

刑法解释当重视法理思维的运用^{〔*〕}

姜 涛, 柏雪淳

(南京师范大学 法学院, 江苏 南京 210023)

〔摘要〕刑法解释乃正善之门,解释者必须心怀正义,目光往返于案件事实与法律规定之间。由当前所发生的一系列“奇案”入手,刑法解释必须在法律思维、法治思维的基础上融入法理思维,自觉实现法律思维、法治思维与法理思维的解釋学循环。法理思维是以法理为基础的思维,是正义性思维、说理性思维与合理性思维。法理思维在刑法解释的理论建构与具体实践中具有重要价值,一方面,以法理思维为轴心的情理论,符合我国国情民意与刑法文化,当成为犯罪论体系的价值选择,我国犯罪论体系的价值评价由此需要实现从规范论到情理论的转变,这是刑法解释论的转变。另一方面,法理思维在具体解释实践中,不仅需要把常识、常理与常情作为刑法解释法理化的内在根据,搭建刑法规范与社会生活之间的“桥梁”,而且需要把刑法原则、刑法目的与刑法学说作为刑法解释法理化的基本维度,并以此为中心展开具体的刑法解释。

〔关键词〕刑法解释;社会生活;法理思维;情理论;期待可能性

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2019.05.014

一、问题与视角

刑法解释是人的思维活动,思维方式不同,往往会形成不同的刑法解释结论。从类型上说,刑法解释思维有法律思维、法治思维与法理思维之分,不同思维方式对刑法解释的内在性制约不同,得出的解释结论自然有别。法律思维有助于确保刑法的安全性,避免刑法被恣意解释,是刑法解释之形式理性确保的基础,但是单一的法律

思维会产生无法与社会生活对应的问题,严格的法律思维也会产生“恶法亦法”的正义问题,这在维护刑法威权的同时,却丧失了刑法认同的基础,也不具有正当性与公信力。比如,就于欢案来说,一审法院否定于欢构成防卫过当,不仅存在事实认定错误,忽视于欢母子遭受非法拘禁这一不法侵害的客观存在,而且也存在对正当防卫之防卫限度的机械解释——只进行结果衡量,而不去进一步思考更为关键的问题;其一,于欢在

作者简介:姜涛,南京师范大学法学院副院长,教授、博士生导师,“2011计划”司法文明协同创新中心研究员,中国法治现代化研究院研究员,江苏省教育厅校外研究基地司法现代化研究中心研究员;柏雪淳,南京师范大学法学院刑法学研究生。

〔*〕本文系国家社会科学基金重点项目“刑法体系的合宪性控制研究”(17AFX018)、马克思主义理论研究和建设工程重大项目兼国家社会科学基金重大项目“全面推进依法治国重大现实问题研究”(2015MZD042)的阶段性成果,并受江苏高校优势学科建设工程资助项目(PAPD)的经费支持。

被拦截时,为何会突然拔刀相向;其二,二审判决把于欢的行为解释为防卫过当,是否违背“法律不强人所难”的法理。

法治是治国理政的基本方式,法治思维也是法治实践的基本保障。一般而言,法治思维主要指的是“人类符合法治的精神、原则、理念、逻辑和要求的思维习惯和程式,它是对于法治比较理性的认知过程,它是一个动态的过程。”^[1]然而,主张法治思维,当把价值判断融入刑法解释,以法治思维进行刑法解释时,反而让刑法解释成为一种复杂的争鸣场域。不同学者的价值判断不同,加之,对案件事实与法律规定的选择性认定,会在案件的定性及处理结果上形成严重分歧,比如,许霆案认定中的“侵占罪说”“无罪说”“盗窃罪说”“信用卡诈骗罪说”等争议,^[2]面对这种分歧,法官只能在诸多学说中选择“最优”。由此带来的问题是:法官以什么标准在次优中选择最优?

这就涉及了法理思维。对此,张文显教授指出,法治思维是融于了法理判断的思维,法理给法治思维以更多的想象力与更大的思维空间,在个案中融入法理思维,有助于实现个案正义。^[3]正是融入了法理,法治思维与法律思维分离,而成为了更高级的独立形态:法治思维是一种以法律思维为基础,兼考虑法理思维的中间形态,它在法律思维之上,在法理思维之下,强调以法理思维修正法律思维的机械,以使刑法解释之结论更具有合理性。当融入法理思维后,刑法解释也就走进了社会生活,更加贴近国情民意。借助法理思维说理,也是司法解释的要求,比如,最高人民法院颁布的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》就指出,裁判文书要阐明事理、释明法理、讲明情理和讲究文理,法官可以运用法理及通行学术观点论证裁判理由,以提高裁判结论的正当性和可接受性,旨在形成“愿说理”“敢说理”“会说理”“说好理”的良好环境。^[4]这就对司法裁判提出了更高的要求,事实上也为法理思维融入刑法解释开辟了制度通道。

本文认为,刑法解释是正善之门,法理思维

在刑法解释中不能缺席。法理思维给刑法解释带来的是深刻变化:一是从刑法解释论意义上对犯罪论体系之内核的调整。犯罪论体系是判断犯罪成立、罪数等的理论,也是刑法解释的理论,不法与有责判断是刑法解释的核心,能为刑法解释提供完整的思维方式,主张法理思维融入刑法解释,首先是把法理思维植入犯罪论体系,实现犯罪论体系之价值评价由规范论到情理论的转变。二是在个罪适用中对刑法解释理念与方法的调整。在犯罪论体系之外,刑法解释也有自身的理论体系,如刑法解释的理念、立场与方法等,法理思维会给具体生动的刑法解释实践带来什么新的基因,这也是本文讨论的主题。

二、司法远离社会生活带来的公众认同危机

刑法理论创新不是空谈玄虚,而是需要关注活生生的真实案例。于欢案、气枪案、玉米案、许霆案、猴戏案、非法制造爆炸物案(以下简称六大奇案)是近年来引起重大社会关注的疑难案件,它们都经历了二审或再审判决的“崎岖轮回”:被告人一审被判处重刑或有罪,二审或再审改判为轻刑或无罪。案件的改判及其理由预示着不同的刑法解释思维,会带来完全不同的裁决结论。然而,这些案件改判的理由中所包含的典型的刑法理论问题,却又不曾真正被理论界认真对待。

“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”这一目标的实现,^[5]需要刑法理论认真对待疑难案件这一“最关键的少数”,如果我们不认真对待近年来所发生的“奇案”中改判所蕴含的法理,不去构造系统的刑法理论以追寻刑法的外在性与道德的内在性之间的最佳平衡点,那么,理论与实践之间的“紧张关系”就不可避免。刑法理论必须要“接地气”,要服务于具体生动的司法实践,这就需要我们近年来引起社会重大关注的疑难案件入手,分析引起争议的原因及平息争议的理由,从而为刑法解释论创新带来新的基因。归纳来看,此六大奇案的改判理由如下表:

案件	一审	二审	再审	改判理由
于欢案	故意伤害罪，无期徒刑	故意伤害罪、 五年有期徒刑		于欢的行为具有防卫性质；其防卫行为造成一人死亡、二人重伤、一人轻伤的严重后果，明显超过必要限度造成重大损害，构成故意伤害罪，依法应当负刑事责任。鉴于于欢的行为属于防卫过当，于欢归案后能够如实供述主要罪行，且被害方有侮辱于欢母亲的严重过错等情节，对于欢依法应当减轻处罚。
气枪案	非法持有枪支罪，有期徒刑三年六个月	非法持有枪支罪，有期徒刑三年，缓刑三年		考虑到赵春华非法持有的枪支均刚刚达到枪支认定标准，其非法持有枪支的目的是从事经营，主观恶性程度相对较低，犯罪行为的社会危害相对较小，二审庭审期间，其能够深刻认识自己行为的性质和社会危害，认罪态度较好，有悔罪表现等情节；天津市人民检察院第一分院也建议对赵春华适用缓刑，故酌情对赵春华予以从宽处罚。
玉米案	非法经营罪，有期徒刑一年，缓刑二年，并处罚金人民币二万元		无罪	王力军的行为违反了当时的国家粮食流通管理有关规定，但尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度，不具备与《刑法》第225条规定的非法经营罪相当的社会危害性和刑事处罚的必要性，不构成非法经营罪。
许霆案	盗窃罪，无期徒刑	盗窃罪，五年有期徒刑		基于“自动柜员机出错发生的盗窃行为”这一特殊情况而适用《刑法》第63条第2款的特别减轻处罚条款。
猴戏案	非法运输珍贵野生动物罪，免除处罚	无罪		作为一种地方民间文化，新野猴戏被评为河南省“非物质文化遗产保护项目”，案件情节显著轻微，危害不大。
爆炸案	非法制造爆炸物罪，四年零6个月有期徒刑	二审中		涉及古老民俗文化与现代法秩序之间的冲突。

