

## 刑法解释中的类型思维与立法意图\*

陈 坤

**内容提要:**类型思维的提出是刑法适用研究中的一个学术进步,但当下国内对类型思维的讨论却存在一个“与生俱来”的缺陷:即从它被关注的那一刻起就一直被认为是一种客观论的解释思路。而真实的情况却是,类型思维如果要在刑法解释中发挥作用的话,就必须与立法意图相结合。进行这一结合的必要性在于,只有参照立法意图,才能判断手头的案件事实与刑法条文背后的规范类型是否具有意义上的一致性;而它的可能性则在于,立法意图不仅是存在的,而且是可以被认识的。文章在考察这一结合的必要性与可能性的基础上提出了结合的具体路径,即先依据抽象意图来确定分类标准,再依据分类标准来判断手头案件事实的归属。

**关键词:**刑法解释 类型思维 立法意图 抽象意图

陈坤,北京大学法学院博士研究生。

长期以来,大陆法系的刑法适用都采取概念思维的方式,即判断手头所处理的案件事实是否具备犯罪构成要件所要求的全部特征。但最近几十年来,越来越多的学者提倡一种全新的思维方式:类型思维。<sup>[1]</sup>它要求从构成要件中的概念回到向生活经验保持开放、因而在一定程度上具有弹性的类型。从本世纪初开始,国内的许多学者也逐渐注意到这种“类型转向”,并陆续发表文章,探讨类型与类型思维在刑法解释与刑法理论中的重要作用。<sup>[2]</sup>

由于概念思维不可避免地具有封闭与僵化的弊端,它加剧了刑法规范的滞后性,使其无法应对复杂多变的现实生活;就此而论,对于刑法适用而言,类型思维无疑更具合理性。一方面,它能使法官对立法者所没想到的情况做出符合规范意旨的判决。另一方面,它也可能使一些案件的裁判结果更加贴近当前社会中的主流价值观。从这个意义上讲,我们可以说,从拘囿于概念到关注类型,是刑法适用研究中的一个学术进步。

\* 在本文的准备与写作过程中,北京大学法学院法理学硕士研究生高尚同学对所需德文资料的搜集做了富有成效的工作,在此致谢。

[1] Vgl. z. B., Detlef Leenen, *Typus und Rechtsfindung*, (Berlin: Duncker&Humblot, 1971); Stig Jorgensen, *Typologie und 'Realismus' in der neueren Rechtswissenschaft*, (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971); Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, (Heidelberg: Winter, 1953).

[2] 参见吴学斌:《刑法思维之变革:从概念思维到类型思维》,《法商研究》2007年第6期;杜宇:《刑法解释的另一条路径》,《中国法学》2010年第5期。

但是,值得注意的却是,当下国内对于类型思维的讨论存在一个“与生俱来”的缺陷:自从它被关注的那一刻起,就一直与所谓的“事物本质”联系在一起,从而被认为是一种客观论的解释思路。这是一种严重的误解。真实的情况是,类型思维如果要在刑法解释中发挥作用,就必须与立法意图相结合。概括说来,在刑事立法中,离开立法意图,经验类型就无法上升为规范类型,这导致,在刑事司法中,不参照立法意图,也就无法判断案件事实与条文背后的规范类型是否具有意义上的一致性。从而,本文的目标也就是,在论证刑法适用中类型思维与立法意图相结合的必要性及可能性的基础上,阐明这一结合的具体路径。

具体说来,全文分为四个部分。第一部分是对于类型思维无立场性的澄清,以说明类型思维本身并不指向任何特定的刑法解释立场,并试图揭示类型思维长期以来被视为是一种客观解释论的原因与误区。第二部分与第三部分分别讨论在刑法适用中将类型思维与立法意图相结合的必要性及可能性。必要性在于只有参照立法意图,才能判断手头的案件事实与刑法条文背后的规范类型是否具有意义上的一致性;而可能性则在于立法意图既是存在的,也是可以认识的。第四部分试图提出结合的具体路径。

—

### (一) 类型思维的无立场性

首先应当明确的是,类型思维并不像一些学者所设想的那样,“要求我们确立刑法的客观解释论”<sup>[3]</sup>;事实上,它作为与概念思维相对立的一种思维方式,本身并不指向任何特定的刑法解释立场。我们可以通过一个具体的案例,来清晰地认识这一点。在朱建勇故意毁坏财物案<sup>[4]</sup>中,朱建勇为泄私愤,窃取他人股票账号、密码,侵入他人股票账户,以高进低出的手段造成他人账户内资金损失 19 万元。这种行为是否构成刑法第 275 条所规定的“故意毁坏财物罪”?

根据概念思维的思路,首先确定“故意毁坏”的含义,然后判断朱建勇的行为是否能涵摄其中。一审法官认为“故意毁坏”的本质属性是“使财物的价值降低或损失”,从而认定朱建勇的行为构成此罪;<sup>[5]</sup>而陈兴良则认为,“只有破坏性的行为才构成毁坏”,朱建勇的行为不具有破坏性,所以不构成此罪。<sup>[6]</sup>类型思维的思路则是,将“故意毁坏”视为一个向生活经验保持开放的不法类型,所要考虑的是,朱建勇的行为与该类型是否具有意义上的一致性,这要从特定的评价标准来看;这一标准既可通过探求立法意图来获得,也可以通过参照所谓的“事物本质”或其它实质性的理由来确定。

可以看出,概念思维与类型思维之间的分野在于,关注的是概念的含义,还是概念背后的行为类型;而主观解释论与客观解释论之间的分野则在于,是否要根据立法意图来确定概念的含义(概念思维)或评价标准(类型思维)。就此而论,概念思维与类型思维、主观解释与客观解释是两组在逻辑上相互独立的概念。无论采取概念思维、还是采取类型思维,解释者都既可以持有主观解释的立场,也可以持有客观解释的立场。

