

# 刑法规范论证的客观主义法哲学立场

孙万怀\*

**摘要** 刑法规范论证中常见的诸如违法性认识、法益标准、违法相对性、解释观念等问题实质上均是立场定位的问题。客观主义立场坚持认为存在超越规范文本的独立性评论依据,这也是法律论证遵循“客观价值秩序”的法哲学根源。刑法规范论证是一个商谈和促进共识的过程,是主体间性的妥协和共认。客观价值贯穿于事实、证据与规范的穿梭中。实证主义支配下的法益论是一种“单向投射”,难以全面打通事实与规范的障碍。刑法父爱主义论力图摆脱自由和工具之争,但其基本立场决定了其无法挣脱“工具”性特征。“自体恶”的非难性是刑法得以保持相对独立性的根基,刑事犯与行政犯的界限不仅仅局限于“个人法益”,而是归结为“规范违反”。社会相当性理论的重塑是解决出罪问题的重要路径。现实司法已经在法律的可实现性、责任主义、期待可能、违法阻却、主客体关系重建、家庭伦理的优先性等领域进行阐释,可望理论进行体系化归纳和进一步发掘。

**关键词** 客观性 法益 父爱主义 单向投射 社会相当性

## 一、引言——刑法论证的基础解法与进阶解法的纠缠

本文权且从宋代“登州阿云案”谈起。中国刑法近代化的标志性人物沈家本在《历代刑法考》中记载了一起从教义学角度研究古代刑法无法忽视的一个案例——“登州阿云案”。这一案件既引起千年聚讼,更是古代中国刑法论证路径的经典阐释。

案情本身并不复杂,事实也较为清楚:登州农家少女阿云,幼年丧父,家中也一贫如洗。阿云的叔叔不顾阿云母亲去世丧期未满,强行将其许配给了同村无赖韦大,但“许嫁未行”。阿云“嫌婿陋”,为了摆脱这桩被迫的婚姻,“伺其寝”,“怀刀斫之”,“十余创,不能杀”,“断其一指”。事后“执而诘之,欲加讯掠”,“乃吐实”。也就是说阿云在被盘查时,进行了如实供述。

\* 华东政法大学刑事法学院教授。

此案争议主要集中在以下几个方面:其一,如何认定婚姻状态。一种观点认为婚姻无效。理由在于“母服未除,应以凡人论”。一种观点认为“违律为婚,谋杀亲夫”,虽然形式上违背了婚姻要件,但是实质上已经属于婚姻状态,因此应处绞刑。其二,也是本案产生争议的关键所在——如何看待自首的法律教义。这聚焦在对《名例律》“犯罪已发未发自首”条的理解与适用中。“注云:因犯杀伤而自首者,得免所因之罪,仍从故杀伤法。”“议曰:假有因盗故杀伤人,或过失杀伤财主而自首者,盗罪得免,故杀伤罪仍科。”问题在于“谋”与“杀”之间是何种关系?“谋”与“盗”之间如何确定轻重?是否可以举重以明轻?论证走到了教义学或者说“基础算法”的尽头。换句话说,本案的事实非常清楚,问题出在对法律适用标准的不同理解。也正是因此,案件的走向一波三折。

在各种力量的反复较量中,最终超越文本,选择了许遵、王安石等提出的根据《尚书·大禹谟》中的“罪疑惟轻”原则对阿云从宽处罚,社会认同的客观价值占据了上风。

该原则作为刑事论证的最终底线,一直贯穿于传统社会,成为“律心”。〔1〕其甚至延续至当今我国台湾地区的刑事司法中。这十分类似于我们经常所说的存疑有利于被告。

类似的问题在当代刑事司法中仍然广泛存在,教义学的体系——“基础算法”实际上并不足以支撑起刑事司法的论证过程。在强调法定化的时代,教义学又得到极大弘扬。而在强调秩序一体化的今天,“进阶算法”更需要价值认同。以一个近期的实例为证:

被告人张某 2018 年 11 月在线上购买了一个盔犀鸟头骨吊坠,通过微信向卖家陈某(在逃)转账 4500 元。2020 年 5 月又购买了一个白犀角,通过银行转账 95000 元。经鉴定,涉案白犀角经济价值为 140092 元,盔犀鸟制品经济价值为 200000 元。依据规定,非法收购濒危野生动物制品价值在 20 万元以上的,处 10 年以上有期徒刑。2021 年 12 月 22 日,昆明市西山区人民法院认定张某犯危害珍贵、濒危野生动物罪,处有期徒刑 10 年,并处罚金 100000 元。赔偿生态资源损失人民币 360000 元。对于公诉机关提出的自首情节,法院不予采信。

幸运的是,案件审理期间《关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》发布,对定罪量刑标准进行了重大调整,此案由此出现转机。

其实类似的案件屡见不鲜(如“鹦鹉案”“掏鸟案”等),学者也从违法性认识等角度进行了大量阐释,但似乎罕见实践转化。笔者这里主要关注的是民众反应以及社会相当性的问题。

北晚在线发布了张某案的消息后,短短两天之内点击量达到 8.3 万余次,其中跟帖 1176 份。通过对跟帖评论内容进行统计,主要分为三种意见:

1. 倾向于认为构成犯罪并且罪刑相当的占据约 6%。比较有代表性的理由包括:①从主观恶性角度进行分析。如“很多人被软文带节奏。第一,这女的不是买了一次;第二,一般人能联系到卖野生动物制品的人吗?第三,这个价格买,你以为她不知道么?”②从买卖关系角度来分析。如“买卖同罪”,“没有买卖就没有杀害”。③基于其他心理。如“该,有钱人就是作”,“有钱,买者最好死刑”。

2. 不做评价或模棱两可的占据约 32%。主要理由:①认为案件不够全面故难以评价。

〔1〕 参见〔清〕贺长龄、魏源编:《清经世文编》,中华书局 1992 年版,第 2315 页。

如：“有头没尾”，“卖家如何处理？”②戏谑或调侃的心理。如“竟是真货”，“带这个能成仙吗？”“本想装雅，哪知被装进监狱里”。③看客心理或意图不明。如“哈哈”，“额”，“问法外狂徒张三”。④使用表情包替代文字。惟稳妥故，均归入此类。

3. 认定可能不构成犯罪或处罚过重的占据约 62%。主要理由：①认为明显超出了社会相当性的判断。如“现代版拍案惊奇”，“离谱他妈给离谱开门”，“没有天理了”，“一个死物害死一个活人”，“以人为本还是以钱为本？”②法律冲突关系。如“这个鸟在外国不属于越界保护？”③数额认定是否合理。如“有没有市场价格”，“典型的以鉴定代替审判”。④认为量刑明显过重，这是评论区主流观点，占据了整个跟帖量的近 40%。其中主要是与买卖人口、毒品、腐败等犯罪进行类比。如“贩卖人口比买个动物制品还轻”，“毒品危害与珍稀鸟类，老百姓哪个更熟？”，“杀人罪最轻的也可以 10 年了”，“强奸罪判几年？”，“明星逃税几个亿，都没进去”。⑤从自首从宽考量，认为自首没有被很好评估。如“坦白从宽，牢底坐穿”。⑥抒发直感。如“真狠”，“感觉用过了劲”。〔2〕

对跟帖的言论似乎不尽严肃，但却是在任意环境中形成的，反而更直抒胸臆，更具客观性。认定量刑畸重的数量超乎 10 倍，由此可以看到判决与民意的剧烈分歧。这实际上就是如何超越法律规范，如何依托客观价值来看待法益、看待社会相当性的问题。

从法哲学角度而言，这涉及法律论证的问题。笔者借用数学概念，将其划分为“基础算法”和“进阶算法”。其类似于罗伯特·阿列克西(Robert Alexy)法律论证理论中的内在证立规则与外在证立规则的分类。但也融合了哈贝马斯的理性论证理论，即“同意必须依赖什么东西才能做出。近代伦理学以不同的形式争辩过这些东西是什么。至少，理性的论证(vernünftige Argumentation)之观念就属于这些东西”。〔3〕本文所要阐释确立的就是这样一个法哲学论证的客观主义立场。

## 二、法规范需要寻找客观性吗？

所谓客观，一般的理解就是一种不以人的意志为转移的存在。而相应的主观则更多指涉一种自由意志。

### (一) 客观主义的特质

从哲学角度而言，客观主义的基本原则包含着三个层次：存在状况的存在；意识的存在；存在状况便是本体，并可被命名。

根据第一项原则，客观实际上等同于一种存在的状况。这种存在是先验的，但我们可以感知状况。如《觉林菩萨偈》中所言：“譬如工画师，分布诸颜色，虚妄取异象，大种无差别。”现实

〔2〕 参见《天津一女子购买盔犀鸟吊坠被鉴定价值 20 万，获刑 10 年！》，载北晚在线网，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1729608353556037018&wfr=spider&for=pc>，最后访问日期：2024 年 12 月 4 日。

〔3〕 (德)哈贝马斯：《真理理论》，转引自(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，第 509 页。

作为一种客观的存在,首先其必须具有一种独立性。其超越了判断主体的主观性。

存在作为一个“彼岸世界”通过具体的感觉取得联系。同时,“客观性的主张为判断主体开了一个友善的口子,一方面是态度或经验本身同态度或经验本身的表述之间,另一方面是态度或经验本身同某种更为理想化的要求之间”。〔4〕就法规范而言,承认客观性的存在更是包含着这样的脉络。规则的适用形成了五彩斑斓的判决,如果规则只是颜色,“大种”又是什么呢?

