

基于类型思维的刑法 解释的实践功能

杜宇*

摘要 一种新的解释思路的提出,应考虑其实益。本文围绕基于类型思维的刑法解释的实践功能展开讨论,并与概念式的涵摄模式加以比较。在本文看来,合类型性刑法解释的功能优势主要表现在解释的实质化、具体化、结构化与区分化。实质化机能是指,它能明白地诉诸于评价,从而把握个别规范的核心意旨,避免对形式特征的过度纠缠;具体化机能表现为,它能配合刑法上的概括条款、不确定概念的司法适用;每一次的类型化,使得抽象条款、概念在特定方向或领域中的意义得以相对明确,由此不断充实其意义内涵;结构化机能是指,类型性解释不仅可以显示个别规范的核心价值,而且可以清晰地揭示具体事物之间的意义关联。透过类型之间的比较,它能帮助我们洞察各类型在内部构成上的联系与区别,从而展现规范间的过渡关系和价值关联,把握刑法体系的意义脉络;区别化的机能体现为,当司法者无法形成统一的解释基准时,它能够分而治之地处理法律素材。解释者不仅可以先在较低层面形成个别化的解释结论,而且可以在这些微观领域中形成特殊化的、各自区别的解釋規則。同时,它也始终向未来开放,容许解释者在不断累积的基础上,向更高层次的、统一的解释基准迈进。

关键词 类型 概念 刑法解释 价值判断

在五年前的一篇旧文中,我提出:刑法适用的核心不在于概念式的涵摄,而在于归类式的比较。在这一比较式的操作中,隐含着刑法解释的一种新思路。也即,对规范意义的探寻,应回溯至作为规范基础之类型,对超出类型轮廓的行为,则应予以排除。质言

* 复旦大学法学院教授。本文系国家社科基金项目“基于类型思维的刑法解释”(11BFX112)的部分成果。同时,亦构成上海市“浦江人才计划”——“刑法解释的方法论拓展”(16PJC009)的中期成果。

之,刑法解释当以“类型”为其指导观念。^[1]在该文中,我着重讨论了基于类型思维的刑法解释的正当性基础、具体操作路径及其与传统解释方法的关系等问题。然而,任何新的解释方法或思路的提出,应当考虑其实际功能。亦即,基于类型思维的解释方法相比概念式的涵摄思路有何优越之处?在何种问题域、什么意义或程度范围内更具有说服力与解释力?本文将围绕这一问题展开讨论。

类型思维以哲学诠释学为基底,充满抽象思辨的色彩,因而容易造成空洞化、玄虚化的效果。为避免此点,本文试图始终结合刑法上的经验素材,尽可能清晰地进行说明。这既是抽象分析的具体化延伸,也是支撑宏观分析的现实例证。

一、实质化机能

(一)价值导向性的思考

类型思维具有开放性。一方面,类型并不是特定要素的固定组合形态,并不存在绝对必要的、不可舍弃的要素。类型可能呈现出不同要素的弹性组合状态。另一方面,类型在边界上是模糊的、开放的,类型指向的对象经由流动的过渡而相互连接,在对象之间并不能提供固定的区分界限。如此一来,类型维持的关键是什么?为什么不同的要素组合形态仍然能够在观念上被收归到“同一类型”之下?在对象能否归属于特定类型的判断中,是何种终局性的标准决定了类型的归属?

类型式的思考是一种价值导向型的思考。就此而言,类型得以维持的关键、类型边界的获得、对象与类型间归属性的判断等问题,都必须回归到意义的维度,方能得以回答。立法者在形成规范时,总是在一定的评价观点之下,将反复出现的、具有共性的事物整理、提炼为类型。经验现象是在规范性的标准下被类似看待,并一体把握。规范类型系由总结法律上有类似意义的现象建构而成。如此一来,当司法者判断某一案件事实能否归属于特定的规范类型时,仅仅考虑其是否具备外观上的相同性、是否完全具备特定数量的形式特征就是行不通的,而必须回溯至规范背后的类型观念,回溯至类型建构时的评价性观点,回溯至“事物本质”。待决案件事实与类型形成时的典型图像(典型原型)相比,或许欠缺部分特征,或许在特征组合上略有不同。但无论其在形式特征上是否有所残缺,也无论其在特征组合上是否有所形变,只要其在指导观点的审视下呈现出意义的相似性,则待决事实可归属于特定规范类型。类型在边界上可能是模糊的、流动的,但却总有着一个意义的核心。这不但是类型得以维持其“整体形象”的基础,而且是不同对象之间(特别是典型对象与非典型对象之间)具备家族类似性的关键。

(二)价值思考的阻断

然而,当我们肯定类型性解释的价值导向性时,一个问题随之产生:概念思维是否同样具有价值性?特别是,当概念的建构同样着眼于特定的目的,并负载着评价而形成时,我们应如

[1] 参见杜宇:“刑法解释的另一种路径:以‘合类型性’为中心”,《中国法学》2010年第5期,页176以下。

何看待它与类型思维的关系?

应当承认,在概念建构的过程中,的确存在着价值指导。换言之,立法中的概念形成过程,就是在某种特定的评价观点下,去挑选那些对评价而言特别重要的、最具代表性的、足以详尽掌握被评价之对象范围的要素特征。然而,一旦这些特征被固定、组合完毕并明确表达后,也即,一旦概念已经被建构起来后,司法过程中的概念适用原则上就不再考虑价值观点。此时,最为重要的是每个要素是否逐一具备。因为,要素被认为蕴含着特定的评价观点,要素的吻合与否,便代表着评价观点的满足与否。由此,在概念适用的过程中,主导其构建的价值观点开始隐而不显,被挑选出的形式要素所取代。

如此一来,在概念判断中,不允许无节制地回溯至其构建观点,因为它已经在要素特征的限度内伴随性地被考虑。正是基于对要素的固守,在概念的司法适用中,关注的焦点便自然落在“用以界定特征或要素的语言及其含义”,落在所谓“可能的文义范围”,并以“可能的文义”取代了对评价观点的重视。然而,必须看到的是,在特征、要素与其内含的意义观点之间,并不一定呈现出价值上的对应关系,而是完全可能出现紧张与断裂:一方面,基于词与物的分离,在特征的界定中,语言含义存在偏离、疏漏或溢出评价观点的可能,由此造成词不达意(价值);另一方面,即使在概念的塑造中,特征忠实地传递了价值,但生活经常会产生新的创设或淘汰,由此使得过分僵化的语言不能适应社会的变化,无法包容或祛除特定的对象。一旦出现上述断裂,概念式思维倾向于立即放弃价值思考,而退回到形式语言的立场,坚守那些被固定的要素特征及其所表达的语言含义。

与之不同,在类型式的思维中,评价观点始终处于主导地位。这不仅在类型建构的过程中得以体现,而且在基于类型思维的解释过程(即对象的归属判断)中亦充分展现。正如前述,对象能否归属于特定类型,并非取决于每个要素是否逐一具备。相反,重要的倒是,对象是否符合类型的整体图像。而整体图像得以维持的基础,则在于主导类型构建的价值观点。因此,在类型适用的过程中,对于价值观点而言,要素仅具有指示性的意义,要素仅仅是评价观点形式的、暂时的固化。任意一个特征都有可能被舍弃,只要根据其他特征的显示程度,对象在评价因素之下仍保持其价值的一致性即可。既然具体特征都是可以放弃的,那么,用以描述这些特征的语言含义,便并不构成决定性的界限。类型归属性的判断,既可能遵循语言的文义,也可能脱离语言的文义。在作为类型基础的价值观点面前,要素、要素的语义范围都不构成有约束力的标准,相反仅处于次要性的地位。

在刑事法上,刑事责任年龄的规定,显示了一种典型的概念式思维。一般认为,人只有在达到一定年龄之后,才具备对行为的辨认与控制能力,而只有具备这两种能力,方有追究犯罪、承担责任之必要与可能。正是基于这样的规范目的,同时,也考虑到我国儿童的发育状况、教育水平、社会化程度等具体因素,刑法将刑事责任年龄区分为三个段落:未满14周岁、已满14周岁未满16周岁及16周岁以上,并分别确定为完全无刑事责任年龄、相对负刑事责任年龄和完全负刑事责任年龄。在这几个时间节点的确立上,虽然渗透着一定的价值指导,但它们一旦在立法上被规定下来,就会得到绝对的定义式操作。哪怕相差一天、一个小时,也必须被严格地区别对待。尽管在未满14周岁的人群中,个

别人因为早熟等因素早已获得了辨认与控制能力,也尽管在已满16周岁的人群中,个人因为发育原因尚未具备完全的辨认与控制能力,但是,概念式的规定必须被毫无疑问地执行。概念一旦形成,概念的特征及表达此种特征的语义,就成为判断概念归属的终局性标准。任凭一个对象如何地贴近其价值核心,只要其不在文义范围之内,就必须加以排除;而不管一个对象如何偏离其评价观点,只要其仍在文义范围之内,就必须加以涵摄。此时,绝不允许司法者流连顾盼于那些处于概念之后的价值观点,更不允许以价值为名超越既定的语言形式。

相映成趣的是,当我们在民法上考虑一个“没有能力完全自我负责地参与法律行为”的人的范围时,出现的则是一种类型式的图像。这其中,在交易上尚无经验、容易不经考虑便擅作决定的少年人,构成了它最为重要的一群;也可能是,尽管已经成年,但发育迟缓、智力不足因而仍需加以保护的那个群体。相反,那些虽尚未成年,但特别聪明、交易上机智敏捷的早熟青年,却并不需要法律加以保护。在此,我们无法找到某种单独的、完全能代表客观评价的构成要件特征。也因此,并非某一个特定的概念式特征,而是“保护需要性”这个评价观点决定了类型的归属。此时,尽管不同对象在形式上有着纷繁芜杂的差异,但还是可以扬弃这些形式上的差别,进而获得某种基本的对象范围。所有的对象,都在“保护需要性”这一意义脉络上得以连接。

(三)类型思维与实质解释

近年来,中国刑法学界出现了形式解释论与实质解释论的学派之争。在这一争论的背后,一根红线始终若隐若现。那就是,刑法的安定性与妥当性、形式正义与实质正义间永恒不断的紧张关系。这种价值取向上的分歧,会在解释立场、方法选择、解释限度与机能定位等具体领域产生辐射性的影响。

概念思维与形式解释、类型思维与实质解释这两对范畴之间,显然具有内在的关联性。诚如上述,在概念形成的过程中尽管不能脱离价值指导,但概念一旦形成,其适用的过程就完全诉诸于若干必要特征的判断,不允许再无节制地退回到概念形成时的指导观念中去。类型思维的引入,则意味着刑法解释立场的重大转变。基于类型思维的解释,本质上不是一种对象是否符合诸多特征判断,而是一种价值性的判断。这种价值导向性、意义关联性的思考,正是倾向于实质的刑法解释立场。

从类型思维出发的实质解释立场,刑法解释的图景将发生一系列重大变化:

1. 解释的逻辑导向

在概念思维中,特定规范与事实关系的推理过程,主要是一种演绎推理。也即,从特定规范的诸个特征出发,认为待决案件的事实符合这些特征,从而可以被涵摄到特定规范之下。而如果任意一个特征不能吻合,便会放弃这个特定规范,转向另外一个可能的相关规范,直到这一试错过程成功为止。如果司法者认为所有的相关规范都无法涵摄待决事实时,则只能得出无罪结论。

相反,在类型思维中,这种“规范与事实”的关系性思考过程,往往无法直接由演绎推理完成,无法简化为待决事实是否吻合某些固定特征判断。在这一判断中,必须在“规范”与“事

