

刑法解释的常识化

王 钧*

内容提要:条文解释的常识化和学理研究的经验化,是我国刑法学发展过程中出现的一个显著特点。刑法学中的所谓“常识化”大致有两种不同的表述形式:一是刑法解释上的“公众认同”,二是所谓的“社会相当性”。刑法解释常识化是实现法律认识统一性的基础,是实现刑法公正与效率有机结合的重要条件,也是实现刑法目的的重要手段。但是,运用常识化方法解决法律适用问题,必须面对的问题是如何协调该方法中内在的矛盾关系,即常识与专业之间的关系、科学解释与效力解释之间的关系。在我国目前的刑法解释中,需要走出将生活常识等同于专业知识、以感性经验替代科学理论的误区。

关键词:刑法解释 常识化 专业解释 裁判规范

一、问题的提出

条文解释的常识化和学理研究的经验化,是我国刑法学发展过程中出现的一个显著特点。刑法学经常会被其他学科称为典型的“实践法学”,是一种“缺乏理论思辨根基”的经验知识体系,而现象化、个别化和实用性似乎成为刑法学理论与实践追求的终极目标。

翻阅刑法学方面的书籍和文章就会发现,刑法学理与司法实践之间,在认知范围、思维方式和理解程度等方面的差别并不像想象的那么大,基本上都是在现象的层面讨论刑法条文和法律适用的条件;根据具体案件的个别特征,经验性地阐述和说明行为事实与构成要件的符合性几乎是一种普遍的模式。以经验知识为基础解读刑法的研究方法,似乎只关心怎样才能使学理解释符合“人情常理”,却不在意诠释的根据是否建立在法律科学的基础之上,或许以为,经验常识与刑法理论之间原本就不像其他科学那样有很大的差别。笔者并不认为立足于解决司法实践中的具体问题而对刑法条文作出通俗的解释有何不当,然而,刑法学是一门法律科学,所谓科学是对事物的本质以及发展规律的探索和认识,是“具有严谨的逻辑性和系统性、普遍性和规范性的概念发展体系”,对法律条文含义的经验性解说应当以刑法科学的普遍性、客观性为前提,这是科学研究及发展所必须具备的基本条件。人们习惯于在常识的层面上分析、讨论和评价刑法规定和刑法学的理论问题,这使得刑法学成为一种常识经验的知识体系。在人们的观念中,对刑法规范理解的正确与否,更多情况下是以符合社会一般公众的常识性认识为标准的;当对法律规范的理解发生分歧时,相信司法机关或权威人士做出的解释是无可置疑的,尽管这些认识通常也是常识性的、经验性的。正如一些学者所言:能够得到公众观念认同的刑法解释就是正确有效和无可怀疑的。^[1]

* 南京大学法学院教授。

[1] 参见陈兴良主编:《法治的界面——北京大学法学院刑事法论坛》,法律出版社2003年版,第425页以下。

常识化解释是刑法解释的一种方法,这种方法的积极作用在于它有利于方便国民对法律的理解、接受和遵守,也便于社会公众对司法审判以及刑事诉讼活动的监督和支持,这正是常识化解释能够得到大多数人的支持和普遍推行的主要原因。但是,法学教学与科研是一个专业化、理论化的过程,专业知识的把握需要经过专门的学习和训练,对理论中基本概念逻辑关系的系统性理解,也必须通过知识积累和理论思维能力的培养。法律科学不同于常识经验的一个主要方面,就是缺乏专业知识学习和法律思维训练的人员是无法进入这一领域的。

在刑法学的教学和科研中经常出现一些难以理解的现象:有人初学法律,甚至连法理学的基本概念还没有弄清楚,就高谈阔论“刑法理论”中的主要观点,指出法律中的各种漏洞和不足;而有人从事刑法教学研究多年,对刑法学的理解仍然停留在感性经验和常识知识的水平。人们不禁要问:刑法学究竟是不是一门法律科学,是不是一种专业性知识?如果回答是肯定的,那么,如何将专业与常识、科学与经验区别开来?我们知道,不仅专业知识与生活常识之间是有区别的,而且科学理论与感性经验之间也存在着本质上的差别,我们通常将教科书中对法律条文的解释称之为“刑法理论”,但大多数刑法学书籍都是从直观经验甚至生活常识层面对刑法问题作出阐述和说明的。例如,刑法关于故意犯罪的规定:明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果的发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。关于这一条文的解释是:在认识方面,行为人已经预见到自己的行为会发生危害社会的结果。所谓预见,既包括对行为的认识也包括对结果的认识;所谓“会发生”,是指可能发生或者必然发生。在意志方面,行为人持有希望和放任的态度,所谓“希望”就是追求危害结果的发生,“放任”就是对危害结果的发生听之任之。还有一些教科书的解释更为通俗,如将“共犯”解释为:共同犯罪也称“共犯”,是指二人以上共同故意犯罪;将“重罪”解释为法定刑在3年以上的自由刑、死刑的犯罪;将“法条竞合”解释为一个行为同时触犯了两个法律条文等等。这种基于感性经验“望文生义”的描述非常容易为人理解和接受,甚至丝毫感觉不到理论的陌生,即使没有学习过法律的人也会一目了然,十分符合一般公众的常识观念和法律情感。^[2]但是,从这些解释中我们不但找不到理论性的表述,甚至找不到专业化的痕迹。

不断提高专业化、理论化水平,是刑法科学研究和发展追求的主要目标,也是法官、检察官、律师等法律职业群体所关注的重要问题。如果我们不注意作这样的区分,将刑法的理论研究混同于经验常识,或者在刑法知识的普及和宣传中将法律条文概念化、抽象化,就会形成:要么将现象等同于本质,将刑法学系统理论等同于一般公民的法律情感,使得在实践中难以解决的问题在刑法理论中仍然找不到解决的途径;要么使得刑法成为晦涩难懂的东西,难以实现社会公众对刑法的理解、接受和遵守。前者否认了理论的科学性,忽视了法学思想对实践的指导意义,严重地影响了刑法科学的进步与发展;后者则会导致法律规范的效力和效率的降低。理论是要为实践服务的,只有在实践中将刑法学研究成果能动地转化为解决具体问题的实践智慧,理论的科学性才有可能在刑法的遵守和适用中真正地得以实现。