客观性所包含的第二项特点是意识的商谈并相互促进。相对于主观主义而言,如果认可了主观意图的决定性,则最多的分歧在于主观意图如何理解,其系统将会呈显一种封闭性特征。判断将成为一种敌对性判断而不是一种分析性判断。此时话语权的掌握具有举足轻重的地位。这涉及客观性的“真正问题”〔5〕——商谈的过程是一个自然主义的还是一个非自然主义的问题,即是否可以使用自然科学因果关系的有效性来指导商谈的过程。

客观性的第三个特征是主体间性的共同认可或者说是统一性的归类。也就是说,客观性所追求的客观性是依旧属于主体判断范围的共识。否则就可能无限强调场域的特殊性,进而最终陷入相对主义的窠臼,沦为另外一种的主观主义。“观察必然具有场域依赖性(position-dependent)。客观性的观察要求不能依赖于个人化的观察结果,他必须对其有所超越。因为别人即便立场相同,仍然无法复显个人化的观察。”〔6〕言下之意,客观主义承认独立于意志的存在的同时,更倾向于寻找大家共同认可的共同价值基础。

对于客观主义,安·兰德(Ayn Rand)这样描述它:“个人依靠自己感觉与外界现实取得联系,进而通过理性或非矛盾辨别(non-contradictory identification)处理感觉到信息,从而获得知识。而结合人在生活中形成的常理性道德目的,将价值投射到客观的认识中。”〔7〕客观实在是通过感觉一直觉—理性形成的过程,而最终又和道德目的密切关联。“我的哲学观,在本质上是认为人类拥有英雄般的自我意志,以幸福为生命中的道德目的,以建构性成就为高尚的行为方式,以理性为原则理念。”〔8〕刑事司法过程是一个决定“他人人生”的过程,需要“英雄般的自我意志”和“高尚的行为方式”,这里要发掘的不仅仅是刑事规范背后是否具有客观性的问题,更要发掘客观性从何而来、如何论证、如何实现“建设性成就”和“道德的目的”。这是客观主义现实化的结论。

强调知识以及价值标准的观念并称之为客观。客观首先不是个别化的主观性的东西。刑事法作为更类似于命令性的规则可能是脱胎于客观的判断,但是规则本身仍然属于主观性范畴。客观并不是外部现实的本质,而是凝结在外在现实本质上而形成的一种知识或价值,这就

〔4〕 (美)布莱恩·莱特主编:《法律和道德领域的客观性》,高中、杜红波、刘坤轮、马金芳译,高中校,中国政法大学出版社2007年版,第113页。

〔5〕 See Ronald Dworkin, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe it,” *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2, 1996, p. 90.

〔6〕 Amartya Sen, *Objective and Position*, Lawrence: University of Kansas, 1992, p. 284.

〔7〕 Ayn Rand, *For the New Intellectual: The Philosophy of Ayn Rand*, London: Penguin, 1995, pp. 7-13.

〔8〕 Ayn Rand, *Introduction to Objectivist Epistemology*, London: Penguin, 1990, pp. 18-32.



是所谓的本体。

客观主义与实证主义存在着天然对立性。譬如逻辑实证主义将语词分为三类,即观察术语、理论术语和逻辑术语。观察术语指涉观察客体。而逻辑术语则是对实体的陈述。但是在逻辑实证主义看来,逻辑术语来自于可观察之物。对于不可观察之物,体验只是主观构造,是一种主观经验。此外,观察之物的延展带来的不过是理论的变化改变了语词的意义。这与“最基本的科学实在论不协调”。〔9〕正因为如此,希拉里·普特南(Hilary Putnam)提出了外在语义学的标志性口号——“意义不在大脑之中”。〔10〕意义在主观之外的世界。语词与外界存在因果关系。语词也由此获得了确定性。

客观主义知识论的基础在于,当我们感觉存在的状况的时候,会提出一种解释,这种解释最终转换为思想,进而感觉或印证到它的存在。所谓常识、常理就是我们难以名状的感知,在被系统化之后成为真实感觉的实在,譬如开篇所谈到的“罪疑惟轻”的形成或汇聚。

自然法的不断复兴同样也是一个从感知不断被否定又不断被衍义的过程,起因就是被感知的难以名状,或者说感觉(perceptions)与直觉(sensations)之间存在鸿沟。也正是因此,萨维尼执着于对自然法的否认而付之于另外一个客观——时代精神(当然,按照兰德的观点一直被否认恰恰是证明其存在的另外一种方式)。刑法以保障人权和维护秩序为使命。就前者而言,体现为一种权利的基本性特征,这种基本性涉及宪法意义上的基本权的确认。一般看来,基本权是一种主观权利,但在实在法秩序的框架下,这一权利作为客观价值对法律具有约束效果。德国学者君特·德赫格(Günter Dherg)的基本权客观价值说就认为基本权对整体的法秩序具有约束力,而且在法律的规定、解释和适用过程中,都应被作为应予尊重的客观价值决定(objektive Wertentscheidungen)。〔11〕这一逻辑既是由宪法的基本价值所决定的,也是整个国家体制的价值基础,由此涵盖了所有的国家权力领域和整体的法秩序,应该获得法的普遍适用。〔12〕这种独立于具体文本规范之外的客观价值体系,也被称之为“客观价值秩序”。

也就是说,基本权作为一种客观价值,事实上是作为一种自然实在存在。尽管其最初是针对立法者而言的,但落实为具体的规则甚至所谓的具体犯罪的法益之后,并不意味着终结。其逐步涵盖的法律适用、法律解释领域,所有的规则理解都应当建立在客观价值的基础上获取其最终的正当性与公正性。在我国,基本权作为主观性权利,其在保障个人自由、防御国家侵犯等方面已经达成了共识,但是其客观价值属性并没有得到足够重视。这与法治发展的阶段性相关,更与对公法尤其是刑法对基本权的诠释相关。

## (二)刑事法的客观价值哪里找?

伽达默尔认为:“理解文本并不主要意味着回溯到过去的生活,而是当前参与到文本所说

〔9〕 Hilary Putnam, “What Theories Are Not,” in E. Nagel, P. Suppes and A. Tarsk (eds.), *Methodology and Philosophy of Science*, Stanford: Stanford University Press, 1962, pp. 215-227.

〔10〕 Randall E. Auxier, Douglas R. Anderson and Lewis Edwin Hahn (eds.), *The Philosophy of Hilary Putnam*, Chicago Illinois: Open Court, 2015, p. 224.

〔11〕 Vgl. Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, 4. Aufl., 2003, S. 269.

〔12〕 Vgl. Michael Sachs, *Grundgesetz Kommentar*, 2003, S. 88.

