

误读与纠偏：“以刑制罪”的合理存在空间

王华伟

内容提要:近年来以刑制罪这一司法逻辑日益受到刑法学界的关注,然而,无论是否定说还是肯定说,对此都存在诸多误解。以刑制罪并不违背罪刑法定原则,没有摆脱法教义学的基本分析框架,也不会导致司法自由裁量权的滥用。同时,以刑制罪也并不意味着“重量刑轻定罪”,刑法明文规定的犯罪构成要件对于刑法解释具有最基本的限定功能。以刑制罪并没有否定传统的刑法解释路径,司法三段论的基本逻辑仍然应当坚持。以刑制罪属于后果主义论证方法,可以归为目的解释方法的一种类型。作为后果类型之一的刑罚妥当性不但对于裁决的作出具有指引作用,而且对于法律解释也具有重要的批判性审查和校准功能。刑法体系与刑事政策的有机融合是刑法学发展的方向,在中国当下的刑法语境中,以刑制罪对沟通刑事政策与刑法体系具有重要作用。当然,以刑罚妥当性为导向的后果主义解释方法也不能过度,应当充分重视以刑制罪这一法律论证方法的风险防控。

关键词:以刑制罪 法律论证 目的解释 后果主义 刑事政策

王华伟,北京大学法学院博士研究生。

一 问题的提出

长久以来,罪与刑的关系一直是刑法中最为基础的问题之一。一般认为,在司法论上“从罪到刑”是一条基本的思考路线。正如有学者所言,已然犯罪与刑罚之间是决定与被决定的关系,其内涵是刑从罪生(质)与罚当其罪(量)。^{〔1〕}然而,近些年来刑法学界开始反思这一公认的刑法定理,逐渐出现了一种“由刑到罪”的逆向犯罪认定思维。例如,有学者最早在绑架罪构成要件的解释中,便提出要重视法定刑对构成要件解释的制约。^{〔2〕}

〔1〕 参见陈兴良、邱兴隆:《罪刑关系论》,《中国社会科学》1987年第4期,第139页。

〔2〕 参见阮齐林:《绑架罪的法定刑:对绑架罪认定的制约》,《法学研究》2002年第2期,第34页。

还有学者提出,犯罪应受刑罚处罚性的本质特征内含着“以刑定罪”规律,该规律的客观存在使得无论立法层面还是司法层面,刑罚的具体形态都决定着犯罪的内涵和外延。^[3]在轰动一时的“许霆案”发生以后,有学者也提出了,在某些疑难案件中,在教义学允许的多种可能选择之间,逆向地立足于量刑妥当性考虑而选择法条予以解释适用的设想。^[4]

目前,刑法学界对这种逐渐兴起的司法逻辑仍然没有统一的称谓。有的学者称之为“量刑反制定罪”,^[5]有的学者称之为“以刑制罪”、“以刑定罪”,^[6]还有的学者使用了“刑罚反制”、^[7]“以量刑调节定罪”^[8]等概念。对此,笔者倾向于使用“以刑制罪”这一概念。因为,“量刑反制定罪”这一概念可能会引起不必要的理论误读。一方面,“量刑”这一表述并不准确。一般而言,“量刑”这一概念是指在定罪完成之后进行刑罚裁量的意思。而我们所说的量刑反制定罪,仍然是发生在犯罪定性的刑法解释过程之中,并不涉及刑罚的裁量问题。“量刑”过程中所考虑的情节属于构成要件要素之外的事实,而此处的解释仍然是基于构成要件要素展开的。另一方面,“反制”这一用语的准确性也值得商榷。“反制”这一概念会让人误认为量刑反制定罪理论属于法律论证逻辑的倒挂。然而,事实上并非如此,量刑反制定罪仍然是在司法三段论的基本框架中展开的。而与此相反,“以刑制罪”这一概念虽然并不完美,但是能够较好地避免以上所言的理论误解。因此,笔者将采用“以刑制罪”的概念来展开本文的论述。

在概念的分歧之外,司法实务界与理论界对以刑制罪的合理性和正当性产生了更为激烈的立场对峙,“叫好”与“唱衰”的声音相持不下。肯定论者认为以刑制罪能有效地调和罪刑矛盾关系,^[9]其表明具体犯罪中刑罚对于犯罪成立要件的解释具有反制的效果,它是遵循现代刑法的“刑罚→犯罪→刑法”逻辑的必然产物。^[10]甚至还有观点认为,以刑制罪是“中国刑事法官”这一特殊职业群体,在转型时期多种内外交织的司法压力之下,所进行的一种“法律的非正式运作”,其存在有历史的必然性和现实的合理性。^[11]而否定

[3] 参见冯亚东:《罪刑关系的反思与重构——兼谈罚金刑在中国现阶段之适用》,《中国社会科学》2006年第5期,第125页。

[4] 参见梁根林:《许霆案的规范与法理分析》,《中外法学》2009年第1期,第5页。

[5] 参见梁根林:《许霆案的规范与法理分析》,《中外法学》2009年第1期;姜涛:《批判中求可能:对量刑反制定罪论的法理分析》,《政治与法律》2011年第9期;郑延谱:《量刑反制定罪否定论》,《政法论坛》2014年第6期;赵希:《“量刑反制定罪”不违反罪刑法定》,《南京师大学报(社会科学版)》2015年第1期;王拓:《量刑反制定罪:传统司法认定逻辑的必要补充》,《检察日报》2011年6月17日第003版;熊红文:《量刑反制定罪方法的合理性及其运用》,《人民检察》2014年第5期。

[6] 参见劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》2012年第4期;金泽刚、颜毅:《“以刑制罪”思维模式辨析》,《政治与法律》2010年第7期;赵运锋:《以刑制罪:刑法教义学与刑事政策学相互贯通的路径选择》,《北方法学》2014年第5期;袁博:《论“以刑制罪”思维的教义反思与司法适用——以“温岭虐童案”的执法思路为切入点》,《犯罪研究》2013年第1期;周建达:《“以刑定罪”的实践样态及其分析——以Y市法院的实证考察为基础》,《环球法律评论》2015年第1期。