理论和实践是两个不同的概念,我们说“理论不能脱离实践经验”或者“刑法理论来自实践经验”,这是正确的,但是有一点必须清楚,那就是:理论不是实践、也不是感性认识、更不是生活经验,如果不明确两者的界限或者将两者混同起来,至少是一种误解。理论与实践之间的差别导致了一个现实性的问题:在实践中,刑法作为行为规范是面向全体社会成员的,所以,对刑法条文的注释和对法律规范内容的说明应当通俗易懂、贴近日常生活,以方便人们的普遍遵守;另一方面,作为法律科学的刑法学是系统化、理论化的知识体系,刑法作为裁判规范是针对法律职业群体而言的,检察官、律师和法官们

[2] 从常识观念出发“望文生义”的解释是合乎情理而且容易被接受的,所以经常被认为是正确的。从专业化的角度来看,这种常识化解释至少是不准确的,甚至可能是错误的。如果站在刑法理论的立场,这种现象化或个性特征的描述,针对具体事实情节可能是准确的、合理的,但并不具有一般性、客观性。

对刑法作出的解释应当是专业化的,所谓专业化并不是采取一般市民难以理解的专业术语解释法律条文,而是不局限于法条文字的常识性注释,要对刑法适用的目的、犯罪构成要件之间的逻辑关系等专门性问题有较为明确的认识。作为法律科学的研究对象,学者们还要对刑法的“概念框架”、“体系结构”、“价值评判的标准”、“罪刑关系的理论根据”和“刑法发展一般规律”等方面的问题作出分析、评价和诠释。从科学的角度来看,刑法理论的魅力不在于它对刑罚法规的适用范围和条件作出如何生动的经验性表述,也不在于从现象层面对个案事实与构成要件的符合性演绎得多么合情合理,而是集中地表现在它对刑法概念框架的逻辑建构、对罪刑基本关系的思辨和对刑罚价值判断标准的反省。质言之,在刑法的遵守和适用等实践的层面,刑法学中的法条解释只能是常识化的,经验性的,而在刑法科学的层面,理论作为条文注释的科学根据、解释规则和客观标准,则应当是抽象、思辨和超验的。

二、常识化解释的基本特征

我国刑法学界没有对常识化解释这一问题进行深入的讨论和研究,所以,人们对这一概念可能会感到陌生,其实,常识观念与法律观念之间的冲突一直伴随着刑法学研究和发展的各个阶段。

刑法学中的所谓“常识化”大致有两种不同的表述形式。一是对刑法解释上的“公众认同”。如周光权博士提到的,以“市民规范性意识”、“市民感觉”、“刑法的国民认同感”、“国民的经验、情感”、“一般人的常识”、“公众的一般感觉”为标准对刑法规范作出的解释。^[3]这种常识化,就是从法律遵守的意义上,以社会公众根据生活经验能够直接理解、认同和接受为标准来确定刑法规定的内容和含义,违背社会生活经验的法律解释被认为是错误的,即刑法解释的正确与否取决于一般国民的判断能力和水平。另一种常识化就是所谓的“社会相当性”。如日本刑法学教科书中提到的根据社会伦理规范、社会文化规范所作出的法律解释。日本学者大谷实教授认为,所谓的社会秩序,是以各个生活领域中所形成的一般妥当的社会伦理规范为基础而得以维持的,而刑法所追求的就是以这种社会伦理规范为基础的现实存在的社会秩序的维持和发展。^[4]从这一意义上讲,刑法乃至一切法律的制定、适用和遵守,都是在常识观念指导下的经验性过程。按照日本学者的观点,刑法条文规定的构成要件,是按照一般社会观念将应当处罚的行为进行类型化,因此按照一般社会观念认定案件事实与构成要件的符合性,并追究其责任是妥当的。^[5]在这一意义上,常识化解释是从法律适用的立场强调刑法解释要以社会伦理规范为基础,因为刑法所维持和发展的现实存在的社会秩序,是以社会伦理规范为基础的。行为只要不与社会伦理规范相抵触,就不会侵害社会秩序,也不会唤起社会公众惩治处罚的情感需求。^[6]因此,不符合社会伦理规范的刑法解释也不能被认为是正确的。

根据上述两种表述,所谓刑法的常识化解释,实际上是指运用一般人具有的常识经验和通俗的生活语言,对刑法规范的内容和应用范围作出的感性描述和直观说明,使人们在常识观念基础上理解、接受、应用和遵守刑罚法规的一种法律解释方法。常识化解释作为关于刑罚法规知识介绍和说明的方法,一个最突出的特点就是通俗易懂、符合生活常识和伦理观念,没有概念的抽象性,不存在专业术语的障碍,对法律条文的分析、论证、推断和结论,都是在常识观念的语境中进行的。在笔者看来,常识化解释至少有以下四个特点:

1. 解释者以日常生活知识为基础,从经验的层面勾画、描述和构建刑法规范的可感性模型。例如,刑法第3条关于罪刑法定原则的规定,大多数的刑法书籍都解释为“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”,聆听者不必经过专门的法科学习,也无需了解法学原理中的专门知识,只要具有一定

