刑法任务的司法逻辑解读

刘 远*

摘 要 从刑法是司法法的立场出发,刑法任务只能被理解为立法者给追诉者的任务,它只是刑法目的两方面之一,但不应将它仅仅理解为刑事政策性目的,它也包含刑法生活性目的。《刑法》第2条只是规定了应被实现的刑法任务,而其在实践中的真正实现离不开辩方的对抗性合作。刑法的生成性与建构性矛盾是理解这些问题的基础。哈耶克“必然无知”观为刑法生成性与建构性矛盾运动的制度实践指明了方向。刑法任务的践履青睐的是法益而非规范,但德国刑法理论并未按司法逻辑来处理规范与法益的关系。

关键词 刑法任务 刑法的生成性 司法逻辑

一、问题的提出

《刑法》第2条是关于刑法任务的规定,是显见不争的。但这并不意味着关于刑法任务的基本理论问题已经解决。

首先,我们究竟应在何种意义上理解“任务”一词?过去通常把刑法视为国家的“工具”或“武器”,^[1]由此就主要从刑法任务和国家任务的关系上来理解刑法任务。^[2]若对此加以追问,就涉及“国家”的含义。^[3]显然,如果是在“政府”的意义上使用“国家”一词并说刑法是

* 南京师范大学法学院教授。本文受“江苏高校优势学科建设工程资助项目(PAPD)”资助。

[1] 参见樊凤林:“我国修订后的刑法的任务”,《中国人民公安大学学报》1997年第4期,页33。

[2] 参见马克昌:“我国刑法的任务”,《武汉大学学报》(哲社版)1980年第5期,页62-63。

[3] 哈耶克论述了对“国家”的滥用所引起的混乱。参见(英)弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,页70。

国家的工具或武器,那么就将刑法归入了哈耶克所讲的外部秩序和组织规则,^[4]这至少是一种法律实证主义的刑法观。哈耶克指出:“对于实证主义而言,法律,从定义上讲,只能由人的意志经由审慎思考而形成的命令构成,别无他途。”^[5]被这样理解的刑法任务必然受制于立法任性,至少在犯罪与行政违法或者刑罚与行政处罚之间任意将后者向前者转换的意义上是如此,因为统治阶级所认识的自身的物质生活条件即便能够粗略地决定哪些行为该受打击,也不能够精确地决定哪些行为是犯罪,哪些行为既可能是犯罪也可能是一般违法,哪些行为只能是一般违法。相反,如果是在“政府”与“社会”合一的意义上使用“国家”一词并说刑法是国家的工具或武器,无疑也就遮蔽了刑法生活^[6]与刑法政策在刑法的规范之构中的适当关系,也就遮蔽了哈耶克所区分的自生自发秩序与人造秩序(组织)同刑事司法的不同关系(容后详述),由此刑法任务的界限究竟在哪里,也就成了问题。

从其不可改变的内涵来看,所谓任务必是由某个意志主体(或是个人或是组织)依据权力分派给其下属去完成的一定事务。在并非极端简单的社会里,刑法的施行主体总是一套组织体系,所谓刑法的任务也就是立法者分派给这套组织体系利用刑法去完成的特定事务,即处理刑事犯罪问题。不可否认,刑法任务这一语词具有很大误导性,极易使人误认为刑法是组织规则(如行政法)。^[7]为了能够回到刑法是司法法(哈耶克所谓的“司法法律”)^[8]而不是行政法(哈耶克所谓的“政治法律”)的应有立场,我们就只好不去理会当年立法者为何使用了“任务”一词,而将刑法任务理解为立法者给刑事司法中负责追诉犯罪的控方的任务。如果不这样理解,要想既不曲解刑法是司法法的内在含义,又尊重“任务”一词所固有的自上而下的视角,^[9]势比登天还难。问题是,控方在没有辩方合作——“控辩对抗”是从当事者每一方的内部视角或外行人视角而言的,若从公正裁判或者司法功能看,这种对抗毋宁被理解为“合作”——的情况下能够单独(经由法官支持)完成“任务”吗?

其次,刑法任务与刑法目的是何关系?一旦把任务与目的联系起来,问题便更为复杂,因

[4] 在哈耶克那里,与内部规则(正当行为规则)相反,外部规则是只适用于特定之人或服务于统治者目的的规则,即组织规则。参见邓正来主编:《哈耶克读本》,北京大学出版社2010年版,页256。

[5] (英)弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上册),邓正来译,三联书店1997年版,页299。

[6] 刑法生活这一概念不同于刑法文化。一是后者着重表示一种静态的观念层面的态度和情感,而前者着重表示这种态度和情感的形成机制和生活表现。二是前者被限定为大众为主体的互动过程,后者是否应被限定于大众范围内还存在争议。参见克里塞·勃朗茨、斯图尔特·菲尔德:“法律文化、政治文化和程序传统:面向英格兰和威尔士与荷兰事前秘密治安维持手段的比较解释”,彭飞译,载(意)戴维·奈尔肯编:《比较刑事司法论》,张明楷等译,清华大学出版社2004年版,页113;戴维·T.约翰逊:“日本和美国的检察官文化”,吴学斌译,载(意)戴维·奈尔肯编:《比较刑事司法论》,张明楷等译,清华大学出版社2004年版,页222。

[7] 关于组则规则和行政法关系的论述,哈耶克,见前注[3],页71、72、215。

[8] 关于哈耶克所谓“司法法律”和“政治法律”的论述,同上注,页213。

[9] 哈耶克指出,法官只服务于自生自发秩序;对法治的信奉与对司法程式的尊重相依相伴,缺一不可。同上注,页184-187;哈耶克,见前注[5],页277-278。

为存在着各种各样的法律目的观。^[10] 哈耶克指出,只有当人们明确地认识到行动秩序乃是一种区别于那些有助于这种秩序之型构的规则的事实性事态时,人们才能理解这样一种抽象秩序之所以能够成为行为规则之目的缘由。对这种关系的理解,是理解法律的一项必要条件。但离开了自生自发秩序这一洞见,法律这一行为规则系统与行动秩序之间的手段与目的关系就无从得到理解,人们就会往往将法律解释成实现特定目的的组织工具,从而使自生自发秩序逐渐向全权性组织秩序转化。^[11] 那么,对于哈耶克在此基础上将刑法归入私法而不是公法^[12] 又该如何解读? 这对于理解刑法的性质、目的与任务又有何意义?

