过,在笔者看来,所谓的折中说其实并没有独立的存在意义。事实上,根据不同的价值偏向,完全可以将之分别归于客观论或主观论。具体而言,凡主张以客观论为主而以主观论为辅的,其实就是客观论;反之,坚持以主观论为主而辅之以客观论的,则是主观论。

如果说对其他部门法的解释目标的争论尚无关大碍的话,那么,刑法则大不然。因为刑法区别于其他部门法的标准不在于调整对象,而在于其极其严厉的制裁手段——刑罚。^{〔4〕}即在通常情况下,刑法要求行为人为其犯罪行为所付出的代价是财产、自由乃至生命的行为。概言之,刑法关涉对国民的生杀予夺。故此,倘若对解释目标的选取不合理,则既可能使得他人弥足珍贵之财产、自由甚至生命被无故剥夺,也可能导致法益无法得到切实保护。例如,与国外刑法通常的规定不同,我国《刑法》分别于第170条及第173条规定了伪造货币罪和变造货币罪,但第172条将使用假币罪的对象限定为“伪造的货币”,由此带来的问题便是:使用(数额较大的)变造的货币的行为应如何处理?倘若坚持主观论,认为《刑法》第172条的立法原意在于:在立法当时,变造货币的数额远远小于伪造货币的数额,因此,使用变造的货币的行为不会对国家的金融秩序造成严重危害,因而没有必要将其规定为犯罪。^{〔5〕}若真如此,则必然认为对于当下并不罕见的使用数额较大的变造的货币的行为不能处罚;相反,如果采取客观论,认为刑法是通过文字表达立法精神与目的,解释者应当通过立法者所使用的文字的客观意义来发现立法精神与目的,则完全可能会因为该行为系通过虚构事实、

〔1〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第77页。

〔2〕 参见张耕华:《历史哲学引论》,复旦大学出版社2004年版,第2页。

〔3〕 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社2000年版,第201~202页。

〔4〕 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第2页。

〔5〕 需要说明的是,由于很多人认为这就是立法者原意,因而笔者在此姑且予以认可。

隐瞒真相以欺骗他人财物,因而将其认定为诈骗罪。^{〔1〕}由此可见,无论是对于刑法理论体系之科学建构抑或是实现司法正义,刑法解释的目标都是不容回避且亟待澄清的问题。

开宗明义,笔者主张客观论。不过,对于为人们所熟知的客观论的一般理由(如能够适应社会生活变化之需求等),本文并不打算赘述。下文在充分阐述主观论立论根据的基础上,拟从三个方面对客观论展开详细论证:第一,立法者原意并不存在,退而言之,即使肯定其存在,在认识论上也根本无从探知。也就是说,人类对事物的认识过程决定了只能采客观论。第二,以探求立法者原意为基本指向的主观论实际上是专断的解释,其与现代意义的、建基于民主政治上的罪刑法定主义是背道而驰的;相反,唯有坚持客观论方才同以民主主义(民主)及尊重人权主义(自由)为思想基础的罪刑法定原则之精神相契合。第三,刑法既是裁判规范,但也是行为规范,主观论的危险性在于可能导致封建式的家长主义管制;而客观论则有利于刑法行为规范机能之发挥。

二、主观解释论的立论根据

根据学者们的概括,主观论的立论基础主要有如下三点:首先,只有立法者才知道自己的意图。立法行为是立法者的意思行为,立法者通过立法以表达他们的看法和企图,借助于法律以实现他们所追求的社会目的,而这一点只有立法者知道得最清楚,因此只要是他们所决议的,就应当具有拘束力。其次,立法者的意思是一种可以借助立法文献加以探知的历史事实。只要每一个人都取向于这种能历史地被探知的意旨,执法机关的裁判或决定便不会捉摸不定,从而也不会根本动摇法律的稳定性。概言之,主观论有利于提高法律的安定性。最后,依据三权分立原则,执法机关应当依法裁判或决定,而法律只能由立法机关来制定。因此,立法者的意思在法律适用上应当成为决定性的因素。所以,法律解释就应当以探求立法者的意思为目标。^{〔2〕}

