

刑事政策介入个案裁判的教义学反思

陈 芹

(中国人民大学法学院,北京 100088)

【摘要】为了获得合理的结果,中国司法习惯于让刑事政策介入个案裁判。这种做法的正当性往往求之于对德国刑法的理论借鉴,但这种借鉴却出于误解。主张刑事政策是个案裁判的例外因素、可修正裁判“结论”的观点,虽从德国“让刑事政策进入刑法体系”的思潮中寻求支持,但该德国思潮只允许刑事政策进入刑法体系,而不能直接进入个案裁判。主张刑事政策是个案裁判的内在参数、可通过功能主义解释变更裁判“大前提”的观点,虽借鉴了德国的功能主义刑法体系理论,但功能主义刑法体系无法推导出功能主义刑法解释,甚至反对之。个案裁判应坚持教义分析,不允许刑事政策介入,但政策考量对刑法体系的适用具有批判功能,如刑法体系的适用无法达到合乎政策考量的结论,则有必要检验刑法体系的适用过程是否有误,从而提高裁判说理能力,实现罪刑法定与个案公正、法律效果与社会效果的统一。

【关键词】刑事政策 刑法体系 罪刑法定 功能主义 民意

【中图分类号】D924.11 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-5455(2022)02-0046-12

一、问题的提出

刑事裁判有时会在罪刑法定与个案正义之间面临“情与法”的两难抉择,在舆论关注的“难办案件”中尤其如此。传统理论认为,刑法与刑法政策之间存在难以逾越的“李斯特鸿沟”,但个案裁判往往要求跨越这个鸿沟。这也引起了人们对刑法教义与刑事政策之间关系的探讨。这种探讨在不同的语境下展开,如司法与民意、法教义学与社科学、裁判的法律效果与社会效果等。

较早引发人们思考的难办案件是许霆案。当时,苏力教授敏锐地指出,每个司法决定并不是法官个体的法律分析结论,而要经过司法吸纳民意的过程,这个过程包括三个阶段:依法初判—社会关注—徇情改判;其中,重要的不是法官的教义分析与法律技能,而是体现为民意的政策性考量与政治性判断。^①之后,“许霆案模式”迅速扩张,黎景全案、赵春华案、于欢案,甚至不少冤案纠错,都经历了“依法初判—社会关注—徇情改判”三个阶段。最高法也多次强调,司法裁判要“兼顾法律效果与社会效果”。这表明,“许霆案模式”具有实践上的合理性。

但政策考量介入个案裁判是否具有理论上的正当性?这个难题长期困扰着我国司法

收稿日期:2021-12-06

基金项目:国家社会科学基金重点项目“基于裁判说理的中国特色刑法教义学话语体系构建研究”(21AFX009)

^① 苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期。

实践,法官既希望主动接受政策考量,又担心正当性问题而不敢轻易接受。转机是在理论借鉴中产生的。近年来,德国学者罗克辛“让刑事政策进入刑法体系”^①的观点传入我国,我国学者称之为跨越“李斯特鸿沟”的“罗克辛贯通”,^②并由此开启了政策介入个案的正当地论证,让刑事政策“正当地”介入刑法适用的“大前提—小前提—处理结论”过程。这种论证有前后两个阶段(恰与罗克辛思想的两个阶段相对应)。第一阶段,刑事政策可作为例外因素,修改个案裁判的“结论”。诚如苏力教授指出的,一般案件需要遵守刑法教义,而个别难办案件需要刑法教义之外的政治考量。但由于缺乏刑法层面的论证,这种主张虽然被实务界采纳,却“只能做、不能说”。直到有人发现,德国刑法学者也认为,为了个案正义,可“让刑事政策进入刑法体系”,才大大降低了对于政策介入的正当地忧虑。第二阶段,刑事政策可作为内在参数,通过刑法解释,修改个案裁判的“大前提”。这种刑法解释与罪刑法定相矛盾,难以获得支持。直到罗克辛的功能主义刑法体系理论传入中国,这种突破罪刑法定的解释被称为功能主义解释,顿时风光无限。

然而,这种学术借鉴的可靠性是值得怀疑的。首先,这种借鉴是偶然的。罗克辛1970年就在其论文《刑事政策与刑法体系》中提出“让刑事政策进入刑法体系”,2011年该论文才被顺带翻译至我国,我国学者才偶然从德国学说的故纸堆中发现它,这种偶然与巧合,让人心生不安。其次,这种借鉴有盲目崇拜的成分。德国是最大的刑法理论输出国,这导致我国的学术借鉴多少有点“唯德是尊”,似乎只要该理论是德国的,就是正确的;而该理论如何解决政策介入与罪刑法定之间的矛盾,在我国的文献中几未提及。德国的研究大多是宏观层面的,这也使得我国的研究“大多流于抽象的坐而论道”,“语焉不详,给人蜻蜓点水的感觉”。^③