上述六大奇案处理中的“峰回路转”表明：其一，不同的刑法解释思维会带来不同的裁判结论。在六大奇案的审理中，一审判决遵循的是典型的法律思维。部分案件二审或再审则导入法治思维，转向一种规范论的立场，如许霆案、于欢案、气枪案；部分案件二审或再审采用法理思维，转向一种情理论的立场，如玉米案、猴戏案。其二，刑法理论当前对刑法实践的影响有限，两者之间不仅存在“实践反对理论”的问题，司法实践基本上不考虑刑法理论，而且还有“刑法理论无法指导实践”的问题，刑法理论在面对上述奇案时，本就在价值立场、规范解释上陷入危机，无法为上述案件提供有效的解答方案。其三，这些

奇案的背后还蕴含着一个现象：随着民众法治意识的增强，即便是减轻处罚或免除处罚的案件，行为人也会不断申诉或寻求社会舆论支持，努力争取无罪的判决，如许霆案、玉米案、猴戏案。而这意味着，以“司法和谐”或“和稀泥”方式处理纠纷并不是理性选择，是治标不治本的解答方案。

面对六大奇案背后的刑法解释理论分歧与司法认同危机，我们亟待理性反思：（1）刑法解释是正善之门，解释者必须心怀正义，目光往返于案件事实与法律规定之间，如果没有法理思维，刑法解释能否做到这一点？（2）我国近十年来借鉴德日三阶层犯罪论体系，这一犯罪论体系

之价值判断,整体上仍是德日学者主张的规范论,是否需要结合我国国情民意与刑法文化,凝练出一个具有原理性、原创性、解释力与想象力的新理论——情理论?进而情理论与法律思维的关系是什么?(3)把法理思维融入具体生动的刑法解释实践后,刑法解释会呈现出一种什么样的不同风貌?常识、常理与常情如何制约刑法解释?刑法目的、刑法原则与刑法学说如何影响刑法解释?

刑法解释不仅以一国立法为前提,强调“立法不是被嘲笑的对象”,还要严格遵循罪刑法定原则之明确性的要求,要求严格遵循法律思维,在入罪问题上不能突破立法的边界,以确保法的安全性;而且与国情民意相关,强调立足于罪刑法定原则的价值性,重视法理思维对法律思维的适当修正,使刑法解释符合“国情民意”,以在确保刑法解释之合法性的同时,实现刑法解释的合理性。

思维方式不同,不仅制约着法律解释者对法律的认识,形成不同的理论体系,而且也会对法官的裁判行为产生重要影响。在六大奇案的一审中,造成上述司法认同危机的原因,其实深深根植于我国刑法解释的传统思维范式,并形成一种路径依赖现象,这种路径依赖不仅间接体现为犯罪论体系缺乏对法理思维的关照,“理论与实践两张皮”现象严重,不能为法官办案提供理论指导,而且直接表现为刑法解释的理念与方法没有融入法理思维。可以说,当前法官审理案件中机械的法律思维,正是造成司法裁判“合法但不合理”的原因。为何缺乏法理思维,这与以往法治建设的目标有关,改革开放以来,我们所追求的法治往往是一种规则之治,体现在刑法当中更多强调形式理性与唯法条至上,却忽视了良法善治所包含的谦抑、善良、审慎等实质理性对人性的尊重,理论界把刑法定义为法益保护法,却忽视了刑法惩恶扬善的精神风貌,不重视法理思维与情理论在刑法解释中的运用。

在提倡法理中国的新时代,法官定罪处罚的

思维范式,亦需要随之作相应的调整,这又带来刑法理论与刑法解释上的诸多显著变化。在全面推进依法治国的法治现代化进程中,张文显教授指出,“法治中国”与“法理中国”是并行的,我们要迎接中国法学的法理时代,去实现“法理中国”学术梦和“法治中国”强国梦。^[6]当代刑事司法实践应采取何种理论,以指导法官的裁判思维的养成,对实现“法理中国”学术梦意义重大,理论界却并未经过深入的讨论。就法治实践来说,在追求全面依法治国的当下,法治思维、法治方式等成为了国家治理现代化的主题词,成为了一种理论上的“时髦”。但是,如果法治忽视了国情民意、法律善良、公平正义等法理,那么这种法治就仍然是形式法治意义上的规则之治。

六大奇案一审带来的认同危机表明,有些案件在实体和程序上严格适用了法律规定,但由于没有充分考虑最深层的法理,带来刑法解释的正义危机,导致处理结果未能得到公众认可。刑法解释固然需要逻辑,但更需要道理,罪刑法定、法律优先等不应当成为刑法解释拒绝法理思维的理由。身处转型时期的刑法解释论必须重视法理思维,自觉养成法理思维,从而实现法律思维、法治思维与法理思维的解释学循环,以追寻刑法解释之合法性与合理性之间的最佳平衡点。笔者认为,在单一的法律思维产生危机之时,将以情理论为表征的法理思维引入犯罪论体系的价值判断,将常识、常理与常情作为刑法解释法理化的内在根据,把刑法目的、刑法原则与刑法学说作为刑法解释法理化的“三驾马车”,可以使刑法解释更加符合国情民意、公平正义,^[7]从而破解“国皆有法,而无使法必行之法”的困局,^[8]也就成为了法学研究绕不过去的时代主题。

三、法理思维的概念与属性

“法律不强人所难”“法不禁止皆自由”“法无明文规定不为罪”“紧急时无法律”等法律格言,都体现了刑法中最基础的法理,刑法解释中的法理思维,就是运用法律中最基础的法理进行

刑法解释。那么,我们应如何认识法理思维呢?

(一)法理思维的概念

张文显教授把法理思维解释为法律思维与法治思维之上的更高级思维,是真理性、价值性与普适性思维。^[9]法理思维在法理学与部门法学中具有不同维度,部门法意义上的法理思维相对于法理学意义上的法理思维,是结合了部门法之目的与任务的具体化思维,是一种更为影响刑法解释的思维方式。就刑法解释而言,法理思维就是把法律的原则、目的、价值、道理、学说等,融入刑法解释的理论建构与具体实践的思维。

法理思维是比法律思维更高的思维,法律思维是规则性思维,是一种被概念、文字、语法等限定的思维。法律思维是刑法解释中最基础的思维,是一种合法性思维,即从规则的含义讨论合法性。文义解释就是一种法律思维,它就是从法律文本的字面含义出发进行解释。法律思维有助于确保刑法的安全性,避免刑法被恣意解释,但随着时代的变化,却产生无法与社会生活对应的问题。如何实现法律与社会生活之间的对应,这就涉及法理思维。法理思维是一种更高形态的思维,是从规则的目的讨论法律的合理性与法治的正当性,良法善治、国情民意、刑法正义等是其目标追求与价值判断的来源。

法理思维与法治思维不同,法理思维是一种合理性思维。法治思维是一种衡平性思维,是一种合法性思维,也是一种价值性思维,是思考法律的合法性根据是什么的思维,它包含价值判断,是从规则的意义上来讨论法律的合法性。法理思维是以法理为根据的思维,正如张文显教授所指出,法理是指形成某一国家全部法律或某一部门法律的基本精神和学理,包括法的原则、法的价值、法的精神、法的根据、法的公理、法的逻辑、法的生活、法的本意、法的目的等。^[10]

法律思维、法治思维与法理思维作为三个层次的思维方式,在刑法解释中的作用不同,其中,法律思维是最基础的解释思维,是规则思维,并不能完全满足公正司法的需要。法治思维并不

会突破刑法的边界,但在刑法解释问题上强调价值判断,这种价值判断最终是法理提供的。法理思维亦强调刑法解释上的价值判断,只是这种价值判断并不是来自于政治抉择,而是来源于社会生活,与普通民众的常识、常理与常情相关,主张“公道自在人心”,强调刑法当惩恶扬善。同时,法理思维也与刑法目的、刑法原则与刑法学说相关,具有目的性、价值性与理论性。上述六大奇案的存在,说明刑法解释思维的养成并不是单纯的“益智游戏”,刑法解释的论证也不能成为不予论证的“空言抗辩”,不同的思维方式往往会形成不同的法治实践,不同的思维方式往往会带来不同的解释结论。