以上是就整个法律解释领域而言的,至于在刑法领域为何需要坚持主观论,有学者补充了如下两点理由:第一,罪刑法定原则的要求。由于罪刑法定原则的价值(或者说目的)是限制国家刑罚权的滥用以保障人权,这就要求刑法的制定必须具备法定性与明确性。要求法定性是为了体现“自律原则”,即对什么样的行为科以刑罚、科以何种程度的刑罚,是由国民通过自己的代表来决定。这样,由国民代表组成的立法机关就成为刑法制定的唯一机构,而法院的职能只是依法裁判;既是依法,那么立法者的意思就起着决定性的作用,从而刑法解释就应以探求立法者的意思为目标。第二,罪刑明确性的要求。要求明确性是为了体现“预测可能性原则”,即对什么样的行为科

〔1〕 参见张明楷:《刑法学》(下)(第5版),法律出版社2016年版,第774页。

〔2〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第265~266页。

以刑罚、科以何种程度的刑罚,对于一般国民来说必须是可能加以预测的。立法者为了保障公民的权利,就会在刑法条文中表达自己的主观愿望(或者立法意图)——希望人们干什么,不希望人们干什么;允许人们干什么,不允许人们干什么。依据这样的行为规范,人们就可以在社会生活中预见自己的行为后果,以设计自己的行为方式。此外,刑法的明确性还要求法官严格依法办案,在刑法规定的权限内行使权力,禁止滥用职权,侵犯公民的合法权利,即使是犯罪人也不应受到不应有的惩罚。而解释是一个使隐藏的东西显现出来、使不清楚的东西变得清楚的过程,它的主要目标在于使解释对象的意义从隐到显得到阐发。刑法解释是解释的下位概念,因此,它也就必然是一个将立法者的立法意图从隐到显加以阐发的过程。^[1] 由此不难看出,这并没有突破原有论据,只是在其基础上结合刑法的特点作了进一步的强调而已。

主观论的认识论基础是历史客观主义。客观主义的前提是,被理解的对象即文本都是一定历史条件下的产物,这些文本的作者也必定具有一定的历史限定性,因此,理解对象就是力求使解释者(完全)摆脱自己的时代限制,设身处地像文本的作者那样用那个时代的方式进行思维。^[2] 不难看出,这是典型的科学主义“主体—客体”二分认知模式。但问题是:在现代民主国家,立法者通常并非单一的个体,而是集合性群体;在有些国家还由两院组成立法团体,甚至可能是享有投票权的国民全体。如果想探究所有对刑法表示同意的立法代表的个别想法,则注定是徒劳的。即使作极端假设——所有立法成员都赞同刑法内容,也只能是针对刑法整体,而不可能针对个别法律文字的特定含义表示同意,因为大多数立法成员根本没有能力就个别法律的细节形成个人的见解。可见,立法者原意如何存在,这本身就颇具疑问。退而言之,即使肯定立法者原意的存在,如下文所述,在认识论上通过何种方式能够探求之,也并非不言而喻。

三、认识论与刑法解释的目标

“所有重大的原则问题最终都要使我们回到认识过程的本质上来。”^[3] 众所周知,任何文本的解释都必然涉及三方面因素:作者、文本和解释者。依主观论的看法,刑法的意义只是立法者制定刑法当时的意图,解释刑法文本的意义,便只是发现立法者的意图;刑法文本的意义是单义性的,因为立法者的意图是固定不变的、唯一的。我们不断对刑法文本进行解释,就是不断趋近立法者的唯一意图。显然,实现这一目的的前提是,解释者在对刑法文本进行解释时,必须要抛开自己的视域,完全进入刑法作者即

[1] 参见李国如:《罪刑法定原则视野中的刑法解释》,中国方正出版社2001年版,第71~73页。

[2] 参见何卫平:《通向解释学辩证法之途》,上海三联书店2001年版,第22页。

[3] [德]M. 石里克:《普通认识论》,李步楼译,商务印书馆2005年版,第28页。

立法者的历史视域中去。但是,正如本体论哲学解释学所揭示的,重现或复制文本作者的原意不仅是不可能的,而且也是不必要的。

其一,解释者的历史性是无法消除的。解释者同被解释的对象——作为历史流传物的刑法文本之间总是存在一段或长或短的文化上和时间上的距离,这种距离是解释刑法时所面临的真正问题。对于主观论来说,它的任务就是要使陌生的、遥远的、时空中分离的东西变成熟悉的、当下的东西。一句话,它要使作为历史流传物的刑法文本客观化,并在方法上消除解释者的“此在”对理解所产生的任何影响。但是,如果我们承认刑法文本的作者有他自己的、基于历史和社会处境的历史结构,那么解释者也同样以他自己的方式处于自己的生活世界中——他的历史特殊性和局限性也是无法排除的,同样需要得到尊重;我们没有理由去迁就立法者的历史性而牺牲解释者的历史性。