[3] 齐文远、苏彩霞:《刑法中的类型思维之提倡》,《法律科学》2010 年第 1 期。

[4] 参见上海市静安区人民法院刑事判决书,(2002)静刑初字第 146 号。

[5] 参见卢方:《经济、财产犯罪案例精选》,上海人民出版社 2008 年版,第 413-418 页。

[6] 陈兴良:《故意毁坏财物行为之定性研究》,《国家检察官学院学报》2009 年第 1 期。

## (二) 误区的澄清

类型思维是无立场的,它既不指向主观解释论,也不指向客观解释论。然而,由于深受考夫曼类型理论的影响,许多国内学者却将它与“事物本质”联系在一起,认为它是一种客观论的解释思路。这些学者大都通过援引德国哲学家考夫曼(Arthur Kaufmann)的学说来为自己的观点背书。<sup>[7]</sup>因此,我们有必要回到考夫曼那里,并从源头上澄清这个问题。

考夫曼之所以将类型思维与“事物本质”联系在一起,简单说,是因为在他看来,类型是由“事物本质”所决定的,从而无论立法还是司法,都要回到生活事实之后的“事物本质”。那么,什么是所谓的“事物本质”呢?它又如何决定类型?为理解考夫曼的这些说法,我们必须先来考察他所谈论的“法律现实化的过程”。<sup>[8]</sup>

考夫曼对类型与“事物本质”的谈论都是在“法律现实化”这一框架下展开的。所谓“法律的现实化”,也就是法律从抽象的可能性到具体的实在性。考夫曼将这一过程区分为三个阶段:“第一阶段为抽象的——普遍的,超实证的及超历史的法律原则;第二阶段为具体化的——普遍的,形式的——实证的,非超历史的,但对一个或多或少长久的时期有效的制定法;第三阶段为具体的——实证的,有历史的法。”<sup>[9]</sup>简单说,也就是:法律理念、制定法与司法判决;从法律理念到制定法,是立法的过程;从制定法到司法判决,则为司法的过程。在考夫曼看来,对于“法律现实化”,要排除这样一种错误观念,即制定法(司法判决)可以单纯地从法律理念中演绎得出。真实的情况是,法律理念必须与生活事实相对照才能得出法律规范,而法律规范也必须与生活事实相对照才能得出司法判决。

这一对照,就需要一个“能使理念或者规范与事实在当中取得一致的第三者,亦即,当为与存在之间的调和者”,而这个在“立法程序与法律发现程序”中充当第三者的也就是“意义”,“亦称之为‘事物本质’”。对于“事物本质”,考夫曼又通过援引拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)(“事物本质”是“生活关系的意义”……是“存在确定与价值之联系”)、迈霍费尔(W. Maihofer)(“事物本质”是“存在与当为间的桥梁”)以及拉伦茨(K. Larenz)(“事物本质”是“重复发生的关系”,……在“事实性与类型中的”生活关系)等人的说法将其进一步界定为“一种特殊中的普遍、事实中的价值的现象”。<sup>[10]</sup>所谓“特殊中的普遍”,说的是哲学中常讲的“共相”;所谓“事实中的价值”,说的是事物所具有的社会或伦理属性(或者说意义)。

于是,从这些表述中,可以看出,考夫曼所说的“事物本质”,是指生活事实中包括行为在内的事物所具有的相同的意义。“事物本质”决定类型,是一个含混的说法,其清晰的表述无非是说,“具有相同意义的事物构成同一个类型”。比如,“用刀子杀人”与“用毒药杀人”尽管在表现形式上不同,但由于都具备“剥夺他人生命权利”这一意义,也就属于同一类型。再比如,在特定情形下,“刀子”与“盐酸”都可以视为可用来伤害别人的“武器”。

在考夫曼看来,那些具有相同意义的事物构成了同一类型,而立法者的任务也就是描述这些类型,抽象为概念,表达达到法律规范中去。描述是否正确,也就关系到法律规范是否妥当。既然人们可以依据先在的类型去评价法律规范是否妥当、去判断立法者的描述是否正确;那么对于法律解释来说,立法意图本身也就是无关紧要的了。唯一重要的事情是:正确

[7] 参见吴学斌:《刑法思维之变革:从概念思维到类型思维》;杜宇:《刑法解释的另一种路径:以“合类型性”为中心》;李秀群:《司法裁判中的类型思维》,《法律适用》2006年第7期。

[8] [德]考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台北学林文化事业有限公司1999年版,第23页。

[9] 考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,第29页。

[10] 考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,第105-107页。

地把握类型。于是,考夫曼说:“立法以及法律发现(司法)的成功或失败,端赖于能否正确地掌握类型。”<sup>[11]</sup>考夫曼的说法看起来顺理成章,也因此迷惑了一些人。一些学者似乎未加任何反思就继承了他的观点,认为所谓类型思维,也就是要法官在进行刑法解释的时候去寻找“事物的本质”。<sup>[12]</sup>但如果我们仔细考察,就会发现,考夫曼在论证的过程中忽略了意义的多样性,从而没有看到立法意图在经验类型上升到规范类型这一过程中的重要作用。为了更为清晰地展示这一点,让我们从一般意义上的分类开始讨论。

我们知道,分类以事物之间的相似性为前提。语言学家根据不同语言之间的相似性划分语言类型,<sup>[13]</sup>而心理学家则根据不同个体心理结构的相似性来划分性格类型。<sup>[14]</sup>正由于一物与另一物可以是类似的,人们才能进行分类。然而,一物与另一物是否类似,取决于相应的标准。只有从特定标准出发,事物之间的相似性才能显示出来。这就意味着,每一个分类的行为都隐含了分类者所选择的标准;换句话说,从不同的标准出发,同样的事物可以划分成不同的类别。假设现在我们手头有一根长木棍、一根甘蔗和一个苹果。我们既可以以是否圆柱形为标准,将长木棍与甘蔗分为一类;也可以以是否能够食用为标准,将甘蔗与苹果分为一类。标准的选择是否合适取决于进行分类的目的,并没有什么对错之分。

