

刑法教义学的立场和方法

冯 军*

摘 要 刑法教义学是刑法科学的核心部分。只有将“刑法的任务是维护法规范的效力”作为刑法教义学的基本立场,才能合理地解释刑法的有关规定,才能使刑法教义学的解释结论更好地适应社会的发展;一种规范论的刑法教义学,要重视解释者个人的先见,更要重视解释者群体的经验,要让解释结论符合实践理性的要求,使解释结论建立在不可辩驳的法律基础之上。

关键词 刑法教义学 法规范的维护 法律根据的检验

在我国刑事法律体系已经基本建成之后,我国不少刑法学者都把主要精力转向理解刑法、解释刑法,也就是说,从刑事立法学转向了刑法教义学。本文仅仅说明笔者个人关于刑法教义学的立场和方法的粗浅见解,以求教于学界同仁。

一、立场

“刑法教义学”是德文词“Strafrechtsdogmatik”的中文译语。尽管关于什么才是德文词“Strafrechtsdogmatik”恰当的中文翻译,在中国大陆刑法学者之间至今仍然存在较大的意见分歧,^[1]但是,“刑法教义学”这一概念所表达的意思是明确的,即“刑法教义学是一门研究法

* 中国人民大学法学院教授。本文为2012年教育部人文社会科学重点研究基地项目(12JJD820002)的阶段性成果。笔者曾于2013年8月18日在《法学研究》编辑部和湖南大学法学院联合举办的“法学研究方法研讨会”上,以“刑法教义学的先行思考”为题,报告过本文中的基本观点。感谢蔡桂生博士给笔者提供了写作本文所需的德语文献。

[1] 中国政法大学刑事司法学院的徐久生教授译为“刑法解释学”(参见(德)汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,页242);北京大学法学院的王世洲教授译为“刑法信条学”(参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,页117以下及(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,“主译者后记”,页701以下);中国社会科学院法学研究所的樊文研究员于2013年7月31日晚在中国人民大学与我的面谈中主张译为“刑法义理学”。

律规定的解释、体系化和发展以及刑法领域中的各种科学理论观点的学科。它通过自己与现行法的联系和自己的方法,与刑法史学、刑法比较学区别开来,并且也与刑事政策学区别开来,刑事政策学的对象不是已经存在的法,而是应该符合目的地制造出来的法。”〔2〕概括而言,法教义学“是关于有效的法的科学,而不是关于正确的法的科学,是关于存在的法的科学,而不是关于应该存在的法的科学。它因此区别于以应该存在的法为其对象的科学,与关于法目的的科学即法哲学相区别,与关于实现法目的的手段科学即法政策学相区别。”〔3〕

刑法科学属于实践科学,它的核心必然是刑法教义学。

刑法科学的核心部分是刑法教义学(刑法理论)。它以刑罚法规(Strafgesetz)为其基础和界限,致力于研究法条的概念性内容和构造,将法律素材体系化,并试图发现概念构造和体系化的新途径。通过解释现行法,对司法判决进行批判性检验、比较和归序,刑法教义学就作为法律和司法实践的桥梁,服务于法院稳定地、逐渐修复地适用刑法,从而在很大程度上服务于法安全和公正。〔4〕

由于法律必然是一般地表述出来,

因而,连法律也不能自己解决待决的个案。尽管如此,如果应遵守法官受法律规则的约束,那也必须为法官提供法律以外的其他具体的法律规则。法律教义学(Rechtsdogmatik)的任务是准备这种法律规则。因此,法律教义学是那些法文化的必要组成部分,这些法文化是以法官严格受预设的法律规则约束这一原则为基础。在这一点上,法律教义学也是共同的欧陆法文化的共同组成部分。〔5〕

(一)传统

在传统上,刑法教义学将现行刑法视为信仰的来源,现行刑法的规定既是刑法教义学者的解释对象,也是解释根据。在解释刑法时,不允许以非法律的东西为基础。对刑法教义学者而言,现行刑法就是《圣经》。因此,人们把根据现行刑法的规定对现行刑法进行阐释的学问,称为刑法教义学。

据康德,教义学是“对自身能力未先予批判的纯粹理性的独断过程”,教义学者从某些未加检验就被当作真实的、先予的前提出发,法律教义学者不问法究竟是什么,法律认识在何种情况下、在何种范围中、以何种方式存在。这不意指法律教义学必然诱使无批判,但即便它是在批判,如对法律规范进行批判性审视,也总是在系统内部论证,并不触及现存的体制。〔6〕

这种刑法教义学的学问倾向,在“近代刑法学之父”费尔巴哈(Paul Johann Anselm von

〔2〕 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 2. Aufl., 1994, S. 140.

〔3〕 Radbruch, Rechtsphilosophie, 1950, S.209.

〔4〕 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 42.

〔5〕 (德)乌尔弗里德·诺伊曼:“法律教义学在德国法文化中的意义”,郑永流译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(第5卷),中国政法大学出版社2002年版,页15。

〔6〕 (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2013年版,页4。

Feuerbach, 1775—1833)那里体现得极其明显。在他之前,人们习惯于从哲学原理中寻求可罚性的根据,理论家们“以愚蠢的自我陶醉的态度去嘲笑刑法中极其严谨慎密的概念的必要性。”〔7〕费尔巴哈从康德(Immanuel Kant, 1724—1804)的存在与当为的二分法出发,主张从法律中寻找刑事可罚性的根据,服从法律的权威。费尔巴哈认为:“在刑法中需要严格的概念、绝对确实的原理。我们不应在哲学性原理中追求可罚性的根据。适用刑罚法规之际,使用哲学性原理有违刑罚法规的本质。法律是神圣的。对于一切违反法律的人,要命令其接受法律规定的刑罚。”〔8〕正是在费尔巴哈那里,刑事可罚性的根据才开始完全建立在实在法的基础之上。例如,费尔巴哈认为:“不作为犯罪总是以某个特殊的法律根据(法律或者契约)为前提,而这个特殊的法律根据构成了为一定行为的义务。如果没有这个法律根据,则不作为的人不能成为不作为犯。”〔9〕尽管这种关于不作为犯罪的形式法义务理论,在今天看来是不正确的,〔10〕但是,在传统刑法教义学寻找形式标准的立场上,却是当然的结论。他在1801年出版的《德国通用刑法教科书》中写道:“刑法通过其自身而有效。它的运用完全不取决于对其符目的性(Zweckmässigkeit)和合法性(Rechtmässigkeit)的特别评价。”〔11〕所有客观法的本质的和不可放弃的标志,就是其实在性(Positivität)。刑法必须在准确表述和严格限定的构成要件中详细描述犯罪行为,它确立了刑罚权,同时也限制了刑罚权,保障了公民的行为自由。就像费尔巴哈精神上的继承人李斯特(Franz von Liszt, 1851—1919)后来明确表达的一样,刑法是“犯罪人的大宪章”。

从自由主义和法治国思想出发,费尔巴哈强调了法律对法官的约束。他认为,法官必须是法律的仆人,法官应该恪守“法律严格的、透明的文字”,法官的“工作无非就是把法律的文字与事案加以比较,而不考虑法律的意义和精神。在语言的声音宣告有罪时,就宣告有罪”;“在语言的声音宣告无罪时”,就宣告无罪。〔12〕罪刑法定是费尔巴哈提出的刑法基本原则。“在一个拥有刑法典的国家,一个法官能否基于一般理由(比如大众的呼声)就宣布某些行为违法、应当受到刑事处罚,但该国的成文法并未规定此等行为应受刑罚处罚?回答应当是否定的。所有新颁布的刑法典都承认,如果刑法未事先加以规定以刑罚处罚,任何行为不得被科处刑罚。”〔13〕

费尔巴哈区分了刑事政策学与刑法教义学。“刑事政策”这一概念本身,最早是由费尔巴

〔7〕 (日)庄子邦雄:《近代刑法思想史序说》,李希同译,中国检察出版社2010年版,页8。

〔8〕 (德)安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《省察》,序章,转引自庄子邦雄,同上注,页7—8。

〔9〕 (德)安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国方正出版社2010年版,页36—37。

〔10〕 关于对不作为犯罪的形式法义务理论的批判,参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,页537以下。

〔11〕 Vgl. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847, S. 140.

〔12〕 Vgl. Haft, Aus der Waagschale der Justitia, 3. Aufl., 2001, S. 164.

〔13〕 费尔巴哈,见前注〔9〕,页2,出版者注释4。

哈提出的。^[14]他认为,刑事政策要求在制定一部符合理性的刑法时必须考虑各种特殊关系和条件。“费尔巴哈是在立法政策的意义上使用刑事政策概念,刑事政策被放在刑法体系之外,作为指导刑事立法的智慧之术。”^[15]而刑法教义学是对刑法规定进行理解和阐释的学科,它必须服从刑法的规定。这样,通过把刑事政策排除在刑法教义学之外,费尔巴哈就“开始并完成了由自然法意义上的刑法理论向实在法意义上的刑法理论的转变,为此后的规范刑法学与注释刑法学的发展奠定了基础,开辟了道路”。^[16]

刑法的概念体系和知识体系都仅仅以有效的刑法为根据来建立,此乃传统刑法教义学的特色。传统刑法教义学认为,刑法教义学不是对预设的刑法进行创造性的具体化,而是去认识预设的刑法。刑法秩序被解释成封闭的体系,它为一切刑事案件准备好了答案,但这一答案可能是看不见的。刑法教义学的任务便是揭示这一看不见的答案,揭示的方法就是刑法解释。因为刑法解释只应澄清现有的东西,而不允许共同塑造法律,所以,刑法解释的视野被严格限定在刑法上,结果的理性、合目的性问题即刑事政策问题,不允许在刑法教义学中发挥作用。这种刑法教义学被认为是有利于法治国的,因为它为法官适用刑法提供了稳定的、可检测的学术指导,从而排除了刑事司法的任意性。但是,上述意义上的传统刑法教义学,不仅在科学性上曾经颇受指责,而且在实用性上总是饱含疑问。

传统刑法教义学建立在对刑法权威的信仰之上,因此,有人指责说,作为教义学的两大分支的神学和法学都不是科学,因为它们都缺乏科学的批判精神。奥地利法史学者科夏克(Paul Koschaker, 1879—1951)在其名著《欧洲和罗马法》中指出了法学和神学的亲缘关系,并据此否定了法学的科学性:“因为它并不查明真实,而是试图合乎理智地去整理和理解权威性地赋予它的法律素材,并加以维护。”^[17]德国检察官基希曼(Julius Hermann von Kirchmann, 1802—1884)在19世纪就曾提出,法学不是科学,因为法学不像自然科学一样,法学的研究对象不具有固定不变的性质,以致于“人们通过几个世纪的勤勉探索建立起来的体系,说不定哪一天就会被一张新出土的羊皮纸文献彻底摧毁”。^[18]这种看法影响深远,今天,仍有学者对教义学作为科学理论的性质表示怀疑。“自古以来,就存在一种神学的诠释学和一种法学的诠释学,这两种诠释学与其说具有科学理论的性质,毋宁说它们更适应于那些具有科学教养的法官或牧师的实践活动,并且是为这种活动服务的。”^[19]

传统刑法教义学把刑法秩序解释成封闭的体系,认为仅仅从刑法典中就能找到解决一切现实问题的答案,否定了刑法秩序的开放性,没有根据社会的发展来丰富刑法规范,

[14] 参见张甘妹:《刑事政策》,三民书局1979年版,页1。

[15] 劳东燕:“刑事政策与刑法体系关系之考察”,《比较法研究》2012年第2期。

[16] 陈兴良:《刑法的启蒙》,法律出版社1998年版,页102。

[17] Vgl. Koschaker, Europa und das Römische Recht, 2. Aufl., 1953, S. 337.