的东西中去。这其实并不是人与人之间关系的问题——例如，读者和作者之间的关系（作者也许是完全不为读者所知的——而是参加到文本与我们所做的交往之中的问题）。只要我们理解了，那么所说含义的出现完全与下述的无关。即我们是否能从传统中勾勒出作者的形象或我们的关注是否是对于作为一种总源泉的传统的历史解释。”〔13〕这明明就是客观主义解释立场。

任何论证都无法摆脱以自己的方式理解流传下来的文本，因为文本附属于整个过程而不是原初，承载了融合的利益并被不断地修补（类似于“特修斯之船”——不断修补之后仍然存在，但本体已经发生改变）。文本想解释或诉说的真实含义并不只依赖于为作者及其原来公众所特有的偶然因素，它是过程化的结果。“一件文本的意义并不是偶然超越他的作者，而是不断超越它的作者的意向。因此，理解并不是一个复制的过程，而是一个创造的过程。完全可以说，只要人在理解，那么总是会产生不同的理解。”〔14〕

以下我们回归刑法论证谱系。通过这个谱系我们可以看到几类客观主义的存在。其一，规范的适用实际上具有“家族的类似性”，而这种家族的类似性是通过客观历史性所总结出来的。“没有哪个词语的独特概念能囊括日常谈话中赋予它的一切用法。只是因为其缺乏精确含义。词语许多不同的适用会渐渐地相互融合，或许在各种适用过程中存在‘家族的相似性’。”〔15〕这确定了一个规范理解的基础意义。这种“家族相似性”实际上是在实践中不断进行归纳进而逐步达成共识的过程。其二，一个规范总是存在着边缘地带，正如，“黄昏”究竟隶属于“白天”还是“夜晚”？如需澄清这些边缘，我们无需求助于一种理想化的逻辑，而这要看使用这些词的特定上下文，以便发现在社会交往中实际赋予他们的“语法”。维特根斯坦说，“不要想，只要看”。〔16〕一个规范的适用必然归结为一定范围的场域，由此一个主观概念再次被客观化。其三，也是最为重要的是，无论是“家族相似性”的要求，还是特定上下文的要求，都赋予了解释超出文本最初主观性的可能性。

即使在实证主义那里，也不否认论证者从自由裁量的角度做出一种超越文本的考虑。哈特曾经以公园禁止车辆通行的市政规定为例，认为轿车和摩托车是规范的核心，而自行车、滑板车则属于边缘的开放性，指出了规范作为一种开放性结构的特征。他认为，案件的不确定性很大程度上是语义的开放性结构（open-texture）的结果。“所有规则均涉及识别特定案件并将其定性为一般性术语之例证的过程，并且在涉及任何我们称之为规则的时候，可能需要在规则使用的比较明确地、典型的案件与我们所声称的合理适用或否定案件之间应当作出区分。这种确定性的核心内容与将普遍性规则作用于特定案件所产生的边缘地带的模糊的双重性是无法消除的。它赋予了所有规则因具有这种模糊性变化地带，赋予所有规则的‘开放性结

〔13〕 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1986, S. 280.

〔14〕 a. a. O., S. 369.

〔15〕 Gadamer (Fn. 13), S. 11.

〔16〕（德）伽达默尔：《哲学解释学（第二卷）》，夏镇平、宋建平译，上海译文出版社1994年版，第28页。

构’。”〔17〕

如何解决开放性结构的问题？哈特的结论是，作为自由裁量应该秉持其特有的公正、中立以及原则等司法道德。由此哈特的实证主义历程走向了相对化。其基本逻辑就演化为：“①法律规则是一种普遍性的语义，核心意思是明确的→②普遍性的语义存在着开放性结构，存在着边缘地带→③个案中边缘地带存在着明显的分歧→④司法中通过规范无法说服，只能凭借其法外的因素（如伦理因素）来抉择→⑤这种裁量事实上是对法律漏洞的一种填补（interstitial），类似于一种法律的创制。”〔18〕

这种“创制”必须依托“客观价值秩序”展开。因为“基本法的制定者已经使基本价值抉择以及由此推导的具体价值层次成为客观存在，所有权力机构都有义务践行这些价值”。〔19〕

开放性落实到刑事司法中，主要存在以下步骤：

1. 从法律方法论的角度而言，首先的问题在于：规范的适用是论证者的意图还是文本原旨的意图的再现？根据上述客观主义的哲学的理解，坚持客观主义解释的立场显然是必要的。社会价值观必然对文本的意义产生影响，也对解释者的思维产生影响。

2. 在对文本进行解读的同时，还存在对事实的解读问题。其实这是另外一种文本解读，因为证据本身完全也可以视为一种形式的文本。这里包含刑事认定的标准以及刑事推定、推论应该采用什么样的方法和标准。其一，相同的文本是否能够相应地做出某种刑事认定。其二，实践中新出现的程序性的认定规则对传统的实体认定规定做出一种新的理解，如非法证据排除的问题。

3. 刑法规范与法律事实的该当性的问题。这应该是刑事判断的核心环节。在判断刑法规范是否具有该当性的时候，司法判断的理由就似乎分外重要。在这个时候，法官的选择与其自身的法律素养、社会经验乃至人文素养都具有直接关联性。富勒在 1949 年《哈佛法律评论》发表的“洞穴奇案”的论述中就有十分直接的表达。其中福斯特法官追随古老的法谚语——“一个人可以违反法律的表面规定而不违反法律本身”。法官在解释法律时必须考虑合理目的，他认为：“我前面运用的推理绝没影响对实定法的忠诚，尽管它提出了合理忠诚和不合理忠诚的问题。没有任何领导会要一个不能领会言外之意的仆人。再笨的女佣都知道，当她被告知‘削掉汤羹的皮，撇去马铃薯的油脂’时，她的女主人只是口误而已……纠正明显的立法错误和疏漏不会取代立法者的意志，只是使其意志得到实现。”〔20〕

4. 解释者所要考虑的具体因素。一份判决如果作为一种商谈的情景设定，实际上除了考虑规范目的之外还需要考察行为人的因素、被害人的因素乃至社会公众的因素。

〔17〕 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 119-120.

〔18〕 Ibid., pp. 124, 132, 200.

〔19〕 Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham: Duke University Press, 1989, p. 54.

〔20〕 田雷：“法理学‘永恒的洞穴’解读富勒的‘洞穴探险者案’”，《博览群书》2006 年第 9 期，第 66 页。

### 三、在客观主义的背景下如何看待法益 ——文本意图还是超越文本的规范目的

#### (一) 法益理论的不断突围

法益侵害理论在中国得到了全面推广,但是法益理论受到的抨击也从未消停。从法益概念提出伊始就是如此。“法益并不是存在于现实的社会生活领域内,而存在于无法积极交流的、功能缺失的领域内所考察的。”〔21〕法益确实是刑法富有意义的专业性术语,具有刑法规范的归纳意义。但是作为一个理论,该概念常常出现以下现象:引用时“无用”,想用时“没用”。前者的意思是,作为基础含义更具有名义性而缺乏独立性内涵。譬如我们说故意杀人罪侵犯了生命法益,盗窃罪侵犯了财产法益。这实际上只是权利的另外一种说法,所以并无独立意义。后者意思是,当行为与犯罪构成具有一定该当性但又不完全耦合时,或者对不法性存在认识分歧进而对行为定性存在分歧的时候,诉诸法益理论往往会导致一筹莫展或显得有些牵强附会。

之所以呈现出这样的情状,是因为法益的概念已经变得纷繁复杂,甚至在其策源地,争议也从未停息。

法益的作用往往被归结为立法批判功能、适用法律功能以及法律解释功能等。对于立法批判功能,笔者曾经专门撰文对此质疑并认为实质法益乃至人格法益更多所遵循的应当是规范性理论,法律适用可能更倾向于法益侵害理论。〔22〕但是仔细分析会发现,法律适用的诸多分歧也倾向于在规范违反理论层面解决,只是形式上套用了法益概念而已。从论证具体的法律事实与法律文本是否具有该当性的时候,或者说认定某个行为是否侵犯法益的时候,还是更多建立在客观主义的基础之上或者说超越文本的思维之上。

譬如,生产、销售假药罪的法益是什么?应当如何推论?至少可以从几个方面分析:首先该罪名属于破坏市场经济秩序犯罪项下,法益可以笼统地归结为市场秩序,但这只是一个类概念,对于解决现实问题并无具体意义。其次,该罪名涉及到具有二次评价特征,其前置法可以追溯到《药品管理法》,由此法益可以归结为药品管理秩序。但这样的规定只是为了确定前置法中“假药”范围,对于“生产”“销售”行为因为缺乏前置法意义上的独特特征,无法寻找到依据标准。再次,对于“假药”范围确定本身也是一个非常大的问题。一方面是如何看待前置法规定的适应性?另一方面如何看待刑法的相对违法性?最后,从刑法规定中反推法益。前三种推演方式只是体现了行为的市场性特征,只能溯源到行政法的本意,不具有刑法法益的本身特点,无法区分行政违法性与刑事违法性差异性。当然可以认为两者只是量的差异,这种只是部分体现而且经不起推敲。如果简单以量化结果作为区分标准,实际上取消了行政处罚的价值,导致刑罚处罚很大程度上替代行政处罚,将行政处罚挤压在了一个非常狭小而微不足道的

〔21〕 Hans Welzel, *Stadien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), S. 514.