[3] 前引[1],陈兴良主编书,第426、428、434、435页。

[4] 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第70、82页。

[5][6] 同上书,第162页,第69页以下。

的社会常识和生活经验,就可以通过这种解释在头脑中形成关于罪刑法定原则的表象。^{〔7〕}

2. 运用通俗的语言,将条文中僵硬的文字转化成日常生活中丰富多彩的社会现象,把单调或者陌生的法律概念演绎成具体、生动的画面。日常生活语言的运用,使人们对所有的法律问题都可以进行交流、讨论,不必担心专业术语的障碍、法学理论的晦涩以及法律思维的严谨会对他们理解法律规范带来影响。例如,将刑法中的犯罪概念解释为,具有社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性的行为,其中社会危害性是犯罪的本质特征。概念原本是对事物本质特征的阐述,通常是抽象的、晦涩难懂的,以通俗的语言化解概念的抽象性是常识化解释的重要特征。

一般公民与司法机关对刑法规范理解的一致性是在日常用语基础之上的,而汉语的特点和表意方式在日常生活中又是耳闻目睹、众所周知的,所以在常识化的范围内,律师、法官、学者与社会公众对条文词句在理解上应当是无差别的、平等的,只要是以现代汉语语言表述规则为标准解释条文的内容,即使法律职业者、法学家也很难形成“高人一等”或“胜人一筹”的学术权威。^{〔8〕}作为刑罚法规的刑法,既约束一般公民的社会行为,也规范司法机关的刑事裁量活动,规制学者们对规范内容以及适用条件的认识。常识是人们在日常生活中的共同经验,它使人们的行为方式得到最直接的相互协调,^{〔9〕}正是在常识观念的范围内,刑法解释的权威性才不被少数的法学家、法官所垄断,人们对法律认识的统一性才能够得以实现。当人们对法律条文的理解发生分歧时,拥有最终决定权的国家审判机关或者法官,也必须对自己的决定作出符合常识观念的说明。

3. 常识化解释可以将案件个别事实与法律条文的规定加以对照、比较,使人们根据自己的生活经验和常识知识,理解或认同该行为是否为法律所禁止,以及依法应当承担多重的刑事责任。在法律适用过程中,刑法解释的主要任务就是在阐述法律条文基本含义的基础上,说明案件事实是否在某一法律规范调整的范围之内。如果说刑罚法规是司法机关定罪量刑的客观标准,那么生活经验和常识知识就是衡量行为事实是否符合法律规定的基本尺度。脱离感性经验或者不合常识的刑法解释是难以被接受或令人信服的,法律的公正性和效率性取决于它能否在经验常识的层面上得到社会公众普遍的认可和接受。因此,有助于法律公正与效率的有机结合,是常识性解释的又一个重要特点。

4. 它是一种现象层面的法律解释,通常不涉及刑罚法规的本质、规律和价值等方面的内容。现象是个别的、感性的、易变的和多样化的,对同一刑法规范的感性认识,经常会由于立场的不同而得出不同甚至相反的结论。因此,当现象层面的常识化解释发生分歧和争论的场合,如果不通过科学的解释,往往是无法判断其结论的正确性和客观性的,但是科学解释的这个地位在实践中经常被“效力解释”所代替。在司法实践中,法律的权威解释者是审判机关(在更多场合下是法官),它有权对争执不休的各种意见作出最后的选择。这样一来,“效力解释”则具有至高无上的权威性,而科学解释只有在被效力解释接受的场合才具有现实意义。尽管“有权解释”中存在的一些不合理性、非科学性和盲目性会对人们的法律意识产生某些误导,也可能会在一定程度上降低或者偏离法律的公正与效率,但这些问题只能在刑法学理论研究和司法实践的发展中逐步得到纠正,而就其现实性来说,它在统一人们法律意识方面的权威性地位是不容忽视的,而科学解释则处于一个不引人注意的位置。

常识化解释的盛行是由多方面因素决定的,其中最主要的原因是,法律作为社会公众的行为规范,必须得到普遍认同和接受。立法者在立法时通常是以发生在现实生活中典型的危害行为为模本规定犯罪构成要件的,根据社会公众对某一社会危害行为的容忍程度来确定罪与非罪标准的。刑法所具有的一个十分重要的作用,就是通告国民什么行为是法律所禁止的犯罪,什么行为是法律所允许

〔7〕 但是从专业化、理论化的角度看,罪刑法定原则的内涵更为丰富,更充满矛盾性。

〔8〕 在司法实践中,社会公众确信自己对法律条文的理解是正确的,而对法官、学者所作出的专业性、理论化解释不以为然,甚至认为是错误的、不合理的。这种现象说明,常识观念是人们认识统一性的基础,在经验范围内,法官、学者的解释如果不能被常识观念所接受,其正确性就会被否认。

〔9〕 参见孙正聿:《哲学通论》,复旦大学出版社2005年版,第41页以下。

和支持的正当化举动,并以此来规制国民的行为。刑法条文是法律规范的载体,行为规范(和裁判规范)的内容蕴含于条文的通俗表述之中,所以,只要人们能够读懂条文,就会对法律规范产生一定的认识,而且人们有理由相信这种认识就是正确的、真实的。学理研究和司法实践中采取感性直观的分析和简明的语言,拉近了法律规范与现实生活的距离,给人以熟悉的感觉,使人们更容易接受。将刑法条文规定与社会现象中的事实对应起来,具有较强的客观性,在符合日常生活思维习惯和道德观念基础上作出的法律解释,往往会产生不容置疑的说服力。