理解了这些,我们就能够知道,考夫曼的说法错在何处。在考夫曼看来,不同事物所具有的共同意义构成了同一类型。但问题在于:一个特定的事物并不总是只有一种意义。我们可以通过对比来谈这个问题。甘蔗既具有圆柱形的形状,也具有可食用这一特征,它是和长木棍相似,还是和苹果相似,要看分类者选择什么样的标准。对于所谓生活事实中的事物,情况也同样如此。“非婚子女”的意义是与“婚生子女”的意义一致,还是与“婚内养子”的意义一致?“张三在食堂饭菜中下毒杀人”的意义是与“李四用刀子杀人”的意义一致,还是与“王五酒后驾车交通肇事”的意义一致?这些问题都不能一概而论。

这意味着,立法者必须依据一个标准,才能判断不同事物的意义是否一致,并将意义一致的事物归入同一类型,以概念指称之,提出一般化的处理方案。我们可以把生活事实中那些潜在的一致性所构成的类型称为经验类型,而将立法者依据特定标准抽取出来并以规范性概念指称之的类型称为规范类型。这样情况就比较清晰了,所谓的“事物本质”,或者说不同事物的意义之间的一致性,只构成了经验类型;它要上升为规范类型,必须要有一个主体来做出选择。<sup>[15]</sup>

[11] 考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,第115页。

[12] 参见李秀群:《司法裁判中的类型思维》。

[13] 参见[美]伯纳德·科姆里:《语言共性与语言类型》,沈家煊译,华夏出版社1989年版,第38页。

[14] 参见[瑞]荣格:《心理类型学》,吴康等译,华岳文艺出版社1989年版,第399-402页。

[15] 国内有些学者已经认识到经验类型与规范类型之间的差别。比如,在《刑法视域中“类型化”方法的初步考察》一文中,张文、杜宇提到了“事实类型的发现”与“刑法类型的构建”,并指出,尽管在刑法类型化的过程中,发现是基础,但“刑法类型也绝不是生活事实原封不动的模拟,它作为一种规范上的制度安排,必然包含了立法者的创造性劳动和主观性构建”,并提醒我们注意“经验与规范”之间的区别与联系,“法的类型与生活类型、社会学类型或其它类型不必毫厘不爽,刑法应当始终保持自己相对独立的价值判断和理性标准,规范性的观点应当始终构成刑法类型建构的主导立场。”但这一思路没有持续下去,甚为可惜。在后来的一篇文章中,杜宇谈到刑事立法的过程,这样说:“立法者经过认识上的处理,从中抽象出诸如‘行为主体’、‘行为手段’等特征,然后根据刑法之目的与价值,在其中筛选出刑法上具有重要意义的要素,经过要素改造及要素之间的结构性构建,从而形成‘杀人罪’的类型。”这个过程大致上是没有问题的。但要强调的是:所谓“刑法的目的与价值”,都是一些隐喻的说法。目的与价值都是主体性的,刑法本身没有目的,是主体试图通过刑法达成什么样的目的;刑法本身也并不一定要追求什么价值,是主体通过刑法条文来表达自己的价值取向。理解了这些,我们就能够知道,忽略立法者是一个多么严重的错误。参见张文、杜宇:《刑法视域中“类型化”方法的初步考察》,《中外法学》2002年第4期;杜宇:《再论刑法上之“类型化”思维——一种基于“方法论”的扩展性思考》,《法制与社会发展》2005年第6期。

当然,不可否认的是,在特定的社会历史阶段,一些抽象的道德原则可能使一些标准比另外一些标准看起来更为合理。比如当下的人们就很可能认为,通常说来,依据社会等级或财富多少对受害人进行分类没什么道理。对于规范类型的划分,道理当然也是一样的。然而,这并不意味着立法者在进行归类的时候没有选择的自由。那种认为在所有情况下人们都可以依据某种道德原则来判断某一归类标准是否合理的想法,不过是虚幻的自然法思想的一种残余。

事实上,正是因为对于道德原则无法达成共识,立法才具有真正的重要性。立法者的选择自由不仅表现在确定分类的标准上,比如是将“冒充国家机关工作人员诈取钱财”的行为归入“侵犯财产”一类还是归入“扰乱公共秩序”一类。它还表现在分类的界限上。以刑事责任年龄为例。年龄是渐变的,尽管有一定的合理性区间(比如显然不能以6岁为界来区分“无刑事责任能力人”与“限制刑事责任能力人”,也显然不能以30岁为界来区分“限制刑事责任能力人”与“完全刑事责任能力人”),但具体以何处为界,却是由立法者来决定的。

## 二

上文已述,不同事物之间的相似性只构成了潜在的经验类型,哪一种经验类型能够上升为规范类型,要看立法者选择什么样的分类标准;而这一选择,既不是被决定的,也不是任意的,它在很大程度上体现了立法者的信念、价值观念以及各种政策性的考虑。这一事实,实际上已经隐晦地回答了为什么在刑法解释中要将类型思维与立法意图相结合。但这里还想说得更清晰一些。

首先需要了解的是,在刑法适用中,之所以要以类型思维取代概念思维,固然有多方面的理由,<sup>[16]</sup>但从方法论的立场上说,最根本的则是,概念思维无助于获得客观的解释结论。概念思维的关键是确定相关法律条文中特定概念的词义,比如在朱建勇案中,陈兴良在总结了德日刑法学界的三种观点(“效用侵害说”、“有形侵害说”与“物质毁损说”)之后,将“毁坏”的词义确定为“通过破坏性的行为来使他人财产遭受损失”<sup>[17]</sup>。这一思路的根本问题在于,它忽略了词义的约定性。概言之,词义的形成与流变,是一个权力实践的产物。某种对词语的界定或理解是否妥当,最终取决于它是否能够被使用词语的人们所接受。所谓“名无固宜,约之以命,约定俗成谓之宜,异于约则谓之不宜”(《荀子·正名》)<sup>[18]</sup>。换句话说,在对于词语的不同界定之间,并没有真假之分。无论是通常含义,还是所谓的可能含义,都没有一个固定不变的边界,也不可能从某种理据中推导出一个固定的边界,用来判断某种事物或行为是否涵摄其中。这也就是说,对于“毁坏”一词,并没有一个客观的标准来判断它是否能够涵盖朱建勇的行为;当然,可能会有一些支持或反对把该行为涵盖在内的理由,但所有这些理由都只可能是贡献性的,而不会是决定性的。正是由于词义是约定的,没有真