[18] (德)J. H. 冯·基尔希曼:“作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲”,赵阳译,《比较法研究》2004年第1期。

[19] (德)汉斯·格奥尔格·伽达默尔:《诠释学 I:真理与方法——哲学诠释学的基本特征》,洪汉鼎译,商务印书馆2010年版,页3。

容易使刑法规范丧失处理现实问题的活力。在今天,人们已经看清了传统刑法教义学的这一缺陷。

法律实证主义想把法学实在完全限制于制订出的法律及其正确的运用,今天可能已不再有这种观点的继承人。法律的一般性与个别案件的具体情况之间的距离显然是本质上不可消除的。人们甚至不会满足于在理想的教义学中把个别案件的法律创造力量当作在演绎上是前定的东西,亦即把教义学设想成至少在某个融贯的联系中潜在地包含了一切可能的法学真理。即使是这样一种完美的教义学的“观念”也是荒唐的,更不用说案件的法律创造力量实际上总是为新法律的编纂作了准备。这个例子值得注意的地方在于,调解法律和案件之间的距离这一诠释学任务即使在社会关系没有变化、抑或现实的历史变化并没有使通用的法律变得过时或不适用的情况下也还是存在着。法律和案件之间的距离看来是绝对不可能消除的。因此,诠释学问题就可以摆脱对历史因素的考虑。在编纂法律的过程中为法律的具体化留下了活动空间,这样,我们就可以按照观念而以任意的尺度削减这种活动空间,这并不是一种不可避免的不完善性。相反在法规本身及一切法律秩序的意义上说倒该是具有“灵活的”方式,从而使它具有这种活动空间。〔20〕

像我们所熟知的,对法的局限性、不完整性和不可靠性闭眼不见的法学家,盲目地沉溺于此种法中,导致大难临头。这既是实证主义者,也是自然法论者的立场。实证主义者眼里只有法律,他封杀了法的一切超法律成分,因而,就像我们在20世纪体验得多到厌恶程度的,在被政治权力扭曲的法之面前,实证主义者毫无抵抗。自然法论者则贬实证法律而扬先在规范,由于他不能从认识论上对先在规范予以证明,尤像18世纪自然法所展示的,结果走入法的不确定性和任意性。这两种理论在法的存在方式上都有缺失,因此,法在它们那里均未走向自我。〔21〕

但是,过去人们对传统刑法教义学的科学性的指责,在今天的民主法治国家里,已经失去了针对性。在现代的人民代表大会或者议会制民主体制下,完全不可能存在大体上违反自由、人类尊严和人道主义的法律,这种体制下的法律不可能是纯粹暴力的体现;相反,在民主的法治国家里经过法定程序制定的法律总是更多地体现了普遍的社会要求,法律是自由、公正、理性等人类最高价值的文字表达,大体上符合人类尊严和人道主义的要求。只要刑法是有效的,就应当服从刑法的权威,这是现代民主法治国家的当然要求。任何以刑法条文的内容不符合自然法、不符合正义或者脱离社会实际为由而否定刑法效力的做法,在现代的民主法治国家里,都不会具有正当性。

然而,对传统刑法教义学的实用性的质疑,却促进了刑法教义学由封闭到开放的自我转变,从李斯特的古典刑法学,经韦尔策尔(Hans Welzel, 1904—1977)的目的论刑法学,到罗克

〔20〕 (德)汉斯·格奥尔格·伽达默尔:《诠释学 II:真理与方法 补充和索引》,洪汉鼎译,商务印书馆2010年版,页505。

〔21〕 考夫曼,见前注〔6〕,页18—19。

辛(Claus Roxin, 1931—)、雅各布斯(Günther Jakobs, 1937—)的目的理性刑法学,^[22]刑法教义学的这一自我转变经历了一百多年的漫长岁月。

(二)转向

以宾丁(Karl Binding, 1841—1920)、李斯特的刑法理论为代表的古典刑法学一方面在犯罪论中表现为对刑法权威的服从,另一方面在刑罚论中表现为对刑法合目的性(刑事政策)的追求。

宾丁认为,在法典之外寻找刑法的正当性不仅是多余的,而且不可能。“对于那些试图在禁止与命令的背后探索违法性的人来说,这种努力好比开始了一场深不见底,密不透光的大雾。”^[23]李斯特也是从这一见解出发,建立了他的犯罪理论体系。“法律理论中的实证主义主张将社会和政治的思维从法领域中排除出去,并以此凸显其特性。这个前提被李斯特奉为理所当然的原则,同时,这个原则从根本上导致了刑法学和刑事政策的对立:在法律科学本来的意义上,刑法仅仅需要在实在法律规则的前提下进行概念的分析 and 得出体系上的结论。”^[24]

根据古典刑法学的犯罪理论,犯罪是符合构成要件的、违法和有责的行为。关于行为,古典刑法学认为,凡引起客观世界变化的动作,就是刑法所要过问的行为。例如,李斯特把行为理解为任意的身体运动,即通过观念引起的、由运动神经的内在活动而产生的肌肉收缩;^[25]关于构成要件符合性的判断,古典刑法学只接受经验上可以掌握的事实,只接受描述性的、非规范性的要素,只承认客观的构成要件,故意与过失不属于构成要件符合性的判断对象;关于违法,古典刑法学认为,违法是与实证法相对立、相冲突的状态,主张形式的违法性,不对违法阻却事由进行价值上的思考;关于责任,古典刑法学认为,责任是与客观行为相对应的一切心理事实,即故意和过失;关于刑罚论,古典刑法学以经验主义为基础,主张刑罚的目的是消除犯罪人的主观恶性,而发现犯罪人的主观恶性(社会危险性)则是实证研究的结果,是经验上的发现,这实际上是以经验主义、实证主义为基础的客观论。^[26]

古典刑法学的犯罪理论以实证主义的法律思想为理论根据,重视实在法的规定及其解释,试图通过概念的、体系的论证来解决所有的法律问题,其结果就是从体系上区别了自然主义地理解的行为、客观地和描述地把握的构成要件、客观地和规范地设定的违法性与主观地和描述地理解的责任。与这种理论体系的形式和客观性质相联系的是法治国思想,即用一种明确的可事后检证的概念体系来约束法官。一方面,古典的犯罪论通过将刑罚的诸条件客观化和形式化而试图最大限度地保障法的安定性(Rechtssicherheit);另一方面,它又通过定位于处

[22] 尽管罗克辛与雅各布斯在不少刑法问题上见解不同,但是,他们都是“目的理性的(功能性的)刑法体系”的代表人物(参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,页124—126)。

[23] (德)格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编:《九百年来德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,页65。

[24] (德)克劳斯·罗克辛:《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,页10。

[25] 参见(德)格吕恩特·雅科布斯:《行为责任刑法》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,页65。

[26] 参见林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》,中国人民大学出版社2009年版,页19—21。

罚者的制裁体系(实现特殊预防)而试图最大限度地实现刑法的合目的性。^[27]

虽然以李斯特为代表的古典刑法学具有与以费尔巴哈为代表的传统刑法学相同的基础,都试图在刑法教义学中贯彻依法治国思想,通过精密的概念、完整的体系来克服刑事司法的任意性,保障法的安全;但是,古典刑法学实现了刑法学的转向,力图在刑法学中体现刑法的合目的性思考。一方面,李斯特强调刑法是“犯罪人的大宪章”,刑法是刑事政策不可逾越的屏障。

刑法学的下一步任务是:从纯法学技术的角度,依靠刑事立法,给犯罪和刑罚下一个定义,把刑法的具体规定,乃至刑法的每一个基本概念和基本原则发展成完整的体系。……刑法学必须自成体系,因为,只有将体系中的知识系统化,才能保证有一个站得住脚的统一的学说,否则,法律的运用只能停留在半瓶醋的水平上。它总是由偶然因素和专断所左右。^[28]

另一方面,李斯特又认为,刑法必须实现刑事政策的目的,要为犯罪预防服务。

社会政策的使命是消除或限制产生犯罪的社会条件;而刑事政策首先是通过犯罪人个体的影响来与犯罪作斗争的。一般来说,刑事政策要求社会防卫,尤其是作为目的的刑罚在刑种和刑度上均应适合犯罪人的特点,这样才能防卫其将来继续实施犯罪行为。从这个要求中我们一方面可以找到对现行法律进行批判性评价的可靠标准,另一方面我们也可以找到未来立法规划发展的出发点。^[29]

这就是说,在以解释刑法规定的犯罪成立要件为内容的犯罪论中,必须严格遵循刑法的规定,刑事政策不能发挥作用;在刑罚论中,必须以刑事政策为指导,使刑罚在刑种和刑度上都适合犯罪人的特点,防止犯罪人将来再次犯罪。这样,在李斯特的刑法理论中,实际上存在刑法教义学与刑事政策学之间的“鸿沟”(所谓“李斯特鸿沟”)。^[30]

在李斯特亲自创建的“整体刑法学”的双重特性里,体现着互相疏离的两股趋势:具体而言,一方面,他将体现整体社会意义之目的的、与犯罪作斗争的方法,按照他的话,也就是刑法的社会任务,归于刑事政策;另一方面,按照刑法的司法意义,依法治国—自由的机能,亦即法律的平等适用和保障个体自由免受“利维坦”的干涉的机能,则应归于刑法。^[31]

“李斯特鸿沟”的存在,使法的安全性与正义处一种紧张关系之中。“在教义学上是正确的东西,在刑事政策上却是错误的;或者在刑事政策上正确的东西,在教义学上却是错误的。”^[32]如果刑事政策上的合理性要求不能够或者不允许进入刑法教义学之中,那么,从刑法

[27] Vgl. Jescheck/Weigend (Fn.4), S. 203.