三、常识化解释的内在矛盾

刑法常识化解释的意义和价值可以概括为三个方面:第一,它是实现法律认识统一性的基础。常识是每个健全的正常人普遍认同的,在常识概念框架中,人们的经验世界得到最广泛的相互理解,人们的思想感情得到最普遍的相互沟通。^[10]在对法律规范的理解上,人们对社会伦理规范和常识经验的普遍认同,有利于提高人们的法律意识和增强法治观念。司法实践中,人们对刑法中行为规范的认识统一于常识观念下的法律解释。第二,它是实现刑法公正与效率有机结合的重要条件。法律规范的有效性在于它的公正性和能够得到普遍的遵守,常识化解释有利于社会公众对刑法的了解和自觉遵守,有利于公民对司法机关刑事裁量活动合法性、公正性的支持和监督。第三,它是实现刑法目的的重要手段。在具体案件应用法律的问题中,刑法解释主要解决的是怎样理解刑法规定,以及应当如何适用法律,而刑法适用所追求的目标,是维护法律规范的有效性、维持社会生活的有序性和保护法益的安全性,常识解释方法在实现这一目标中的重要作用是不可替代的。但是,同时应当注意到这种方法对刑法目的和价值的实现所起到的作用并不是自发的而是自觉的,是在解决常识化观念内在矛盾的过程中得以实现的。运用常识化方法解决法律适用问题,必须面对的问题是如何处理该方法中内在的矛盾关系,即常识与专业之间的关系、科学解释与效力解释之间的关系。常识化解释能否发挥积极的能动作用,取决于内在矛盾关系的协调和解决。

1. 专业知识与常识观念之间的矛盾

与常识观念不同,专业知识通常是指某一领域中所特有的技术、技能、经验或者科学知识等方面的学问,是从事某种“职业”、“业务”或者科学研究所必须运用的专门化、系统化知识。作为专业的法律工作者必须经过专门的培训、考核来掌握这些知识,包括法学基础知识、职业技能和法律思维方式等方面的训练,因为只有通过专门学习并考试合格的人员,才有可能正确地把握和应用这些知识、技能,才能够胜任具有严格职业或职务要求的法律工作。专业人员对于案件事实的认识,通常是从法律规范的角度展开的。例如,邻里之间由于很小的矛盾发生争执并扭打在一起,一方不慎跌倒,头部撞在墙上导致休克,经抢救无效死亡。从常识观念出发可能会根据发生的结果将殴打当成故意伤害致人死亡,或者混淆民事纠纷与刑事犯罪之间的差别;而从专业的角度来看,不但厮打、殴打、防卫与故意伤害是应当加以区别的,而且民事纠纷与刑事案件之间是有严格界限的。

对于一般公民来说,法律是社会活动的行为准则,与他们的日常生活息息相关,与他们的安全密切相连,所以他们应当对法律有所了解、关心,他们必须懂得遵守法律是每一个社会成员的义务,违反刑法规范构成犯罪的要受到刑罚处罚。可是他们大都没有经过法律专门训练,他们对法律规范的理解只局限于常识和经验。相对于法律实务工作者而言,刑法是一种职业上的操作规程和制度,法律的适用有着特殊的专业要求和严格的技术规范,并非只是单纯地应合、附随社会公众的法制观念和法律知识,对发生在社会生活中的刑事案件,要运用法律专业知识做出分析判断,要遵循司法职业技术的基本要求对刑事法律作为司法机关和法律职业群体职务行为的操作规范,必须严格地遵守,

[10] 前引[9],孙正聿书,第41页。

法律实务工作者在履行职责的过程中违反规程,是一种渎职行为,甚至可能构成犯罪。

在司法实践中,专业知识与生活常识之间的差别会导致认识不一致。比如,刑法关于故意杀人罪的规定,在社会一般观念中,最能够得到普遍认同的是典型的直接故意杀人,对于间接故意、帮助他人自杀、自卫行为造成他人死亡以及安乐死等事实,根据具体情节有时很难在常识经验的范围内被视为故意杀人,而对于司法机关来说,这些行为则不能完全被排除在故意杀人罪的范围之外。常识化与专业性解释之间的矛盾集中地表现在:具体案件适用法律的过程中,究竟是以专业化解释的规范性、确定性为指导,避免常识观念的任意性、变化性,还是以常识观念为标准衡量专业化解释的合理性、有效性。这一问题不仅实务部门存在模糊的认识,而且在学理研究领域也是“见仁见智”。一方面强调要尊重国民的法律情感和公众的规范性意识,主张“刑法解释的正确与否取决于一般国民的判断能力和水平”,另一方面,根据“违法性意识不要说”,行为人对法律认识的正确与否并不影响法律的适用,强调法律规范的内容及适用应当以司法机关的专业性认识为标准来确定。^[11]刑法不仅是一般的行为规范,作为制裁法的裁判规范,它的遵守和适用直接涉及到对法益保护的有效性、及时性,也关系到规范司法、保障人权的公正性、正义性,从这个意义上讲专业解释应当超越常识观念的限制,并对常识观念加以引导。一般公民从常识观念的立场理解法律的内容,而司法机关则从专业的角度解释法律,由于专业与常识之间的差别使得法律的遵守和法律的适用不相一致,这种情况会不同程度地影响刑法功能的发挥。因此,刑法解释首先要面对的就是如何将专业性的知识转化为一般公众的常识观念。

2. 科学解释与效力解释之间的矛盾

教科书根据解释主体的不同,将刑法解释划分为“立法解释”、“司法解释”和“学理解释”,这种划分主要是从实践的角度来考虑解释效力的权威性。在司法实践中,当人们对刑罚法规的理解和应用发生争论和分歧时,特别是这种分歧发生在法律职业群体的内部时,以具有法律效力的解释为标准理解和适用刑法的规定,将效力解释视为对法律条文的正确理解似乎是一个无可怀疑的真理。所以,检验关于案件事实与刑法规定之间关系的各种意见或观点是否正确的标准,就是与效力解释是否相一致、相符合。但是,从科学研究的角度,除了确认刑法规范解释的效力性之外,还必须对效力解释的合理性、客观性做出分析、评价和判断,因为在科研领域,只有客观、合理地理解和运用刑法规范,才能真正地实现刑罚的目的,才具有权威性。由于刑罚法规的客观性、真理性并不自发地包含在效力性解释之中,所以解释的效力性绝不能代替或者等同于“刑罚法规”自身的科学性、合理性。当然,效力解释与科学解释并不是对立的,笔者也无意否认效力解释中的科学性成分,但是科学性与效力性毕竟是有差别的,刑法解释的效力性与科学性之间,既有相互联系、统一和谐的一面,也有相互区别、对立冲突的一面。刑法学研究的一个重要课题,就是如何实现科学解释与效力解释的统一。无需讳言,在司法实践中,“具有法律效力的解释未必合理,而科学的解释因不具有效力而被否定”的现象是普遍存在的,在刑法解释中,“效力优先”原则是一个不争的事实。然而,作为裁判规范,刑法具有指导和约束法官及司法机关刑事裁量活动的功能,当效力解释由于被认为是对法律唯一正确的解释而具有绝对权威的时候,国家的裁判权力就失去了限制和规范。