(二)法理思维的属性

法理思维对刑法解释的意义在于,它是思考刑法理论建构的逻辑起点,是判断刑法解释之合法性与合理性的根据,是确保刑法解释理论与实践之合理性的保障。因而是一种追寻法律正义的努力行动,是一种服务于刑法目的的合理性期待,是法治思维的价值来源,是一种正义性思维、合理性思维、说理性思维。

1. 法理思维是正义性思维

法理思维是一种追寻法律正义的努力行动。法理思维作为一种超实证法的概念,属于情理论的范畴。常识、常理与常情就是法理思维的集中表达,是与社会生活相关的范畴,学界在刑事立法中强调的“符合国情民意”和在刑法解释上主张刑法解释的常识、常理与常情化,都是情理论下所隐含的法理思维的体现。法理思维是一种比法律思维、法治思维更高级的思维,更加注重法律的正义性,主张在国法与人情之间寻求一个最佳平衡点。刑法正义就隐藏在情理与法理当中,杨仁寿认为:“法理既为事物之当然道理,基于吾人之理性所共具之通念,则其除为裁判之基准,具有补充法律的功能外,亦具有衡量法律内容审查是否为‘善法’之作用。……制定法律,以规律吾人之社会生活,苟能本乎法理,实现此种理想,方属可期。因之,法官阐释法律时,应尽

量合乎法理,乃属当然。”^[11]笔者对此深以为然,法理是论证刑法正义的努力行动,也是评判刑法理论、刑法解释是否合理的标准。

2. 法理思维是合理性思维

法谚有云:“法律是理与力的结合”。有理无力是道德,有力无理是强权,法理是法律条文背后的道理,是超越实在法的“更高层次的法”,也是对法律目的的合理性期待。人类的认识活动都是服务于目的的,刑法解释也不例外。当我们有不同的刑法解释目标设定,自然会带来刑法解释思维方式的改变,如果把刑法解释的目标定位为合法性,刑法解释必然追求法的安全性,强调刑法解释中的法律思维就是最根本的;如果把刑法解释的目标定位为合法性与合理性兼顾,则刑法解释仅有法律思维还不够,还需强化一种法理思维,以追寻刑法正义。在价值多元化时代,刑法解释只有坚持法理思维,保持善意,奉行正义,符合情理,才能成为社会生活中的“活法”,才能使刑法解释成为服务于刑法目的的合理性期待。就于欢案来说,立足于法理思维,会有如下的解释路径:从行为法定的角度,于欢在遭受非法拘禁、辱母等行为时,拿刀乱捅,致多人受伤,一人死亡,具有明显的违法性,构成防卫过当。从情理上分析,于欢作为一个儿子,在母亲遭受他人侮辱时,挺身而出反抗暴力,并不具有期待可能性,其行为虽不是法律允许的行为,但基于“法律不强人所难”的法理,也属于法律宽恕的行为,并无归责的意义。

3. 法理思维是说理性思维

法治不是纯粹的修辞,而是治国理政基本的方式,只有融入法理思维,才能理解法治的真谛,为法治实践提供根据。法治包括价值判断,这种价值判断的展开需要说理,即以理服人,这就与法理思维具有密切关联。法理思维并不拒斥刑法解释上的价值判断,只是这种价值判断来源于社会生活,与普通民众的常识、常理与常情相关,主张“公道自在人心”。法理思维立足于法律背后的人性基础,形成与民众的常识、常理与常情

相同的共同价值观,而成为一种影响法治建设、法治实践的价值立场,因而制约立法与司法。一方面,法理思维被认为是立法发展的重要动力,比如,体恤人情、宽宥耄耋的法理思维带来《刑法修正案(八)》对已满75周岁老年人的免死规定;另一方面,法理思维也对司法裁判具有约束力,需要解释者从社会生活中去寻找正义,把这种正义落实在司法裁判中。就许霆案而言,二审判决所认定的案发原因特殊,表明许霆案是“千年不遇的案件”,从法治思维上可以认定其构成盗窃罪,也可以适用刑法特别减轻处罚规定,但这一案件并不具有刑事政策意义上预防的必要性,无助于实现刑罚目的。从预防犯罪的角度来看,只要银行改善管理,许霆与其他人都没有机会再去实施此类犯罪。就此而言,许霆的行为虽然不是法律所允许的行为,但却属于法律应宽恕的行为,并不具有归责的意义。立基于此,我们不能以许霆存在人性的弱点,而忽视民事救济或行政处罚的警示作用,直接将其作为犯罪处理,因为它无法满足预防的必要性之要求,这正是“英国许霆案”不被追责的重要原因。

在价值多元的民主化时代,司法裁判并不是档案室中的存物,而是需要予以公开接受民众的监督。就此而言,司法裁判是一个主观的客观化过程与客观的主观化过程的统一,主观的客观化意味着法官在自我理解的基础上作出符合刑法规定的判决,而客观的主观化意味着民众对司法裁判有一个认知的过程,即民众会运用自己朴素的法情感或正义观,看待司法裁判是否正义,这就凸显了刑法解释中法理思维的价值。

四、情理论:法理思维的理论形态

情理论是法理思维的理论形态之一,也是符合我国传统法律文化与现实国情民意的法理形态,以情理论为基础检视犯罪论体系的价值判断,会有一些新的分析视角与更符合国情民意的解答方案,这是把情理论运用于刑法解释实践并实现创新的理论前提。

(一)情理论的理论逻辑

法律是“人们心目中公理”的体现,这些公理具体体现为正义、善良、诚信、公德、共同价值等法律观,而这种法律观却又源于利益关系主体共同的生活观、正义观、道德观、价值观等。情理论就是追寻隐藏在规范背后的这些法律观,追寻“法律通常之理”,明确“良法善治之本”,^[12]强调刑法解释不能违背国情民意,不能违背常识、常理、常情。

1. 情理论以实现刑法正义为依归

法的安全性、合目的性与法的正义是对刑法解释的目标追求的一种解读,其中,追求正义可以适度修正法的安全性。拉德布鲁赫指出,“法的安全性不是法必须实现的唯一的价值,也不是决定性的价值。除了法的安定性之外,还涉及另外两项价值:合目的性与正义。在这一价值序列中,我们把为公共利益的法的合目的性放在最后的位置上。绝对不是所有‘对人民有利的东西’都是法,而是说凡属法的东西,凡是产生法的安定性和追求正义的东西,最终都是对人民有利的。”^[13]这一深刻洞见体现了拉德布鲁赫公式的精髓,其中,就法的安全性而言,一方面,源于它对纷乱有事先的防范,并使之在法律的掌控之中;另一方面,这种法律必须是明确的,如果由于法律自身引起的争议较多,则法的安全性就会明显降低。就法的正义性而言,正义与真、善、美一样是一个绝对的价值,它的根据存在于自身,而不需要从更高的价值中推导而来,主要体现在刑法的基本原则当中,比如,罪刑法定原则的价值性——人权保障。而就法的合目的性来说,则体现为贯通刑法体系与刑事政策的“李斯特鸿沟”,使刑法走向社会生活,体现国情民意。就当代刑法解释而言,刑法解释遵循刑法文本的含义体现了法的安全性,对刑事政策、社会生活的考量体现了法的合目的性,对刑法基本原则的遵循体现了法的正义。

就法的三种价值来说,具有明显的位阶:正义是首要价值,法的安全性是第二位阶的,法的

合目的性是第三位阶的。其中,正义可以修正法的安全性,即恶法非法,只是,这种修正也需要严格限制。因为刑法也是在民主基础上制定出来的,刑法本身就代表正义,动辄以正义为名否定立法,也是一种法治风险,并不形成法治建设所需要的秩序,因此,刑法正义应当以刑法原则、刑法目的等所包含的价值为准。法的合目的性必须确保法的安全性,然后将刑事政策、社会生活上的功能评价纳入犯罪评价,以预防的必要性为依据对符合应罚性的行为进行需罚性过滤,以免刑法适用成为一种“无目的”的打靶。比如,通过刑事政策上预防的必要性过滤,刑法解释层面的犯罪圈的范围更小,因为它把具有构成要件符合性、违法性与有责性的行为再次过滤,增加一道“需罚性”的二次过滤,这不仅没有破坏刑法的安全性,反而体现了刑法的合目的性,因而是一种现实主义的刑法解释立场。再如,将在农村举办过婚礼并生育子女的,但未领取结婚证的“丈夫”违背妻子意愿所实施的性行为,解释为“婚内强奸”也是刑法解释贴近社会生活的表现。