[28] (德)弗兰茨·冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,页1-2。

[29] 同上注,页15。

[30] 关于“李斯特鸿沟”的详细论述,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。

[31] 罗克辛,见前注[24],页10。

[32] 同上注,页14。

教义学体系中得出的正确结论虽然是明确和稳定的,却无法保证它是正义所要求的合理结论,从而导致刑法教义学中的精工细作与实际收益脱节。^[33]

在 20 世纪 30 年代,即李斯特逝世大约 15 年之后,韦尔策尔试图在一种本体论建构的刑法教义学中实现法的安全性与正义的统一。韦尔策尔脱离了以前的抽象思维方式和价值相对主义,试图以人类行为的现实存在和社会存在的现实性为基础,以先于法律形式而存在的“事实逻辑构造”、“事物的本性”为基础,重构犯罪理论。1935 年,韦尔策尔出版了《刑法中的自然主义和价值哲学》一书。在这本书中,他反对了刑法教义学的规范方法,提出在一切法学的评价之前,都必须分析现实中事先存在的现象的构造。他强调,法律、法官和科学家的概念构造都要以已经形成的充满意义的世界为前提。这些概念不是无序性材料的方法学的转换,而是对已经形成的“存在(Sein)”的描述,尽管这种已经形成的“存在”也是一种存在于具体的价值联系之中的存在。法律科学必须通过法律的概念回归到现实的生活形态(Lebensgestaltungen)之中。^[34]“我们未来的工作导引我们返回存在(Sein)。”^[35]他从一种先于法的行为概念中,推导出一种本体意义上的目的论刑法体系。韦尔策尔的目的论刑法体系,是以“目的地理解的行为概念”(final verstandenen Handlungsbegriff)为基础的。他认为,人的行为与自然界中的因果事件处于完全不同的存在范畴之中。人的行为是“目的活动”,人可以借助自己的因果知识,基于预测和选择相应的手段,在一定的范围内支配事件的发展,并计划地使自己的行为实现其目的。人首先有意识地设定一个目标,然后选择相应的行为手段,再在现实世界中实施行为,这乃是对行为的目的性控制。^[36]根据这种目的行为论,韦尔策尔得出了一系列重要的刑法结论。例如,他提出了故意是主观的构成要件要素这一今天被德国刑法学界普遍接受的概念。^[37]他的一些看法也对德国的判例和立法产生了巨大影响。例如,《德国刑法典》第 16 条和第 17 条关于构成要件错误与禁止错误的区别规定,第 26 条和第 27 条关于狭义的共犯(教唆犯和帮助犯)的成立需要以正犯的故意实行行为为前提的规定等,都是以目的行为论的犯罪理论为根据的。^[38]

事实上,韦尔策尔在法哲学基本问题上所代表的是一种中间道路。他认为,人们虽然不能简单地从真实性中推论出法,因为这样做可能陷入康德早就已经反驳的自然主义的错误判断之中,但是,立法者不具有完全的决定自由,而是要受到事物逻辑构造(Sachlogische Struktur)的约束。事物逻辑构造存在于真实性之中,也就是说,是本体论规定了事物逻辑构造,不尊重事物逻辑构造的法律规则必然是错误的。在刑法学中,事物逻辑构造也就是上述本体论地规定的目的行为的结构。同时,韦尔策尔还基于价值论的立场,提出了社会相当性理论,认为由于社会的复杂化,在日常生活中,如果不伴随任何法益侵害,社会生活就只能处于停滞状态。

[33] 同上注,页 7。

[34] Vgl. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935, S. 71 f.

[35] Welzel, a.a.O., S. 89.

[36] Vgl. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1957, S. 3.

[37] Vgl. Roxin (Fn. 2), S. 149.

[38] Vgl. Jescheck/Weigend (Fn. 4), S. 213f.

刑法并不禁止所有的法益侵害,仅仅禁止超出维持有秩序的社会生活所必需程度的法益侵害。处在历史地形成的共同生活的社会伦理秩序范围内的行为是社会相当的行为,不是不法。只有不具有社会相当性的行为,才是不法,才应当受到刑罚处罚。社会相当性是符合构成要件的举止行为的扎根于共同生活的社会伦理秩序之中的(习惯法的)正当化根据。^[39] 韦尔策尔提出社会相当性理论的目的,是想“让刑法学从死气沉沉的博物馆回到富有活力的社会生活中来”。^[40] 虽然韦尔策尔试图通过考察本体论的构造和社会现实来重新建立刑法教义学与社会现实之间的联系,但是,一种根源于“现象学的本体论”的刑法体系可能因为具有本体论的基础而是稳定的,从而保障法的安全性,却不能使刑法体系贯彻以刑法目的为核心的价值决定,无法实现符合社会现实的正义,也因此不能在刑法教义学中妥当地解释刑法规定。例如,把行为定义为指向确定目标而对因果经过进行的控制,根本不适合于对过失犯和不作为犯的说明。

古典刑法学和目的论刑法学都是以存在论为根基的,它们都没有完全处理好法的安全性与正义之间的紧张关系。但是,它们不再像传统刑法教义学一样仅仅采取形式刑法的封闭性思考,而是把合目的的思考或者符合社会现实的思考纳入刑法学之中,使刑法教义学发生了转向,在一种新的开端中为克服法的安全性与符合社会现实的正义之间的紧张关系提供了契机。

(三)趋势

现代刑法科学不再把刑法秩序看成是一种封闭的体系,不再认为仅仅形式地解释刑法规定就能实现刑法所要求的正义。

维护法的自主性,不能用那种与康德的律法模式和德国法文化的法律模式相适应的方式。其理由不仅在于对封闭的、理想存在的法律体系日增的怀疑,还在于法的功能本身也处在变迁之中。……法的功能已转向对社会发展的法律调控方面,与此相连,法与政治的分立必然不那么严格了。与政治紧密相关的宪法性权利的产生也指向这一方面。在基本权利和人权理论中,法与道德、法与政治不应再被严格分立。^[41]

同时,现代刑法科学认识到,不能在刑法教义学的体系之外追求刑法的合目的性,也不能用一种本体论的构造去事先限定刑法合目的性的追求,而是必须把刑法合目的性的考量纳入刑法教义学之中。“只有允许刑事政策的价值选择进入刑法体系中去,才是正确之道,因为只有这样,该价值选择的法律基础、明确性和可预见性、与体系之间的和谐、对细节的影响,才不会倒退到肇始于李斯特的形式—实证主义体系的结论那里。法律上的限制和合乎刑事政策的目的,这二者之间不应该互相冲突,而应该结合到一起。”^[42] 今天,在德国刑法学中占据主导地位的意见是不再以存在事实(例如,因果关系或者目的性行为),而是以刑法的任务和目的为导向来建构刑法教义学体系。

自20世纪70年代起,罗克辛和他的学生许内曼(Bernd Schünemann, 1944—)、阿梅隆

[39] Vgl. Welzel (Fn. 35), S. 24.

[40] 陈璇:《刑法中社会相当性理论研究》,法律出版社2010年版,页7。

[41] 诺伊曼,见前注[5],页20。

[42] 罗克辛,见前注[24],页15。

(Knut Amelung, 1939—)以及韦尔策尔的学生雅各布斯,都把构造刑法体系的要素重新定位在刑事政策的任务上。在消极的意义上,他们都一致认为,“刑法体系的构造不能与各种本体的先在事情(行为、因果关系、物本逻辑的构造以及类似的东西)相联系”;在积极的意义上,他们一致认为,必须“仅仅从刑法的各种目标设定中推导出”刑法体系的构造。他们之间的分歧在于,怎样的“刑法目标设定”应该发挥作用,刑法的目标设定必须如何与构成要件、违法性和责任这些传统的构造要素相联系。^[43]

罗克辛认为,传统刑法教义学的封闭体系妨碍了对问题的解决。“一方面,这种体系阻塞了教义学与刑事政策价值选择之间的联系;另一方面,也阻塞了它与社会现实的联系,而它们之间的通道本应是畅通的。”^[44]在方法论前提的构建和设置上,一个有效益的刑法教义学体系需要满足三个要求:概念性的秩序及明确性;与现实相联系;以刑事政策上的目标设定为指导。^[45]罗克辛建立刑法教义学体系的出发点是:“刑法上的不法,要从刑法的任务中导引出来;相反,罪责这一体系性的范畴,则要从具体的处罚目标中推导出来。”^[46]

在罗克辛看来,刑法的任务就是通过维护国际认可的所有人权来保障人类和平、自由地共同生活。对于人类和平、自由地共同生活所必不可少的东西,例如,生命、身体完整性、性自主权、所有权以及国家机关的正常运转、国家工作人员的廉洁性等,可以称之为“法益”。刑法的任务就是保护法益,尽管刑法是最后的辅助性法益保护手段。根据法益保护理论,制定刑法只是为了保护法益,不允许仅仅为了贯彻某种道德观念和生活方式而制定刑法。把法益保护理论贯彻到刑法教义学中,罗克辛就提出了成为其标志性学术贡献的客观归属理论,即只有行为人创设并且实现了一个对法益而言的风险,他才实现了一个符合构成要件的行为;如果一个行为并没有引起法益侵害,例如,帮助他人自杀,就不是刑法上的不法。刑罚的目的只能是预防性的,只能是为了防止将来的犯罪。刑罚受到罪责和预防必要性的双重限制,刑罚的严厉性不得超过罪责的严重性,同时,不能在缺乏预防必要性的情况下科处刑罚。罗克辛举例说,一个警察局长为了解救人质,逼迫一个绑匪交代其藏匿人质的地点,不得不对该绑匪进行了刑讯,但是没有成功,因为在该绑匪最后做出交代之前人质已经死亡。尽管德国法院以传统刑法教义学为根据,形式地解释《德国刑法典》第240条的规定,认定该警察局长成立刑讯逼供罪,并判处“警告”,但是,罗克辛认为,完全不需要用刑罚惩罚该警察局长,应当考虑适用超法规的答责阻却事由,宣告该警察局长无罪。^[47]

在建立刑法教义学体系的出发点上,韦尔策尔的学生雅各布斯与罗克辛是完全一致的。在1983年出版的《刑法总论》教科书第一版序言中,雅各布斯写道:

[43] Vgl. Lampe, Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, FS — Roxin, 2001, S. 47.

