

重构罪刑法定原则

高 巍

摘要：罪刑法定原则，作为科学主义和理性主义的产物，受制于时代变迁和理论预设，在实践中并未充分发挥自由保障价值，在惩罚犯罪的确定性方面也不断动摇。即使不断面临冲击，作为现代法治体系的重要原则，罪刑法定原则也应当得到坚持和维新。首先，实定法原则受到实质法论的冲击，不具法律形式的其他渊源成为事实上的罪刑依据。基于此，有必要重申实定法的法源专属性。其次，刑法文本的可能文义边界无法从经验上清晰划定，但不能因此否定文义边界，而应当放弃经验事实的客观边界设定，进行规范性边界的划定与证成。最后，应当承认和接纳司法的明确性责任，作为立法明确性的补充，并构建立法明确和司法明确的双层明确性体系。其中，刑事立法的明确性，应当从行为指引和司法限制两个角度构建标准。刑事司法的明确性，则要从立法文本出发，通过建立立法文本的次级一般性规则，对立法文本进行具体化，使立法文本得以不断接近具体特定的案件事实，最终建立立法文本和案件事实的涵摄关系。

关键词：罪刑法定原则 实定法 文义边界 明确性

作者高巍，云南大学法学院教授（昆明 650091）。

罪刑法定原则滥觞于启蒙时代，作为科学主义和理性主义的产物，预设了完备、清晰立法的可欲性，厘定了司法权对立法权不偏不倚遵守的必要性。^①但是，罪刑法定原则在实践中并未充分发挥自由保障价值，惩罚犯罪的确定性也不断动摇。究其原因，罪刑法定原则的构造和价值本就存在争议：其一，罪刑法定原则中的法源

本文为中国社会科学杂志社主办的第五届法学前沿论坛“新中国70年法学理论的再深化”参会论文。

- ① 1764年，贝卡里亚以社会契约说为基础，首次体系性地提出，罪刑法定原则应为刑法适用的基本原则。参见贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京：中国法制出版社，2005年，第13—14页。我国古代刑法中不存在系统的罪刑法定原则和思想，尽管《唐律·断狱》中有“诸断狱，皆须引律令格式正文”等规定，但只具有罪刑法定的外形，与限制司法权和保障公民自由为宗旨的罪刑法定原则并不相同。参见孟红：《罪刑法定原则在近代中国》，北京：法律出版社，2011年，第37—39页。

是否包括行政规章、地方立法、司法解释等规范性文件？特别是实质法的法概念，正不断冲击成文法的唯一法源地位，这就使罪刑法定原则必须直面实定法与实质法的法源之争。其二，随着刑法哲学的语言转向，刑法文本还原为科学语言的尝试未能成功，只能保留刑法文本的日常语言表述，而日常语言具有模糊性和歧义性，且多依赖语境和用法，这就使得刑法文本的可能文义边界无法在经验上予以发现，从而使刑法解释与刑法续造的边界只能成为规范性命题。其三，刑事立法完备性和科学性的假想幻灭后，立法者的明确性责任只能部分让渡于司法者。但是，明确性原则究竟是一种倡导性的观念，还是一种具有实践理性的拘束性规则，在立法明确和司法明确之间，如何实现立法对司法的约束，同时强化司法者对刑法文本的明确化责任，也成为罪刑法定原则的当代难题。

古典的罪刑法定原则自诞生以来，不断直面时代转型和理论范式的变迁。特别是，实质化建构罪刑法定的思想，在二战后逐渐开始产生，意在解决立法文本适用于个案中可能导致的不正义情形。但是，个案适用立法文本可能出现的极端不正义情形，不仅在数量上极少，且也可以通过赦免等非刑事司法权的行使等方法予以纠正，不至于要因噎废食而损坏罪刑法定原则的安定性价值。为遏制罪刑法定原则被实质化解构的趋势，就要坚持罪刑法定原则的实定性和实践性，将其真正贯彻于刑法适用的全过程中。因此，有必要重申刑法文本对刑事司法的限制和约束，确保刑法文本不被虚置；借鉴语言哲学特别是日常语言哲学方法，结合法律论证理论，革新刑法文本的解释和适用模式，重构罪刑法定原则的效力边界和实践规则。

一、实定法论与实质法论

根据我国罪刑法定原则的立法文本，唯有法律才能设置罪刑规范。但是，不具备法律形式的其他实定性规范，如行政规范、地方法规、司法解释等，通过不同方式进入刑事司法领域，影响甚至支配着罪刑裁量。另外，习惯法、刑事政策、正义感、危害性、社会效果等非实定性渊源也出现在刑事司法之中，成为事实上的刑法渊源。