意大利刑法学家把合法性区分为形式的合法性与实质的合法性,前者是一种将法仅仅理解为立法机关制定的成文法,视形式上的违法为犯罪本质,强调法律表现形式及内容的确定性,相对强调刑法保护公民自由的倾向;而后者则强调视正义为法的本质,强调“无社会危害不为罪”,强调维护社会的基本条件是刑法的首要任务。^[14]这其实是对罪刑法定原则的明确性与价值性区分后得出的结论,入罪强调罪刑法定原则的明确性,强调“法无明文规定不为罪”,出罪强调罪刑法定原则的价值性,强调“无危害性不为罪”,两者都在于发挥刑法的人权保障机能。笔者认为,罪刑法定原则的明确性与价值性,分别对应刑法的行为规范与裁判规范属性。就刑法的行为规范而言,需要强调罪刑法定原则的明确性,凡是法律没有明确规定的行为,不得被评价为不法,也不得突破刑法的明确规定,把某些行为评价为违法阻却事由,以发挥刑法的行为规制

机能。就刑法的裁判规范而言,则需要强调罪刑法定原则的价值性,判断归责的意义,思考被评价为不法的行为有无追究责任的必要,从而把值得法律宽恕的行为排除在外,以进一步体现刑法的人权保障机能。

2. 情理论以道德的内在性为基础

法律与道德的关系一直纠缠不清,且对刑法解释具有重要影响。拉德布鲁赫指出,“法的有效性是建立在道德基础上的,因为法的目的是指向道德目标的。”^[15] 刑法解释是服务于司法实践的,然后才涉及知识传承问题,司法实践是兼体系导向与问题导向的,司法裁决不仅要实现个案处理之间的协同性,这是通过刑法的外在性实现的,还要实现个案正义,这是通过对道德的内在性实现的,两者都与刑法解释理论有关。刑法解释是对刑法规范的含义的理解,是对刑法规范的意义诠释,是对刑法规范的功能的界定。无论是对意义的诠释,抑或对功能的界定,都涉及道德的内在性,道德的内在性是情理论中的核心范畴,有学者指出,“由于常识、常情、常理是人们或百姓‘都懂得’和‘都认同’的‘最基本’的是非观、善恶观和伦理道德,故常识、常情、常理从根本上规定着或内在地规定着人们的行为界限与行为自由。”^[16] 事实的确如此,司法裁判是客观的主观化过程,常识、常情、常理就是民众评判司法裁判正义与否的标准。

刑法是行为规范与裁判规范,以刑法的外在性指引民众的行为,并以道德的内在性增进民众的刑法认同,这是刑法发挥行为规制机能的重要体现。就司法裁判而言,真正的司法权威绝不是一种基于强制的权威,而是一种基于认同的权威,实现司法权威也需要实现刑法的外在性与道德的内在性之间的统一。行为规范是先于裁判规范存在的,行为规范与裁判规范的关系,大致相当于德国刑法中的决定规范与评价规范之间的关系。^[17] 行为规范旨在说明哪种行为是刑法禁止的,哪种行为是刑法允许的,这种禁止的行为与允许的行为之间是互斥的,也没有中间状态,

不法判断是以行为规范为中心的判断,旨在区分合法与违法。裁判规范与行为规范之间具有重合的地方,也需要立足于规范判断某种行为是被禁止的或允许的,如果某种行为是被刑法所禁止的不法行为,裁判规范需要进一步明确这种被禁止的行为是否为法律所宽恕的行为。无期待可能性的行为、无责任能力人的行为、不具有违法性意识的行为等,都因为在刑罚目的上不具有预防的必要性或在刑法目的上不具有法益保护的必要性、价值性,而不能将这种行为归责于行为人。就此而言,无责任能力人的行为、不具有期待可能性的行为、不具有违法性意识的行为,并不是法律允许的行为,而是一种法律宽恕的行为,是一个刑罚目的范畴的无奈选择。

如前所述,不法与有责是当代犯罪论体系的支柱,两者的区分其实是依据刑法的外在性与道德的内在性进行的,刑法的外在性是不法判断的依据,旨在立足于刑法规范明确行为的性质——法律禁止抑或允许,这需要运用法律思维进行判断,以维护规范的效用,建立民众对规范的忠诚与重建规范的权威。道德的内在性是责任判断的依据,旨在立足于常识、常理、常情与明确行为的处罚有无意义,甄别出值得宽恕的行为与不值得宽恕的行为,把值得宽恕的行为评价为无罪,把不值得宽恕的行为评价为犯罪,以体现刑法的道德基础,以免出现司法裁判的公众认同危机。由此可见,不法与有责作为犯罪认定的两道工序,不只是一种技术上的划分,更是一种不同功能的合理期待。

3. 情理论是法教义学的基本内容

规范论不可避免地会陷入阿列克西所言的“明希豪森困境”,^[18] 这是价值判断的差异所导致的,当不同学者站在不同价值立场上看待同样问题时,所使用的分析工具不同,得出的结论自然就有所区别。就当前热点案件而言,存在多种相互竞争的解释结论成为常态,而司法裁判本身具有唯一性,只能在诸多解释方案中选择最优。我国台湾地区学者张伟仁教授指出,司法的目标

有三重:一是个案的正义;二是案件与案件之间处理的协同性;三是理清社会发展的理想。^[19]案件与案件之间处理的协同性主要是形式法治的立场,个案的正义是一个实质法治的范畴,属于对实质法治的最低要求,而理清社会发展的理想,则是对实质法治的更高要求。实质法治吸纳了形式法治的外在要素,并赋予了法教义学目标更加丰富的精神内涵:理性、正义和共同善。

情理论作为重要的刑法解释方法与分析框架,其任务首先就在于确保案件与案件之间处理的协同性,以免出现“同案不同判”现象。其次,情理论以超法规的责任阻却事由等,把法律与情理、法律与生活、法律与道德等关联起来,为道德、情理、生活等融入刑法的价值判断开辟了理论通道,有利于实现刑法正义。就此而言,情理论是一种把“良法善治”“正义”等价值判断融入刑法解释的思维,是对法律思维进行价值浸润,以保持法律之活性化的思维,也是一种实质法治的思维。这就形成了“三位一体”的刑法解释思维模式:法律思维是基础,法律人必须要有法律思维;法治思维是确保法律思维不被任意破坏的保障;法理思维是对解释者的更高要求,会对法的不正义进行适度修正,以确保刑法解释的合法性与合理性。

把情理论融入刑法解释,也会丰富与发展法教义学。国内刑法学界有关法教义学的研究,一般把德国法律论证大师阿列克西有关法教义学的分析作为基础。阿列克西指出,“‘法教义学’这个术语应理解为他们实际上所追求的狭义和本义的法学(Rechtswissenschaft im engeren und eigentlichen Sinne),这个狭义和本义的法学是至少三种活动的混合体:(1)对现行有效法律的描述;(2)对这种法律之概念—体系的研究;(3)提出解决疑难的法律案件的建议。与这三种活动相适应,可以区分为三个维度:描述—经验的维度;逻辑—分析的维度;规范—实践的维度。”^[20]情理论往往为法律原则所包含或隐藏在规范背后,而成为理解规范保护目的的客观存在,法教

义学不只是对规范的描述,而且包含着规范判断、价值判断,但这种价值判断不仅是对立法者之价值判断的甄别与发现,而且包含解释者的价值判断,使刑法解释符合情理或最基本的法理,就是这种价值判断的重要内容。因此,把情理论融入刑法解释,是立足于我国传统法律文化,对盛行于德日的法教义学的丰富与发展。

(二)犯罪论体系的价值评价:从规范论到情理论

犯罪论体系是最能体现刑法思维的理论体系,不同犯罪论体系所隐含的思维模式不同,刑法学家有关犯罪论体系的讨论,最能体现不同价值判断对思维模式的不同选择问题。当前我国刑法学理论体系存在以德日三阶层理论取代传统四要件论的趋势,学界目前的基本观点是以规范论取代存在论。其实,如果在规范论之外融入情理论的基因,那么在刑法学理论创新上会有一些符合“法理中国”要求的意外之喜,这也是情理论更值得提倡的原因。