为此,本文将对这种学说借鉴进行澄清,从微观的个案层面对刑事政策与刑法教义的关系展开探讨,这将涉及:(1)刑事政策能否成为影响个案裁判“结论”的例外因素?(2)刑事政策能否成为影响个案裁判“大前提”的内在参数?(3)如何正确对待个案裁判中的刑事政策?这关系到我国刑事司法长期以来的难题:如何处理政策考量(民意、法直觉、社会效果、司法公正性)与教义分析(司法、法规范、法律效果、司法公信力)之间的关系。

二、刑事政策能否成为影响个案裁判的例外因素

一般案件依刑法教义得出结论,难办案件则以刑事政策例外地修正裁判“结论”,这是我国的惯常做法。为了论证这种做法的正当地,我国借鉴了德国的“让刑事政策进入刑法体系”学说,但这种借鉴其实源于误解,有必要澄清。

(一) 误解:由“刑事政策进入刑法体系”到“刑事政策进入个案裁判”

这种主张认为,从裁判结果看,原则上只依据刑法,考虑法律效果,例外情况则要依

① 罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社,2011,第15页。

② 陈兴良:《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开》,《中外法学》2013年第5期。

③ 劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》2012年第4期。

据刑事政策,考虑社会效果,“社会效果是评判案件裁判最终效果的标准”^①;从裁判思路看,原则上坚持教义分析与体系思维,由因至果地得出结论,例外情况下则进行政策考量,采用问题思维(又称论点思维),由果至因地思考,先确定合乎政策需要的处理结果,再据此寻找裁判理由,最典型的是“量刑反制定罪”^②。

对于政策“例外”介入个案的正当性,存在四种观点。其一,刑法之例外:“刑事政策已经成为一种新的法源”^③,是一种得到普遍承认的“非正式法源”^④。其二,宪法之例外:依据政策而突破法律甚至宪法的司法裁判是合理的,是“良性违宪”^⑤。其三,原则之例外:“原则可以为更紧迫的道德考虑所突破”^⑥,因为“原则不是神明……任何原则都是可以突破的,都可以存在例外——只要需要、可行并且结果好”^⑦。其四,司法之例外:司法是能动的,不必恪守法条主义,而应从裁判结论上考虑社会效果,确立并践行“大局观”^⑧。为了取得“良好的社会效果”,刑事政策作为例外,是“创造性适用法律的审判艺术”^⑨。

然而,这些论证没有正面解决政策介入与罪刑法定的矛盾,我国司法人员对这种做法仍然心存疑虑。后来,随着德国刑法译著的引入,我国学者惊喜地发现,刑法教义与个案正义的矛盾同样发生在德国,德国学者提出的解决方案是“让刑事政策进入刑法体系”,这对于一直苦苦寻求政策介入正当性依据的我国学者而言,简直如获至宝。

我国学者对德国学者的理论借鉴内容如下。就裁判结果而言,德国学者耶赛克曾指出,法官机械地依赖于理论上的概念,存在忽视个案特殊性的风险。^⑩ 罗克辛认为,恪守刑法教义,有时会无法顾及个案正义,为了获得妥当的裁判结果,“应让刑事政策进入刑法体系”。这切合了我国“兼顾法律效果与社会效果”的司法要求。就裁判思路而言,普珀认为,体系思维为了“体系与概念一致性,而罔顾个案中所出现的个别问题”,而问题思维(论点式思维)在解决个案问题上具有优势,它是由果至因的,“证立这个解答的论据,并不是从某个体系关联当中导出”,而是“直接从被提出的问题着手”。^⑪ 罗克辛也指出,论点学通过衡量利弊而作出一致的决定,符合“健康人的理解”和“公道”的标准。^⑫ 这与我国“量刑反制定罪”的方案吻合,不是通过体系推导,而是“通过考虑‘全体或者大部分人或者智者的观点’或者根据常识来得到解决”^⑬。

① 张军:《落实宽严相济刑事政策切实保障案件质量》,正义网,http://news.jcrb.com/zfd/200910/t20091026_275330.html,访问日期:2021年11月23日。

② 高艳东:《量刑与定罪互动论:为了量刑公正可变换罪名》,《现代法学》2009年第5期;金泽刚、颜毅:《以刑制罪的学理阐释》,《政治与法律》2010年第7期。

③ 姜涛:《刑法解释的刑事政策化》,《刑事法评论》2012年第1期。

④ 李冠煜:《公共政策介入刑事法治实践研究:路径、判例与方法》,《人大法律评论》2018年第2期。

⑤ 郝铁川:《论良性违宪》,《法学研究》1996年第2期。

⑥ 劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期。

⑦ 劳东燕:《刑法基础的理论展开》,北京大学出版社,2008,第38页。

⑧ 顾培东:《能动司法若干问题研究》,《中国法学》2010年第4期。

⑨ 同④。

⑩ 耶赛克:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社,2001,第242页。

⑪ 普珀:《法学思维小学堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社,2011,第179-181页。

⑫ 罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社,2005,第132页。

⑬ 苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期。

然而,这些借鉴只是说明了政策介入个案具有合理性,仍然没有回答政策介入个案为什么具有正当性的问题。

(二)澄清:“刑事政策进入刑法体系”不同于“刑事政策进入个案裁判”

