

刑法解释的基本原理

—
The Basic Principles of Criminal
Law Interpretation

—
姜 涛 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

本书系司法部2014年委托项目“刑法解释的基本原理研究”

(项目号: 14SFB4005)的最终成果。

刑法解释的基本原理

—

The Basic Principles of Criminal
Law Interpretation

—

姜 涛 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法解释的基本原理 / 姜涛著. -- 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3612 - 5

I. ①刑… II. ①姜… 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(2019)第 129610 号

刑法解释的基本原理
XINGFA JIESHI DE JIBEN YUANLI

姜涛著

策划编辑 王扬
责任编辑 王扬
装帧设计 鲁娟

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 固安华明印业有限公司
责任校对 李景美
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 20
字数 408 千
版本 2019 年 6 月第 1 版
印次 2019 年 6 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/400-660-8393

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3612 - 5

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)

前 言

刑法解释虽是刑法学中一个恒言题目,但又能保持常新。一直以来,国内外刑法学界都在为如何进行刑法解释争执,刑法解释是坚持主观解释论抑或客观解释论,是秉承实质解释论抑或形式解释论,刑法解释中的文义解释、历史解释、体系解释与目的解释等解释规则如何选择,以及它们之间的“梁山座次”又应该如何确定,等等。上述研究成果为本书的研究奠定了基础,但也有需要进一步完善的地方:(1)立足于立法不是嘲弄的对象,原有的研究大多集中于论证实质解释论与形式解释论、主观解释论与客观解释论的立场与方法之争、刑法解释与罪刑法定原则之间的关系辩证等,而没有关注价值多元化对刑法解释的影响,殊不知随着价值多元化时代的到来,刑法解释也必须通过交谈达成共识。(2)即使有学者论及刑法解释的方法,但却是在传统哲学意义上的方法与位阶层面展开,不仅没有深入刑法解释更为深层的本质,而且也没有把主体间性作为刑法解释的目标之一,自然难以把握后权威时代刑法解释的限度与判断基准等。(3)缺乏从刑事政策、基本原则、刑罚目的、后果考察、人之图像、法学家法、规范保护目的、法益保护位阶、法秩序一致性等新视域讨论刑法解释,自然也难以把握刑法解释理论的新发展。

由此决定,我们不仅应尽可能真实地再现刑法解释的基本原理,以刑法解释的方法与限度为突破口,为刑法解释的有效运作保驾护航,而且应该尽可能地以翔实准确的资料去研究刑法规范背后的客观社会结构、公共政策需要和民众的共同价值观等对刑法解释的影响及其方法选择问题,由此建构出科学、合理的刑法解释的理论体系,以求在探寻刑法解释的制度绩效方面能有所突破。这也决定着本书研究的学术价值:其一,刑法解释是增加司法裁决之可接受性的重要条件,本书对刑法解释理论新视域的研究,有利于奠定刑法解释学、刑法解释方法论的哲理基础,使刑法解释学进入更深层次的发展阶段。其二,在后权威时代,刑法解释必然有新的目标定位,本书对刑法解释之运作方法与判断基准等的研究,有利于促进中国当代刑法解释范式的转变,即由主客观性转向主体间性。其三,鉴于社会转型时期难办案件的大量增加,本书有关刑法解释与十大制约要素的研究,也必将有利于拓展刑法解释的意义维度,矫正理论与实践“两张皮”现象,以增强刑法解释的融贯性与规范性,这也必然能够为难办案件的处理提供解决方案。

目 录

前 言	(1)
第一章 主体间性与刑法解释	(1)
一、反思现代刑法解释论的自我理解	(1)
二、视角的转换:从主客观性到主体间性	(3)
三、刑法解释的目标诉求:主体间性	(6)
四、刑法解释之主体间性实现:法律论证的视角	(10)
五、主体间性的法律实践:重视刑法解释的可接受性	(14)
第二章 刑事政策与刑法解释	(17)
一、说不清的刑法解释论	(17)
二、刑法解释的政策家门	(21)
(一)法条主义的困境与刑事政策的入场	(21)
(二)社会效果与刑法解释的刑事政策化	(28)
三、刑法解释的刑事政策化	(34)
(一)轻罪的犯罪构成与从宽相济刑事政策	(34)
(二)重罪的犯罪构成与从严相济刑事政策	(36)
(三)量刑情节的解释与宽严相济刑事政策	(39)
第三章 基本原则与刑法解释	(44)
一、问题之提出	(44)
二、基本原则对刑法解释的证立价值	(46)
(一)作为规范导向的基本原则	(47)
(二)基本原则对刑法解释的规范意义	(48)
三、刑法解释中的规则困境与原则导入	(52)
(一)规则困境:刑法解释不能承受之重	(52)
(二)原则导入:刑法解释的“旧装换新颜”	(56)
四、三大基本原则在刑法解释论上的适用	(59)
(一)罪刑法定原则与构成要件明确性对解释方法的限制	(59)
(二)罪责刑相适应原则与“以刑制罪”解释思维的适用	(64)
(三)刑法面前人人平等原则与“重强、轻弱”的刑法解释	(68)
五、简单的结论	(70)

