

常识主义刑法观的指引功能

魏 东*

目次

- | | |
|-------------------|----------------------|
| 一、引言 | 四、言论的常识主义刑法观 |
| 二、立法论与解释论的常识主义刑法观 | 五、结语：构建常识主义刑法观的刑法教义学 |
| 三、方法论的常识主义刑法观 | |

摘要 常识主义刑法观获得了理论界和实务部门的广泛认同,具有刑法立法论、解释论、方法论和言论的重要指引价值。常识、常理、常情作为社会最基本的是非观、善恶观、价值观,既可以直接指导刑法立法与司法实践,也可以成为刑法教义学和刑法解释学的共同指导观念和方法论;言论的常识主义刑法观有利于中外刑法的比较法学研究,有利于建构完备的刑法学汉语表达体系。必须正确认识常识主义刑法观的有限功能,即“常识、常理、常情”无法替代刑法学的“规范技术”和“专门技术方法”,刑法学必须基于常识主义刑法观的立场建构真正科学合理的、具有中国本土化特色的刑法教义学和刑法解释学,以此真正提升中国刑法学在全球范围内的学术影响力和话语权。

关键词 常识主义刑法观 方法论 刑法教义学

一、引言

常识主义刑法观在中国刑法学界乃至整个法学界引起了广泛而深刻的关注,获得了理论界和实务部门的广泛认同。常识主义刑法观具有非常丰富的内涵,正如我国有学者指出,“常识、常理、常情”刑法观(即“三常”刑法观或者常识主义刑法观)、法治观和法治教育观,^{〔1〕}是基于自由、人权、法治的关系论^{〔2〕}思考而提出的刑法观命题,试图寻找到刑事法治的良心与灵魂,“现代法治归

* 四川大学法学院教授、法学博士。

〔1〕 陈忠林:《刑法散得集》,法律出版社2003年版,“序”,第9页。

〔2〕 陈忠林教授指出:“在我看来,自由、人权、法治三者之间的关系应该是:自由是基于人类本性的一种需要;当人们向社会要求满足这种需要的条件时,这种要求的内容就是人权;而法治则是社会保障人们实现这种要求的具体措施。”见前注〔1〕,陈忠林书,第61页。

根结底应该是人性之治、良心之治”(良心论)以及良法之治(良法论),核心内容“是人民群众关于社会最基本价值的基本认识,是一个社会最基本的伦理要求的基本形式,因而也是建立现代法治最基本的价值基础和社会伦理基础”,是“从根本上保证”国家“制定、适用法律的过程真正是一个体察民情、顺应民意、反映人民需要的过程”,强调“法律工作者的任务,是把已变成人民共识的先进思想、价值观念变为法律,并用这些人民的共识来解释、适用法律”;“常识、常理、常情是一个社会最基本的是非观、善恶观、价值观,是指导我们制定、适用、执行法律的指南”,但是,常识、常理、常情“不是具体的法律规范本身。我们的司法者、执法者在处理具体案件时,当然只能以相关法律的具体规定为依据”。〔3〕现在越来越多的理论工作者以常识主义刑法观来研究和解决刑法理论问题,越来越多的实务工作者以常识主义刑法观来认识和判断具体案件,系列重大影响力案件的最终解决方案就是非常有力的印证。

但是,关注和认同并不代表理解到位,更不代表没有误读误判,甚至可能出现某种意义上反常识主义刑法观的错误认识,因而有必要针对常识主义刑法观展开深入检讨。检讨视角也有多维性,可以从“内部”的视角检讨常识主义刑法观的哲学根基、实质内涵、内在机理等内容,也可以从“外部”的视角检讨常识主义刑法观的功能发挥、效果考察以及方法论意义等,还可以进行综合性研究。笔者在此仅从“外部”的视角就常识主义刑法观的指引功能和方法论意义略陈管见,供其他同仁批评指正。

二、立法论与解释论的常识主义刑法观

如前所述,常识主义刑法观的重要指引功能是明确“法律工作者的任务,是把已变成人民共识的先进思想、价值观念变为法律,并用这些人民的共识来解释、适用法律”,是“从根本上保证”国家“制定、适用法律的过程真正是一个体察民情、顺应民意、反映人民需要的过程”。这一论断,可谓立法论与解释论的常识主义刑法观,关注的重点是常识主义刑法观对于刑法立法和司法的指引功能。

常识主义刑法观正是在功能主义刑法学成为一种具有全球重大影响力的崭新理论的历史背景下提出来的学术新见,二者之间具有较强烈的理论关联。德日机能主义刑法学(功能主义刑法学)“在世界范围内影响甚巨,但并未形成统一的体系。罗克辛教授主张的刑事政策的机能主义刑法学、雅科布斯教授构建的以规范论为基础的机能主义刑法学以及平野龙一教授提出的可视性的机能主义刑法学,在建构路径、刑法目的、犯罪本质、构成要件、责任本质、刑罚目的等方面都存在差异”,并且“应当看到即使在德日国内也不乏对机能主义刑法学的质疑,那种认为其可能存在强化社会控制和弱化人权保障风险的观点也日益变得有力”。〔4〕尽管存有一些理论质疑和争议,但是功能主义刑法学充分借鉴吸纳了功能主义法学观的重要理论,尤其是其中关于功能主义的思考是比较成熟的。功能主义法学观强调法律规范内外的功能性思考,是一种“外部”的视角,将法学研究重心聚焦于法律与外部世界的关系、法律在社会中所发挥的功能等问题。〔5〕功能主义刑法学强调不能只关注形式主义与概念法学论的“规范”本身,还必须关注和关照刑法“规范”内外的

〔3〕 陈忠林:《刑法散得集(Ⅱ)》,重庆大学出版社2012年版,第23页。

〔4〕 张庆立:《德日机能主义刑法学之体系争议与本土思考》,载《华东政法大学学报》2018年第3期,第126页。

〔5〕 参见马姝:《论功能主义思想之于西方法社会学发展的影响》,载《北方法学》2008年第2期,第36页。

“功能”，确保规范效果和社会效果的一致性。其中最为突出的亮点在于，针对李斯特把刑法教义学与刑事政策加以分立与疏离的思想所形成的“李斯特鸿沟”，罗克辛所主张的目的理性刑法学理论体系与功能主义刑法学特别强调必须在刑法教义学之内进行刑事政策贯通的思考，提出了“罗克辛沟通”命题，即“罗克辛对李斯特鸿沟予以贯通，将刑事政策引入犯罪论体系，使构成要件实质化、违法性价值化、罪责目的化”。^{〔6〕} 这些论断同常识主义刑法观所强调的“从根本上保证”国家“制定、适用法律的过程真正是一个体察民情、顺应民意、反映人民需要的过程”非常亲近，强调反映社会需要、时代需要以及“人民需要”的功能效果可以说是完全一致的，在反对唯法律文本主义、唯抽象论理主义以及唯强权主义等方面也是完全一致的。由此可见，功能主义刑法学与常识主义刑法观在效果考察上具有亲近的关联性：都主张立法论和解释论上的常识主义与功能主义，即立法论上的良法之治、解释论上的良心之治。

