

刑法解释立场之疑问：知识谱系及其法治局限

——一种法学方法论上的初步探讨*

王昭振

内容提要：在提倡刑法学派之争以及风险社会与法治建设初成的背景下，通过对实质的刑法解释立场之知识谱系的详细考察，可以发现，我国实质的刑法解释立场之主张与我国刑法犯罪构成的结构特点之间并不存在实质性联系。形式的与实质的刑法解释立场之间的对立，从表面上看，对刑法解释结论起决定性作用的似乎是刑法规范中的立法原意抑或客观规范目的，而根本上，则是法哲学根基与法学方法论的对立。绝对的强调尊重字面含义、注重从概念直接推导出结论的形式的刑法解释立场实质上是不存在的，以此对形式的刑法解释立场进行责难其实是一种理论上的误读。实质的刑法解释立场固然有其合理性，但方法与本体、形式正义与实质正义、主观的立法原意与客观的规范目的等范畴的对立都是实质的刑法解释立场运用中无法回避的问题。实质的刑法解释只有在形式的刑法解释结论与刑法的正义性存在根本性的冲突而又无法获得妥当性结论时，才能发挥其应有的作用。

关键词：实质的刑法解释立场 形式的刑法解释立场 知识谱系 法学方法论

王昭振，北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员，大连海事大学法学院副教授。

在中国刑法学领域，刑法解释的理论与方法构成了刑法学的核心问题与基本知识。这些年来，诸多刑民关系交错案件一直考验着人们对刑事法律与民事法律的正确适用。如何妥当地适用刑法条款，对案件的行为定性准确，说到底是一个刑法解释问题。在这些疑难个案的法律适用中，有无一个具有普适性的刑法解释理论，涉及到刑法解释的立场问题。在众多的刑法解释理论中，实质的刑法解释立场的提倡颇为引人注目，似乎已成为刑法理论研究中的一种潮流，人们也赋予其更高的理论期待。特别是在提倡刑法学派之争的宏观背景下，实质的刑法解释立场与形式的刑法解释立场的对立似乎具有更深层次的理论和实践价值。但在我们领悟与实践实质的刑法解释立场、明其事理的同时，也要考察其内在的知识谱系，警惕其有可能存在的历史局限性及对我国法治的可能侵蚀。

* 本文系作者主持的司法部“国家法治与法学理论研究”项目：《司法实践中刑民关系界分案件处理的实证分析及其法律对策研究》（项目编号：08SFB3015）的阶段性成果。

一 刑法解释概观

刑法解释方法的内容与地位的不断变革,不但与刑法理论而且与整个法学理论的发展存在密切关联。纵观我国刑法解释理论的发展,我们发现,刑法解释理论的立论及展开与相关法学理论范畴的发展变化是分不开的,其在刑法解释发展中所承担的角色,深刻地反映出我国刑法解释的某种发展趋势,而这种趋势与变化又深切地影响着我国刑法解释的基本立场及其内在的法理基础。

(一) 刑法解释由注重具体的解释方法向注重方法论转变

刑法解释向注重方法论的转变,其实是在刑法方法论乃至法学方法论发生变革的宏观背景下发生的。虽然方法与方法论只一字之差,意义却相去甚远。方法是指解决具体问题的门路与程序等。方法论则包含两层含义:一是关于认识世界、改造世界的根本方法;二是在具体的学科上所采用的研究方式、方法的综合。^[1] 刑法解释的方法是将现行有效的刑事法律规范适用于个案,以获得在纠纷解决中法律推理大前提的有效方法。刑法解释方法论则是有关获知纠纷解决中推理大前提即适用规范的方法的体系与有机体,代表的是刑法适用的基本立场。

根据刑法解释方法的不同,法学界将刑法解释分为文理解释与论理解释。文理解释就是对法律条文的字义,从文理上所作的解释。论理解释就是按照立法精神,联系有关情况,从逻辑上所作的解释。论理解释又包括当然解释、扩张解释与限制(缩小)解释。刑法解释的任务被严格限制在法条的字面含义以及对立法原意的探求上。随着社会的发展以及目的法学、社会法学、后现代主义法学等思潮的影响,特别是人们对法学知识属性的反思,法律概念的封闭体系以及立法原意的神话逐步破灭。总体上看,在我国刑法发展的前期,刑法理论着重探讨的是怎样实现正义的刑事立法,刑事立法怎样体现法律的公平与人权保护的价值,立法者应当怎样将这些价值观念贯彻到刑法典之中。刑法解释的任务也在于怎样通过具体的方法,将这些体现公平、正义观念的立法原意原样地贯彻到具体案件当中,解决具体的社会纠纷。近年来,刑法方法论特别是刑法解释的方法论问题逐渐成为人们关注的焦点,并以此开展了诸多刑法方法论的探讨,实现了由具体方法向方法论的逐步转向。^[2] 甚至有学者提出,时下我国刑法学方法论所面临的关键问题,不是如何构建刑法的本质、价值等本体问题,而是如何发展出一套精致的刑法解释论,即如何将具有内在的首尾一贯的逻辑体系——成文的刑法规范,通过构造诸如目的客观解释或漏洞补充或扩大解释等各种解释方法和技巧,将成文的刑法原则、制度演化为活动的刑法秩序。总之,如何发展出一套解释适用刑法规范的法律方法才是规范刑法学的根本。^[3] 与此同时,刑法解释方法论与刑法哲学的内在关系也开始得到反思,人们试图弥合刑法本体论与工具论之间的间隔,实现刑法解释学与刑法哲学的有机统一,从而奠定刑法解释学、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。

[1] 参见中国社会科学院语言研究所辞典编辑室编:《现代汉语辞典》(修订本),商务印书馆1998年版,第353页。

[2] 有关这方面的代表性著作主要有:梁根林主编:《刑法方法论》,北京大学出版社2006年版;陈兴良主编:《刑法方法论研究》,清华大学出版社2006年版;张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版等。

[3] 参见刘艳红:《走向实质解释的刑法学——刑法方法论的发端、发展与发达》,载《中国法学》2006年第5期。

(二) 刑法解释:主观、形式与客观、实质对立凸显

现今刑法学研究中,主观解释与客观解释、形式的刑法解释与实质的刑法解释的立场对立变得更加明显与尖锐。^[4]