法律能否得到社会公众的普遍理解和接受,直接关系到法律社会功能的实现,然而,刑法公正与效率的有机统一不仅在于人们对法律认识的一致性、无差别性,更在于社会公众能否准确、客观地认识和遵守刑法规范提出的各项要求。对法律的任何解释都是基于解释主体的利益需要而做出的,都会融入解释主体的目的和愿望,刑法解释的科学性并不在于排斥这些主观因素的存在,而是要认真探索和努力实现对刑法理解的“合规律性与合目的性的统一”。效力性解释首先解决了法律认识的统一

[11] 关于法律认识错误的问题,一般是采取“违法性意识不要说”。教科书持“行为人对法律的认识错误通常不影响法律适用”的主张,而行为人作为社会成员,对法律的认识能力和水平大多表现为常识化的认识。如果这种认识错误并不是发生在个人身上,而是具有一定普遍性的场合,违法性意识不要说与常识化解释主张之间的矛盾是显而易见的。

性问题,而科学解释则更加关注如何引导社会公众在正确、客观的基础上统一人们对法律的认识。刑法的效力解释只有建立在法律科学的基础之上,才能不但在实践中而且在科学领域具有真正的权威性。质言之,引导人们更加合理、更加科学地理解、遵守和应用刑法规范,是效力解释的基本方向和重要目标。刑法的效力解释通常建立在常识或经验的基础之上,经验性的认识与科学知识是有区别的,在经验范围内解决刑法解释分歧的唯一方法只能依赖效力性,而在科学范围内衡量法律解释合理性的方法,既可以通过程序的合法性来保障实体的合理,也可以通过理论的科学性检验解释的客观性。科学解释与效力解释之间的矛盾是常识化解释必须回答的重要问题。

在笔者看来,刑法解释有广狭二义之分,狭义的刑法解释是对法律条文的注释和说明,主要是解决具体事实与构成要件的符合性问题以及相关的刑罚裁量问题;广义的刑法解释除了对刑法条文的注解之外,还应当包括对刑法的逻辑结构、概念框架、本质特征、基本原则、客观规律、价值理念、思维方式等方面内容的建构、辨析、整合、诠释和探索。任何科学都是关于其研究对象的分析和解释,离开了对研究对象的科学分析和解释,也就不存在所谓的科学领域。换言之,所谓刑法科学,实际上就是对刑法规范整体作出的解释和说明,从这一意义上说,刑法学实际上就是“刑法解释学”。刑法科学不但要对具体应用法律条文的问题作出合理解释,更要对刑法规范在适用中“合规律性与合目的性统一”的问题作出确定的说明。

在法律遵守和法律适用中,对法条文字的原本文字作出(典型性)的说明,按照法条文字、词语的一般意义对刑法规范的内容和适用范围进行经验的、通俗的解释,无疑是最普遍、最有效的方法,然而,一旦进入更为广阔的领域,这种方法的局限性就会明显地暴露出来。正如恩格斯在评价形而上学思维方式的时候曾经指出的那样:常识在日常活动范围内虽然是极可尊敬的东西,但是一跨入广阔的研究领域,就会遇到惊人的变故……一旦超过这个界限,它就会变成片面的、狭隘的,并陷入不可解决的矛盾。^[12]由于立法技术、社会发展以及立法者认知能力等方面的原因,刑法规范的模糊性、不确定性、疏漏、空缺和滞后性等问题在司法实践中会不断地出现,给刑法的适用和遵守带来一定的影响。因此,结合特定的背景环境和具体的行为事实对法律规定作出相关的解释和说明时,如果完全从文字的一般含义、条文词语的日常理解来解释法律规范的要求和应用,就会陷入各种疑惑和困扰。也就是说,由于法律规定无法避免的缺陷以及社会发展的需要,刑法规范在其具体应用的过程中,法律解释也会不断地发生变化,然而,这种变化不会超出刑法的目的和功能,更不能改变刑法的本质和发展规律,质言之,解释的变化必须在科学理论的指导下才具有确定性、客观性。倘若仍然从常识知识或者感性经验的角度出发,解释的变化性就可能导致对法律条文理解的任意性和解释的随意性,因为脱离了科学理论的客观标准,就无法检验我们认识的合理性、正确性。在专制制度下,权力者的主张就是最正确、最合理、最具有权威性的;而在民主制度下,法律的终极目标、客观规律和价值观念决定着裁判者应当如何作出选择。

四、走出常识化解释的误区

刑法的常识化解释在司法实践中具有重要的意义和作用,这一点是有目共睹、无可置疑的,但是在刑法知识的常识化普及过程中,我们还应当注意到,无论在法律实践的范围还是在学理研究的领域,普遍存在着一种误解,这种理解上的偏误概括起来有两个方面:一是刑法解释中存在的“专业知识常识化的倾向”,即将常识性认识与刑法专业知识等同起来不加区分,把符合常识观念视为刑法解释的全部内容和唯一途径,以社会公众的法律情感、经验知识为基准来统一人们对刑法规范的理解和认识,用行为规范的标准指导裁判规范;二是混淆刑法学中职业技术知识和法律科学之间的界限,将感