[16] 对于类型思维的优越性,已有学者做了一些梳理与总结。如吴学斌认为,类型思维能够“从本质上准确把握事物的性质”、“从规范已有的角度来理解刑法概念的内涵”、“较好地解决刑法的相对稳定性与犯罪现象开放性之间的矛盾”以及“使人们更直观地、整体地认识刑法与案件事实”;齐文远、苏彩霞在最近的一篇文章中也表达了类似的观点。参见吴学斌:《刑法思维之变革:从概念思维到类型思维》;齐文远、苏彩霞:《刑法中的类型思维之提倡》。

[17] 陈兴良:《故意毁坏财物行为之定性研究》。

[18] 约定并不意味着任意,它不是说特定语义的形成或流变毫无缘由,而是说它不可证立。对此,还可参见王德春:《论语言单位的任意性和理据性》,《外国语》2001年第1期。

假之分,我们无法通过界定词义来判断事物的归属,这才需要回到概念背后的类型,以获得客观的解释结论。比如,在朱建勇案中,我们不是去界定“毁坏”的词义,而是要去考察“毁坏行为”的类型,以判断朱建勇的行为与该类型之间是否具有意义上的一致性。然而,上文已述,事物的意义是多样的,如果不参照特定的标准,这一问题也就无法回答。

当然,有一些学者认为,应当参照什么样的标准,是由“事物本质”所决定的,像德国法哲学家恩吉施(Karl Engisch)所言,“事实构成与法律结果之间的关联不是基于立法者的意志,而是建诸在某种‘事物本质’之上”<sup>[19]</sup>;但只依靠所谓的“事物本质”,并不足以形成规范类型,在特定情况下,“卖淫”可以扩展到“男性出卖肉体”<sup>[20]</sup>,而“强奸”却不可扩展到“男性被性侵犯”,这并不是什么“事物本质”的不同,而要归因于立法者具有不同的目的与旨趣。在此情况下,依据所谓的“事物本质”,并不可能带来正确的或一致的理解,而只可能落入伽达默尔所描述过的那样一种局面:“如果我们一般有所理解,那么我们总是以不同的方式在理解。”<sup>[21]</sup>正是在这个意义上,德国法学家魏德士(Bernd Ruthers)才认为,“事物本质”不过是法官用以掩饰其司法造法的外衣。<sup>[22]</sup>

说到底,假定事物会自我分类是没有任何道理的。任何分类都一定是主体所做的分类。换句话说,分类的标准总是由特定主体所选择的。这意味着,如果不依据立法者的标准来判断案件事实是否可以归属到某一类型中去,那就只有依据解释者的标准,而不可能有什么外在于主体的“客观标准”。正如魏德士所说:“条文正如音乐作品的总谱一样,如果将它们与文本作者的信息分开,它们接受和表明的就是解释者的意图。”<sup>[23]</sup>而如果不同的解释者都从自己所选择的标准出发来进行判断,那么类型思维就会重新面临上述概念思维所遭遇的那样一种困境,即无法获得客观的解释结论;或者说,不同的解释者将得出不同的解释结论,并且严格说来,它们之间并没有对错之分。于是我们看到,从根本上说,“将类型思维与立法意图相结合的理由”与“在刑法解释中以类型思维取代概念思维的理由”是一致的:只有以类型思维取代概念思维,才可能获得客观的解释结论;而这一可能要成为现实,又必须将类型思维与立法意图相结合。

### 三

以上论述的是必要性,现在来看可能性。类型思维与立法意图相结合的可能性之所以成为一个问题,主要是因为许多人认为,立法意图是不存在的(本体论层面的质疑),或者是不可以被认识的(认识论层面的质疑)。因此,这一部分也主要就是通过对这两类质疑的反驳,来论证进行这一结合的可能性。

#### (一)本体论层面的质疑

否认立法意图存在的理由可以区分为两类。一类是一般性的,即如果这些理由成立,那

[19] [德]恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第42页。

[20] 例如,李宁组织卖淫案(刑事审判参考第303号案例),载中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》(第38卷),法律出版社2004年版。

[21] [德]伽达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社2004年版,第381页。

[22] Vgl., B. Ruthers, *Weltanschauung als Auslegungsprinzip*, (Zurich: Edition Interfrom, 1987), S. 74ff.

[23] [德]魏德士:《法理学》,丁晓春等译,法律出版社2005年版,第340页。

么对于所有的文本来讲,都不存在所谓的作者意图;另一类是领域特定性的,它仅涉及作为一种特殊文本的法律规范。现在让我们分别来考察这两类理由。

### 1. 一般性的理由

一些人秉承结构主义语言学对语言和语言的区分<sup>[24]</sup>,进而认为作者只是语言活动的媒介。由于任何一个作者的观念或信念、动机或意图都是在特定的历史处境中形成的,他在写作的过程中所运用的语言也是社会建构的;从而作者本身也就是无关紧要的,只是语言表达自身的一个工具。<sup>[25]</sup> 美国宪法学者惠廷顿(K. E. Whittington)曾对这样一种观点进行了有力的反驳,认为这一观点混淆了实际陈述与潜在陈述之间的区别。尽管语言结构包含了所有的潜在陈述,但一个语句要真正出现,还需要主体在具体语境下的使用。<sup>[26]</sup> 这一使用包含了特定的意图,从根本上说,正是这一意图,才使一个语言结构中的言语具有外在的指称,并可能与外部事物相联。<sup>[27]</sup>