所谓主观刑法解释,一般认为其目标在于探究或者阐明立法意愿。法官的任务在于忠实地执行制定法,在具体案件中贯彻立法者的意志。这也是我国传统刑法理论长期坚持的观点。有学者指出,主观的刑法解释理论的产生与传统解释学理念、三权分立学说以及法的人权保障机能存在密切联系。^[5] 传统解释学认为存在独立于作品之外的客观原意,这为刑法解释追求立法原意提供了指向与思路。三权分立学说中有关权力相互分立与制衡的原理只不过为法官贯彻立法意志提供了外在的权力基础与框架。立法一旦通过,立法原意就作为独立于立法者和社会其他人的客观的东西固定在立法条文之中,就具有了较强的客观性与稳定性,为刑法的人权保障机能提供了客观基础。在整个权力构架中,法官的任务就是客观中立地探究体现在刑事立法文本中的立法原意。客观刑法解释的目标则在于阐释刑法条文客观上所表现出来的意思或者以解析法律内在的意义为目标。学者一般认为,哲学解释学理论构成了客观说的思想基础。^[6] 也有学者认为,法律本身的含义问题与具体应用法律的问题是可能区分的,更为重要的是,法律本身的含义是在具体应用中发现和发展的,二者不可分离。制定法的真实含义不只是隐藏在法条文字中,同样隐藏在具体的生活事实中。在刑法解释、适用过程中,必须对刑法规范与案例事实的交互进行分析,一方面使抽象的法律规范经由解释成为具体化的构成要件;另一方面,要将具体的案例事实经由结构化成为类型化的案情,二者的比较就是事物的本质、规范的目的,正是在这一点上,形成构成要件与案例事实的彼此对应。^[7]

形式的刑法解释立场被看作是一种拘泥于法律的字面含义、强调法律概念体系的内在封闭性、强调尊重字面含义、注重从概念推导出结论的解释论。而实质的刑法解释立场则重视情势的变化与法律适用的目的,主张根据变化了的情势与目的的考量来发现法律规范的意义与目的。^[8] 如果说刑法解释的主观说与客观说之争主要涉及的是刑法条文的含义 shouldn't 随着时间、外部世界和人们的价值观念的变化而流变的问题,那么,形式解释论与实质解释论之争主要涉及的则是解释限度问题。从逻辑上来说,形式解释论者完全可能支持客观解释论,认为刑法解释就是要揭示刑法条文在当时情景下的字面含义;实质解释论者也完全有可能支持主观的解释论,认为刑法解释就是要揭示立法原意,而立法原意正是不为条文字面含义所局限的。^[9] 德国学者拉德布鲁赫将实质的刑法解释称为目的论解释,而在目的论解释之下又划分为主观(历史)解释与客观解释,主观解释追求立法者的意志,客观解释则追求法律的意义。^[10]

[4] 参见刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年版;邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版。

[5] 参见李希慧:《刑法解释论》,中国人民公安大学出版社1995年版,第76-77页。

[6] 参见许浩:《刑法解释的基本立场——对实用主义法律解释观的论证》,载《东方法学》2008年第6期。

[7] 参见张明楷:《立法解释的疑问——以刑事立法解释为中心》,载《清华法学》2007年第1期。

[8] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第158页;苏彩霞:《实质的刑法解释论之确立与展开》,载《法学研究》2007年第2期。

[9] 参见许浩:《刑法解释的基本立场——对实用主义法律解释观的论证》。

[10] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,第158页。

然而,在我国刑法学界,持实质刑法解释立场的学者往往是客观解释论者,其论述往往是在客观解释的目标指导下展开的;持形式刑法解释立场的学者又与主观的解释理论关系密切,其论述往往带有浓厚的主观解释论的影子。^[11] 因此,在中国现有的语境下,实质的刑法解释立场与形式的刑法解释立场的对立在很大程度上就是客观解释论与主观解释论对立的一个缩影,所以有些学者将实质的刑法解释立场与客观解释论相混用也就不足为奇了。

从上述我国刑法解释中主观与客观、形式与实质的对立分析,可以发现,这些对立与分歧并不能简单地用具体的刑法解释方法与理论进行概括。实际上,那些对立是法哲学根基的对立,是刑法解释(诠释)中本体论与方法论的对立。这种对立决定了在达至刑法解释彼岸的具体方法论与刑法思维属性方面必然存在根本性的不同,也就决定了它们在刑法解释立场上走向了不同的道路。

二 实质的刑法解释立场之“实质”

实质的刑法解释立场之“实质”处于立场的核心地位,它是整个实质的刑法解释立场构建与有效运作的基础。欲了解与评判实质的刑法解释立场,应当首先厘清与明确实质的刑法解释立场之“实质”的内涵、存在根据及其在此解释立场中的运作机理。对于实质的刑法解释立场之“实质”的理解,往往是在与实质的犯罪论相一致的层面上加以理解和应用的,认为实质的犯罪论导致了实质的刑法解释立场的产生。主张在刑罚法规的解释特别是构成要件的解释上,应当从处罚的合理性和必要性作为出发点,对构成要件进行实质性的解释。对于实质上值得科处刑罚但又缺乏形式规定的行为,实质解释论主张在不违反民主主义与预测可能性的前提下,发掘与穷尽刑法用语的可能文义,对刑法做扩张解释。当刑法条文可能包含了不值得科处刑罚行为的时候,通过实质解释论,将单纯符合刑法文字但实质上不值得刑罚处罚的行为排除在犯罪之外。^[12]

在我国,通常在同一意义上使用实质的刑法解释立场与实质的犯罪论,似乎他们之间有着某种天然的联系。然而,我们也看到,犯罪构成与犯罪论体系向来是实质的,但照样存在形式的刑法解释与实质的刑法解释的争论。这一理论现状颇为耐人寻味。其实,形式的犯罪论与实质的犯罪论都是讲求价值评价的,都需要考虑犯罪本质、犯罪构成要件的保护法益,无非是价值评价的次序与地位在两种理论中是不一样的。刑法解释之争同犯罪论之争并不存在必然联系,它们属于两个不同层面的问题。