为了探明德国理论如何论证政策介入个案的正当性,应当查明其对“刑事政策进入刑法体系”是如何论证的。这个查明显示,所谓理论借鉴完全是误解。

1. 刑事政策只能进入刑法体系,而非个案裁判

误解的根源在于,我们对“刑事政策进入刑法体系”中的“刑法体系”存在误解。我国学者普遍地(也是下意识地)将“刑法体系”理解为“刑法学体系”或“刑法知识体系”;但在德国刑法的语境中,“刑法体系”特指以三阶层为代表的犯罪论体系。一位德语学者明确指出,“刑法体系”(Strfrechtssystem)是德国刑法中的专有名词,没有一个能与之对应的英文词汇。^①德国学者均在三阶层的意义上使用“刑法体系”的概念,罗克辛也是如此。在其论文中,他先对原有的以实证主义为中心的三阶层提出批判,认为“这种体系阻塞了教义学与刑事政策价值选择之间的关系”,再提出“只有允许刑事政策的价值选择进入刑法体系中去,才是正确之道”,之后分别从三个阶层展开自己的体系建构设想。^②刑法体系的论战是德国刑法学最为激烈、影响最深远的学术论战,创建一种更合理的刑法体系正是罗克辛的学术雄心。

刑法体系的功能就在于,它阻隔了刑法与个案裁判的直接联系,使得刑法适用的流程不再是“刑法条文—个案裁判”,而变成“刑法条文—刑法体系—个案裁判”。详言之,1804年费尔巴哈提出罪刑法定,实现了“有法可依”,拉开了近代刑法学的序幕,法官根据刑法条文直接进行个案裁判(刑法条文—个案裁判);但法官恣意仍然存在,以政策修正裁判结果的现象时有发生。直至1904年,李斯特提出“在刑法学上的下一步任务”就是构建一个普遍化的刑法体系,^③用以规制法官思维,保证“有法必依”。此后,法官对刑法的适用不再是任意的,而是必须按照刑法体系来进行,刑法适用的流程变为“刑法条文—刑法体系—个案裁判”,刑事政策只能存在于立法阶段,无法再直接介入个案裁判,刑法学与刑事政策之间的“李斯特鸿沟”才正式形成。

厘清“刑法体系”的概念和功能之后,就可以区分以下三种表述:(1)“让刑事政策进入刑法体系”——这是罗克辛主张的;(2)“让刑事政策进入刑法学”——这不是罗克辛所主张的,而是在其之前的新古典体系就已提出的(刑事政策通过实质解释进入刑法学),罗克辛不反对这种表述,但这种表述不能体现其学术贡献;(3)“让刑事政策介入个案裁判”——这就是我国现有的“例外”思维,它恰恰是罗克辛所极力反对的。

在裁判结果上,刑事政策对个案裁判的修正是不能支持的,原因有二。其一,就刑法体系而言,“倘若人们允许进行修正,那么体系性概念建构的功能就是令人质疑的了”,这种做法“肯定会使我们的(刑法)科学倒退几百年;准确地说,就是倒退到‘偶然’和‘专

① Wolfgang Naucke, “An Insider’s Perspective on the Significance of the German Criminal Theory’s General System for Analyzing Criminal Acts,” *Brigham Young University Law Review*, no.3(1984): 305-322.

② 罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,第15、22-49页。

③ 同上书,第5页。

断’的那种状态”。^①其二,就刑事政策而言,“如果评价的理由仅仅是出于法感情或者选择性的目标设定,而不是在法条的评价关系中寻找可论证的支撑的话,那么,这种评价的理由就是模糊和任意的,而且缺乏学术上的说服力”^②。我国对于刑法体系(三阶层或四要件)的研究尚不成熟,法官恣意仍然存在,此时就弱化刑法体系的地位,允许政策考量对个案裁判进行调整,并不明智。

在裁判思维上,由果至因的问题思维也遭到反对。罗克辛指出,问题思维的“各种以刑罚为根据的寻找法律的工作”,是被“宪法性禁止”的,而且“这项禁止性任务还仍然相当紧迫”。^③这就明确否定了“量刑反制定罪”的做法。普珀虽然对体系思维提出批评,但也拒绝论点式思维,因为这种思维会导致对“相同的事物,作出不平等的处理”^④。在我国现阶段,同案同判是司法正义的基本要求,如允许民意等政策考量打破这一要求,是得不偿失的,并不是每个案件都能借助舆论压力进入法官的考量范围。

2. 刑事政策如何进入刑法体系,实现裁判结论的妥当性?