除此之外,我们还应看到,如果上述依据结构主义语言学的推论是正确的,那么被消亡的就不仅是作者,还有解释者;和作者一样,解释者也同样身处特定的社会语境中,脱离了语言结构,他也同样没法进行阅读。事实上,每一个主体都是由社会、历史与文化所建构的,也都在一定程度上充当着语言交流的媒介,或者用后现代主义哲学家列奥塔(Jean-Francois Lyotard)的话说:“每一个人都是处于关系网络中的信息传递站。”<sup>[28]</sup> 如果这就意味着意图与主体都是虚构的,真正存在的只有语言,那么所有的知识与理论也都将成为一种幻想,它们不过是语言的自我分离与复合;那么说哪一种观点才是正确的,也就没有任何意义。可以看出,这样一种说法在事实上是自我驳斥的,一方面,它显然是要提出自己认为正确的看法,而另一方面,如果这一看法是正确的,那么它自身也就不可能有任何意义,或者说,不可能是正确的。如果我们要避免这样一种悖论,就必须承认,在语言结构之外,依然有独立存在的、并且至少在一定程度上可以自由表达意图的作者。应当说,文本之所以能够产生,或者说一个特定的言语之所以能够在一个语言结构中由潜在成为现实,作者与意图都是不可或缺的。

### 2. 领域特性的理由

一些学者并不打算对一般意义上的文本是否有作者意图发表意见,而只是认为,给定法律规范这一类文本的特殊性,并没有所谓的立法意图。这一特殊性主要是指,在当代社会,法律规范是立法机关的产物,并没有一个单独的作者;或者用美国法学家沃尔德伦(J. Waldron)的话说:“立法者是一个由形形色色的人组成的团体,他们来自一个异质且文化多元的社会。”<sup>[29]</sup>

对于共享意图,首先应当明确地说,足够抽象程度上的共享意图是一定存在的。一些学者指出,人们有时不过是在用同一种表述来掩盖实质性的分歧,<sup>[30]</sup> 这固然是真实的,但如果

[24] 参见[瑞士]索绪尔:《普通语言学教程》,高明凯译,商务印书馆1999年版,第40-42页。

[25] 参见Roland Barthes, “The Death of the Author”, in Gail Stygall, ed., *Academic Discourse: Readings For Argument and Analysis (third edition)*, (London: Taylor & Francis, 2002) pp. 101-106。

[26] 参见[美]惠廷顿:《宪法解释:文本含义、原初意图与司法审查》,杜强强译,中国人民大学出版社2006年版,第91-92页。

[27] 参见[美]马丁·斯通:《聚焦法律:法律解释不是什么》,[美]马默:《法律与解释:法哲学论文集》,张卓明等译,法律出版社2006年版,第92页。

[28] Jean-Francois Lyotard, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984), p. 15.

[29] [英]杰里米·沃尔德伦:《立法者的意图与无意图的立法》,[美]马默:《法律与解释:法哲学论文集》,第419页。

[30] 参见苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,《中国社会科学》1997年第4期。

没有一个“做出双方都能接受的表述”这一共享的意图,就难以想象这一表述是如何出现的。对于立法来说,事情也同样如此,如果没有一个“以投票来决定法律是否通过”的共享意图,也就难以理解立法机关在做些什么。当然,这一意图是极度抽象的,我们并不能指望它来决定特定规范类型的分类标准。然而,这个极度抽象的共享意图却使被通过的法律规范成为一个生效的、有意义的文本,而不是一段无意义的语词排列。由此,人们也就可以从文本中引申出具体意图。比如,对于“禁止车辆进入公园”这一规则,人们可以引申出如下具体意图——“如果一个事物能被称为车辆,那么禁止它进入公园”。这种可以直接从文本中引申出来的意图可以称为“直接意图”,它的特征在于,无论作者还是读者,都无法在不打破语法与逻辑规则的情况下否定它。

所以,真正的问题在于,立法者似乎并没有共享一些特定性的意图,如“是否禁止自行车进入公园”。如果只是考虑这一单个的规则,那么特定意图是很难确定的。但任何一个规则都不是独立存在的,它总是处在一个由规则所构成的整体内。这样,它就可以依据一些解释性材料来确定。当然,这一说法实际上隐含地说明了,共享意图不是一个摆在那里等着我们去发现的东西,而是要我们从文本与其他解释性材料中去推断。那么,这是否意味着它在本体论上是一种虚构呢?这要看我们如何理解“虚构”,以及如何理解事物的存在状态。对此,笔者在另外一篇文章<sup>[31]</sup>中已有详细讨论,这里不再赘述。概言之,我们应该把存在视为一种被特定理论所承诺并有助于组织材料以在理论与经验现象之间进行沟通的事物,而不是在根本上独立于任何理论体系的完全外在物。

事实上,对于个人意图来说,我们(至少在当下)也不可能找到一种方法去发现作者在创作时头脑中究竟浮现了哪些事物形象,也只能去推断。再如,在刑法审判中,我们经常会谈论犯罪嫌疑人的想“杀人”还是只是想去“伤害”,对此,也只是根据其语言与行为去推断。这意味着,意图,不管是个人的,还是集体的,从根本上说,都是一种合理化的重构。如果我们不能就此说个人意图是一种虚构,那么我们也不能说共享意图是一种虚构。

## (二)认识论层面的质疑

除了否定意图的存在之外,还有一些学者否认意图可以被认识。在他们看来,由于意图只存在于作者的头脑中,从而人们也就缺乏认识到它的途径。这个观点首先是有违常识的。事实上,我们经常根据文本自身以及与其相关的其它资料来推断作者的意图。比如,我们知道,2011年通过了刑法第八修正案,其中第22条增加了“危险驾驶机动车罪”,只要我们具有基本的理解能力,就能够推断立法者具有维护道路上公共安全的意图,而如果我们对这一增加的背景有所了解(醉酒驾车的普遍化、被广泛争论的孙伟铭案等等),那么就能够在很大程度上说这一推断是正确的。