立法论上突出强调良法之治。立法完善是良法之治的基础，也是常识主义刑法观和功能主义刑法观所共同强调的重要内容。常识主义刑法观认为，作为良法的刑法立法必须是“体察民情、顺应民意、反映人民需要”，并且“把已变成人民共识的先进思想、价值观念变为法律”，^{〔7〕} 同时又要认识到“以维护人权为核心的现代法治所规定的公民权利与义务，本身就是公民自由的集中体现。破坏这种秩序，就是侵犯所有人的自由”，^{〔8〕} 犯罪与刑罚设定必须体现不得已性、谦抑性和最后手段性。这与功能主义刑法观强调刑法立法必须充分适应社会发展需要并有利于实现社会治理功能的思想是高度一致的。我国长期以来在犯罪防控问题上非常重视刑事政策的应用，尤其是在刑事立法和刑事司法活动中刑事政策都起着十分重要的作用，占据着十分重要的地位，如严打政策、宽严相济刑事政策、反腐败政策、反恐政策、扫黑除恶政策等，都反映了当下中国社会的常识、常理、常情。用这些刑事政策指导我国的刑法立法——其中包括制定颁布刑法修正案——都充分体现了常识主义刑法观和功能主义刑法观的实质要求。应当说，这是一种总体论的刑法立法评价。而常识主义刑法观还具有反思、批判、发展、完善刑法立法的功能，时刻保持一种审视并追求“良法之治”的功能，由此可以发现我们在刑法立法上还难免存在极个别的立法规定不完全符合常识主义刑法观本质特征的“恶法”，需要反思“我们不能不说是我们取得了任何人也无法否认的伟大成就的同时，我们也付出了极其惨痛的代价”以及“我们制定的法律越来越多了，但是真正得到执行的法律却越来越少了”等现象，需要我们认识到“不论从法的本质还是法的功能的角度考察，只要坚持以常识、常理、常情来指导我们制定、理解、适用法律，我们的法就能真正成为维护人民利益的法，成为民众因从内心认同而自觉遵守的法”。^{〔9〕} 可以说，常识主义刑法观在立法论上突出强调良法之治，不但具有功能主义刑法观重视刑法立法治理社会效果功能的特点，更具有自我反思和发展完善刑法立法的深刻意蕴，从而更有利于确保国家立法“良法之治”的法治理性。

解释论上特别彰显良心之治。“徒法不能自行”，立法论上的良法之治必须通过常识主义刑法解释论才能成为“活的法”，才能真正实现司法实践意义上的良法之治、良心之治，确保刑事法治理性。常识主义刑法观用“良心之治”来概括刑法解释论的核心观念，可谓抓住了“事物本质”。“司

〔6〕 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》，载《中外法学》2013年第5期，第974页。

〔7〕 见前注〔1〕，陈忠林书，第40—41页。

〔8〕 见前注〔1〕，陈忠林书，第60页。

〔9〕 见前注〔3〕，陈忠林书，第14—16、19页。

法人员必须依照良心来理解法律、执行法律、适用法律,是司法独立的核心。这是马克思主义关于司法独立应有内涵的诠释,也是现代法治国家的宪法性要求”,因为“良心是一个人对其所处社会最基本的是非观、善恶观、价值观的认识,是一个社会民众普遍认同的常识、常理、常情在一个正常人灵魂中的反映”,“现代法治归根结底应是‘人性之治’‘人心之治’‘良心之治’”。^{〔10〕} 这些论述实质上是从人文观念上阐释了刑法解释的精髓,具有非常重要的方法论价值和效果功能价值。从刑法解释的效果功能价值看,常识主义刑法观特别强调了刑法解释适用(尤其裁判效果)的“良心之治”观念:只有裁判效果符合“社会最基本的是非观、善恶观、价值观”的实质要求,才能承认其有效性并下判;只要裁判效果不符合“社会最基本的是非观、善恶观、价值观”的实质要求,就不能承认其有效性,不能做出违背良心的裁判。刑法解释论上的“良心之治”观念利于杜绝解释者(尤其是裁判者)以“合理不合法”“法律是无情的”等借口而做出违背良心的机械裁判,从而有利于实现司法公正和刑事法治理性,意义重大。

常识主义刑法观的反思和批判精神在解释论上也有充分反映。我国有学者指出,尽管常识主义刑法观作为“一个社会最基本的是非观、善恶观、价值观,是指导我们制定、适用、执行法律的指南”,但是常识主义刑法观并“不是具体的法律规范本身。我们的司法者、执法者在处理具体案件时,当然只能以相关法律的具体规定为依据”。^{〔11〕} 如果说常识主义刑法观在立法论上具有更加自由广阔的功能发挥,有利于刑法立法在常识主义刑法观指导下“自由自在”地立法以实现“良法之治”,那么,常识主义刑法观在解释论上则在现行法律框架下“有所节制”地司法以实现“良心之治”。这里所谓“有所节制”地司法,即是指“只能以相关法律的具体规定为依据”,而不能仅凭解释者个体所领悟到的“良心”或者“一个社会最基本的是非观、善恶观、价值观”而僭越现行法律规定来得出解释结论并下判,不能简单地以“常识、常理、常情”观念代替法律规定本身来解释适用法律。尤其是刑法解释的刑事法治理性在自由与秩序、效率与公正等价值权衡中具有一定特殊性,刑事政策理念和罪刑法定原则是不同于其他部门法的重要法理而且必须在刑法解释中得到坚持和贯彻,常识主义刑法观仅仅是将“良心之治”作为一种指导观念,但并不是以指导观念直接取代法律本身,更不是反对“只能以相关法律的具体规定为依据”解释适用刑法。这也是常识主义刑法观下刑法解释论的应有内涵。

刑法解释结论有效性是功能主义刑法解释论的重要范畴,具体包括刑法解释结论的合法性、合理性、合目的性。刑法解释结论只有在其同时具备了合法性、合理性和合目的性所共同型构的“三性统一”之时才能称得上获得了“有效性”。反之,刑法解释结论若仅具有合法性,或者仅具有合理性,或者仅具有合目的性,或者缺少合法性、合理性和合目的性中的任何一项,均不能获得完整意义上的“有效性”。这是刑法解释结论有效性命题的基本内容。常识主义刑法观在刑法解释论上主张“良心之治”,核心是强调了刑法解释结论有效性中的合理性和合目的性,前提是承认了刑法解释结论合法性,即承认“以相关法律的具体规定为依据”所获得的解释结论才能获得合法性,由此契合了刑法解释结论有效性“三性统一”命题的实质内涵。

三、方法论的常识主义刑法观

从前面讨论常识主义刑法观与功能主义刑法学的亲近关联性可以发现,立法论上的良法之

〔10〕 见前注〔3〕,陈忠林书,第24—27页。

〔11〕 见前注〔3〕,陈忠林书,第23页。

治与解释论上的良心之治既是一种效果历史的追求,也具有鲜明的方法论指引意义,高度契合了“方法论觉醒”的当代法学特色。可以说,常识主义刑法观是一种独具特色的刑法学研究方法论。

法学界的方法论觉醒十分引人注目。法学方法论是由各种法学方法组成的一个整体的法学方法体系以及对这一法学方法体系的理论阐释。法理学认为,“法学方法论作为法哲学、社会实证法学和实体法有机结合理论体系的方法论,不限于法学中专有的技术性方法,还必须接受哲学方法的指导和一般科学方法论的指导”;因此,“在具体运用过程中,必须反对两种倾向:一是用哲学方法论取代法学中专门技术方法论;二是否认哲学方法论对法学的指导作用,片面强调专门技术方法,割裂两者之间的内在联系”。^{〔12〕} 法理学上还提出了法学方法论体系的科学主义(经验主义或者实证主义)与人文主义(理性主义)的二元论命题,法学方法论中存在科学主义与人文主义二元论之争。方法论中的科学主义,倾向认为法学要想成为一门科学就必须使法学理论揭示的内容具有客观性;方法论中的人文主义,主张应以人文研究为标准来规范社会科学研究。正是科学主义与人文主义的对立构成了法学方法论中的二元论,并以一系列悖论的形式表现出来:一是从本体论角度上看,有两个相反的命题,即,一方面法律发展过程是客观的,另一方面法律发展过程是主观的(是人们有意识活动的过程);二是从认识论意义上看,也存在着两个相反的命题,即,一方面以法律事实为对象的法学研究信奉“价值中立”观,同时法学是反映不同社会群体的价值的科学,不存在“价值中立性”判断,另一方面从法学研究目标来看,法学往往在追求精确性与不必精确化之间徘徊。^{〔13〕} 因此,法理学上的主导观点是主张法学方法论体系中科学主义与人文主义的综合立场。现代社会主要的法学方法论,有马克思主义法哲学方法论、价值判断的法学方法论、分析实证主义法学方法论、社会实证法学方法论、历史法学方法论、经济分析法学方法论、比较的法学方法论、现代自然科学的法学方法论等多种;其中,现代自然科学的方法论大致有控制论、系统论、信息论的法学方法论,博弈论的法学方法论,模糊论的法学方法论,耗散结构论、协同论、突变论的法学方法论,生物科学的法学方法论(如各种社会达尔文主义与有关“组织移植”理论的运用)等。此外,中国古代历史上的法学方法论出现过“法天”的法学方法论(如“法天”和“法自然”等)、“气”的法学方法论(如“气数”以及“元气”和“民气”等)、“中庸”的法学方法论(如“中庸”和“中和”以及“执中”等)、“注释”的法学方法论、权力分析的法学方法论(如“内法外儒”“术治论”和“势论”等)。^{〔14〕}