[44] 罗克辛,见前注[24],页16—17。

[45] 同上注,页20。

[46] 同上注,页70。

[47] 同上注,页79—80。

本书开始于……与韦尔策尔的联系,也就是说,与他提出的刑法必须保障“各种积极的符合社会伦理的行动价值”的效力这一理论相联系。〔48〕

在这种视野下,刑法教义学的任务就是阐明那些人们所需要的原理,以便通过富有意义的行动与作为富有意义的犯行(具有表现力形态的犯行)的犯罪相对抗。在犯行被实施之后,为了恢复被犯行人所否定的规范效力,就需要这种对抗。正如外在的侵害是规范侵害的表现形式一样,刑罚也是一种表现形式,在刑罚这种表现形式中进行着规范稳定。〔49〕

路是从这里分开的。本体化的刑法教义破碎了,而且,比它曾被有意识地建立的形式更为彻底地破碎了。不仅责任(Schuld)和行为(Handlung)(以及许多处于更低抽象等级的东西)这些总是被刑法教义明确地赋予某种本质或者——更模糊地赋予——某种(物本逻辑的、先于法律的)构造的概念,变成了不考虑刑法的任务就根本不可能对其说些什么的概念,而且,被归属的主体这一概念本身就表明它是一个机能性的概念。这并不是说,从今以后用刑法的任务就发现了可以一劳永逸地有助于固定各种教义性原理的关键之处。相反,每一刑法教义的原理都承负着所有的不确定性,这些不确定性也由关于刑法任务的理解所承负着。但是,这种依赖性不是单方面的:从关于各种教义性原理的理解中,也可以逆推出刑法的任务。〔50〕

在该书第二版的序言中,他坚定地写道:“应该根据刑法的社会任务,而不是根据自然的或者与社会陌生的其他尺度,来确立刑法的概念世界。”〔51〕

雅各布斯认为,刑法的任务就是通过维护法规来稳定社会,也就是证明人格体(Person)角色的同一性。在雅各布斯看来,人格体(Person)、法规和社会是相互定义的。社会是一个交往系统,它是由法规构造的,法规的内容证实着社会的性质。法规的稳定同时也是社会的稳定。社会的真实性取决于法规效力的发挥。在一个法规完全无效的地方就没有社会,只有环境。犯罪是对法规有效性的破坏,刑罚是对法规破坏的消除,刑罚用一种认知上可感受的力量证明着法规的有效性。犯罪是通过行为客观地表现出的对法规的否定,它所描述的是一个反法规的交往模式;刑罚使破坏法规的行动承担代价,由此而向忠诚于法律的市民证明了由犯罪所描述的那个交往模式不是一个标准的交往模式。刑罚证明了犯罪就是犯罪,而不是获取人生快乐的勇敢或者智慧。责任与对潜在的犯罪人的威吓无关,不是威吓意义上的消极的一般预防。

确定责任的目的是稳定由违法行为所扰乱的对秩序的信赖,在需要稳定对秩序的信赖时也就存在完全违法的也是富有责任的行动,如果认为消除这种扰乱就必须避免实

〔48〕 *Jakobs, Strafrecht Allg. Teil, 2. Aufl., 1993, S. VII.*

〔49〕 *Jakobs, a.a.O., S. VII.*

〔50〕 *Jakobs, a.a.O., S. VII.*

〔51〕 *Jakobs, a.a.O., S. V.*

施相应的行动是行为人份内的事并且确证信赖规范是正确的话。〔52〕

责任的调查意味着论证为了向忠诚于法律的市民确证秩序的约束力而用一个确定的尺度进行处罚的必要性；责任由这种被准确理解的一般预防所确立，并且由这种预防所量定。〔53〕

以上述看法为基础，雅各布斯在刑法教义学中得出了不少新的结论，他的学说因此被誉为“德国信条学理论之树上最鲜嫩的一叶”。〔54〕举例来说，一个学生物的大学生，假期在一家餐厅打工，专职端盘子。有一天，当他将一盘蘑菇端给客人时，他以专业的眼光发现这是毒蘑菇，他清楚地知道这种蘑菇可以毒死人，却暗自想道：“我是端盘子的，是否有毒，不关我的事！”于是，他将这盘蘑菇端给了客人，结果，几个客人被毒死了！〔55〕关于这个大学生的行为是无罪的根据，雅各布斯论述道：

如果压根儿是匿名性接触给被期待的服务提供标准，那么判决就是很明了的：一种特别的能力，例如——就像在例子中那样——一种特别的知识，不属于角色，因此不属于构造着人格体的物质；也就是说，没有必要为了避免损害而调动这种能力。这听起来令人不快，但是人格体从来不是由“能够”来构造的，而是由“当为”来构造的，换言之，某一特别的“能够”无论如何不属于人格体，而只是一个纯粹个体性特征。〔56〕

一种规范的认识要求重视社会的同一性，也就是说，要求重视社会对各种生活角色的客观要求，要求重视人们对各种生活角色的活动内容所具有的期待。如果一个人的行动没有让社会对他所承担的角色感到失望，那么，即使他的行为是某种损害结果发生的原因（条件），他的行为也不符合构成要件，就不成立犯罪。有哪个客人会期待一个服务员不把有毒的蘑菇端给自己呢？客人都会期待饭馆不提供有毒食物，但是，不会期待一个服务员把自己从菜单上点的厨师做好的菜不端给自己；相反，客人期待的是服务员把自己点的厨师做好的菜赶快端给自己。一个人可能有能力比人们客观地期待于他的角色的东西做得更多，但是，他并非必须做得更多；同时，一个人必须做到属于他的角色的东西，他不能做得比他的角色所要求的东西更少。在一种匿名交往的社会里，应该根据人的角色客观地决定人的活动应该具有的内容。否则，就不可能在这种匿名的社会里展开交往，更不可能有效率地展开交往。社会频繁交往的匿名化，要求刑法的客观化。刑法应当根据各种生活角色的客观形态来确定人们行为的意义。

尽管在由罗克辛所建立的更多定位于法益保护的刑法教义学与由雅各布斯所建立的更多定位于法规范维护的刑法教义学之间存在很多不同，但是，他们都克服了“李斯特鸿沟”，都把刑法的目的理性作为建构刑法教义学体系的基础，试图使刑法教义学的内容符合刑事政策的要求，力求在刑法教义学的严密体系中实现刑法的社会机能。

〔52〕 雅科布斯，见前注〔25〕，页34。

〔53〕 同上注，页8。

〔54〕 罗克辛，见前注〔10〕，主译者后记，页705。

〔55〕 Vgl. *Jakobs*, Norm Person Gesellschaft, 2. Aufl., 1999, S. 94 f. 另见中译本京特·雅科布斯：《规范人格体社会：法哲学前思》，冯军译，法律出版社2001年版，页89。

〔56〕 同上注，页89。

(四)选择

刑法的适用总是需要解释,这一方面是因为不明确刑法规定的具体含义,就无法适用刑法;另一方面是因为刑法制定之后总是会出现新的情况,由于刑法稳定的性质,也由于刑法制定程序的严格,不能及时针对新情况来修改刑法,从而需要重新解释已经制定的刑法,使其适用于新情况的处理。虽然针对第一个方面的原因,运用传统的文理解释、论理解释等法律解释方法,就能较好地解决刑法适用问题,但是,针对第二个方面的原因,却不得不用刑法的目的理性去填补刑法规范的内容。因此,一种能够在刑法体系内正确处理现实问题的刑法教义学,在对刑法规定的理解和阐释中总是必然包含着历史和现实的沟通。刑法典中的原则规定以及大量刑法条文用语的非定义化所形成的框架空间,就保障了刑法教义学的开放性,为实现刑法教义学中“历史和现实的沟通”提供了可能。服从刑法的权威是适用刑法的当然前提,刑事法治的实现需要确保刑法规范的纯洁。确保刑法规范的纯洁,是指不允许把与刑法规范相矛盾、相对立的东西通过解释强加到刑法规范之中,而不是指不允许根据刑法的原则、原理和社会进步来丰富刑法规范的内容。

关键是必须在刑法教义学的体系之内进行刑法的目的理性思考,否则,就难以保障刑法规范的稳定和安全。一种没有体系约束的刑法灵活运用,总是会给任意的刑事司法提供方便。“刑事政策必须被置于刑法体系之中作为内在参数来处理,它将推动法教义学符合目的地、理性地发展,同时也有助于防止出现刑事政策任意跨越或突破法教义学规则的现象。游离于刑法体系的刑事政策研究注定是没有前途的,也是没有意义的。”^[57]这是一种正确的刑事政策学立场,更是一种正确的刑法教义学立场。

问题在于,刑法教义学到底需要怎样的刑法目的?什么才是符合理性的刑法目的?我国以张明楷教授为代表的部分刑法学者选择了罗克辛教授倡导的法益保护说,认为刑法的目的是保护法益。“因为各种犯罪都是侵犯法益的行为,运用刑罚与各种犯罪行为作斗争,正是为了抑止犯罪行为,从而保护法益;刑罚的目的是预防犯罪,之所以要预防犯罪,是因为犯罪侵犯了法益,预防犯罪是为了保护法益,这正是刑法的目的。”^[58]以周光权教授为代表的部分刑法学者则认为,“犯罪行为因为扰乱了刑法上保障规范合法性的期待,所以成了一种需要排除的东西”,但是,“刑法最终要保护法益。”^[59]周光权教授的这种看法虽然倾向于雅各布斯教授倡导的法规范维护说,却总是显示出一种立场的摇摆和妥协,没能确保刑法教义学在科学意义上所要求的体系上的一贯性。

笔者本人坚定地选择雅各布斯教授所倡导的法规范维护说。刑法教义学不能满足于给刑事司法提供一些非常有益的辅助材料,而是必须在体系性安排中一贯性地阐释刑法规定的正当性,用体系上无矛盾的解释,服务于刑事司法实践中疑难的、现实问题的解决。一种合理的刑法教义学体系,往往是在刑法教义学者的自我批判中形成的,要对“这样解释刑法,真的对

[57] 劳东燕,见前注[15]。

[58] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,页26-27。

[59] 周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,页27。

吗”进行不断反思和深入论证。

法益保护说认为,刑法的目的是保护法益,犯罪是对法益的侵害。但是,“法益侵害”这个说法,其实大多是表面性的,例如,把故意摔碎他人一个贵重花瓶的行为解释为毁坏财物,进而解释说侵害了他人的法益。然而,更紧要的是在这一现象中体现的法规范意义:行为人并不尊重他人的财产权,以致于像对待自己的东西一样任意地处置了他人的财物。一个其中并未显示出对法规范进行否定的法益侵害行为,并不需要刑法加以惩罚,充其量能够成为侵权行为法的调整对象,由行为人给予民事赔偿就够了。如果一个行为不仅损害了法益,而且显示出否定法规范的含义,那么,就会由于其被特定行为人反复实施的可能性(主要在故意犯罪中)或者由于其被不特定行为人普遍实施的可能性(主要在过失犯罪中),而需要社会用刑法来加以反应。只有在一种社会状态中,才能确保“即使我的财物被人毁坏了,我仍然拥有对它的财产权利”这种法规范意义。“把某种外在的东西当做自己的来拥有,这惟有在一种法权状态中、在一种公共立法的强制权之下,亦即在公民状态中,才是可能的。”〔60〕