第四章 后果考察与刑法解释	(72)
一、作为刑法解释论证规则的后果考察	(73)
(一) 基本概念及相关问题的梳理	(73)
(二) 后果考察对刑法解释的意义分析	(79)
二、后果考察之理论范式的初步建构	(83)
(一) 后果考察在于确保刑法解释的合理性	(84)
(二) 后果考察在于补足开放构成要件	(86)
(三) 后果考察呼唤结果取向的刑法解释	(88)
三、把后果考察作为刑法解释的基准	(91)
(一) 刑法解释规则的多元与刑法目的解释的出场	(91)
(二) 刑法目的解释的难题与后果考察的入场	(94)
(三) 后果考察与刑法目的解释的两个向度	(98)
第五章 人之图像与刑法解释	(104)
一、从当代刑法的归责体系解释切入	(104)
二、理性与实证：刑法中“人之图像”的双重再塑	(108)
(一) 刑法中的人之图像：扬弃秩序中心主义刑法立场	(108)
(二) 刑法中的人之图像：在“具体人”与“抽象人”之间	(110)
三、定罪和量刑：多重人之图像下的刑法解释	(113)
(一) 被害人像与无被害人犯罪之入罪标准的从宽解释	(113)
(二) 弱势群体与“重强、轻弱”之刑法解释实践	(114)
(三) 个体主义与秩序维护型犯罪入罪标准的限制解释	(115)
(四) 人性尊严与死刑适用标准的从严解释	(117)
第六章 刑罚目的与刑法解释	(120)
一、定罪与量刑之间的关系定位	(121)
(一) 定罪与量刑是以刑事责任为中介的因果历程	(121)
(二) 定罪与量刑是以刑法解释为调适的有效对接	(123)
(三) 定罪与量刑是以刑罚目的为依循的一体运作	(124)
二、量刑公正实现的出路：刑法解释	(125)
三、刑法解释的几个相关问题	(131)
(一) 在罪刑法定原则的边界下进行刑法解释	(131)
(二) 刑法目的解释之“目的”应是刑罚目的	(133)
(三) 重视“以刑制罪”思维对刑法解释的意义	(135)
第七章 法学家法与刑法解释	(138)
一、面对双重危机的深思	(138)
二、法学学说：定义、定位与知识属性	(141)
(一) 法学学说：定义与定位	(141)
(二) 基于知识的信任：法学学说的知识属性	(144)

三、法创造与正确性:当代刑法解释学中的论证规则	(147)
(一)法创造:刑法解释论证的前提	(147)
(二)正确性:刑法解释论证的目标	(150)
四、法学学说对刑法解释的影响:理论与实践的双重展开	(154)
(一)法学学说影响刑法解释的理论诠释	(154)
(二)法学学说影响刑法解释的制度实践	(159)
五、法学通说:刑法解释的“隐性法源”	(161)
(一)法学通说:奉为经典的法学家法	(161)
(二)法学通说:刑法解释的“隐性法源”	(164)
六、简单的结论	(168)
第八章 法理思维与刑法解释	(170)
一、问题的提出	(170)
二、刑法解释的思维区分:法律思维、法治思维与法理思维	(173)
(一)法律思维:刑法解释的最低形态	(173)
(二)法治思维:法律解释的中间形态	(175)
(三)法理思维:法律解释的高级形态	(177)
三、法理思维:规范论的价值判断来源	(180)
(一)规范论中的价值展开:以犯罪论体系为中心的思考	(180)
(二)法理思维:规范论之价值判断的来源	(182)
四、情理论的理论逻辑与理论创新	(184)
(一)情理论的理论逻辑	(185)
(二)情理论的理论突破	(188)
五、情理论在刑法解释实践中的运用	(192)
(一)情理的主要表现形式	(192)
(二)情理论在刑法解释中何以可能	(193)
第九章 规范保护目的与刑法解释	(197)
一、问题的提出	(197)
二、规范保护目的之学理诠释	(198)
(一)规范保护目的:客观归责论的核心范畴	(199)
(二)规范保护目的:刑法规范之内在体系	(201)
(三)规范保护目的:基本范畴的界定	(202)
三、内外交织型规范保护目的与空白罪状之违法要素认定	(204)
四、内部协调型规范保护目的与兜底条款之合类型化解释	(210)
五、总分结合型规范保护目的与犯罪成立之定量要素的判断	(217)
六、简单的结论	(223)
第十章 法益保护位阶与刑法解释	(225)
一、视角的转换:由法益保护的必要性到法益保护的优先性	(225)