实”之间引入那些“无疑可归属于特定规范之下的典型事实”作为比较之中介。在恩吉施看来,“涵摄的特征并不在于案件事实的特征与概念的要素相同,毋宁在于待决案件与之前经裁判的案件相同”。他将此称为“固有的涵摄”。〔2〕恩吉施之所以提出“固有的涵摄”这一概念,是为了解决“当为”与“实存”之间的鸿沟问题,试图以典型事实为中介,来实现规范与事实的对接。虽名为“涵摄”,实际上却是典型的归类式操作。在这一操作中,系争案例与典型案例之间的类比推理具有关键的意义。这一类比推理的核心步骤是:①通过整理系争案例 B,发现其有 X、Y、H 等几个特征;②通过整理典型案例 A,发现其有 X、Y、Z 等几个特征;③ A 在法律规范中是以某种方式处理的,被赋予特定法效果 G;④在将 A、B 进行比较时,发现了一些能够解释为什么那样处理 A 的原则;⑤因为 A、B 在这一原则上具有共同之处,B 也应当得到同样的处理,被赋予法效果 G。可以看到,在上述五个环节中,最为重要的是第四个环节,即识别出一个规则或标准,这一规则可用于解释典型案例与系争案例的处理方式。如果无法获得这样一个可以适用的规则,案型比较就根本无法展开。正是这一规则,成为沟通典型案例与系争案例的中介,成为一个比较的基点。从性质上看,这是一个或多或少带有普遍性的规则,可在一定程度上反复适用。只有通过这一规则的媒介,才可能在具体事物之间进行贯连,才能实现从典型案例到系争案例的跨越,进而将系争案例视同典型案例一样归属于特定法律规范。

可以发现,类型式的解释思维中必然包含对类比推理的重视。在逻辑上,类比推理是一种“特殊——普遍——特殊”的连续运动,同时包含着归纳式与演绎式的推论。这与概念式的演绎推理有着重大不同。

2. 解释方法

如果刑法解释以概念思维为基础,那么,规范与事实的涵摄过程,必然可以被简化为判断事实是否具备固定特征的过程。而对象是否具备特定特征的判断,主要是语义的、形式的判断,即看对象是否处于特征表述的通常文义范围之内。在这一判断中,如果说蕴含着解释,那也基本上是语义解释甚至是平义解释。这一解释过程并不关注为什么需要这些特征、特征与特征之间具有什么样的价值联系,又是如何相互作用并彼此结合的。在判断事实与构成要件的关系时,这种解释也根本不考虑构成要件形成背后的指导性观点,不顾及构成要件的法益保护目的,而只对构成要件作出字面的、形式的理解。与此相联系,如果构成要件在文字表述上没有发生变化,但其保护的法益发生了变更时(例如,构成要件所处的体系位置发生变化,从而导致其保护法益发生变化),这一解释思路也不会有任何结论上的变化。

如果刑法解释以类型思维为基础,文义解释的地位与作用将会被重新理解。规范与事实的关系性思考,永远不是简单的翻阅字典式的工作。事实能否归属于特定规范,并不取决于其是否符合若干固定特征。如果一个特征可以整个地欠缺,那么,事实是否落入这一特征表述的语义范围之内显然并不重要。当然,这并不是说,语义因素可有可无。它的意义可能降低到两个层面:其一,当对象完全处于特定表述的语义的对立面时,可以将之排除在可能的解释结论之外。例如,当立法中规定涉及“男性”,而待决对象为女性时,她无论如何不能被归入到“男性”之内。这意味着,语义可以作为某种消极性的控制因素,对完全落入对立面之核心意义范

〔2〕 转引自(德)卡尔·拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1996年版,页172。

围的对象予以排除。然而,对于两个语词之间大片的“交界地带”,可能无法积极地确定所谓的“文义之可能范围”。在上例中,仅仅考察语义,就根本无法对“太监”“人妖”“阴阳人”是否属于“男性”做出判断。由此看来,语义作为解释范围的控制功能,其实也只是在极为狭窄的空间内发挥作用;其二,语义解释特别是其中的平义解释,可能成为解释的出发点。所谓平义,乃是语词的通常含义。凝视法律规范的文字表述,特别是通过理解其通常含义,我们可以较为方便地挑选出某些典型原型。这些事例处于规范类型的核心地带,代表了其最为通常、最众所周知的表现形态。它们不仅构成待决事实的比较对象,同时也构成沟通规范与待决事实的重要媒介。解释者往往需要在规范类型、典型原型与待决事实三者间往返观照、穿梭检视,才能发现可能的解释方案。当然,尽管语义解释具有上述两方面价值,但语义因素并不能为特定解释方案的作出提供直接的证成。换言之,我们不可能仅仅依靠语义来获得任何实质的解释结论。这使得语义解释作为“解释方法”的方法论意义大打折扣。

与之相对,目的论解释的作用将在类型思维中得到凸现。合类型性解释是具有价值导向的思考方法。在解释和适用刑法时,它关注的不仅是构成要件中所包含的若干固定特征,也不仅仅是这些特征所可能具有的语言意义,它还要回溯到构成要件背后的指导性观点。它不会满足于案件事实与构成要件表述在语义上的简单对照,而是更加注重待决事实与构成要件中所无疑包含的典型事实在指导性价值上的相似性。与合类型性解释相似,目的论解释亦是超越法律的形式束缚之外进行解释,是追溯到某种根本性的价值观点来帮助说明。两者在解释思路上具有明显的相通性。

在诸种解释方法之中,目的论解释占据着关键位置,唯有它可以引导出实质性的价值判断。一方面,文义解释的主要功能在于控制解释边界,在法治国界限内维护解释结论的安定性。文义解释并不考量价值上的妥当性,也无法带出明确的、有价值指向的解释结论。也许有人会说,扩大解释与缩小解释也包含在文义解释之中,它们不正是考虑到平义解释无法得出实质合理的结论才作出的文义调整吗?其实,“扩大”还是“缩小”,只是反映了最终的文义范围与平义之间的关系,它只是一种解释结论而已。如果不是考虑到语词的字面意义与规范目的间的不匹配性,我们就失去了扩大或是缩小的动因。就此而言,这两种解释方法仍是以目的论为其内在动力,其蕴含的价值思考也应归因于目的论的操作。另一方面,历史解释、体系解释及合宪性解释可被归入广义的语境解释之中,不过在“语境”的所指上有所区别:是一种历时性的、发展变动的语境,还是一种共时性的、刑法规范体系的内部语境,抑或是一种共时性的、整个宪政秩序支配下的外部语境。我们知道,语词的含义不是固有的,而是必须放在一个运用的背景中去把握。语境是任何理解活动都不可能挣脱的支撑性条件。由此出发,语境解释正体现了一种整体主义的解释观念,它将语词放在范围不同的背景、脉络或秩序中加以认识,以一种联系的、结构化的观点来加以分析,而非孤立地、肢解化地理解法律文本。语境解释的最高境界就是逻辑上的协调一致,而非以价值上的妥当性为其重心。也许存在这样的反驳,合宪性解释也是一种价值性的思考,它考虑的是宪法价值在部门法上的贯彻与渗透。这一说法不无道理。不过,从根本而言,合宪性解释关注的是解释结论是否与既有的宪政秩序相冲突,其核心在于逻辑上的相容性而非价值上的正确性。或者说,这只是一种基于逻辑上的无矛盾性而推定的价值正确性。其推定的前提在于,实证法上的宪政秩序与宪法价值具有价值上的正确

性。由此可见,合宪性解释的主要功能是对由他处(目的论解释)引出的价值决定进行控制。质言之,它只能审查价值决定,而无法生成价值决定。

然而,目的论解释本身难以回答的是,解释者应从何处来探寻规范目的的内容?规范目的之内容应如何正当化?例如,当我们发问“刑法目的何在?”,便可以看到多样化的构建可能:“规范违反说”主张刑法的任务在于维护伦理;“权利侵害说”主张刑法的任务在于保护市民权利,从而与维护伦理区别开来;“法益侵害说”坚持刑法的任务在于提供法治界限内的法益保护,这种法益来源于丰富的社会生活上的需要,并经过规范的确认而上升为法益。^{〔3〕}上述学说虽然以讨论犯罪本质为其趣旨,但却是反面的刑法目的学说。因为,犯罪所侵害的实体,正是刑法所试图维持和保护的对象。这些学说虽然具有相当的道理,但都存在某种致命的缺陷:缺乏对目的是如何获得的证成。进一步地,由于缺乏对目的来源的交代,就可能继而引发正当性的疑问:读者将难以对这些目的构建的方案进行合理的审查、反思与控制,解释者难免陷入自说自话的境地。然而,在合类型性解释中,却存在着“寻找规范类型”——“挑选典型案例”——“典型案例与系争案例的比较”这一套较为清晰的路径。正是在典型案例与系争案例的比较中,其规范评价的相似性才开始显示出来,规范类型背后的指导性观点才逐渐被解释者所认识。这一逐步显现的规范评价不仅需要通过扩大化的典型案例群来进行检验,而且需要充分考虑其他的不同方案,来不断展开反思性的检讨。同时,评价观点的妥当性,还需要与法效果的相互配合来证成。从个案比较中识别出来的评价观点与立法所赋予的法效果之间,应具备某种均衡性、一致性与合比例性。可以说,解释者将围绕在特定规范性评价的周遭,反复考量、不断敲打。不仅规范评价的来源非常清晰,而且其内容的正当性也得到了相当程度的担保。即便在未来的司法过程中,由于新案件的出现,人们对某些公允的规范目的进行质疑或是挑战,还是可以在这些确定的步骤中审查规范目的的形成过程,并对其具体内容的偏差、错误展开反思与批评。

3. 解释限度

刑法解释的限度是刑事司法适用中的关键问题。从法权的角度看,它牵涉到刑事立法权与司法权的权力分立与制衡;从法律方法的角度看,则涉及刑法解释(特别是扩大解释)与法续造之间的边界划分;从法机能的角度看,它不仅关系到刑罚权的有效运作与恰当限制之平衡,而且关系到法益保护与人权保障之平衡;从法价值的角度看,则与形式理性与实质理性的妥善协调密切相连。

在法学方法论看来,法解释与法的续造之间的界限,只能是语言上可能的字义。^{〔4〕}这种所谓“文义的可能范围”标准,也被刑法学界不加反思地继受下来。在刑法的知识体系内,这种学说更受到了罪刑法定主义的支持与呼应,俨然成为某种难以撼动的支配性学说。上述实质解释论与形式解释论尽管立场迥异,但在坚持解释不能突破罪刑法定主义、必然在“文义的可能范围”内作成这一点上,也是基本一致的。

然而,在基于类型思维的刑法解释论看来,刑法解释的限度问题远未获得圆满解决。以下

〔3〕 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,页55—56。

〔4〕 参见拉伦兹,见前注〔2〕,页228。

问题尚需进一步地反思：

第一，刑法解释的限度，并不仅是刑法规范本身的意义限度问题，更是刑法规范与案件事实间匹配可能性的限度问题。解释学最初被视为某种文本解释的技艺，其工作重心在于：当法律文本的含义模糊不清之时，对法律文本的含义做出说明与澄清。从这样的思考出发，刑法解释的限度自然被理解为“文义的可能范围”——刑法规范本身的意义范围到底去到哪里的问题。然而，尽管法律解释主要是一种规范含义的澄清工作，但不能将解释仅限于大前提的维度之上。事实上，解释工作同时具有规范的关联性与事实的关联性，涉及的是一种“规范与事实间结合关系”的思考。如果不面向个案事实，根本无法完成对规范含义的说明；如果离开事实的启发与诱导，独立的文本将失去意义释放的方向，同时失去解释的目标与动力。在实际的司法过程中，我们常常是在结合事实而完成了规范含义的思考之后，再将解释的最终结论——“规范含义的明确化”呈现出来而已。由此给人以印象，仿佛刑法解释仅仅是与大前提相关的作业。而实际上，解释工作不可能脱离待决事实，不可能脱离待决事实与特定规范间适配关系的考量。就此而言，刑法解释的限度并不只是刑法规范本身的含义限度，而是“规范与事实间适配”的可能限度；它不只是由文本本身的可能文义来决定，而是取决于案件事实在何种程度与范围内可归属于特定规范；它不是自在于刑法规范的标准，而是规范与事实间互动的、关系性的标准；它不是静止的、固定的界限，而是一种逐步摸索的、动态发展的界限。