且撇开这种极具法哲学意味的问题不谈,在实在法上,对于刑法任务与刑法目的之关系,学界的看法也很不一致。有学者认为第2条的刑法任务也就是第1条中的刑法目的,即第2条是第1条中“为了惩罚犯罪,保护人民”的展开,所以刑法任务包括惩罚和保护两个方面,惩罚是手段,保护是目的。^[13] 有学者则认为,刑法目的与刑法任务不同,刑法任务在相当程度上是立法者、司法者工具化设计、使用刑法的世俗性、政治性“目的”。^[14] 这两种观点都值得商榷。就第一种观点来说,《刑法》第1条中表述刑法目的的语词是“为了惩罚犯罪,保护人民”,而非“为了惩罚犯罪,以保护人民”,从刑法是司法法而必然兼顾控辩两方正当诉求以体现公正性理念来看,“惩罚犯罪”与“保护人民”之间在文理上是不可以用一个“以”字连接的,因为两者分别代表着控方与辩方的诉求。第2条中表述刑法任务的语词则是“用……,以保卫……”。一个“以”字,明白无误地表示,“用……”与“保卫……”之间是手段与目的关系。这意味着,第2条只是对第1条中“为了惩罚犯罪”的具体化。就是说,刑法任务只是刑法目的的两方面中的一个方面,切不可在刑法任务与刑法目的之间划等号。第二种观点强调了刑法任务与刑法目的的不同,可照此说来,刑法任务也就只是刑法政策目的,则不可取。因为,刑法生活与刑法政策相结合,成为刑法的规范之源。由源头内在的矛盾性所决定,刑法中包含着刑法的生成性与建构性的矛盾。只不过,矛盾双方之所以能结合起来,是因为它们有着共同诉求,这不仅表现在惩罚犯罪方面,也表现在保障(犯罪嫌疑人、被告人)人权方面。作为立法者,要能立出良法,必须在目的层面正确反映这种矛盾。第2条尽管只是通过表述刑法任务而体现了刑法目的的一个方面,但不宜认为刑法任务就是刑法的政治性目的或政策性目的,而应当承认其中包含着刑法的生活性目的或生成性目的。当然,在司法过程中,刑法任务的担纲者是控方,追诉方的追诉立场决定了在其诉讼行为中刑法的政策性目的和生活性目的不会得到等

[10] 目的这个概念所具有的含混性始终都是导致人们观点分歧和冲突的根源。不同于对法律目的问题的各种纠缠,休谟所强调的是,我们应当关注整个法律系统的功能,而无须考虑它们的具体结果。参见哈耶克,见前注[3],页176-177。日本学界研究刑法机能的著述颇丰,但研究刑法目的的却罕见。参见蔡英:“保护人权——刑法的终极目的”,《西南大学学报(社科版)》2009年第3期,页104。

[11] 哈耶克,见前注[3],页177-178。

[12] 同上注,页209。

[13] 参见赵秉志主编:《当代刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,页16-18。

[14] 参见曲新久:“刑法目的论要”,《环球法律评论》2008年第1期,页28。

量齐观的实现,受青睐的总是政策性目的。作为司法法的刑法对此应保持清醒意识。以第3条为代表的罪刑法定主义原则正是着眼于此而规制追诉权,其所反对的并不是正义的惩罚,只是非正义的惩罚,其发动者正是追诉者,辩方的正义抗辩必诉诸刑法生活,这亦为罪刑法定主义所保障。可以说,第2条表述的只是理想状态下得到实现的刑法任务,而第3至第5条规定的刑法原则则致力于对刑法任务实现过程中专断性追诉的防控。问题是:刑事追诉权力在追求刑法任务实现的过程中何以必然出现专断性?刑法生活何以能够成为辩方抵抗专断性追诉的利器?此外,刑法的任务是保护规范还是保护法益?这个问题也从不是一个孤立的问题,离开了上述问题的讨论,它是无从得到解决的。

二、理论前提:刑法的生成性与建构性

作为一种文本形态的《刑法》当然是立法者的产物,但作为一种文明形态的刑法,却不是立法者所能主观设计的。我国刑法是我国这片古老土地上生生不息的刑法生活与立法者、司法者不断调整权变的刑法政策相结合的产物,前者是其基础性的、控制性的要素,后者是其抉择性的、调节性的要素。恰如哈耶克所言,规则系统作为一个整体,其结构并不是法官或立法者设计的产物,而是习俗的自生自发演进与法官和立法者对既有系统中的细节所做的刻意改善这两者始终处于互动中的那个进化过程的结果;任何一个法律系统在整体上都不是被设计出来的,即使是人们在法典编纂方面所做的各种尝试,也只不过是把现存的法律系统化而已,并在这样做的过程中,对它加以补充或消除其间不一致的内容。^[15] 作为文明形态的刑法,在哈耶克看来属于自生自发秩序(内部秩序),而不属于组织或人造秩序(外部秩序)。^[16] 由于自生自发秩序不是创造出来的,所以没有理由说它具有一个特定的目的。^[17] 哈耶克在正当行为规则(内部规则)与组织规则(外部规则)相区分的意义上理解私法与公法之区分,就此将刑法置于私法范畴之中,这与大陆法系的做法大相径庭。“公法易逝,而私法长存”,即使是因革命或征服而致使整个政府结构发生变化的时候,大多数正当行为规则,亦即私法和刑法,却会依旧有效。^[18] 无疑地,革命者或征服者可以基于自己的意志推翻一个政府,但却无力改变一个社会的刑法生活。在笔者看来,哈耶克强调刑法的私法性的积极意义在于,这一命题揭示了被刑法乃公法之论所长久遮蔽的刑法之生成性真谛,从而也有助于抵制过分强调刑法的政策性来源。对于这种被遮蔽的生成性来源,正像读者已看到的,笔者将其概括为“刑法生活”。基于此种法哲学,用“刑法生活”之概念制衡“刑法政策”之思维,是合乎逻辑的。不受制约的

[15] 哈耶克,见前注〔3〕,页160。

[16] 自生自发的社会秩序是由个人和组织构成的。所谓组织,包括“政府”。哈耶克阐述了政府的两种不同作用。同上注,页67-70。

[17] 同上注,页57。

[18] 同上注,页209、212。

刑法政策思维必然使刑法实践误入建构论唯理主义、法律实证主义的歧途,^[19]而刑法生活概念的制衡作用乃基于这样一个显见事实,即刑法生活是刑法政策存在于其中(如“鱼在水中”而非“水在杯中”)并赖以使自身有效和有度的具体社会生活。刑法生活而不是刑法政策才是刑法规范之母。无论是立法者运用刑法政策(刑事立法政策)制定刑法规范,还是司法者运用刑法政策(刑事司法政策)适用刑法规范,都必须保持刑法政策与刑法生活的适度关系,它关系到刑法规范最终是活法还是死法、是良法还是恶法的问题。