(一)“实质”与“事物本质”、“规范目的”

实质的刑法解释立场的确立与展开是建立在对形式的刑法解释立场的批判基础之上的,而形式的刑法解释立场却又与概念法学的理论存在密切的关系。概念法学强调法律是由法律概念作为构成因素的法律规范所组成的一个包罗万象的封闭体系,法的适用是法律概念和命题之间的纯逻辑推演。事实上,概念法学学者往往是法律实证主义者。而一个纯

[11] 参见张明楷:《刑法解释理念》,载《国家检察官学院学报》2008年第6期;张明楷:《刑法理念与刑法解释》,载《法学杂志》2004年第4期;张明楷:《从生活事实中发现法》,载《法律适用》2004年第6期;苏彩霞:《实质的刑法解释论之确立与展开》。

[12] 参见李立众、吴学斌主编:《刑法新思潮——张明楷教授学术观点探究》,北京大学出版社2008年版,第67-70页;刘艳红:《实质刑法观》,第172-222页;苏彩霞:《实质的刑法解释论之确立与展开》。

正的坚定不移的实证主义者必定偏爱“主观的解释理论”,据此法官必须遵守体现在法律中的当下立法者的意志。这种坚定不移的实证主义者就是规范的逻辑实证主义,其理论兴趣在于应然的规范形式结构,把法律的识别机制建立在形式的或程序的基础上。而那些影响法律内容的实质性标准问题,都不是考察法律是否为法律的主要的决定性标准。由此可见,在逻辑上,规范的逻辑实证主义在法律的解释中遵守与考察立法者的立法原意是一件理所当然的事情。虽然立法者的主观意志体现为一种价值选择,但立法原意一旦通过立法,就作为独立的客观的东西固定在立法条文之中,对于立法者的意志,可以通过对法律条文的细致考察探明,这样,仍然能够维系法律体系的封闭性以及法律推理大前提的确定性。可以说在形式主义的概念法学理论中不可能有作为价值评价的客观的“规范目的”的存在。

概念法学与法律实证主义的联姻,使法律体系面临两个方面的问题:一是形式主义的概念法学导致法律意义的空洞化,法律概念抽象化。预设的法律的完整性,即制定的法律秩序作为一个封闭的无漏洞的法律整体在事实上已被证实无法遵守;二是对于不公正或不道德的法律,采取“主观解释理论”的实证主义显得苍白无力。客观的解释理论欲以“意义”来丰富法律概念,于是,人们开始把目光投向法律的事实。经验的法实证主义即发端于此,它把法不是理解成内心世界的事实,而是看成外部世界的事实。例如,耶林曾一度把社会视为真正的立法者,所有法的规定都具有维护社会生活条件之目的。^[13] 社会学法学作为对形式主义观点的回应,认为不考虑人类社会生活的实际情势,就不可能理解法律。美国大法官本杰明·N. 卡多佐认为,司法必须与社会现实相适应。法官霍姆斯更是强调法律的生命始终不是逻辑,而是经验。美国的法律现实主义运动更是将法律的规范性因素或规定性成分降到最低限度,对于他们来说,法律只是一组事实而不是一种规则体系,法官、律师、警察、监狱官员实际上在法律实务中的所作所为实质上就是法律本身。^[14] 由此可见,按照经验的实证主义的观点,规范的逻辑实证主义意义上的法律在实践中就根本不存在,法律具有丧失客观标准的危险与可能性。

随着人们的目光从实在的法律规则转向法律事实、社会事实,可以发现以下问题:一是法律体系实际上并不完全是一个封闭的完美体系,而是一个开放体系,是一个充满价值判断的体系,在法律的解释与判断中涉及到诸多的法律与社会因素;二是对于一个具有开放特征、涉及价值判断的法律体系以及与此相对的丰富多彩的社会现实来说,经验的实证主义看不到规范,而规范的逻辑实证主义却对实际生活视而不见。在司法实践中,如何跨越事实与规范或实然与应然二元区分的这一休谟难题;如何超越自然法与实证主义的立场等,都是法律解释实践中的重要命题。

对于如何从应然走向实然,德国法学家拉德布鲁赫认为应当借助“事物的本质”这一“思维形式”来沟通实然与应然。^[15] 拉德布鲁赫借助“事物的本质”重新认识了法律概念,认为法律是涉及价值的现实。^[16] 拉德布鲁赫的法律概念,既不是纯实证主义的,也不是自然法的。他清醒地认识到,在法的安定性价值之外,法还拥有另外两项价值:合目的性和正

[13] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,第164-166页。

[14] 参见[美]E. 博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第146-156页。

[15] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,第125、179页。

[16] 参见[德]G. 拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第4、27、31页。

义,安定性居于首位。^[17] 在实在法与正义之间存在根本性矛盾时,法律的实质解释作为一种实现法之正义的有效途径就会发挥作用。由此,拉德布鲁赫提出“客观的解释理论”,并具备了某些法律解释学的雏形。^[18] 虽然拉德布鲁赫的“事物的本质”仍仅仅具有个别的方法论意义,但它毕竟借助“事物的本质”与“规范的目的”实现了实然与应然、事实与规范之间的有效沟通。

而真正实现“事物的本质”这一“规范的目的”并使之具有本体论地位的是哲学解释学。对这一问题的探讨是从语言的理解开始的。如果说在海德格尔以前法律解释学是属于方法论的,那么在其之后的法律解释学则具有本体论的意义。哲学解释学代表人物伽达默尔对法律解释学也做了深入研究:认为每一种文本理解同时就是解释者当下意识的应用。为正确理解法律的规范内容,解释者不能使自己束缚于例如会议记录告诉的当时的立法意图,他必须承认以后发生的变化,并据此重新界定法律的规范作用。^[19] 在他的法律解释学中,客观的“规范目的”具有极其重要的地位。20世纪50年代末,阿图尔·考夫曼继承了其业师伽达默尔有关法律解释学的观点,以“事物的本质”展开其基本理论——法律解释学的探讨。认为“只有在规范与生活事实、应然与实然,彼此互相对应时,才产生实际的法律:法律是应然与实然的对应”。^[20] 规范与事实之间之所以能够相互对应并取得一致,是由于存在一个调和的第三者——事物的本质。“从事实推论至规范,或者从规范推论至事实,一直是一种有关‘事物本质’的推论。‘事物本质’是类推的关键点,它不仅是立法也是法律发现之类推过程的基础。”“事物本质”具有强烈的法律实践意义。所以“法律人的才能主要不在认识制定法,而正是在于有能力能够在法律的——规范的观点下分析生活事实”。^[21]