我国传统“四要件”犯罪论体系被批判为存在论,即只是对犯罪成立要件的“事实确认”,并没有为出罪提供价值判断的“场域”,这就带来刑法解释上的“顾此失彼”现象:只有入罪判断,没有出罪判断。为克服这一危机,近来不少学者主张德日的三阶层论,认为三阶层论体系是一种规范论的立场,强调客观判断优先于主观判断、形式判断优先于实质判断、事实判断优先于价值判断。三阶层论对不法与有责、违法阻却事由与责任阻却事由、形式的违法性与实质的违法性、法定的责任阻却事由与超法规的责任阻却事由等的区分,是一种典型的规范论立场。规范论的立场至少有两个特色:一是作为判断的标准包含评价的要素;二是作为判断的标准是从特定目的中引申出来的。^[21]规范的本意是价值,规范论旨在突破实定法体系的拘束,不以是否符合实在法体系来确定价值,以价值评价实定法体系,从而促进实定法向善的方向发展。规范论必然有一个预定的评价性判准,这个评价性判准是由目

的设定的。规范是人的评价体系,人本身存在两个体系:一是物理的体系,二是评价的体系。^[22]为此,规范论主张实质判断、价值判断,不再把刑法规定看成冷冰冰的法律文本,而是赋予法律文本以意义,以探寻规范的目的等。但这种判断仍然是法律规范意义上的,这种规范包括刑法内的规范与刑法外的规范,前者就是刑法典有关犯罪与刑罚的规定所蕴含的价值,后者包括刑事政策、宪法等所包含的价值,主张把刑法外的规范也纳入规范论证当中。

笔者认为,把传统四要件论视为存在论的立场并不恰当,因为四要件论也允许价值判断,这种价值判断被包含在犯罪客体之中,因而被批判为实质判断优先于形式判断,价值判断优先于事实判断。其实,三阶层论与四要件论之间的区分,并不单纯是存在论与规范论的争论,实质上乃是超存在的价值判断在何种理论工具中展开,并以什么标准进行价值判断的问题。不难看出,三阶层论意义上的构成要件符合性、违法性与有责性,构成要件符合性是一种纯法律判断,违法性与有责性是价值判断。早期理论中的违法性判断也是纯客观的,只有正当防卫、紧急避险,也是一种法律判断。后来有了实质的违法性理论,方有价值判断的空间,从而把安乐死、执行命令的行为等纳入其中,转而承认超法规的违法阻却事由。有责性有法律判断,如责任能力的判断,但也有期待可能性、违法性意识、责任故意等超法规的价值判断。在法律之外允许价值判断,遭受最大的批判是存在司法恣意的风险,不利于确保法的安全性,这是规范论被存在论批判、规范论自身内部形成分歧的重要原因。

问题在于:虽然刑法学家都坚持规范论的立场,但对规范是什么的理解不同。规范论仍是一个抽象的、捉摸不透的概念,规范论主张把价值判断纳入犯罪论体系考量,通过不法与有责的区分及其判断,为犯罪认定中的价值判断开辟理论通道。同时,这种价值判断还有可能被执政者利用,如二战时期以维护国家安全为由牺牲个人自

由,强调个人对国家的绝对服从义务,这也是一种价值判断。再如,立足于风险社会命题,主张以社会本位取代权利本位,这也是一种价值判断。由此带来的问题是:这种价值判断是解释者自己的价值判断,抑或存在某种客观的价值,如解释者需要根据民众共同的价值观展开价值判断,对此,学界并没有认真予以对待。

即使以三阶层论取代四要件论,也需要实现由“照着讲”到“接着讲”的转变,我国并无照搬德日犯罪论体系的必要,否则,必然会带来“水土不服”的问题。我们可以借鉴德日犯罪论体系的积极因素,比如,以不法与有责为支柱建构犯罪论体系,并以情理论为基础,建构完全不同于德日的不法与有责区分的法理:立足于罪刑法定原则的明确性,把不法界定为法律禁止的行为,把违法阻却事由界定为法律允许的行为,不允许超法规的违法阻却事由;立足于罪刑法定原则的价值性,把有责界定为不值得宽恕的行为,把责任阻却事由界定为法律宽恕的行为,允许超法规的责任阻却事由。什么是值得宽恕的情况,主要依据社会生活层面中的常识、常理与常情等法理的深层根据进行判断,也应依据刑法目的、刑法原则与刑法学说等法理本身进行判断,避免这种判断只是决策者的价值判断,或成为政治的“附庸”。其中,最典型的莫过于期待可能性,期待可能性并不是规范层面的法理思维,而是来自生活层面的法理思维,因而与情理论之间会有交叉,是“法律不强人所难”的法理作用于刑法理论的产物,充分体现了刑法的道德性。

情理与法律形式迥异,但也有融贯之处,无视情理的法律在正当性方面必然存在缺陷。在中国传统司法实践中,讲求情理与法律的融合,多有“酌以人情参以法意”“情法两尽”“非惟法意之所碍,亦于人情为不安”等语句,“执法原情”的案例比比皆是。^[23]有学者对中国法律传统作了精当的剖析,指出中国法律传统的主要内容包括12个方面:引礼入法、礼法结合;恭行天理、执法原情;法则公平、权利等差;法自君出、权尊

于法;家族本位、伦理法治;重刑轻民、律学独秀;以法治官、明职课责;纵向比较、因时定制;立法修律、比附判例;援法定罪、类推裁断;无论讼求、调息息争;诸法并存、民刑有分。^[24]中国与德日国家具有不同的刑法文化,德日刑法与中国刑法也有定性与定量的差异,照搬德日的犯罪论体系自然存在“水土不服”问题,这种犯罪论体系除了形成大量知识成果,成为各种论文引用的“学术资产”外,并不会成为司法实践的理论指南。

就此而言,我们必须立足于中国现实、中国刑法与中国文化建构自己的犯罪论体系:以不法与有责为支柱建构犯罪论体系,赋予不法与有责之区分以新的法理,并把情理论作为超法规责任阻却事由判断的法理之基。具体而言,以情理论检视犯罪论体系,我们需要明确不法与有责区分的基本法理:不法评价意义上的法律允许是一种典型的法律思维,受制于罪刑法定原则的明确性(法律明文规定),并不允许超法规的违法阻却事由。有责意义上的法律宽恕是一种典型的法理思维,受制于罪刑法定原则的价值性(刑法保障人权),允许超法规的责任阻却事由,期待可能性、违法性意识等都是情理论的范畴。这会对刑法学界一些长期争议的领域有新的分析视角与更为清晰的解答方案。以下,试举三个例子。

其一,被害人承诺的行为的免责问题。安乐死、自残等被害人承诺的行为,如果将其视为不具有实质的违法性,则属于超法规的违法阻却事由,也就是法律允许的行为。如此认定显然与立法目的相悖,尽管安乐死等属于行为人的无奈选择,从情理上也值得同情,但这并不是法律允许的行为,而是因为情有可原,属于法律宽恕的行为。换言之,这种行为法律并不允许,这也正是安乐死为学界呼吁,但是立法将其正当化的历程十分缓慢的原因。当出现安乐死时,法律基于“法律不强人所难”的法理,宽恕这种无奈的选择。

其二,同等法益侵害的避险过当的责任问题。就造成同等法益侵害的避险过当而言,按照我国刑法规定,紧急避险的限度必须是损害的利

益小于所保护的利益。如果行为人为了避免自己的生命被剥夺,而实施了一个剥夺他人生命的避险行为,对此,如果立足于行为无价值论,则构成犯罪无疑,相反,立足于结果无价值论,则并不具有违法性。这种争论长期争执不下,无法达成共识。就保护法益与侵害法益相同的避险过当来说,如果依据情理论,则会得出行为人无罪结论,固然行为人为保护自己的生命而牺牲他人的生命,这是一种具有违法性的行为,但行为人在面对这种法益冲突时,所谓制度性法益等都不能成为行为人考虑的对象,并不具有归责的基础,只能适用“法律不强人所难”“紧急时无法律”等法理,从法律上宽恕行为人的行为。

其三,紧急情况下的防卫过当的免责问题。防卫过当是否免责必须依据不法与有责进行判断,而有责判断主要是一个情理判断,需要把不具有期待可能性的情况排除。以于欢案为例,就不法判断来说,于欢的行为并不属于违法阻却事由,理由是于欢的行为不属于无限防卫,并不符合《刑法》第20条第3款的规定。把杜志浩等11人的行为解释为“行凶”,这是对“行凶”的错误理解,混淆了人身权利中身体权与人格权的区分:刑法上的人身权利包括生命权、健康权、性自主权与人格权等,其中,生命权、健康权、性自主权是偏重身体方面的器质性权利,侮辱、诽谤等是偏重人格尊严的精神性权利,当人格遭受严重破坏时,并不能评价为“行凶”。刑法理论的核心就是归责问题,被评价为不法的行为,并不意味着不是值得宽恕的行为。从情理上来看,于欢在看到母亲当众遭受侮辱时,处于“义愤或恐惧”等状态下实施防卫过当的行为,应当属于法律宽恕的行为。我国古代法律中的容隐制度与为亲复仇,德日刑法中特殊情况下的防卫过当免责制度等,^[25]都是基于行为可宽恕的理由而免除行为人的责任。