刑法体系是刑法适用不可逾越的中介环节,在面临“体系推导和直接价值评判之间的紧张关系”时,不能“脱离体系,并专门针对个案上的判决”,但“也必须从刑事政策上主动放弃那些过于僵硬的规则”。^⑤因此,正确的做法是“让刑事政策进入刑法体系”,如前所述,这是罗克辛的学术雄心。他的做法是,刑法体系的三个阶层均“以刑事政策上的目标设定作为指导”:构成要件阶层以明确性为原则;违法性阶层以利益衡量为指导原则,以便解决社会冲突;罪责阶层要遵循刑罚目的。

这种做法如何实现刑法体系与个案正义的统一呢?罗克辛举了一个例子:对儿童的侵害能否防卫?如果严格按照正当防卫的规定,儿童的侵害也是不法侵害,“法对不法,无需退让”,因而可以防卫,但这样的结果让人难以接受。我国的刑法理论与司法实践均认为,原则上可以防卫,但“有条件用逃跑等其他方法避免侵害时,则不得实行正当防卫”^⑥,或“采取回避措施并不存在特别负担的情况下,不宜进行正当防卫”^⑦。

这种“例外”式的处理是罗克辛明确反对的。他的处理方式是:不直接修正正当防卫的“规则”或适用结论,而是“让刑事政策进入刑法体系”。他认为,正当防卫的具体内容是由权利证明(Rechtbewährung)与自我保护(Selbstschutz)两原则所确定的,权利证明是“正对不正”,即使利益失衡,亦“无须让步”。但这些“原则”的“刑事政策的基础”是贯穿整个法秩序的比例原则(新增加的第三个原则),如果在相冲突的法益之间出现严重的失调,比例原则就会否定正当防卫。对于儿童的侵害,之所以要求尽量回避,是因为强调比例原则的法秩序并不需要在儿童那里“确证”自己的效力。^⑧

因此,刑事政策可以进入刑法体系,从而间接地影响个案裁判,达成个案正义的结

① 罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,第8-9页。

② 同上书,第7-9、13-14页。

③ 罗克辛:《德国刑法学总论》,第132页。

④ 普珀:《法学思维小学堂》,第179-181页。

⑤ 同①书,第7、19页。

⑥ 高铭暄:《刑法学》,北京大学出版社,2010,第142-143页。

⑦ 张明楷:《刑法学》,法律出版社,2016,第199页。

⑧ 同①书,第13-14、34-37页。

论;但不能直接介入个案裁判,改变个案的处理结论。

三、刑事政策能否成为影响个案裁判的内在参数

公共政策介入司法裁判的途径往往是经由司法解释,^①此时,刑事政策被视为刑法适用的内在参数,通过影响刑法解释,修正裁判的“大前提”——构成要件之内涵,进而影响裁判结果。^②有学者称之为“刑法解释刑事政策化”^③。这种解释与罪刑法定仍然存在矛盾,但我国有学者从德国的“功能主义刑法体系”理论中获得启发,将之称为“功能主义刑法解释”。“功能主义刑法解释”认为刑法解释不能仅遵循立法原意,而应以实用性与功能性作为司法的价值追求,强调价值判断与利益衡量,以获得一个各方满意的结果;在思维方法上,是先确定合乎政策的解释结论,再寻找合适的解释方法。^④那么,德国的“功能主义刑法体系”能为这种“功能主义刑法解释”提供正当性理由吗?答案是否定的,有必要澄清这种误解。

(一)误解:由“功能主义刑法体系”到“功能主义刑法解释”

1.功能主义解释论的核心思想:功能主义、目的理性

罗克辛在提出“让刑事政策进入刑法体系”的主张之后,进一步提出了建构“目的理性的”(zweckrationalen)或“功能性的”(funktionalen)刑法体系的设想。^⑤此后,目的理性与功能主义成为功能主义解释论的基础,但其确切涵义是什么、与之相对立的概念又是什么,却没有被仔细探究。这恰恰是本文澄清误解的切入点。

功能主义是与自由主义相对的概念。传统理论中,刑法以自由主义为基本立场,注重保障犯罪人的人权,恪守罪刑法定,刑法典是“犯罪人的大宪章”,不是对“整体”,而是为“叛逆的个人”提供保护,保障法律的平等适用和个体自由免受“利维坦”的干涉。而刑事政策站在功能主义一端,注重通过与犯罪作斗争来维护社会秩序,它探讨的“仅仅”是“为了和犯罪作斗争,人们需要采取哪些必要的和合目的性的刑事上的反应”^⑥。由于立场对立,刑法与刑事政策存在不可逾越的“李斯特鸿沟”。

目的理性是与价值理性相对应的概念,二者是韦伯对理性的社会行动提出的分类。价值理性关心行动本身是否符合绝对价值,至于行动可能会引出什么后果,则在所不计;目的理性考虑的是目的设定的合宜程度以及目的和手段间的关系,侧重行动后果的利弊得失。^⑦二者分别代表了刑法与刑事政策的思维模式。刑法强调价值理性,要求裁判过程受刑法体系的约束,即使有时会推导出不合乎政策目的的结论。“在法律科学本来的意义上,刑法仅仅需要在实在法律规则的前提下进行概念的分析 and 得出体系上的结论。刑事政策则包括刑法的社会内涵及目的,就不属于法律人探讨的事情。”^⑧刑事政策注重