我国刑法学者在阐述与论证实质的刑法解释立场之时也基本上继承了考夫曼的法律解释学观点:坚信客观的“规范目的”,承认刑法规范的开放性,采用解释循环方法,强调存在与当为的调和等。例如,刑法学者认为我国《刑法》中犯罪概念与犯罪构成形式与实质有机统一的特点决定我们必须采取实质的刑法解释立场。^[22] 在实质的刑法解释立场展开过程中,明确了犯罪本质即构成要件保护法益对具体构成要件进行解释的指导功能。在所有实质的刑法解释立场的论述中都是围绕一个问题加以展开的,即刑法规范的“规范目的”或者说“事物本质”。由此可见,实质的刑法解释立场说到底是一个法学方法论上的命题,具有其独特的法哲学根据。

(二)“实质”判断的模式

这里主要阐述考夫曼以及我国刑法学实质的刑法解释立场的“实质”判断模式。所谓“实质”的判断模式就是在刑法解释中,研究如何达至“规范的目的”,揭示“事物的本质”,从而完成具有法律拘束力的裁判的过程。

[17] 参见柯岚:《拉德布鲁赫公式的意义及其在二战后德国司法中的运用》,载《华东政法大学学报》2009年第4期。

[18] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,第133-137页。

[19] 参见郑永流:《出释人造——法律解释学及其与法律解释学的关系》,载《法学研究》2002年第3期;吴庚:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社2007年版,第281-286页。

[20] [德]亚图·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,台湾五南图书出版有限公司2000年版,第148页。

[21] [德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第87、103-105页。

[22] 参见苏彩霞:《实质的刑法解释论之确立与展开》;刘艳红:《犯罪构成要件:形式抑或实质类型》,载《政法论坛》2008年第5期。

要正确阐释考夫曼所主张的法律判断模式,首先要理清法律适用与法律发现之间的内在关系。考夫曼认为法律发现与法律适用都是一种法律应用活动,它们只是在法律扩张的程度上不同。法律适用的扩张程度小一些,法律发现的扩张程度要大一些。法律适用是法律发现的一种,法律发现与法律适用存在着上下位的包容关系。考夫曼认为,法律解释其实就是一种法律续造。他所代表的法律诠释学是“释无”的观念。“释无”就是指纵然有白纸黑字的规范,但它们尚不是法律,充其量只是法律渊源,只有经适用者解释后的规范才是法律,法律存在于法律解释与法律应用之中。^[23]我国刑法学者张明楷也继承了这一认知思路,认为法律本身的含义就是在具体应用中发现和发展的,二者不可分离。任何解释结论的正义性,都只是相对于特定的时空、特定的生活事实而言,生活事实的变化总是要求新的解释结论。^[24]如果说只有经适用者解释后的规范才是法律,法律发现就是法律适用,那么,如何进行法律发现?这是实质的刑法解释立场中“实质”判断需要解决的关键问题。

考夫曼给出了解决此问题的方案:在规范与事实之间进行等置。由于规范抽象地概括出典型的事实,对规范与事实进行等置,实际是对待决案件与由法律认为是无疑的一类案件进行等置。这就赋予了等置的性质不仅是决定和推论,也不仅是解释,而且是积极的建构性行为。法律发现或法律获取就是类比事实与规范,类比便成为法律发现或法律获取的主要途径。^[25]如果用一句话对考夫曼的等置模式进行概括,那就是:法律发现的主要途径就是类比,法原本就具有类推的性质,而这种类推是紧紧围绕“事物的本质”展开的,是一个归纳与演绎相互交错的过程。接下来的问题就是如何等置?这方面涉及的问题比较多,不同的学者由于自身的认识与论证侧重点不同而表现出不同的认知图式。在等置模式中,“实质”内涵的判断经历了诸多的阶段,而且还单一或综合地运用到了各种具体的法律研究方法。其中设证、归纳、类比、演绎作为工具服务于构建大小前提;解释和诠释发生在设证、归纳、类比、演绎过程之中,它们涵盖事实和规范两个方面;在诠释和解释时,除了传统的四要素外,还要考虑其他许多要素:结果考量、法的稳定性、法的统一性、是非感、公道、实践能力等,它们常常是循环进行;目的论限缩、目的论扩张、法律修正、正当违背法律、法律补充等方法,则意在获得相关法律规范。^[26]

在我国,实质的刑法解释立场之提倡虽渐成一种潮流,但对于实质的刑法解释立场中“实质”内涵的具体判断以及应当如何操作问题进行探讨的却很少见,在方法论上也还尚未形成完整的认知体系。只能说,基于法律诠释学的原则,实质的刑法解释立场基本上呈现出了“一体、两翼”的诠释学思路,即以客观目的探求为核心,注重诠释学循环与诠释者前见的具体运用。但是我们还应该看到,自从经验实证主义从法律事实、社会事实中探求法的本质、复归法律的价值判断属性以来,人们需要考虑的价值判断就不仅仅是立法思想、客观目的等法律内在价值,而且还要考虑诸多的法律体系外的因素,比如法官个人的前见、结果考量(法的社会效果)、公众的社会可接受性、社会的常理、社会习惯习俗、社会政策(包括刑事政策)的考量等。实质的刑法解释立场之“实质”内涵也就随之发生了根本性的变化,实质

[23] 参见郑永流:《出释人造——法律诠释学及其与法律解释学的关系》。

[24] 参见张明楷:《立法解释的疑问——以刑事立法解释为中心》。

[25] 参见郑永流:《法律判断形成的模式》,载《法学研究》2004年第1期。

[26] 参见郑永流:《法律判断形成的模式》;郑永流:《法律判断大小前提的构建及其方法》,载《法学研究》2006年第4期。

的刑法解释立场就不仅是一个刑法规范之内的事情,而且还是一个刑法规范之外的事情。如何整体性地考量这些影响因素,就不仅仅是刑法诠释所能解决的,所以,当今的刑法诠释或者说刑法解释都或多或少与逻辑推理相结合。如何有效地处理这些影响因素,是实质的刑法解释立场在构建自己的诠释理论时必须认真加以考量的问题。

三 实质的刑法解释立场之疑问

实质的刑法解释立场在实现刑法的实质正义以及合理性方面确实起到了重要作用,增强了刑法规范本身的灵活性以及刑事判决的可接受性,但当以理性的眼光审视实质的刑法解释立场时,其所存在的诸多历史局限与问题也是刑事司法实践中不得不加以高度警惕的。

(一) 方法论抑或本体论?