尽管“法益”这个概念是教学中方便使用的重要术语,但是,“法益”本身不过是人的法规范本质即自由的实现条件。法益侵害只是法规范否认的现象形态,它是法规范否认的认识工具,法规范否认才是法益侵害的本质。“在刑法意义上,这个利益不是作为外在的对象或者类似的东西来表现的,而是作为规范,作为有保证的期待来表现的。”〔61〕很明显,在刑法中,重要的并不是法益受到侵害,而是谁应当在法规范上对法益侵害负责。举个例子来说明:甲买了一辆从美国进口的高级摩托车,因为该车的科技性能,它在以每小时60公里以上的速度行驶时,一般人只有集中注意力操作时才是安全的。甲的邻居乙为人马虎、轻率,对乙而言,只有小事、没有大事。一天,乙找甲借用这辆高级摩托车,说要带漂亮的妻子回娘家,风光一下。甲把摩托车借给了乙,并告诉乙,这车很灵敏,走高速公路时,一定要好好开。乙说:“没事!”当乙把摩托车开走后,甲在家里喝着啤酒,听着京剧,期待着传来乙和他的妻子因为交通事故而受伤的消息。三个小时后,乙哭泣着给甲打电话,说自己在高速公路上开得太快,拐弯时没能控制好,翻了车,把老婆摔伤了,她的脸在医院缝了十几针。甲要对乙妻子的伤害承担责任吗?尽管甲的行为与乙妻子的伤害具有因果关系,并且甲希望乙的妻子受到伤害,甲也不对乙妻子的伤害承担刑事责任,因为防止乙的妻子受伤是乙和乙的妻子自己的事情。因此,只有以一种法规范上可归责的方式引起的法益侵害,才具有刑法上的重要意义。

其实,认为刑法的目的是保护法益,并不能给刑法教义学奠定一个很好的基础。法益保护说完全可能导致刑罚处罚范围的扩大。这是因为,把行为人危险的主观想法当作犯罪来惩罚,总是更能够保护法益的。不应当从“保护法益”中引申出刑法的终极价值。〔62〕相反,法规范

〔60〕 (德)伊曼努尔·康德著,李秋零主编:《康德著作全集》(第6卷),李秋零译,中国人民大学出版社2007年版,页263。

〔61〕 参见(德)G.雅各布斯:“刑法保护什么:法益还是规范适用?”,王世洲译,《比较法研究》2004年第1期。

〔62〕 参见(日)松宫孝明:“结果反(无)价值论”,张小宁译,《法学》2013年第7期。

违反说才是真正客观主义的,因为只有行为,并且只有一种侵犯了他人外在自由的行为,才是违反法规范的。没有引起他人外在自由的任何不利变更的行为,就完全没有违反法规范,因为法规范仅仅保障人的外在自由不被改变。

法益保护说也可能导致对一些重要的刑法规定产生怀疑。例如,在打击受贿犯罪的司法活动中,很难说实现了法益保护。为打击受贿犯罪而花费的代价与取得的法律成果往往不成比例。国家机关付出了打老虎的成本,却往往仅仅抓获了几只苍蝇。而且,越是严厉地打击受贿,就越是抬高了行贿人的成本,使得受贿人用更加高超的隐蔽方式为行贿人谋取更大的利益,从而制造出更大的法益侵害。因此,惩罚受贿犯罪并不必然带来更大的社会利益。但是,尽管如此也要惩罚受贿犯罪的理由在于:国家工作人员按照法律公正地履行职责,是现代民主法治国家的基础,禁止国家工作人员收受贿赂的法律规范必须是有效的。否则,就不能保障这一现代民主法治国家的基础不被动摇。

法益保护说并不能很好地解释德国刑法上的某些规定;相反,法规范维护说则能够作出较好的解释。例如,《德国刑法典》第173条规定了亲属相奸罪,行为人与18岁以上的具有血缘关系的晚辈发生性交,即使是双方自愿的,也要被处3年以下的自由刑或者罚金;行为人与18岁以上的具有血缘关系的长辈发生性交,即使是双方自愿的,也要被处2年以下的自由刑或者罚金;具有血缘关系的兄弟姐妹自愿发生性交的,也要被处2年以下的自由刑或者罚金。一种双方自愿的性行为,不可能对其中的任何一方产生法益侵害,因此,法益保护说的主张者建议放弃对亲属相奸罪的处罚。^[63]但是,提出这种建议并不是刑法教义学者的事情,因为它不是对现行刑法规定的解释。德国刑法教义学者有义务对《德国刑法典》第173条的合理性作出说明,法益保护说却在这方面无能为力。相反,法规范维护说的主张者认为,只要社会还需要一个有组织的家庭,就不允许损害家庭的构造,不允许混淆家庭成员的角色与性伴侣的角色,处罚这种角色混淆行为的法规范就具有合理性。^[64]

同样,法益保护说也难以很好地解释我国刑法上的某些规定,法规范维护说则容易作出较好的解释。下面,笔者仅仅举出四个例子加以说明。

1. 法益保护说不能妥当解释正当防卫的对象

根据我国《刑法》第20条的规定,正当防卫的对象是“不法侵害人”。问题是,儿童和精神病人也可能实施加害行为,当他们实施加害行为时,能够解释说他们也是“不法侵害人”、允许针对他们实施正当防卫吗?

我国主张法益保护说的学者认为:“未达到法定年龄、不具有责任能力的人的法益侵害行

[63] 参见罗克辛,见前注[24],页72。也有见解认为:亲属相奸的结果会产生畸形儿,因此,亲属相奸就侵害了由性交而产生的孩子的利益(Vgl. BVerfGE 120, S. 241 f.)。但是,这是一种扭曲的解释。事实上,大量的亲属相奸是没有导致生命出现的。《德国刑法典》第173条也没有把新生命的已经出现或者可能出现作为亲属相奸罪的成立条件,否则,就会规定只处罚没有采取避孕措施的亲属相奸行为。总的来看,“德国司法界对法益理论也抱着怀疑态度”(杨荫:“德国刑法学中法益理论的历史发展及现状述评”,《学术界》(月刊)2012年第6期)。

[64] 参见雅各布斯,见前注[61]。

为属于不法侵害,应当允许对其进行正当防卫。”〔65〕但是,“由于法益应当尽可能受到全面保护,在回避未达到法定年龄、无责任能力的人的不法侵害并不存在特别负担的情况下,不宜进行正当防卫。”〔66〕可是,用“法益应当尽可能受到全面保护”这个理由,也必然会得出的结论是:“在回避有责任能力的人的不法侵害并不存在特别负担的情况下,不宜进行正当防卫。”因此,认为“刑法的目的在于保护法益”〔67〕的法益保护论者也不得不说:“当然,在实际应用的时候,对无责任能力人的加害行为的反击,和对一般人的加害行为的反击相比,应当有一定限度。在明知对方是无责任能力人的场合,首先考虑避让,在实在无法避让的时候,应当尽量采用对方损害较小的反击行为。这主要是基于道义上的考虑,并不是法律上的要求。”〔68〕但是,一方面主张“有些法益侵害行为之所以被正当化,不是由于其合乎伦理道德秩序,而是由于存在比该种法益侵害更加优越或者同等的利益”,〔69〕另一方面又不得不在论述正当防卫的限度时进行“道义上的考虑”,无非是证明了法益保护说不能合理说明正当防卫制度的法律根据。

法规范维护说认为,不法是对法规范的否认,是用法规范共同体成员会认真对待的方式宣称法规范的无效力。未达到法定年龄、不具有责任能力的人的加害行为,不属于不法侵害,因为他们根本无能力认识法规范的意义,也无能力在意义沟通的层面上否定法规范的效力,有哪位正常的人会认真对待未达到法定年龄、不具有责任能力的人对他人行为的法律评价呢?因此,即使未达到法定年龄、不具有责任能力的人的行为损害了他人,由于他们总是值得同情者,刑法也应该保护他们。只允许对正在加害他人的未达到法定年龄、不具有责任能力的人进行紧急避险,不允许对他们进行正当防卫。法益保护论者提出如下诘问和不理解:“既然防卫人在防卫过程中,反击的对象是直接加害的人,而不是与侵害无关的第三者,那么,如何能说该行为不是正当防卫,而是紧急避险呢?让人费解。”〔70〕对此,同为法益保护论者的张明楷教授已经作出了回答:“在遭遇持枪歹徒追杀的情况下,不得已破门闯入他人住宅藏匿的,固然属于紧急避险;但在同样的情况下,如果为了避险不得已破门闯入持枪歹徒的住宅,不使歹徒进入的,认定为紧急避险较为合理。”〔71〕认为我国刑法将紧急避险的对象限定为与侵害无关的第三者,并不符合我国刑法的规定。我国《刑法》第20条将正当防卫的对象限定为不法侵害人,但是,我国《刑法》第21条并未将紧急避险的对象限定为“与侵害无关的第三者”,而是仅仅规定紧急避险行为“造成损害的”,其中也当然可能包括对实施加害行为的人“造成损害”。

2. 法益保护说不能妥当解释偶然防卫问题

所谓偶然防卫,是指故意或者过失侵害他人法益的行为,符合了正当防卫客观条件的情

〔65〕 张明楷,见前注〔58〕,页192。

〔66〕 同上注,页192—193。

〔67〕 黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,页5。

〔68〕 同上注,页130。张明楷教授在其《刑法学》第2版中也提出了“基于人道主义的考虑”这一根据(参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,页260)。但是,从该书第3版开始,他放弃了这一根据。

〔69〕 黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,页29。

〔70〕 黎宏,见前注〔67〕,页129。

〔71〕 张明楷,见前注〔58〕,页209。

况。例如,甲以故意杀人的意思向乙开枪射击时,乙以故意杀人的意思正在持枪瞄准丙,但甲对乙的行为一无所知。

主张法益保护说的学者认为,甲的“偶然防卫行为不成立犯罪。这是因为,虽然行为人主观上具有犯罪故意,但其客观行为没有侵犯刑法所保护的法益,相反刑法还允许以造成损害的方式保护另一法益。概言之,偶然防卫行为缺乏法益侵害性”。〔72〕但是,这种学说并不能合理地处理相关案件。例如,丙正在非法杀害丁时,甲与乙没有意思联络却同时开枪射击丙,丙的心脏被两颗子弹击中,但甲为了救丁并且知道丙正在杀害丁,乙为了杀丙并且不知道丙正在杀害丁。主张法益保护说的学者认为,在这个例子中,甲与乙的行为在客观上保护了值得保护的法益,他们俩人都无罪。〔73〕但是,甲与乙的行为在构造上明显不同,甲之所以向丙开枪是为了救丁也最终救了丁,乙之所以向丙开枪并非是为了救丁而仅仅是为了杀丙也最终杀了丙,甲和乙通过相同的客观行为实现了各自不同的意思,为什么要在法律上同样对待呢?