总之,犯罪论体系需要严谨、严密的思维保障,以确保理论的解释力与供给力。其中,情理论是立足于一般法理对不法与有责进行区分,是

对犯罪论体系之价值判断的再思考,在犯罪论体系的时代转型过程中,认真对待情理论,并从德日学者主张的规范论,走向符合我国国情民意的情理论,尤其值得珍视。

五、刑法解释法理化:法理思维的实践样态

司法公正是保障社会公正的最后一道防线,如何实现司法公正,则涉及刑法解释的理论选择问题。犯罪论体系并不是学者书斋中的读本,而是一种有助于法官判断,对确保司法裁判的协同性、正义性具有重要意义的理论建构,且影响法官解释刑法的思维。因此,采用何种刑法理论建构,对司法裁判影响重大。^[26]如前所述,情理论是法理思维的理论形态,提倡刑法解释的法理思维,则需要在刑法解释中提倡情理论,这也是法理思维在刑法解释中的具体适用。笔者认为,情理论以立足于期待可能性的体系性建构为基础,开辟刑法解释与常识、常理、常情之间通约的理论通道,激活刑法目的、刑法原则与刑法学说在刑法解释中的运作密码,从而形成刑法解释在法律思维、法治思维与法理思维之间的解释学循环。

(一)常识、常理与常情:刑法解释法理化的内在根据

法理思维主张刑法解释立足于刑法规范文本的字面含义和刑法正义进行解释,从刑法文本的含义发展到刑法文本的意义。刑法解释必须追寻正义,而正义来自于社会生活,这就为法理思维影响刑法解释提供了理论空间,毕竟,情理(常识、常理与常情)就是社会生活的必要组成部分。

常识、常理与常情是刑法解释法理化的重要维度。把情理论与刑法解释关联在一起,需要重视刑法解释的法理思维。法理思维来自于法学理论的提炼,是与法的理念、法的价值、法的原则有关的范畴,也是与常识、常理、常情相关的范畴。陈忠林教授指出,所谓的“常识、常理、常情”是指“为一个社会的普通民众长期认同,并且至今没有被证明是错误的基本的经验、基本的

道理以及为该社会民众普遍认同与遵守的是非标准、行为准则。”^[27]立法是对民众公共价值观的保护与固定,司法则是对民众共同价值观的维护与引导,因此,必然会有刑法解释中运用常识、常理与常情的理论空间。对此,马荣春教授也指出,“就刑法司法裁判而言,常识、常情、常理的切实运用直接关系到犯罪事实的认定包括无罪事实的认定和刑法条文的适用在被告人、控告人和普通民众之间的被信服的程度,从而影响到预防包括个别预防和一般预防的社会保护功效”。^[28]刑法学理论需要发现这种常识、常理与常情,使其成为法理思维的一部分,进而成为刑法解释的“内在性规定”。

常识、常理与常情体现了刑法解释的道德性。如前所述,法理思维也强调刑法解释上的价值判断,只是这种价值判断来源于社会生活,与普通民众的常识、常理与常情相关,主张“公道自在人心”“国情民意”。以安乐死为例,这种行为并非刑法所允许的行为,但从情理上说,行为人又享有在患绝症而痛苦不堪的情况下求死的自由,这是符合情理的,既如此,我们就可以把安乐死视为一种超法规的责任阻却事由,以宽恕这一行为。毕竟,在情理范围内,责任是一个与刑罚目的相关的判断,刑罚目的能否实现,决定刑法是否需要动用刑罚谴责行为人,也就是让其承担责任。再如,就许霆案来说,不少学者主张许霆的行为并不是刑法所允许的行为,因而要对其定罪处罚。但是,这种处罚却忽视了银行的责任,我们的司法裁决以定罪方式表明过错在许霆而不在于银行,这虽然向社会传递了一种信号:当民众遇到不义之财的时候,不可以将其据为己有,这无疑是正确的。但是,只考虑这些却含糊了银行的社会责任,银行应当积极改善管理水平,避免自陷风险。退一步讲,即使许霆的行为是法律所不允许的不法行为,但综合案发原因等要素,其也当属于法律宽恕的行为,因为面对这种“千年不遇”的案件,对许霆以犯罪处理并无刑事政策意义上预防的必要性,并无助于实现刑

罚目的,也就无需罚性,而是一种赤裸裸的报应。还如生活意义上的打架,法律可以禁止打架,但从生活规则上看,一个人被打不还手,这是不符合人性的,被打的人往往遭受负面评价,比如龌种、胆小鬼,相反,打人者被视为勇士,往往被给予正面评价。如果法律禁止被打者还手或还手超出限度就是犯罪,那么刑法其实在鼓励恶行,这并不是刑法解释应有的立场。

常识、常理、常情是以理出罪的重要根据。在分析气枪案时,陈兴良教授指出,“该案的教义学分析涉及枪支认定标准、目的性限缩解释和责任排除事由等问题,‘依法入罪,以理出罪’是解决问题的关键。只有通过出罪事由的正确适用,才能使定罪量刑的结论具有合理性,并获得公众认同。”^[29]笔者认为,这一观点对刑法解释来说,具有重要的突破意义,也是基于法理思维形成的合理主张。依法入罪,强调对不法判断严格依据法律规定进行,不允许恣意解释;以理出罪,强调对责任判断融入常识、常理与常情的判断,并以期待可能性、违法性认识错误等理论承载常识、常理与常情。刑法解释是以刑法规范为中心的,而刑法规范是一种社会生活约定而形成的类型化命名,社会生活层面的常识、常理与常情才是刑法规范之合法性的根据,如杀人偿命的古老观念,就是故意杀人罪存在死刑的根据。就此而言,刑法解释固然需要法律思维,需要以刑法规范为中心进行解释,但也需要法理思维,需要回到具体生动的社会生活层面,思考刑法解释的结论是否违背基本的常识、常理与常情,王力军收购玉米是否属于常情,于欢突然拔刀相向是否在常理层面具有可以宽恕的理由,等等。常识、常理与常情在有责判断层面,延伸出“以理出罪”的理论逻辑,也使违法性认识错误和期待可能性成为了犯罪论体系中的新要素,具有重要的突破意义。

(二)目的、原则与学说:刑法解释法理化的三驾马车

刑法法理的核心是刑法目的、刑法原则与刑

法学说,法理思维意味着重视刑法目的、刑法原则与刑法学说对刑法解释的制约,三者堪称刑法解释法理化的“三驾马车”,它们唯有并驾齐驱,才能实现刑法解释的合法性与合理性的统一。同时,这是一个涉及范围十分宽泛的范畴,下文只分别选取三个维度中的一个点,论述罪刑法定原则、刑罚目的与期待可能性理论对刑法解释的影响。当然,这种分析具有方法论意义,可以为法理思维与刑法解释之间的关联提供一个更为具体的分析视角与更为清晰的解答方案。

1. 罪刑法定原则与刑法解释

如何依据法理思维进行刑法条文的解释,这其实涉及刑法原则与刑法解释的关系,比如,以刑制罪思维可以建构罪责刑相适应原则对个罪构成要件之间的制约关系。其中,罪刑法定原则与刑法解释之间的关系最值得深入研究。

罪刑法定原则是当代刑法的“帝王”原则,犯罪论体系建构不能外在于罪刑法定原则之外,正是立足于罪刑法定原则的明确性与价值性,刑法理论在规范论与情理论之间找到了契合点。罪刑法定原则是以限制国家权力、保障公民权利为价值选择的。为此,一方面,要重视罪刑法定原则的明确性,把犯罪与刑罚予以明确规定,告诉一般民众哪些是刑法禁止的行为,哪些是刑法允许的行为,以发挥刑法的行为规制机能,以免刑法成为蛰伏在某处的陷阱,使民众成为被恣意打击的“猎物”,这种明确性是构成要件符合性判断的内容,因而又有构成要件明确性原则之称。构成要件符合性是不法判断的基础,除非具有违法阻却事由,否则符合构成要件即意味着不法。因此,不法与合法是立足于罪刑法定原则的明确性进行的严格区分,两者之间是一种互斥关系,并不存在超规范的违法阻却事由,也不适用“法不禁止皆自由”的法理,因为这一法理是从责任要不要承担而不是有无自由的意义上来说的。^[30]另一方面,罪刑法定原则的价值性是对人权保障的深化,对不法行为,尚需进行有责判断,以进一步追问这一行为是否具有归责的意义。