方法论或本体论归根结底是一个哲学问题,但在此处,只是想结合刑事法律判断的特殊性阐释实质的刑法解释立场,到底是方法论问题抑或本体论的问题。通过对考夫曼的法律诠释学立场与我国实质的刑法解释立场知识谱系的考察,可以发现,我国实质的刑法解释立场与德国的法律诠释学一样首先是本体论的,具有法律诠释学的性质,实质的刑法解释就是一种法律诠释学。而这种法律诠释学的立场又来源于海德格尔创立、伽达默尔做了重要发展的哲学诠释学。所以在实质的刑法解释立场的理论论述中,到处都能看到哲学诠释学有关“理解即应用”、“历史效果意识”、“诠释学循环”、“诠释一直是创造性的”等诠释学思想的影子,从而主张法是实然与应然的对应,法原本就具有类推的性质,刑法解释就是在心中充满正义的前提下,目光不断往返于刑法规范与生活事实的过程。事实上,在哲学诠释学具有重要影响的今天,有许多人都在尝试恢复法律诠释学的方法论的地位。面对这种理论论争的局面,考夫曼做了折中处理,主张诠释学具有两种不同的面貌,它既是先验哲学,也是一种方法论,在研究法学方法时就取其方法论的一面。^[27]我国学者在论述实质的刑法解释立场时,似乎也坚持了同样的思路,即实质的刑法解释立场既具有浓厚的哲学本体论色彩,同时又是一种法学方法论。但实际上,在伽达默尔看来,哲学诠释学是反对方法的,甚至将方法作为达至理解的障碍,即使在哲学诠释学视野下的法律诠释学具有“体”与“用”的双重性质,但“用”也只不过是“体”自然产生的副产品。^[28]在刑法领域,对实质的刑法解释立场如果过于强调法律诠释学的本体论地位,将会产生诸多的负面后果,最终可能会造成“本体反对方法”的局面,刑法诠释方法的存在可能变得没有意义。这些消极后果大致表现在如下几个方面:

第一,会对刑法的安定性造成消极影响。如果认为法就是实然与应然的对应,只有经过适用者解释后的规范才是法律,才能作为判决的准绳,那么,刑法典仅仅只是法官获取刑法规范的一种重要的法律渊源,一个重要的论证资源,这样一来,刑法的确定性就会成为一个问题。在这样一个刑法解释受到诸多刑法之内与刑法之外因素影响的时代,不知人们是否还能对刑法规定本身产生一个比较明确的预期,从而从容地规划自己的生活与行为?

第二,如果认为法原本就具有类推的性质,法的适用就是一种类推,那么对于向来强调

[27] 参见吴庚:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社2007年版,第286-307页。

[28] 同上,第305页。

禁止类推的刑法规范而言,禁止类推的原则就成为泡影,这对于刚刚跨入法治国建设门槛的我国来说,无疑是一个沉重的打击,对于我国的法治建设也将存在负面的瓦解作用,并最终动摇罪刑法定原则。而实际上,这一问题已在刑法理论上产生了消极影响,体现为在刑法中,为类推解释正名的声音时有发生,并积极主张类推解释在刑法解释中具有合理性和正当性基础。^[29] 这是我们在刑事法治建设过程中需要时刻加以警惕的。

第三,刑法解释的“实质”判断的等置模式过于强调刑法解释中的价值判断因素,法官个人前见的功用也会对刑法的明确性原则造成消极影响。如果说罪刑法定原则的实质侧面通过司法实质审查方式来达到制约立法权,那么司法权价值评价权限的扩大与法官个人前见的非理性运用同样也会造成司法专横。

第四,从哲学诠释学的观点看,理解即是“此在”的存在方式,将这种理解或诠释本身定位为既是一种本体又是一种方法,即使这种理解在逻辑上是成立的,但长此以往,“体”与“用”之间的内在关系必然出现张力,何者为主何者为辅就会成为问题。这也是为什么在哲学诠释学中会产生诠释之“用”是诠释之“体”的自然的副产品的根本原因所在,在刑法解释之中也会产生同样的问题。

实质的刑法解释立场应当始终坚持其方法论的品性。实质的刑法解释立场作为对刑法规范的诠释在实质上原本就是方法的,而不具有本体论的意味。本体论的思考不是刑法解释需要考虑的问题,它是刑事立法的使命。从哲学的观点来看,诠释学的立场确实具有启发意义。在法哲学中,当实在法与正义之间存在根本性矛盾时,为沟通实然与应然,西方学者提出并发展了“事物的本质”与“次序概念”,认为法是应然与实然的对应,法原本就具有类推的性质,等等。然而,法律诠释学是整个诠释学中一个特殊的组成部分,法律诠释具有规范目的的功能,是一种独断性解释。法律是用来规范人们行为的,所以应用首先要理解法条的文本,然后才能适用于具体个案。也就是说,理解与应用是分开进行的,而不是如哲学诠释学所说的,理解即应用。而刑法解释在整个法律解释中又是一个比较特殊的领域,刑法解释受到罪刑法定原则的严格限制,没有哪一个法律领域像刑法这样如此重视罪刑法定主义。那么,罪刑法定主义在刑法中真正的功用是什么?其实,罪刑法定主义在刑法中的真正意图在于防止立法专横与司法擅断,限制国家权力,从而保障人权。在限制国家权力方面,罪刑法定主义尤为强调刑事立法权与刑事司法权之间的相互制衡。立法与司法的分权在刑事领域显得尤为突出与重要。这样一来,“事物本质”或“规范目的”概念在刑事立法与刑事司法中的作用就出现了分化。“事物本质”、“规范目的”、“类型观念”是用来描述与规范刑事立法的,使刑事立法符合正义观念,在此阶段,“事物本质”具有本体论的功能。总之,刑事立法是正义法律理念的具体化,立法目的本身应当是正义的具体体现。在刑事司法中,立法目的则是用来确定规范与事实之间进行推论的根据,在此阶段司法者的任务在于探求立法者的目的与意图。在立法目的本身并不存在根本性缺陷与瑕疵的情况下,法官必须事前假定立法者的立法目的大致是符合正义的。法官需要做的就是发展与完善刑法解释的各种方法以及各种方法的有效综合运用。所以,实质的刑法解释立场原本就是方法论的,具有方法论