我们在强调刑法的生成性时并未否认立法建构、司法建构对于刑法的意义,只是呼吁莫把两者的关系本末倒置了,一如哈耶克在强调社会整体秩序的自生自发性时并未否定政府及其建构的人造秩序一样。刑法的生成性与建构性的矛盾,择其要者如下:

其一,刑法内容的生成性与刑法形式的建构性的矛盾。这里并不是说刑法内容完全是生成的而无一点建构性,也不是说刑法形式完全是建构的而无一点生成性,只是意在强调,刑法内容的生成性较之其建构性更为凸显,而刑法形式的建构性较之其生成性更受关注。因此,刑法形式更易经由建构而获致明确性。作为文本形态的《刑法》,最受人们关注的往往是其形式性;而作为文明形态的刑法,最应被强调的则是其内容性。正是由于看重《刑法》而漠视“刑法”,司法者才容易犯文本主义、形式主义错误。^[20]

其二,禁止规范的生成性与裁判规范的建构性的矛盾。作为《刑法》中裁判规范之基础和前提的各种禁止规范,乃是因为其植根于刑法生活。在自然犯领域,诸如“禁止杀人”之类规范,其本身即是刑法生活形塑的。但在疑难案件中,什么才是“杀人”之类问题可能被反复提出来,对它们的回答也并不像作为裁判规范重要内容的构成要件那样较多地依赖于司法者的推理,而是需要通过把刑法生活纳入司法程序。同样,一旦一种行为已然被公认为是“强奸”、“贪污”等,那么对于其构不构成犯罪,人们往往更多地关注构成要件;而问题是,这种行为到底是不是“强奸”、“贪污”等,并不是构成要件所能回答的,只能诉诸相应禁止规范的讨论或辩论。在法定犯领域,诸如“禁止内幕交易”之类规范,虽说不能归结为刑法生活之形塑,但也是在诸如证券市场之中自生自发形成的,尤为重要,其所以成为《刑法》中内幕交易罪的基础和前提,是由于以诸如证券市场为范围的特定刑法生活使然,只不过在立法逻辑上,立法者要正当地制定《刑法》中的裁判规范,必须是在予以应有的行政法规制之后。此外,一些刑法适用难题并不是出在裁判规范本身不明确,而是由于相应的禁止规范不明确或者某种禁止规

[19] 哈耶克指出,有关法官能够或应当毫无例外地以一种逻辑的方式从明确的前提中推导出他的判决的观点,一直都是而且也必定是一种虚构。这种观点只出现在18世纪,且与刑法有关。同上注,页181-182。

[20] 哈耶克指出,在刑事领域中,要求法官必须仅从成文法中推论出他的判决,只会使法律的确定性降低而非增大。司法判决震惊公共舆论并与一般性预期相背离的大多数情势,都是因为法官认为他不得不墨守成文法的条文且不敢背离三段论推论的结果所致。从数量有限的明确前提中作逻辑演绎,始终意味着对法律的“字面形式”而不是对法律的“精神实质”的遵循。同上注,页183。

范与特定裁判规范是否有逻辑联系不明确。^[21] 如果我国将附属刑法落到实处,直接规定构成要件和法定刑,这种难题就可尽量避免了。

其三,犯罪的实质标准的生成性与犯罪的构成要件的建构性的矛盾。构成要件可以被看作是立法者或司法者的一种理性建构,但实质的犯罪标准却是自生自发的。构成要件不可能将实质的犯罪概念所要求的犯罪成立条件全部要件化,判断一个行为是否成立犯罪,首先是进行要件判断,但在此之后,往往还须进行后要件判断,才能确保被定罪的符合要件行为合乎实质的犯罪标准。即使是危险驾驶罪这样的抽象危险犯,其抽象危险犯的判断也只是要件判断,仍须进行后要件判断。

其四,行为人的生成性与行为的建构性的对立统一。行为是行为人的行为,立法者在规定行为之时以及司法者在解释行为之时,都具有基于理性的建构性,这的确显示了人类的某种有意识的知识和能力。然而,当我们将目光转向行为背后的行为人之时,人类的无知和无能便充分显现出来。毕竟,行为人比行为复杂不知多少倍,理解和把握行为要比理解和把握行为人容易得多。我们可以复制一种行为,却难以复制一个行为人。

当然,可以顺便指出,刑法同刑事诉讼法相比较,刑法的生成性更为显著,而后者的建构性更为显著。哈耶克说,有关程序的法律和有关建立法院组织的法律都是由组织规则构成的,而不是由正当行为规则组成的,虽说这类组织规则的目的也是为了确保正义,但从逻辑上讲,它们仍然有别于正当行为规则。^[22] 即便这一说法有些过头,^[23] 但仍具有值得重视的真理性。

正是由于刑法在整体上是生成的而非建构的,所以我们每个人(包括立法者、司法者)对于刑法,尤其是刑法内容、禁止规范、实质犯罪概念、行为人等,都处于“必然无知”的状态。刑法形式、裁判规范、构成要件、行为等,在某种意义上只是立法者基于对刑法内容、禁止规范、实质犯罪标准、行为人等的有限知识而予以部分阐明的结果,且这种阐明常常不能一步到位,而要经由不断试错,这表现为不断的、甚至是过于频繁的立法修改,这种阐明同时也是永无止境的。当然,即便是裁判规范,其建构性也不宜被夸大,因为大多数阐明的规则只是人们大体成功地把人们此前便依据其行事的那些规则形诸文字的尝试而已;何况,相比于“阐明的规则”,“未阐明的规则”具有基础性的支配性作用。^[24] 我们每个人不仅对禁止规范这种一般且抽象的规则知之不多,而且对寄托了自生自发的社会平均人强烈正义情感而成为罪与非罪实质判断的所谓“实质的犯罪概念”,以及与此有内在逻辑关联的各种具体概念,如“情节显著轻微”、“情节严重”、“情节恶劣”等,也都处于“必然无知”状态,即使它们在《刑法》中已在一定程度上被形诸文字。比如,对于违反“禁止杀人”之规范,符合犯罪的实质标准的行为,立法者、司