[7] 参见张永红、吴茵:《“刑罚反制”初论》,《湖南大学学报(社会科学版)》2011年第9期,第147页。

[8] 参见曹坚:《“以量刑调节定罪”现象当杜绝》,《检察日报》2009年12月21日第003版。

[9] 参见姜涛:《批判中求可能:对量刑反制定罪论的法理分析》,《政治与法律》2011年第9期,第125页。

[10] 参见劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》2012年第4期,第39页。

[11] 参见周建达:《以刑定罪的知识生产——过程叙事、权力逻辑与制约瓶颈》,《法制与社会发展》2015年第1期,第191页。

论的观点则针锋相对地对以刑制罪提出了尖锐的批判。有观点认为,“以刑制罪”违背了司法三段论的基本规律,体现一种似是而非的工作态度,可能导致司法独立品格的丧失。^[12]甚至有学者认为,以刑制罪是对罪刑法定原则的反动与颠覆,对刑事司法有百害而无一利,必须予以抛弃。^[13]

尤其是在一些争议极大的疑难案件中,例如“许霆案”等,当判决结果与民众的预期相去甚远时,以刑制罪的提出更是在理论界“一石激起了千层浪”。那么,以刑制罪到底是噩梦还是美梦?其内涵及其运作机理是什么?在当下司法实践中,以刑制罪是否存在以及在多大程度上存在?这是本文将试图回答的问题。在明确地回答这些问题之前,本文将首先努力澄清围绕着以刑制罪所衍生出来的一些误读。

二 对现有立场的反思

(一)对否定论者的回击

综观以刑制罪否定论者的各种阐述,否定的依据主要体现为以下几点:第一,以刑制罪违背罪刑法定原则;第二,以刑制罪违背了司法三段论的逻辑,摆脱了法教义学的框架;第三,以刑制罪将会导致司法自由裁量权的滥用。

1. 以刑制罪不违反罪刑法定原则

以刑制罪否定论者认为,以刑制罪不符合罪刑法定原则,因为罪刑法定原则对于量刑而言首先就是依法定罪,这是量刑的前提,只有定罪正确,才有可能正确量刑。^[14]罪刑法定原则的实现首先是形式法治的实现,借口所谓定性准确不过是量刑公正的手段,从而将犯罪构成及定性准确等要求抛置一边的做法从实质上而言,是对罪刑法定原则的反动与颠覆。^[15]

然而,这种观点不但误解了罪刑法定,也误解了以刑制罪。一方面,从刑事法治发展的历史视角来看,罪刑法定原则的形式侧面着重强调了对于司法权的制约,这一点固然十分重要,但并不意味着法官仅仅是法律的机械操作者。随着从绝对罪刑法定原则到相对罪刑法定原则的转变,法律解释权有一个逐步获得承认的过程。^[16]可以说,适用刑法的过程,就是解释刑法的过程。^[17]在法学发展的历史上,实证法学方法论者曾否认法官也需要进行价值判断,^[18]他们甚至认为,法律适用者的任务就是简单地将法律条文与案件事实对号入座。然而,这样的做法已经在法律的解释活动中彻底失败了。可以说,对于刑法法条的解释是刑法适用的基本前提之一。换言之,罪刑法定原则并不完全否定法官对于刑法的能动性解释。另一方面,以刑制罪虽然要求司法者对刑法进行实质性地解释,但

[12] 参见何柏松、赵康:《“以刑制罪”论有三点不妥》,《检察日报》2012年2月1日第003版。

[13] 参见郑延谱:《量刑反制定罪否定论》,《政法论坛》2014年第6期,第130页。

[14] 参见刘涛:《刑事司法当严守从定罪到量刑的逻辑顺序》,《检察日报》2011年4月25日第003版。

[15] 参见郑延谱:《量刑反制定罪否定论》,《政法论坛》2014年第6期,第135页。

[16] 参见陈兴良著:《罪刑法定主义》,中国法制出版社2010年版,第224-225页。

[17] 参见张明楷著:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第74页。

[18] 参见[德]阿图尔·考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第33页。

是其并不违背罪刑法定的形式侧面。以刑制罪并不是主张进行类推适用,更不是主张不顾刑法构成要件的约束任意地进行解释。在刑法构成要件的文义射程范围内,对刑罚妥当性的考虑,并没有突破罪刑法定形式侧面的要求。

2. 以刑制罪没有摆脱法教义学分析框架

以刑制罪否定论者还指出,以刑制罪有可能是一个很糟的进路,它导致定罪不过是对量刑的一种装饰或正当化,这种做法摆脱了教义分析对司法权力的某些制约,甚至可能走回司法上以“社会危害性”来定罪量刑的老路,可能导致一种典型的个案结果导向或个案实体正义的司法实践。^[19] 有学者甚至指出,以刑制罪首先会考虑这种行为的社会危害性是否达到了应受刑罚处罚的程度,然后在刑法中寻找最为接近的条款来适用,进而“削足适履”地在案件事实和刑法条款之间寻找一致。^[20]

从上文可以看出,否定论者对以刑制罪的基本思维方法进行了严厉地批判,指责该司法逻辑使得价值判断完全凌驾于形式判断之上,脱离了刑法教义学形式判断优先于实质判断和事实判断优先于价值判断的基本思维方法。^[21] 然而,实际上以刑制罪并没有突破刑法教义学的基本方法。