如果我们从法规范维护的角度来看,虽然甲和乙的行为都导致了丙的死亡,但是,因为当时丙正在非法杀害丁,为了保护丁,杀害实施非法杀害行为的丙就是法规范所期待的结果。这就是说,丙的死亡并不是法规范上重要的事情。由于不存在法规范所要防止的人的死亡,所以,乙的行为既不可能成立既遂的故意杀人罪,也不可能成立未遂的故意杀人罪。但是,在乙的行为中总是表现了否定法规范的态度,并且出现了一种客观上的否定法规范的抽象危险,而这种否定法规范的态度和抽象危险在乙开枪杀害丙之前就已经存在,并不会因为丙的死亡而发生任何改变。明白地说,在乙以杀人故意持枪走向丙时,乙的行为已经因为让人产生不安全感而不能自由地前往乙走向的地方,已经侵害了他人的外在行为自由。因此,乙的行为应当成立预备的故意杀人罪。只有甲的行为完全符合了法规范的期待,甲的行为才是无罪的。

3.法益保护说不能妥当解释特定犯罪的重罚规定

我国刑法对一些特定犯罪规定了“从重处罚”。例如,根据《刑法》第238条第4款的规定,国家机关工作人员利用职权犯非法拘禁罪的,从重处罚。提倡法益保护说的学者认为,非法拘禁罪的“法益是人的身体活动的自由”,〔74〕但是,一个国家机关工作人员利用职权将他人非法拘禁一周,与一个普通人用同样的方式将他人非法拘禁一周,对他人身体活动自由的侵害,原本没有什么不同,为什么要对国家机关工作人员从重处罚呢?法益保护说似乎难以说明。法规范维护说的解释是,对于普通人,法规范仅仅期待他不要非法拘禁他人;对于国家机关工作人员,法规范不仅期待他不要非法拘禁他人,而且还期待他向被非法拘禁的人提供保护(将他解放出来)。国家机关工作人员违反了法规范的一个更大期待,因此要从重处罚。

4.法益保护说也不能妥当解释非目的性犯罪的轻罚规定

我国刑法对一些非目的性犯罪规定了比目的性犯罪轻得多的刑罚。例如,根据《刑法》第175条之1和司法解释关于骗取贷款罪的规定,以欺骗手段取得银行贷款,给银行造成

〔72〕 同上注,页199。

〔73〕 参见张明楷,同上注,页199。

〔74〕 同上注,页789。

直接经济损失数额在 20 万元以上的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。但是,根据《刑法》第 193 条和司法解释关于贷款诈骗罪的规定,以非法占有为目的,诈骗银行贷款,给银行造成直接经济损失数额在 2 万元以上的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役,并处 2 万元以上 20 万元以下罚金。为什么一个故意给银行造成 20 万元损失的犯罪要比一个故意给银行造成 2 万元损失的犯罪受到更轻的处罚呢?这难以用法益保护说来说明。相反,可以用法规范维护说来说明,因为一个不以非法占有为目的的欺骗行为与一个以非法占有为目的的诈骗行为相比,在行为人想归还银行财产的意思中就表现了行为人对保护银行财产的规范更小的不尊重。

社会是由法规范所构造的交往系统,法规范是人们在社会中行动时的标准定位模式。有什么样的社会,就有什么样的法规范,反之亦然。法规范是社会真实形态的最重要、最核心的内容。因此,法规范总是与社会的真实性相契合。以规范效力说为基础建立的刑法教义学体系是一种“开放的体系”,它使刑法教义学更加适应社会的、法的发展;它也是一种更加具有弹性的刑法学体系,能够吸纳新的概念和观念,它使各种专门术语具有规范评价的要素,通过价值判断,使各种专门术语服务于实现法规范的保护目的。传统学说认为:“如果一个小偷正在偷窃妇女甲放在门口的衣物,甲发现后故意用一块砖头向小偷头上砸去,将小偷杀死,则不能认为是正当防卫。因为使用严重损害受害者的方法来保卫较小的财产利益,是违反正当防卫目的的。”^[75]应该认为,只要妇女甲用一块砖头向小偷头上砸去是阻止小偷偷窃甲放在门口的衣物的唯一手段,甲的行为就是正当防卫,因为必须实现正当防卫制度的规范目的:正确的东西不能向不正确的东西让步。^[76]

惟有从刑法的目的理性出发,与刑法规范相联系,以法规范的维护为基础,才好展开刑法教义学的新景象。

二、方法

刑法教义学既需要规范论的立场,也需要规范论的方法。为了在刑法教义学的开放性体系中实现刑法规范的稳定和安全,就需要一种规范论的刑法教义学方法。刑法教义学的任务是以理性的可论证的方式,探求开放性刑法问题的规范解答模式。在刑法教义学中,对开放性刑法问题的解答,应该具有客观性,否则,就会使刑事司法活动蜕变成一种掷骰子的游戏,就会使刑事司法被各种非规范性因素导致的任意性所主宰。为了保障刑法教义学的解释结论不至于充满矛盾、反复无常,就需要确定刑法教义学的解释规则和解释步骤。“就人类的判断而言,

[75] 高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社 1982 年版,页 166 以下。

[76] 现在的学说仅仅认为,“所保护的法益与所损害的利益之间,不能相差过大,不能为了保护微小权益而造成不法侵害者重伤或者死亡,即使是非杀死侵害人不能保护微小法益的情况下,也不能认为杀死不法侵害人是必需的”(张明楷,见前注[58],页 201)。因为衣物不是微小法益,所以,根据现在的学说,不得已用杀死侵害人的方式来保护它,就可能不是防卫过当。但是,这已经不是法益保护说所能解释清楚的。

人的义务被认为主要取决于对表明该义务的符号的解释。因此,确定正确的解释规则,对于正确地理解法律和协议以及根据它们来恪尽责任而言,就是一个伟大的贡献。”〔77〕一些传统的刑法解释规则,例如文义解释、反面解释、体系解释和目的解释等,当然都有助于刑法教义学得出合理的结论。但是,为了使刑事法治不至于成为虚构的神话,还需要给刑法教义学建立一种符合规范的可供检测的三阶段解释步骤。

(一)基于先见的理解

在刑法教义学中,为了获得妥当的解释结论,首先就要求根据先见来理解刑法规范。刑法教义学者在解释刑法规范时,一开始不仅要根据自己的生活经验来理解刑法规范,而且要重视既存的学说和判例对刑法规范的解释。自己的生活经验和既存的权威见解是刑法教义学者解释刑法规范的起点。根据自己的生活经验和既存的权威见解所形成的关于刑法规范的初步看法,就是对刑法规范的“先行理解(Vorverständnis)”。

先行理解是理解过程中必然伴随的东西,是理解的必要条件。没有人能够以一个客观观察者的角色来进行理解。所有的解释者都必然地带有本身的前设和关注,这一切不但影响解释者如何理解,也影响他们所作出的结论。人类总是通过个人的历史和成见来思考和理解。以往的经验 and 知识,包括个人背景,塑造着我们观察事物的角度和对事物的理解。〔78〕“对意义的理解,并非纯粹感受过程,反而经常是由理解主体先行自我理解。惟有该理解者,以‘先前理解’或‘先入之见’与法条结合时,方能将法条表达出来,也惟有将其所接受的一切传统纳入理解地平线,他才有提出论证理由之可能性,才能提出预先推定之‘暂时’结果。”〔79〕

刑法教义学中的先行理解由两个层次的理解活动所构成。第一个层次的理解活动是个人性先行理解,即解释者个人对刑法规范应有含义的期待,它以刑法教义学者自己的生活经验为基础。刑法教义学者总是先以自己的眼睛、自己的生活经验来认识刑法规范的含义,并把自己所认识的含义赋予刑法规范本身。第二个层次的理解活动是历史性先行理解,即解释者群体对刑法规范应有含义的期待,它是在既存的学说和判例中呈现出来的历史地形成的关于刑法规范含义的共同看法。

无论是对刑法教义学者而言,还是对刑事司法人员而言,获得关于刑法规范的历史性先行理解都是极其重要的,不能仅仅陶醉在个人性先行理解之中。既存的学说和判例关于刑法规范的理解,作为历史性先行理解,往往属于一种成熟的生活智慧,具有刑法文化的价值。刑法教义学者在解释刑法规范时,必须首先研究既存的学说和判例关于刑法规范的看法,不能为了追求思想自由,而把既存的学说和判例作为历史遗留的陈腐物来轻视;刑事司法人员也不能无视既存的学说和判例,不能把刑事司法活动看作刑事

〔77〕 (德)萨缪尔·普芬道夫:《论人与公民在自然法上的责任》,支振锋译,北京大学出版社2010年版,页129。

〔78〕 参见(美)W. W. 克莱恩、C. L. 布鲁姆伯格、R. L. 哈伯德:《基督教释经学》,尹妙珍等译,上海人民出版社2011年版,页11以下。

〔79〕 (德)考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,页62。

司法人员纯粹独断的个人活动。

把“基于先见的理解”作为刑法教义学中展开解释的第一步,实在具有很大的意义。在当今的中国,不少刑法教义学者在解释刑法规范时,只顾表达个人的理解,自说自话,完全不作刑法学说史的考察,结果使具有交往意义的刑法教义学矮化成个人封闭空间中的独白;也有不少刑事司法人员无视既存的学说和判例,毫无法规范根据地作出任意的判决。例如,针对实践中发案较多的“借用他人手机后乘人不备溜走并将其变卖”的案件,不少刑事法官都以诈骗罪定罪处罚。^{〔80〕}但是,这类案件“实际上属于盗窃,而非诈骗。因为被害人将手机给行为人使用的行为,不是处分手机的行为;行为人在当场借用手机时,根据社会的一般观念,手机仍然由被害人占有。”^{〔81〕}

没有真实的社会生活需要和充分的法规范根据,就不能否定、抛弃解释者群体关于刑法规范的权威性见解。

(二) 实践理性的衡量

关于刑法规范的先行理解,无论是个人性先行理解,还是历史性先行理解,总是或多或少具有时代局限性。并不存在永恒的权威,权威学者的解释并非总是绝对正确的。刑法规范的含义是与社会的发展、时代的进步一起成长的。刑法科学的历史表明,没有穷尽了刑法解释的刑法权威。我们应当尊重前人的见识和努力,但是,不能放弃自己反思和重建的权利。刑法教义学者当然要尊重关于刑法规范的权威性见解,但是,更要重视自己所处时代的社会真实状况。“在解决刑法上的问题时,要仔细观察社会的实际,提出符合社会实际的解决办法,也就是说,刑法理论必须是能够给社会带来妥当结果的现实的刑法理论。”^{〔82〕}要用实践理性来检验关于刑法规范的先行理解,并在权威性见解的基础上发展出更加符合社会真实状况的解释刑法规范的新方案。齐文远教授正确地指出:“坚持‘从纯粹说理到解决问题’的转换,增强教义刑法学研究的实践理性,势在必行。”^{〔83〕}法律是实践理性的文字语言表达。实践理性不是处于法律之外的优于法律的批判法律标准,而是已经处于法律体系之内的解释法律理念,是法律实践的指针。“法律是实践理性的体现,又是实践理性的要素。”^{〔84〕}对刑法教义学者而言,在解释刑法规范的第二个阶段,就是要用实践理性的标准来衡量既成的关于刑法规范的先行理解是否符合社会真实状况。