[29] 主张此类观点的论文内容可参见杜宇:《刑法上之“类推禁止”如何可能?——一个方法论上的悬疑》,载《中外法学》2006年第4期;黎宏:《“禁止类推解释”之质疑》,载《法学评论》2008年第5期;吴丙新:《扩张解释与类推解释之界分——近代法治的一个美丽谎言》,载《当代法学》2008年第6期等。

的功能。

(二)形式正义抑或实质正义?

自从罪刑法定主义区分形式侧面与实质侧面以来,在刑事法治国的构建之中,刑事法治的形式理性与实质理性、形式正义与实质正义就成为人们日益关注与解决的问题。形式意义上的罪刑法定主义强调刑事法治的形式合理性,旨在强调刑法规范的安定性与可预测性。而实质意义上的罪刑法定主义则强调刑事法治的实质合理性,强调罪刑规范的正义性与妥当性。然而,在现有的社会条件下,形式正义(理性)与实质正义(理性)时常发生冲突,在这种情况下,应当如何进行选择?

如果单纯从逻辑分类的角度来看,大概有以下几种解决方案:一是坚持形式正义、形式合理性的立场;二是坚持实质正义、实质合理性的立场;三是坚持形式合理性为主、实质合理性为辅的折中立场;四是坚持实质合理性为主、形式合理性为辅的折中立场。上述解决方案中,第一种与第三种解决方案在主体内容上具有一致性,都旨在强调形式正义或形式合理性的普适性。只是第三种解决方案在强调形式合理性作为普适性命题的同时,承认特定情况下实质正义或实质合理性作为个别命题存在的意义和价值。而第二种与第四种解决方案则具有实质的一致性,旨在强调实质正义或实质合理性的一般命题特征,形式正义仅是达至实质正义的一个逻辑起点,形式正义最终依附于实质正义,因为刑法毕竟是用语言文字来表达的,语言文字是刑法规范的载体,刑法解释与理解自然从刑法的用语开始。那么刑事法治的形式合理性与实质合理性追求与刑法解释立场存在何种关系,这是探讨与评析实质的刑法解释立场所必须解决的问题。

刑法的实质正义认为,刑法规范是正义的文字表述,刑法规范的存在意在追求、实现社会的正义与公共福祉。刑法的解释也就是在探求蕴含在刑法规范中的客观正义观念,实质的刑法解释立场实际上追寻的就是此种思路。由此决定了刑法规范必须是一个开放而不是一个封闭体系,这也决定了刑法解释追求的是体现在刑法规范中的客观目的而不是立法者的意志,客观目的随着社会的发展变化呈现出不同的面相。法官的前理解与社会民众对刑事判决的可接受程度等因素成为刑法正义探求的重要条件与参照,实质的刑法解释立场就是在这些诸多的外在与内在因素中重塑刑法客观正义的形象。

形式的刑法解释立场则强调刑事法治的形式正义与形式合理性,关注的是刑事法治建设中刑法规范的安定性与人们的可预测性。这样一来,实质的刑法解释立场与形式的刑法解释立场在刑法的正义性理解与追求上就产生了明显的分歧。在达至刑法正义的方法与路径上,它们也遵循了完全不同的规则。实质的刑法解释立场坚持的是等置模式,类比是法律发现或法律获取的主要途径,等置模式也更加侧重价值判断,演绎推理则处于一个比较次要的位置,成为类比的附庸与婢女,主张从生活事实中发现法。而形式的刑法解释立场则坚持推论模式,推论模式以逻辑演绎与推理作为刑法解释的核心与主干,强调刑事法律适用结论的确定性与可预测性。虽然在概念法学时代,由于过于强调概念之间的单纯复制与逻辑推演关系,形式的刑法解释自然体现为对制定法预设的单纯复制上。但是,法治发展到今天,几乎没有什么人愿意完全回到单纯的概念推演与复制时代,形式的刑法解释立场也不再是立足于概念自身的逻辑自足,而是基于对立法者立法原意的探求与论证作为自身合理存在的必要前提,形式的刑法解释立场与立法原意的有机结合就成为一件顺理成章的事情。在法律推理模式中强调立法者意图与价值选择不仅仅在于说明法律推理得以进行的正当理

由,还在于探究立法原意,追求刑法的安定性,刑法的安定性在刑事法治中具有无可替代的地位。这是现今的形式的刑法解释立场有其合理性的重要根据,因为它从根本上致力于而事实上也维护了法治作为规则之治的基本要义。