第二，解释限度应考虑被解释对象的范畴特性，不存在划一的标准。如上所述，既然刑法解释的限度是规范与事实间的关系性限度，那么，规范范畴的特性对于这种限度的影响就是决定性的。详言之，如果待解释的范畴是某种概念性的范畴，那么，事实与概念是否适配，就取决于事实是否符合概念中的若干固定特征，是否可被涵摄于特定概念之下。这种涵摄乃是一种基于语义的形式性判断，其必然以概念用语的“文义的可能范围”为其解释限度；相反，如果待解释的范畴是某种类型性的范畴，那么，待决事实是否可归入该类型，就不取决于事实是否具备若干固定特征，而是取决于待决事实与无疑可归属于该类型的典型事实是否在规范评价上相似。此种规范评价的相似性，与规范表述的语言意义的一致性存在明显差异，是一种超越于形式特征的价值标准。

第三，解释限度应尽量追求确定性、客观性与可操作性。主流理论认为，应当以“文义的可能范围”作为刑法解释的限度，舍此之外，实在不能发现其他的界分标准。然而，在理论陈述和司法实务上，“文义的可能范围”又常常会产生疑问，难以获得众口称是的结论，难以发挥其界限机能。在此背景下，就可能产生两种倾向：一种倾向是，否定刑法解释限度的存在，认为法解释与法续造之间根本不存在清晰的界定标准，这是在根本意义上将“解释限度”这个命题“伪问题化”了；另外一种倾向是，既然难以获得客观的、确定的界分标准，何不将这一标准主观化、形式化？于是认为，所谓的解释限度，只是法官需恪守其权力边界的某种“自我暗示”而已。它是一种主观的、心理的自我约束，体现了法官的职业操守。在我看来，“解释限度”问题无法被轻易消解。这一理论装置不仅事关法治背景下立法权与司法权的权力边界，而且牵涉到对刑罚权可能的不当扩张之控制与审查，更关系到国民基本人权与自由之保障。为实现上述价值，刑法的解释限度应当尽量客观与明确，并具有一定程度的可操作性。一旦异化为某种主观约束或心理暗示，就将不可避免地陷入任性、恣意与差别化，难以发挥其界限机能。

第四,解释限度应顾及语言学意义范围与规范性意义范围的相互调适,兼顾形式理性与实质理性的衡平。

过往的刑法理论以概念思维为基础,“文义的可能范围”自然成为多数学者认同的解释限度。然而,“文义的可能范围”存在如下缺陷:①“文义的可能范围”外在界限并非清晰明了,其不仅难以获得主体间性的普遍确认,而且往往存在共时性与历时性的理解分歧。它是一个极富弹性的范畴,不具有稳定而清晰的品格,在大部分情况下难以完成解释限度的界定任务。^{〔5〕}其仅有的界限功能在于:当待决对象落入对立范畴的核心意义范围时,将其予以排除。这只是极少数情况下的消极界定作用;②“文义的可能范围”将目光仅放在规范本身,将解释限度问题把握为文本本身的语义范围问题。而事实上,解释限度不可能仅由刑法规范本身来决定,而是某种关系性的考量,是一种“规范与事实间关系性的存在范围”;③“文义的可能范围”是将待解释范畴统一地默认为概念,因而考察的是对象是否具有概念的必要特征,是否落入这些特征的语义范围之内。但问题是,并非所有待解释的范畴都是概念,都从是否具备固定特征的角度来考察事实与范畴间的关系。相反,刑法规范上大部分的待解释范畴都是类型,这些范畴与事实间的关系必须从意义性、价值性的角度展开;④更为重要的是,“文义的可能范围”只考虑对象与范畴在形式语言上的相符性,这种相符性对于刑法的安定性与可预测性而言具有相当价值,但并不能担保刑法目的性与实质妥当性的达成。我们无法宣称,形式合理性具有绝对优先于实质合理性的价值,在任何情况下都应牺牲实质合理性以保障形式合理性。两者的关系还应当考虑冲突的具体情形分别处理。

在罗克辛(Roxin)看来,“一个正确的解释,因此必须永远同时根据原文文字和法律的目的,仅仅满足两者中的一个标准是不够的”。^{〔6〕}这里,罗克辛指出了法解释中的两个重要依据:文字与目的。而在实质解释论者前田雅英看来,“‘解释的实质的允许范围,与实质的正当性(处罚的必要性)成正比,与法文通常的语义成反比’。即处罚的必要性越高,允许解释的范围就越大,距离法文的通常语义越远,允许解释的范围就越小。”^{〔7〕}这里,所谓的“实质的正当性”“处罚必要性”不能被简单理解为“严重的社会危害性”,而是与法益侵害相连,进一步追问,则必然回归到“构成要件的规范保护目的”“构成要件内的法益侵害”等概念。因此,前田雅英的观点与罗克辛具有一定的相似性。他们都认为,解释不能仅仅由“文义的可能范围”来决定其限度,而是必须同时考虑条文的规范目的。

在我看来,任何刑法规范的解释,其实都存在两种不同的意义限度或范围:一种是基于语言学面向的考虑,是一种“法文的语言意义范围”;一种是基于规范学面向的考虑,是一种“法文的规范意义范围”。“法文的语言意义范围”一方面取决于法文在语义学上的意义域,另一方面更取决于法文的具体运用,正所谓语言的含义乃在其使用之中。这时,从纵向角度看,应考虑法范畴的历史变迁与演进,从横向角度看,则必须考察该范畴的体系背景,特别是其所在的刑

〔5〕 关于“文义的可能范围”的详细讨论,可参见杜宇:“刑法上之‘类推禁止’如何可能?——一个方法论上的悬疑”,《中外法学》2006年第4期,页407以下。

〔6〕 (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85—86。

〔7〕 转引自李海东主编:《日本刑事法学者》(下),中国法律出版社、日本成文堂出版社联合1999年版,页328。

法本条之上下文、其他相关的刑法条文、民法、行政法等其他部门法上的相关条文(如空白罪状)、相关宪法规范等。此外,也应当通过判例,考量该范畴在相关案例中含义的具体确定情况。总之,“法文的语言意义范围”的确定,应当在语义学意义的范围内,进一步考虑其语用学(语境)意义上的范围,并由两者相互限制、相互补充地来决定。

“法文的规范意义范围”是指,法作为体现特定价值判断的“作品”,其规范性评价所可能覆盖的范围。对于刑法解释而言,一方面要使得刑法用语的语言学意义明确,但更为重要的,则是要使得刑法用语的论理意义明确。刑法规范不同于日常生活规范(礼仪),亦不同于其他社会规范(如习惯、行业规则等),它渗透、传达、实现着特定的规范评价,体现了社会秩序应当如何形成的期待。从本质而言,刑法是一种规范性产物,而绝非一般的社会性、语言性产物。正是看到了此点,宾丁才率直地表示,“没有什么比如此经常所说的句子更谬误:当一个制定法表达的意义不清楚时,必须把这个表达与日常语言的意义相连……”,法律说“它自己的语言”,这总是取决于“技术的一法律的意义”,它具有清晰的边界,而不是日常语言的概念。^{〔8〕} 尽管完全否认法文与日常生活的关联性并不妥当,但是,突出法文规范的、评价的意义这一面向,则是相当敏锐的洞见。

显然,“法文的语言意义范围”与“法文的规范意义范围”之间,存在着复杂而微妙的关系。一方面,“规范意义的范围”可能超出“语言学意义的范围”。这是因为,尽管法文试图传递一定的价值判断,却可能产生“力有未逮”的问题。此时,某个对象可能已无法为语言学意义的范围所覆盖,却仍然处于规范性评价的范围之内。例如,德国刑法上规定了“伪造文书罪”。现在的问题是,软木塞标记、啤酒垫上的划线、计时钟上的洞等,是否属于这里的文书?从语言学上看,“文书”意指一种记录信息、表达意图的文字材料。无论其记载的信息如何,表达的意图为甚,它必须以文字为工具,以书面材料为载体。然而,这里的“标记”“划线”和“洞”显然不是文字,“软木塞”“啤酒垫”和“计时钟”也完全不是由书面材料所制成。因此,软木塞标记、啤酒垫上的划线、计时钟上的洞可谓超出了“文书”的语言学意义范围。然而,如果从“文书”的功能来看,这些事物显然都具备了记录信息、发布信息的作用,与“文书”具有类似的功能;从篡改、伪造这些标记、划线或洞的结果看,显然都具有改变文书所记载信息的实质内容,从而破坏其证明效力的后果。刑法中伪造文书罪的设定,主要是试图固定文书中所记载的意识表示,并对此种意识表示的公共信用予以保护。从此种规范保护目的出发,擅自改变软木塞标记、啤酒垫上的划线、计时钟上的洞的行为,无疑属于构成要件的保护目的之内,为其规范性的意义范围所覆盖。另一方面,“规范意义的范围”也可能小于“语言学意义的范围”。这是因为,当法文试图表达某种价值判断时,可能产生“溢出效应”。此时,某个对象可能处于语言学意义的范围之内,却已经无法为规范性评价所包容。例如,当事人以挥发性油、发烟硫酸、氯化物、玻璃瓶等为原料制造了四个燃烧瓶,并在示威游行中投放。那么,这里的“燃烧瓶”,是否属于日本《爆炸物管理罚则》中所称之“爆炸物”?从燃烧瓶的制作成分和实际使用效果看,这里的燃烧瓶可以引起轻微之爆炸,可被归入“爆炸物”之中。然而,由于上述法令与日本刑法相比加重了刑罚,因此,该法令所说的“爆炸物”,必然是指爆炸性能构成了对公共安全的严重威胁、其具有的爆

〔8〕 转引自(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90。

炸力将严重危害人身安全与财产安全之物。换言之,从规范评价上讲,只有爆炸力上达到一定程度,才能被归入这里的“爆炸物”范畴。

当“法文的语言意义范围”与“法文的规范意义范围”存在出入时,应如何确定刑法解释的限度?显然,单纯地遵循前者,尽管有利于刑法安定性与可预测性的达成,却未必能有效传达刑法的规范评价与实质理性;单纯地依赖后者,则可能产生相反效果。因此,无法绝对地以“法文的语言意义范围”与“法文的规范意义范围”之一,来确定刑法的解释限度。合理的思路应是,在两者间进行相互调适与整合,追求刑法形式理性与实质理性之间的反思性平衡。我们的具体方案是:首先,应当在“法文的语言意义范围”内尽量实现刑法的规范评价与价值目标,得出既符合语言意义范围又能实现刑法规范目的的解释结论;其次,当某种解释结论明显超出了“法文的语言意义范围”,即落入对立范畴的核心意义范围之内时,即使这种解释结论仍在“法文的规范意义范围”之内,也必须认为超出了解释的最大限度;再次,当某种解释结论超出了“法文的规范意义范围”,无法被刑法的规范评价所容时,即使这种解释结论仍在“法文的语言意义范围”之内,也必须认为超出了解释的最大限度而予以排除;最后,当某种解释结论超出了法文的核心意义范围(语义核)但尚未落入对立范畴的核心意义范围时,即处于法文语义的边缘、过渡地带时,不能立即认为超出了“法文的语言意义范围”。此时,应考虑刑法的规范评价与保护目的来确定解释结论是否可被允许。