[21] 比如,《职业病防治法》第71条规定:“用人单位违反规定,造成重大职业病危害事故或者其他严重后果,构成犯罪的,依法追究刑事责任。”该条与《刑法》第135条规定的重大劳动安全事故罪之间是什么关系并不明确,为此有人建议在修改《职业病防治法》时增设“重大职业病事故罪”。参见黄秀丽、王中的、任楚翘:“刑法能治职业病?”,载《南方周末》2011年6月2日,A3版。

[22] 哈耶克,见前注[3],页199。

[23] 勃朗茨等,见前注[6],页103-158。

[24] 邓正来主编,见前注[4],页223。

法者可以将其构成要件加以揭示,这些构成要件是在任何特定情势下行为成立故意杀人罪都须具备的法律条件,但反过来,立法者、司法者是否有能力将在任何特定情势下行为成立犯罪所需要的全部法律条件都加以事先描述?对此的回答显然是否定的。故意杀人罪的适用是对一个个具体的杀人行为的个案评价,立法者、司法者事先描述的构成要件只是超越个案对犯罪成立之必要条件所作的一般性描述,而实质犯罪概念在每一个案件中对符合要件的具体行为还要求哪些非要件性的犯罪成立条件,是立法者、司法者事先无从知道的。立法者、司法者当然可以说,故意杀人罪是一种达到一定年龄且精神正常的人在明知对方是人的情况下,还采取行动使其生命非自然消灭的行为,但却无法说,凡是这样的行为,不论在任何特定情势下,都是故意杀人罪。

刑法生活不仅是个人行动者之间自发形成禁止规范或者自发形成将禁止规范引入刑事轨道之平均欲求的过程,也是由行动者与禁止规范之间自发互动的过程,因为行为规则只有与特定情势相结合,才能够确定特定的行动。因之,刑法生活不仅是禁止规范的母体和载体,也是相关特定情势的母体和载体。一种根本不考虑它所旨在实现的事实性秩序且纯属规范性质的法律科学是毫无存在根据的。^[25]不得不承认,立法者、司法者对那些存在于刑法生活之中,与禁止规范有关的各种各样的特定情势“必然无知”。抽象规则并不能单独决定特定行动及其对错,要想合理评判个人行动者于特定情势中所采取行动的规范性乃至个人行动者的规范意识,就必须认真倾听他的辩解。刑事司法一面是无地域性的原则,另一面体现着地方性的知识。^[26]在许多疑难案件中,行为人的行为应不应被评价为违反了禁止规范,往往超出司法者的知识范围,除非借助最了解特定情势的辩方的辩护,司法者很难对其作出公正裁判。

由于其对于每个人来说的不可控性,刑法生活这个由无数代、无数人互动形成的汪洋大海般的行动领域,是我们每个人都对之“必然无知”的一种自生自发秩序;承认这种“必然无知”,是我们获致刑法智慧并运用由此确定边界的刑法知识去指导刑法政策制定和执行的首要条件。^[27]

三、无知与追诉:控方如何担纲刑法任务

只要了解了哈耶克的知识观经历了“分立的个人知识”、“知道如何”的默会知识和“必然无知”三个阶段,^[28]就不会把这里与追诉活动联系在一起的“无知”误解为一种对控方的贬斥。

根据《刑法》第2条,刑法任务的担纲者显然不应撇开惩罚犯罪这个必由之路去保护法

[25] 哈耶克,见前注[3],页167-168。

[26] 参见(意)戴维·奈尔肯:“显著差异:意大利的犯罪与刑事司法”,江伟译,载(意)戴维·奈尔肯编,见前注[6],页329-331。

[27] 哈耶克,见前注[5],页19、22、25、29、30。

[28] 邓正来主编,见前注[4],页39。

益。只要侵犯法益的不是或不被认为是犯罪行为,法益保护就不会进入刑事追诉者的视野,就与刑事司法无关。控方担纲刑法任务的契机,一是有法益侵犯发生,二是侵犯法益的行为涉嫌犯罪。由于法益侵犯判断(这是控方的实质判断)在先,行为的要件符合性判断(这是控方的形式判断)在后,所以站在追诉立场,其法益侵犯判断是难以避免就事论事(或曰只及一点不及其余)的片面性的。这与辩方的逻辑大相径庭:辩方是规范违反判断(这是辩方的实质判断)在先,法益侵犯判断(这是辩方的形式判断)在后,所以站在辩护立场,其法益侵犯判断不会就事论事。不难发现,单从控方法益侵犯判断的片面性来看,刑事追诉权就容易沦为专断性权力。问题只是在于:控方是进行要件判断后即可决定是否起诉,抑或是进行要件判断后,还要进行后要件判断才可决定是否起诉?不同的起诉模式反映着不同的定罪逻辑,而基于不同认识论进路或知识论基础的定罪逻辑又使得相应的犯罪成立理论所具有的司法程序意义明显不同。下面从两个角度进行分析。

就大陆法系“三阶层论”而言,控方起诉的自由裁量权越大,且诉诸法院的案件定罪率越高,三阶层之间的控辩功能区分意义就越小。这样看来,三阶层论在日本的程序意义明显小于在德国。因为:①在起诉原则上,德国实行法定主义,日本实行便宜主义。德国检察官被法律赋予收集无罪证据及进行补充调查的权力,但这种情况很少发生,法定主义原则要求他们把案件提交法院。而日本的检察机关则拥有宽泛的裁量权限,他们在实践上超过法官决定着被告的命运。便宜主义在实践中赋予检察官几乎不受限制的法律权力以处置案件。^[29]日本检察官巨大的暂缓起诉权被广泛视为日本刑事司法的一项最重要特征。二战前对案件作暂缓起诉处理的超过50%,战后这一比例明显下降,但也有30%至40%。^[30]在日本,可能无辜者主要通过检察官对有疑问案件不予起诉而加以保护,而在德国,许多更可能无辜的人被起诉,并主要通过审判和上诉机制加以保护。^[31]②在日本,诉诸法院的案件定罪率远高于德国。犯罪在日本不是一个公众问题,检察官办案的舆论压力不是来自没有充分惩罚犯罪,而是来自起诉的案件最终被作了无罪判决,所以检察官只是起诉那些明显会最终定罪的案件。这帮助日本建立了“高精确”的刑事司法体制,因而很少有案件是以无罪判决终结的。^[32]在日本,纠问式审前结构和对抗制审判模式的结合趋向于加重辩方的压力,辩护律师准备审理相当困难。而在德国,司法体制的运作更有利于被告,他可以聘请优秀的辩护律师,后者最终能够消除事实甚至法律中的错误。^[33]从上面两点不难理解,检察官自由裁量权越大,法官在案件定性上越是与检察官保持一致,辩护律师运用“三阶层论”、尤其是其中第二、三阶层作辩护的空间就越小,三阶层论的程序意义也就越小。