〔22〕 参见孙万怀:“刑法修正的道德诉求”,《东方法学》2021年第1期,第105—110页。



空间。

如果从刑法角度归纳法益,核心还是必须回到刑法文本本身。从行为客观所产生的危害以及行为主观恶性的角度来加以分析。而这有时虽可从法定刑的角度反推,但更需要在超越规范本身去寻找。

## (二)客观性而非法益赋予了行政犯的独立意义

法益讨论回避不了行政违法与刑事违法的界限标准问题。尤其是近些年来,随着积极主义刑法观在立法和司法中风头正劲,刑法在社会治理中的触角不断蔓延,已经引起了许多刑法学者的重视乃至反思。当然更多问题是发生在刑事司法领域。毕竟相对于文本而言,个案的正义属于看得见的正义。个案的评判的标准依据远远超出了抽象化的、理论化的法益标准,直接烘托出法益论的一种窘境和无力。

对此,法益论的主张者进行了深入的思考:“刑事司法实践之所以大量存在将一般行政违法行为认定为犯罪的现象,主要是因为没有以正当理念为指引,没有做出实质解释,没有进行独立判断。公、检、法应当以刑法的自由保障理念、刑法的补充性与预防犯罪的理念为指引,充分保障国民的预测可能性,使刑法真正成为保护法益的最后手段,使刑罚成为预防犯罪的有效工具。刑事司法人员应当对构成要件进行实质解释,对违法性进行实质判断;不能将一切利益当作刑法的保护法益;不能分解成或者还原为个人法益的所谓公益,不是刑法保护的法益。……刑事司法人员必须根据刑法的特点对构成要件要素、案件事实进行独立判断,独立做出处理结论,不得将行政责任的认定结论与根据直接作为刑事责任的认定结论与根据。”〔23〕

该观点虽然仍然立足于法益,但对法益的内涵和层次性有了更为延展的分析。首先,对于强调个人法益在刑法中的终极性,仅侵犯公益的行为不应该纳入犯罪圈。这似乎可以解决一部分问题。但又似乎只是指明了方向,之后是否还可以进一步进行分类?个人法益包括哪些?是否仅包括个人人身、财产等相关权利?是否可以等同于个人权利?公共法益是否可以等同于管理秩序?管理秩序是否可以区分为纯粹的管理秩序和社会安宁?社会安宁与个人法益是什么关系?

退一步说,即使能够将法益类型区别开来,似乎也并不能解决文本开放性的问题。在遇到文本开放性的场合,无法避免规范之外的客观性因素辅助。

从一定意义上说,这已经不是一个辅助性作用的问题,而是一个根本性的指导性的方向,与客观主义立场十分接近。张明楷的观点事实上属于超越法益的论证方法:①理念(类似于“天理”):把握基本理念,如自由保障、谦抑性、行为的无价值性。②社会(类似于“人情”):考察国民的可预测性,其中主要应该包括对伦理规范的认同。③法释(类似于“国法”)。对法律进行实质性解读。④良知。即司法者坚持自己独立的人格。

## (三)超越文本的理论诠释学桥梁

当然以上只是提供了一种大致的找寻路径,具体的归类尚需架设桥梁来贯通。伦理之于

〔23〕 参见张明楷:“避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径”,《中国法学》2017年第4期,第37页。

理念是什么关系？伦理之于国民可预测性是什么样的关系？伦理规范本身是否具有命令性？命令性的规范是不是可以通过另外一种客观因素加以调整？这既是解释学的问题，更是法律论证所直接面临的。“最直接感受游戏的，并且游戏对之正确表现自己所‘意味’的，乃是那种并不参与游戏而只是观赏游戏的人。”〔24〕因为所有问题最终要呈现给观赏者，所有的认同也来自于观赏者。问题是如何能够真实全面感受到游戏？同时游戏的人的反馈又如何体现？“在审美意识中我们看到了表明已得到教化的意识特征的一系列特点：上升为普遍性，放弃直接接受或拒绝的个别性，认可那些并不与自身或爱好相适应的东西。”〔25〕而这些都依赖于观赏者共同认知而不是游戏者个人偏好。

传统的法益论强调文本的规范性特征，更多地是从自然主义涵摄与因果律的角度出发，但法的解释“无论是法官的判决还是牧师的布道，都远远超出了文本作为客观对象进行科学研究的范围，他们基本上不涉及科学方法论问题。也根本不是为了构造一种能满足科学方法论理想的确切知识，正相反，它们都涉及到人类的整个世界经验和终极关怀”。〔26〕

除了无法作为科学研究的范式来对待之外，对法益逻辑的另外一个有效的反思就是法益概念与犯罪本质乃至刑法本质的一致性需求。刑法本质、立法权威以及立法过程本身并非完全协调。如果我们将法律等同于奥斯丁的“命令”或者哈特的最低限度道德指令，则犯罪本质、刑法本质与法律暴力性或权威性相一致或基本相一致。温和的实证主义者不再绝对否认道德之于立法、法律适用以及法律解释的作用，不再强调法律论证是一个纯粹法律逻辑推演的过程。“在法律实证主义的文献中，仔细探讨法律与道德之间的关系当然是一种标准的做法。就道德对法律的影响而言，经常被提到的要点包括：道德观念可能指导着立法，为批评既有的法律提供着标准，以及可能在法律解释中得到适当的考虑。”〔27〕道德的这些功能恰恰与张明楷对法益作用的重新解释高度重合。与其说是法益论摆脱了实证主义色彩，毋宁说是实证主义出现了对于法益论的远离。而偏离不意味着实质改变，二者之间同质性无法分割。所散溢都是“单向投射”，即在它们看来——“法律不应当被看成是公民与政府之间的目的去向互动的产物，而是一种发源于政府而强加于公民的单项权威投射”。〔28〕

当规则作为“单向投射”的时候，即使包含了最低程度的伦理因素，但因为否定论证是“目的去向互动”的过程，自然也否认了客观评判性因素的独立性地位。这实际上是一种法律父爱主义的自然流露。游戏者的判断能力需要被设定，被保护和被指引，对“父亲”或“家长”的遵从成为首要的标准。

曾经有段时间，刑法学似乎热衷于使用“父爱主义”一词，并为积极主义刑法观做铺垫。譬如，有学者提出如果干预公民自由是为了增进更大的自由或利益，这就是父爱主义的立场。相

〔24〕 伽达默尔，见前注〔16〕，第161页。

〔25〕 伽达默尔，见前注〔16〕，第125页。

〔26〕 洪汉鼎：《理解的真理——解读伽达默尔〈真理与方法〉》，山东人民出版社2001年版，第2页。

〔27〕 (美)富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第237页。

〔28〕 同上注。

反如果刑法限制公民自由是为了行政管理方面或某些利益集团的自利性考虑,则属于刑法工具主义的范畴。“限制是指在某种情况下,在当事人的意志与法律规范相互冲突时,前者必须服从于后者。‘不管’‘不顾’有一定的限制意涵,但也并不意味着完全强制,因为此时当事人也可能会认同或希望得到法律的强制,只是这种心理状态与法律的要求一致而已。”<sup>[29]</sup>父爱主义把自由主义推向了“自由至上主义”的祭坛,然后声言自己是自由主义者。“法律父爱主义有助于提升人们的实质自由。‘实质的’(substantive)自由是一种超越积极自由和消极自由框架的概念,他是印度经济学家阿玛蒂亚·森(Amartya Sen)所提出,意指享受人们有理由珍视的那种生活的可行能力集(capability)。扩展人们的实质自由是社会发展的首要目的和主要手段,它包括免受困苦——诸如饥饿、营养不良、可避免的疾病、过早死亡之类——基本的可行能力,以及能够识字算数、享受政治参与等的自由。”<sup>[30]</sup>如果将“能力集”分解观察,所谓的自由就是一个作为“孩童”的自由——被分配、被决定的自由。

刑法学者选择了第三条道路来论证。例如有学者在给出我们应该坚守一种刑法父爱主义立场的理由时,其中之一便是认为这是由法益侵害说这一犯罪本质所决定,“为何刑法要保护法益?这与刑法谦抑主义与刑法工具主义无关,是一种刑法父爱主义立场”。<sup>[31]</sup>当然,该学者也敏锐捕捉到论断蕴含的风险,转而又提出,如果以刑法强化作为社会管理者的权力的行使,则无疑扩大了家长的权力,进而造成公民自由的萎缩。<sup>[32]</sup>虽然较前一种观点有所缓和,但本质并无不同,倒是将法益与“父爱”链接在一起,暴露了实质共性。