实践理性是与理论理性相对应的概念,在不同的学者那里,实践理性的含义也有所不同。一般认为,“实践理性是人们在共同的交往活动中形成的以共同经验、理论为基础

〔80〕 参见北京市延庆县人民法院(2007)延刑初字第196号刑事判决书、广东省广州市中级人民法院(2009)穗中法刑二终字第418号刑事裁定书、重庆市渝北区人民法院(2010)渝北法刑初字第644号刑事判决书。

〔81〕 张明楷,见前注〔58〕,页897。

〔82〕 参见(日)大塚仁:《刑法概说》(总论),有斐阁1992年版,页3。

〔83〕 齐文远:“中国刑法学该转向教义主义还是实践主义”,《法学研究》2011年第6期。

〔84〕 葛洪义:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2002年版,页8。

的指导行动的相同的或者类似的理解与共识”。〔85〕“实践理性”是说“它作为纯粹的理性而现实地是实践的”。〔86〕实践理性要解决的问题是,在与他人的关系中如何行为才是正当的。“任何一个行动,如果它,或者按照其准则每一个人的任性的自由,都能够与任何人根据一个普遍法则的自由共存,就是正当的。”〔87〕在实践理性的意义上,犯罪是对符合普遍法则的自由的妨碍,刑罚是对这种妨碍的对抗。“一切不正当的东西,都是根据普遍法则的自由的一种障碍,但是,强制就是自由所遭遇的一种障碍或者阻抗。因此,如果自由的某种应用本身就是根据普遍法则的自由的一个障碍(亦即不正当的),那么,与这种障碍相对立的强制,作为对一个自由障碍的阻碍,就与根据普遍法则的自由相一致,亦即是正当的。”〔88〕

刑法教义学的基本观点是:实践理性是判断刑事不法的决定性标准。如果一个人的行为侵犯了外在的、基于实践理性而形成的自由关系,就构成了刑事不法。“法权的概念,就它和一个与自己相对应的责任相关而言(亦即法权的道德概念),首先,只涉及一个人格对另一个人格的外在的、确切地说实践的关系,如果他们的行动作为行为能够(直接地或者间接地)互相影响的话。”〔89〕

行为人的行为侵犯了他人的外在自由,乃是行为人的行为构成犯罪的首要条件。这是实践理性原则的必然结论。但是,在我国的刑事司法实践中,并没有充分重视这一结论。例如,一些秘密进行的集体性交被认定为我国《刑法》第301条规定的聚众淫乱罪;一些秘密进行的性视频表演也被认定为我国《刑法》第364条规定的传播淫秽物品罪。但是,一种以成年人为对象的被其他成年人同意和接受的秘密的性视频表演(例如,一个研究生班的班花,按照同班男性同学的要求,每周通过视频给他们表演一次裸舞),根本不是对他人外在自由的侵害,不成立犯罪。同样,秘密进行集体性交的行为也不成立犯罪。张明楷教授正确地解释道:“三个以上的成年人,基于同意所秘密实施的性行为,因为没有侵害本罪所要保护的法益,不属于刑法规定的聚众淫乱行为(只要性行为是秘密实施的,即使招募、邀约行为具有公开性,也不应认定为聚众淫乱罪)。只有当三人以上以不特定人或者多数人可能认识到的方式实施淫乱行为时,才宜以本罪论处。”〔90〕

无论是对我国的刑法教义学者而言,还是对我国的刑事司法人员而言,是否把自杀的教唆行为或者帮助行为当作故意杀人罪来处理,是检验他们是否贯彻了实践理性原则的试金石。我国传统的刑法理论认为,个人不能决定自己的生命和重大健康,没有权利作出关于自己的生

〔85〕 同上注,页27。

〔86〕 (德)伊曼努尔·康德:《实践理性批判》,李秋零主编:《康德著作全集》(第5卷),李秋零译,中国人民大学出版社2007年版,页4。

〔87〕 康德,见前注〔60〕,页238。

〔88〕 同上注,页239。

〔89〕 同上注,页238。

〔90〕 张明楷,见前注〔58〕,页947。

命和重大健康的承诺。^[91]“在被害者承诺伤害的情况下,对造成重伤的宜认定为故意伤害罪。”^[92]但是,笔者对这种理论深表怀疑。对一个精神健全的成年人而言,生命的本质就是自由。如果一个精神健全的成年人在不会对他人和共同体产生直接侵害的情形下明确地宣布放弃生命是自己的真实意思,那么,他人和共同体就应该尊重该人的这种真实意思,就没有权利强要他继续生存。自我决定权是最高的权利,具有绝对价值,因为它是人的自由的核心。人不仅享有生的权利,也享有死的自由。生死问题,应该由生命的拥有者自己来决定,只要这种决定没有直接侵害他人和共同体的利益。^[93]“个人并不对共同体负有必须生存的义务”。^[94]如果一个人应该对自己的生活负责,那么,他就可以自己损害自己,倘若他把这种自我损害视为对自由和幸福的追求。每一个精神健全的成年人,都有权利自己理解生命,并根据这种理解而行动,即使他把肉体的毁灭理解为生命的升华,或者认为唯有死亡才能摆脱死亡的阴影,如果他不愿意总是生活在死亡的阴影之中的话。^[95]一个人是自由的,这就意味着其意志的内容是不受检查的,谁也没有权利去判断另一个人的意志中是否包含着对该人自己的损害。谁主张自己有权利进行这种判断,谁就有义务使另一个人享受幸福的生活。但是,谁也没有力量使一个自由的人享受生活的幸福或者避免生活的不幸,因为谁也没有力量使一个自由的人变成他自己,也没有这种权利,否则,就根本不存在一个自由的人,一个被他人决定着生活的人压根儿是不自由的。“教唆、帮助自杀行为,仅仅是为自杀者行使自身的意志自由创设了外在的可能性或条件,并非对其自由的否定。所以,教唆或者帮助他人自杀的行为人并没有因此侵犯其与自杀者之间外在的自由关系,其行为自然不能被认定为刑事不法。”^[96]认为应当将自杀

[91] 参见高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,页163。

[92] 张明楷:《刑法学》,中国人民大学出版社2007年版,页643。

[93] 如果尊重自杀者的意思就会损害其他人的意思,则可能是违法的。例如,自杀者为了逃避债务而自杀,明知这一点而予以帮助的人,就损害了债权人的意思,帮助者或者实行者都可能是违法的。但是,如果尊重自杀者的意思完全不会损害其他人的意思,例如,自杀者没有任何义务需要履行,连死后自己的安葬等事宜都事前与人签订了协议并进行了全额支付,明知这一点而予以帮助的人,就根本没有损害任何人的意思,帮助者或者实行者都应该没有违法。

[94] Kaufmann, Euthanasie - Selbsttötung - Tötung auf Verlangen, in Arthur Kaufmann:《法哲学と刑法学の根本问题》,宫泽浩一监译,成文堂1986年版,页146。

[95] 心理学的分析表明,人在生死关头所表现出的状态,顺次是:①想拒绝死亡;②对死亡感到愤怒;③想用什么东西与死亡交换;④忧郁;⑤接受死亡。有学者据此认为,即使病患者在以前表示了“与其不自由地活着还不如死亡”的意思,也不能说是其真实的意思,在面临死亡时,其真实意思毋宁是想继续活下去。因此,在病患者面临死亡,又因丧失意识而不能表明其真实意思时,医生可以基于推定的承诺而采取挽救其生命的措施(参见(日)齐藤诚二:《医事刑法の基础理论》,多贺出版株式会社1997年版,页33)。但是,人在临死时的这种心理状态是以健康的一般人为对象还是以正在感受严重痛苦的病患者为对象所得出的心理学结论,尚不明确。自杀者的存在表明,有的人的确理性地选择了死亡。没有证据显示,自杀者都是精神病患者、低能者、感情冲动者或者不断后悔者。至少有学者认为,“最多仅有5%的自杀者自主决定了死亡”,无论如何,“一概否定或者只有在极例外的情形下才肯定自杀者自主决定地选择了死亡的见解并不妥当”(参见王钢:“自杀的认定及其相关行为的刑法评价”,《法学研究》2012年第4期)。因此,还是应当尊重人在理性状态下事前作出的死亡选择。

[96] 王钢,见前注[95]。

的教唆行为或者帮助行为当作故意杀人罪来惩罚的传统学说,并不符合实践理性原则,缺乏法规范的基础,无论如何,今天的刑法教义学不能再继续加以维护。

刑法中的实践理性表现在法共同体成员关于刑法规范的相互理解之中。符合实践理性的刑法解释结论,总是法共同体的成员在相互争论和相互沟通之后能够理解和接受的。也就是说,论辩和商谈是实践理性的发现方式和证成方式,如果论辩和商谈是在忠诚于法的法共同体成员之间展开的话。在民主的法治国家里,政治生活的平等参与、经济活动的独立自主、公民的安全和团结、刑事司法判决的公正等,都是法共同体成员基于实践理性的共同要求。在刑法规范的解释和适用中贯彻这些要求,乃是法律同伴的共同存在和共同发展的证明。刑法教义学的展开应该与这种符合实践理性的共同要求同步。

(三)法律根据的检验

在现代的民主法治社会里,法律体现了法共同体成员关于共同性的相互理解。因此,法律总是法教义学的权威根据。如果不以法律为根据,人们就会永无休止地进行关于法律解释结论是否正确的争论,就不可能适用法律,就不可能发挥法律的社会功能。法教义学的任务就是发现法律规范的具体内容,确立法律规范的适用边界,并证明法律规范的合理性,但不法律规范的未来命运负责。法律是法教义学的价值来源,因此,法教义学必须受到法律的约束,不能失去与法律的联系,更不能违背法律。一种没有法律根据的意见,无论是私人意见,还是官方意见,都不是法教义学上应该采纳的结论。

刑法教义学者的解释活动也是“围绕规范形成思想”。^{〔97〕}虽然刑法教义学者的解释活动并不局限在固化的法律文字的字面含义之内,但是,绝不能背离法律的原则、原理,不能损害法律规范的目的。形象地说,刑法教义学者既不是游戏地骑着马在草原上奔腾,也不是观光地开着越野车在沙漠里驰骋,而是运载地开着客机在天空中飞翔:他不能任意地停留,只能根据目的地要求,从已经设定的机场起飞,沿着时而有形、时而无形的航道航行,并且降落在同样被设定的机场上。

不能以“非法规范”的理由解释刑法规范,那样刑法规范就会受到各种非法规范因素的不当侵蚀,刑法规范就不再成为一个自治的系统,而是会变成堆放各种任意性主张的杂物间,法共同体成员就不能在刑法规范的解释中发现并且确认自己的共同性。因此,针对某一具体的刑法解释结论,最后总是需要检验其法律根据。检验解释结论的法律根据是刑法教义学者在进行刑法解释活动时必经的步骤。具体而言,要从以下几个方面展开法律根据的检验。