应当说,常识主义刑法观可谓是上列一般法理学意义上法学方法论和作为部门法的刑法学方法论的某种新的哲学抽象。从一般法理学意义上的法学方法论看,常识主义刑法观较为合理地融合了作为现代社会主要的法学方法论的科学主义与人文主义的立场,“常识、常理、常情是一个社会最基本的是非观、善恶观、价值观,是指导我们制定、适用、执行法律的指南”,^{〔15〕}具有一般法理学意义上法学方法论价值,是法学尤其是刑法学展开立法论和解释论学术研究的重要方法论。

近年来,刑法研究方法的重要性越来越受到学界关注和推崇,所以刑法理论界对此进行了持续不断的深入研讨,有关的专题研讨会以不同规模、不同层次在各地举行,有关的专题论著大量公

〔12〕 吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年版,第615页。

〔13〕 见前注〔12〕,吕世伦、文正邦书,第616—621页。

〔14〕 见前注〔12〕,吕世伦、文正邦书,第622—832页。

〔15〕 见前注〔3〕,陈忠林书,第23页。

开发表,其中有的研究成果比较具有系统性、基础性,形成了较大的学术影响。^[16]可以说,中国刑法学者近年来的“方法论觉醒”十分引人注目,成就巨大。^[17]例如,赵秉志教授主张注重刑法基本原理、刑法立法完善与刑法解释相结合、定性与定量研究相结合、思辨研究与实证研究相结合、刑法规范学与刑事政策学和国际刑法学的综合研究等方法,同时强调刑法学研究不能照搬一般法学研究方法;^[18]陈兴良教授出版了多部有关法学方法论的专著,如独著的《刑法的知识转型(方法论)》、独著的《刑法教义学》、主编的《刑法方法论研究》等,较多地强调了刑法教义学研究方法,认为法学知识是鱼、法学方法是渔,授人以鱼不如授人以渔,认为“在某种意义上可以说,刑法总论,尤其是犯罪论,实质上就是刑法方法的载体;刑法各论则是将刑法方法运用于各罪的一种应用型训练”,具体分析研讨了刑法学研究方法论中立法论的思考与司法论的思考、体系性的思考与问题性的思考、类型性的思考与个别性的思考等三组关系;^[19]张明楷教授主张研究刑法学应以辩证唯物主义与历史唯物主义为根本法,要运用历史的、发展的观点和理论联系实际的方法研究刑法,要综合运用注释研究法、哲学研究法、历史研究法、比较研究法、社会学研究法、案例研究法等具体方法研究刑法;特别强调刑法基本原理与刑法解释学的研究方法,反对动辄指责刑法立法漏洞的研究立场;^[20]周光权教授主张刑法客观主义方法论,“刑法客观主义是基本立场,也是方法论”,“必须先客观后主观”,“尽可能将传统上对主观要素的判断还原为对客观要素的判断”,重视刑法解释和“刑法解释方法的多元化”,认为“刑法解释是方法论中的重要内容”,重视体系性思考、类型性方法、价值判断(实质主义刑法观),强调中国刑法研究如欲达到相当的高度,就必须借鉴而非拒斥欧陆刑法理论,不能人为区分何种理论是“中国刑法学”,何种理论是“外国刑法学”“比较刑法学”,其实所有的理论,只要能够说得通,都是“中国刑法学”;^[21]曾粤兴教授专题研究了“刑法学研究方法的一般理论”,将刑法学方法的选用区分为四种语境并予以具体研讨,即,法律文本注释的研究方法(包括传统的刑法注释方法与当代的刑法注释方法),立法建议的研究方法(包括实证分析、经济分析、比较分析、系统分析等方法),刑法案例的研究方法(包括语境解释、法意解释、目的解释、补正解释与黄金规则、当然解释等诸种方法),基础理论的研究方法(包括历史分析、实证分析、当然解释和体系解释或语境解释、综述方法);^[22]此外还有储槐植教授倡导的刑事一体化的方法论思想,^[23]白建军教授主张的实证主义方法论思想,^[24]以及林东茂教授在评价经验主义(或者实证主义)方法与理性主义(或者人文主义)方法的基础上所主张的必须特别重视理性主义方法论思

[16] 撇开法理学界对法学方法论之研讨,仅就“刑法方法论”专题的研讨就产生了较丰富的研究成果,如曾粤兴:《刑法学方法的一般理论》,人民出版社2005年版;陈兴良主编:《刑法方法论研究》,清华大学出版社2006年版;梁根林主编:《刑法方法论》,北京大学出版社2006年版;赵秉志主编:《刑法解释研究》,北京大学出版社2007年版;杨艳霞:《刑法解释的理论与方法:以哈贝马斯的沟通行动理论为视角》,法律出版社2007年版;白建军:《法律实证研究方法》,北京大学出版社2008年版;陈航:《刑法论证方法研究》,中国人民公安大学出版社2008年版;周光权:《刑法客观主义与方法论》,法律出版社2013年版。

[17] 见前注[16],曾粤兴书,第226—275页。

[18] 参见赵秉志:《刑法基本问题》,北京大学出版社2010年版,第405—441页。

[19] 陈兴良:《教义刑法学》(第2版),中国人民大学出版社2014年版,第1—28页。

[20] 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,“绪论”,第13—15页。

[21] 见前注[16],周光权书,第8—21页。

[22] 见前注[16],曾粤兴书,第226—275页。

[23] 参见储槐植:《刑事“三化”述要》,载《中国检察官》2018年第1期。

[24] 参见白建军:《论刑法教义学与实证研究》,载《法学研究》2021年第3期。

想，^{〔25〕}在此不一一列举。基于上列刑法学方法论“问题意识”的梳理归纳，笔者认为可以将刑法学研究方法分为以下六组：一是刑法哲学研究方法、刑事政策学研究方法与规范刑法学研究方法，二是刑法立法学研究方法与刑法解释学研究方法，三是刑法教义学研究方法、刑法判例学方法与刑法社科法学方法，四是刑法经验主义研究方法 with 刑法理性主义研究方法，五是正面立论体系化证成方法（体系性方法与建构性方法）与反面批驳性方法（解构性方法与问题性方法），六是综合的方法与折中的方法。