① 宋亚辉:《公共政策如何进入裁判过程——以最高人民法院的司法解释为例》,《法商研究》2009年第6期。

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

③ 欧阳本祺:《论刑法解释的刑事政策化》,《刑事法评论》2010年第1期。

④ 劳东燕:《能动司法与功能主义的刑法解释论》,《法学家》2016年第6期。

⑤ 罗克辛:《德国刑法学总论》,第124页。

⑥ 罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,第4页。

⑦ 韦伯:《社会学的基本概念》,顾忠华译,广西师范大学出版社,2005,第31-32页。

⑧ 同⑥书,第10页。

目的理性,受“目的性思想”(zweckgedanke)的指导,拒绝刑法体系这种“形式束缚”(formel-krimskrams),要求针对“单个个体”作出裁决,希望这些裁决有助于“社会整体”。^①

从李斯特提出第一个刑法体系开始,刑法学就一直沿着自由主义与价值理性的道路前进,而罗克辛要求将刑法体系的发展进路转向它的对立面——功能主义与目的理性,这在德国是极具冲击力的,但这种功能主义转向主要集中在刑法体系层面。

2. 功能主义解释论的发展进路:从自由主义到功能主义

功能主义解释论认为,探明法条所保护法益的目的性解释、实质解释都是功能主义解释。^②我国“刑法解释的刑事政策化”经历了由实质解释到功能解释的发展过程,目的理性是其发展的方向,功能主义则是其发展的终点,从刑法解释的“目的”变化可清晰揭示这种发展历程。

(1)传统的实质解释:作为解释标准的是立法原意(立法者目的),即构成要件所要保护的法益。这并不是新鲜事,即使李斯特也是赞同的。^③这种实质解释以自由主义为立场,旨在保障人权,将原本较宽泛的形式解释限缩在立法者原意的范围内。

(2)过度的实质解释:这是功能解释的初级阶段,作为解释标准的不再是立法者所保护的法益,而是“刑罚必要性”“法益保护的必要性”。其理由是:不可能存在一部完美的刑法典,为了实现刑法的正义,应尽可能减少和避免刑法的漏洞,将值得科处刑罚的行为合理地解释为犯罪。^④虽然这种解释也声称“必须在不违反罪刑法定原则的前提下”进行,但有偷换概念的嫌疑:它将解释标准由“实然的立法目的”偷换为“应然的立法目的”,由“所保护的法益”(构成要件之法益)偷换为“应保护的法益”(存在法益保护之必要性);前一个法益概念是刑法解释性的法益概念,后一个法益概念则是刑事政策性的法益概念。这种实质解释已经开始“刑事政策化”,其立场一定程度上突破了传统实质解释的自由主义,转向与之相反的功能主义,不再以人权保障为目的,而以更好地保护法益为目的。

(3)功能主义解释:功能解释强调刑法解释应当实现一定的社会功能,更多地摆脱了罪刑法定的束缚,“形式逻辑应受价值判断的支配,服务于合理解释结论的得出”。它的解释目的也更为广泛,可以表现为“有益于社会总体目标”,“刑法的目的乃至整个法秩序的目的”,甚至是“应以最能达成该经济政治目标的方式解释法律”。^⑤至此,刑法解释的立场完全从自由主义转向功能主义,从价值理性转向目的理性。

(二)澄清:“功能主义刑法体系”不能推导出“功能主义刑法解释”

表面上,功能主义刑法解释是借鉴德国的功能主义刑法体系,但实际上,德国刑法学与法理学一致反对功能主义刑法解释,功能主义刑法体系也根本无法推导出功能主义刑法解释。以下分别以“功能主义”和“刑法体系”为中心进行澄清。

① 罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,第4、10、53页。

② 劳东燕:《能动司法与功能主义的刑法解释论》,《法学家》2016年第6期。

③ 李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社,2006,第4页。

④ 张明楷:《刑法学》,第56-57页。

⑤ 同②。

1. 以“功能主义”为中心:功能主义解释论无法获得支持

从传统的实质解释,到过度的实质解释,再到功能主义解释,刑法的规制范围不断扩大,越来越多地由自由主义转向功能主义。但刑法解释是存在边界的,不可超过罪刑法定,而且解释的立场不应是功能主义,而应是自由主义。

(1) 刑法解释的边界与立场。首先,刑法解释应以罪刑法定为边界。普珀提出,虽然“目的论解释方法体现为法律人最重要、要求最高并且也是最具创造性的行为”,但“不应将之理解为:目的论解释无论如何都必须贯彻,甚至当其与法条文义抵触时亦应得到贯彻”。^① 罗克辛认为,“对构成要件进行法益上的、宽泛的目的性上的解释,不可以盖过罪刑法定原则的保障功能”^②。基于此,实质解释不可能超过罪刑法定的边界。其次,刑法解释应以自由主义为立场。罗克辛指出,在构成要件解释中,功能主义立场为维护一个“尽可能广泛的、无漏洞的法网”,会导致扩大处罚,并不足取,“从罪刑法定的角度来看,其相反的做法反而是正确的:也就是说,落实刑法之‘大宪章’机能和刑法之‘不完整性’的限制性解释”。^③