1. 刑法教义学的解释结论,不能与刑法条文的规定相冲突

刑法教义学者可以根据实践理性的要求,对刑法规范作出与既存的学说或者判例不同的解释结论,但是,这种新的解释结论不能与刑法条文的规定相冲突。

先举一个解释结论与刑法条文的规定相冲突的例子。根据我国《刑法》第48条的规定:“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”关于其中的“罪行极其严重”这一适用死刑的积极

〔97〕 林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,页7。

条件,一个死刑废除论者可能会作出如下的解释:“罪行极其严重”的犯罪,就是最严重的犯罪,^[98]而最严重的犯罪总是只可能在未来发生,当前已经发生的犯罪不可能是最严重的犯罪,^[99]因此,不能对当前已经发生的犯罪适用死刑。这不会是一个符合我国刑法规定的解释,因为它将导致现行刑法关于死刑的规定在刑法有效期内完全不可适用。要对双亲健在、自己尚未生育的独生子女免除死刑立即执行的适用,即使该独生子女犯下“罪行极其严重”的故意杀人罪,^[100]这种主张也或多或少是非规范的解释,不符合我国现行刑法的规定。

再举一个解释结论与刑法条文的规定不相冲突的例子。孕妇去医院检查,被医生正确地诊断为“胎儿一切正常,预计一周后出产”。可是,在这次检查三天之后进行的住院前最后一次检查中,担当检查的医生得知正是由于孕妇丈夫的控告才导致自己的父亲被捕入狱。于是,这个医生用检查钳在孕妇的腹中夹死了胎儿。根据现行的刑法理论,“胎儿不能成为故意杀人罪的对象”,^[101]因此,这个夹死了胎儿但是未对孕妇本身造成任何身体伤害的医生将会是无罪的。但是,如果医生没有成功地夹死胎儿,而是导致胎儿活着出生后患有严重残疾,则成立故意伤害罪。^[102]在这个案件中,担任审判的法官应该进行反思,为什么在医生没有夹死胎儿,只是导致出生了残疾儿时,会成立故意伤害罪,而在同样的行为导致出生了死胎时,医生就不成立犯罪呢?在反思之后,担任审判的法官应该决定对《刑法》第232条中的“人”作出符合实践理性的解释,将其解释为“包括被害之前即使脱离母体也在通常状态中完全能够存活的胎儿”,从而以故意杀人罪对这个夹死胎儿的医生进行定罪处罚。^[103]这样处理,仅仅涉及对“故意杀人”中的“人”进行扩张解释的问题,并不与罪刑法定原则相冲突。^[104]引用民法的相关规定来批驳或者否定上述解释结论,并不能令人信服。《中华人民共和国民法通则》第9条规定:“公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。”很明显,这只是民法关于公民的民事权利能力的起止时间的规定,而不是关于公民的生命权起止时间的规定。既然可以根据脑死亡说把死亡提前,为什么不能通过一种学说把生命提前。当然,这只是笔者个人的看法,可能引起刑法学界极大的争议。^[105]

[98] 赵秉志教授认为,“死刑适用的对象不应仅仅被理解为犯有‘极其严重’的罪行的人,而应是犯有‘极其严重’的罪行且具有该种犯罪最严重情节的人”(赵秉志:《死刑改革探索》,法律出版社2006年版,页35)。

[99] 张明楷教授在“当代刑法思潮论坛”所作题为“量刑的三大观念批判”的演讲中提出:“法官应当意识到,法官只能见到最轻的犯罪案件,而现在不可能遇到最严重的犯罪案件。或者说,迄今为止,没有发生过最严重的案件,最严重的案件永远发生在以后。”

[100] 参见朱苏力:“从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负”,《法学》2011年第6期。

[101] 张明楷,见前注[58],页757。

[102] 参见张明楷,同上注,页764。

[103] 在美国,有25个州已经在法典上规定杀害未出生胎儿是杀人罪的一种形式,或者独立地规定为杀婴罪(参见康伟:“罪刑法定原则下故意伤害胎儿行为定性研究”,《法制与社会》2008年第7期(下))。

[104] 参见冯军:“论刑法解释的边界和路径”,《法学家》2012年第1期。

[105] 不过,已经有学者表达了与笔者的看法大体相同的观点(参见周详:“胎儿‘生命权’的确认与刑法保护”,《法学》2012年第8期)。

2. 刑法教义学的解释结论,应当与法律条文的表述相联系

刑法条文用语的可能含义是刑法解释不能突破的边界。即使刑法解释结论处在刑法条文用语的可能含义之内,也要使刑法解释结论与法律条文的表述相联系。张明楷教授关于遗弃罪的正确解释,是一个很好的例证。随着社会的发展,扶养呈现出社会化的趋势,例如各种养老院、福利院、孤儿院就成为专门的社会扶养机构,非家庭成员间的遗弃行为不仅客观存在,而且有多发趋势。但是,张明楷教授并没有仅仅根据这种社会发展就得出结论,而是找到了刑法条文上的联系:1979年《刑法》把遗弃罪规定在妨害婚姻家庭罪一章之中,因此,要求遗弃罪的行为主体与被害人属于同一家庭成员。但是,1997年刑法作了修改,把遗弃罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章之中,就表明“遗弃罪可以发生在非家庭成员之间”,养老院、福利院、孤儿院等社会扶养机构将需要扶助的人置于不受保护的状态,进而使其生命、身体处于危险状态的,有关人员也可以成立遗弃罪。^[106]

再举一个例子来说明。丈夫完全无法通过正当途径给爱妻治病,只好伪造医院的付款收讫章,从医院骗取了为治疗爱妻的疾病所必需的药物。在这个例子中,无论如何,人们不能用“爱是最高的价值”这个与法律没有联系的非法规范的理由来解释说丈夫的行为是无罪的。但是,人们可以解释说:《中华人民共和国婚姻法》第20条规定“夫妻有互相扶养的义务”,丈夫设法获取药物给妻子治病,是履行法律规定的对妻子的扶养义务;同时,作为公民,丈夫也负有遵守“不得诈骗”这一刑法规范的义务。由于履行以保护妻子的生命和健康为内容的扶养义务比履行遵守“不得诈骗”这一刑法规范的义务更有价值,在履行这两种义务发生冲突时,应当优先履行以保护妻子的生命和健康为内容的扶养义务。因此,丈夫的行为是无罪的。^[107]但是,丈夫仍然应当力所能及地赔偿医院的药费损失。

3. 刑法教义学的解释结论,应当促成刑法体系的内部和谐

刑法规范是一个系统,不能孤立地对待刑法条文。刑法教义学者要在刑法规范的整体中,敏锐地发现诸刑法规定之间的联系,通过解释来实现刑法规范整体的内部和谐。例如,在解释《刑法》第48条规定的“罪行极其严重”时,如果人们愿意把刑法关于死刑的规定作为一个整体来考察,就会发现《刑法》第121条、第239条和《刑法》第48条之间的紧密联系,就会得出“只有故意致人重伤、死亡或者故意杀害他人的,或者以暴力、胁迫或者其他方法强取财物并且造成了与航空器遭受严重破坏相同程度的财产损失的,才属于极其严重的罪行”这一极为明确的结论。

某一刑法解释结论即使有违刑法用语的通常含义,只要是促成刑法条文的内部和谐所必需的,就是妥当的。例如,《刑法》第48条第1款后段规定:“对于应当判处死刑的犯罪分子,如果不是立即执行的,可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”对于应当判处死刑的犯罪分子,只

[106] 张明楷,见前注[58],页774—775。

[107] 虽然我国的司法实务日前并不认为丈夫的这种行为是无罪的,但是,在骗取了“数额巨大”医药费的案件中,法院也对行为人适用了缓刑(参见张玉学:“诈骗救妻男子廖丹被‘判三缓四’”,载《新京报》2012年12月8日,第A27版)。

能判处死刑立即执行或者死刑缓期二年执行,既然不能判处死刑立即执行,就必须判处死刑缓期二年执行。因此,只有把这一规定中的“可以”解释为“应当”,才能促成《刑法》第48条第1款的内部和谐。类似的情形,在日本刑法学中同样存在。例如,日本1995年修改以前的《日本刑法典》第108条规定,放火烧毁现供人居住或者现有人在内的建筑物的,构成对现住建筑物放火罪;该法第109条第1项规定,放火烧毁现非供人居住或者现无人在内的建筑物的,构成对非现住建筑物放火罪。在后一条中,“虽然法条使用的是‘或者’,但在这种场合,现非供人居住与现无人在内都是必要条件,所以应理解为‘并且’即‘而且’的意思。”^[108]

4. 刑法教义学的解释结论,应当有利于维护法秩序的统一

刑法是整个法律体系的一部分,它必须在宪法的引领下,与民法等法律一起,服务于整个法秩序的维护。因此,刑法教义学的解释结论,应当有利于维护法秩序的统一。就刑法与民法的关系而言,尽管民法上的违法行为不一定构成刑法上的犯罪,但是,民法上的合法行为肯定不构成刑法上的犯罪。如果把民法上的合法行为解释为刑法上的犯罪,就必然破坏法秩序的统一。举例来说,甲向乙借了一万元钱,在应该还钱的当日,甲准确地得知乙肯定用甲即将归还的一万元钱去贩卖毒品。尽管如此,甲还是把一万元钱还给了乙,乙果然用甲归还的一万元钱贩卖了毒品。如果有人解释说甲构成乙贩卖毒品罪的帮助犯,那么,就会导致刑法规范与民法规范的相互冲突。^[109]一旦刑法阻止了甲向乙偿还欠款,民法所要求的社会正常交易活动就必然发生紊乱。

刑法教义学通过符合目的理性的解释来揭示并且塑造刑法规范,努力在刑法规范之中实现正义。“不是陪伴法律和随法律而行,而是可以在法律之中和根据法律共创法律本身和生活,是处在文化科学中的法学几近为无法比拟的优点。”^[110]在当下的实际生活里,我们总是被手推车中的婴儿遭受成人活活摔死或者无辜的孕妇成为酒醉后的刑警所握手枪的牺牲品等各种离奇的暴戾惊悚着心灵。面对纷乱的日常生活中发生的文明危机,刑法教义学要用实在法的智慧去守护法规范的意义,要为法共同体每个成员亟盼的目标寻找到实现它的法律资源。

(责任编辑:江 溯)

[108] 大塚仁,见前注[82],页365。

[109] 笔者真诚地感谢中国人民大学法学院的杨立新教授在这个问题上给我提供的富有启发意义的短信回复:“原则上应当归还。至于乙取得所有权后去做什么,是所有权的内容。应当是还款后劝阻或者举报。”

[110] (德)卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,页3。