表面来看,上述方案与实质解释论所主张之“调适的解释限度论”具有类似性。在前田雅英看来,“‘解释的实质的允许范围,与实质的正当性(处罚的必要性)成正比,与法文通常的语义成反比’。即处罚的必要性越高,允许解释的范围就越大,距离法文的通常语义越远,允许解释的范围就越小”。〔9〕诚然,这种“调适的解释限度论”正确地注意到了刑法解释中的“语义”与“实质的处罚必要性”这两个相关变量,也正确地阐明了这两个因素与刑法解释范围在变动方向上的关系。但是,其仍然存在下述缺陷:一方面,按照“调适的解释限度论”,当处罚的必要性足够高时,解释结论与通常语义的距离便可以足够远,也仍然处于解释的限度之内。换言之,即使解释结论已经超出了“文义的可能范围”,跨入到对立范畴的核心语义范围——其无论如何都不能涵盖的意义范围,只要其具有足够的处罚必要性,也仍然处于解释的容许范围之内。这样一来,“文义的可能范围”实际成为一条不设防的边界,随着实质的处罚必要性的提升,它将难以发挥限制功能;另一方面,与上述弱点相似,按照“调适的解释限度论”,当解释结论与通常语义的范围足够近时,其处罚的必要性便可以足够低。按照这一逻辑推演,如果解释结论处于法文语义范围最为核心的地带时,其处罚的必要性可以下降为零。此时,实质解释论与形式解释论竟不期而遇,彻底沦为所谓的“平义解释”,这也与实质解释论所倡导的“必须将字面上符合构成要件,实质上不具有可罚性的行为排除于构成要件之外”的结论背道而驰。〔10〕可以看到,这种“调适的解释限度论”的最大缺陷在于,表面上是由两个要素相互限制地决定着刑法解释的可允许范围,但实际上,充分放大其中的任一个因素,都可能导致另一个因素的虚置,从而使得两个要素均无法有效发挥其界限机能。而上文主张的方案,则恰当地坚

〔9〕 李海东,见前注〔7〕,页328。

〔10〕 参见张明楷:“实质解释论的再提倡”,《中国法学》2010年第4期,页49以下。

持了“语言意义范围”与“规范意义范围”的基本界限机能,只是在范畴间的过渡地带主张调适性地平衡。

二、具体化机能

(一)刑法上的不确定概念与概括条款

1. 不确定概念

今天,司法者要面对相当繁杂的立法表达形式。除了他们非常熟悉的法律原则、描述性概念等之外,还有另一些表达方法日显重要,如不确定概念、概括条款等。我们曾满怀确信,认为能够通过精确的规范形式,去实现法律的绝对确定性与清晰性。然而,生活的多样性、流动性与不可预见性,总是使立法者的理性冲动戛然而止。人们不得不承认,在立法与法律运行的过程中,的确存在着某些现象,它们构成了纯科学性的法律认识的边界,一如视线中始终存在的阴影。即使是像刑法这种最追求精确性与明确性的法律部门,也将不可避免地面临不确定性的困扰。

通常而言,不确定概念是相对于确定概念而言的。恩吉施(Engisch)在其《法律思维导论》一书中,曾对此加以详细分析。在他看来,所谓“不确定概念”,应被理解为一种内容与范围极其不确定的概念。在法律中,绝对确定的概念是罕见的,除了在法学上所运用的数字概念,包括数量、时间、金钱等概念(例如50公里、24小时长的期限、100马克等)之外,绝大多数的法律概念至少是部分地不确定的。这不仅适用于法律中所采用的自然概念,如“黑暗”“安睡”“喧嚣”“危险”“物”等,而且适用于那些原本的法律概念,如“谋杀”“违法”“犯罪”“行政行为”“法律行为”等。

在不确定概念之中,我们经常碰到的是两种类型:“描述性概念”与“规范性概念”。〔11〕在恩吉施看来,所谓“描述性概念”,意指“那些实际的或实际一类的,原则上为可感觉到的或以其他方式可经验的客体的概念”,如“人”“死亡”“同房”“黑暗”“红色的”“速度”“意图”等概念。〔12〕与之相对应的,是所谓的“规范性概念”(即狭义的“规范性概念”)。〔13〕此种狭义的“规范性概念”又可分为两种:

第一种“规范性概念”,其不同于“描述性概念”之处在于:虽然它同样以现实事物为对象,但这些现实事物并非简单依靠感觉或经验来认知,而是必须关联于规范的世界,才能被想象与理解。像“婚姻”“姻亲”“公务员”“未成年的”“卑劣的”等概念就属于此种情况。这种概念不仅仅具有“价值关联性”,而且更具有“内含规范性”,后者是其区别于“描述性概念”的核心所在。所谓的“内含规范性”意指,此种概念的全部意义内容都固定在某种规范之中,如果不考虑相关

〔11〕 刑法上的“记叙性构成要件要素”与“规范性构成要件要素”,是大致对应的区分。关于此点,可参见(日)小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,页49以下;还可参见张明楷,见前注〔3〕,页88-89。

〔12〕 恩吉施,见前注〔8〕,页134。

〔13〕 如上所述,广义的“规范性概念”也可将“描述性概念”包含在内。

的规范背景,这种概念的意义就根本无法被把握。我们可从“他人的”这一范畴中,清晰地看到此种特性。“他人的”物品,意味着一个不“属于”犯罪人的东西,它可能构成盗窃罪、贪污罪或是毁坏财物罪的对象。然而,在逻辑上,民法上的财产所有权制度是认知这一概念的前提。如果我们不同时考虑财产权规范,就完全无法理解何谓“他人的”。当然,恩吉施也指出,这里的规范并非仅指法律规范,而是同时包含源自道德或其他文化领域的规范。^[14]

第二种“规范性概念”,是指必须经过评价方能适用到具体案件之中的概念。刑法上的“规范性构成要件要素”,就是在此意义上被使用。^[15]在恩吉施看来,这种概念体现了“规范性”本来的含义,因而应真正赋予其特别的重要性。之所以如此,是因为前述的第一种“规范性概念”,有时也可以透过某些描述性特征来“定义”其适用条件。换言之,它们可能在一定程度上还原为“描述性的概念”。由此,其“规范性”的意义特征并不是非常明显。比如,“未成年人”这一概念,就可以被定义为“未满18周岁的那些人”,从而被转化为描述性的标准来确定。相反,第二种“规范性概念”,却永远必须经由评价才能被适用。比如,意向是否“无耻”、动机是否“卑劣”、文章是否“色情”、描述是否“亵渎神明”,它们只能基于评价来决定。这是一种“需评价补充”的概念,需经由法官的评价,来逐案地填补其规范内涵。^[16]

由于评价总是或多或少地带有含混性,因此,第二种“规范性概念”具有“不确定概念”的典型特征。一般而言,国内学者通常所说的“不确定概念”,就是针对此种“规范性概念”而言。例如,在《法学方法论》一书中,杨仁寿先生曾指出:“惟有些概念,恒需由审判者于个案中斟酌一切情事始可确定,亦即需由审判官予以价值判断,始可具体化,谓之不确定的规范性概念或不确定法律概念。”^[17]此外,王泽鉴教授也说:“所应注意者,民法上尚有甚多带有价值、不确定的规范性概念,如重大事由、显失公平、相当之数额或金额(‘民法’第194条、252条)。……此类规范性概念……具有一项基本特色,即须于个案中,依价值判断予以具体化,故此类规范性概念又称为须具体化(Konkretisierung)或须价值补充(Wertausfüllungsbedürftig)之概念。”^[18]

2. 概括条款

“概括条款”(Generalklausel)又被称为“一般条款”。如果说,不确定概念对应于确定概念,规范性概念对应于描述性概念,那么,与“概括条款”对应的,就是“列举条款”。作为指向特定结果的构成要件,既有可能是列举式的安排,也可能只是一种极为概括的描述。例如,《德国刑法》第226条规定,如果故意伤害身体的“后果是,受害者身体的重要部分、一只或两只眼睛的视力、听力、语言或生殖能力丧失或严重地持续地受到伤害,或遭致久病不愈,瘫痪或精神病,那么……”。这是一个典型的“列举式条款”;与之相对,《德国刑法(1930年草案)》中的第260条第1部分则规定:“如果受害者在其身体或健康上遭受严重损害……”,这是一个典型的“概括条款”。关于上述对应现象,恩吉施曾引述 Nipperdey 的话来加以说明:“在不正当的行

[14] 恩吉施,见前注[8],页136。

[15] 张明楷,见前注[3],页89。

[16] 参见恩吉施,见前注[8],页136。

[17] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,页135。

[18] 王泽鉴:《民法实例研习·基础理论》,台湾三民书局1982年版,页157—158。

为法中,只要是有关自己的过错的责任,便可能是两套法律规则体系。要么,是应该具有损害赔偿结果的违法的各具体事实构成被同时列出(就是说,大体如《德国民法典》第 823—825 条),要么是不正当行为的统一的事实构成被创立。因此,一般条款代替了列举的位置。”〔19〕

显然,“概括条款”与“列举条款”间的区别,只是在相对意义上成立。在上引的《德国刑法》第 226 条中,如果将“身体的重要部分”与其他的描述相比,它便几乎如同“概括条款”。但是,第 226 条一旦与《德国刑法(1930 年草案)》中的第 260 条相比,整体上仍然是列举式的。而如果把 1930 年草案的第 260 条,与慕尼黑苏维埃政府 1919 年制定的某个“概括条款”放在一起,它又显得如此的具体和精细。后者规定:“每种违反革命的原则的行为,将被处以刑罚。这种刑罚处在法官的自由裁量之中。”〔20〕此外,尚需特别注意的是,“概括条款”与“列举条款”在立法中并非总是互相排斥的,而是可以相互补充。上文未完整引用的 1930 年草案第 260 条中,在概括性条款“如果受害者在其身体或健康上遭受严重损害……”之后,立法者又紧接着进行了列举式的规定,“如果他严重地致残,永久且显著地破相,永久或严重地损害其身体的、知觉的、精神力或劳动力的利用……”〔21〕由此,完全存在两种条款结合运用的可能。

在恩吉施看来,与不确定概念、规范性概念等相比,“概括条款”的特质在于:其具有一定程度的普遍性。而这一点,是不确定概念、规范性概念所不具备的。换言之,“概括条款”是一种在逻辑上更具抽象性的范畴,它已经从“概念”层面上升到“规则”层面。在立法上,它往往表现为更具一般性的评价标准,需要价值填补的程度达到最强。但同时,从方法论的立场看,“概括条款”并不拥有特殊的结构,除了不确定概念与规范性概念所要求的特征外,它并没有包含更为独特的思维过程。充其量,它只是提升了抽象性的层次,扩大了与确定性概念之间的距离。而这只是程度的区别,却不是方式上的不同。在恩吉施看来,“概括条款”的真正意义在于立法技术领域。由于其巨大的普适性,“使得一大组事实构成无漏洞地和有适应能力地承受一个法律结果”。相反,“列举法却总是遭受着残缺不全和‘暂时’地掌握法律材料的危险”。〔22〕

我们不可以主张:所有的概括条款都是完全不确定的。相反,它们在一定程度上是确定的,因为,这种作为法秩序之基础的评价规则,已经由立法者在形式上牢牢给定。立法者并没有放弃对评价规则的描述,尽管此种描述只是概括性的,尽管其仍然需要在司法中予以具体化。当然,其确定性程度肯定不如“列举式条款”,仍然存在巨大的填补空间。

(二)类型建构作为具体化之方法

1.具体化的法理

从数字概念到描述性概念,再从规范性概念到概括条款,我们可以看到一个不确定性逐渐增加的大致趋向。随着不确定性的不断增长,其需要以评价加以补充的程度亦不断提升。其中,特别成为问题的,是规范性概念和概括条款的补充评价。

我们知道,规范性概念无法仅以经验的方式来加以判断,它必须加入评价才能适用到个案

〔19〕 转引自恩吉施,见前注〔8〕,页 148—150。

〔20〕 转引自恩吉施,见前注〔8〕,页 150。

〔21〕 转引自恩吉施,见前注〔8〕,页 151—152。

〔22〕 恩吉施,见前注〔8〕,页 152—153。

之中。而概括条款尽管描述了一般性的评价规则,但此种规则的具体内涵如何、意义边界何在,也需要在个案中予以补充判断。因此,在司法上,规范性概念和概括条款都面临着补充评价的问题。正是在这一过程中,类型思维扮演着极为重要的角色。因为,所谓补充评价,不过是一种内涵的具体化过程,亦即内容的继续确定过程。在此,类型的“具体化”机能有了极大的用武之地——透过一些局部性的、具有实质内容的具体类型的建构,使抽象评价逐渐个别化、精细化和标准化。这一具体化的操作,有三个重要特点:

首先,具体类型的建构,是在个案的司法适用中完成,又通过同类案件的反复沿袭而加以巩固。可以说,在没有遭遇到具体个案之前,法官根本不知道问题之所在。只有在面临当下案件的处理时,法官才会获得特定的问题意识与方向感。由此,他们会在具体案件的范围内,进行局部的、有针对性的整理与评价。经由这种评价,原先的不确定概念或概括条款,会在某个特定领域或具体方向上变得明朗和清晰。在以后的个案中,以先前案件的处理为参照,这种具体评价会不断被遵循、调整或是修正。由此,一种“案件的群像”就会逐渐凸显并稳定下来。这不仅使得一个局部的类型得以形成,而且处于这种类型背后的评价观点也得以凝结,从而为具体领域内的案件处理提供支持。

其次,类型化的操作,总是在局部领域内进行。换言之,这种通过类型来实现的具体化操作,总是被拘束在微观范围之内,它拒绝对整体问题发言,也从不试图提供完全的评价规则。法官始终是在审判个案,他必须受到待决个案的限制。法官只能提出适用于有限的事件类型之规则,而不能立即跳出个案,对全局性的评价问题进行综览。对于将来的、尚待开辟的领域,法官不可能事先预知应作怎样的区别、限制或修正。因此,法官的视线必须紧盯在当下案件所显示出的局部问题,而对其他的局部保持“留白”。只有当特定问题包含在待决案件中并呈现在法官面前之时,他们才可以在新的领域或方向上进行补充、探寻和具体化。我们应竭力避免,因建构部分类型而一叶障目,中断那些只有针对未来的个案才能实施的、进一步的澄清、发展与精确化的作业。具体化的操作,会始终面向生活开放。

莱嫩(Leenen)曾经提出,当需补充的评价标准还处于法律原则或法律思想的阶段之前,类型尚不能发挥作用。只有在进一步对这些法律思想予以具体化之时,才有类型作用的空间。他进一步以“诚信原则”为例加以说明。诚信原则在其具体化的过程中,首先被区分为几个功能范围,如:①义务范围之扩大;②对权利行使之限制;③因不可期待性而限制或免除给付义务。接着,在功能范围之下再形成法律思想,如禁止权利滥用思想或交易基础之思想等。再变成法律原则,如缔约上过失、积极侵害债权、权利失效、有关交易基础之欠缺或取消等。在莱嫩看来,在此种逐渐具体化的过程中,仍以价值内涵为主,尚未有类型建构之问题。必须进一步再从这些法律思想与法律原则中开始建立案例群,才有形成典型之类型特征之可能。^[23] 由此,在上述的基本原则——功能范围——个别原则——类型的脉络上,类型是在较低的层面上发挥其具体化之机能,这与类型较为贴近具体事物相关。此种看法整体上是正确的。但是,也应该注意到,民法中的“概括条款”,通常是指像“诚信原则”这样的基本原则,因而其所处的法律位阶极高。然而,刑法上的概括条款,却通常被视为是列举式条款的对应物,其抽象程度不

[23] 转引自吴从周:“类型思维与法学方法”,台湾大学法律研究所硕士论文,页161。

可能达到基本原则那样的层次。所以,在概括条款与不确定概念的具体化中,已经有类型的作用空间。

再次,特定类型的建构,乃不断作为比较的基础,帮助其他类型的建构。必须看到,具体化的工作,是一种不断展开的、累积性的事业。局部领域的具体化,会作用到将来的、其他领域的案件处理之中。因为,每个具体类型的建构,都将成为其他类型建构时的一种比较基础、一种必要参照。抽象评价规则在某个局部的明朗化,会带动和启发其他方向上的意义开辟。由此,每一次的具体化,都将成为进一步具体化的出发点。评价补充的操作,将成为一种渐进的、实验的进程。

总之,类型可作为一种具体化的工具发挥作用,并以其特殊的方式,使抽象评价与具体事实之间形成对接。不经过意义的填充与具体化,不确定概念、概括条款往往无法直接适用到具体个案之中,同时,也难以将个案直接归属于不确定概念或概括条款之下。在两者无法自由跨越的情况下,要形成对接,就必须经由某种中介或缓冲装置。这一装置的形成,唯有通过“类型化”方能完成。类型的建构,成为不确定概念与概括条款的一种具体化途径,借此方能与具体个案进行适配。每一次的类型化,都是一种使法律规范的意义更为精确与具体的操作,经过不断地累积,我们可以逐渐摸索出规范的意义内涵与边界所在。

2. 善良风俗

让我们再稍微具体地观察一个例子。在刑法、民法等领域内,“善良风俗”是一个非常重要的规范性概念。围绕这一概念,立法者设置了许多概括条款。例如,我国台湾地区“民法”第2条规定,“民事所适用之习惯,以不背于公共秩序或善良风俗者为限”;《德国民法典》第826条规定,“用违背善良风俗的方式使他人遭受故意损害的,有义务赔偿他人的损失”;《德国刑法典》第226条a则规定,“经受害人同意进行身体伤害的,只是在行为虽经同意但违背善良风俗时,才是违法的”。

然而,何谓“善良风俗”,却存在着相当不同之看法:史尚宽先生认为,公序良俗为维持吾人社会的共同生活应遵守之一般规范;^[24]黄茂荣先生认为,善良风俗指某一特定社会所尊重之起码的伦理要求,它强调法律或社会秩序之起码的“伦理性”;^[25]梅迪库斯认为善良风俗只是从道德秩序中裁剪下来的、在很大程度上被烙上了法律印记的那部分。^[26]可以看到,“善良风俗”在整体上强调部分道德规则对法律的拘束性。但是,到底什么样的道德规则才具有这样的拘束力,却并不清晰。因此,它带有模糊性,“其外延成为不确定的或开放性的,它只有经过法官审时度势的权衡才能被确定化”;^[27]另一方面,也正是因为其模糊性,使这一范畴在司法的指导功能上大为折损。“它只是为法官指出一个方向,要他朝着这个方向进行裁判,至于在这个方向上法官到底可以走多远,则让法官自己去裁判。”^[28]在这一概念的适用中,法官必须面向个案,对其持续地注入新的、限定性的内涵,使其在不丧失包容力的同时,尽可能为将来

[24] 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页40。

[25] 参见黄茂荣:《民法总则》,台湾三民书局1982年版,页539。

[26] 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,法律出版社2000年版,页510—511。

[27] 转引自徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,页354。

[28] 沈敏荣:《法律的不确定性——反垄断法规则分析》,法律出版社2001年版,页107。

的司法裁判提供指引。

在对《德国刑法典》第226条第a项的适用中,就非常清楚地显现出此种态势。“被害人的同意”通常被视为一种重要的违法阻却事由,但有着特定的适用范围。被害人所作出的身体伤害之“同意”,只有在不违背“善良风俗”的情况下,才具有合法性。然而,如何才算是“不违背善良风俗”,并不是立刻就很清楚。它需要通过判例的持续积累与整理,不断进行类型式的归纳,才能逐渐具体化,并成为一个血肉充盈的整体。沿着这样的思考,德国的司法实务同时在两个方向上推进“类型化”工作:一是“正向的类型化”即何种伤害违背“善良风俗”;二是“反向的类型化”,即何种伤害不违背“善良风俗”。在前一方面,可以看到下列行为:①基于施虐的殴打行为;②教练用编织物作为惩戒措施;③为了非医疗目的而进行自慰性质的行为;④没有医学上的必要为瘾君子开鸦片;⑤在拳击中故意违反极其简单的规则;⑥基于患者的无理要求,而将牙全部拔掉的行为。在后一方面,则主要有以下类型:①经同意的医学上的治疗行为;②当事人自愿的绝育行为;③学生决斗中的伤害同意。^[29]

三、结构化机能

(一)类型的要素关联:加入、隐退与凸显

我们知道,类型乃要素之有机结合。要素既是组成类型之部分,亦是类型中格外动态的、具有丰富可塑性的成分。由此,借着若干要素的全然消退、新的要素的加入或居于重要地位,一种类型会交错地过渡到另一种类型。^[30]值得注意的是,个别要素的变化,只是类型过渡的显在表现。真正重要的是,由于特定要素的隐退、加入或居于重要地位,打破了原先的要素间的作用结构,而使得要素间呈现出某种新的关系格局。而此种“协作关系”的变化,实际上正意味着类型的“整体图像”得以转化,意味着某种新的评价观点得以建立。因此,类型与类型之间的意义脉络,可以借助此种内部要素之间的联系与区分去洞察和把握。

还是回到刑法学的思考。刑法上由基本犯向结果加重犯的转化,提供了值得注意的例证。结果加重犯的重要特质在于其“加重结果”,亦即超出基本犯罪的罪质范围的结果。关于这一“加重结果”的性质,刑法理论上存有争论:一种观点认为,加重结果是“加重处罚之条件”,而非犯罪构成之要素;另一种观点则认为,加重结果并非“加重处罚之条件”,而是一种“构成要件要素”。换言之,基本犯罪已因加重结果之发生,产生了新的构成要件要素,当然改变原有基本犯之罪责,而独立成为一新犯罪。^[31]从类型思维出发,“加重结果”决非仅仅是一个处罚问题,而是一种新的要素的加入。正是由于这一要素的加入,使原有的构成要件结构被打破,并交错过渡到另一种全新的结构。在这一结构中,尽管“主体”“行为”等要素不变,但“加重结果”的出现,使得其侵害的法益已经超出了原“基本结果”所涵盖的范围,从而超越了原先的规范保

[29] 参见(德)汉斯·海因里希·耶赛克、(德)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458-460。

[30] 拉伦兹,见前注[2],页386。

[31] 参见陈朴生、洪福增:《刑法总则》,台湾五南图书出版公司1982年版,页114-115。

护目的;也正因为如此,原先的法律后果已经无法构成有效的、合比例的刑法反应,必须提高法定刑幅度,而非仅仅在原有幅度内从重处罚;不仅如此,在罪过问题上,由于加重结果的出现,使得行为人在主观心理上不再是某种仅针对基本结果的单一罪过心理,而是呈现出“对基本结果的心理态度”“对加重结果的心理态度”等不同罪过的复杂组合样态。由上可见,“加重结果”的出现绝不仅仅意味着某种新要素的加入,它不但会使得既有要素发生内容和性质上的变化(如客体),而且会使得既有要素与新要素间(如罪过与结果之间)产生新的关系格局。可以说,这是一种要素结构的变化,罪质与所属类型亦发生了转变,结果加重犯应作为一种新的犯罪类型来看待。如果反向分析,在结果加重犯中抽取掉上述要素,它又会逆向转化为基本犯。由此,新要素的加入或是隐退,完全可能促成类型之间的相互流转。