同样可以说，常识主义刑法观可谓是针对上列刑法学方法论“问题意识”的一种回应，从而具有十分重要的刑法学方法论价值。例如，常识主义刑法观与当下刑法学研究方法所强调的刑法哲学方法中的民权主义刑法观和功能主义刑法观具有亲缘关系，强调了哲学的、权利观的、功能主义的、刑事政策理性的方法论意义，并且近期陈忠林教授还提出了常识主义刑法观主张“辩证唯物主义和历史唯物主义是让法学成为科学的根本方法”^{〔26〕}的法学方法论观点；强调了面向立法论的、侧重社科法学和刑事政策学的刑法学研究方法以及面向司法论的、法律解释学的刑法学研究方法，刑法经验主义即经验归纳、实证素材、科学分析以及刑法理性主义即理性判断、人文追求（态度）、逻辑演绎的研究方法，并且还强调了刑法经验主义与理性主义相结合的研究方法；强调了正面立论体系化证成方法（体系性方法与建构性方法）与反面批驳性方法（解构性方法与问题性方法），正面立论研究、建构性和建设性的研究是最终目的，但是批驳性、解构性和问题性研究是基础，二者之间是相反相成的关系，其最佳状态是解构性研究基础上的建构性研究，为刑法理论和实践完善提出了建设性的新创见；强调了综合与折中的思维方式，核心在于在承认各种研究方法本身的相对合理性的基础上，主张适当权衡各种研究方法的利弊得失并加以综合运用、折中分析，力求得出更为周全合理的结论的刑法学研究方法。

当然应当认识到，在此前提下，还应该继续思考其需要解决的“规范技术”方面的方法论问题，要防止法理学方法论所提出的“用哲学方法论取代法学中专门技术方法论”的理论困境。例如，规范刑法学、刑法教义学、刑法解释学的研究方法，既要注意运用作为非规范的法哲学原理的常识主义刑法观的指导价值，又要注意研究并提出作为规范刑法学“专门技术方法论”的具体内容。再如，常识主义刑法观的显著特点在于反对“片面的深刻”，其同综合论和折中论的刑法学方法论一样，可能面临的理论难题是通常被批评为中庸之道、骑墙派，甚至难有创新建树。这是常识主义刑法观、综合论和折中论的方法论所必须共同防范的“中庸陷阱”，均需要在深入研究“片面的深刻”和警惕“中庸陷阱”的前提下恰当采用谨慎综合论和折中论的研究方法。周光权教授指出，回归常识的中国刑法学，一定是考虑国情、中国独特文化的理论，这种理论很可能是一种折中的理论，坚持这种理论实际上就是在中国确立了刑法的基本立场；同时，常识主义并不反对理论深刻性，例如，应当确认犯罪论体系阶层化、精致化，以事实和经验的判断为思维起点，最终形成价值判断，由此形成精巧的刑法解释体系。^{〔27〕}

将作为方法论的常识主义刑法观运用于领域刑法论、范畴刑法论时，尤其应注意其“方法论属性”，而不能将其作为领域刑法论本体、范畴刑法论本体来看待。领域刑法论强调不同领域刑法问

〔25〕 林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版），中国人民大学出版社2009年版，第38—39页。

〔26〕 陈忠林：《如何让法学成为科学——走向科学的法学变革与理论重构》，载《学术论坛》2019年第5期，第57页；《陈忠林、袁林、胡启忠和唐稷尧四位教授应邀来我院进行“关于刑法研究的学术思考”的主题研讨》，载四川大学法学院官网2020年1月13日，<http://law.scu.edu.cn/info/1161/10925.htm>。

〔27〕 周光权：《论常识主义刑法观》，载《法制与社会发展》2011年第1期，第93页。

题及其解决方案的特殊性,诸如自然犯与法定犯(行政犯)、风险刑法与传统犯罪、暴恐犯罪与非暴恐犯罪、网络数据和算法犯罪与普通犯罪等领域的划分,都属于某种意义上的领域刑法论范畴,都可以置于常识主义刑法观指导下展开领域刑法论的法理检讨。需要指出的是,理论界通常都会关心这样一个问题:常识主义刑法观当然可以作为诠释传统自然犯的方法论指引,但是在法定犯领域未必可以适用,因此,“常识主义刑法观”方法论指引的功能发挥是否需要框定一定的适用范围?笔者认为,作为刑法学方法论的常识主义刑法观完全可以适用于刑法整体,只是需要注意不同领域刑法“常识主义”之具体内涵和各自特点;就行政犯领域而言,行政犯之前置法规范论、前置法与行政犯关系论等的法理阐释同样需要常识主义刑法观的方法论指引。以销售柴油行为是否构成作为行政犯的非非法经营罪为例(详见具体案例),作为非法经营罪构成要件要素的“违反国家规定”与作为本罪前置法的行政法之间的关系论判断,就只有在常识主义刑法观的方法论指引下才能做出合法、合情、合理的规范判断。

【案例】四川省何某销售柴油案。被告人何某在2015年1月至2019年10月期间,在未取得《危险化学品经营许可证》《成品油零售经营批准证书》等行政许可的情况下,从外地购买柴油到四川省某市销售柴油牟利。案发时,从被告人何某处查扣尚未销售的柴油共计64 770公斤(经鉴定,其中49 200公斤为闭杯闪点 $>60^{\circ}\text{C}$,15 370公斤为闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$),价值310 896元。通过对何某本人账本、银行卡交易记录、收款收据、微信交易记录等审核鉴定,被告人何某非法经营柴油金额共计14 972 220元,个人获利40万余元。在法院审理中,辩护人提出的辩护意见是:被告人何某销售闭杯闪点 $>60^{\circ}\text{C}$ 柴油49 200公斤的行为不构成非法经营罪,但是认同销售闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油15 370公斤的行为构成非法经营罪。人民法院判决认为,被告人何某销售闭杯闪点 $>60^{\circ}\text{C}$ 柴油49 200公斤和闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ 柴油15 370公斤的行为均构成非法经营罪,判处被告人有期徒刑3年、缓刑5年,并处罚金40万元。^{〔28〕}

针对该案被告人何某“销售闭杯闪点 $>60^{\circ}\text{C}$ 柴油49 200公斤的行为是否构成非法经营罪”这一争议问题,按照常识主义刑法观(以及刑法教义学原理)来分析,必须以“违反国家规定”为前提条件,若不具备“违反国家规定”这一前提条件,则不能构成非法经营罪,这是常识主义刑法观所当然内含的法律逻辑判断;在是否具备“违反国家规定”这一实质的规范判断中,同样需要结合该案的具体案情和相关法律规定进行“常识主义”判断。

该案辩护人提出:在《危险化学品目录》(2015年)中,仅规定了“闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ ”的柴油才属于危险化学品从而需要特别的行政许可;而2019年发布的国办发〔2019〕42号文和商运函〔2019〕659号文均明确规定了“取消石油成品油批发仓储经营资格审批”,商运函〔2019〕659号文还规定了“各级商务(经信、能源)主管部门不再受理原油销售、仓储和成品油批发、仓储经营资格申请”,“市场主体从事石油成品油批发、仓储经营活动,应当符合企业登记注册、国土资源、规划建设、油品质量、安全、环保、消防、税务、交通、气象、计量等方面法律法规,达到相关标准,取得相关资质或通过相关验收,依法依规开展经营活动,无需向商务主管部门申请经营许可”,即对于闭杯闪点 $>60^{\circ}\text{C}$ 的柴油根本就不实行许可证制度;商务部令2020年第1号《商务部关于废止部分规章的决定》(已经2020年6月18日商务部第28次部务会议审议通过,于同年7月1日公布,自公布之日起施行)规定:“一、废止《成品油市场管理办法》(商务部令2006年第23

〔28〕 何某非法经营罪案,四川省巴中市巴州区人民法院刑事判决书(2020)川1902刑初字第295号。

号,经商务部令 2015 年第 2 号、商务部令 2019 年第 1 号修订)。二、废止《原油市场管理办法》(商务部令 2006 年第 24 号,经商务部令 2015 年第 2 号修订)。”根据这些规定,辩护人认为,市场主体从事闭杯闪点 $>60^{\circ}\text{C}$ 的柴油(石油成品油)批发、仓储、零售经营活动,根本就不属于行政许可事项,因此被告人何某销售闭杯闪点 $>60^{\circ}\text{C}$ 柴油 49 200 公斤的行为不属于“违反国家规定”,依法不构成非法经营罪。