上述观点旨在中和当前刑法机能观点分化趋势。目前,刑法机能一般被定位为自由保障机能、法益保护机能和行为规制机能。<sup>[33]</sup>但在风险社会的名义下,法益保护机能日隆,所以学者力图在法益保护与自由保障之间寻找平衡点,调和二者之间的关系,刑法父爱主义(为大多数人谋取幸福)就是平衡的结果。<sup>[34]</sup>当然学者们也清醒地发现自身论断的基础性缺陷,为了解决这一问题,学者们提出了二元化的犯罪模式设计,区分行政犯以及基于强化行政管理的犯罪。这对于解决矛盾只是杯水车薪,至多只是部分漏洞的修修补补。

#### (四)“单向投射”与“自体恶”

看到了法益与父爱主义天然的同盟性,这无疑十分精准。二者的同质性在于“单向权威投射”。

根据富勒的观点,社会秩序安排分为两种形式,一种是管理性指令,另一种是法律。二者的区别在于:“管理系统中的主要规制的是下级与他们上级之间的关系,只是附带性的涉及到下属与第三人之间的关系。与此相反,法律系统中的规则通常主要是为了调整公民与其他公

[29] 郭春镇:“论法律父爱主义的正当性”,《浙江社会科学》2013年第6期,第75页。

[30] 同上注,第79页。

[31] 姜涛:“在秩序与自由之间:刑法父爱主义之提倡”,《江淮论坛》2015年第1期,第125页。

[32] 同上注。

[33] 参见张明楷:《外国刑法纲要》,法律出版社2020年版,第5—6页。

[34] 参见姜涛:“风险刑法的理论逻辑——兼及转型中国的路径选择”,《当代法学》2014年第1期,第89页。

民之间的关系,而只是附带的方式涉及到公民与确立规则的权威之源之间的关系。”<sup>[35]</sup>尽管各国的法律体系不同,对于法律内部的分界不同,但是并不影响富勒从刑法角度进行类比,因为犯罪与违法之间存在重要的差异,而不是简单量的累加。

行政行为的价值基础、后果以及程序与刑法都有较大差异。抽象行政行为与具体行政行为在主体(相对人)、程序、内容、效力和法律救济等就存在着显著差别,<sup>[36]</sup>涉及到直接关涉个人与权力之间的关系以及第三人关系。除此之外,还存在一种对应不能的状态:“‘合法有效’与‘违法无效’并未涵盖所有的对应关系。一方面,合法性和效力并不始终体现为某种对应关系,也可能出现对应不能的状态。另一方面,如果把合法有效、违法无效比做一种同向对应的关系,实践中存在着大量的反向对应,即合法无效、违法有效的情形。”<sup>[37]</sup>行政行为效力问题来源于其行政性特征,因为其裁量基准存在等级划分,上级裁量基准只是命令而并不是法律依据,所对应的只是纪律责任。<sup>[38]</sup>这也反制了行政违法的特征和表达方式。违法的结果是处罚。但在行政法学者那里,面临着法益论者同样的问题。“行政处罚是一种不利决定,但并非存在不利就构成行政处罚。”<sup>[39]</sup>据此不利决定被区分为侵益性行政决定和基于公共利益的需要根据法律作出行政征收等决定,后者也是一种不利决定,根本区别在于“因为私人行为具有可非难性”。例如,《中华人民共和国人口与计划生育法》曾在第41条第1款将“超生罚款”变更为“行政收费”,学者给出的理由是:“生育行为不具有可非难性,超生只是因为没有计划生育指标。”<sup>[40]</sup>此观点听起来似乎有一定理由,但无法令人信服。其显然是把刑事违法性的原理套用到了行政违法领域。行政违法与刑事犯罪的划分可追溯到罗马法理论中关于“自体恶”与“禁止恶”的分野,并以此确定法律体系的分类以及相应处罚方法。自然犯与法定犯的划分则是基于加罗法洛的行为人刑法理论。“在加罗法洛那里,所谓自然犯罪与法定犯罪的区分都只是服从于犯罪人研究。”<sup>[41]</sup>这更类似于犯罪学的范畴而不是刑事可罚性的范畴。其所关注的是犯罪人的前提——犯罪是什么,进而提出一个区分犯罪人格与非犯罪人格的标准。

如果说这一分类还是类似于罗马法的基础性概念,而随着刑法学与犯罪学的分庭,这一范畴成为刑法犯罪的重要归类。

随着社会的高度组织化和生产、生活方式多元化,行政性规定极度膨胀,许多行为脱离行政犯而被计入法定犯领域。以至于在我国通说中,通常都将行政犯与法定犯做相同的理解。

[35] 富勒,见前注[27],第240页。

[36] 譬如,具体行政行为可分为羁束行为和裁量行为、依职权行为和依申请行为、附款行为和无附款行为、授益行为和负担行为、要式行为和非要式行为、独立行为和需补充行为。行为特征不同,对效力会产生直接或间接影响。

[37] 江必新:“行政行为效力判断之基准与规则”,《法学研究》2009年第5期,第86页。

[38] 参见周佑勇、周乐军:“论裁量基准效力的相对性及其选择适用”,《行政法学研究》2018年第2期,第11页。

[39] 王贵松:“论行政处罚的制裁性”,《法商研究》2020年第6期,第22页。

[40] 同上注。

[41] 米传勇:“对加罗法洛犯罪学思想的曲解与澄清”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第25卷),北京大学出版社2009年版,第267页。



笔者认为,这一概念的基础是针对犯罪人而提出,如果将法定犯与行政犯等同,势必会进一步引发理论混乱。必须回到行政违法乃至处遇的基本特征来进行分析。

对于行政犯与刑事犯的区分存在“质的区分”和“量的区分”的差异。两种观点并不实质对立。首先,作为所谓的行政犯,很多行为并非不存在伦理、道德的非难性,只不过作为二元化立法而言,刑法作为最后的保障性规则,不进入刑法评价的视野。这体现为一种量的区分理论。当然,如果刻意求之,可以说是因为程度的差别带来的质不同,规范的分离带来了原则差异、程序差异,最终归纳为不具备犯罪的特征(如严重危害性的问题或者法益的问题)。此时,行政犯与加罗法洛的法定犯概念存在着明显出入,法定犯与自然犯不存在量的区分性。其次,在行政违法中,其行为特征表现为一种“单向投射”,如果缺乏伦理、道德的可非难性与可谴责性,则不能进入刑法评价的范围。这表现为质的区分理论。譬如,日本因为存在大量的附属刑法规范,所以法定犯的运用似乎更通畅,与行政犯的联系更加直接。但是其行政法中同样存在着量的区分性和质的区分性,尤其是在量的区分思路中关于统一法典化存在较大分歧。但无论如何,秩序罚与行政刑罚的区分无疑是一种典型的质的区分。

就质的区分角度而言,其已经脱离了“自体恶”与“禁止恶”的最初定位。只不过有的从“邪恶性与生俱来”为立足点(如美浓部达吉、野村稔),有的以“反道义性、反社会性”为立足点(牧野英一、木村龟二),有的以“是否与社会伦理规范密切”为立足点(大塚仁)。〔42〕观点并无实质差别。犯罪人人格在刑法适用中必须转化为一种行为的恶并需要社会的交互反应来表达。恶的本质是反伦理性,具体可以表达为反道德性、反道义性、反社会性等层面。离开了这些特征或者这些特征不明显的时候,其可能属于法定犯,属于一种秩序罚(也就是行政罚),但并不属于行政犯。

我国理论或教科书的观点基本上也大致如此。法不禁止皆可为只是一般意义而言,即使在法律禁止的领域也并非都不可为,因为有些禁止只不过是政府基于特定时期、特定社会结构和样态、特定目的而形成的一些禁止,甚至还会出现法律并没有明确禁止但也不允许任意行为,即以许可的方式出现的行为。对于这种未被许可的行为,尽管其违背了行政意旨可能无效,具备了秩序罚的理由,也不应作为犯罪来对待。行为本身附着违反伦理性才具备刑法的可罚性。例如,预售合同不因出卖人没有预售许可而无效。预售许可只是为完成一种调控,是基于管理调控。对此所进行的行政罚就纯粹属于秩序罚,不应该进入刑事评价领域。

结合非法经营罪第 1 项的规定来看:首先,未经许可并非是构罪的充要条件。其二,这里的未经许可只是一个行为方式表述,而不能等同于法律指向(尽管现实中可能产生竞合)。其三,其所指向的法律是涉及专营专卖或限制买卖物品的法律。其四,专营、专卖及限制买卖与行政许可经营存在关联但性质并非完全相同,前者涉及的是国家垄断经营的问题。“有法律法规直接授予国有企业的专营或垄断经营不属于特许经营,虽然这些国有垄断企业也必须申请诸如《专卖许可证》、《批发许可证》等行政许可证件,但这些许可证是国家对这些行业实施垄断