刑法教义学是一门致力于对刑法领域的法律规定和学说观点进行解释、体系化和进一步发展的学科。^[22] 其基础和边界源自于刑法法规,致力于研究法律规范的概念内容和结构,将法律素材进行体系化,并试图寻找概念构成和规范系统的新方法。刑法教义学虽然是以刑法规范为基本依据和出发点的,但是,并不意味着在构成要件的解释中,不能纳入刑罚妥当性的实质性考量。德国的耶塞克和魏根特教授正确地指出,刑罚规定对解释同样具有重要的提示作用。^[23] 刑罚的高低不但可以作为立法评价的标准,也能在必要的利益衡量中发挥作用。^[24] 换言之,这里对于刑罚妥当性的考虑,仍然是在刑法解释学的框架之下进行的。在以刑制罪的解释过程中,仍须先框定可能语义的边界,在此范围内再加以刑罚妥当性的实质判断。在这一解释过程中,刑罚妥当性这一价值考量要素仍然是在形式判断的基础上展开的。因此,不能想当然地说,以刑制罪摆脱了教义学方法的基本分析框架了。

此外,以刑制罪所言的“刑罚妥当性”与苏联刑法语境中的“社会危害性”也存在着根本的差异。“社会危害性”是苏联极端实质刑法观的产物,该概念的根本缺陷在于其内涵的含混性与超规范性,以及其凌驾于犯罪构成之上的超然地位。^[25] 但是,“刑罚妥当性”

[19] 参见苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期,第100-101页。

[20] 参见陈庆安:《论刑法漏洞的存在与补救——兼论“以刑入罪”之忧虑》,《政治与法律》2010年第7期,第33-34页。

[21] 参见陈兴良著:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第135页以下。

[22] Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4., Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2006, § 7, Rn1, S. 194.

[23] Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5., Auflage, Verlag Duncker & Humblot/ Berlin, 1996, § 6 I, S. 42, § 17 IV, S. 158.

[24] Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2014, § 1, Rn. 49.

[25] 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,《法学研究》2000年第1期,第15页;陈兴良:《社会危害性理论:进一步的批判性清理》,《中国法学》2006年第4期,第12页。

则是罪刑均衡的外在表现,其可以通过刑法基本原则与方法来加以衡量。更为重要的是,“刑罚妥当性”并不具有凌驾于犯罪构成之上的天然品性。相反,“刑罚妥当性”具有指引和校准犯罪构成解释的双重功能。

3. 以刑制罪不会导致司法自由裁量权滥用

否定论者进而批判以刑制罪会导致司法自由裁量权的滥用。否定论者指出,以刑制罪的解释往往并未使用同一个判断标准,如果没有一个统一的价值理念相统摄,甚至其所作的分析,在不同情形中都可能是相互冲突的。在这种情况下,形式上的犯罪符合性判断已经演变成了法官自发的价值判断,“由罪而刑”在实质上已经悄然消解。^[26] 甚至有观点还认为,量刑反制定罪理论放弃了规则约束,很容易为个人直觉或民粹主义左右,很难保证法律的同等保护,^[27] 容易为司法人员滥用自由裁量权留下空间,容易导致司法权侵犯立法权。^[28]

然而,这一论调也有些过于“耸人听闻”。众所周知,刑法的解释中纳入实质化的价值判断既是不可避免的也是理所当然的。刑法的解释过程中如果没有价值判断的指引,解释方法无疑会陷入机械、教条与盲目。当下刑法解释论的建构,要害的问题不是“一刀切”式的杜绝价值判断,而是要在坚守形式法治的基础上合理而有节制地发挥价值判断的指引功能。同样,以刑制罪当然不可避免地包含了价值判断,但是,该理论并不是随心所欲地以刑罚为导向任意地进行解释。以刑制罪是建立在合理的法律论证机制之上的,其适用范围、路径和方法,都会受到严格限定。因而,认为以刑制罪容易导致司法自由裁量权滥用的观点,夸大了该理论的风险,偏激地否决了刑法理论中一种具有重要意义的解释路径。

(二)对肯定论者的纠偏

虽然上文对于以刑制罪否定论者进行了系统地批驳,但是,这并不代表笔者完全赞同当下一些学者所提倡的以刑制罪的司法逻辑。

1. 以刑制罪不能“重量刑轻定罪”

有的肯定论观点指出,判断罪名意义上的定罪,并非刑法的目的,对被告人和社会最有意义的是量刑,判断罪名只是为公正量刑服务的,因此,如果常规判断的罪名会使量刑失当,就可以为了公正量刑而适度变换罪名。^[29] 刑罚可以决定犯罪的成立与否,在罪刑关系中,刑罚不只是消极的被决定者,而完全可以对犯罪发挥决定作用。^[30] 这类观点甚至公然地指出,“让罪名为公正量刑让路”,“无需虔诚对待定罪,犯罪构成并非不可逾越的禁区”。^[31]

这些论者看到了刑罚妥当性对于被告人的重要意义,从这一角度来说尚有值得肯定

[26] 参见袁博:《论“以刑制罪”思维的教义反思与司法适用——以“温岭虐童案”的执法思路为切入点》,《犯罪研究》2013年第1期,第40-41页。

[27] 参见苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期,第100-101页。

[28] 参见刘涛:《刑事司法当严守从定罪到量刑的逻辑顺序》,《检察日报》2011年4月25日第003版。

[29] 参见高艳东:《量刑与定罪互动论:为了量刑公正可变换罪名》,《现代法学》2009年第5期,第164页。

[30] 参见张永红、吴茵:《“刑罚反制”初论》,《湖南大学学报(社会科学版)》2011年第5期,第148页。

[31] 高艳东:《量刑与定罪互动论:为了量刑公正可变换罪名》,《现代法学》2009年第5期,第165页。

之处。有学者曾经指出,从刑事立法和司法来说,刑比罪更重要,罪是肉体,刑是神经。^[32]确实,刑罚较之于犯罪与刑法具有更本原的意义,现代刑法理论建构的逻辑顺序乃是“刑罚—犯罪—刑法”。^[33]然而,这样的结论主要是在刑法哲学和刑事立法学的语境中才能适用。在刑事司法领域,犯罪罪名和罪状所承载的是罪刑法定原则,这一原则是必须坚守的。这一类肯定以刑制罪的观点完全忽视定罪的重要性,甚至降低犯罪构成的意义,是笔者断然不敢认同的。刑罚的妥当性对于被告人而言固然具有最切身的联系,但是这种刑罚的妥当性考量应该通过构成要件的合理解释来加以实现。否则,这种所谓的量刑就失去了合法性的基础,就违背了罪刑法定原则。可以说,这类肯定学说过于夸大了以刑制罪的司法能动作用,不但其基本立场值得商榷,而且客观上也可能招致众多否定论者对以刑制罪合理性的误解。