历史性是人类个体乃至社会整体存在的基本事实,因为“每个人都降生在一个历史文化之中,历史首先占有了它,其方式是通过语言。语言不仅仅是工具,它承载着历史、文化和传统,个人在接受语言的同时,也接受了历史。个人永远无法摆脱这种先见”。^{〔1〕}不仅如此,“人在认识历史之前早已置身于历史之中了,他不可能跃出这个圈子去理解历史,他只能在历史中去理解历史,以及置于历史中的文本。”^{〔2〕}故此,“我们不可能把‘自我’消解到‘零度’作为一张无字的白纸去接近文本。”^{〔3〕}在刑法的解释者与立法者之间存在不可避免的差异,这种差异是由他们之间的历史距离造成的。而每一个时代只能以它自己的方式来理解留传下来的刑法文本,“决没有摆脱任何生活干系的纯‘客观’的自我理解。”^{〔4〕}可见,理解的历史性是不可能(完全)消除的,设想把自己置于前人或他人的地位,完全超越自己的所有观念,这是根本不可能的。人毕竟总是从自己的历史处境出发去理解前人和他人的思想及作品。换言之,人总是在一定历史的影响下去理解和解释的。这便是本体论哲学解释学意义上的“效果历史意识”。

对效果历史的反思之所以不可能完成,并非因为人们缺乏反思,而是由于他自身作为历史存在的本质所决定的。因为一切自我认识或自我反思都必须从历史在先已给定的东西开始,历史和传统始终是先于我们和我们的反思的,它和我们的“被抛”状况联系在一起。所以,并非历史属于我们,而是我们属于历史。我们只能站在传统之内而不能站在其外去进行反思。理解有赖于前理解,判断有赖于前判断。也就是说,历史总是对人会产生一定效果的,人总是在一定历史的影响下去理解和解释文本的。

〔1〕 谢晖、陈金钊:《法律:诠释与应用》,上海译文出版社2002年版,第63页。

〔2〕 何卫平:《通向解释学辩证法之途》,上海三联书店2001年版,第143~144页。

〔3〕 何卫平:《通向解释学辩证法之途》,上海三联书店2001年版,第254页。

〔4〕 何卫平:《通向解释学辩证法之途》,上海三联书店2001年版,第141页。

“在一切理解中,不管我们是否明确地意识到,这种历史效果的力量总是在起作用的。凡是在效果历史被天真的方法论信仰所否认的地方,其结果就只能是一种事实上歪曲变形了的认识。”^{〔1〕}而主观论的“历史主义的素朴性就在于它没有进行这种反思,并由于相信它的处理方法而忘记了他自己的历史性”。^{〔2〕}

其二,对刑法文本的理解和解释永远都是被前理解(前见、先见)的先把握活动所规定的,缺乏前见的理解和解释是难以想象的。但是,对于主观论来说,前见只能是一个消极的概念,因为主观论本质上是一种“主体—客体”二分的认识论模式。为了剔除解释者本人的主观价值判断而进入立法者原意,就必须否定前见的存在。但理解和解释的过程并不是消极、被动地接受刑法文本思想的过程,而是解释者积极地进行期望和设想的过程。换言之,在对刑法文本做出解释时,解释者必然对其有一种意义期待和筹划。“谁想理解某个文本,谁总是在完成一种筹划。一当某个最初的意义在文本中出现了,那么解释者就为整个文本筹划了某种意义。一种这样的最初意义之所以又出现,只是因为带着对某种特殊意义的期待去读文本。作出这样一种预先的筹划——这当然不断地根据继续进入意义而出现的東西被修改——这是对这里存在的東西的理解。”^{〔3〕}不仅如此,“占据解释者意识的前见和前理解,并不是解释者自身可以自由支配的。解释者不可能事先就把那些使理解得以可能的生产性的前见与那些阻碍理解并导致误解的前见区分开来。”^{〔4〕}因此,对于刑法解释者来说,他无须放弃自己内心已有的前见直接地接触刑法文本,而是要考察他内心所具有的前见的正当性与合理性,即考察其根源和有效性。所以,问题的关键不在于是否带有前见,而在于带有什么样的前见。