该案辩护人所提出的上列辩护意见,其中包含了规范判断,即针对行政犯领域之前置法规范论、前置法与行政犯关系论等的规范解释;但是,特别值得注意的是,该案辩护人提出的上列规范判断及其说理已经鲜明体现了常识主义刑法观所内含的方法论运用,根据商务部令 2020 年第 1 号规定提出“市场主体从事成品油批发、仓储、零售经营活动不再属于行政许可事项”,以及该案被告人何某涉嫌经营柴油中闭杯闪点 $>60^{\circ}\text{C}$ 的部分的行为依法不涉嫌非法经营罪的辩护意见,正是针对作为行政犯前置法的行政法以及《刑法》(第 225 条)的规范判断与常识主义阐释。因为,前置法规定“取消石油成品油批发仓储经营资格审批”“无需向商务主管部门申请经营许可”“废止《成品油市场管理办法》”“废止《原油市场管理办法》”等,依据常识主义刑法观就只能得出“闭杯闪点 $>60^{\circ}\text{C}$ 的石油成品油经营不需要行政许可”这一结论(但是依据《危险化学品安全管理条例》《危险化学品目录》的规定,“闭杯闪点 $\leq 60^{\circ}\text{C}$ ”的柴油属于危险化学品从而需要特别许可),而否定这一结论的其他观点就显然是反常识主义的。在此意义上,该案法院认定被告人何某销售闭杯闪点 $>60^{\circ}\text{C}$ 柴油 49 200 公斤的行为构成非法经营罪的判决结论,就值得商榷。

同理,范畴刑法论中的犯罪构成论、违法论、责任论、刑罚论、罪刑关系论等基本范畴,以及这些基本范畴之下的众多具体范畴如法益论、客观归责论、正当防卫论、紧急避险论、自招危险论、违法性认识论、期待可能性论、报应刑论与预防刑论等,同样可以置于常识主义刑法观指导下展开深刻的法理检讨。例如,作为行政犯的危险驾驶罪“法益论”的理解阐释,我国有学者认为“在没有车辆和行人的道路上醉酒驾驶机动车的行为,只具有造成抽象危险的可能性,而不具有现实的抽象危险,不能认定为危险驾驶罪”,^[29]因为“基于常识主义刑法观而主张对犯罪的认定要慎重,需要考虑公众基于生活经验的规范感觉”,^[30]在“基于生活经验的规范感觉”已经能够判断出“不具有现实的抽象危险”时,就不能做出“有抽象危险”这一背离常识主义的判断,从而在危险驾驶罪“法益”的规范判断中鲜明体现了常识主义刑法观的立场和方法。诸如此类的例证应当说很多,尤其是对实质违法论、客观归责论、期待可能性论等范畴刑法论问题的理解阐释,在相当意义上都是常识主义刑法观立场和方法的具体运用,这里不再一一列举和赘述。

四、语言论的常识主义刑法观

法学语言论在现代法学视域中可谓是法学本体论与法学方法论的统一体,不但强调运用语言哲学、语言方法、语言规则来诠释法学理论,而且还强调对法学的语言论本体论研究。正如学者所言,“法律存在于语言中,从法律文本到司法判决,从立法、司法到守法,这些静态的法律文本和动态的法律活动都为语言所建构”。尤其强调“语言论哲学中的许多理论资源都可以用来作为研究

[29] 张明楷:《危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷》,载《政法论坛》2012 年第 6 期,第 130 页。

[30] 付立庆:《积极主义刑法观及其展开》,中国人民大学出版社 2020 年版,第 33 页。

刑法解释问题的工具”,^[31]因此“可以反思刑法语言问题,建构语言刑法学理论体系”。^[32]由此可见,语言论在刑法立法与司法、刑法学的教义学与解释学之中的本体论意义和方法论意义均非常重大。

在笔者看来,刑法学语言论的本体论意义和方法论意义,分别是指:(1)刑法学语言所建构和诠释的刑法学理论体系本体是合乎法理的(刑法学语言论的本体论意义);(2)刑法学语言是建构和诠释刑法学理论体系本体的有效方法(刑法学语言论的方法论意义)。因此,刑法学语言论的本体论意义和方法论意义,核心正在于刑法学理论体系的语言建构(语言表达)和诠释,例如德国刑法学理论体系的德语建构(德语表达)和诠释,日本刑法学理论体系的日语建构(日语表达)和诠释,英美刑法学理论体系的英语建构(英语表达)和诠释,以及在中国本土化的汉语法学系统中,中国刑法学理论体系的汉语建构(汉语表达)和诠释。基于常识主义刑法观,刑法学理论体系的语言建构和诠释,当然强调符合语言论,但是更重要的是要强调:作为刑法学语言所建构和诠释的刑法学理论体系本体是符合常识主义刑法观的,以及作为方法论的刑法学语言对刑法学理论体系本体的建构和诠释也必须是符合常识主义刑法观的。概言之,刑法学理论体系的语言建构和诠释,必须是既符合语言论,又符合常识主义刑法观的,这是语言论的常识主义刑法观的重要指引价值。

因此,中国本土化的刑法学必须特别关注中国传统刑法法理的汉语表达与常识主义诠释。我国刑法学犯罪构成四要件体系、刑事责任论、共同犯罪论以及宽严相济和扫黑除恶的刑事政策论等,是较长时期形成的较为典型的中国本土化刑法法理,其汉语表达方式也为法学学界和法律实务界所认同。那么,在具体阐释运用或者解构批评这些中国传统刑法法理时必须秉持一种常识主义刑法观的立场,以“常识、常理、常情”观念来诠释中国传统刑法法理的合理内涵,而不能以文字的、用语的多义甚至歧义来歪曲阐释相关法理的应有内涵。

以犯罪构成四要件体系理论为例,犯罪客体要件、犯罪的客观方面要件、犯罪主体要件、犯罪的主观方面要件等范畴的实质内涵和深刻法理,不应停留于其表面文字来进行训诂式的或者说文解字式的阐释与批评,而应采用语言论的常识主义刑法观,如语言世界观、意义即使用理论、诠释学哲学理论、语用学理论以及刑法的言内语境、言伴语境和言外语境等理论来展开。^[33]表面上看,这里列出的语言论的具体内容似乎过于专业,但是实际上说话要看语境的道理就是常识、常理、常情。我国有学者强调坚持中国传统犯罪构成论体系的基本立场和理由,强调指出“四要件犯罪构成理论并不存在某些学者所认为的诸多缺陷,相反,在目前中国的国情下,四要件犯罪构成理论具有相当的合理性”,并系统论述四要件犯罪构成理论的历史合理性、现实合理性、内在合理性与比较合理性,^[34]其重要的论说特点应当说就照顾到了语言论的常识主义刑法观。按照笔者的理解,经表面观察可以说,中国传统犯罪构成论体系是以“主客观相统一”为支柱建立的,而大陆法系国家犯罪论体系是以“违法性与责任性相统一”为支柱建立的;但是,这种“表面文章”背后的实质和内核应当说是完全一致的,就中国传统犯罪构成论体系而言,其所坚持的主客观相统一原则本身并非泛泛而谈的主观与客观相统一,而是法规范意义上的、法价值判断上的主观与客观相统