二、理论的诠释:法益保护位阶对个罪构成解释的规范意义	(230)
三、教义的更新:基于法益保护位阶分析范式的刑法解释	(234)
(一)对于侵犯人身权利犯罪在入罪上强化一种扩大解释	(234)
(二)对于价值性犯罪在入罪标准上强化一种扩大解释	(238)
第十一章 法秩序一致性与刑法解释	(241)
一、面临的问题	(241)
二、合宪性解释是什么:比较法视野下的中国定义	(242)
三、合宪性解释的本质:法适用抑或法创造	(249)
四、合宪性解释的实践:基本教义的建构	(256)
(一)比例原则与刑法文本的合宪性解释	(256)
(二)保障人权的入宪与刑法中死刑适用的实体控制	(260)
(三)构成要件的确切性原则与具体个罪的限制解释	(262)
第十二章 构成要件明确性与刑法解释	(266)
一、问题之提出	(266)
二、构成要件明确性定义之再定义	(268)
三、构成要件明确性的判断标准:一般人标准之否定	(271)
四、构成要件明确性程度与解释方法的二元选择	(276)
(一)相对不明确与常规性刑法解释	(277)
(二)绝对不明确与合宪性解释的运用	(280)
五、常规性刑法解释的具体适用:以空白罪状和兜底条款为例	(282)
(一)法秩序一致性与空白罪状的参照引用	(282)
(二)先例区辨与兜底条款的合类型解释	(284)
六、结语	(286)
参考文献	(291)
后 记	(306)

第一章 主体间性与刑法解释

传统刑法解释学把刑法解释的标准定为主客观性,立足于主客观性的刑法解释,就是排除解释者主观性的干扰和对刑法规范目的的追寻,而获得的与刑法规范语言相符合的解释结论。其实,刑法解释从来都不是一个解释问题,而是一个论证问题。现代刑法解释学应将刑法文本融入解释者的价值判断中来消解刑法文本及其所使用语言过于僵化的弊端,建立一种基于主体间性的刑法解释理论,确保刑法解释的正义性,并增加刑法解释的可接受性。

一、反思现代刑法解释论的自我理解

就刑法解释而言,各种不同的观点可大致概括为以下三种取向:一是从刑法解释的标准出发,将刑法解释区分为主观主义与客观主义,分别指向立法原意与刑法文本的时代含义。二是立足于刑法解释的方法,区分出文义解释、历史解释、体系解释、目的解释和合宪性解释,并在缺乏违宪审查的前提下,把刑法目的解释称为“解释之王冠”。^①三是从刑法解释的立场出发,将刑法解释区分为形式解释与实质解释,分别对应刑法观中的行为功利主义与规则功利主义。在这里,如果说第一种取向是以存在论和规范论的对立为认识基础的话,那么第二种取向则更倾向立足于方法论来得出实证的解释结论,第三种取向无疑表达了以价值论来实现解释结论上的实证统一。就目前刑法解释学的研究而言,第一种取向已经为多数学者所不取,但是,第二种取向或第三种取向是否就给出了能够为学界公认的答案呢?它们之间所展开的论战这一事实,已对此作出了否定的回答。

本部分的探索便始于对上述矛盾的深入思考。要想彻底解决这一难题,则最终取决于刑法解释本体的回答。这一矛盾化解的动力主要存在于形式解释论与实质解释论的立场对立之中,以规则功利主义为典范的传统解释论及其在刑法领域中的延伸——形式解释论,一如既往地坚持追寻刑法解释主体与刑法解释文本之间的符合性,以确保刑法的安全性。而行为功利主义意义上的实质解释论则试图通过融入解释主体的创造性来诠释刑法文本的价值维度,以追寻刑法的正义性。不难看出,传统刑法学意义上对不法与罪责的解释是形式解释,主要判断行为人的行为是否违反刑法规范,遵循的是主—客二分的认识方法。它往往解释不了这样的疑问:“刑法规范为什

^① 参见陈兴良主编:《刑法方法论研究》,清华大学出版社2006年版,第187页;苏彩霞:《刑法解释方法的位阶与运用》,载《中国法学》2008年第5期;程红:《论刑法解释方法的位阶》,载《法学》2011年第1期。

么要将某种行为评价为需要承担刑事责任?”“什么样的行为是需要负刑事责任的?”“基于何种目的需要行为人负刑事责任”等。我们需要借助刑法规范以外的实质(公共政策、集体情感等)来回答,这就形成了实质解释论,^①并对传统的形式解释论形成了强有力冲击。

然而,如果我们对“刑法解释是什么”这一本体缺乏正确认识,则实质解释论也可能带来疑问:一方面,随着社会生活复杂化、民众价值判断的多元化以及民众对司法公正期待值升高,刑法文本的滞后性越来越明显,司法实践中因文本与事实无法有效对接而出现大量的难办案件,这又对刑法解释提出了新要求,从刑法的道德性与政治性等出发进行实质解释成为一种客观必然。另一方面,这种依据公共政策或集体情感的刑法解释,如果并没有通过充分的全面讨论与交互澄清,并在不受宰割的对话中达成共识,那么,实质解释的理性常被法官的“阴谋论”所排挤,^②或成为权力之治或行政之治而严重破坏刑事法治,这也是形式解释论者坚决反对实质解释的理由。^③