例如,我国《刑法》第299条规定:“在公共场合故意以焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等方式侮辱中华人民共和国国旗、国徽的,处……”人们所熟悉的侮辱国旗、国徽的行为,通常是指在悬挂国旗、国徽的公共场所、党政机关所在地以及其他为不特定或多数人可见可闻的场所(如广场、车站等),故意对国旗、国徽实施焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等侮辱行为。但是,当解释者面对如下案件:行为人甲发现有众多网民在浏览某市政府的门户网站,于是为了发泄对政府的不满,故意使用网络技术对该网站上的国徽实施丑化,引发了众多网民的不满和谴责。对于本案,解释者可能会觉得,甲的行为应当构成侮辱国徽罪。之所以如此,是因为《刑法》第299条的规范目的在于保护国旗、国徽的尊严。于是,接下来解释者便会进一步思索:互联网是不是“公共场合”?网站上的国徽是否属于本罪所指的“国徽”?不难看出,对于该设例,解释者所持的甲

〔1〕 [德]伽达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第386页。

〔2〕 [德]伽达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第384页。

〔3〕 [德]伽达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第343页。

〔4〕 洪汉鼎:《诠释学:它的历史与当代发展》,人民出版社2001年版,第227页。

的行为成立侮辱国徽罪的观念以及对《刑法》第 299 条保护法益之认识,其实就是一种前见,而这种前见显然并不等同于所谓的立法者原意。同样明显的道理是,如果解释者缺乏这一前见,对侮辱国旗、国徽罪的解释就难以甚至根本不可能展开。

就认识论的角度而言,不管人们是否意识到,对刑法文本的理解、解释过程其实就是一个“视域融合”的过程,即解释者的现在视域与刑法文本所包含的过去视域相融合的过程。刑法文本的意义不是由其作者即立法者所决定的,而是由处于不同境遇之中的解释者和刑法文本的互动作用所决定的。因为解释者与被解释的对象(刑法文本)都是历史的存在,刑法文本的意义和解释者一起处于不断地形成和交互影响的过程之中——而这种过程历史即是“效果历史”。正因为“效果历史”在起作用即发生“效果”,所以,解释的任务不是消极地复制文本作者的意思,而是进行一种积极的“生产性”努力。一方面,刑法文本的意义不能和解释者相脱离。解释学的经验是历史的,并且始终伴随着否定,它不断以这种方式向新的经验和生活事实敞开,因而解释不能以回溯作者原意为目标,刑法文本的意义只有在解释者的自我理解中方可实现,在这个过程中,被阅读的刑法文本将经历一种存在意义上的增长过程,而刑法的现实性则有赖于这种存在意义的增长。另一方面,“时过境迁,时间距离打破了作品和作者的固有关系,使文本获得了自主性、独立性,读者与文本形成了一个新的语境关系而与作者和文本原有的语境关系不同,这就开放了意义理解的空间和自由度,使文本的所指永远处于一种未决的、敞开的状态之中。”^[1]

如果将时间拉长来看,“我们人的有限性和历史性使得这种解释既无开始,也无终结,它就是人类生存活动本身,因为人类生存本身就是一个从不间断的解释过程,理解是人的存在方式,生生不息。”^[2]所以,刑法文本自身能说的比它的原初作者想说的要多得多,因为解释者可以站在一个更高的视域中去重构刑法文本的意义,而并非只是立法者所限定的范围;换言之,刑法文本的意义并非一成不变而是可以变化的,不同时代的解释者可以不断改变、提升和扩大刑法文本的意义。正是在此意义上,人们才说,成文刑法比立法者聪明,而解释者又比成文刑法更聪明。^[3]例如,刑法制定当初,立法者何曾想见有人会在计算机网络上开设“赌场”?但随着时代之变迁,解释者完全可能认为,以营利为目的,在计算机网络上建立赌博网站,或者为赌博网站担任代理接受投注的,属于《刑法》第 303 条规定的“开设赌场”。^[4]