2. 以刑制罪不能违背刑法解释的基本路径

还有的观点认为,以刑制罪意味着应当否定传统的刑法解释路径,应当推翻传统的司法三段论逻辑。例如,有种观点认为,立法者和司法者都可能把应受刑罚惩罚性作为设定和认定犯罪的一个标准,从而使得应受刑罚惩罚性的有无决定了犯罪的成立与否,表现出刑罚为因、犯罪为果、刑罚决定犯罪的关系。^[34]整个“由刑而罪”的逆向定罪程序可概括为:处罚合理性考量——初步结论(出入罪、何罪)——小前提——大前提——最终结论(定罪量刑)的逻辑顺序,即先考虑是否入刑,再以量刑公正为依据从相关罪名中选择合适的罪名。^[35]入刑是刑事处罚适合性判断的第一层次,犯罪构成下依据具体法定刑的刑罚选择是刑事处罚轻重判断的第二层次,“入刑——定罪——量刑”的正当思维结构才更符合中国国情的理论与现实。^[36]

这样一种肯定论的观点实际上主张先对犯罪事实进行实质的可罚性判断,然后再考量犯罪构成与定罪问题,并且认为前者具有更为决定性的地位。然而,先于构成要件的可罚性判断其实质内容又是什么呢?这样一种逻辑无异于是在进入犯罪构成判断以前先进行一番法外要素的考虑,这种先于犯罪构成的可罚性判断可能会让人形成先入为主的偏见,在法律解释中突破刑法文义的最大射程。在笔者看来,以刑制罪在宏观解释路径上不当突破“定罪——量刑”的思维结构,也不应当放弃大前提(法律)——小前提(案件事实)——结论这一经典的法律适用框架。违背这些基本的法律解释方法,将会破坏法律的安定性,危及罪刑法定原则。

当然,这并不意味着笔者反对在刑法解释中考虑刑罚妥当性因素,笔者只是主张应当将这种刑罚妥当性的实质价值判断合理地融入到传统的解释方法中,实现形式理性与实质理性的协调共存。以刑制罪中的“刑”代表的是刑罚妥当性的考量,并没有与宏观罪刑

[32] 参见储槐植:《莫道桑榆晚,为霞尚满天——储槐植教授专访》,《北京大学研究生学志》2012 年秋冬合刊,第 22 页。

[33] 参见劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》2012 年第 4 期,第 39 页。

[34] 参见张永红、吴茵:《“刑罚反制”初论》,《湖南大学学报(社会科学版)》2011 年第 5 期,第 149 页。

[35] 参见任彦君:《论逆向定罪机制在刑事疑难案件审判中的适用》,《法商研究》2013 年第 5 期,第 134 页。

[36] 参见刘邦明:《论入刑思维在刑事司法中的影响和运用》,《政治与法律》2010 年第 7 期,第 27 页。

结构相冲突,其体现的仅仅是刑罚妥当性这一价值判断要素对于构成要件解释这一微观层面所产生的影响。因此,认为以刑制罪司法逻辑违背基本罪刑关系的观点,在理解上存在语境错位的问题。

三 作为法律论证技巧的以刑制罪

经过上文的分析可见,以刑制罪否定说与偏激的肯定说都存在不足。其实,以刑制罪在法律论证学(或者法律解释学)的视野中,完全可以找到它存在的合理依据和空间。

(一)作为目的解释类型之一的后果论证

法律的适用必然是以法律的解释为前提的。贝卡利亚曾经指出:“刑事法官根本没有解释权利,法律的精神需要探寻,再没有比这个更危险的公理了。”^[37]这种立场满怀信心地认为,必定能够通过精确制定的规范建立绝对的法律清晰性和法律确定性,特别是保证所有法官和行政机关决定和行为的明确性。^[38]可以说,这样的理解在启蒙时代限制司法擅权具有极为重要的意义。然而,这样的理解已经被我们所处的这个时代所超越,制定法的适用使机械运转的“自动机”学说被证明为谎言。^[39]换言之,没有法律解释就没有法律的适用。

在法律解释中目的解释占据了极为重要的地位。诚如论者所言,解释方法的皇冠属于目的解释,因为只有目的解释直接追求所有解释的本来目的,寻找出目的和价值观点,进而从中最终得出有约束力的重要的法律意义。^[40]尤其是在一些较为复杂的案件中,刑法规则与案件事实的简单涵摄在法律适用过程中更是显得“捉襟见肘”。此时,目的解释将为法律解释指明方向。

解释的目标就是规范目的,^[41]而在规范目的中,后果主义的考量将扮演重要的角色。正如普珀教授所言,目的解释的正当性并不是来自于立法者的权威,也不是来自于从法条文本推导出的结果正确性,而是在于这些结果的有益性。在目的解释之外对于解释后果进行特别的审查是必要的,这样一种后果考察有利于让法律操作者留意解释结论进一步的实践后果。^[42]换言之,刑罚后果的妥当性,本身便是规范目的的应有之意。在刑罚后果明显不均衡的解释中,规范目的并没有得到良好的阐述。因此,在目的解释中,刑罚后果的审查功能属于目的解释的一种完善修复机制。实际上,刑法的解释不可能完全不考虑可能的后果,解释后果的妥当性与可接受性本身便是刑法解释与司法活动所追寻的目的之一。因此,整体而言,这种后果主义的考量可以归为目的解释的一种方法类型。

[37] [意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2005年版,第15-16页。

[38] 参见[德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第130-131页。

[39] 参见[德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第154页。

[40] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5., Auflage, Verlag Duncker & Humblot/Berlin, 1996, § 17, S.156.