因此,我们经常看到的场景是,不同解释论主张者都在绞尽脑汁地为自己的观点进行辩护,他们都立足于各自对刑法解释的理解,对“实质上值得科处刑罚但又缺乏形式规定的行为是否可以通过实质解释可以入罪”这一问题展开讨论,并不自觉地陷入“公说公有理,婆说婆有理”的争议中:或者重新诠释罪刑法定原则的含义,或者重新定位刑法解释与罪刑法定原则的关系,或者划清二者的“领地”。能否跳出这种思路,在更广阔的视野中理解刑法解释呢?笔者认为,如何消除学界对实质解释论的顾虑,并使通过实质解释得出的解释结论成为学界共识,这必然涉及对作为刑法解释元命题之一的本体论的追问:我们怎样才能正确地理解立法者的原意或刑法文本的包摄性含义,由于解释者的“主观性”因素的介入,立法原意与我们渐行渐远,且不见得能够与时俱进。而同时,不同解释者对刑法文本(如暴力、非法占有目的等)的文义解释也可能有多种,并处于长期的“竞争”状态。如果我们无法从根本上明确立法原意或刑法文本的时代内涵,或者说,我们因不能像自然科学那样以科学的实证——“重复验证性”理解立法原意或刑法文本的时代内涵,那么,解释者进行刑法解释的标准是什么,进而,刑法解释是否会因民意、媒体报道、行政干预、被害人闹法庭或上级指示而成为一种任意解释。对这些问题的追问,又产生了一个更为深层的问题思考:刑法解释是什么?其实,刑法解释论从解释的方法论体系转向一种新型的本体论学说,首先就在于这种提问方式的改变,但这并没有引起学界的注意。

于是问题来了,刑法解释本体是什么?如果这一问题没有在充分讨论的基础上达成学术共识,那么,我们对刑法解释的研究也会成为一种“无底盘上的游戏”。本部分意在论证刑法解释是什么,进而形成对刑法解释目标及其合理性判断标准的认知,以

^① 参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期;刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年版;苏彩霞:《实质的刑法解释论之确立与开展》,载《法学研究》2007年第2期。

^② 参见叶俊荣:《面对行政程序法:转型台湾的程序建制》,台北,元照出版有限公司2002年版,第14页。

^③ 参见陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期;邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版。

求能引起学界对此问题的持续关注。

二、视角的转换:从主客观性到主体间性

关于刑法解释是什么,刑法解释学形成了两种对立的观点:其一是“主客观性”,认为刑法文本意义是独立于解释者意识之外存在的客体,刑法解释是一种通过“因果连接”对客体的发现活动。立足于主客观性的解释,就是排除解释者主观性的干扰和对文本的追寻,而获得的与刑法文本语言相符合的解释结论。这种以存在论的知识模式为典范的刑法解释观念,乃是奠定形式解释论主流传统的基石,并在其发展过程中与形式刑事法治复杂勾连在一起而不断得以强化,以确保法安全。其二是“主体间性”,认为刑法文本意义是解释者、民众与文本通过主体间对话而共同创造的产物,刑法解释是与主体对话中的创造并达成共识的活动。在主体间性范式中,刑法解释过程中的法正义问题得以凸显,人们开始重新审视刑法规范的客观性与解释过程中的主体性,因此,它对存在论形成了强有力的冲击而最终形成了规范论,并试图通过将刑法文本融入解释者的价值判断来消解刑法文本及其所使用语言过于僵化的弊端,建立基于主体间性的刑法解释理论,以体现实质刑事法治。

早期学者认为,人类所有的认识活动体现在命题、概念等刑法语言活动中,而刑法语言中有一种本质的、客观的逻辑关系,只有主体反映客体(客观性),才能确保这种认识活动的真理性。这主要是受传统哲学中认识论的影响。在传统的认识论中,文本乃是客观意义上的认知对象,它先于认知过程而存在,作为认知主体的人与作为认知对象的文本,一如既往地置于主、客二分的框架中。对于解释者而言,在解释过程中应尽可能地避免自己主观意愿的干扰,以便能客观地、严谨地进行观察与分析。唯其如此,才能得出科学的解释结论。至于被解释的对象,则永远是客观的、业已存在的东西,即便人在探讨“主体性”,也一定是将其视为人的不依赖于认知主体为转移的客观属性,才能发现关于“主体”或者“主体性”的客观知识。^①

受这种哲学观影响,早期刑法解释学源自对刑法文本含义的解释,刑法文本作为解释的对象不同于刑事政策、正义、自由等宏大叙事结构,而是立法者已经制定的刑法,追寻刑法文本的原意为解释目标。一切理解与解释,都要求彻底排除解释者的主观性,清除一切先入为主的偏见,以便客观地揭示刑法文本的原意,解释的结论无非是基于先验的刑法文本整理案件事实的结果,所谓解释也纯粹是解释者对法规范的寻找,而无解释者的价值判断。即使学界对解释立场上存在主观主义与客观主义的分歧,但解释刑法的目的是通过对刑法文本的理解,以规范语言为媒介来达到对刑法之文义、立法原意、时代内涵的把握,在两者之间达成共识。只是在追求客观性过程中稍有分歧而已,前者把刑法解释定位为对立法原意的探寻,而后者把刑法解释诠释为对刑法文本之时代内涵的挖掘。为何会在主观主义之后又形成客观主义,这是因为:立法原意与社会生活中发生的客观过程有着本质上的区别,需要对立法原意进行与时俱

^① 参见潘德荣:《从本体论诠释学到经典诠释学》,载《河北学刊》2009年第2期。

进的再客观化处理。而同时,两种刑法解释立场都认为刑法文本具有绝对的正确性、权威性,解释者不能对其产生误解。与之对应,解释刑法文本的各种方法(文义解释、历史解释、逻辑解释、目的解释、合宪性解释、扩大解释、限制解释与平义解释等)都是为确保解释的客观性。正如有学者指出:“追求法律客观性、确定性和一致性之实用目的与自然科学(尤其是物理学、数学)在近代发展中所确立的实证性之‘科学范式’相遭际,造就了法学的‘科学性之梦’。”^①