〔42〕 同上注,第 277—278 页。

经营的管制措施而非特许经营证。”〔43〕其五,这一规定实质上是法律的例外性规范。根据法哲学的“例外限制原理”,例外规范的适用扩张是最大的禁忌。其六,该罪所要求的情节排除了量的区分特征,行为的反伦理性应该是核心标准。

作为行政犯漩涡中心的非法经营罪经常成为司法实践中各方不断角力的主战场。将纯粹秩序罚的行为纳入犯罪圈,甚至引起社会巨大的波澜,公正理念受到极大损害,也不断引起最高司法机关的关注。根据作者的不完全统计,解释性文件达到了惊人的34个。被广泛作为司法参考用书的《刑法一本通——中华人民共和国刑法总成》一书中,“非法经营罪”条目下罗列的相关规定内容长达26页,占据全书篇幅的3%,令人匪夷所思。即便如此,情况并没好一些。迫不得已,最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》(法发〔2011〕155号)曾专门发声:“对于违反地方性法规、部门规章的行为,不得认定为‘违反国家规定’。存在争议的,应当作为法律适用问题,逐级向最高人民法院请示。”但仅仅从程序入手显然不足以根本上解决问题,甚至某些实质标准的明确反而助长了扩张化。这既是最高司法机关的解释性文件层出不穷的原因,也是层出不穷但情形仍未见好转的原因。几年后(2015年)发生的王力军非法经营罪将纷争推向了白热化,“禁止恶”完全取代了“自体恶”,客观主义完全被无视,再审改判无罪(最高人民法院指导案例第97号)才完成了纠正。

#### 四、社会相当性的重塑以及现实化的路径

韦尔策尔在构造社会相当性概念时提出:“将所有在功能上处于某一民族历史形成之共同体生活的秩序之内的行为,排除在不法概念以外。”“用到刑法当中就意味着:如果某种举动虽然在形式上为犯罪构成要件的描述所包摄,但具有社会相当性,那么它在实质上就不属于不法。”〔44〕该理论旨在弥补法益侵害理论的先天缺陷。“对韦尔策尔来说,社会相当性的作用在于,在进行犯罪论体系的违法阻却判断之前,根据社会的评价对可罚的不法进行某种限制。”〔45〕

社会相当性理论可在现象学或批判理论范围得到支撑。作为法哲学的重要渊源,现象学就是“发现事实”,“本质还原”(胡塞尔语),穿梭“在事实与规范之间”(哈贝马斯语)。“现象学致力于研究人类的经验以及事物如何在这样的经验中并通过这样的经验向我们呈现。”而刑事司法作为一个系统,在法定主义的框架下,通过“二值代码”的方式加以体现。而系统之外还存在着“生活世界”——“显像”(appearance)这一现象学的基础概念。尤其在机器智能化的时代,“随着影像和语词的技术性膨胀,似乎一切都消解成单纯的显像”。〔46〕不是人在控制或占

〔43〕 王克稳:《行政许可中特许权的物权属性与制度建构研究》,法律出版社2015年版,第149页。

〔44〕 (德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:“社会相当性与可罚的不法”,陈璇译,《人民检察》2019年第17期,第29页。

〔45〕 同上注。

〔46〕 (美)罗伯特·索科拉夫斯基:《现象学导论》,高秉江、张建华译,武汉大学出版社2009年版,导言。

有显像,而是显像在支配和占有人,刑事司法乃至刑法理论也逐步堕入应付纷繁的显像泥潭中。在罗伯特看来,部分与整体、多样性中的同一性、在场与缺席的关系偏离日益明显,整体、同一性缺席隐退。“现象学就是理性在可理解的对象面前的自我发现”,而这种发现需要三对范畴的“交融性”。〔47〕

从法律方法论的角度而言,社会相当性理论开始将规范现象还原为生活现象,一开始就秉持了客观主义立场。“任何一种举动,只要它违反了广受认可的社会规范,就是社会不相当的。这里的规范可以是一切种类的规范,包括法规范、道德以及关于良好举止的规则。”〔48〕当然这样的归纳似乎有些零碎,而在韦尔策尔那里,则是从法哲学角度用一些大词进行归并,将“历史形成的共同的秩序”以此作为根本性的标准。这一标准显然不包含刑法本身。主要原因在于:

其一,一般场合下定罪量刑与社会相当性相向而行,只有在法定性与超越刑法规范的规则发生冲突时才需要权衡,进而考虑客观规范在刑法适用过程中如何被接受。

其二,这种规范与法定主义并不产生根本性对立,与“在场与缺席”的考量并不矛盾。罪刑法定的基本出发点是保障人权,是基于出罪的考量。我国刑法学者最初为了将《刑法》第 3 条的规定“完美”地解释为罪刑法定原则,提出了消极罪刑法定原则(出罪功能)和积极罪刑法定原则(入罪功能)。这实际上消解了罪刑法定原则的意义。笔者将第 3 条的规定归纳为罪从法定主义,其所反映的仍然是有法必依的观念。〔49〕与社会相当性理念存在差异,其所信奉的唯一标准就是概念至上。这带有极强的实证主义色彩。

强调实定规范至上是法治观的基础,即在法律适用方面强调“必依”“必严”“必究”。但是,公正观念的确立固然要依据规范本身,但也要依靠原则(德沃金尤其强调),更要从理念乃至社会相当性中去寻求。

首先,实定法给法律论证一定的裁量空间,裁判规范本可从此路径切入。譬如《刑法》第 13 条的但书条款就是一个捷径。但在强调执法严格性的背景下,在典型的实证主义思维支配下,司法不敢越雷池一步,但书规定 40 余年几近休眠就是证明,即使司法解释再三强调也无济于事。

其次,这还可以归纳为解释学方面的问题。其又表现为两个层次:一是对于构成要件该当性或符合性进行比对,二是不通过行为该当性进入,而是从相当性(从阶层论的构成体系来说可能是违法行为,在四要件理论中则表现为犯罪本质的危害性的问题)来探讨一个可罚性的问题。也就是说行为本身进入了定罪的射程,但是其没有违背共同体生活秩序,此时同样不应承受刑法的非难性评价。

最后,罪刑法定主义的本质是出罪功能,而社会相当性理论也是作为出罪功能存在的。就一定意义而言,二者之间貌离神合:前者的要求是法无明文规定不为罪,后者的要求则是法律有明文规定不一定为罪。据此,二者具有相同的实质——主张有利被告。如果说有什么区别,

〔47〕 同上注。

〔48〕 金德霍伊泽尔,见前注〔44〕,第 29 页。

〔49〕 参见孙万怀:“刑法解释位阶的新表述”,《学术月刊》2020 年第 9 期,第 97 页。

那就是前者更多体现保障人的自由,后者更多体现重视人的尊严。

当然需要直陈的一个问题就是:相当性的依据是什么?这是任何一个理论都回避不了的问题,也是本源性的问题。对此,我国学者关注得并不多,研究似乎“刚开了头却又煞了尾”,未及深究就乏人问津。只有在遇到案件出现观念明显冲突的时候,人们才偶然想起了这个理论,匆忙急就章。

其实从整个理论来说,争议涉及到这几方面:一是存在的地位问题,二是到底归属于构成要件的符合性层面还是归属于违法性层面,甚或是有责性层面(对此的争论主要在于有责性是个性层面的,而相当性是一般性层面的)。但这些都不是根本问题,事实上,即使不适用社会相当性的概念,只要不是绝对化的法律实证主义的坚持者,都不否认超文本规范的作用。即使坚持法益论者一旦承认了法益的开放性,只要承认存在可罚性的困难,相互之间就没有本质差别。只要不是纯粹结果无价值理论的坚持者,从出罪的观点评判,无论如何细化或者相对化的分类,都可以汇聚到行为无价值的旗帜之下。当为了解决出罪或不可罚观念的时候,社会相当性理论不管以何种面目呈现,即使存在着一些逻辑性的质疑,结论的共识性当无疑问。诚如中国传统司法理念——“慎刑”“恤刑”——成为交融共识一样。

回到本文开篇所提到的宋代阿云案。“罪疑惟轻”理念成为最终的交融共识。“疑罪谳议制”发端于西周,在汉代因儒家的理念得到强化而日臻完备,逐步成为后世刑事司法的法外信条,该现象一直延续到清末。<sup>[50]</sup>其中最为典型的的就是清乾隆二十一年的“王氏通奸案”。<sup>[51]</sup>其社会相当性现实化的特点在于:其一,社会教化具有文本性特征,观念成为经典教义从而成为可视化标准和高度认同,其极端的体现就是经义决狱(春秋决狱)。其二,相当性文本具有出罪和入罪的双重功效,甚至入罪为主要的使命。其三,基于法律本质的历史性认知,对教义的内容或者说对伦理的价值追求往往伴随着冲破法律文本的冲动,导致法律文本约束性的丧失。