[31] 王政勋:《刑法解释的语言论研究》,商务印书馆2016年版,第53、56页。

[32] 程荣:《刑法文义解释论》,四川大学2020年博士学位论文,“内容摘要”,第1—2页。

[33] 见前注[31],王政勋书,第56—57、301—422页。

[34] 有关中国传统犯罪构成论体系的合理性与改良方面的内容也比较多,详情请参见高铭喧、赵秉志、马克昌、冯亚东、刘艳红等学者的相关专著。

一,这种意义上的主客观相统一本身就意味着违法性与责任性相统一。^[35]事实上,针对中国传统犯罪构成论体系所坚持的主客观相统一原则,陈兴良教授就明确表示过肯定性意见,认为“在犯罪构成中又区分为客观方面的要件与主观方面的要件,笔者认为这种主客观要件的区分本身是合理的,关键是如何解决主客观要件中的事实与评价以及主客观要件互相之间的对应关系”;^[36]关于张明楷教授所主张的“违法—有责”两阶层犯罪论体系,陈兴良教授也以“客观—主观”两要件形式加以概括:“在张明楷教授的《刑法学》(第3版)一书中,将犯罪构成分为客观(违法)构成要件与主观(责任)构成要件。”^[37]这些见解进一步佐证了中国传统犯罪构成论之四要件体系(以主客观相统一原则为支柱建立起来的犯罪构成论体系)同西方大陆法系国家狭义犯罪论之三阶层体系(以违法且有责为支柱构建的犯罪论体系),二者在犯罪论基本立场上具有一致性和同质性。同样道理,西方大陆法系国家犯罪论体系所描述的违法性与责任性相统一,在本质上也必然是主客观相统一,这一点从贝林格时代到当下时代的犯罪论体系发展脉络也清晰可见,不但早期西方学者所谓的“冷色的”或者“裸的”构成要件不复存在,而且有关违法的与有责的判断也不可能仅仅是客观的判断或者主观的判断,这些要件与要素的判断都必然是主客观相统一的判断,^[38]无须赘述。可见,基于语言论的常识主义刑法观,中国传统犯罪构成论体系坚持主客观相统一原则本身,可以解读为在实质立场上就是坚持了主客观相统一、违法性与责任性相统一的犯罪论原理;同理,西方大陆法系国家犯罪论体系坚持违法性与责任性相统一,也可以解读为在实质立场上就是坚持了主客观相统一、违法性与责任性相统一的犯罪论原理。一言以蔽之,基于语言论的常识主义刑法观,中西方犯罪论体系均坚持了主客观相统一、违法性与责任性相统一的犯罪论实质内核。这些结论的得出,应当说是语言论的常识主义刑法观所具有的语境性、对话性和建设性的功能体现,有利于实现中国本土化特色刑法理论的发展完善。当然,语言论的常识主义刑法观只是提供了一种合理阐释本土化刑法理论体系之“话语体系”的指导观念,它有利于我们对国外刑法法理的借鉴吸纳与中国本土化改造,并最终形成中国本土化的刑法法理话语体系,但是它不能代替理论体系本身的深入研讨和创新发展。

就国外刑法法理的借鉴吸纳与中国本土化改造而言,张明楷教授指出:我国的刑法学要想在国际社会获得话语权,就需要通过观察、归纳生活事实创制新的描述性概念,并进一步通过抽象、提炼创制具有影响力的规范性概念;在当下,我国的刑法学仍然需要沿用源于国外刑法学的部分概念,但在沿用过程中需要进行必要的解构:应当注意我国刑事立法、司法现状与外国刑事立法、司法现状的区别;刑法学理论应当注意事实学与规范学的区别,不能将犯罪学的概念直接用于犯罪构成符合性的判断,否则必然违反罪刑法定原则;刑法学理论不应创制和使用没有影响力与实际意义的非概念、虚概念,不能用非概念、虚概念掩盖、转移刑法争议问题的症结与焦点。^[39]张明楷教授这里所批评的“非概念、虚概念”本身也涉及语言论的常识主义刑法观,

[35] 参见魏东:《我国传统犯罪构成理论的实质合理性与逻辑自治性》,载《人民检察》2011年第11期,第16—21页。

[36] 陈兴良:《构成要件的理论考察》,载《清华法学》2008年第1期,第13页。

[37] 陈兴良:《四要件犯罪构成的结构性缺失及其颠覆——从正当行为切入的学术史考察》,载《现代法学》2009年第6期,第72页。

[38] 张明楷教授对此有一些批评性论述,认为“完全要求客观与主观的统一是不符合现实的”,因为“事实上,许多构成犯罪的行为,在主客观方面并不是完全统一的,当然也不能要求做到主客观相统一”。参见张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第49页。

[39] 参见张明楷:《刑法学中的概念使用与创制》,载《法商研究》2021年第1期,第3页。

即：刑法概念的使用和创制不但要符合刑法论的原理与规则(刑法论的常识主义)，而且也要符合语言论的原理与规则(语言论的常识主义)，如正当防卫的正当化根据论，盗窃、诈骗等取得罪的保护法益论等。

例如，正当防卫的正当化根据论，德国刑法学的二元论(个人保全原理和法确证原理)和日本刑法学的“优越的利益保护原理”各自均有其合理性(其中德国“个人保全原理”可以被修正为“法益保护原理”)。尤其是从法理周全性和深刻性看，应当综合运用“优越的利益保护原理”和“法确证原理”来诠释正当防卫的正当化根据，这种理论见解可谓是对德国刑法学的正当防卫根据二元论(即“个人保全原理”和“法确证原理”所型构的正当防卫根据二元论)的一种新修正，是正当防卫根据二元论的修正说修正的二元根据论，即“优越的利益保护原理”和“法确证原理”所型构的正当防卫根据二元论。^{〔40〕} 这里，笔者之所以强调将德国“个人保全原理”修正为“法益保护原理”，除了法理妥当性考虑之外，还考虑了语言论的常识主义刑法观立场：德国“个人保全原理”不符合我国《刑法》第20条“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害”这一法规范目的，因而有必要在借鉴吸纳德国“个人保全原理”时将其修正为“法益保护原理”(同时也是借鉴吸纳日本学说)，以使其既符合刑法法理，又符合语言论的常识主义刑法观。

再如，盗窃罪、诈骗罪等传统侵犯财产罪的保护法益论，我国刑法学界目前主要有“所有权说”与“占有说”之争。一般认为，持占有说的学者是在借鉴吸纳德日刑法学的学术传统与刑法知识的基础上所形成的学术见解。在德国刑法学上，以诈骗罪为中心展开的是法律的财产说、经济的财产说及“法律—经济”的财产说的见解；而在日本刑法学上，以盗窃罪为中心展开的是本权说、占有说及各种中间说(包括基于本权说的中间说与基于占有说的中间说)的争论。^{〔41〕} 笔者主张，侵犯财产罪保护法益“所有权说”与“占有说”之争的焦点，不在于他人财产所有权是否可以成为侵犯财产罪的保护法益，而在于单纯的占有是否可以充足侵犯财产罪的保护法益，侵犯财产罪保护法益的实质所有权说，既是侵犯财产罪入罪立法论根据，也是侵犯财产罪的解释论根据。^{〔42〕} 这里的法理论释，除了法理论证上强调实质所有权说的理论优势外，还有语言论的常识主义刑法观的坚持与运用。

针对我国《刑法》第382条关于贪污罪“侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物”的立法规定及其法理阐释，有的学者主张“坚持贪污罪应为单一侵占行为类型，将盗窃、诈骗等行为方式排除在贪污罪之外，从而从一开始就否定贪污罪与盗窃罪、诈骗罪的竞合关系”，并特别指出“监守自盗”在刑法上的规范评价正是侵占；^{〔43〕} 有的学者主张“需要思考贪污贿赂罪的司法与立法发展方向”对“窃取、骗取行为，应当进行限制解释”，认为“监守自盗概念，是一个极不准确、没有严格区分盗窃与侵占的含混概念，其中的‘监守’也没有确定的含义，不应当、也没有必要再使用这一概念”，^{〔44〕} 进而认为“盗骗交织”“监守自盗”等概念都没有存在的必要与空间。^{〔45〕} 有关贪污罪