[41] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第310页。

[42] Ingeborg Puppe, Klein Schule des Juristisch Denkens, Vandenhoeck & Ruprecht, 2008, S.85,88.

(二) 作为后果主义论证方法的以刑制罪

在法律论证学的视野中,这种后果主义的法律论证逻辑引起了很大的争议。否定论者对后果主义思维方法提出了诸多批评。例如,对于未来后果预测的支持不足,被考虑的后果存在扩大化的风险;对于行为与预测结果之间因果关系的证明,衡量和评估后果与其他价值、利益或好处的界限,以及行为人对于后果赞同还是不赞同等等,都遭到了不同程度的质疑和批评。^[43]

近来国内也有学者指出,后果主义裁判在大多数时候虽然采用了“依法裁判”的外在形式,但却掩饰不住对案件起根本作用的法外因素,这不仅动摇了司法裁判的合法性而且也危及形式法治。^[44] 这种观点以“泸州遗赠案”等个例说明了后果主义考量所可能带来的风险。但是,这种“以个案推断整体”的推理模式是难以成立的。任何一种论证方法都存在被错误使用的风险,只要通过合理的机制来约束这种论证方法,便完全可以发挥其合理的功能。

然而,尽管学界整体上对于刑罚导向的解释方法保持沉默,但是在判决和文献的实际解释操作中,这一解释方法已经被多次证明。^[45] 例如,西蒙内特(J. E. Simonett)法官曾经对美国最近几十年联邦法院和州法院的判决进行了电脑检索,该检索表明“后果导向”这一特定概念在 98 个案件中被以不同方式加以使用。^[46] 通过特定概念便能检索出为数不少的案例,那么司法实践中实际上运用到后果主义论证方法的案件也将不在少数。另外,后果主义论证方法也被越来越多的学者所认可,其对于司法判决的积极意义得到了充分肯定。例如,实用主义哲学大师杜威曾指出,我们并不是要完全否定逻辑的作用,而是要寻求一种与结果相关而不是仅仅遵循先例的逻辑,这种逻辑预测考虑各种可能性,而不仅仅是对于确定结论的简单演绎推理。这是一种探求知识和深入分析的方式,它能弥补那种不断割裂当下社会现实和法律原则的古板做法。^[47] 之后,麦考密克、乌若布勒夫斯基(Jerzy Wróblewski)以及菲特里斯(Eveline T. Feteris)教授都提出了具有代表性的后果主义论证理论模型。^[48] 笔者认为,只要运用得当,后果主义论证方法能够在司法实践中发挥重要作用。

这种作用首先表现在,后果主义的考量对于解释决策的做出具有一定的积极指引作用。正如学者所言,对于法律裁判理性的一个显见标准是,这一裁判预计引发之后果的可欲性,裁判的后果对法官并非不重要。一方面,法律本身可以规定考量判决后果;另一方

[43] Flavia Carbonell, Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions, *COGENCY* Vol. 3, No. 2, Summer 2011, p. 83.

[44] 参见孙海波:《“后果考量”与“法条主义”的较量——穿行于法律方法的噩梦与美梦之间》,《法制与社会发展》2015 年第 2 期,第 167 页。

[45] Hans Kudlich, Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung, *ZStW* 115, 2003, Heft 1, S. 24.

[46] John E. Simonett, The Use of the Term “Result-Oriented” to Characterize Appellate Decisions, 10 *William Mitchell Law Review*, 1984, p. 189.

[47] See John Dewey, Logical Method and Law, 10 *The Cornell Law Quarterly* 17 (1914-1925), p. 26.

[48] See Flavia Carbonell, Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions, *COGENCY* Vol. 3, No. 2, Summer 2011, pp. 87 ff.

面,在法律未清楚地预定裁判的地方,存在着考量裁判后果的空间。^[49]尤其是在一些疑难案件中,当对于法律规范存在多种解释可能性时,后果主义的考量将会有助于在不同解释方案中进行决策。正如有论者指出的那样,一旦演绎推理的两个局限显现出来,需要对备选的裁判规则进行权衡时,后果主义论辩就成为法律论证的一个关键因素。在那些无法根据明确的强制性规则得出判决结论的场合,或者规则本身语焉不详的场合,依靠对后果的考量做出判决实乃必要之举。^[50]

此外,后果主义的考量对于法律论证也能够发挥“批判功能”。正如有学者所指出的那样,后果主义论证是法律论证的一种形式,是实现合理的司法裁判和证成裁决结论的重要要素,司法中后果主义论证关注不同裁判方式所带来的可能后果,通过批判不同的后果来选择裁决结论。^[51] 后果考察是对某种解释方法及其产生的利弊进行的客观评估,这有助于确保刑法解释的合理性,并形成一种结果取向的刑法解释。^[52] 在法律论证过程中,有时得出某种解释结论是顺理成章的结果,虽然这种解释结论完全是严格按照法律解释的规则和方法得出的,但是却可能并不令人满意。此时,这种后果主义的考量便会提示司法者重新审查已经初步完成的解释流程,并在法律规范允许的文义射程范围内寻求更为合理的解释。这一过程,就像是解释方法的一次“验算”,刑罚的不妥当性提示我们审查解释过程,以求得更为妥当的解释方案。