就当前国内刑法学理论而言,虽然逐热近乎学术浮躁,但不断出现的热点也促使一些沉寂理论复兴。个案在引起社会哗然的同时,也可能间接促进了立法变动和司法解释更新,但这只是冰山一角。大量的案件因在水面以下或因处罚的柔化而被湮没,本文开篇的收购濒危动物制品案件就是实例。再譬如于某某非法狩猎案:<sup>[52]</sup>对捕获乡野常见的麻雀的行为,至少可以存在很多的相当性考虑:首先,民众的违法性认知能力。麻雀是常见的“飞入寻常百姓家”的鸟

[50] 该成文虽然诉诸于《尚书》,但因“古文尚书”可能被考证成“伪孔本”,所以就历史渊源论定或有争议,但自汉代以后“罪疑惟轻”的观念已经成熟当无异议。

[51] 清乾隆二十一年(1756年),无锡浦阿四的童养媳王氏和浦阿四的小叔通奸案发。一种观点认为,根据律例,该行为属于服制之间亲属通奸,而负责处理案件的汪辉祖则认为属于“凡人和奸”,拟处杖一百,枷号一个月。上报之后,知府驳诘认为,两人为有服亲属(五服内亲属),不应同凡。汪辉祖坚持顶详:根据《礼记·丧服》,未庙见还不能算媳;《礼记·王制》有“附从轻”之说。尤其是《尚书·大禹谟》中的“罪疑惟轻”已成为基本的司法理念。汪辉祖的观点被誉所拟申详,“合情合法”。汪辉祖从此名扬江南。

[52] 2020年1月,被告人于某某购买长15米、宽1.5米的鸟网后,将其架设在自家院内并捕获一只麻雀。后放入鸟笼饲养,该麻雀大约两天后死亡。经新宾满族自治县林业局技术鉴定委员会鉴定,该麻雀属于辽宁省“三有”陆生野生保护动物。被告人遂因非法狩猎罪被判处拘役2个月,缓刑4个月。参见辽宁省新宾满族自治县人民法院(2020)辽0422刑初55号判决书。



类,被鉴定为省级野生保护动物,是否能够要求民众对此有效认知?长期以来麻雀被界定为害鸟,而且曾经很多年被归入“消灭”的行列,根深蒂固的观念是否可以作为出罪事由?其次,以何种方式捕获何种生物才可视为为狩猎行为?在自家院落的抓鸟行为认定捕猎是否超出了普遍认知?数量与珍稀性之间是否具有联系?数量是否应该成为至上标准?这些都不是“基础算法”所能解决的(该案的定罪还存在对司法解释进一步扩大理解的嫌疑,此不赘言)。

就司法层面而言,近年来司法解释也开始关注这一问题。譬如在赵春华非法持有枪支案之后,社会相当性问题被重新重视。最高人民法院、最高人民检察院《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》(法释〔2018〕8号)明确规定:在追究刑事责任时,“应当充分考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价格、用途、致伤力大小、是否易于通过改制提升致伤力,以及行为人的主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节,综合评估社会危害性,坚持主客观相统一,确保罪责刑相适应”。笔者认为,这个解释性文件非常具有代表性,虽然只是针对气枪、铅弹所作的批复,但意义深远。解释性文件首次专门直面社会相当性问题,意味着司法实践对相当性理论明确认可。实际上在此之前,司法解释性文件也有所体现,只不过不够系统。

司法解释性文件的相关表达可以归类为:

(1) 相当性与“要求不可能之事的法律”

富勒论述法律道德性的时候,提出了法律正当性依据之一——“法律不能够要求不可能之事”。立法者制定法律时应当考虑法律的可执行性,不能制定一部要求民众难以遵守的规则。为此他专门以刑法中的严格责任为例展开。“我们来看看违背‘法律不能要求不可能之事’这一原则的最严重的情形。这种情形存在于创制严格刑事责任的法律之中——根据这种法律,一个人哪怕是尽到了妥当注意并且毫无犯罪意图,也可能被判定有罪。”<sup>[53]</sup>鉴于主观心态难以直接证明,国家权力总是倾向于推崇严格责任。“检察官们可能会向我们保证:这种法律的明显不义可以通过‘有选择的执行’(selective enforcement)来消除。虽然从理论上讲这种法律是无辜人士的陷阱,但在实践中,只有真正的恶棍才会受到追究。”<sup>[54]</sup>这样的答案显然十分可笑,以选择性执法来弥补严格责任的不足是以一种恶弥补另外一种恶,最终可能导致双重恶。

其实“要求不可能之事的法律”的存在还包括另外一种情形——规范本身并不具有明显的不可能性,解释方法导致不可能情形的出现。而这两种情形又是“交融共通”的。最为典型的就是陆勇销售假药案。

认定上述行为无罪或从宽的基本理论依据在于,首先是从结果无价值的角度考量,行为都没有造成严重危害,由此回溯到行为无价值的角度,行为本身是基于生产、生活的正当性目的,是生产、生活的必要手段。其违背的只是一种许可管理制度,这也一定程度淡化了个体的伦理恶性。从个案角度来看,从有责的相当性角度进行出罪论证似乎更具有说服力。“免于匮乏和

[53] 富勒,见前注〔27〕,第 237 页。

[54] 富勒,见前注〔27〕,第 237 页。

恐惧是人的基本需求,尊严和自由是基本法意义的客观价值”,<sup>[55]</sup>在此前提下,行为的期待可能性就值得思考。

### (2)被害人过错、民间矛盾和责任分担

在《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》中,司法机关的出发点就是通过裁决中加入“被害人过错”“民间矛盾”这一社会相当性的思维,减轻被告人的刑事责任甚至减少死刑立即执行的裁决,获得社会对这一刑事政策的认同。譬如,有学者就认为:“熟人社会环境中的人,不可能对这个熟人网络产生整体性的仇恨,这个环境中的杀人案件,一定是在特定的个体或家庭之间基于某些特殊原因发生的,不可能威胁到整个社交网络中的其他人,不会对整个社区治安的状况产生多大动摇,也不会给其他人带来恐慌和不安。”<sup>[56]</sup>笔者也认为,尽管“杀人偿命”仍然是社会较为普遍的朴素认知,但并非意味社会否定刑罚的个别化,更意味着民众认可绝对报应。“在普通民众看来,被害人过错的规范化运用,可以使之凭借朴素的情理在加害人与被害人之间做出一种评判,基于对加害人在特定情形下实施杀人的谴责性的相对降低,增加死缓甚至更轻的刑度的可接受性,使之从内心认同。”<sup>[57]</sup>

### (3)违法性阻却与社会相当性

通过社会相当性的判断,弥补法律违法性判断产生的不公正现象,进而促进法律效果与社会效果的统一。譬如,笔者一直认为,中国的正当防卫理论裹足不前一个重要的原因就是过分强调构成真实表达而无视交往共识,忽视了社会客观伦理考察或共识性考察。只是在出现了一系列极端案件之后,案例的说理强化鞭策了理论的体系化。

最高人民法院发布的第十二批指导性案例于海明正当防卫案(检例第47号)指出:“应当根据不法侵害的性质、手段强度、时机和所处环境等因素,进行综合判断。”同批指导性案例中的陈某正当防卫案(检例第45号)甚至走得更远:“对认定正当防卫有影响的,并不是防卫人携带了可用于自卫的工具,而是防卫人是否具有相互斗殴的故意。”这里采纳了手段相当性的观点,且手段相当性的判断加上了一般认知水平的标准。有时超越当时与当处的情形也会产生诸多影响。譬如,2015年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》在认定防卫行为是否“明显超过必要限度”时不仅认可了手段的相当性,还提出结合当时情形,甚至将既往家暴程度都作为判断的因素。不仅考虑了一般认知,还考虑了特殊认知。