[1] 何卫平:《通向解释学辩证法之途》,上海三联书店 2001 年版,第 295 页。

[2] 何卫平:《通向解释学辩证法之途》,上海三联书店 2001 年版,第 162 页。

[3] 参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社 2004 年版,第 127 页。

[4] 参见 2010 年 8 月 31 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》第 1 条的规定,利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据,组织赌博活动,建立赌博网站并接受投注,建立赌博网站并提供给他人组织赌博,为赌博网站担任代理并接受投注或者参与赌博网站利润分成的,属于《刑法》第 303 条第 2 款规定的“开设赌场”行为。

综上可见,在认识论上,主观论的最大问题就在于它完全忽略了,甚至不愿意看见解释者的存在;而这无疑是从根本上否定了刑法解释,甚至否定了刑法本身。因为,一方面,刑法因被解释而存在(或者说才有意义),没有对刑法的解释,刑法本身也就不存在(或者说没有意义);另一方面,刑法总是制定在先而适用在后,有刑法的适用才会存在对刑法的解释问题。换言之,对于后来的解释者来说,刑法就是历史流传物。解释者和刑法的作者(立法者)之间的时间、历史、文化距离决定了解释者难以(完全)进入立法者的思想,从而成为立法者的“第二个自我”。如果强行要求解释者就是要复原立法者在制定刑法当时的意图,则必然否认法官对刑法的解释权,从而否定了刑法解释本身。不仅如此,由于任何人都是历史的存在,刑法制定之后,现在的立法者就已经不是当初制定刑法时的立法者了——正所谓“人不能两次踏进同一条河流”,所以,事后的立法者也不可能回归到原初的“自我”。也就是说,立法者本人也不可能复制当初制定刑法时的意愿,其结局——刑法本身也不复存在了。退而言之,即使认为只有立法者最清楚刑法的原初意义,因而主张只能由立法者行使解释权——如下文所述——这也是违背法治与宪政精神的。

需要说明的是,上文的理论资源主要为本体论哲学解释学。哲学解释学的任务并非是要发展一种理解和解释的程序,而是要澄清理解和解释得以发生的条件。^[1]就此而言,应当承认,哲学解释学不能成为解释刑法具体制度的直接智识来源;但同时必须看到,其所揭示的解释学的一般原理对于作为整体的刑法解释目标问题无疑是适用的。^[2]不过,以上只是证明了刑法解释中主观论的虚妄和无能,或者说只是从形式上说明了采用客观论的必然性,而没有从正面阐明客观论的实质合理性,这正是下文的任务。

四、罪刑法定与客观解释论

对于客观论来说,其要回答的最重要的问题是它和罪刑法定原则之间的关系。如前所述,主观论坚持认为,罪刑法定原则是对客观论的最大否定。因为从司法实践来看,如果允许法官离开立法者原意而探求刑法当下应有之客观含义,则必然使得法官失去既有羁绊而为所欲为;相反唯有坚持主观论,才能与罪刑法定原则保障人权的意

[1] 洪汉鼎:《诠释学:它的历史与当代发展》,人民出版社2001年版,第227页。

[2] 对于法律解释学和哲学解释学之间的关系,本体论哲学解释学的集大成者伽达默尔指出:“法律解释学应归入一般解释学问题的关联中,这绝不是自明的。在它里面确实本来并不涉及对方式方法的反思问题,不像在语文学和圣经解释学中的那种情形,而是涉及某种辅助的法制原则本身。它的任务不在于理解有效的法制原理,而在于发现法制,也就是说,这样来解释法律,使得法制秩序完全渗透在现实之中。由于解释在这里有某种规范作用,所以,它就被例如贝蒂这样的人完全与语文学的解释脱离开来,甚至与以法律上的自然(法规、法律条文之类)为对象的历史理解脱离开来。在法律意义上,解释法律就是创造法制的过程,这完全是无可争议的。”严平编选:《伽达默尔集》,邓安庆等译,远东出版社2003年版,第402页。