此外,类型要素之间的结构联系还有其他的表现形式。此类型与彼类型很可能在要素的种类和数目上均无差异,但同一要素在不同类型中的地位则呈现出显著不同。让我们看看共同犯罪、结伙犯罪、集团犯罪、黑社会性质的有组织犯罪、典型的黑社会组织犯罪及邪教组织犯罪这一系列的犯罪类型。在今日之各国刑法中,一般都承认共同犯罪作为独特的犯罪形态,与单独犯相对应。然而,在一个整的共同犯罪的集合中,仍然可以观察到上述的不同变形。仔细观察这些形态,可以看到一个犯罪组织化程度不断攀升和强化的趋势。在两个人实施的简单共同犯罪那里,只有组织性的外部行为,还不存在组织性的内部结构;到了结伙犯罪,则不仅在行为上实现组织化,而且开始有临时性的、松散型的组织结构;发展到犯罪集团,组织化程度则进一步提高。这时,组织性的结构开始稳定下来并得以固化,且组织的紧密程度也与结伙犯罪不可同日而语;到了黑社会性质的、甚至是典型的黑社会,组织结构则不仅具有内部的严密性,而且呈现出向外扩张的态势。此时,组织内部开始出现精确的分工体系,角色扮演也不断固化。既有“英明果绝”的司令,也有“足智多谋”的军师;既有“精打细算”的帐房,又有“百发百中”的杀手。如果再加上“富可敌国”的巨资、现代化的犯罪工具,黑社会犯罪就显现为一种具有严密组织结构的有序系统。不仅如此,此种组织结构还具有向外扩散和蔓延的强烈冲动。一个显著标志就是,它开始与政治势力相勾连,建立自己的势力网络和保护屏障;而发展到邪教组织,除了物质化的组织结构之外,更开始寻求精神上的、信仰上的连接,具备了某种独立、封闭的亚文化雏形。这里,我们可以明显感受到一种组织化程度的不断进化,一种犯罪的“自组织化”倾向;从行为的组织性,到结构的组织性;从临时、松散的组织性,到固定、严密的组织性;从内部的组织性到内外结合的组织性;从人员、物质的组织性到精神、文化的组织性。“组织性”呈现出不断升级的、连续化的排列状态。我们完全可以将上述犯罪形态的结合,视为是某种“类型系列”;而将“组织化”的不同形式与程度,视为是贯穿这一“类型系列”的基本脉络。

(二)类型的谱系形成:“母子类型”与“兄弟类型”

在上面的例子中,我们已经看到了某种“类型谱系”之建构可能。毫无疑问,这种“类型谱系”是由个别类型发展而来,但是,它却在结构化、体系化的道路上走得更远。此种类型系列之形成,乃根基于类型要素的可变性:随着若干要素的消退、新的要素的加入或居于重要地位,一种类型会交错地过渡到另一种类型。通过分析类型的要素结构的变化,可以清晰地洞察类型间的意义关联。类型间要素的联系与区分,能够很好地显现类型与类型的相通或是相异。由此,我们完全可以按照一定的逻辑顺序,将相邻类型进行

次序性地排列,尝试建立起类型的体系:

其一,从纵向看,上位类型(母类型)能够通过进一步地演绎和分析,区分出其下位类型(子类型),下位类型(子类型)亦可以通过与其他同阶层子类型的比较和权衡,抽象和提炼出其上位类型(母类型)。这便意味着,在类型的轮廓内完全可能再整合化,亦完全可能再类型化。通过一再地汇合或是分殊,类型之花将在纵向上不断繁衍和延伸。

其二,从横向看,上述纵向系列中毗邻的子类型,便构成了类型体系的横向系列。从这个意义上讲,横向系列是在纵向系列建构的过程中自然形成的。当我们将两个相近类型放在一起比较时,基于其要素上的相通特征,我们可以提炼出其上一位的母类型。但基于其要素上的不同特点,我们又不得不将这两个类型并列处理。此种相互毗邻但仍应予以区分的类型,在要素结构上既有相通之处,亦有相异之处,在其上位类型的整体轮廓之内形成一种横向序列。如果说,纵向的上下位类型是“母子式的类型”,那么,横向的毗邻类型就是“兄弟式的类型”。

其三,从范围上看,类型系列的构建既可能在某个类型内部完成,也可能在其外部完成。在类型轮廓的外部,通过归纳或演绎形成类型系列非常容易理解。值得注意的是,在特定类型的轮廓内,也可以通过案例比较的方法,将一系列类似案件加以归纳、整理,从而形成局部领域的“子类型”。随着这些子类型的不断累积,我们可以在某个类型的内部形成“子类型的系列”。每一种子类型的形成,都是该类型在特定方向上的具体化,都为类型意义的填充和不断丰富提供认识基础,也将为新的子类型的建构提供比较基点。通过这些子类型之间的比较,一方面我们可以明了它们的“最大公约数”所在,从而把握该规范类型的意义核心。在未来的子类型建构中,这一意义核心将不断得以证实或证伪;另一方面,通过比较,各子类型之间的差异也将逐步显现。其过渡与区分关系,正体现了类型意义在不同局部或方向上的微妙调整与修正,也体现出素材的不同样本对类型意义丰富性的挖掘与开辟。

(三)类型比较的实益

1.意义脉络的彰显

不难发现,通过在类型的外部与内部、纵向与横向上发展类型谱系,将会最终形成一种“类型的体系”。以类型体系为基础展开类型间的比较,在思维上的最大实益便在于:它能相当清晰地显现类型与类型之间的意义关联。任意给出一个类型,其在整个类型体系中的位置均是固定的。同时,通过锁定这一体系位置,我们可以非常便捷地找出其毗连类型与上位、下位类型,而且,可以非常轻易地探寻这些类型之间在要素结构上的联系与区分。如此一来,不但任意两种类型之间的内在勾连清晰可见,而且整个类型体系的意义脉络亦彰显无遗。

刑法上关于犯罪客体的解释,就很好地展示了类型体系所具有的上述价值。尽管在客体的内涵上仍存在争论,但无论做怎样的界定,有一点认识却是公认的:犯罪客体对于具体犯罪类型的划分、对于刑法分则的体系化,有着至关重要的意义。在这一认识下,可以看到围绕法益、社会关系等范畴所形成的不同的体系化可能。虽然这些体系在核心范畴、区分标准、层次安排等具体问题上存有差异,但它们都是在建构“类型系列”的思路下加以展开。^[32]以

[32] 它们可能形成“法益的类型系列”“社会关系的类型系列”等不同体系前景。

关于法益的“类型系列”为例：法益可类型化为个人法益与超个人法益；个人法益可进一步类型化为生命的法益、身体的法益、财产的法益、名誉的法益等；超个人法益可进一步类型化为国家的法益、社会的法益等。上述每种法益还可进一步被类型化，由此形成一种关于法益的类型系列。此种类型体系的功能在于：无论是对相邻各罪的关系，还是对各罪与类罪的关系，都能够提供极为方便的说明。特别是，当具体各罪在类型系列中的位置发生变化时，通过比较其上位法益，就可以清晰地理解其客体的变动，以及内含其中的规范意旨的调整。

不过，值得指出的是，类型比较对于价值脉络的展现，只能在部分的、局部的范围内有效，这与类型对具体事物的逼近有关。相反，基于其固有的抽象性，原则能提供最大程度的概观性，可以在相对宏观的层面来描述制度与制度、规范与规范之间的价值关系。而如果具体到个别事物之间、甚至是个别事物的内部，原则就难以在这一层面显示其评价关联。例如，诈骗罪到抢劫罪的转化（事后抢劫）、携带凶器抢夺被拟制为抢劫，就适合以类型比较为视角来展示其价值关联，法律原则则无力对此进行描述和解说。相反，如果事关犯罪与刑罚之关系、犯罪与刑事责任之关系等问题，就会超出类型的描述范围，而必须与更为宏观的原则（如罪责刑相适应原则等）相配合始能说明。

2. 中间类型与混合类型的把握

尝试从类型系列出发进行解释，还使得中间类型及混合类型的掌握成为可能。这一点，成为拉伦茨讨论类型系列时最为看重的价值。^{〔33〕}在我看来，这却是以上述意义脉络之彰显为前提。通过指定某类型在类型系列中的恰当位置，我们可以轻易地观察到与其相邻的兄弟类型。进一步地，通过分析这一系列类型的具体要素，兄弟类型间相连与相异的特征更可以显示出来。由此，在一个连续排列的、序列性的类型方阵中，类型间的过渡关系与渐变关系将变得格外清晰。

在抽象概念的思考中，只有“非此即彼”可言。换言之，概念试图在事物的过渡中划分出一条明确的界限，要么落入此界限之内，要么排除在此界限之外。由此，概念式思维的重要特征在于“隔绝”和“封闭”。概念式思维幻想将各种生活事件，逐一分配到一个个被精致思考所得的抽屉中，只要将该当的抽屉抽出，就可以发现该当的事件，此种构想是不可能实现的。^{〔34〕}事实上，生活现实之间毋宁是一种流动的过渡。每一事物类型或许在其核心部分是意义清晰的，但在核心部分之外的边缘地带，在事物与事物之间的过渡地带，则常常是含混模糊的。在这里，“或多或少”才是真正的特征概括，而“非此即彼”则显得武断幼稚而又不切实际。

相较概念的隔绝式、封闭式思维而言，类型是一种更为开放的思维。类型虽然有一个固定的核心，但却没有固定的边界。在类型与类型之间的边缘地带，过渡是和缓、渐进而流动的。在这里，很难去绝对区分类型之间的界限，无法做出“非此即彼”的判断，相反，“既如此亦如此”的中间类型和混合类型倒是一种真实的存在。

〔33〕 拉伦兹，见前注〔2〕，页 387。

〔34〕 拉伦兹，见前注〔2〕，页 370。

刑法上“持有”犯罪的性质一直处于激烈的争辩之中。^[35]传统刑法理论将行为区分为“作为”与“不作为”两种形式。许多学者基于固有的思维模式,总是试图将“持有”要么解释为“作为”,要么解释为“不作为”。如果从概念式思维出发,“作为”与“不作为”是处于对极地位的概念,两者之间不可能存在中间道路。然而,持有的先导是一种“作为”,但持有的状态本身不是积极的作为,而是更多地类似于“不作为”。如果仔细追究,此种状态又与“不作为”存有区别:不作为以特定义务为前提,而状态本身的存在则与作为义务并无关系。由此看来,持有既似作为又似不作为,即非作为又非不作为。其实质上是作为与不作为之间的“中间状态”,是两大类型的边缘结合地带,是一种“中间类型”。从物质的存在形态出发,完全可能有三种类型:动、静、动静相融。如果说“作为”是一种动,“不作为”是一种静,那么持有就是一种动静相融。^[36]

刑法中不但有中间类型,而且有相当多的混合类型。如果说,前者是一种处于两种类型之中间地带并具有“过渡性质”的类型,那么后者则是一种由两种不同类型结合而成的、“统合性质”的类型。例如,传统刑法理论认为主观罪过应区分故意与过失,但司法实践中出现的“复合罪过”,便是一种故意与过失“兼而有之”的心态。^[37]再比如,刑法学将行为区分为作为与不作为。但是,翻开刑法典,我们会发现不少犯罪的实行行为,是由作为与不作为两种形态结合而成的,这便是所谓的“混合行为犯”。^[38]不管是“混合罪过”还是“混合行为犯”,都是相当典型的“混合类型”。

3. 法律漏洞的发现

通过类型谱系来进行类型比较,还使得法律漏洞的发现成为可能。这一点,同样以意义脉络之把握为前提。因为,只有在对体系的价值关系、内在逻辑有清醒认识之时,才会对可能的错漏、重叠与矛盾有所洞察。在一个类型系列所形成的部分体系中,类型在纵向与横向两个维度上都呈现出次序性的排列状态。此时,通过具体类型间的比较,通过对类型的内在特征的把握,就能够较为清楚地理解它们之间的价值牵连,并以此种价值关系为基础,进行合乎逻辑的推论与分析。

比如,在对“金融诈骗罪”主观目的之理解上,刑法学界素有分歧。^[39]中国刑法分则第三章第五节规定了“集资诈骗罪”“贷款诈骗罪”“票据诈骗罪”等八种之多的金融诈骗类型。其中,刑法仅对“集资诈骗罪”“贷款诈骗罪”这两种犯罪明文规定了“以非法占有为目的”,其他六种犯罪则没有规定“以非法占有为目的”。于是,有学者认为,此六种金融诈骗罪不需要“以非法占有为目的”。然而,一旦我们把握了上述类型谱系的意义脉络,便能相当轻易地否定此种见解。因为,从类型体系上看,八种金融诈骗犯罪构成了相互毗邻的横向类型序列,它们都从

[35] 关于“持有”之性质,刑法学界有三种意见:一种意见认为持有可归入作为;第二种意见认为持有可归入不作为;第三种意见认为,持有乃介于作为与不作为之间的第三种行为方式。