〔40〕 参见魏东：《正当防卫的重要法理研讨——以于欢故意伤害案等典型案例为视角》，载魏东主编：《刑法解释》(第5卷)，法律出版社2020年版，第341—362页。

〔41〕 见前注〔20〕，张明楷书，第834页。

〔42〕 参见魏东：《论传统侵财罪的保护法益——基于实质所有权说的法理阐释》，载《法学评论》2017年第4期，第88页。

〔43〕 王彦强：《业务侵占：贪污罪的解释方向》，载《法学研究》2018年第5期，第12页。

〔44〕 张明楷：《贪污贿赂罪的司法与立法发展方向》，载《政法论坛》2017年第1期，第13页。

〔45〕 见前注〔39〕，张明楷文，第20—22页。

法理以及“侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物”和“盗骗交织”“监守自盗”等语言表达的语言论的分析论述,就在相当意义上凸显了语言论的常识主义刑法观的重要价值。在笔者看来,基于司法适用论上的语言论的常识主义刑法观,贪污罪中“侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物”和“盗骗交织”“监守自盗”等语言表达的含义是清晰的,贪污行为定型(即贪污行为的法定类型)宜采用“综合手段说”。^{〔46〕}由此可见,语言论的常识主义刑法观值得特别强调。

五、结语：构建常识主义刑法观的刑法教义学

在充分肯定常识主义刑法观对于立法论、解释论、方法论和语言论的重要指引价值的同时,我们还应进一步思考深化刑法学理论研究的创新发展方向。如果仅满足于常识主义刑法观的一般性理论阐释和方法论运用,即使把常识主义刑法观作为哲学意义上的世界观、人生观、真理观奉为瑰宝,若没有深入研究刑法学原理的具体法理、系列规则及其理论系统的发展完善,也无益于真正体现常识主义刑法观。我国有较多学者指出常识主义刑法观的内涵和外延不清晰、不具体、难确定,认为“对常识主义刑法观的内涵与外延的界定是极为宽松的,主要原因恐怕在于,什么是常识,何为常识主义,在何种意义上界定常识和常识主义,本身就是难以确定的”,“其对于常识、常识主义的标准界定不清,导致定罪、量刑标准的模糊化,存在随意出入人罪的危险”;^{〔47〕}有学者进一步指出,常识主义刑法观主张“良心之治”“常识、常理、常情”即便是对的,“也未给法官的刑事裁判提供具体的客观标准”,其中“主张对犯罪构成的理解不能违反‘良心’,在某种意义上,类似于对刑法中违法性的判断不能超越‘社会相当性’。而指望依靠是否具有‘社会相当性’来判断行为是否违法,同样面临着‘即使说出了真理的一个侧面,但毕竟无法操作’的问题”。^{〔48〕}应当说,这些批评意见是有一定道理的,按照笔者的理解,这些批评意见正说明了这样一个“道理”(法理):常识主义刑法观“是并且只能是”指导观念和方法论意义上的正确的刑法观,它不能包揽、更不能代替刑法学“规范技术”和“专门技术方法论”,我们必须正确认识和处理好常识主义刑法观与刑法教义学原理(以及刑法解释学原理)二者之间的关系,必须努力构建常识主义刑法观的刑法教义学(以及刑法解释学)。

我国有学者基于常识主义刑法观的立场对传统刑法理论体系提出了比较尖锐的质疑意见:传统法学理论的根本缺陷可以归结为“恶法亦法”的理论、“多数人必须服从少数人的专制理论”,并且“自然法理论也可以归结为‘恶法亦法’”。^{〔49〕}因此“从根本上说,到目前为止的刑法基本理论都是错的,因为这些理论不能解释刑法学的一些最根本的问题”。^{〔50〕}这种论断可谓惊世骇俗,不但令初学者“头晕目眩”,而且也令不少刑法学家“目瞪口呆”,令整个刑法学界剧烈震荡,但是应当承认,这种论断(以及理论质疑)是有益于学界理性反思既有理论体系之不足并重构新的更加完善的理论体系的,尽管这项理论工程任务艰巨甚至难以达到完美无瑕的理想目标。例如,我国有学者基于常识主义刑法观的立场提出了构建刑法学理论体系的一些思考,提出了“主观罪过是犯罪构

〔46〕 魏东:《职务侵占的刑法解释及其法理》,载《法学家》2018年第6期,第83—84页。

〔47〕 温登平:《反思常识主义刑法观》,载《中国刑事法杂志》2013年第9期,第3页。

〔48〕 付立庆:《积极主义刑法观及其展开》,中国人民大学出版社2020年版,第31—32页。

〔49〕 见前注〔3〕,陈忠林书,第2—16页。

〔50〕 见前注〔26〕,《陈忠林、袁林、胡启忠和唐稷尧四位教授应邀来我院进行“关于刑法研究的学术思考”的主题研讨》。

成的核心”等命题,^[51]具体阐释了罪刑法定原则等三项刑法基本原则^[52]、刑法不得已原则^[53]以及犯罪构成理论^[54]等的基本法理,明确提出了“法学(法学理论)应该是科学”并且“只有马克思主义才可能让法学成为科学”等命题,“以辩证唯物主义与历史唯物主义为指导,拟从人类特有的需要内容与需要满足方式的特殊性,这一反映人类特有自然属性与社会属性的结合点出发,以人类特有行为机制为根据,用人类社会最普遍的事实说明权利、自由、义务、秩序等法学基本范畴存在与发展的人性基础;通过对‘人民意志’这一现代法治的核心概念与常识、常理、常情关系的分析,提出了使法学成为科学的根本方法和我国法治应成为人性之治、人民之治的观念重构与制度建设的设想”。^[55]应当说,这些具有建设性的理论反思对于重构新的刑法教义学理论体系有着重要启发性,是对建构具有中国特色的刑法理论体系所进行的有益探索。

中国乃至世界是否需要以及是否可能建立刑法教义学理论体系,这是一个非常重大的理论问题,不同学者有不同看法,值得展开深入研讨。笔者倾向于认为,刑法教义学有必要构建并发展完善。我国有学者指出,刑法教义学,是指以刑法规范为根据或逻辑前提,主要运用逻辑推理的方法将各种相互区别而又相互联系的法律概念、规范、原则、理论范畴组织起来,形成具有逻辑性最大化的知识体系。^[56]我国还有学者以刑法信条学概念代替刑法教义学概念,认为,“刑法信条学是关于刑法基础理论的学问。刑法信条学中的基本概念是各种刑法理论都必须讨论的内容,构成了现代刑法学的基本支柱”,“通过分析和总结来认识刑法信条学中的基本概念,不仅有利于降低法治建设的成本,而且有利于加快法治发展的速度”。^[57]这是理论界有关刑法教义学与刑法信条学的较为典型的论述,尽管理论界较普遍地认为刑法教义学难于精准界定,只能描述其基本特征,但是深入研讨刑法教义学的概念界定和基本内涵仍有必要。笔者认为,刑法教义学,是指以刑法立法规范为根据,遵循特定时代的刑法理念和规范逻辑,创设、确立刑法学理论界和司法实践部门多数人所认同的基本概念与命题体系、基本原则与规则体系等刑法理论知识体系的一门学问。