英美法系双层定罪模式较之大陆法系“三阶层论”,具有更大的程序意义。因为:①大陆

[29] 参见约翰尼斯·菲斯特、村山真维:“通过刑事司法保护无辜:来自西班牙的案例研究,与德国和日本的虚拟比较”,刘凤科译,载(意)戴维·奈尔肯编,见前注[6],页79、88、100。

[30] 约翰逊,见前注[6],页262、264。

[31] 菲斯特等,见前注[29],页101。

[32] 约翰逊,见前注[6],页220、254、275、261。

[33] 菲斯特等,见前注[29],页100、102。

法系强调检察官的司法者地位,而英美法系强调检察官的司法行政者地位。德国检察官在法庭外处理例行案件被赋予准司法功能,他们与法官共享一套职业精神和价值传统。这使得德国对刑事案件的处理成为相当顺利的官僚事务。战后日本法官已独立于司法大臣,但最高法院下的法官的组织非常类似于公务员科层制,且他们与检察官的关系较之与私人律师亲近得多,并与检察官一起分享刑事司法寻求客观事实的信仰。^[34] 在这类体制和观念下,司法的三角形构造并非等腰三角形,检察官很大程度上分担了法官的职能,却由此连带地使法官活动都明显偏离司法性。“发现案件真相”和“作出正确的起诉决定”几乎是日本所有检察官最重要的两个目标。而英美法系的司法构造崇尚控辩对抗的等腰三角形,检察官普遍认为“发现案件真相”在认识论上是不可能的,或者认为是刑事诉讼中其他行业的人员或者不同阶段的责任。受儒家影响,日本检察官将“唤醒犯罪嫌疑人的悔过之心”和“矫正罪犯并使之重返社会”摆在仅次于上述两个目标的重要地位;而美国检察官对此并不怎么关心,因为按照基督教义,人具有原罪和不可改变的特征,这导致美国检察官对矫正罪犯持相当悲观的心态或至少是有不可知论的特征。日本检察官另一个主要目标是对相同案件相同处理,而美国检察官却没有,甚至也没试图去实现这一目标。“对罪犯施以最大的刑罚”、“起诉并对尽可能多的案件判决有罪”并非日本检察官的工作目标,却是美国检察官流行的期望。日本检察官珍爱不起诉决定,美国检察官追求高效而公平的处罚。^[35] 日本检察官分担着法官的职能,而美国检察官则仰赖法官的职能。②大陆法系刑事司法的控辩平衡远不及英美法系。大陆法系检察官对刑事案件客观事实的寻求,使其必然倚重纠问式审前程序(尤其日本),^[36] 这使得其对犯罪嫌疑人权利的尊重不及英美法系。日本法律允许警察和检察官在律师不在场的情况下讯问被羁押的嫌疑人。在德国,法律也允许检察官讯问嫌疑人,尽管这只是例外。辩护律师有权在检察官讯问时在场,但无权在警察讯问时在场。欧洲防止刑讯委员会1991年参观德国监狱和警察局后,提出“整改”要求,德国政府断然拒绝。在德国,辩护律师在传统上并不属于法院亚文化模式,只是在1970年代以后,一个特殊的刑事辩护律师协会才得以发展。^[37] 在日本,战后美国刑事程序的引入对它的实务仅有很小影响,律师的作用不及德国。英美法系刑事司法注重通过控辩双方的激烈对抗产生程序真实,法官的公正裁判明显依赖于辩护律师的有效辩护。从以上两点不难理解,英美法系定罪模式具有明显的控辩功能区分意义,而大陆法系“三阶层论”所体现的主要是定罪的认知逻辑意义。

行文至此,英美法系检察官在担纲“刑法任务”时的这样一种心态已昭然若揭,即承认对案件事实及其法律评价所处的“必然无知”状态。相反,大陆法系检察官(尤其是日本)在这一过程中则明显张扬着对获知案件真相并进而作出正确起诉决定的自信心和责任心。笔者认为,在越来越复杂的当代社会,英美法系刑事追诉的心态和模式在总体上优于大陆法系。理由

[34] 同上注,页98、100。

[35] 约翰逊,见前注[6],页243-285。

[36] 菲斯特等,见前注[29],页94-95。

[37] 同上注,页96、78、99。

是:①只有允许充分的辩护,案件中来自于行为环境或行为人内心的特定情势才会被以适当的方式呈现出来,而这对于使刑事司法摆脱三段论窠臼具有极为重要的意义。卢埃林说:“每一个案件都必须在一般规则之下作为特例来判决,这是一条基本准则,几乎所有的法系都是如此。”〔38〕许多案件的公正判决也表明,被告“行为的具体情境以及行为的诱因”并不是控方所能掌握的,这些对于定罪往往有关键影响的事实只有经过在法庭上质证才能显现,以至于一些法官感叹说:“每一案件的处理是多么的有赖于特定的情境”,“任何案件都必须依赖其具体的情境决定”。〔39〕案件特定情势在进入司法程序时是经由辩护还是经由追诉,其法律意义是由辩方阐释(在法官面前以直言词方式质证和辩解)还是由控方阐释(经由讯问被告而向法官转述),意义迥然不同。且不说追诉立场和辩护立场会对特定情势之法律意义有不同的理解,单说不同立场对特定情势的不同处理方式。在法益侵犯判断之后,控方的基本思维方式是三段论式的;即便便宜主义给了控方修正这种思维的机会,但控方对案件中特定情势的把握,始终会受到其基本思维方式的框定,从逻辑上看,也就意味着否定性的归纳思维难以获得与肯定性的演绎思维分庭抗礼的地位。只有经由辩护,案件特定情势在司法程序中才能引致一种足以对抗三段论式推理的归纳推理,此推理的实质是挑战三段论对大前提(《刑法》中的裁判规范)的理解,旨在通过诠释相关禁止规范在特定情势下的意义而厘定裁判规范的正义性。控辩对抗制的一个重要功能就是为两者分庭抗礼提供制度性框架和保障。只有经由对抗性的辩护,法官才有机会超越三段论,达致辩证的司法逻辑。没有对抗性的辩护,再高明的法官也不得不在控方三段论式推理之后亦步亦趋,审判就此流于对法律字面形式的把握,必然脱离生活实际,疏离法律的精神实质。②对抗制的知识论基础在于承认控方对特定情势的“必然无知”。孔子说:“知之为知之,不知为不知,是知也。”苏格拉底说,承认我们的无知,乃是开启智慧之母。哈耶克则说,文明始于个人在追求其目标时能够使用较其本人所拥有的更多的知识,始于个人能够从其本人并不拥有的知识中获益并超越其无知的限度。〔40〕控方应感危惧的是,他正在处理的案件来自他对之相当无知的社会之中,在很大意义上他是在以一方之力评判社会生活,应有四两拨千斤的无力感,何况处理案件是其例行工作,在有限的时间单元里要面对各种其并非完全熟悉的特定情势,而它们却是当事人们再熟悉不过的。不以一种必然无知的敬畏生活之心同辩方对话,而是以一种确然有知的自命不凡之心支配被告,案件中的特定情势及其法律意义就不会以那种有助于维护自生自发秩序的方式进入刑事司法程序。所以,依据哈耶克的自由秩序原理,英美法系检察官对“刑法任务”的担纲更为可取,因为其止步于对案件中犯罪要件(指相对于合法辩护的犯罪要件)的确定,并仰仗控辩对抗和法官裁判来实现惩罚犯罪的任务。③每种司法体制都会出错,但以“必然无知”为认识论进路的司法体制造成的司法失误往往被公众接受为“天灾”,而“天灾”无须有人承担责任;以“确然有知”为认识论进路的司法体制,过度强化控方的司法功能,很大程度地使辩护无用武之地,使审判流于形式,造