归责从某种意义上成为了出罪判断的二次过滤,也属于出罪理由中的“兜底条款”。通过归责要件,把刑法规范与社会生活、事实判断与价值判断、规范论与情理论、法律思维与法理思维等之间的关系架构起来,把“法律不强人所难”“比例原则”“刑法经济”等法理融入到刑罚目的之甄别与选择当中,从而把无助于刑罚目的实现的无责任能力人的行为、不具有期待可能性的行为、不具有违法性认识的行为、不符合常理的行为、犯罪后的积极合作行为(如逃税罪)等排除在犯罪之外,以最大限度地发挥刑法的人权保障机能。

比较有争议的问题是,在法律已经有明确规定的情况下,再把法理思维纳入刑法解释的视野,是否违背罪刑法定原则?笔者认为,两者并不冲突。罪刑法定原则有明确性与价值性的要求,前者要求“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,这是对刑法的明确性的要求,目的在于限制国家权力;后者要求刑法解释意义上的入罪与处罚必须符合人权原则,即承认超法规意义上的出罪事由,符合罪刑法定原则的价值性要求。这要求形成刑法解释学循环:解释者要有法律思维、法治思维与法理思维,目光要在“事实、规范与正义”之间不断往返。这其实对解释者提出了更高的要求:解释者不仅要知道“冰冷”的法条的含义,而且要借助法理思维,了解法规范赖以存在的社会生活基础。毕竟,法治是良法善治,良法善治是“人性之治”“人心之治”“良心之治”。^[31]法理思维就在于把社会生活中民众共同的价值观提炼出来,成为一种观念的、理论的存在,“法无明文规定不为罪”“法不禁止皆自由”“法律不强人所难”“法不外乎人情”“紧急时无法律”等法谚所蕴含的法理,都是一种能够影响立法与司法的客观存在。甚至可以说,情理论是刑法公理的内容之一,刑法公理是被公共证成的理论,正如我国刑法学者所指出,法律的解释必须符合法律公理。法律公理是指长期以来已经被法学界普遍接受的法学基本理论命题,这样的

法学理论命题好比数学公式,其正确性是已获公认的,解释法律必须对此予以遵循。^[32]

2. 刑罚目的与刑法解释

法官处理案件时怎样做才属于进行法理思维,这离不开对立法目的的判断,学界主张的规范保护目的等与此相关。其中,把刑罚目的导入刑法解释实践也是法理思维的体现。以下主要讨论刑罚目的与刑法解释之间的关系。

刑罚目的是立法目的的重要维度,是对国家惩罚犯罪所能发挥效果的期待,这种期待不是理性思辨的结果,而是一个社会生活的范畴,或者说是一种情理范畴意义上要不要惩罚、如何惩罚、惩罚目的是什么的政策考量。在当代德国刑法学界,Roxin 与 Jakobs 都坚持规范论,主张没有目的的罪责,罪责始终是由目的所决定,刑法目的赋予罪责以概念内涵。Jakobs 把刑法目的解释为防止规范被破坏与重建民众对规范的信任,因为文明社会的特点是一切都是可以控制的,这为从刑法目的出发建构罪责的内涵提供了哲学基础。^[33]Roxin 主张的需罚性理论,就是从刑罚目的的演绎出的概念,按照 Roxin 的解释,基于刑事政策上的考虑而阻却罪责或减免刑罚,皆属于需罚性的问题。同时,Roxin 还破除刑罚论与犯罪论的界限,认为阻却刑罚事由本质上其实往往是阻却违法事由或阻却罪责事由。基本上免除罪责与免除刑罚的效果是一样的,都是行为人不必接受刑罚责难。^[34]需罚性是刑罚限制事由,考虑对行为人判处刑罚是否具有合目的性,即能否满足犯罪预防需要,这种预防的必要性对处罚意义的衡量,内含需罚性的本质,目的在于把一些符合法律规定但不符合情理的行为予以排除。^[35]

上述对刑罚目的的界定是正确的,犯罪与刑罚之间互为因果,相互制约,无助于实现刑罚目的之行为,将其解释为犯罪是不必要的,这就需要法官在刑法解释中进行一番后果考察,把不具有需罚性的情况解释为无罪。事实上,我国司法实践已有依据刑罚目的进行正确判断的典型案

例,如王力军收购玉米案,一审法院判决认定王力军收购玉米没有办理粮食经营许可证和工商营业执照,属于《刑法》第225条规定的“其他严重扰乱经济秩序的行为”,立足于兜底条款的属性,并不从不法进行判断,进而得出其行为构成非法经营罪。最高人民法院在指令再审决定书中主张以刑事处罚的必要性(这是责任判断的内容)作为判断依据,王力军从粮农处收购玉米卖予粮库,在粮农与粮库之间起了桥梁纽带作用,没有破坏粮食流通的主渠道,没有严重扰乱市场秩序,且不具有与《刑法》第225条规定的非法经营罪前三项行为相当的社会危害性,不具有刑事处罚的必要性。^[36]在这里,刑事处罚的必要性与刑事政策意义上预防的必要性相通,是一个刑罚目的范畴的责任判断问题。

刑法解释必须追寻正义,而正义来自于社会生活,这就为法理思维影响刑法解释提供了理论空间,毕竟,情理就是社会生活的必要组成部分,正如有学者所言,“刑法是正义的文字表述。但是,活生生的正义需要从活生生的社会生活中发现;制定法的真实含义不只是隐藏在法条文字中,而且同样隐藏在具体的生活事实中。”^[37]如果忽视法理思维,则会带来机械的法条主义。再以许霆案为例,许霆的行为显然是不道德的,这种行为也造成了法益侵害的结果,但从刑罚目的角度思考,对许霆以犯罪处理除了满足报应的要求外,其实并无助于实现预防的目的,因为许霆案属于“千年不遇”的案件,且主要是因为银行的管理不到位所致,对其处罚无助于实现刑罚目的:一方面,这类案件发生的几率极低,处罚许霆并无助于实现一般预防;另一方面,从特殊预防的角度来看,许霆也不能再有这样的机会,不可能再次实施此类行为。故,法院以盗窃罪处罚与刑罚目的无关,不具有法理基础。相反,当英国发生类似于中国的许霆案后,银行发表声明承认过错在我,谁拿到的钱归谁,就当银行给客户发红包,且不会向司法机关报案。这种做法是符合情理的,毕竟是银行自己的取款机出故障,过错

不在客户。

3. 期待可能性与刑法解释

如何依据情理进行刑法条文的解释,涉及刑法学说与刑法解释之间的关系,对此,期待可能性理论具有典型代表性,有给予特别论述的必要。

期待可能性是“法律不强人所难”的法理在刑法理论中的集中体现。尽管期待可能性有多种理解,我国刑法理论界所讨论的期待可能性,大体上是指这种狭义的期待可能性。狭义上的期待可能性是责任判断的唯一标准,责任要素的设定是以能够期待行为人实施其他合法行为为前提的,责任能力、故意、过失以及违法性认识的可能性,实质上是他行为可能性的具体化,因而也是作为责任基础的期待可能性的具体化。具有责任能力的人,对客观构成要件事实具有认识(故意)或者预见可能性(过失),并具有违法性认识的可能性时,就可以期待其产生不实施符合构成要件的违法行为的动机,而不实施该行为;倘若行为人实施了该行为,就认定行为人具有责任。^[38]就我国刑法而言,过失犯与意外事故的区分、违法性认识的可能性、责任能力、故意等并不是期待可能性理论作用的产物,无责任能力人的责任判断,其并非以能够期待行为人以实施合法行为的可能性为前提,难道一个13岁的少年,我们就不能期待他不实施杀人行为吗,这是不言而喻的,如此解释显然是对期待可能性理论的误解。其实,法律以无责任能力为由否定其责任,是一国未成年人刑事政策的体现,以刑罚惩罚此类行为人并不能体现刑事政策意义上预防的必要性,进而带来法律对其行为的宽恕。