(2) 功能主义解释论在边界与立场上都违反了上述原则,因而被德国的刑法学与法理学一致反对。首先,对于以“刑罚必要性”为标准的过度实质解释,罗克辛特别提出批判。他指出,刑罚必要性是一种刑事政策的考量,但这是立法者的事,在构成要件确定之后,“各个构成要件主要涉及的便不是刑事可罚性的内容了,而是考虑如何贯彻罪刑法定的基本原则:超越字词的可能含义的类推是禁止的,即便在立法论上存在支持这种类推并科以刑罚的理由”^④。对于强调“法益保护必要性”的功能主义立场,德国法理学界一致反对。科殷指出,通过法律续造来弥补缺漏是法官的任务,但在刑法领域则是例外,这一例外并不是为了保护立法者独一无二的权限,而是为了保护单一的公民的自由。^⑤ 魏德士指出,禁止拒绝裁判是法院在漏洞领域进行立法的依据,但在刑法领域,如果法律没有明确规定,法院只能“无规定者不罚”,而不能(通过类推)填补漏洞,否则就会扩大被告受到刑罚的可能性。^⑥ 其次,对于所谓的“功能主义刑法解释”,德国刑法文献并没有提出批判。这是因为,德国刑法界根本不赞成以“刑罚必要性”“法益保护必要性”为目的的过度实质解释,就更不可能赞成更为激进的“功能主义刑法解释”,因而从来没人提出功能解释的观点,也就没有必要进行批评。但在法理学层面的提醒比比皆是,例如,拉伦茨指出,对于目的解释而言,在“法律的目的”之外,应当承认“法律政治”为另一种解释标准,这是按“最能达成该经济政治目标的方式解释法律”,但这主要适用于经济法领域。^⑦

① 普珀:《法学思维小学堂》,第78页。

② 罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,第58页。

③ 同上书,第30、57-58页。

④ 同上书,第21页。

⑤ 科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社,2002,第226-227页。

⑥ 魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社,2013,第343-344页。

⑦ 拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆,2004,第210-211页。

2.以“刑法体系”为中心:功能主义刑法体系不能推导出功能主义刑法解释

功能主义、目的理性的刑法体系根本不可能改变刑法解释的结论,不可能推导出功能主义的刑法解释。罗克辛对刑法体系的变革主要体现在两方面,其一,功能主义:将构成要件与违法性合并为“不法”阶层。因为构成要件体现罪刑法定思想,重在人权保障(自由主义),并无刑事政策上的功能,在根据刑法目的(法益保护)构建的刑法体系中,并不适合作为一个独立的阶层;因此,罗克辛将构成要件与违法性合并为“刑法上的不法”这个单独的阶层。不法就是对法益的侵害,产生不法时,就需要启动刑法来保护法益。其二,目的理性:将原来的罪责阶层增加“预防必要性”的内容,扩充为答责性阶层。因为罪责以道义非难为核心,体现的是对过去行为的报应,并不具有目的性。为了实现刑罚目的(犯罪预防),罗克辛就将预防必要性纳入这一阶层。

但上述变化根本不可能导致刑法解释的变化,因为构成要件只是体系地位发生变化,由一级要素变为二级要素,由独立阶层变为“不法”阶层的下位概念,而构成要件的内涵从未发生变化,无论如何不会影响到构成要件的解释结论。因此,“功能主义的刑法体系”并不能推导出“功能主义的刑法解释”。

四、如何正确对待个案裁判中的刑事政策

刑事政策介入个案裁判,不需要复杂的论证技能就能获得妥当结论,对于司法实践是极具诱惑力的,但这种做法并不具有正当性,无论是本土研究还是国外理论借鉴,都无法证明其正当性。至此,仍需要正面回答:应当如何正确对待个案裁判中的刑事政策?这实际上是在个案裁判中如何处理法教义学与社科法学关系的问题,也是司法如何吸引民意、如何兼顾法律效果与社会效果的问题——而这恰恰是我国司法实践久思无解的难题。对此,应当首先厘清刑事政策对于个案裁判的功能,然后再探讨如何在个案裁判中发挥其功能。

(一)个案裁判中刑事政策的具体功能

首先,应当肯定刑事政策在个案裁判中具有重要作用。这种作用不仅是实然的,而且是应然的。苏力指出“司法的最终正当性在于民意”,波斯纳说“判案要靠直觉”,^①均表明政策考量的正确性是有根据的,刑法领域尤其如此。刑法体系是以违法、罪责为支柱架构的,作为违法核心的法益侵害性(或社会相当性)和作为罪责核心的非难可能性都是由社会的文化伦理或道德观念决定的,因此,这种刑法体系及其适用结果必然是合乎社会公众的法感情与社会个体的法直觉的。这就是在个案裁判中必须尊重直觉、尊重常识的理由,也是“兼顾法律效果与社会效果”的理由。

其次,如何正确发挥政策考量的作用?这才是问题的关键。面对刑法体系与个案正义的两难,罗克辛主张让“刑事政策进入刑法体系”,虽然他是从宏观的体系构建上展开论证的,但将这种宏观论证延伸至微观的个案裁判层面并不困难。个案裁判过程是刑法体系的适用过程,只需将“刑法体系之构建”具体化为“刑法体系之适用”,不但可以“站在巨人的肩膀上”,还能得出契合实践需要的本土化解决方案,主要包括两个方面。