〔38〕 转引自(美)博西格诺等:《法律之门:法律过程导论》,邓子滨译,华夏出版社2002年版,页7。

〔39〕 同上注,页8-23。

〔40〕 哈耶克,见前注〔5〕,页19。

成的司法失误往往被归结为“人祸”,^[41]而“人祸”通常是要追究责任的。

我国的刑事司法体制正在改革中,但一直存在而不易改革的一个基本架构是负责侦查大部分犯罪的公安机关在司法体制(政治体制)中的实质地位明显高于检察院和法院,这既不同于大陆法系警察与刑事司法机构(检察官和法院)的关系,更不同于英美法系的体制。最近针对醉驾的刑事司法问题,公安部与最高法院发生的分歧就体现了这一点。最高法院认为,对醉驾者追究刑事责任应慎重,并应注意与行政处罚的衔接。^[42]与此一表态不同,公安部表示,公安机关对经核实属于醉酒驾驶机动车的一律刑事立案。^[43]两者对醉驾入刑的不同态度,引起媒体和网民热议。^[44]之所以应当将上述分歧看作是一个体制性现象,而不仅仅是基于不同职责的表态,是因为我国的法院和检察院如果像德国、哪怕是日本那样具有相对于公安机关的强势体制地位,有能力大比例否决来自公安机关的刑事案件,那么上述不同表态就不值得大惊小怪;但现实正好相反,在公安机关高踞审判机关上风的体制下,公安部的表态对最高法院的表态无疑是一种否定。依笔者之见,最高法院的表态显然旨在强调对于符合要件的醉驾行为不能一律追究刑责。这正好为辩方强调特定情势、进行有力辩护提供了法律空间。^[45]当然,公安部的表态对于发挥构成要件对刑事追究的规制作用又具有积极意义。刑事司法的这一悖论所反映的,是公安机关处于强势体制地位的情况下,其与法院对醉驾在定罪论上存在的一个重大分歧,亦即对于公正定罪所必需的对案件的认知是否能为控方单方面掌握的问题(法院客观倾向于控方“必然无知”,公安客观倾向于控方“确然有知”)。由此可见,刑事司法体制和刑事诉讼程序之改革的一个重要观念基础,就是实事求是地看待公正定罪逻辑及其所基于的认识论进路。刑事司法体制和刑事诉讼程序的改革应适应公正定罪量刑的需要,而不能相反,让刑法去适应亟待改革的刑事司法体制和刑事诉讼程序。

四、规范与法益:刑法任务的践履青睐后者

前文已然建立了这一预设,这里还需予以申述。哈耶克指出,必须区分两种“法律”,即用以指称自生自发的内部规则的“法律”,与用以指称从立法中产生的外部规则的“法律”。一项内部规则不可能像人们落实一项命令那样被“贯彻”或“执行”,因为内部规则的作用只在于限

[41] 菲斯特等,见前注[29],页101-102。

[42] 参见王秋实:“最高法院副院长解读‘醉驾入刑’:追究刑责应慎重”,http://news.xinhuanet.com/legal/2011-05/11/c_121401275.htm,最后访问日期:2011年6月3日。

[43] 参见闫晓光:“司法机关发不同声音 公安部称醉驾一律刑事立案”,http://news.ifeng.com/mainland/special/zuijianxing/content-2/detail_2011_05/19/6487354_0.shtml,最后访问日期:2011年6月3日。

[44] 参见:“醉驾入刑满月 最高法最高检公安部统一量刑标准”,<http://news.iqilu.com/china/gcdi/2011/0527/478366.html>,最后访问日期:2011年6月3日。

[45] 那种认为《刑法》第13条“但书”中“情节显著轻微危害不大”是指行为不符合构成要件的观点,是缺乏司法逻辑的。对此的详细讨论,可参见刘远:“规范VS法益:基于《刑法》第13条的司法逻辑分析”,《甘肃政法学院学报》2011年第3期,页1。

定许可行动的范围,而且通常也不决定一项特定的活动,它所规定的内容是永远未完成的,即它始终是一项施于所有的人的常设性义务。不论何时,只要我们说“贯彻一项法律”,那么所说的“法律”,就不是内部规则,而是外部规则。内部规则是由法院在受理特定案件的时候把它们适用于这些讼案之中的。在审判的过程中,法官不得不推出他的结论,但却不是仅从明确的前提中推出结论,而是从一种“情境逻辑”中推出结论;当然,这种情境逻辑乃是以现存的行动秩序所提出的要求为其基础的。〔46〕

一个显见不争的事实是,如果所有在程序上被有效指控的行为都被法官定罪,司法活动就变得没有价值;有意义的审判活动,无论如何不可能是法官在控方立场上对控方所确定的事实及证据进行复核或者检查遗漏,因为那样的话,法官无论在主、客观条件下,都不可能比控方更有能力发现事实及证据。相反,审判的价值在于法官对控诉的立场及其在案件中的结论保持怀疑或警惕,而试金石只能是来自辩护。