（一）实定的非法律渊源

实定的非法律渊源，是指具有规范形式和实定特征，但并非最高立法机关按照法律制定程序制定的非法律形式之成文渊源，如地方性法规、地方规章、司法解释及其他规范性文件。

首先，部门规章等规范性文件进入刑法适用。其一，部门规章成为刑事司法裁判依据。以违法发放贷款罪为例，我国有司法机关在判决书中直接援引部门规章《粮食收购资金贷款管理办法》作为被告人违反的“国家规定”，进而认定违法发放

贷款罪成立。^①其二，地方性法规成为刑法适用依据。以妨害公务罪为例，我国有司法机关就根据地方性法规确认“依法执行职务”的范围。^②其三，其他行政规范性文件也进入刑法适用之中。以枪支类犯罪中枪支的认定为限，我国公安部就先后通过多个通知或批复对枪支、仿真枪、空包弹、枪支零部件、彩弹枪等进行规定。^③

其次，司法解释等文件进入刑法适用。司法解释指最高司法机关在具体法律条文适用中所进行的解释，需符合立法的目的、原则和原意。如果脱离具体法律条文的具体应用，独立创制一般性规范，那么，这种司法解释就具有了“准立法”性质，成为了事实上的刑法法源。在我国，许多司法解释并非是对具体法律条文的含义释明，而是对罪刑规范的独立创制。“这种解释却是对法律框架的突破，造成了法律体系的破坏。特别是在刑事司法解释中容易突破‘罪刑法定原则’的底线，进而损害司法解释的正当性”。^④

总体上，实定的非法律渊源与法律具有相同的成文形式，都具有普遍适用性。根据我国《立法法》的规定，法律只能由全国人民代表大会及其常务委员会根据立法程序制定。因此，罪刑法定原则实际上是实定法原则，只承认以法律形式存在的罪刑规范，并不承认具有实效性或正当性的非法律形式规范。“刑法之规定实为对基本人权之严重侵害，故须遵守严格的法律保留之限制，不能以行政命令来规定构成要件以及法律效果”。^⑤但是，在司法实践中，司法者有时会忽视实定法与实定非法律渊源在刑事司法中的不同地位，直接采用实定非法律渊源作为刑事司法的裁量依据，从而引发合法性质疑。如天津赵春华涉气枪案中，司法机关把公安部制定的规范性文件直接作为“枪支”的认定依据，并未根据《刑法》和《枪支管理法》中的规定进行释明。这就混淆了解释理由和法律依据，背离了罪刑规范的法律保留原则。^⑥

（二）非实定的渊源

非实定的渊源，即不具有实定、成文形式的规范或价值。如习惯法、伦理、正义、法感情、危害性、社会效果等。在刑法适用过程中，非实定性渊源一般不会明确作为法源出现，而会借助刑法的一般性条款或抽象性说理成为事实上的刑法渊源。

① 参见四川省高级人民法院刑事判决书 2012)川刑终字第 840号。

② 参见云南省永仁县人民法院刑事判决书 2000)永刑初字第 61号。

③ 如《关于对彩弹枪按照枪支进行管理的通知》(公治[2002]82号)、《关于对以气体等为动力发射金属弹丸或者其他物质的仿真枪认定问题的批复》(公复字[2006]5号)、《关于对空包弹管理有关问题的批复》(公复字[2011]3号)、《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》(GA/T718—2007)等。

④ 胡岩：《司法解释的前生后世》，《政法论坛》2015年第3期。

⑤ 郑逸哲：《罪刑法定主义七十年》，林山田等编：《刑法七十年之回顾与展望纪念论文集》，台北：元照出版公司，2001年，第94页。

⑥ 参见天津市河北区人民法院刑事判决书 2016)津0105刑初442号。

首先，习惯法通过刑法条文解释的路径，以“学说”“理论”等形式成为事实上的法源。第一，习惯法作为间接的入罪事由。我国司法实务中，有司法机关就直接援引原因自由行为理论，对吸毒致幻后实施的伤害行为进行处罚。^①这实际上是把原因自由行为这种非实定的习惯法作为刑法渊源。第二，习惯法成为违法阻却事由。如有论者所指出的，符合体育竞技规则的体育竞技行为可理解为体育职业习惯法，医疗行业惯例可认为是医疗习惯法，尽管没有实定刑法的规定，只要符合习惯法规则的业务行为也可以阻却违法性。^②第三，习惯法作为超法规的责任阻却事由。以持有枪支的习惯为例，我国部分少数民族地区有持枪的传统和习俗。有司法者借助刑法第13条的“但书”将其出罪，在实质上就是把特定习惯和信仰作为超法规的责任阻却事由。^③