^① 吴英姿:《司法的限度:在司法能动与司法克制之间》,《法学研究》2009年第5期。

一是纠正关于体系僵化的错误观念。当裁判结果不妥当时,常见的抱怨是“机械司法”“体系僵化”。但“刑事政策进入刑法体系”的做法被普遍接受之后,我们有理由相信:只要正确适用刑法体系,就必然能获得合乎政策需求的裁判结果。因为对于这种新的刑法体系来说,“法律上的限制和合乎刑事政策的目的,二者之间不应该互相冲突,而应该结合在一起”^①。

二是政策考量对于刑法体系的适用具有批判功能。既然刑法体系与政策考量具有一致性,那么当适用刑法体系得出的个案裁判结论并不合乎政策考量时,我们有理由怀疑是刑法体系的适用过程产生了错误,应检查裁判者的思考过程是否偏离了刑法体系,而不应当将精力无谓地消耗在对立法或刑法教义的批判上,也不应由果至因逆体系性地寻找裁判理由。只有由因至果地检查,不断修正刑法体系之适用(而不是刑法体系本身),才能提高教义分析的水平,增强裁判说理的能力。

(二) 个案裁判中如何运用政策考量——基于典型案例的再分析

当刑事政策进入刑法体系后,适用刑法体系一定能实现情与法的统一。对于这一结论,罗克辛等德国学者已从宏观层面完成论证,为了增加说服力,这种论证应当在具体个案中获得印证。本文选择许霆案与陆勇案进行检验,这两个案例都在民意的压力下,通过刑法体系之外的政策考量,才获得妥当结论。

1. 许霆案的再分析:个案裁判的“处理结论”无需政策介入

许霆案中,如不考虑刑罚效果,许霆盗窃了金融机构的资金,明显成立盗窃罪,“盗窃金融机构”的最低法定刑为无期徒刑,但由于 ATM 机的故障在一定程度上“引诱”了许霆的犯意,因而民众法感情都倾向于轻判。这是一个现实存在的政策考量因素,这时不应当让这种政策考量成为改变个案裁判“结论”的例外因素,根据期望的轻刑结果由果至因地去选择较轻的罪名,或选择平时极少适用的“特别减轻”条款(刑法第 63 条第 2 款)。

正确的做法是:基于政策考量的批判功能,应当认识到无期徒刑的“重判”结果可能有误,这表明刑法体系的适用过程可能存在错误,应返回去检查体系适用过程。

许霆案“重判”的原因在于,“盗窃金融机构”的法定刑要远远重于一般盗窃,这时应检查:该行为是否该当“盗窃金融机构”?这就要从立法原意上思考:“盗窃金融机构”的法定刑为什么会远远重于一般盗窃?我国《宪法》确立了财产权平等保护原则,不能认为金融机构的财产权就更值得保护。不法内涵包括结果无价值与行为无价值两方面,“盗窃金融机构”的法定刑更重,只能是因为其所隐含的行为无价值更大。金融机构对其经营的资产(如储户存款)往往采取了十分严格的安保措施,盗窃的难度更大,如行为人仍执意盗窃,就表明了其更大的犯罪决心,体现了更大的主观“恶”(行为无价值),这就是对“盗窃金融机构”设置更重法定刑的理由。如果行为人对无严密安保措施的金融机构财产(如车辆)进行盗窃,与一般盗窃无异,不能表明更大的主观“恶”,就不该当“盗窃金融机构”。这种解释已被最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第八条所认可。同理,ATM 机严密的安保设施失灵,知悉这一情况的人进行盗窃的,也不能体现立法所要求的行为无价值,就不该当“盗窃金融机构”的构成要件,只能认定

^① 罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,第 15 页。

为一般盗窃。一般盗窃“数额特别巨大”的,对应法定刑为“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”,完全可以判处十年有期徒刑。这就符合了“轻判”的政策预期,这个结果完全是按照刑法教义而得出,并不需要政策的介入和修正。

2. 陆勇案的再分析:个案裁判的“大前提”无需政策介入

案情简介:陆勇患白血病,需连续服用昂贵的抗癌药,2004年偶然了解到印度类似抗癌药价格相对便宜,遂开始购买并服用,后多名白血病患者委托陆勇从印度代购这种廉价抗癌药,但该抗癌药系未经我国批准进口的药品,陆勇因而被检察机关以“销售假药罪”起诉。近千名白血病患者联名写信,请求对陆勇免予刑事处罚。后检察机关撤回了起诉。

显然,从政策考量上看,陆勇的行为不应构成销售假药罪。基于政策考量的批判功能,认定陆勇的行为成立销售假药罪的起诉决定极可能是错误的。对此,正确的做法是返回去检查刑法体系的适用过程,而非让政策介入裁判。具体而言,对本案的处理,存在三种方案。