[12] 参见《马克思恩格斯选集》第3卷,第61页。

性经验等同于科学理论,坚信理论的“唯一价值”就是直接对应个别现象,刑法理论应当与生活实践一样,具有直观性、可操作性和实用性。

(一)走出“将生活常识等同于专业知识”的误区

刑法的专业知识与“人情常理”都具有可感性、直观性的特点,在对具体现象进行分析和描述时,两者相互结合、相互渗透的情况是经常发生的。例如,常识观念中的故意和过失与刑法主观要件的含义十分接近,甚至在典型案例中几乎没有什么差别,所以在理解上并不会出现障碍。然而,当出现复杂的情节时,故意、过失作为构成要件与日常生活用语两者的区别就明显地暴露出来,如果仅仅停留在常识观念,就会将意外事件认作过失,或者将过失行为认作故意,这种现象在司法实践中屡见不鲜。由于常识性认识的不确定性、多义性,不但导致法律规范解释出现分歧和争论,而且困扰着司法实务部门,并经常成为教学科研领域的主要话题。因此,无论专业知识与常识性认识在某些方面如何接近,两者的界限必须明确。在一些教科书和司法解释中,或许是为了方便人们对刑法规范的理解和接受,并没有对两者作出严格的区分,这就很容易造成一种错觉,即所谓的专业人员、学者原来也是在常识层面上理解法律规范内容的,在这一点上他们与社会一般公众没有任何区别,所不同的就是他们在社会中的职务、职业的特殊性,或者不过是他们对法律条文更熟悉一些。这样一来,就会经常出现没有学过法律的人,站在常识的立场上反对和批评司法人员或学者根据专业知识得出的某些结论,尽管这些批评和反对意见有许多是错误的、可笑的;所谓的专业人员、学者有时也会根据自己的目的和需要利用常识观念不断地变换自己的观点,在不同的场合下对法律规范作出各种各样甚至相互矛盾的解释。

刑法的目的是维护社会秩序、保障公民自由、维护法律的公正与正义,所以,以社会一般公民的法律情感和规范意识为标准,理解刑法的含义、衡量刑法适用的正确性,应当说这种认识具有合理性的方面,然而,将常识观念下对刑法规范的认识作为学理研究和司法实践重要的甚至唯一的选择,笔者认为是不妥当的。这种认识的不妥当性在于,混淆了刑法双重规范性之间的界限与差别。

刑法,首先是作为行为规范而发挥作用的,是对社会公众行为提出的要求和限制。刑法与其他法律规范不同的一个主要特点,就是它对国民行为的限制和要求不是直截了当的,而是隐含在刑法条文的规定之中,即只要刑法规定以刑罚方式加以处罚的行为,就是禁止人们实施的行为,要求国民以刑罚法规的存在来规范自己的行为,“不得实施法律以刑罚方式所禁止的行为”。例如,刑法规定:故意杀人的处死刑、无期徒刑、10年以上有期徒刑,情节较轻的,处3年以上10年以下有期徒刑。表面上看,条文只规定了刑罚适用的条件和范围,但是其中包含了“不得杀人”这一行为规范的前提。

日本的刑法学者认为,作为行为规范,刑法基本上与社会伦理规范相一致,所以不在刑法规定中明文显示,而只规定有关裁判规范的内容。行为人在意图作出某种行为的选择时,必须能够判断自己的行为是不是为刑法所允许,只要不实施法律禁止的行为,就绝对不应当受到法律的制裁,这是刑法保证国民行动自由的重要方面。作为行为规范,从一般人的立场以及根据行为时的事实理解和解释刑法规定具有极为重要的意义。然而,刑法更重要的是作为裁判规范约束和规制法官审判行为,从裁判规范的立场出发,刑法具有命令法官按照法律规定进行裁判的作用。作为规制社会手段的刑法,最为重要的意义在于,通过约束实际适用刑法的法官的判断和活动,防止根据国家刑罚权任意地适用刑罚,而单纯强调刑法行为规范的特点就会忽视刑法的这种存在的意义,这是值得提防的。^[13]

作为裁判规范的刑法,是对司法机关和法官追究、裁判被告人责任等司法活动的规制和限定,代表国家行使刑罚权的司法机关和法官,必须认真履行职责,必须根据基本的刑事政策和专业性技术要求解释法律、适用刑法。无论从法律专业知识的掌握,还是司法、审判经验的积累,或者是对刑法的整体性了解以及对刑事政策基本精神的领会,以法官为代表的法律职业群体对法律的认识和理解,与社

[13] 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第11页以下。

会一般公民的法律意识之间是有很大的差别的,主要表现在专业知识的系统性与技术规范的确定性。常识化作为法律解释的一种方法,主要是从法律遵守和刑法应用的实践出发的,是为了尽可能地缩小一般公众与法律职业群体在法律规范认识层次上的差距,努力使公民的常识化理解更加科学、合理。为了实现法律对社会公众行为的限制和要求,使人们能够普遍地接受和认同刑罚法规,要设法将专业知识和技术性问题的转化为公众语言或常识观念,只有在这个前提下,常识化解释才是正确的、有意义的,才能够避免片面地追求“专业知识的常识化”、将以法官为代表的法律职业工作者的法律专业素养等同于一般老百姓的常识观念的现象。立法和司法要考虑公民法律意识和社会伦理规范对法律规范遵守和适用的影响,律师、学者等法律职业群体必须在经验的范围内对刑法条文作出符合一般社会公众认知、情感和意志的解释。然而,常识化认识是零散的、模糊的、个别的和自发的,专业知识和职业技能则是系统的、确定的、普遍的和自觉的。从行为规范的立场,任何背离国民意识、公众观念的法律解释都将被认为是错误的,当然这并不意味着法官或者其他法律职业群体要放弃专业知识和技术规范,无条件地服从公民对法律的常识化认识。法律工作者要注意引导和提高公民的法律意识和法制观念,这是法律专业化、规范化的一项重要任务。