事实上,法律解释往往不是一次性完成的司法过程。尤其是在疑难案件中,对于法律规范的理解与适用往往需要经过反复思忖,权衡其妥当性。一方面,“找法”的过程本身便可能需要多次尝试,这一过程实际上也隐含了后果主义的考量。例如,学者们在探讨“宋福祥故意杀人案”时,^[53]许多学者首先想到的是该行为是否符合《刑法》第232条故意杀人罪的犯罪构成。然而,在通过对于不纯正不作为犯“等价性”问题的审慎考察之后,不少学者否定了该案构成不作为的故意杀人罪,转而将目光投向了《刑法》第261条遗弃罪。^[54] 对于不纯正不作为等价性的判断属于刑法中的规范判断,刑法学界存在多种方案。将宋福祥“不救助自杀妻子的行为”等同于“杀人行为”,总让人在规范评价上难以认同(虽然可能理由各异),这种处罚的不均衡性提醒人们重新开启“找法”过程,并最终将目光定格在第261条遗弃罪上。

另外,对于同一法律规范的解释,也往往需要多次的调试。刑法解释论中的诸多解释方法,如文义解释、历史解释、体系解释、目的解释、合宪性解释等,往往并非仅择其一加以使用,而是需要两次甚至多次地测试解释方法,最终找到妥当的解释路径。每一次解释方法的使用,都会得出一个初步的可能解释结果,而此时之所以再次启动其他解释方法的原因,就在于初步选定的解释方法以及由之得出的结论并不令人满意。可见,解释方法的选

[49] 参见[德]乌尔弗里德·诺依曼著:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第12-13页。

[50] 参见[英]尼尔·麦考密克著:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版,第146-147页。

[51] 参见杨知文:《司法裁决的后果主义论证》,《法律科学》2009年第3期,第3页。

[52] 参见姜涛:《后果考察与刑法目的解释》,《政法论坛》2014年第4期,第96页。

[53] 关于宋福祥案的详细分析,参见陈兴良著:《判例刑法学(上卷)》,中国人民大学出版社2009年版,第92页以下。

[54] 参见何荣功:《不真正不作为犯的构造与等价值的判断》,《法学评论》2010年第1期,第112页。

择,本身就蕴含着后果主义的考量。而之所以得出令人不满意的结果,多数情况下就是因为刑罚不妥当。

在刑法解释学领域,许多学者积极肯定了这样一种解释方法的合理性和正当性。例如,有西方学者指出,倘若法律适用者仅仅热衷于他所认为有益和充满价值的目的,而疏忽了解释结论带来的其他效果,是存在危险的。^[55]我国学者也敏锐地捕捉到了后果主义证成模式与目的解释方法之间的紧密联系,认为作为目的解释核心的评价观点的妥当性,需要通过与法律效果的相互配合来证成。^[56]笔者认为,在刑法解释论中,后果主义论证方法同样具有重要作用,尤其是在疑难案件中,作为后果形式之一的刑罚妥当性也应当纳入解释论的框架中。

具体而言,以刑制罪就是后果主义考量在刑法解释学中的一种具体表现形式。这样一种刑罚妥当性后果考量,同样能够对于刑法的解释起到决策指引和批判审查功能。如果法官对于一般条款所做的解释无视社会价值及实践效果,那么法官便无异于一台“机械装置或者自动售货机”。^[57]在急剧转型的当下中国社会,各种疑难非典型案件涌现,如果不能在刑法解释中合理地融入后果主义的考虑,而是机械、教条、单向、片面地套用法律,便有可能进一步加剧法律效果与社会效果之间的裂缝。

需要特别指出的是,后果主义考量作为一种法律论证路径确实存在一定风险。“后果”这一概念本身就是模糊的,因而“后果主义”也是模糊的。^[58]而且司法者有时往往将这里的“后果”诉诸于“正义”、“常识”等模糊性标准,^[59]如果运用不当便有威胁实证法效力的风险。正因为如此,后果主义曾被描述为代表着社会科学入侵法律堡垒的“特洛伊木马”。^[60]当然,由于存在着这种被错用的风险便弃置后果主义考量这一重要论证方法的思路,犹如“因噎废食”一般并不可取。实际上,学者们已经提出了许多限定性的方案,具有一定的参考价值。例如,麦考密克区分了结果(results)与后果(consequences),分析了因果式后果和隐秘的后果,最终他认为应当承认的是司法的后果。^[61]卡博内尔(Flavia Carbonell)认为有必要区分法律的和法外的后果,因为后者更容易制造紧张关系,尤其是这种法外后果被用来隐藏政治、经济和社会考虑的时候。^[62]西蒙内特更是指出,后果导向的法律论证需要受到法律规则的约束,合议庭的制度性约束,以及职业和伦理的

[55] Ingeborg Puppe, Klein Schule des Juristisch Denkens, Vandenhoeck & Ruprecht, 2008, S. 85.

[56] 参见杜宇:《刑事政策与刑法的目的论解释》,《法学论坛》2013年第6期,第77页。

[57] See H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 1958, p. 610.

[58] Neil MacCormick, On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin, 58 *New York University Law Review*, 1983, p. 241.

[59] 参见[英]尼尔·麦考密克著:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版,第135-136页。

[60] Hans Kudlich, Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung, *ZStW* 115, 2003, Heft 1, S. 4-5.

[61] Neil MacCormick, On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin, 58 *New York University Law Review*, 1983, pp. 246-254.

[62] Flavia Carbonell, Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions, *COGENCY* Vol. 3, No. 2, Summer 2011, p. 103.