其次，社会危害性、法感情、社会效果等非实定渊源成为刑法法源。第一，社会危害性作为定罪量刑依据。如2010年最高人民法院颁布的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中，关于“从严”和“从宽”的认定和范围，就强调要以“社会危害性”作为重要标准。我国有学者明确反对把社会危害性作为刑法法源，因为这样会导致超法规的刑法评价。^④第二，法感情作为定罪量刑依据。如陆勇销售假药案中，司法机关虽然认为陆勇案符合犯罪构成，但又认为对其惩罚有悖于法感情。所以，就对销售行为在刑法规范外进行实质的情感因素评价，从而否定其成立犯罪。^⑤但是，缺乏实定法依据的法感情，不应当成为刑法适用根据。因为“法感情这一用语不仅适用于情感的认知和状态，也适用于非理性的认识活动……这个单词是弹性的，它适合不同的设想，以及不同的观点，因此要求对法感情做出一个对它概念的明确的根本性解释，是不合理的，也是不可能的。”^⑥第三，社会效果作为定罪量刑依据。一方面，刑事政策成为刑法适用的事实渊源。在最高司法机关的规范性文件和具体个案的判决书中，“宽严相济”等刑事政策有时会直接成为罪刑认定的重要依据。但是，刑事政策与社会的现实需要有关，尤其与实现特定社会效果的政治目标有关，具有易变性和临时性。如果作为直接的个案裁判法源，可能有悖于罪

① 参见广东省湛江市中级人民法院刑事判决书 2016)粤08刑初129号。

② 参见杜宇：《作为超法规违法阻却事由的习惯法——刑法视域下习惯法违法性判断机能之开辟》，《法律科学》2005年第6期。

③ 参见向鹏等：《论国家刑法在民族地区实施的变通规定》，《贵州民族研究》2019年第2期。

④ 参见陈兴良：《社会危害性理论——一个反思性检讨》，《法学研究》2000年第1期。

⑤ 与销售假药罪的其他判例以及销售行为的一般性界定相比，在陆勇案中，司法机关否定有法定的销售行为，不仅欠缺体系依据和文义依据，也有悖于“同等情形同等适用”原则。

⑥ 赵希：《德国司法裁判中的“法感情”理论——以米夏埃尔·比勒的法感情理论为核心》，《比较法研究》2017年第3期。

刑法定所期许的安定性价值。另一方面，个案裁判中存在后果主义的权衡。所谓后果主义，是指行为的正确与否取决于行为的后果。^① 如有学者针对许霆案指出：“在难办案件上，从正式法律文件以外汲取相关信息作出明智决定不仅必须，而且有根据。”^② 但是，后果主义与罪刑法定原则在方法论上难以匹配。后果主义预设了法律应当是一种工具的前提，隐含着强烈的法律工具主义观念，难以与罪刑法定的法律教义学方法相调和。另外，后果主义所依赖的法律之外的可接受性和妥当性，不仅在经验上缺乏标准和结论的单一性和科学性，且更易于损害法治。

（三）对实定法论之坚守

实定法论与实质法论都承认，只有法才能设置罪刑规范。但是，何为罪刑法定中之“法”，则存在分歧。正基于对“法”的不同认识，实定法论与实质法论勾勒出不同的刑法法源范围，表达出对罪刑法定的不同理解。德国学者阿列克西认为：“哪一种法概念是正确或适当的？对于这个问题的回答，取决于三个要素——权威的制定性、社会的实效性，以及内容的正确性——以及彼此的关系。”^③ 根据上述三个要素，实定法论所理解的法即具有权威制定形式之法，而实质法论所理解的法包括两种类型：一是具有社会实效才成为法，二是内容正确才成为法。如果忽略上述要素之间的交叉和融合，则可把实定法论者主张的权威形式之法称为制定法，把强调社会实效之法称为实效法，把强调内容正确之法称为正当法。从这个意义上说，实定法论与实质法论之争，实际上就是制定法、实效法与正当法之争。