(二)走出“以感性经验替代科学理论”的误区

刑法解释中的第二个误区,是将感性经验混同于刑法理论。由于刑法专业知识的许多方面并不属于理论的范畴,更确切地说其中绝大部分属于未加概括和归纳的感性经验,这些经验在处理具体问题时可能会给我们以很大的帮助,但我们还是不能够将这些经验称其为理论。作为专业性知识的经验与刑法理论是有差别的,例如,我们在经验的层面完全可以理解和接受教科书中犯罪构成的四个要件,但是我们却难以在理论上说明作为犯罪本质的“违法性”与“有责性”之间的关系,甚至在合理地解释社会危害性、刑事违法性、应受刑法惩罚性之间关系的问题上遇到了困难。^[14]简单地将实践经验划入刑法理论的范围的一个最大问题,就是可能导致“把局部经验当成普遍真理”。把处理每一个案件的经验作为一种“理论”,当在下一个案件中无法推行这一“理论”的时候又找出另一种“理论”,如果这种现象持续下去,一来会使我们的刑法学研究停留在感性经验的水平,而现象层面的认识本来就是不确定的、粗糙的、多变的,很难在刑法科学的基础上达成一致的意见;二来理论与经验的不分,也会造成刑法学研究秩序的混乱,阻碍刑法学研究的发展。在一些刑法学书籍和文章中经常可以看到这样的情形,列举一个案例来说明一种理论,而这种“理论”并不具有普遍性,超出一定范围就很难解释它的合理性,而且这样的“理论”又导致了更为复杂的问题。近年来刑法学教材、论文、专著在数量上可以说与日俱增、确令人振奋,但能够作为理论研究的作品却屈指可数,各种“理论”只具有个别性而缺乏普遍性,形成了“理论”越多,实践问题就越难解决的局面,而且在诸多相互矛盾的“理论”指导下,一定程度上助长了人们对刑法规范解释的随意性和任意性,理论的发展不能使规范的内容越来越清楚、明了,反而在一定程度上造成了混乱,进而导致人们对刑法理论研究产生各种偏见。

现代法学研究认为,法学和法律科学不是同一逻辑层面上的概念,法学既包括法律科学又包括关于法律的学问,而法律科学与关于法律知识的学问,起码有两个方面的不同:^[15]

其一,从方法上看,法律科学是运用科学的方法对法律现象进行系统而深入的研究,对法律知识进行准确(尽量科学化)的表述,而关于法律的学问则不一定要用科学的方法进行概括和总结。比如

[14] 所谓“刑事违法性”作为犯罪的类型化,实际上包含着两个方面的内容:一是违法性,即对法益的侵害和对法秩序、法规范的违反;二是符合法定的构成要件。“社会危害性”是以社会规范整体性为标准做出的价值判断,而非法律规范的评价。社会危害性作为犯罪的本质特征,在刑法范围内已经被包含在“刑事违法性”之中,因此,教科书对这一本质特征在区分罪与非罪的问题上展开讨论。在构成要件学说的范围内,行为一旦具备刑事违法性,罪与非罪的区别就是十分明确了,无需再考虑其它因素。所以,在实践范围内,社会危害性与刑事违法性之间的关系仍然是一个争论不休的问题。参见高铭喧主编:《刑法学原理》第1卷,中国人民大学出版社1993年版,第382页以下。

[15] 参见陈金钊:《法律解释的哲理》,山东人民出版社1999年版,第2页。

古代社会关于法律的一些知识我们很难称之为科学,但我们谁也不否认古人关于法律的知识具有一定程度的学问。

其二,从研究的结果上看,法律科学得出的结论应当是具有规律性的东西,因为科学的任务之一就是透过现象看本质,揭示事物的内在联系。但是我们看到的大量关于法律研究的成果,几乎都是仁智之见,究竟哪些成果属于科学的范畴实在难以定论。甚至有学者认为,谁也不能否认法律科学的存在,但谁的研究成果是科学的,至少到目前为止还没有一个统一的标准。因而多数法学著作都可被视为关于法律的知识 and 学问。

大陆法系国家的刑法学者通常将刑法学作为一门法律科学来研究,尤其是德国和日本的刑法学者,他们对刑法学体系的构造、基本概念逻辑关系的阐述和理论思维的方法,完全是从科学的角度出发的。而英美法系的一些国家则更多是将刑法学视为一种职业技术。在美国等西方国家,很多人将法学院的法学课程视为一种高级的职业技术训练,也有一部分学者把法学视为关于法律的知识 and 经验的学问。^[16] 有学者曾经作过这样的概括:英美法理论的逻辑起点是经验,价值目标是实用;大陆法系理论思维的逻辑起点是概念,价值目标是完善。^[17] 由此可见,刑法学本身存在着专业经验和科学理论两个不同的层面,他们各自有其特殊的功能。从刑法的遵守和应用的角 度,刑法学侧重于实用性、操作性、具体性和经验性,是一种以经验为基础的专业知识和职业技能;从法律科学的立场,刑法学研究的问题则是刑法的客观性、合理性、目的性和普遍性,是一种建立在基本概念和逻辑思维基础上的理论体系。由于两者在刑法学研究中是不可分离的,因此,从当代刑法学研究的发展趋向上看,大陆法系国家更加关注实践操作中具体问题的讨论,而英美法系国家则开始注重理论层面的研究。^[18] 刑法学作为法学的一个重要学科,既是一门科学理论又是一种职业技能,所以,对刑法的解释既有常识化、经验性和可操作性的一面,同时又具有科学性、概念性和客观性的一面,两个方面既紧密结合、相互联系,又有严格的界限和不同的功能。