从理论上说,主客观性体现的是刑法解释之主体与客体之间的对象性关系,若主体与客体之间分裂,则客观性不举;若主体与客体之间吻合,则彰显了刑法解释的客观性。这主要关涉三个基本维度:一是解释主体的理性,应摒弃偏见或谬误,以免解释走向片面的主观化;二是解释限度的客观性,即刑法解释必须在刑法文本及其语言的射程之内,不允许充当“法源”的刑法解释;三是解释刑法应遵循具有客观性的解释方法及其位阶,即正确处理文义解释、历史解释、体系解释、目的解释与合宪性解释等方法的运用及其位阶。^②这种对客观性的努力追求有两个问题不容忽视:一是刑法文本应该具有明确性,从而使案件事实与刑法文本之间能够有效对接;二是刑法文本应该具有正义性,从而使刑法文本的适用能够为民众所接受。就第一个问题而言,其在各国刑法中的实现程度并不高,刑法的明确性与模糊性,乃现代各国刑法的基本特点,而具有模糊性的刑法规定需要法官在适用中明确其含义为何,这就涉及对刑法文本的创造,但创造可能是多元化的,即不同法官对此的解释是不同的。以中国刑法中的“行凶”为例,何为“行凶”?达到什么程度算是“行凶”?这在实务界与理论界都有不同的解释。再如,许霆案中,对于许霆的行为应该构成刑法中的什么罪名?在刑法解释学中就有无罪、盗窃罪、诈骗罪、侵占罪、信用卡诈骗罪等争议。就第二个问题而言,正义性是一个价值判断问题,在不同的时代往往具有不同的含义,如何确定这一含义,需要对刑法文本结合政策、道德等进行与时俱进的创造性诠释,这是确保法正义的充分且必要条件。值得注意的是,这种实质化的倾向已经深刻地体现在刑法理论的具体建构中,刑法中有关实质违法、超法规的阻却事由、责任处罚的必要性、处罚的妥当性、超法规的减轻处罚、被害人承诺理论等与此密切相关。

而一旦涉及法创造或对刑法文本进行与时俱进的诠释,则必然会陷入“公说公有理,婆说婆有理”的分歧。这种分歧的存在,一方面说明,单一追求刑法解释之客观性的努力必然顾此失彼——追求法安全而忽视法正义;另一方面,这又把刑法解释之主体间性的重要性凸显出来,刑法解释必须在多元主体充分讨论、协商、理解的基础上,取得一个大体上可以接受的解释结论。在这里,刑法解释的主体间性与刑法解释的可接受性是一致的,都是对法正义的追寻活动。在这里,虽然解释者都是从自身的个体性出发来进行解释,刑法解释的对象也始终是具体个案的法律适用,但是,由于刑法文本与解释者的个体性都是在共同的社会生活基础上形成的,这又使刑法文本与解释者

^① 舒国滢:《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》,载《法学研究》2005年第3期。

^② 参见姜涛:《法学通说:一个初步的分析框架》,载《北大法律评论》2011年第2期。

的立场之间具有共同性,这是刑法解释的基础。而任何刑法解释都是解释主体的个体性与刑法文本的共同性的统一,它们共同决定着刑法解释的限度与方法,也共同决定着刑法解释的可接受性。这种解释观的改变与哲学上的方法论革命有关,康德哲学(The philosophy of kant)将传统认识论中所认定的主客体关系完全倒置,将认识的客体置于主体的影响之下,认为认知对象的形式受制于主体的经验方式与思维方式,强化了认识论中的主体性意识。而在伽达默尔(Hans-Georg Gadamer, 1900 - 2002)那里,自然科学的认知模式与方法并不能保证社会科学的真理性。真理不是一个外在于主体的纯粹客体,而是随着主体的理解而逻辑展开并不断地被重构的世界。从这一点出发,真理就不再是与认知对象符合一致的认识,而是在我们的理解过程中所呈现出来的东西。理解本身因此而具有了本体论的意义。^①这一方法论革命对刑法解释具有重要意义,刑法解释究竟是解释者对刑法文本的诠释,还是追寻刑法文本的意义,抑或兼而有之,则成为当代刑法解释学面临的新课题。