控方只是参与刑事司法活动的一方,其立场和视域都决定了其逻辑具有法益侵犯性判断压倒甚至遮蔽规范违反性判断的一般性倾向。这是因为:第一,控方的立场是通过追诉犯罪以保护法益。《刑法》第2条对此作了准确而详尽的表述。法益是规范的保护对象,但却不是规范本身。控方对侵犯法益且符合要件的行为提出指控,其“潜台词”是这种行为同时也是违反规范的,只是这“潜台词”被法益和构成要件的耀眼光芒遮蔽了,其显现出来得到检视往往有赖于辩护。〔47〕况且,侵犯法益的不仅有犯罪行为,还有其他违法行为,甚至还有合法行为。从这两点不难理解,在控方,保护法益的立场性冲动总是会使其对侵犯法益的行为是犯罪的判断存在过头倾向。第二,控方的视域是单向度的,控方了解案件事实和证据的那种不可避免的视域性局限助长了上述倾向。人性的一个普遍弱点是容易看到事物的结果、现象而不是过程、原因。控方最大的视域局限性就在于对案件中特定情势的知识不足,这一点主要影响的是对行为的规范违反性判断而不是法益侵犯性判断。任何禁止规范都不是孤立的,而是存在于错综复杂的行为规范系统之中,其中有些因成为其效力基础或条件而与之相协调,有些则与这个禁止规范容易发生冲突。对此,我们每个人的知识都是有限的。所谓特定情势,正是规范冲突的十字路口。〔48〕控方的追诉性使得其具有不了解这类特定情势的一般性倾向,而只要不了解这种特定情势,也就不能看到一个禁止规范在特定情势下与其他规范的冲突,更不能体验到特定情势下的行为对其他规范的遵从能够规律性地减弱其对某个禁止规范违反的程度。而这种减弱,又很可能使得行为的规范违反性下降到了实质犯罪标准所要求的程度以下。控方不了解、

〔46〕 哈耶克,见前注〔3〕,页202、203、189、179-180。

〔47〕 像常人一样,控方的推理也受着“结论的统治”,尽管其不愿意承认。博西格诺等,见前注〔38〕,页27-28。控方以之为基础去寻找罪名并进行要件符合性判断的结论,不可能仅仅是基于法益判断而形成的,不可能离开规范判断,只是由于在控方心理上法益思维的显现性(显意识性)和(禁止)规范思维的暗藏性(潜意识性),且由于控诉表述逻辑是从要件符合性到法益侵犯性,这就给人留下了在实质判断中控方只进行法益侵犯性判断的印象,控方甚至不愿意承认在构成要件这一裁判规范(形式规范)之外还有禁止规范这一实质规范。故控方规范思维的显现要靠辩护揭示。

〔48〕 如有律师针对“醉驾入刑”假设了有关特定情势的案例。闫晓光,见前注〔43〕。

不体验这种特定情势通常是无可指责的,因为一方面这并非控方“不为”,而是其“不能”,另一方面司法的预设也正在于控方立场的追诉性和视域的限制性必然造成其对案件事实的“无知”。

而法官显然不能复制控方的立场和视域。^[49] 哈耶克指出,虽然法官的出发点乃是那些以业已确立的规则为基础的预期,但他还是常常不得不对那些为行动者以同样诚信的态度所持有且同样为公认的规则所认可但却彼此冲突的预期作出裁定,以确定究竟何者应被视为合法的预期。在新的情势中,那些为人们所接受的规则会使人们产生彼此冲突的预期。诉讼当事人一方所依凭的规则甚或双方所遵循的规则之所以必须加以修正,是因为这种规则已被证明是不足以防止冲突的。如果法官在这种情势中因规定而只能作出那些可以按逻辑的方式从业已阐明的规则系统中推演出来的判决,那么他就往往无力以一种与整个规则系统的功能相符的方式对案件作出判决。^[50] 在我国,虽然刑事追诉机关并不被《刑事诉讼法》视为诉讼当事人,但其与被告之间发生的需由法官加以裁判的预期冲突却是同样存在的。有的学者针对“醉驾入刑”对相关的特定情势作了论辩。^[51] 这里所谈特定情势,往往是控方不太注意或者不太感兴趣的,却是法官所不应忽视的,而法官的重视又是以充分的辩护为前提的。显而易见,控方的考虑重心是法益侵犯性问题,而辩方的考虑重心则是规范违反性问题。

行文至此,可以有所依据地对一些关于刑法任务的基本争议作些简要的然而却刨根究底的评论。

在刑法任务问题上,法益保护论是德国“影响广泛、甚至可以说是占主导地位的观点”^[52]。罗克辛(又译作罗克信)作为法益理念的辩护者指出,刑法干预权的界限来自刑法的社会任务,即保证公民和平、自由和有社会保障的生存,只要这个目标通过其他的、更小严厉性的干预公民自由的社会政策措施不能达到,那么它就是刑法的任务。他将法益定义为:对于安全、自由的、保障所有个人人权和公民权的社会生活所必要的,或者对于建立在此目标上的国家制度的运转所必要的现实存在或者目的设定就是法益。^[53] 笔者认为,一方面,罗克辛有效地论证了法益这个概念对于理解犯罪的必要性和重要性;但另一方面,他仅仅通过法益概念把握和诠释犯罪本质的努力是不成功的。就后一方面来说,他未能说明的是:其一,犯罪与行政违法的界限何在? 根据罗克辛的逻辑,一种行为是否犯罪,取决于民法或行政法或其他社会政策措施对法益保护的效果。这等于说,一种行为的犯罪性仅仅取决于刑法的前位法甚至并非

[49] 套用美国法官的话说,控辩双方都预设了赢得诉讼的目标,他们仅搜寻和考虑那些确保他们走在自己所选择的道路上的预感,而法官仅负有漫游着去作出公正判决的使命,他将沿着预感引导的道路前行,无论达到哪里。博西格诺等,见前注[38],页29。

[50] 哈耶克,见前注[3],页180-181。

[51] 参见赵蕾:“醉驾入罪起争议 最高法院的菩萨心肠”,载《南方周末》2011年5月19日,A4版。

[52] 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,页96。

[53] 参见(德)克劳斯·罗克信:“刑法的任务不是法益保护吗?”,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2007年版,页146-165。