[36] 参见储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,页412。

[37] 参见储槐植、杨书文:“复合罪过形式探析——刑法理论对现行刑法内含的新法律现象之解读”,《法学研究》1999年第1期,页50以下。

[38] 参见熊选国:《刑法中行为论》,人民法院出版社1992年版,页121。

[39] 参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,页632。

属于金融诈骗罪这一上位类型。进一步观察,无论是金融诈骗,还是合同诈骗、普通诈骗,都属于诈骗罪这一上位类型,而且可进而归属到“转移占有的财产犯罪”这一更上位的类型。无疑,所有“转移占有的财产犯罪”都必须“以非法占有为目的”,此点不言自明。既然如此,作为其子类型、子子类型的犯罪理当要求“以非法占有为目的”。因此,即使刑法典没有明文规定,上述的六种金融诈骗罪也必须要求“以非法占有为目的”,这是从类型体系的意义脉络中得出的当然结论。

四、区分化机能

(一) 区分化的法理

1. 法律素材的精细化处理

在具体化、实质化和结构化的机能之外,从类型思维出发的刑法解释还具有区别化的机能。这一机能是指,当解释者无法形成统一的解释基准时,可以先在较低层面上形成个别化的解释结论,同时允许在规范类型内的不同局部形成特殊性的、差异化的解释规则。这不仅是因为解释者只具有有限理性,其面临的素材总是部分的。当司法者无法就全部构成事实作完整观察之时,就无法对待解释范畴给出全局性的解答,其内涵需要在司法实践的漫长过程中逐步摸索和整理;更重要的是因为解释者必须恪守其权力边界,解释者必须始终面向个案做出解释,而无法对规范做出抽象性的解释。惟其如此,解释结论的有效性总是局限在规范领域的某个局部或侧面,难以给出整全性的解释方案。

法律素材本身的丰富性、多元性与延展性同样值得注意。一方面,法律素材具有多样性、丰富性。尽管同属于一个类型,但法律素材间未必有同样的表现形式。这些素材在特征个数、特征表现的强度以及特征间的组合形态等方面都可能存在区别;即使在作为类型基础的价值观点上,各素材具有意义的相似性,它们也仍然存在意义强度上的区别,从而呈现出典型事实(典型原型)与非典型事实(非典型原型)的连续性分布样态。正是基于素材间所具有的这些复杂而微妙的区别,我们就需要在不同的素材群之间进行抽象和整理,探求其共性与联系,同时密切关注其可能的差异、变化与调整;另一方面,法律素材还具有延展性,它将不断面向生活开放。尽管规范类型的表述不变,但是其可能涵盖的事实素材却可以不断变化和发展。“谁又能完全预见全部的构成事实,它们藏身于无尽多变的生活海洋中,何曾有一次被全部冲上沙滩?”^[40]正因为如此,我们所认识的素材永远处于暂定的状态,针对既有素材整理而成的类型也永远只是局部的、部分的类型。

解释者的有限理性、权力克制以及法律素材本身的特性都提醒我们:不要轻易对整体问题发言,对任何形式的整齐划一的解释方案或评价规则应保持警惕。我们需要对法律素材进行更具针对性的观察、更为精细化的把握。即使在同一个规范类型的内部,也完全可能形成不同样态的下位类型:它们可能在作用范围或功能领域上有所分工;可能在规范评价的方向上有细微区分、调整与修正;或者,在意义传达上的强度上有所区别。

[40] (德)拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,中国大百科全书出版社1997年版,页106。

2. 解释共识的凝练

将待解释的范畴作为概念时,往往意味着在重要特征的数量、范围及表现程度上存在划一的标准,同时取得解释者的一致认同。而事实上,到底哪些特征是重要的、不可舍弃的,特征与特征之间的关系如何,特征组合所体现的价值观点究竟是什么,这些问题往往难以取得共识。无论在哪个方面出现无法化解的分歧,都可能导致概念化解释思维的流产,无法获得统一性的解释规则。

相比而言,从类型出发的刑法解释更可能赢得人们的相互妥协,也更容易凝练出解释方案上的共识。这主要是因为:其一,相比概念而言,类型有着更低程度的抽象性。人们都有这样的经验,当在相对高层次的主张上发生分歧时,如果降低抽象的程度,也许更容易达成一致意见。这正是孙斯坦(Sustain)反复强调的“未完全理论化的协议”的形成机理。^[41]在刑法上,我们对“何谓社会相当性”这一问题可能存有争议,但具体到“作为体育运动的拳击行为具有社会相当性”这一点,却不会有所分歧。由此可以看到,作为更加具象、也更逼近个体的思维与表达层次,类型更容易积聚人们的共识。其二,相比概念而言,类型有着更高程度的开放性。无论在特征的数目上,还是在特征间的相互关系上,或者是价值传达的程度性区分上,类型都有着一定的调整余地。此种灵活机动的空间,使得类型式的思考更容易包容不同的意见,更能容纳多元的价值诉求。

因此,在达成划一的解释方案存在困难时,可以先在具体方向上或局部领域内先形成个别化的解释规则,即使这些规则之间存在着特殊性或差异性。这可能是无奈之举,更可能是某种策略性的选择。其现实价值在于:第一,减少争议成本,寻求问题的当下解决。摆在解释者面前的任务是,在一个以严格给定的时间内要完成解释与适用任务。就此而言,形成决定,哪怕是暂时性的、个别性的决定,也可能比旷日持久的争论更有意义。解释工作的决断性和时效性,使得解释者必须相对迅速地完成解释作业。第二,吸纳共识。在任何法律领域内,包括刑法解释,都蕴含着许多无法以统一规则来表述、解决的问题。在人们对普遍规则仍有分歧,但对具体问题却可达成一致的情况下,先巩固起这些局部的共识,也是极为关键的。由此,放弃构筑统一规则的宏大抱负,先寻求问题在较低层次和较开放意义上的解决,乃是一种务实的态度。就此而言,个别化解释可被归入实用主义的策略。第三,降低风险。任何解释方案或结论的作出,都可能会出现错误。当抽象程度极高的整全性规则出现偏差时,其影响面极广,可能形成灾难性的错误。相反,当解释结论限缩在较狭窄的领域或较具体的方向上时,即使结论出错,其影响范围也相对有限。因此,个别化、具体化的解释思路,其实也是刑法解释的某种风险控制机制。

3. 向统一的解释基准开放

事实上,个别化、差异化的解释方案,与抽象性、统一性的解释规则之间,并不是截然两立的关系。

首先,个别规则往往是形成统一基准的先前阶段,是通往最后理想形态之路上的一条通道。解释者常常是从个案的处理出发,形成某种个别化的解释方案。在以后的个案中,以先前

[41] 参见(美)凯斯·R·孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武等译,法律出版社2004年版,页41。

案件的处理为参照,这种解释方案会不断被遵循、调整或是修正。由此,一种“案件群像”就会逐渐凸显并稳定下来。这不仅使得一个局部的类型得以形成,而且使得针对这类案型的解释规则得以形成。随着这些局部类型的逐渐确立、巩固,具体化的解释规则也将逐步累积和丰富起来。如果在这些个别化的解释规则之间发现共性或联系,解释者就可能经由归纳、抽象而发展出概观程度更高的规则,从而经历某种“规则抽象程度上的提升”。这种不断的收缩、聚拢和提炼过程,自然隐含着形成统一规则的契机。

其次,透过个别规则的比较,才能清晰地显现具体类型之间的脉络关联,才能逻辑性地、整体性地把握规范类型的整体。在此意义上,统一化规则可能进一步成为发现新知的源泉,透过它,我们可以不断发展出新的个别规则。这些个别规则虽在最终意义上可以回归到整体脉络之内,但在具体问题的解决上却拓展了既有的理解与认知。

最后,还要看到,即使统一化规则已经形成,它也仍然可能面临新案件的挑战。所谓统一化的规则,只是既有认识的整理与沉淀,随着偏离统一规则的新案型一再出现,这种统一规则可能需要被重新限制、分化甚至瓦解。解释者将经历某种认知或理解上的循环:“发现问题——形成个别规则——建构统一规则——发现问题……”这一过程难有终点,将不断持续下去。

(二) 犯罪既遂标准的区分化

在既遂的认定标准问题上,中国刑法学界历来存在着“目的说”“结果说”与“构成要件满足说”等不同观点。仔细观察便不难发现,尽管这些学说在具体的判断标准上存在差异,但在试图为既遂认定提供整齐划一的界限这一点上,却是相似的。换言之,这些学说在具体观点上的分歧,是以方法论上的高度一致为前提的,也即,以概念性的统一界定为思维基础。然而,问题是,概念式的统一界定是否总是可能?

1. “目的说”之反思

“目的说”主要是从文义解释出发得出的结论。中国刑法上尽管没有对何谓既遂作出说明,但却对犯罪未遂作出了界定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。”从刑法的明文表述出发,容易认为,“得逞”与“未得逞”是区分犯罪既遂与未完成形态的关键。而就法文的语义而言,“得逞”与“未得逞”,通常是指“是否如愿、称愿”的意思,其核心是行为人的主观愿望、目的是否实现。^[42]就此而言,“目的说”可谓是最符合文义的解释方案。然而,符合文义仅仅是解释结论的最低要求,目的说并不一定符合实质正义:一方面,目的具有主观性,是行为人内心追求某种结果的主观状态。站在外在于行为人的立场,对目的的判断只能从其客观行为表现来着手。然而,目的又是某种主观的超过要素,实际中并不一定存在与这种主观心理状态相对应的客观行为表现,由此导致司法判断上的困难。另一方面,目的具有任意性。例如,A因为仇隙想杀死对方进行报复,B同样因为仇隙试图报复,但希望先杀死对方,再进行奸尸、鞭尸并碎尸。可以看到,针对相同的故意杀人犯罪,不同的犯罪人完全可能产生差异化的、个性化的犯罪目的。如果以所谓基本的犯罪目的(与构成要件结果相对应的主观目的)来进行均一化、规范化的考量,就会使犯罪目的是否实现的问题客观化为

[42] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,页149。

犯罪的逻辑结果(构成要件结果)是否产生的问题,从而回到“结果说”;而如果放弃这种均一化、规范化的考量,当犯罪人的主观目的超出基本的犯罪目的时,就会使得既遂判断完全依据犯罪人的内心状态而定,从而陷入恣意化、任性化的境地。

2.“构成要件齐备说”之反思

“构成要件齐备说”认为,齐备某具体犯罪构成的全部要件时,便是犯罪既遂。“不同类型犯罪的犯罪既遂标准,无论是犯罪结果的发生、犯罪行为达到一定程度的完成,还是法律规定的危险状态的具备,都可以概括为犯罪构成要件的满足,都分别是犯罪构成要件满足的具体表现形式。”^{〔43〕}然而,这种看似整齐划一的判断基准,却存在诸多问题:一方面,这一基准存在溢出效应。构成要件齐备的反面,是构成要件的不齐备。如果构成要件齐备就构成了犯罪既遂,那么,构成要件不齐备就应当成立犯罪的未完成形态。然而,犯罪主体、主观方面、犯罪客体等都是犯罪构成体系的组成部分,这些要件的缺失并不会使行为成立犯罪的未完成形态,而只会使行为出罪化。换言之,这些要件的机能并不在于控制犯罪形态,而在于维持刑事可罚性的边界。由此可见,对于犯罪形态具有划分意义的要件,其实就是客观方面要件。更深入一些观察则会发现,客观方面中的因果关系、犯罪对象、客观附随情状(时间、地点、方法)等要素,实际上也仅仅是影响犯罪是否成立或可罚性程度而已,对于犯罪是否既遂则没有决定价值。真正对犯罪形态具有影响意义的,就是危害行为与结果这两个要素。将构成要件是否齐备作为犯罪是否既遂的标准,存在有失准确、过于宽泛之虞。另一方面,这一基准存在混淆效应。它混淆了犯罪成立与犯罪形态的关系。一般认为,犯罪构成的基本功能在于,为犯罪是否成立提供判断基准。然而,如果认为,构成要件是否齐备对犯罪是否既遂也具有决定意义,那么,犯罪构成就必须同时肩负起划定犯罪形态的功能。应当看到,在需要区分成立判断与形态判断的直接故意犯罪中,犯罪是否成立与犯罪是否既遂应当是前后相继的两个逻辑流程,而不能相互混同、一次性完成。如果具体构成要件的满足,同时便意味着犯罪既遂的达成,那么犯罪构成便必然包含着“犯罪是否成立”之外更多的判断要素与构成内容,犯罪构成就成为了“既遂构成”,而非仅仅是“犯罪构成”。