笔者认为,不法与罪责作为犯罪成立判断中的重心,单一依据由概念组成的刑法文本往往存在价值失落,这是一种基于法条主义困境所带来的刑法正义危机。^②作为突破这一危机的选择,现代刑法解释学的解释方法主要用于分析、判断与甄别刑法文本的规范语言及蕴含其下的规范目的,刑法解释不是一种研究方法,而是一种互相的理解活动(主体间性),是一种对话活动,更确切地说,是法官以行话对刑法文本进行的“转译”。为何如此?这主要和刑法体系有关。刑法具有外在体系与内在体系之分,其内涵正如德国学者赫克(Philipp Heck)所指出的,外在体系体现为“秩序概念、划分和顺位的建构”(Bildung von Ordnungsbegriffen, Einteilungen, Reihenfolge);而内在体系体现为“解决矛盾的体系”(System von Konfliktentscheidungen),即解决规范背后的利益冲突的体系。^③并且就刑法的外在体系而言,它也是运用各种抽象概念所建构起来的,包含着描述性概念与评价性概念,前者是指一种经由纯粹的感官知觉就能够正确运用的概念,比如刑法中的“货币”“信用卡”等;而后者则需要对之进行价值性判断,比如刑法规范中的“公然猥亵”“以非法占有为目的”等。^④一般而言,刑法文本是对犯罪构成之主要内容进行表述,开放的犯罪构成以描述性概念为基石,而开放性犯罪构成则以评价性概念为体现,评价性概念通常是不精确概念的“代名词”,被评价的事实也往往是评价意义的一部分。以上决定,现代刑法具有内在价值取向与外在表现形式的双重特征:一方面,刑法必须受制于作为调整对象的生活关系的内在联系,其规范必须反映当代社会核心的价值取向和政策诉求等;另一方面,由抽象概念所组成的规范成为构建法的体系的基本单元,并通过规范语言的载体形成刑法文本。外在技术层面的安排与内在的价值体系之间就形成了外在体系与内在体系的区分,前者是后

① 参见潘德荣:《方法论的危机与哲学诠释学》,载《天津社会科学》2004年第4期。

② 关于这一困境的论述,参见苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

③ Vgl. Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, S. 139ff.

④ 参见[德]Ingeborg Puppe:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,台北,元照出版有限公司2009年版,第12-15页。

者的外在表现形式和载体,后者是前者的内在核心价值。^① 刑法解释只有在对外在体系与内在体系、概念性体系与价值性体系充分反映的基础上,才是一种正义的解释。所以,法条重要,法理同样重要。

就此而言,刑法形式解释本质上是一种解释的认识论,它所追求的是一种主客观性,即刑法文本与刑法文本的解释之间的符合性。在价值判断多元化、犯罪形态复杂化的时代,我们必然会面临刑法文本与案件事实之间无法有效对接的现实,把刑法解释定位为解释者的认识活动,并从认识论而不是本体论的角度对刑法规范的射程范围、规范保护目的等进行意义诠释,这就会造成解释的目标(立法原意)及其方法论原则(科学的客观主义)与解释活动的特性(包含着解释者的主观判断)之间的矛盾,因为对立法原意的探求凸了解释主体的能动性在刑法解释中的意义,而科学的客观主义复又要求在刑法解释中排除解释者的主观性。事实上,在不同刑法解释方法出现冲突之时,刑法形式解释在穷尽了各种解释方法之后,为了追求一个既合理又合法的解释结论,往往不得不诉诸目的论解释,正如张明楷教授所指出的:“法益具有作为犯罪构成要件解释目标的机能。对犯罪构成要件的解释结论,必须使符合这种犯罪构成要件的行为确实侵犯了刑法规定该犯罪所意欲保护的法益,从而使刑法制裁该犯罪的目的得以实现。解释的方法无穷无尽,但最终起决定性作用的是目的论解释,因为目的是全部法律的创造者,每条法律规则的产生都源于一种目的。”^②而刑法目的解释之所以能够化解不同解释方法之间的矛盾,并不是因为其坚守主观主义或客观主义;相反,支撑着刑法目的解释的乃是一种有着坚实基础的传统本体论——任何刑法解释不得脱离刑法规范目的而存在,并以不同主体的可接受性为判断依据。由此看来,现代刑法解释学之困境的解决,有赖于一场更为彻底的本体论变革。

主体间性即是这种变革的产物,它充分肯定了主体性对于刑法规范的意义:刑法解释是解释主体的创造性活动,作为解释对象的刑法文本不再是评判解释结论正当性的唯一标准,刑法解释的正当性与解释主体的价值判断密切相关。正是解释主体的价值判断,使刑法解释在法正义的目标引导下走向了实质化,从追求刑法文本之含义(存在论)的解释学,转向探求刑法文本之意义(规范论)的解释学,这就使刑法解释的目标诉求得以凸显。

三、刑法解释的目标诉求:主体间性

现代刑法解释学致力于打破认知诠释学建构的主、客体二分认识图式,而旨在获得一种建构在主体间交谈、理解与共识所形成的“主体间性”。这恰如诺伊曼(Neuman)评价所言:“当然,合意与主体间性,论证与反思并非诠释学思维的专利,但不同于分析法理论,法律诠释学想把这些要素与文本协调起来。相反,分析法理论须将文本意义与主体间的理解割裂开来,因为它想只依据一般的语义学规则,去决定