许多谈论意图无法认识的人们,往往都是将意图与作者头脑中所能够想到的一切相混淆。事实上,意图只是指作者试图通过文本向读者所传达的最直接目的,它必须是可传达的;而作者“在创作中所想到的所有东西,并不是都能通过我的用词而传达给他人”<sup>[32]</sup>。由于意图是可传达的,它也因此是可把握的。对于意图的把握,人们并不是去分析作者的精神状态,而是通过文本以及与文本相联系的其它资料去推断。比如,英国哲学家恩迪科特

[31] 参见陈坤:《实体、事实与塞尔的社会实在学说》,《兰州学刊》2011年第1期。

[32] [美]郝施:《解释的有效性》,王才勇译,三联书店1991年版,第27页。

(T. Endicott)曾举过这样一个例子,在实用主义哲学家皮尔斯(C. Peirce)的文章中有这样一句话“没有什么符号可以说是绝对地、完全地不确定的……”,而在整理其论文集的编辑看来,尽管这句话的表述是确凿无误的,但是应该把“不确定的”改成“确定的”。<sup>[33]</sup>在这里,无须去设想皮尔斯的精神状态,只要考虑到该语句所处的上下文脉络,以及皮尔斯作为实用主义与不确定哲学的创始人这一背景,大部分人就都能够得出这样的结论:这一修正之后的语句才真正反映作者的意图。

这样一种推断的进路也避开了计算难题。这一所谓的难题可以表述为,即便我们能够查知每一个立法者的意图,也会面临计算上的难题,即多数究竟是投赞同票的多数,还是针对某一具体事项所具有特定意图的多数;或者用美国宪法学家派比特(Philip Pettit)的话说,是理由的多数,还是结论的多数<sup>[34]</sup>?换句话说,不同个体之间的意图如何结合?事实上,我们在探究一条法律规则的特定意图时,并不是去探究每一参与立法的人在想什么,然后进行加总或结合,而是利用文本以及与文本相联系的解释性资料去推断。

当然,这假定了对于一部法律来说,其中的多数规则在多数时候是清晰的。这个假定之所以成立,一方面是因为一种经验性的观察,如比利时法学家胡克(Mark Van Hoecke)所说,“大多数情况下,制定法文本的含义是清楚的,不管是对于法官来说,还是对于包括学者、律师以及当事人在内的所有民众来说”;<sup>[35]</sup>另一方面,人们也很难想象,存在这样一部法律,其中多数规则在多数时候是含混的,却依然能够发挥其指引或规范人类行为的作用。换句话说,尽管在一些情况下,人们关于法律在特定情况下究竟是否适用的意图是不一致的,但这不可能成为一种普遍性的情形,否则立法将成为一种“神秘的、难以理解的事业”<sup>[36]</sup>。

## 四

上面两个部分分别讨论了在刑法解释中将类型思维与立法意图相结合的必要性与可能性,这一部分试图讨论这一结合的具体路径。上文已述,从生活中的经验类型到刑法的规范类型,需要立法者对分类标准的选择,这一选择通常反映了立法者试图通过法律规则来达成的目的。为此,一些学者才强调目的解释的重要性;正如日本刑法学者町野朔指出的:“进行刑法解释时,……必须考虑刑法是为了实现何种目的。”<sup>[37]</sup>我们可以把立法者试图通过法律规则来达成的目的称为抽象意图,以和上文所提到的作为直接意图的立法者所设想的法律效果相对应。

正是抽象意图决定了分类标准,也就此决定了手头的案件事实是否属于刑法条文背后的规范类型。我们可以通过“禁止车辆进入公园”这一常见的例子来更为清晰地认识这一点。对于这个规则来说,如果立法者的抽象意图是保护公园内的游客安全,那么分类标准就是一个运动的事物是否可能会对游客造成伤害;而如果抽象意图是维持空气清新,那么分类

[33] 参见[英]蒂莫西·恩迪科特:《法律中的模糊性》,程朝阳译,北京大学出版社2010年版,第29页。

[34] 参见Philip Pettit, “Collective Intentions”, in Ngairé Naffine, Rosemary Owens, and John Williams, ed., *Intention in Law and Philosophy*, (Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Limited, 2001), pp. 245–247.

[35] Mark Van Hoecke, *Law as Communication*, (Oxford: Hart Publishing, 2002), p. 152.

[36] Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory (sec. edition)*, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005), p. 126.

[37] 转引自张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第129页。

标准就是它是否排放尾气。分类标准的不同直接决定了哈特经常提到的“滑板车”<sup>[38]</sup>到底算不算车辆。可见,对于处于实际争议中的疑难案件来说,我们首先要通过抽象意图来确定分类标准,然后依据分类标准来判断手头案件事实的归属。这也就是在刑法解释中将类型思维与立法意图相结合的具体路径。

### (一)通过抽象意图确定分类标准

在一些人看来,分类标准应当依据“事物本质”或其他一些实质性的考量来确定。对于“事物本质”,上文已经做了一些批判,要点在于,如果不从特定的视角看,事物也就无所谓本质。空洞地问“从本质上说男性被性侵犯与女性被侵犯是否具有意义的一致性”是没有任何意义的。当然,在特定的案件中,可能会有一些具体的道德或政策理由,倾向于特定的分类标准。然而,如果我们不顾抽象意图,而直接求助于这些道德或政策理由,那么不仅刑法解释的客观性无从得到保障,而只能求助于“决断的权力”<sup>[39]</sup>;更为根本的问题是,我们并不是在进行刑法解释,而是在进行刑法创制,是在用自己认为合理的文本来取代立法者的文本,或者用美国法学家坎普斯(P. Campos)的话说,是读者对文本的“占用”<sup>[40]</sup>。这意味着,客观的与合法的刑法解释都要求我们通过立法者的抽象意图来确定分类标准。