在经验常识领域,刑法学作为职业技术、技能方面的知识在常识观念中是极受欢迎和尊敬的,因为在这一范围内,刑法规定与常识知识是一致的、无差别的,任何具有一定文化知识和社会经验的人都能够理解法律对他们的要求和限制,甚至文化水平很低的人也知晓法律的内容及“不因不知法而免责”的道理。在大多数刑法条文中,法律规定是用通俗化的语言表述的,诸如“故意杀人”、“窃取财物”、“放火”、“伪造货币”等等,这些在立法时已经考虑到社会公众接受和理解的规定,一般情况下无需进行解释。还有一些条文的表述虽然使用一些专业术语,涉及专业、技术等方面的知识,由于是对某一特定领域中犯罪构成要件的规定,所以,尽管一般社会公众可能在理解上会有一些困难,但行为人通常是具有与之相关的专业知识和认识能力的人员,对于他们来说也无需做出特别的解释。例如,经济犯罪规定中,违反公司法、金融法规,违反商标法、专利法,违反税法、工商管理法规等构成犯罪的行为。对这些犯罪构成要件的解释仍然是现象的、经验性的,并不具有理论的普遍性。^[19]

从经验和专业技能的角度看,刑法学具有实用性、直观性和可操作性,完全可以通过具体的实践操作掌握其方法、要领,经验性的专业知识至少会提供给我们这样一些方法和技巧:在具体案件如何适用法律的问题上,经验可以帮助我们通过对个别事实的对照比较,提供曾经被使用过的各种选择方案,推测该案最终的判决结果;或者解释者可以通过法院以往判决的经验性分析,衡量当前案件事实是否可以适用该法条的规定,甚至根据过去的“判决理由”推测法院对该案会怎样定罪量刑;其次,经

[16] 前引[15]。

[17] 参见储怀植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第2页。

[18] 参见前引[13],曾根威彦书,第2页;[美]保罗·H·罗宾逊:《刑法的结构与功能》,何秉松等译,中国民主法制出版社2005年版,第1页(作者序)。

[19] 有人将刑法分则第三章规定的解释称之为“经济刑法学”,将分则第六章规定的解释称之为“行政刑法学”,就是从专业技术层面对刑法条文作出的经验性注释,而不是从科学层面对刑法进行的理论研究和探讨。

验可以告诉我们要密切关注司法解释的新动向、新内容,有哪些“司法解释”可以为我们在分析个案与法律条文时提供帮助。另外,经验还可以告诉我们,在什么时候、在何种立场上如果变换对法律条文的解释更有利于自己目的和需要的实现等等。但是,经验总是具体的、特殊的,经验对概念理解的一个突出表现就是“望文生义”,望文生义的优点是形象生动,感性直观,具有较强的感染力和说服力,而它的最大弊端就是可能误解概念的基本含义,使概念表象化,从而在追求感性直观的操作中拒斥理论的形而上学。在笔者看来,对刑法的常识解释和专业解释过程中,为了保证客观地揭示刑法规定的内容,刑法学基础理论和解释规则是不能够违背的。由于个案事实的复杂性和规范内容的丰富性,解决问题的方法可以不断地变化,但作为解释根据的基本原理、原则是不能动摇的,只有这样才能避免法律解释陷入随意性和任意性。

人们对法律的认识通常取决于他们对法律的需要,希望法律给他们带来安全、保护他们的权益。所以,人们对法律理解是根据自身的需要和在不同层次上进行的,大致可以包括三个层次:第一,在行为规范的范围内,一般公民从守法和保护自己合法权益的立场上形成的对法律认识和理解的需要,所追求的是自我利益的保护;第二,在裁判规范的适用中,作为法律职业群体的实务工作者,根据各自的诉讼地位从法律应用的角度产生的对法律规范解释和说明的需要,期盼的是解决“定罪量刑”的合理性、均衡性问题;第三,在科学研究的领域内,理论工作者从法学基本原理的视角所萌发的对刑法规范诠释和对理论框架构筑的需要,探寻的是刑法合目的性与合规律性统一的途径和实质。正是由于对刑法规定理解的各种不同需要,决定了刑法解释层次划分的必要性和必然性。

刑法学作为一门法律科学是对刑法规范和刑法思想的诠释与建构,它不但要分析和说明刑法条文中含蕴着的规范内容,还要阐述和论证刑法的本质特征、运作规律、可罚性根据和价值标准,构筑刑法的逻辑结构、概念框架和科学体系。刑法学关于刑法所有问题的研究都是围绕着对刑法的解释展开的,是一门以刑法规范为解释对象的法律学科。刑法科学的要求是:关于刑法条文的解释应当是实证的、经验性的,作为条文注释根据的刑法理论则应当具有思辨性、先验性的特点。在科学的领域内,常识化解释的客观性、普遍性是受到怀疑的,多变、不真实的经验表象不能被当成真理而成为科学中的一部分。在这个领域内,科学解释具有最高的权威性,对概念普遍性的理解精确于对经验特殊性的直观,刑法规范和法律事实的客观性优先于“专家学者”们经验认识的主观性。混淆经验性认识和刑法理论的界限,并将此误认为是“理论与实践的有机结合”是十分有害的。

Abstract: The common-sense article interpretation and empiricism in academic study is the notable feature in the development of our country's criminal jurisprudence. The common sense in criminal jurisprudence has two ways of expression, one is called public recognition in criminal law interpretation, and the other is named social correspondence. The common-sense criminal law interpretation is the foundation to realize the unity of the cognition in law. It is also the important factor to realize the combination of justice and efficiency in criminal law and the significant means to realize the goal of criminal law. However, when we apply common-sense way to solve the application of law, we should face the problem that how to coordinate the inherent contradiction in it, i. e., how to solve the relation between common sense and profession and the relation between scientific interpretation and effectiveness interpretation. We should avoid the mistake to equate the common sense to professional knowledge and the mistake to replace scientific theories with perceptual experiences.

Keywords: interpretation of criminal law; common sense; specialized interpretation; adjudication norms