^① 参见朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,载《中国社会科学》2010年第6期。

^② 张明楷:《刑法理念与刑法解释》,载《法学杂志》2004年第4期。

文本的意义,诠释学思维则可能使文本纳入一个主体间建构‘正确的’判断的过程中。”^①

罗蒂(Richard Rorty, 1931 - 2007)曾说:“自从启蒙时代以来,特别是从康德以来,自然科学一直被看作知识的范型,文化的其他领域必须依照这个范型加以衡量。”^②这就为实证主义法学的形成奠定了基础,自然科学以其特有实证性、严密性、普遍性摧毁了法学研究的自然法理路。法律实证主义认为“法律是一套规则体系”,这在奥斯丁(John Austin, 1790 - 1859)有关“法律是主权者的命令”的论断、哈特(H. L. A. Hart, 1907 - 1992)有关“法律是由主要规则和次要规则构成的体系”的论断及凯尔森(Hans Kelsen, 1881 - 1973)开创的“纯粹法学”等中得到集中体现。在实证主义法学之下,刑法解释必须尊重文本,并无进行创造的可能,当然,也并不需要强调主体间性。问题在于:强化刑法文本的实证性、严密性与普遍性,这只是立法者的美丽愿景,而法的不明确则是立法常态。加之,刑法文本乃是由刑法语言交织而成,规范语言不仅是罪状与法定刑的反映,也是刑法价值乃至社会价值的承载。此时,如果我们刻板地强调刑法文本的至上性,而不去分析、判断与甄别刑法文本之下的规范目的,问题非但没有解决,反而将上述“差异”转化为刑事司法的“悲剧性冲突”,比如,在许霆案中,一审法院依据《刑法》第264条第2款,对许霆以“盗窃金融机构,数额特别巨大”为由判处无期徒刑,即是这种悲剧性冲突的集中体现,从而也把刑法解释之主体间性的维度体现凸显出来。因为随着实质法治国、实质正义等理念深入人心,刑法文本之规范表达的缺陷也随之暴露,无论是刑法中空白罪状的出现,抑或大量诸如行凶、暴力、非法占有目的等不明确的规范语言,都会带来刑事司法难题,造成大量处于罪与非罪、此罪与彼罪之临界点的难办案件,这就需要借助刑法基本原则、法定刑、法益保护位阶、人之图像、刑事政策、民众的集体正义情感等对刑法文本的含义进行诠释,并重点揭示刑法解释的意义或价值,从而依循这种诠释得出一个令人信服的裁判结果,以实现法安全与法正义、合法性与合理性之间的有机统一。

这具有深刻的哲学基础。在哲学上,海德格尔(Martin Heidegger, 1889 - 1976)开启了一个新的诠释学向度,他指出:“通过诠释,存在的本真意义与它自己存在的基本结构就向属于此在本身的存在之理解宣告出来。”^③海德格尔关于“意义的世界”的表述可能使人们获得这样的理解,即在它之外还有一个“客观的世界”,即所有被胡塞尔(Husserl, 1859 - 1938)置于括弧中存而不论的东西。这个意义的世界实质上就是读者的视界(ein einziger Horizont),即那个在理解者之外的、客观的“历史视界”实际上并不存在,而是读者基于自己的视界而重构出来的。^④伽达默尔沿袭了海德格尔开辟

① [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第150~151页。

② [美]罗蒂等:《哲学和自然之镜》,李幼蒸译,三联书店1987年版,第283页。

③ Heidegger, *Sein und Zeit*, S. 37.

④ Vgl. Heidegger, *Sein und Zeit*. Max. Niemeyer UerLag Tübingen. 1986. S. 37. 转引自潘德荣:《认知与诠释》,载《中国社会科学》2005年第4期。

的道路,并走得更远,在他那里,解释本身就是解释主体及其作用对象(读者)两种视界的融合,并且这种视界包括“来自内在的、运动的视界,它超越了现在的界限而包含着我们自我意识的历史深度。事实上这是一种唯一的视界,在它自身之中包括了一切在历史意识中所包含的东西”。^① 他们对本体诠释学的建构,对刑法解释学具有重要启发:如果刑法文本十分明确,则不需要进行刑法解释,法官很容易架设起刑法文本与案件事实之间的桥梁,并实现无缝对接。当刑法文本的明确性出现不足之时,正当而合法的刑法解释结论不是事先存在于刑法文本而有待于解释者去发现、认知,而是在解释者的解释过程中逐渐生成并达成共识的产物,任何刑法解释都是解释者自己对刑法文本、立法原意的理解,这种理解都可能是主观的、不被接受的,因此,它必须在不同解释者的理解与商谈的基础上达成共识。这种共识性的解释才是刑法解释的主要任务。

从理论上分析,主体间性与主客观性的区别乃是解释者的主体性在刑法解释中具有正当性,只是,这种解释者的主体性并非个体意识,而是一种在讨论、商谈与理解基础上达成的共识,是解释共同体的智慧。如前所述,刑法解释必然会渗入解释者的价值判断,企图用自然科学中的定律反复作用于法律实践的设想只能是一个“美丽的梦”,并不具有现实性。毕竟,刑法文本本身可以没有道德内容,但该规则或体系却可以通过习惯性规则使道德标准成为该规则或体系的效力根据。^② 这种道德标准往往是确保刑法解释之合理性的“资本”,这就蕴含着实质解释的必要性。实质解释论者主张:“对构成要件的解释不能停留在法条的字面含义上,必须以保护法益为指导,使行为的违法性与有责性达到值得科处刑罚的程度;在遵循罪刑法定原则的前提下,可以做出扩大解释,以实现处罚的妥当性。”^③ 这主要是从解释的法律方法角度进行的论证,还有进一步考量的学术空间。因为,无论是以保护法益为指导,抑或追求处罚的妥当性,都不能只是法官个体的意见或个别法学界的解释,同时会在不同的解释者之间形成分歧。那么,何种解释结论才能够被大家所接受,则有一个商谈、论辩与达成共识的问题。由此决定,在遭遇罪与非罪、此罪与彼罪之区分难题时,解释者应该在不受宰割的对话中充分讨论,并充分考虑民众直观的大众情感,以得出一个各方大体上能够接受的解释结论。这才是刑法解释的目标。