“犯罪产生于社会生活并随之变动而变化,只有根据当下社会背景和犯罪态势解释适用刑法规范,才能使成文的刑法规范永远在稳定性与变易性之间谋求平衡,并充分实现正义、公平、刑罚法规的妥当性等价值目标。”^[30]问题的关键在于,应当如何谋求刑法规范的稳定性与易变性之间的平衡?刑事法治作为规则之治的根本属性,决定了在这一平衡中,法的安定性应当居于刑法价值的首要位置。虽然长期以来由于人们过于强调法律实证主义的知识属性,导致了第二次世界大战纳粹黑暗统治时期刑法正义的迷失,但人们从来没有中断对法律特别是刑法的形式主义的追求。在我国,有的学者也保持了清醒的认识,提出了“法治反对解释”的原则,认为在现阶段的法治建设中,法治反对解释的原则不但是一种政治立场,也是一种反对过度解释的姿态。他/她们认为司法的本质是服从法律,司法人员最主要的职业道德就是要表达对法律的忠诚与服从。法治反对解释不仅是因为许多法律不需要解释,更主要的是一种尊重立法原意的立场。我国的法治才刚刚起步,认真对待规则是其基本要求。但很多时候,我们的法学研究却紧跟西方,径直进入了后现代,对法律规则的权威、对支持规则权威的形式法学进行了无情的批判。许多学者的论文都在倡导通过司法能动主义来释放法律的能量,倡导能动主义的创造性,高喊“警惕文字的暴政”,认为文字是靠不住的。但这种盲从忽视了中西方法治建设的诸多不同,西方法治经过了一个被称为严格法制的时代,其思维形式受到了形式逻辑的严格训练,所以在解决问题时容易受形式逻辑的支配,情势等因素可能被忽视。而我们缺乏的恰恰不是变数,而是对法律一般意义的遵守。法律解释中的变数已使我们的法律没有了权威,法制没有了严格性。^[31]其实早在民国时期,我国学者王伯琦就对当时法官的法律适用与法律解释作出了比较中肯的评判,这一论断对我国现阶段的刑法解释立场的选择同样具有重要意义。他说:“我可以不讳地说,我们现代的执法者,不论其位至法官或行政官,不患其不能自由,唯恐其不知科学;不患其拘泥逻辑,唯恐其没有概念。”“在吾国的传统文化里,成文法的权威,从来没有建立起来,概念逻辑,从来没有使用,19世纪西洋崇尚成文法如至尊,视概念逻辑如至宝的时候,彼我之间几乎完全隔绝,到了20世纪之初,我们听到他们要打倒成文法至上观念,要排斥概念逻辑于法学之外,乃不禁喜形于色,曰:此非吾国行之数千年之老办法乎?于是认为西洋的最新法律思想,恰恰与我们的传统观念接了轨。”^[32]

在中外刑事法治国的构建中,没有哪一个国家会坚持绝对的形式正义,更没有哪一个国家会坚持绝对的实质正义。对处于法治建设初级阶段的我国而言,坚持以形式正义为主、实质正义为辅的原则更具有现实意义。由此决定了,实质的刑法解释立场在刑事法律的解释与适用中并不具有普遍意义,并不是一个普适性命题而是一个需要在特定情形下具体适用的个别命题,只能在特别情况下做出限制性适用。

[30] 刘艳红:《包容性刑事法治国之构建与提倡——刑事法治基本模式之冲突与出路》,载《现代法学》2009年第2期。

[31] 参见陈金钊等:《法律解释学——立场、原则与方法》,湖南人民出版社2009年版,第313-325、360页。

[32] 王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第168、175页。

(三) 客观的规范目的抑或主观的立法原意?

实质的刑法解释立场主张刑法解释应当体现刑法规范的客观规范目的,而这一客观的规范目的并不存在一个固定的内涵,在每一个案件中,都要去重新领会法律,以实现每个案件的实质正义。实质的刑法解释论者主张在刑法解释中追求立法原意,这存在诸多缺陷:第一,立法原意是什么并不十分明确;第二,立法者在制定刑法时,常以过去已经发生的案件作为模型来表述构成要件,而难以甚至不可能想象到刑法适用过程中发生的形形色色的案件,面对立法时未曾发生的案件,立法者不可能有立法原意;第三,刑法一经制定与颁布,就是一种客观存在,与立法原意产生距离。刑法具有相对的稳定性,但它同时必须适应社会发展的需要,否则便没有生命力。然而,立法原意是制定刑法当时的意图,即便承认它的存在,它也不能随时产生变化,主观解释论不能适应社会发展的需要;第四,强调主观解释论多多少少反映出人治的观念。^[33]

上述实质的刑法解释立场对立法原意的批判并不公允。刑法中立法原意确实可能存在一定的缺陷,刑事立法一旦制定,体现在其中的立法原意就会与处于变动中的社会现实产生距离,甚至难以完全调整刑事立法之后的一些新的社会关系等,但这不是否定探求刑事立法原意的充足理由,也不必然完全导向实质的刑法解释立场。刑法解释解决的不仅仅是以成文的法律语言所表述的刑法规范的局限性与变动不居的社会现实之间的张力与矛盾,而且更为重要的是,从根本上体现了刑事法治实践中的权利与权力制衡问题。而要做到公民权利对国家权力的有效防御与制约,必须首先要做到国家权力内部之间相互制衡,即立法权与司法权的内在分立与制衡。采用形式的刑法解释立场,明确刑法规范中的立法原意,有利于立法权对司法权的有效制约,这是各国法治建设的基本经验与逻辑。在各国法治建设的初期,为防止司法专断,必须积极探求刑法规范中的立法原意,假定制定法具有完整性与封闭性,进行形式的刑法解释是其必然选择。可以说,是法治构建本身选择了形式的刑法解释,而不是相反。采用实质的刑法解释立场,明确刑法规范的客观规范目的,有利于实现司法权对立法权的有效制约,从而实现案件的个别正义,这又是各国法治走向完善的必备要件。如果说形式的刑法解释立场假定立法者不会颁布“卑鄙”之法律,而司法者能够实现一般之正义;那么,实质的刑法解释立场则在于警惕与修正立法原意中的非正义因素,通过司法的途径实现个别之正义。在权力的相互分立与制约中,没有刑事立法及其立法意图就没有刑事法治的基本框架。同理,没有通过司法途径达至的客观规范目的就没有刑事法治现今的相对完美的形态。