通过抽象意图来确定分类标准,首先意味着要将生活事实中的经验类型与法律条文中的规范类型严格地区别开来。一个典型的例子是:从性自主权被剥夺这一事实来看,男性被性侵犯与女性被强奸,应构成同样的经验类型;正如从出卖肉体这一事实来看,男性卖淫与女性卖淫应构成同样的经验类型一样。然而,由于刑法第 236 条背后的抽象意图是“保护妇女的性自主权”,那么分类的标准就不是一个行为是否剥夺了任何个体的性自主权,而是该行为是否剥夺了妇女的性自主权;反之,由于刑法第 358 条背后的抽象意图是“保护社会与婚姻伦理”,分类的标准也就并不专门针对妇女卖淫。

那么,这里的问题就是,抽象意图又如何获得呢?在一些情况下,立法者的抽象意图较为明显地体现在刑法用语之中。比如,上文所提到的“强奸罪”,刑法第 236 条第 1 款用了“妇女”一词,就已表明是这是一条专门保护妇女性自主权的规则。但也有一些时候,抽象意图是什么不是那么明显。此时,确定抽象意图的方法通常有两种:历史解释与体系解释。所谓历史解释,也就是根据特定规则在制定时的历史背景来确定抽象意图。历史背景是一种较为宽泛的说法,它主要包括三个方面的内容,分别是:(1)法律制定时的社会背景;(2)立法材料;(3)立法沿革。

法律制定时的社会背景有助于我们确定某条法律规则的抽象意图,这点上文已经说过,所举的例子是《刑法》第八修正案第 22 条所增添的“危险驾驶机动车罪”。只有我们对该条出台的社会背景有基本的了解,就能够判断它的抽象意图为“维护道路上的公共安全”。

对于立法材料,许多学者都有过讨论。拉伦茨指出,“由草稿、讨论会记录及理由说明中获得之具体的规范想法,其对规范内容的理解是极有价值的协助资料”;<sup>[41]</sup>杨仁寿也认为,“过程中之一切记录、文件、立法理由书等资料”,均是“法意解释时参考的资料”。<sup>[42]</sup>

[38] Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 *Harvard Law Review*, (1958), p. 607.

[39] [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2004 年版,第 133 页。

[40] 参见 Paul Campos, “Three Mistakes about Interpretation”, 92 *Mich. Law Review*, (1993), pp. 389 – 390.

[41] [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 220 页。

[42] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 163 页。

张志铭也说过,法律草案在提交立法机关审议通过时,往往附有包括立法目的、依据等在内的说明报告,这些说明报告作为“立法机关审议通过有关法律案的基础”,可以在司法解释中成为“基本背景资料”。<sup>[43]</sup>在民法领域,梁慧星曾举过这样一个例子,对于《民法通则》第122条所规定的产品责任,究竟是过错责任,还是无过错责任?依据主持民法通则起草的负责人于该法颁布之后所作解释,可以直接得出结论,该条为无过错责任。<sup>[44]</sup>

除了立法的社会背景与立法材料,立法在历史上的沿革也可以表明或暗示立法者所具有的抽象意图。这在我国刑法、民法的实际适用中都有适例。刑法中的适例,如王益民等遗弃案<sup>[45]</sup>。对于王益民等人的行为是否触犯刑法第261条所规定的遗弃罪,陈兴良经过对该条规定的历史沿革进行详细考察,得出了否定的结论。<sup>[46]</sup>民法中的适例,如对于《民法通则》第123条规定的从事危险作业造成损害的民事责任,如果该损害为不可抗力所造成的,是否应该免除责任?由《民法草案》第四稿(1982)与《民法通则》(1986)之间的对比可知,立法者具有不可抗力造成损害不能免除民事责任的意图。<sup>[47]</sup>

这是历史解释,现在来看体系解释。任何一个规则都不是孤立存在的,如魏德士所说,“它们必须作为整个法律秩序的部分要素来理解”<sup>[48]</sup>。从而,体系也就成为进行法律解释所不可忽略的要素。具体说来,它对于抽象意图的确定可以通过两个途径来实现。

一是,从法律规则所在的层级脉络中发现特定法律规则的抽象意图。以朱建勇故意毁坏财物案为例。依据刑法第275条所处的制定法背景,即“故意毁坏财物罪”处于刑法“侵犯财产罪”之章节下,我们自然可以看出,立法者的抽象意图为“保护公私财产”。

二是,从法律规则所在的水平脉络中依据相邻法律规则的抽象意图,来确定该规则的抽象意图。比如,刑法第261条规定了遗弃罪(对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制),这里的遗弃行为仅仅是指家庭成员之间的遗弃,还是也包括(像王益民案这样)非家庭成员之间的遗弃?如果只去探究此条规则中的“扶养义务”或该罪名处于哪一章之下,是说不清楚的。但如果我们把目光稍微放宽一下,看到刑法第260条(虐待家庭成员罪)与第262条(拐骗未成年人罪),就可以发现,相邻两条规则的抽象意图都很明确地旨在保护婚姻家庭,而不是宽泛意义上的生命与身体安全。基于此,我们可以判断,这同样也是第261条的抽象意图。

当然,历史解释与体系解释,在确定立法者的抽象意图时,一个基本的预设都是,立法者是一个理性的主体;正如我们依据某人的言语与行为来推测其意图时,也必须假定他是一个具有正常心智结构与精神状态的人一样。然而,我们并不假定立法者具有特定的实质性道德或功利性追求,所有这些都必须严格地从文本与其它解释性材料中来,而不能先行地赋予到立法者身上。

[43] 张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1999年版,第151页。

[44] 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第221页。

[45] 参见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《刑事审判案例要览》(2003年刑事审判案例卷),人民法院出版社、中国人民大学出版社2004年版,第218-224页。