约束。^[63]

具体到刑法解释领域,对于“刑罚妥当性”的考虑,更应当受到严格限制。首先,在适用以刑制罪论证方法时,应当时刻谨记罪刑法定原则,确保法律解释处在刑法规范的可能语义范围之内。其次,这种以刑制罪不能让实质判断先入为主,仍然应当严格遵循刑法解释的基本逻辑路径。主张以刑制罪,并不意味着必然倒向实质解释论的立场。以刑制罪仍然应当维持解释过程中形式判断优于实质判断的基本司法逻辑。坚守住这两个解释论的“关口”,以刑制罪才有其发挥作用的空间,其运行才具有合理性和合法性。

(三)以刑制罪之运行机理

需要进一步明确的是,从法律论证的运行机理出发,后果主义论证并不违背传统的司法三段论基本模式,以刑制罪也仍然符合刑法解释的基本原理和规则。正如有学者所正确指出的那样,从法律论证的层级上说,后果论证是二次证明或外部证成中所需的论证形式,是相对于演绎性证明而言的次级证立过程中的构成要素。^[64] 其更多的是作为第二层级的解释标准,辅助基础的解释方法,尤其是采用体系解释和目的解释方法来探明法律文本涵义的情况下。^[65] 还有学者也指出,在法律论证中,权威论述(法律、法教义学)作为特定的法律论述应当优先,后果取向通常只在权威论述不能带来清楚的裁判时才得发挥作用。^[66]

换言之,后果主义论证并非一种常规和首选的解释方法,也并非在所有的解释活动中都需要加以运用。后果主义论证方法主要是在疑难案件的法律适用中发挥一种补充性的功能。而且,后果主义论证虽然存在着从结果到法律解释的思维逆向过程,但是最终论证结果的得出,仍然遵循“大前提——小前提——结论”这一结构框架。后果主义论证仅仅是在这一结构框架内进行了局部微调,但是并没有违背司法三段论的基本逻辑推演机理。从预估的解释后果到法律规范的解释,尤其是从预估的刑罚妥当性到刑法规范的解释,看似一种罪刑关系的倒置,实则仅仅是法律适用过程中思维片段的局部截取。如果将这一思维片段重新放回整个法律适用流程当中,我们便会发现其并没有打破公认的解释路径。

据此,根据笔者的观点,以刑制罪应当以如下思维逻辑展开:

(1)在刑法规范的可能文义射程范围内,如果解释者对于刑法规范的解释存在两种以上的方案,那么可以依据刑罚妥当性作为解释方案的决策。

(2)在刑法规范的可能文义射程范围内,如果解释者根据初次解释预见到刑罚后果的不妥当性,则应当据此反思对于法律规范的理解。基于这种批判性的审查视角,解释者在刑法规范的可能文义射程范围内重新探索更为妥当的可能处罚解释方案。

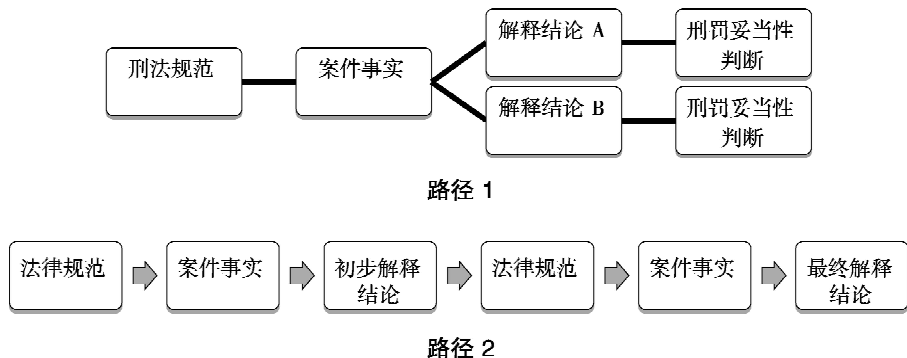
[63] John E. Simonett, The Use of the Term “Result-Oriented” to Characterize Appellate Decisions, 10 *William Mitchell Law Review*, 1984, pp. 200 - 208

[64] 参见杨知文:《司法裁决的后果主义论证》,《法律科学》2009年第3期,第7页。

[65] Hans Kudlich, Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung, ZStW 115, 2003, Heft 1, S. 24.

[66] 参见[德]乌尔弗里德·诺依曼著:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第14页。

笔者所定义的这种以刑制罪的思维逻辑过程如下图所示：



四 代结语：沟通刑事政策与刑法体系的幽径

刑法体系的重要性如何强调都不为过，“放弃刑法体系架构就如同使这门学科永远停留在胚胎时期一样”。^[67] 然而，当刑法的体系化走向极致，用精致的逻辑完全否定价值判断时，刑法学便沦为了一场纯粹的仅限于学者之间进行的益智游戏，刑法体系的发展便走到了危险的边缘。要建立一种具有效益的刑法体系，必然离不开刑事政策上目标设定的指引。^[68] 这样的刑法体系，必然是对社会现实开放的体系，是一种“开放的体系”、“弹性的体系”。^[69] 尤其是在当下的中国，社会正在承受着剧烈的转型，法律规范有失粗疏而司法实践纷繁复杂，如果仅仅依靠逻辑一以贯之建立的刑法体系而缺乏刑事政策的功能性指引，那么将有可能得出背离朴素正义的荒唐结论，从而削弱法治的公信力。

而在这种指引性的刑事政策中，刑罚的妥当性无疑是其中的一个重要维度。因为，在当下的中国刑法语境中，有诸多造成刑罚结果不妥当的因素存在，要实现刑事政策与刑法体系的有机结合，必须在刑法解释中直面这些难题。

一方面，从中国整个罪刑结构出发，中国刑法中的不少犯罪存在立法论意义上罪刑不均衡的现象。有学者曾经通过实证研究制作了一张中国刑法犯罪“报价单”，这一研究清楚地表明，中国刑法中的很多罪名“罪”与“刑”的配比并不均衡。^[70] 这意味着，如若在刑法解释时不给予刑罚妥当性以必要的考虑，刑法解释结论的可接受性可能会不足。通过刑法解释中以刑罚妥当性为导向的后果主义解释方法，能够在一定程度上缓和我国刑事立法中存在的罪刑失衡问题。

另一方面，中国刑法中还存在局部法规范之间的罪刑不均衡现象，这也需要在刑法解

[67] [德]许迺曼：《刑法体系思维导论》，载许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑贺许迺曼教授六秩寿辰》，新学林出版股份有限公司 2006 年版，第 250 页。

[68] 参见[德]克劳斯·罗克辛著：《刑事政策与刑法体系》，蔡桂生译，中国人民大学出版社 2011 年版，第 20 页。

[69] 参见[德]许迺曼：《刑法体系思维导论》，载许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑贺许迺曼教授六秩寿辰》，新学林出版股份有限公司 2006 年版，第 255 页。