实质的刑法解释立场追求绝对的实质正义以及超越立法原意的客观规范目的,从而使刑法的解释与适用过程承载了过多的价值评价因素以及太多的非理性因素。而过多的价值评价负担与非理性因素使刑法的解释与适用充满了诸多变数,从而使刑事法律的适用变得不可预测,类推解释频现。毕竟扩大解释与类推解释的界限难以把握,至今是刑法学上一个充满悬疑的难题。这也恰恰成为实质的刑法解释立场借此发挥其作用的广阔空间。如果过于追求法律的实质正义,便有可能最终否定法律规则的标准意义。即使拉德布鲁赫在为重建第二次世界大战后德国法治、提出“拉德布鲁赫公式”之初,仍然对立法原意所及于的法之安定性的重要意义给予了高度重视,认为通过法令和国家权力来保障的实在法是具有优

[33] 参见张明楷:《立法解释的疑问——以刑事立法解释为中心》;张明楷:《刑法解释理念》。

先地位的。^[34]虽然考夫曼发展了拉德布鲁赫的“事物本质”的理论,但其所主创的“事物本质”与类型理论及其等置模式在德国法律学界仍存在诸多不同的声音。例如,德国学者菲肯齐尔(W. Fikentscher)就拒绝等置理论,认为这一理论存在逻辑上不可描述、不可能进行三段论推论、只是提供或然性判断等缺陷。^[35]德国学者卡尔·拉伦茨对法律诠释学持谨慎的态度,他认为,尽管个案不同,但不能容许因任何情况的变化,即刻对准则作出新的其他解释,否则,“相同准则”这一正义的基本要素将纯粹变为幻想。^[36]在这些学者看来,主观的立法原意在刑法解释中的位阶选择上具有优先适用的效力。正如有学者所言:“倘使我们否认了立法者的意思,法律的内容将成为真空,个人可以装进个人喜欢的东西。解释者倘可有这样的自由,成文法最重要的二种特征,确切性及安定性,将丧失殆尽。”“解释成文法而不顾立法的意思,这是根本忽视了成文法所以成为成文法的理由。”^[37]这也是为什么法律解释是一种独断性解释的根本原因。如果说刑法的正义性是以刑法的安定性为前提与依归,那么在刑法解释立场中,主观的立法原意就应当具有优先选择的地位,就像拉德布鲁赫所阐述的,只有在刑法的正义性与安定性存在不可容忍的根本性冲突时,我们才能对刑法规范中的客观规范目的做出审慎的选择。^[38]即使在这种选择中,我们也应当发展出完善的法律解释方法,切实保障刑事法治的客观性。

四 小 结

随着风险社会利益格局的复杂化以及法治建设进程的深化,形式的刑法解释立场与实质的刑法解释立场对立趋显,我们在重视刑法实质解释方法所具有的合理性的同时,应当明确形式的刑法解释立场在法治初建的我国当下所应当具有的基础性意义和地位。从作为与实质的刑法解释立场相对立的意义上来看,形式的刑法解释立场并非完全拘泥于法律的字面含义。一味的绝对强调尊重字面含义、注重从概念推导出结论的解释论并不是当下形式的刑法解释立场的本质所在,绝对的强调刑法用语字面含义的形式的刑法解释立场实质上是不存在的。在现有的社会情势与法治建设的背景下,形式的刑法解释立场与实质的刑法解释立场的对立,直接体现于刑法解释的逻辑起点是刑法文本抑或保护法益;对解释结论起决定性作用的应当是立法原意抑或客观规范目的,这些方面的对立决定了刑法规范在两种解释立场中的不同地位及其运作机理。

的确,实质的刑法解释在增强刑法规范的社会适应性与能动性、弥补刑事立法与刑事司法实践之间的差距以及提高法官司法操作的技艺等方面都起到了积极的作用。但是实质的刑法解释立场在我国法治建设进程中面临着诸多的疑问、难题与挑战,方法与本体、形式正义与实质正义、主观的立法原意与客观的规范目的等范畴的对立,是实质的刑法解释立场运用中不得不面临与解决的问题。为使我国法治建设避免更大的社会风险,现今的刑法解释应当更加重视方法、重视刑法的形式正义、重视权力分立与制衡下的立法原意。实质的刑法

[34] 参见柯岚:《拉德布鲁赫公式的意义及其在二战后德国司法中的运用》。

[35] 转引自郑永流:《法律判断形成的模式》,载《法学研究》2004年第1期。

[36] 转引自郑永流:《出入人造——法律诠释学及其与法律解释学的关系》,载《法学研究》2002年第3期。

[37] 转引自王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,第273页。

[38] 参见柯岚:《拉德布鲁赫公式的意义及其在二战后德国司法中的运用》。

解释只有在形式的刑法解释结论与刑法的正义性存在根本性的冲突而无法获得妥当性结论之时,才能发挥其应有的作用,实质的刑法解释只是刑法中的个别命题而非一般命题。审视刑事法治建设的历史轮回,我们又回到了拉德布鲁赫关于战后德国法治重建的思考原点。

[**Abstract**] Against the background of promoting contention of different criminal law schools and the emerging of risk society and building-up of rule of law, and through detailed examination of substantive interpretation of criminal law, one may find that there is no substantial link between the position upheld by substantive interpretation of criminal law and the structural characteristics of constitution of a crime in criminal law in China. With regard to the contradictions between the formal and substantive interpretations of criminal law, as far as the appearances go, it seems that legislative intent or purpose of an objective standard contained in criminal norms plays a decisive role in relation to the conclusions of interpretation of criminal law, whereas fundamentally speaking, it is the contradiction between the foundation of philosophy and legal methodology that matters significantly. Actually, there is no formal interpretation of criminal law that absolutely emphasizing the respect for the literal meanings and paying attention to conclusions derived directly from the concepts. As a result, any blame on the position upheld by formal interpretation of criminal law is really a kind of theoretical misunderstanding. Substantive interpretation of criminal law certainly has its merits, but it has to face contradictions of various norms, such as contradictions between method and thing-in-itself, formal justice and substantive justice and subjective legislative intent and objective purpose of a norm. In society full of uncertainty, in order to avoid greater social risks, the current interpretation of criminal law should pay more attention to methods and the form of criminal justice and emphasize separation of powers under the legislative system. Only when there exists a fundamental conflict between the conclusion of formal interpretation of criminal law and the justice pursued by criminal law and no proper conclusion can be made, can substantive interpretation of criminal law play its due role.

(责任编辑:黄 列)