同时还应思考的问题是:刑法教义学与刑法解释学之间的关系是什么?对此,有学者认为,二者关系论应当坚持同质论,即二者均对应于刑法学社科法学方法而言。在同质论内部,有的学者主张刑法教义学,如陈兴良教授认为,“刑法教义学与刑法解释学具有性质上的相同性。刑法教义学只是与刑事政策学、犯罪学、刑罚学以及刑法沿革学之间具有区隔性,但与刑法解释学则是一词二义而已。因此,并不存在一种刑法解释学之外的刑法教义学”;“不要试图在刑法教义学之外再建立一门刑法解释学”;^[58]“刑法教义学的核心是刑法解释,刑法教义学属于司法论的范畴而不是立法论的范畴”。^[59]另有学者主张刑法解释学,如张明楷教授认为,刑法教义学就是刑法解释学,

[51] 见前注[1],陈忠林书,第269页。

[52] 见前注[1],陈忠林书,第152—181页;前注[3],陈忠林书,第36—79页。

[53] 参见蔡军、刘夏:《不得已原则:刑法的边界及根据》,载《检察日报》2019年6月22日,第3版。

[54] 见前注[1],陈忠林书,第235—282页;前注[3],陈忠林书,第128—187页。

[55] 陈忠林:《如何让法学成为科学——走向科学的法学变革与理论重构》,载《学术论坛》2019年第5期,第57页。

[56] 参见周详:《教义刑法学的概念及其价值》,载《环球法律评论》2011年第6期,第79页。

[57] 王世洲:《刑法信条学中的若干基本概念及其理论位置》,载《政法论坛》2011年第1期,第27页。

[58] 见前注[19],陈兴良书,“第二版前言”,第2—3页。

[59] 陈兴良:《刑法教义学的逻辑方法:形式逻辑与实体逻辑》,载《政法论坛》2017年第5期,第117页。

不要试图在刑法解释学之外再建立一门刑法教义学。^{〔60〕}冯军教授也持有同质论观点,他认为,“在我国刑事法律体系已经基本建成之后,我国不少刑法学者都把主要精力转向理解刑法、解释刑法,也就是说,从刑事立法学转向了刑法教义学”;“一种规范论的刑法教义学,要重视解释者个人的先见,更要重视解释者群体的经验,要让解释结论符合实践理性的要求,使解释结论建立在不可辩驳的法律基础之上”。^{〔61〕}可以说,这些论述均坚持了同质论的基本立场。除同质论外,也有学者认为二者之间具有一定差异。如车浩教授认为,刑法教义学是当代中国刑法理论发展的方向,“刑法教义学与刑法注释学的区分,关乎学术方向,绝非无足轻重的概念游戏。注释研究的前提,是存在作为注释对象的法条文本。以往的刑法注释学,与狭义上的刑法解释学的意义接近,即以特定的文字作为解释对象,进而完成妥当解释的任务。这种研究的理想状态,主要是文义解释、历史解释、体系解释和目的解释等几种解释方法的娴熟且适当地运用。但是,刑法解释方法,只是法学方法论中的一部分;通过具体解释来寻求刑法条文本意,这也只是法教义学工作的一部分”。^{〔62〕}因此,“从刑法注释学(或狭义上的刑法解释学)向刑法教义学的转变,在方法论层面上,意味着超越法条注释,创造法理概念,从而丰富法之形态,拓展法之范围。在研究方法上,法教义学以法律文本为出发点,它包括狭义上的解释,但是不止于解释”。^{〔63〕}李凯博士也提出了“要严格区分刑法教义学与刑法解释学”,“刑法学之下应有刑法解释学和刑法教义学之界分,二者不可相互替代,而是一种互动、互补且相对独立之关系,刑法学研究应当走向刑法解释学与刑法教义学并重的格局”的学术见解。^{〔64〕}

笔者倾向于认为,作为刑法学方法论的刑法教义学和刑法解释学二者之间具有同质性,应当坚持宏观同质论、微观差别论。在此前提下,一方面可以将刑法解释学作为刑法教义学的重要组成部分,亦即刑法解释学本身应当追求刑法解释学教义化,刑法解释学教义化是刑法学教义化的应然内容之一。在此意义上,狭义的刑法解释学是刑法教义学的分支学科(因为刑法解释学本身也需要教义学化),广义的刑法解释学实质上就是刑法教义学。陈兴良教授针对凯尔森所论纯粹法理论“乃是法律科学而非法律政策”^{〔65〕}发表评论指出,“凯尔森之所谓法律科学与法律政策学的区分,就相当于在刑法学中刑法解释学与其他刑法学的区别”。^{〔66〕}这种见解实质上是在刑法教义学意义上来诠释刑法解释学的(即将刑法解释学本身视为刑法教义学),是有道理的。另一方面,也可以将刑法教义学作为刑法解释学的重要组成部分,亦即,刑法解释学本身可以将刑法教义学原理作为法规范内的论理解释方法,以此获得刑法解释结论合理性(即不违背刑法教义学原理),与此相对应,刑法解释学还将文义解释方法和刑事政策解释方法作为与刑法论理解释方法相并列的刑法解释方法。在此意义上,张明楷教授主张“刑法教义学就是刑法解释学”(即将刑法教义学视为刑法解释学)的观点也是有理有据的。应当说,(狭义的)刑法教义学和(狭义的)刑法解释学的共同内核都是确定刑法规范原理和诠释规则及其教义化,为特定时代的刑事法治理性划定共同信仰、基本原理和诠释规则。

常识主义刑法观可以成为刑法教义学和刑法解释学的共同指导观念和方法论,但是,正如法

〔60〕 张明楷：《也论刑法教义学的立场——与冯军教授商榷》，载《中外法学》2014年第2期，第357页。

〔61〕 冯军：《刑法教义学的立场和方法》，载《中外法学》2014年第1期，第172页。

〔62〕 车浩：《刑法理论的教义学转向》，载《检察日报》2018年6月7日，第3版。

〔63〕 车浩：《理解当代中国刑法教义学》，载《中外法学》2017年第6期，第1409页。

〔64〕 李凯：《刑法解释学与刑法教义学的关系》，载《中国社会科学报》2018年2月7日，法学版。

〔65〕 [奥]凯尔森：《纯粹法理论》，张书友译，中国法制出版社2008年版，第37页。

〔66〕 见前注〔19〕，陈兴良书，第8页。

学规范论研究应当反对“用哲学方法论取代法学中专门技术方法论”一样,必须正确认识常识主义刑法观的有限功能,即“常识、常理、常情”无法替代刑法学“规范技术”和“专门技术方法论”,中国刑法学必须基于常识主义刑法观的立场构建起真正科学合理的、具有中国本土化特色的刑法教义学和刑法解释学(刑法解释教义学),真正提升中国刑法学在全球范围内的学术影响力和话语权。正是在此意义上可以说,常识主义刑法观的刑法教义学(以及刑法解释学)研究仍然是一项未竟事业,需要全体刑法学同仁共同努力。

Abstract The common-sense perspective of criminal law has been widely recognized by theoretical circles and practical departments, which has important guiding value in the legislation, interpretation, methodology and linguistic theory of criminal law. General knowledge, common sense and normal emotions, as the most basic concept of right and wrong, good and evil, and values in society, can directly guide the criminal law legislation and its judicial practice, and can also be a common guiding concept and methodology of the dogmatics and the hermeneutics of criminal law. The linguistic common-sense perspective of criminal law is beneficial to the comparative study of Chinese and foreign criminal law, and is helpful to construct a complete Chinese expression system of criminal law. We must correctly understand the limited functions of the common-sense perspective theory of criminal law. “General knowledge, common sense and normal emotions” cannot replace the “normative technology” and “technical methodology” of criminal law. We must construct scientific and rational dogmatics and hermeneutics of criminal law with Chinese localized characteristics based on the standpoint of the common-sense perspective of criminal law, and truly enhance the academic influence and discourse power of Chinese criminal law on a global scale.

Keywords Common-Sense Perspective of Criminal Law, Methodology, the Dogmatics of Criminal Law

(责任编辑:陈可倩)