期待可能性目前已体现在德日刑法典当中,以不需负刑事责任的防卫过当为例,《德国刑法典》第33条规定:“防卫人由于慌乱、恐惧、惊吓而防卫过当的,不负刑事责任。”^[39]《日本改正刑法草案》第14条第2项、第3项规定:“防卫行为超过限度的,可以根据情节减轻或免除处罚。”“在前项情形下,其行为出于恐怖、惊愕、兴奋或过于惊慌失措,因而不能非难行为人的,不处

罚。”^[40]这是法理的法典化的体现。^[41]问题在于,在刑法典没有将这一法理规定在内的情况下,刑法解释可否将这一法理作为法官自由裁量权的内容,以法理思维影响刑法解释,使期待可能性成为一种超法规的阻却事由。对此,法史学者已经作出回答:“能期待多少人‘大义灭亲’,告发犯罪亲属以捍卫国家和公共利益。若估计多数人做不到这一点,就不必立‘责众’之法。”^[42]

情理论是自然正义的内核,将期待可能性作为责任判断的核心,是刑法正义的体现。“法律不强人所难”的法理与刑法正义一脉相通,如果刑法把一些公民做不到的事情所带来的客观法益侵害作为犯罪,则会带来刑法不正义。就于欢案来说,当于欢母子在遭受杜志浩等 11 人的纠缠、殴打、非法拘禁与侮辱时,于欢在恐惧情况下拔刀刺死 1 人,重伤 2 人,轻伤 1 人,是“人不犯我,我不犯人”的常理与常情,也是在一种期待不能情况下的违法行为,并不具有归责的意义。这一归责的法理,在德日刑法中已经实现了法定化,前述《德国刑法典》第 33 条、《日本改正刑法草案》第 14 条第 2 项、第 3 项规定,因恐怖等而实施过当的防卫行为,都在“不罚”之列。如果我们忽视期待可能与不能的判断,以法益侵害的结果为依据定罪处罚,自然会导致刑法不正义。

作为问题必要的反复,情理思维并不是以结果无价值或行为无价值为基础进行的分析,而是责任判断的重要内容。按照德日流行的三阶层犯罪论体系,构成要件的符合性、违法性与有责性之间错落有致,逻辑清晰。构成要件的符合性是不法的类型化,当某种行为具有构成要件的符合性如无违法阻却事由,也就具有了违法性。违法性的判断标准是法律允许与否,对法律允许的行为,解释为刑法中的正当行为;对于法律禁止的行为,解释为刑法中的违法行为。通过这种评价,刑法规范的效力得以呈现,这种评价是不允许存在价值判断的,只有如此,才能最大限度地维护法律的权威。与不法判断不同,责任判断主

要是一个价值判断,是立足于罪刑法定原则的价值性进行的判断,为何 14 周岁以下的未成年人不被评价为犯罪?为何“天价葡萄案”中的行为人被评价为不具有违法性意识?为何对于欢案、许霆案等学界一些学者主张无罪?这都不是违法层面判断的结果,这些行为都违反了刑法规范,但并不具有谴责的基础,这些行为都属于政策或情理的事由而需要宽恕的行为,因而是一个以情理为主线的价值判断的范畴,是一个社会生活常识与情理的判断。三阶层犯罪论体系意义上的事实判断先于价值判断,应当是这种意义上的优先,而不是在违法层面就进行价值判断而承认超法规的违法阻却事由。

法学研究必须重视基于法理思维的刑法解释研究。刑法解释是一种案件事实与法律规定之间的对接活动,可以把刑法解释比喻为建造桥梁,桥的一头是案件事实,桥的另一头是法律规定,建造桥梁必须符合“经济、美观、安全、实用”等要求,刑法解释追求“法的安全性、正义与法的合目的性”,其中,法的安全性是第一目标,正义可以修正法的安全性,通常情况下,国家所制定的法律本身就是正义的,只有在存在正义危机的特殊情况下,可以用正义修正法的安全性。同时,刑法解释是正义理念、刑法规范与案件事实的相互对应,追求正义的刑法解释。在解释者以法律规范检视案件事实时,必须要理解法律规范背后的生活世界,重视刑法解释的法理基础,而不是把案件事实与法律规定简单地对接。这对刑法解释提出了双重挑战,解释者必须重视法律思维对刑法解释的变革意义,把情理论导入犯罪论体系建构,并在个罪适用的解释中予以具体化,当单一法律思维会导致法条主义危机时,则需要运用法理思维对法律思维予以修正,以实现刑法正义。

注释:

[1] 韩春晖:《论法治思维》,《行政法学研究》2013 年第 3 期。

[2]参见张明楷:《许霆案的刑法学分析》,《中外法学》2009年第1期。

[3][6][9][10][12]参见张文显:《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》,《清华法学》2017年第4期。

[4]参见最高人民法院2018年6月1日颁布的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(法发[2018]10号)。

[5]这是习近平总书记2013年2月23日在中央政治局第四次集体学习时,对政法机关提出的努力目标和明确要求。

[7]参见公丕祥:《当代中国能动司法的理论与实践》,北京:法律出版社,2012年,第278-279页。

[8]《商君书·画策第十八》。

[11]杨仁寿:《法学方法论》(第二版),北京:中国政法大学出版社,2013年,第274页。

[13][15][德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,北京:中国法制出版社,2001年,第18、11页。

[14]参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译评,北京:中国人民大学出版社,2004年,第14页。

[16][28]马荣春:《论刑法的常识、常情、常理化》,《清华法学》2010年第1期。

[17][22][33][34]参见许玉秀:《当代刑法思潮》,北京:中国民主法制出版社,2005年,第37、26-27、9-13、146-147页。

[18][20][德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,北京:中国法制出版社,2002年,第1-2、308-309页。

[19]参见张伟仁:《天眼与天平:中西司法者的图像和标志解读》,《法学家》2012年第1期。

[21]参见许玉秀:《主观与客观之间》,春风煦日论坛—刑事法丛书系列,1997年,第167页。

[23]参见公丕祥主编:《全面依法治国》,南京:江苏人民出版社,2015年,第261-262页。

[24]参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,北京:法律出版社,1997年,第33页。

[25]《日本改正刑法草案》第14条第2项、第3项规定:“防卫行为超过限度的,可以根据情节减轻或免除处罚。”“在前项情形下,其行为出于恐怖、惊愕、兴奋或过于惊慌失措,因而不能非难行为人的,不处罚。”《日本刑法典》(第2版),张明楷译,北京:法律出版社,2006年,第115页;《德国刑法典》第33条规

定:“防卫人由于慌乱、恐惧、惊吓而防卫过当的,不负刑事责任。”《德国刑法典(2002年修订)》,徐久生、庄敬华译,北京:中国方正出版社,2004年,第13页。

[26]情理理论对司法裁判的影响是多方面的,包括定罪与量刑两个方面,前者涉及罪与非罪的界限,后者涉及量刑轻重的选择。鉴于篇幅所限,本文仅研究情理理论对犯罪认定的影响。

[27][31]陈忠林:《“常识、常理、常情”:一种法治观与法学教育观》,《太平洋学报》2007年第6期。

[29]陈兴良:《赵春华非法持有枪支案的教义学分析》,《华东政法大学学报》2017年第6期。

[30]参见易军:《“法不禁止皆自由”的私法精义》,《中国社会科学》2014年第4期。

[32]参见李希慧:《论刑法解释的原则》,《法律科学(西北政法大学学报)》1994年第6期;李希慧:《刑法解释论》,北京:中国人民公安大学出版社,1995年,第89页。

[35]当然,预防的必要性也有刑法经济、比例原则等维度上的存在,就刑法经济而言,如果惩罚犯罪的成本远远大于惩罚的收益,如逃税罪,则没有归责的必要性;就比例原则而言,如果某种行为通过行政处罚或民事赔偿等就能够取得相同或更好的效果的话,则将这种行为解释为犯罪则不具有预防的必要性,这对处理刑民交叉的案件具有特别重要的意义。

[36]参见最高人民法院(2016)最高法刑监6号再审决定书。

[37]张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期。

[38]参见张明楷:《期待可能性理论的梳理》,《法学研究》2009年第1期。

[39]《德国刑法典(2002年修订)》,徐久生、庄敬华译,北京:中国方正出版社,2004年,第13页。

[40]《日本刑法典》(第2版),张明楷译,北京:法律出版社,2006年,第115页。

[41]其他部门法也有法理的法定化,比如,我国台湾地区“民法”第1条规定:“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”

[42]范忠信:《中西法律传统中的“亲亲相隐”》,《中国社会科学》1997年第3期。

〔责任编辑:马立钊〕