也正因为如此,有学者提出“基本构成要件”与“修正构成要件”的区分。^{〔44〕}其逻辑理路是,首先肯定刑法分则中规定的构成要件是基本构成要件,是以单独犯、既遂犯为样本而形成;其后,为了处罚共犯与未遂犯,刑法总则对分则的基本构成要件予以了修正,使得共犯与未遂犯符合这种修正了的构成要件。然而,这样的区分仍然无法解决问题:一方面,根据这种区分,基本的构成要件并非犯罪成立的要件,而是犯罪既遂的要件,修正的构成要件反而成为了犯罪成立的要件。基本构成要件中仍然包含着超过犯罪成立的评价要素与内容;另一方面,构成要件概念的产生,一开始就是以分则意义上的、具体的构成要件观念为基础的。这种构成要件的功能也被公认为是罪刑法定主义的具体化,是为刑事可罚性确立起基本的逻辑起点与最低条件。而修正构成要件与基本构成要件的区分,则是将作为可罚性基本条件的修正要件规定在刑法总则中,却将超出可罚性基本条件的形态条件规定在刑法分则中。这显然与构成要件的

〔43〕 同上注。

〔44〕 张明楷,见前注〔3〕,页79。

基本观念及核心功能有所背离。

3.“结果说”之反思

在“结果说”看来,犯罪既遂是故意实施犯罪行为并且造成法定犯罪结果的情形。犯罪既遂与未遂的区别,就在于是否造成法定犯罪结果。^{〔45〕} 这里,关于犯罪结果的界定,可谓至关重要,也是“结果说”得以适用的基本前提。

第一,有必要区分“构成结果”与“形态结果”。在过失犯罪与间接故意犯罪中,是否存在危害结果,直接制约着行为是否成立犯罪。这种结果不妨称之为“构成结果”。与之相对,在直接故意犯罪中,危害结果是否出现,其意义并不在于影响犯罪是否成立,而在于判断犯罪是否达致完成状态,是否成立犯罪既遂。这种结果可以称之为“形态结果”或“既遂结果”。可见,同样的结果概念,在直接故意犯罪中和在过失犯罪、间接故意犯罪中的价值、机能不尽相同,应当严格区分。“结果说”所论及之结果概念,正是直接故意犯罪中的“形态结果”意义上的概念,而非“构成结果”意义上的概念。

第二,有必要区分“广义结果”与“狭义结果”。危害结果仅仅是指对特定犯罪的直接客体所造成的现实侵害(狭义结果),还是同时包含着造成这种现实侵害的威胁(广义结果),在理论界素有争议。这一争议不仅对结果概念本身的内涵有不同理解,进一步还影响着结果的体系地位问题。例如,危害结果是否构成要件中的必备要素?危害结果与行为的关系应如何理解?进一步地,因果关系的体系地位又应如何把握?等等。在我看来,必须将危害结果概念作狭义的理解。这是因为:一方面,如果将危害结果作广义理解,那么,危害结果作为现实的客体侵害或者产生这种侵害的危险性,将与客体概念混同起来,无从区分;另一方面,刑法上任何危害行为的成立,都应当具有刑事政策意义上的重要性,都必须具备有害性的特征。亦即,对刑法所保护的客体产生现实侵害或者至少具有威胁性。如此一来,广义的危害结果实际上成为危害行为的内在构成特征,两者难以区分。可见,危害结果这一范畴的泛化,必然导致结果概念被夹在“犯罪客体”与“危害行为”这两个范畴之间,并形成难以有效区分的高度重叠关系。因此,为了维持概念的纯化,应当将危害结果概念作狭义理解。

第三,有必要妥善区分“行为”与“结果”。为了将刑法上的“行为”与“结果”区别开来,必须将结果看成是与危害行为相分离的、偶然实现在特定个体之上的、现实的法益侵害。这种区别的重要意义在于:

首先,对行为的界定不再依赖于结果概念。当我们发问,什么是刑法上的杀人行为时,以往的方案可能认为,导致了自然人的实际死亡结果的行为就是杀人行为。这是一种从结果出发来说明行为的思路。这一思路不仅使得行为概念混沌化,无法从结果概念中独立出来,同时也可能造成行为概念的外延偏狭化,难以涵盖那些虽没有造成现实损害结果、但却蕴含着典型的法益损害危险性的行为。承上所述,在对行为概念的界定中,必然包含着对“法益指向性”的描述。单纯的“有体性”或“有意性”特征,尚不足以界定刑法意义上的危害行为。刑法上的危害行为之所以不同于自然生活意义上的行为,还在于它具有明显的规范性质,具有对规范保护客体即法益的威胁性。但是,这种可能“导向特定法益侵害结果的、类型性的危险性”与“偶然

〔45〕 高铭暄等,见前注〔42〕,页149。

实现在特定对象上的、现实的法益侵害结果”是相当不同的范畴。如果我们将行为的概念建立在“导向特定法益侵害结果的、类型性的危险性”之上,同时将结果概念理解为“偶然实现在特定对象上的、现实的法益侵害”,就可以使得两者较为清晰地区分开来,维持彼此概念的纯化。此时,行为的理解是建立在其本身性质之上,是建立在法益损害的典型风险之上,而不是建立在特定的实害结果之上。

其次,实现犯罪既遂标准的区分化。“结果说”曾试图为犯罪既遂提供整齐划一的标准。然而,这一谋划显然无法实现。因为,在将犯罪区分为行为犯、危险犯与结果犯的体系背景下,在将“结果”作狭义理解的前提下,“结果说”只是在结果犯的范围内有效。换言之,这三种不同的犯罪类型,分别是以“危害行为实施完成”“法律规定的危险状态的具备”以及“构成要件范围内的、现实的法益损害出现”作为其既遂标准,“结果说”无法在行为犯、危险犯的范围内成立;而如果对“结果”持广义解释,将其理解为既包含现实的法益侵害又包含造成这种现实法益侵害的危险,那么,不仅危险犯将被吸收到广义的结果犯之中,而且行为犯这一概念也将被取消,并统合到结果犯之中。因为,危害行为的实施,常常意味着一定的法益侵害的危险出现。无论从“实质的犯罪观”还是从“实质的构成要件论”、从“实质的解释论”还是“实质的客观说”来看,危害行为如果脱离法益侵害的危险性,将难以进行解释和说明。法益侵害的危险性是行为的内在构成部分。如此一来,广义的结果说尽管可以为既遂判定提供统一解释的效果,但却是以“结果”范畴的极度泛化与取消行为犯、危险犯与结果犯的区分为其惨痛代价。

可以看到,在传统的“行为犯”“危险犯”及“结果犯”这种三分构造中,必须将结果理解为狭义结果。即便如此,“行为犯”与“危险犯”之间的关系也并不清晰。特别是,行为犯与抽象危险犯往往一纸之隔,两者之间应如何区分始终幽暗不明。如此一来,就可能产生两种理论构想:一种是,以危险犯统合行为犯,取消行为犯概念;另一种则是,以行为犯统合危险犯,取消危险犯范畴。在我们看来,前一种方案缺乏合理性。这一方面是因为,如前所述,行为概念无法脱离“造成法益侵害的危险”这一构成因素而单独存在,缺乏这一因素将导致行为的规范意涵形骸化;另一方面则是因为,刑法上的危险性是具体的、类型性的法益风险,而不是抽象的、空洞化的法益风险,是通过特定的构成要件行为所实现的法益侵害危险,而不是脱离了危害行为这一媒介的、纯粹结局意义上的法益侵害危险。由此,危险概念无法游离在行为范畴之外,可以考虑以行为犯统合危险犯。

如此一来,在“行为”与“结果”严加区别的前提下,所有的直接故意犯罪可以分为两类:行为犯与结果犯。其中,行为犯是以构成要件中的危害行为的实施完毕作为既遂标准,而构成要件范围内的、现实的法益侵害结果是否实现,则并不影响其既遂认定;相应地,结果犯则是以构成要件范围内的、现实的法益侵害结果出现作为其既遂标准。行为犯存在于像非法侵入他人住宅罪或伪证罪这样的犯罪之中。在这里,随着闯入或伪证这样的行为实施完毕,犯罪便已经达致其完成形态。这些行为本身就已经具有了完整意义上的刑法无价值,它们的刑事可罚性完全不需要以实害意义上的结果为条件;相对的,故意杀人罪或是盗窃罪则是典型的结果犯。这里,存在着与杀人行为、盗窃行为相分离的、实现在特定个体之上的生命或财产侵害结果。危害行为与实害性的法益侵害结果共同影响和决定着犯罪的无价值性。如果只有行为的实施,而没有达致现实的法益损害结果,则构成犯罪未遂;如果不仅实施了危害行为,而且造成了

现实的法益损害结果,同时这一结果可以被客观归责于行为,则犯罪既遂成立。

4. 小结

关于犯罪既遂的标准问题,“目的说”“结果说”和“构成要件符合说”都试图提供整齐划一的标准。其中,“目的说”和“构成要件符合说”在实体内容上不具有合理性;而“结果说”尽管在内容上具有一定的合理性,却只能适用于结果犯既遂的认定,而无法扩展适用于行为犯。

实际上,由于犯罪现象的复杂性和多元性,无法对其既遂认定提供概念性、统一界定的标准,可能正是事物的本然之理。针对不同的犯罪类型,发展出更为具体、更具针对性的既遂标准,不但有利于精细化地处理法律素材、分而治之地处理相关领域的问题,而且可以避免理论的笼统化,避免其“向抽象理论的逃逸”。

当然,如果在“行为”与“结果”之上,可以提炼出某种更为上位的、更具涵盖力的范畴,从而向统一化理论迈进,未尝不是某种可欲的理论方向。就此而言,类型化的、具体规则的形成往往是通往概念化、抽象性理论的先前准备阶段。它使得我们先就事物的局部领域获得更为精细的认知,并在这些认知的基础上,梳理、凝练和把握其整体脉络。但问题是,这种概念性的形成契机并非总是可能。在“行为”与“结果”之上,便很难找到一个上位的范畴,能形成对“行为”与“结果”的完全覆盖,既不遗漏,也不多余。如果勉强为之,则只会造成理论周延性的下降和解释力的丧失,进而危及其存立的正当性。

Abstract: A new method of law interpretation should take the practical function into account. In this article the author discusses the practical function of criminal law interpretation which is based on typological thinking and compares this method with Subsumtion. According to this article, the practical function of this method is as follow: substantiation, concretization, structuration and differentiation. Substantiation means that we can clearly get the core interest of individual rule and avoid the excessive thought on features through interpretation based on typology. Concretization means that the meanings of General Clauses and Indefinite Definitions will become relatively clear and specific in certain fields through interpretation based on typology. Structuration means that typological interpretation can not only show the core interest of individual rule, but also clearly reveal the connection between different rules. Through comparison between different types, we can realize the transition relationship and value relevance between the rules in question and fully understand the structure of criminal law system. Differentiation means that when an overall interpretative rule could not be formed, interpreters could first come to individualized interpretation conclusions on lower levels or in micro-fields, and then they could gradually put forward unified and general interpretation conclusions in the future.

Key Words: Type; Definition; Criminal Law Interpretation; Value Judgment

(责任编辑:江 溯)