法律的政策措施。本来是应当先界定犯罪的概念再厘定犯罪与行政违法的界限,却试图通过厘定犯罪与行政违法的关系来界定犯罪的概念,这在逻辑上是有问题的。行为的犯罪性取决于刑法前位法的法益保护能力,这本身是荒谬的,更何况,罗克辛所采取的这种逻辑在策略上与其所追求的法益限定立法之目标(法益的立法批判功能)是相矛盾的。其二,法益与规范是何关系?这在罗克辛的理论逻辑中是非常不明晰的。罗克辛尽力避免将规范包括在法益之中,把法益作为规范的保护对象而不包括规范本身。罗克辛的法益概念,实际上要讲的是哈耶克所讲的行动结构。哈耶克强调指出,在社会的整体秩序这种自生自发秩序中,存在着行动结构与规则系统之分。哈耶克“行动结构与规则系统”框架的确立,对于我们洞见社会秩序与规则系统之间的繁复关系有着极为重要的意义。^[54]哈耶克的精辟之处在于,若不把行动结构与规则系统分立而论,就不利于个人自由,也不能理解法律。罗克辛追求自由主义刑法,但却用法益概念淹没了规范概念,用规范的保护对象遮蔽了规范本身,势必走向其追求的反面。其三,法益保护原则在司法中对于辩护是有益的吗?否。一方面,法益概念的出罪功能远不及其入罪功能强大。法益概念不能有效防止刑法的过度干预,却反过来成为刑事追诉的最佳理由。正如 Miersch 所批评的,从法益概念中“仅仅能够排除在法律上根本不重要的东西,而这并不是特别的刑法问题”^[55]要真正有保障自由的刑法,就必须着眼于辩护之辞的建构。这无法求助于法益概念,而只能求助于规范概念,因为是后者而非前者向行动者提供着什么不该做的信息,从而成为辩护的基本依据。另一方面,法益概念是精英话语,而非大众话语。如前所述,法益概念指向抽象的行动结构,是受过严格法学训练的检察官、法官用来分析被控行为危害所在的概念,除了个人法益较为通俗易懂之外,国家法益和社会法益(所谓超个人法益)都是为法学外行人所难以把握的,更不是作为普通行动者的犯罪嫌疑人、被告人所能利用的辩护工具。比如,即便是德国的老百姓也很难理解为什么罗克辛不把风化当作一种法益。作为行动者的犯罪嫌疑人、被告人的诉讼话语乃是规范概念,因为它所表示的禁止规范不是指向行为的事后评价,而是指导行动本身的行为规则,为行动者所熟悉,而不像法益那样可能表现为一种不为行为人所了然的抽象秩序。没有规范而只有法益,那么法益就既是控诉之辞又是辩护之辞,这不仅对辩方不利,而且很容易使刑事司法逐渐成为一部用法益写成的为普通人所难以理解的“天书”。^[56]

在笔者看来,罗克辛的理路(因其在德国刑法学界的地位,从而也是德国刑法学的理路)有重大缺陷,正是它导致了上述问题:第一,罗克辛是从哈耶克所合理批判的社会契约论立场上来理解和把握刑法任务的,因此采取的自然是一种建构论唯理主义的认识论进路,尽管他试图通过法益来规制立法任性。罗克辛实际上是把刑法理解为一种刑事政策工具,进而专注于如何建构一种良好的刑事政策准则。在这种理路中,是缺乏进化论理性主义的认识论关怀的。

[54] 邓正来主编,见前注[4],页162。

[55] 罗克信,见前注[53],页161。

[56] 西方有一种批判性观点认为,法律实是“精英的权力把戏”,甚至还有的认为法律是“对官方肆意胡为的遮掩”。博西格诺等,见前注[38],页3。殷鉴不远,当可为镜。

这与哈耶克强调刑法的私法性和本文强调刑法生活在刑法规范之构中的基础性地位、控制性作用是迥然不同的理论向度。第二,罗克辛本来同时是德国重要的刑事诉讼法学者,但其法益学说并没有建立在司法者对于刑法的“必然无知”及由此决定的知识边界内,同时也缺乏辩护逻辑乃是定罪逻辑不可分割的一部分的体认,甚至没有在有逻辑意义的程度上承认司法者对刑法生活的无知。因之,法益学说成了非司法性的理论,一旦用之于司法,法益保护原则实乃有利于追诉而无助于辩护,其所导致的对保障人权的不利与其所追求的对立法者的规制是自相矛盾的。

在德国,法益保护论遇到了很大挑战,罗克辛对此作了清楚的概述。^[57] 作为一个代表人物,雅科布斯(即 Jakobs,又译作雅各布斯)极力反对法益保护论,而力主规范保护论。他并不否认法益概念,但认为这一概念如不转换为规范概念则是没有意义的。雅科布斯认为,刑法的功能在于保障规范的适用,而不是法益的保护。^[58] 笔者认为,反对者对法益保护论的批判尽管很有意义,但仍然缺乏一种自觉的自下而上视角。雅科布斯本人虽然反复申述“规范是社会的结构”,“规范是一种社会事件,并且,它的稳定就是社会的稳定”,^[59]但是由于缺乏自觉的自下而上视角与自上而下视角的区分,未能像哈耶克那样在整体把握社会秩序形成规律的基础上洞见刑法的私法性,从而未能辩证地看待刑法的生成性与建构性的矛盾,进而也未能在“规范”内部实现生成性的禁止规范与建构性的裁判规范的对立统一,更是未能明确辨析出裁判规范对审判的功能性和禁止规范对辩护的功能性。所以,在反对者那里仍旧缺乏一种正确反映司法实践的司法逻辑就不足为怪了。

在德国刑法学中,无论哪一方,刑法任务(或刑法功能)即是刑法目的似乎是一种自明之理,因之刑法目的就成为单向的而不是对向的,这就明显使刑法偏离其司法法性质,其逻辑后果,就是要么将规范归结为法益,要么将法益归结为规范。只要还缺乏司法逻辑,其刑法理论就难免在法益保护论和规范保护论之间作非此即彼的立场抉择;采取一元论,法益或规范概念的控辩功能区分就无从谈起。即或采取一种二元论的立场,也不能明确辨析出法益的控方功用和规范的辩护功用。从根本上来讲,这种司法逻辑的缺乏仍是大陆法系缺乏进化论理性主义“必然无知”知识观的体现。在这个意义上,要真正克服德国法益保护论和规范保护论对我国刑法学的消极影响,就必须从刑法认识论乃至本体论上合理借鉴基于英美法系的哈耶克式的刑法知识观和刑法观。

(责任编辑:蒋 莺)

[57] 罗克信,见前注[53],页147-150。

[58] 雅各布斯,见前注[52],页97、98、101。

[59] 同上注,页106。