[70] 参见白建军：《犯罪轻重的量化分析》，《中国社会科学》2003 年第 6 期，第 130 页以下。

释中进行刑罚妥当性的考量。例如,论者指出,出于刑罚均衡的考虑,我国《刑法》第333条非法组织、强迫卖血罪第2款中的“伤害”应当解释成“重伤”而不应包含“轻伤”。^[71]确实,对许多刑法规范进行单独解释时,似乎并不存在罪刑失衡的问题。然而,如果将其与相关罪名结合起来加以体系性考察,罪刑失衡的现象便体现出来。这种司法论意义上的罪刑失衡,如果不认真对待,便有可能形成刑事政策上的错误指引。

在某些案件中,如果忽视这样一种以刑罚妥当性为导向的后果主义法律解释方法对于解释路径的校准,很有可能会导致刑事政策与刑法体系的冲突与矛盾。在当今的刑法学界,刑法体系与刑事政策二者需要有机结合,这一点已经得到了越来越多学者的认同。然而,如何正确地寻找二者之间的连接点却是困扰人们的难题。笔者认为,刑罚导向的后果主义解释方法,在刑事政策与刑法教义学体系之间铺设了一条常常不为人们所关注的幽径,应当得到学界更多的认可。当下的刑事司法实践,并不仅仅面临着司法擅断的危险,而且,同时也存在机械法条主义的错误做法。在许多具有争议性的案件中,判决结果之所以难以为人们所接受,其重要原因之一就是刑法解释中价值判断的缺位。刑罚妥当性对于刑法解释的适度引导与批判性审查,就像是对于刑法解释的一次“检验”,能够为刑事政策与刑法体系的沟通找到妥当的结合点。

当然,在司法能动与司法擅断之间总是很难拿捏一个恰当的尺度。由于刑罚是一种亟需正当化的恶,因此必须指出刑事政策的边界。^[72]过度介入刑法体系的刑事政策蕴藏着极大风险,强调刑法体系对刑事政策的边界控制是非常重要的命题。^[73]因此,以刑罚妥当性为导向的后果主义刑法解释方法也不能过度。此处最为关键的一点便在于,不能突破刑法文义的最大射程。以后果为导向的解释方法,由于受到了具有强烈倾向性的目的指引,其突破刑法文义的风险便相应升高。因此,正如论者所言,对于这种充满实质性内涵的方法论,需要予以警觉。^[74]

以刑制罪引发的理论争议,实际上折射出背后的刑法解释立场之争。保守的反对派观点背后潜藏着机械法条主义的思想窠臼,但极端的肯定派观点则存在过度强调司法能动性而破坏罪刑法定与刑法安定性的问题,这两种立场都不可取。

后果主义的解释方法,虽然存在一些争议,但是只要通过恰当的规则对其进行制约,其仍然应当在法律论证方法中占据重要的一席之地。尤其是在面临协调社会效果与法律原则这一问题时,后果主义解释方法的重要性更为凸显。正如麦考密克所言,在处理案件时,法官理应当对摆在其面前的各种可供选择的裁判规则所可能造成的后果予以审慎考

[71] 参见劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》第4期,第41页。

[72] 参见[德]沃斯·金德豪伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?》,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期,第149页。

[73] 参见王华伟:《建构刑事政策指引的构成要件理论》,《成都理工大学学报(社会科学版)》2014年第1期,第25页。

[74] 参见陈兴良:《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开》,《中外法学》2013年第5期,第1004页。

量,以权衡利弊。^[75] 这样一种法律论证方法,实际上长期在司法实践中存在,只是司法者耽于被指责为司法擅断而不敢轻易承认,以至于该理论不得不以一种“隐形的刑事司法裁判知识”而存在。^[76]

以刑制罪实际上就是这一后果主义解释方法在刑法理论中的体现。它虽然标榜着一个在理论上“离经叛道”的名称,实则属于一种以刑罚为导向的后果主义法律论证方法。因此,在方法论的体系定位上,完全可以将所谓的以刑制罪纳入刑法目的解释之中。所谓以刑制罪,其本质内涵实际上是在刑法解释过程中发挥刑罚妥当性对于解释裁决的指引功能和批判审查机能,其并不必然地违背罪刑法定,也并不违背司法三段论逻辑。这样一种实质性的刑法解释方法,对于沟通刑事政策与刑法体系具有重要意义。当然,对于这样一种后果性的法律论证方法,其风险防控也仍然是有待进一步深入研究的重要命题。

[Abstract] Recently the judicial logic of penalty influencing conviction is attracting more and more attention from scholars. However, this logic is misunderstood in many ways by people holding both negative and affirmative views towards it. The logic does not violate the principle of legality: it neither conflicts with the basic analytical structure of legal dogmatics, nor leads to abuse of judicial discretion. At the same time, this logic does not mean valuing the penalty over the conviction, as statutory provisions have the basic function of limiting criminal interpretation. It does not negate the traditional approach to criminal interpretation, and judicial syllogism is to be adhered to. The judicial logic of penalty influencing conviction is a kind of reasoning by consequences, which belongs to the category of teleological interpretation. The appropriateness of penalty, which is a kind of “consequence”, can not only guide legal judgment, but also have the function of critically reviewing and correcting the interpretation of law. The judicial logic of penalty influencing conviction can play an important role in integrating criminal policy with criminal law. Meanwhile it is also necessary to pay attention to the prevention of potential judicial risks brought about by this judicial logic.

(责任编辑:王雪梅)

[75] 参见[英]尼尔·麦考密克著:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版,第125页。

[76] 周建达博士将“量刑反制定罪理论”称为一种“隐性的刑事司法裁判知识”。参见周建达:《以刑定罪:一种隐性的刑事司法裁判知识》,西南政法大学2013年博士学位论文。