所以防卫行为的认定深深地打上了相当性的烙印。而这些相当性的判断都与社会一般认知(包含着浓郁的伦理性)结合在一起,是社会相当性的现行表达。

[55] 参见孙万怀:“一种‘甜蜜的错觉’:自由意志是刑事责任的基础”,《学术月刊》2023年第8期,第121页。

[56] 车浩:“从李昌奎案看‘邻里纠纷’与‘手段残忍’的涵义”,《法学》2011年第8期,第37页。

[57] 孙万怀、崔志伟:“故意杀人案中认定‘民间矛盾’的规范性事实”,《净月学刊》2017年第4期,第21页。

#### (4) 特定的文化习惯与社会相当性

我国属于多民族国家且地域广袤,在特定领域内会形成特殊的文化传统和习俗认同。在一定范围内形成交往共识的时候,某些行为可能不作为犯罪或作为轻罪对待。其可能具有以下特征:其一,习惯规则得到了地域性的认可。其二,该习惯与客观伦理并不存在明显对立。其三,行为并没有出现严重的负价值结果。譬如,少数民族公共场合佩刀之例外。<sup>[58]</sup> 受重男轻女思想影响或生活所迫有偿送养的行为,更是体现了对结果严重程度的考量。<sup>[59]</sup>

#### (5) 基于传统伦理而形成的共同认可

譬如,对未成年人盗窃等犯罪的例外规定。<sup>[60]</sup> 这类似于《尚书·吕刑》中的“三宥”“三赦”的理念,也是伦理中的“老吾老,以及人之老;幼吾幼,以及人之幼”<sup>[61]</sup>规则的继承。尽管刑法规定不满 18 周岁的充其量只能减轻处罚,行为本身的情节也不乏典型性,但还是体现了感化之心,这绝非是主观认知所能够解释的,而是与社会相当性相契合。

伦理关系最为基础的是家庭关系。虽然宗法文本化已经被摒弃,但其家庭关系仍然是最为特殊的关系——其不是依托于交往而形成,因此不能完全以交往的规则来类比。发生在家庭成员内部的犯罪行为需要考量法律的外部因素。为此,司法解释对发生在家庭成员内部的盗窃、诈骗罪、敲诈勒索罪、抢劫罪、暴力犯罪以及虐待罪、遗弃罪等都有例外性规定。<sup>[62]</sup>

#### (6) 行为及其主体多重关系重建

其一,犯罪主体与被害人之间的特定关系。从公法角度来看,犯罪所侵犯的并非仅仅是被害人的利益,更涉及到对整体法秩序的侵犯。但是从犯罪的性质而言,尤其是轻微犯罪对法秩序的侵犯不明显,导致的公众不安甚或可以忽略,且不同法秩序界限相对模糊。此时主要矛盾就呈现为主体与对象的直接关系。部分回应性立法例属于此类。当行为没有造成秩序性损害后果时,民事或行政处罚的相当性足以应对。譬如,对于拒不支付劳动报酬罪司法解释的例外规定,<sup>[63]</sup> 恶意透支司法解释的例外规定。<sup>[64]</sup> 这些规定基于对事后行为的审查回溯行为的评价

[58] 参见《公安部关于对少数民族人员佩带刀具乘坐火车如何处理的批复》(公复字[2001]6号)。

[59] 参见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发〈关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见〉的通知》(法发[2010]7号)。

[60] 参见《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2006]1号)。

[61] 《孟子·梁惠王章句上》。

[62] 具体参见《最高人民法院关于审理抢劫案件适用法律若干问题的解释》第7条;《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条;《最高人民法院、最高人民检察院关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条;《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第8条;《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第17、18、19条。

[63] 参见《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准(一)的补充规定》(公通字[2017]12号)。

[64] 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2018]19号)。

价,原本并不合适,但因主体行为本身更类似于民事责任或行政责任,加之事后弥补了之前的损失,最终得到了相当性被予以认可。骗取贷款罪关于损失的界定虽然不是事后行为回溯,但也属于关系重合时的例外规定。<sup>〔65〕</sup>这些都是对立法违背相当性原理的纠偏,这体现了行为无价值论对结果无价值的弥补。

其二,主体关系的多重性。主要是中立性的帮助行为或者对主体行为“促进性不够明显”的行为。当前主要存在的是涉互联网共同犯罪中的问题。譬如电信诈骗中从犯范围的例外。<sup>〔66〕</sup>由于这些犯罪中共犯成员规模超乎寻常,其中构造也十分复杂。大量对于正犯行为没有“促进”作用的人很可能被划入犯罪圈,造成大量的司法不公现象。一边是法律,一边是同情。司法人员因为失去了相当性的依托而感到无助。<sup>〔67〕</sup>司法解释的出台一定范围内回应了这种要求。

其三,立法对多重关系的修补。譬如,《刑法修正案(十一)》在非法吸收公众存款罪中增设了第3款——在提起公诉之前积极退赃退赔,减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚。这一修正的基本出发点在于,吸存作为市场行为,其刑法可罚性本身就存在较大争议,甚至社会乃至学界一度出现过取消罪名的主张。在行为损失被及时修复之后,显然行为的相当性问题应该得到重视。

对司法效力文本的归纳可以说明司法论证在社会相当性领域所关注的基本问题以及解决思路。某些具有效力的解释性文件或许缺乏实践案例支撑,但并不意味着没有价值。只不过在很多时候,司法通过自己的“智慧”巧妙地规避了相当性困境:或通过重新解说事实,或重新解读程度,或重新解释规则,或引用新的理论。

## 五、结 语

客观主义者兰德强调三个至上价值标准:理性、目的、自尊。前述法益论者关于法定犯论证也正在走上这条路。法律论证强调理性并以此为基础形成判断的合目的性。而论证者坚持自身的独立和自尊是基本前提。伽达默尔说过:“我本人的真正主张过去是、现在仍然是一种哲学的主张:问题不是我们做什么,也不是我们应当做什么,而是什么东西超越了我们的愿望和行动而与我们一起发生。”<sup>〔68〕</sup>刑法论证必须寻求法哲学确立其正当性,无论是胡塞尔的现象学还是哈贝马斯的商谈理论,都无法得出形式至上还是实质至上的结论。二者属于互为表里的一对范畴。作为解释者可以拥有法律方法论的不同解释立场(客观或主观),但法律论证者并不仅仅是解释者。其脱离不了其方法论的基本背景——对传承知识的吸收和理解。“每

〔65〕 参见2009年6月最高人民法院刑二庭《关于针对骗取贷款、票据承兑、金融票证和违法发放贷款罪立案追诉标准的意见》。

〔66〕 参见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见(二)》(法发〔2021〕22号)。

〔67〕 参见孙万怀,见前注〔55〕,第122页。

〔68〕 伽达默尔,见前注〔16〕,第434页。



个时代都必须按照他自己的方式理解历史传承下来的文本,因为这文本是属于整个传统的一部分,而每个时代则是对这个传统的一种实际的兴趣,并试图在这传统中理解自身。”〔69〕因此,其自身就是整个传统的一个螺丝钉,被客观存在的精神扳手所固定而坚守。法律文本只是提供给我们数独中的提示数,背后的逻辑——基础解法、进阶解法——需要解释者去领会,隐含的数字需要论证者去解答。只不过我们在解答的时候,始终要牢记一句话——“艺术家作为解释者,并不比普遍的接受者有更大的权威性”。〔70〕

---

**Abstract:** In criminal law normative argumentation, issues such as awareness of illegality, the standard of legal interests, relativity of illegality, and interpretive concepts fundamentally revolve around the question of positional stance. The objectivist stance asserts the existence of independent evaluative criteria beyond the normative text, rooted in the legal-philosophical foundation of “objective value order” in legal argumentation. Criminal law normative argumentation is a process of dialogue and consensus-building, representing intersubjective compromise and recognition. Objective value weaves through the interplay of facts, evidence, and norms. Under the dominance of positivism, the legal interest theory functions as a “unilateral projection,” failing to bridge the gap between facts and norms comprehensively. Criminal law paternalism attempts to transcend the debate between freedom and instrumentalism, but its foundational stance remains inherently tied to “instrumentality.” The condemnation of “inherent evil” serves as the cornerstone for the relative independence of criminal law. The distinction between criminal offenses and administrative offenses extends beyond “individual legal interests,” ultimately hinging on “normative violations.” Reshaping the theory of social adequacy is a critical pathway to resolving issues of exoneration. Practical jurisprudence has already provided interpretations in areas such as the enforceability of law, the principle of culpability, reasonable expectations, negation of unlawfulness, reconstruction of subject-object relationships, and the prioritization of family ethics. These advancements offer opportunities for theoretical systematization and further exploration.

**Key Words:** Objectivity; Legal Interest; Paternalism; Unidirectional Projection; Social Correspondence

---

(责任编辑:车 浩)

---

〔69〕 伽达默尔,见前注〔16〕,第 419 页。

〔70〕 伽达默尔,见前注〔16〕,第 277 页。