受制于这种目标诉求,刑法解释还应该关注法学方法论,这就涉及了刑法解释的主体间性。毕竟,在一个价值单一化的时代,司法裁判并不是什么难事,法官之间“心有灵犀”,较易达成共识。可在一个价值多元化的时代,各种各样的价值立场粉墨登场,大放异彩,这在创造了精彩纷呈的“剧场”效果的同时,也使司法裁判变得艰难,讨论何为正当性的司法裁判则往往“众口难调”。这就给当代司法带来了巨大挑战:面对同一案件事实,但因不同的言说者的价值立场与分析工具不同而导致观点上的“纷争”,这在许霆案、李昌奎案、药家鑫案等案件中得到集中体现,以至于在实践中“法官

① 潘德荣:《认知与诠释》,载《中国社会科学》2005年第4期。

② 参见孙文恺:《“实证主义法学”与法律实证主义》,载《人民法院报》2011年1月7日,第7版。

③ 张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。

的专业”屡屡让位于“民众的愤怒”。这就把刑法解释之主体间性的重要性凸显出来。随即,我们可以将刑法解释的任务描述成:把那些赞成或反对某个评价性结论的理由相互权衡,这就暗含了某种刑法解释具有理性化的可能性。以刑法中的从犯为例,依据《刑法》第27条的规定,凡是在共同犯罪中起次要作用或辅助作用的是从犯。在这里,何为次要作用,这是一个典型的评价性概念。由于这一概念并没有满足法学定义之明确、清楚、明白的基本要求,以至于在实践中出现了解释多元化局面,这就需要在不同主体之间讨论、协商的基础上达成解释共识。更进一步讲,为何需要重视刑法解释的主体间性?这是因为:

其一,刑法文本必须借助规范语言来表达,也就必然渗入了语言自身所携带的主观性。正如谢晖教授所言:“法律作为人类的实践理性,最恰当的表达方式就是文字。”^①事实的确如此,任何法律、法规,不论其属于哪一部门、哪类规范、哪种形式等都要通过立法语言这一载体表现出来,^②并且刑法语言不仅意味着立法者话语的固定,而且意味着对一种普遍语言的寻找和期待,还是刑法规范的客观规定性和刑法适用主体的主观能动性之间的一种契通方式。对此,胡塞尔(Husserl, 1859 - 1938)的现象学(phenomenology)为我们提供了解释,现象学哲学视野内的对象世界已不再是本真的世界,而是经过主体构造过了的世界,主体通过对象的被给予性(杂多)的显现方式,获得了诸多的经验、体验,于是对象便在两个逻辑道路上展开:一是外在的对主体而言的显现方式;二是主体之内在的体验系列。对象以逐渐接近其本真状态的样式显现给我,我也以不断积累着体验的方式接近那个在我之外的本真世界。^③并且当认知理性无法解释本真的世界时,它就会产生一种强制性的、主观构造的认识模式,这就是康德(Immanuel Kant, 1724 - 1804)在《纯粹理性批判》(*Kritik der reinen Vernunft*)中所指出的,一切认识都是主体主观构造的符合论。^④

其二,法学乃是一种介于自然科学与人文科学之间的社会科学,这一属性决定它不能像自然科学那样全部是客观知识,也不能像人文科学那样陷入纯粹的理性之思。一如我们所知,刑法是事实、规范与价值的结合,它连接着“此岸”的规范和“彼岸”的事实两个不同的世界,并受价值选择的影响。单一强调事实的作用是片面的,也是没有生命力的,最典型的分析莫过于韦伯(Max Weber, 1864 - 1920)的“扔进去事实丢出来判决”的自动售货机式的比喻。现在学界不再排斥刑法解释对刑法实践的重要意义,目前困扰刑法学者的问题是:对刑法规范及其适用的不同理解将造成对刑法概念和理论的不同解释,从而导致对刑法解释的不同接受态度。在笔者看来,在刑法解释出现竞争和分歧时,想要达到比较一致或相近的解释立场、方法与结论,就必须诉诸对刑法学研究的修辞实践。而刑法解释以刑法语言为媒介,以“可理解性”、“合理性”和“可接受性”为有效原则,在事实上决定、规范并推动着刑法解释建立起话语与刑法规

① 谢晖:《法律的意义追问——诠释学视野中的法哲学》,商务印书馆2003年版,第146页。

② 参见周旺生、张建华主编:《立法技术手册》,中国法制出版社1999年版,第374页。

③ 参见晏辉:《共识与认同:在人生的视野内》,载《北京师范大学学报》(社会科学版)2004年第4期。

④ 参见张向东:《哈贝马斯商谈伦理中道德共识形成的逻辑》,载《道德与文明》2009年第4期。