[46] 参见陈兴良:《非家庭成员间遗弃行为之定性研究》,《法学评论》2005年第4期。

[47] 参见梁慧星:《民法解释学》,第221页。

[48] [德]魏德士:《法理学》,第320页。

## (二) 依据分类标准判断案件事实的归属

疑难案件的典型特征是,我们很难判断案件事实的归属。朱建勇的行为是不是一种“故意毁坏”?组织男性出卖肉体是不是“组织卖淫”?上文已述,概念思维的思路是行不通的,概念从根本上说只是一种约定。从而我们转向类型思维,探寻立法者试图通过这些概念来规制的那一类事物或行为。相应地,这些问题也就转换为,朱建勇的行为与“故意伤害”是否同一类型?组织男性出卖肉体与“组织卖淫”呢?手头的案件事实是否可以归属到条文背后的规范类型,这个问题实际上可以细分为:(1)分类标准是什么;(2)依据该分类标准,案件事实的性质是什么。

将这两个问题区别开来,并分别回答,是正确进行刑法解释的必要条件。前一个问题,上一小节已经讨论,它主要涉及的是立法者的抽象意图;而后一个问题则更多是一个经验科学的问题。为了更好地理解这一点,我们首先要了解“抽象意图”与“信念”之间的区分。抽象意图是立法者创制具体刑法规则的目的,而信念则是指其对于某一具体事物或行为是否能够依据该具体刑法规则来进行规制的认识。简单说来,前者是一种评价性的态度,即立法者想要做什么;而后者则是一种认知性的态度,即立法者认为什么。

当然,在创制具体的规则之前,立法者的具体信念可能会影响其抽象意图。但在我们解释制定法时,这些均已固定,并可以从逻辑上加以区分。以(美国)1945年环境法令为例。<sup>[49]</sup>此法令的制定者显然有规制有毒物质的抽象意图;但同时,他们也有着何为有毒物质的一些信念。在刑法解释中,重要的是抽象意图,而不是信念。这是因为,抽象意图回答了问题(1)分类标准是什么,但立法者所具有的信念并不能回答问题(2)依据该分类标准,案件事实的性质是什么。在此例中,这显然是一个要由经验科学来加以回答的问题。正因如此,美国解释学家莱斯格(L. Lessig)强调,解释者应当具有的“结构性谦逊”要求他们避免修正作者关于政治或道德价值的预设,但这并不要他们避免修正后者关于事实的预设。<sup>[50]</sup>

将抽象意图与信念区别开来,我们也就避免了所谓的“反事实难题”。许多学者都对“反事实难题”有过讨论。大多数人认为它代表了意图主义的失败。<sup>[51]</sup>张明楷认为,由于立法者在制定刑法时以过去已经发生的案件作为模型来表述构成要件,当面对立法时未曾发生过的案件,立法者也就不可能有立法原意。<sup>[52]</sup>美国法学家亚历山大(L. Alexander)从“意图是面向未来的一种筹划”这一观点出发来反驳这一看法,认为意图能够“延至他(作者)在创作时刻所看到的世界之外”,立法者没想到某物并不一定就意味着立法者对它没有特定的态度,这一错误观点从根本上说是混淆了“你就未预料到的情形S而言的实际意图是什么”与“你要是预料到S的话本来会有的意图是什么”这样两个不同的问题。<sup>[53]</sup>事实上,如果我们理解了抽象意图与信念之间的区分,就更能认识到亚历山大这一反驳的正确性。“反事实难题”的论证无法成立,这在根本上是因为,我们并没有打算在刑法解释的过程中去寻求立法者的特定信念;我们所探究的毋宁说是,当立法者具有某种抽象意图的时候,根

[49] 这个例子在美国法律解释学者中广泛讨论,例如,[美]大卫·布林科《法律解释、客观性和道德》,布莱恩·莱特编:《法律和道德领域的客观性》,高中译,中国政法大学出版社2007年版,第32-33页。

[50] 参见L. Lessig, “Fidelity in Translation”, 71 *Texas Law Review*, (1993), pp. 1254-1255。

[51] 参见[美]德沃金:《法律帝国》,第333页。

[52] 参见张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第34页。

[53] 参见[美]拉里·亚历山大:《全有抑或全无?权威者的意图和意图的权威》,[美]安德雷·马默:《法律与解释:法哲学论文集》,第473-475页。

据常识或一些经验科学的证据,什么样的结论会必然出现。

在大多数情况下,只要我们确定了分类标准,案件事实的性质也就一目了然了。比如,在朱建勇案中,只要我们确定了分类的标准是“使财物价值降低或灭失”,那么就自然可以判断出朱建勇的行为与“故意毁坏”这一规范类型具有意义上的一致性。但偶尔也会出现相反的情况,即,虽然我们确定了分类标准,但并不清楚案件事实的性质,而需要依据一些经验科学的证据来判断。此时,经验科学的解释方法也就派上了用场。比如,刑法第 367 条第 2 款、第 3 款规定了“有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品”、“包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品”。在这里,分类标准是清楚的,但手头案件事实中的具体事物是否能称上“医学知识”或是否具有“艺术价值”,还需要依据经验科学(包括人文社会科学)的证据。

---

---

[Abstract] The advance of typological thinking is an academic progress in the study of criminal law application. However, there is an inherent defect in the current discussion of typological thinking that it has been regarded as an objective interpretation approach from the beginning; As a matter of fact, the typological thinking must be combined with the legislative intent in order to play a role in the interpretation of criminal law. The necessity for such a combination is that only in the light of legislative intent, can people determine whether the facts of case at hand is consistent with the legal type; And that the possibility for such a combination is that legislative intent is real and can be recognized. The approach of such a combination is as follows that we should determine the criteria of classification according to the abstract intention before determining whether the facts of the case at hand belong to the legal type according to the criteria of classification.

---

---

(责任编辑:王雪梅)