第一,改变对“销售”的解释,这是检察机关的方案。在民意压力下,检察机关改称“陆勇的行为不是销售行为”,理由是:陆勇的行为是买方行为,并且是白血病患者群体购买药品整体行为中的组成行为,寻求的是抗癌药品的使用价值,而非商品价值。但这一理由是检察机关一开始就明知的,为什么在民意压力下才抛出来?实际上,检察机关的真实想法是,陆勇的行为属于“帮助销售”,只不过在民意压力下才隐藏了这一真实想法,改变了通常的解释结论。也正因为检察机关对自己的说理并不自信,才不得不借助政策考量来进行说理:“如果认定陆勇的行为构成犯罪,将背离刑事司法应有的价值观”,“与司法为民的价值观相悖”,“与司法的人文关怀相悖”。^①

第二,改变对“假药”的解释,这是功能主义解释论的方案。正因为检察机关否定“销售”却未能自圆其说,功能主义解释论通过否定“假药”来否定本罪。本案中的抗癌药虽不是“纯正的假药”,但却是未经批准进口的,根据我国《药品管理法》,应“按假药论处”,属“拟制的假药”。然而,功能解释论认为,“在进口专利药价格昂贵,而我国医疗保障体制又不够完善的现实语境下,倘若对前项所规定的拟制假药不作限定……必然会将众多的病患及其家庭逼入绝境”,故应改变原有解释结论,认为该药不属“拟制的假药”,这样“会更有利于对公权力的制约,也有利于保护弱势群体的权利,维护社会的稳定”。^②可见,功能性解释所考虑的“社会经济政治目的”已远远超出刑法范畴,将本来由其他社会制度来实现的目的和任务(如平抑药价、救治病人、提高执法人员素质等),完全交由刑法的一个具体罪名(销售假药罪)来承担,显然是不合适的。

第三,正确的方案。基于政策考量的批判,需检验原来的刑法教义分析有无错误,而不是改变刑法教义本身,由此可以得出三种思路:(1)如将构成要件与违法分开判断,则即使存在销售假药的行为,在违法性阶层亦可考虑被害人承诺(患者自愿要求买药治

① 参见湖南省沅江市人民检察院《不起诉决定书》(沅检公刑不诉[2015]1号);《关于对陆勇妨害信用卡管理和销售假药案决定不起诉的释法说理书》。

② 劳东燕:《能动司法与功能主义的刑法解释论》,《法学家》2016年第6期。

病)、紧急避险(患者生命法益重于社会经济秩序);(2)如按功能主义刑法体系,将构成要件与违法合为不法阶层,则陆勇的行为即使在客观上是帮助销售假药,但销售的对象并不是经营者(如药店)或不特定的人,而是特定的、委托订购的患者,无论是对经济秩序,还是对生命健康,都未创设法所不容许的危险,不成立销售假药罪;(3)对于本案,更合适的选择是从主观要件展开的,陆勇未必认识到这是“拟制的假药”,从而是对规范性构成要件的认识错误,或陆勇认为自己的行为是“买便宜药救人”而不是“销售假药危害社会”,从而存在违法性认识错误。

以上对两个典型案例的分析表明:对于个案裁判而言,刑事政策的作用不是作为外在因素去调整刑法适用的“结论”(许霆案),也不是作为内在参数去改变刑法适用的“大前提”(陆勇案),而是作为批判性标准指引裁判者在坚持刑法体系的同时,不断修正刑法体系适用过程中的错误,从而得到正确结论,并提高刑法体系的适用水平。

在长期的刑事司法实践中,我国的司法人员为了突破刑法教义的“僵化”、获得个案正义,不得不让刑事政策介入个案裁判,又为了消弥这种做法和罪刑法定的矛盾,借鉴德国理论进行正当性论证。但这种借鉴多出于误解,它使得政策考量在个案裁判中肆无忌惮地长驱直入,导致司法恣意的盛行与司法公信的下降,渴望司法公正的人们只有寄希望于外力的监督,或近乎乞求地呼吁“司法的温度”与“法官的良心”。只有澄清这种理论借鉴中的误解,才能获得走出迷途的机会。个案裁判只能依据刑法体系,拒绝政策介入。由于前人的努力,现有的刑法体系已包含刑事政策的考量,必然能达到个案正义,实现情与法的统一。要证明这个结论,无疑是极为艰巨的,所幸本文无需进行这项工作,它已由罗克辛等众多德国学者完成,只不过其观点在我国曾被误解。本文的贡献(如果说有那么一点贡献的话)只是澄清这种误解,并尝试将这些德国学者的论证从宏观的体系建构层面,演绎运用至微观的个案裁判层面。在个案裁判中,必须坚持刑法体系、拒绝政策介入,同时要认识到政策考量对刑法体系的适用具有批判功能。如果教义分析无法得出政策考量所提示的结果,就应当检讨刑法体系的适用过程是否出错,从而提高教义分析能力,而不能随意批评或变更刑法教义。将这一原则贯穿个案裁判,可以增强司法人员的裁判说理能力,提高司法公信力,实现“兼顾法律效果与社会效果”的司法要求。

【责任编辑:杨孟葳;责任校对:杨孟葳】