基于我国刑法中罪刑法定的立法文本，应当在我国刑事司法中坚守实定法论立场。具体理由有二：

1. 实定法论符合法治原则

我国《宪法》第5条第1款规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”依法治国的实现，需要坚持和遵守法治原则。根本上，法治原则并不仅仅取决于其在特定社会的实现程度，也不仅仅取决于其内容的正确性，而表现为一种形式的、普遍的规则之治。只有对普遍、形式规则的遵守，才能在具有高度复杂性的现代社会中实现法治，也才能保障公民个体依据自己的意志进行自治，同时确保他治的有效性。富勒曾指出，如果任何行为都可成为立法行为，就意味着根本不存在立法。^④ 富勒所言的立法行为正是指具有权威形式的规则之制定活动。易言之，法治的价值并不以形式规则之外的实效性和正确性为必要条件，其本身就具有

^① 参见茱莉亚·德莱夫：《后果主义》，余露译，北京：华夏出版社，2016年，第6页。

^② 苏力：《法条主义、民意与难办案件》，《中外法学》2009年第1期。

^③ 罗伯特·阿列克西：《法概念与法效力》，王鹏翔译，北京：商务印书馆，2015年，第13页。

^④ 参见 Robert S. Summers, Lon L. Fuller, London: Edward Arnold Press, 1984, p. 24.

安定性价值。哈耶克也认为,所谓法治,即指政府在一切行动中都受到事前规定并宣布的规则约束,个体据此计划他自己的个人事务。因为表现为一般性形式规则的法律规则以及一般性的行为规则,才是有助于自由保障的唯一平等形式。^①法治通过事前规定并宣布的规则,对社会进行治理,只要该规则具有一般性,且具有普遍约束力,即使不考虑其内容是否正当,也具有独立的安定性价值。

申言之,作为法治的基本要素——具有权威制定形式的普遍性规则,正是通过对特殊情形和特殊个体的抽象化和形式化,进而防止临时性、特殊性和专断性的区别对待,以实现法的安定性价值。抽象性的形式规则所形成的秩序,可以对目标不同的个体都有帮助,因为不同目标的个体可以接受抽象形式规则的多目标模型,且该目标模型反过来可以推进每个个体实现其目标。^②如果是针对特定目标或情形的规则,就未必能使不同个体都依据此特定规则受益。因为上述特定规则往往聚焦于特定个体和特定目标的实现。相反,不针对特殊情形的形式规则只是工具性的,并不确定其具体效果,也不具体确定有助于哪种情形中哪种特定目的的实现,“它们只不过是赋予了一种大体上最有可能使一切受其影响的人们都能得到好处的形式”。^③权威形式规则的抽象性、普遍性、一般性所带来的个体预测可能性,正是法治的安定性价值。

与实质法论相比,实定法论并不承诺个别正义之必然实现,只是立足于民主体制下司法者对立法文本的尊重。因为正义价值的实现,更多是政治权力在立法过程中予以思考的问题,或者只是坚持实定法所附随的关联结果。一方面,“一个包含了过多实质内容的、负担过重的法治概念会使法治更加不可能,因为基于正义观念和社会实效性而产生的对实定法的质疑很容易转化为不尊重乃至轻视的态度,这使得法律权威和法律秩序的建立变得更加困难。如果一个不纠缠伦理争议的、内容有限的、最低程度的形式法治都无法实现,实质法治的各种宏大价值诉求就更没有实现的机会”。^④另一方面,社会正义的价值可以通过立法活动的科学化程度提升而实现,未必要以牺牲法的安定性为代价。因为社会正义更有赖于社会共识的达成,只有社会共识才能够赋予社会正义一定的客观性,否则社会正义就会沦为言说者的武断言语。如果每个人都可以根据自己的直觉勾勒特定案件中的社会正义,社会正义就可能成为更加歧义且依赖于个体直觉的宏大叙事。以刑事责任年龄为例,辨认和

① 参见 F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press, 1960, p. 85.

② 参见 F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. II: *The Mirage of Social Justice*, Chicago: The University of Chicago Press, 1976, p. 4.

③ 弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅等译,北京:中国社会科学出版社,1997年,第97页。

④ 张翔:《形式法治与法教义学》,《法学研究》2012年第6期。

控制行为的能力作为责任年龄的基础要素，需要站在社会共识的立场上进行规范的评价。立法者在确定刑事责任年龄时，就应当充分吸纳责任年龄的社会正义观，结合辨认和控制能力的经验事实以及责任承担年龄的社会共识，形成刑事责任年龄的形式规则。一旦责任年龄的权威形式规则被确定，司法者就不应当再借用特定个体或群体的“正义观”，在具体案件中无视权威形式规则另行确定刑事责任年龄。即使行为人天资极其聪颖且年龄很接近权威形式规则所规定的刑事责任年龄，也不得例外。

2. 实定法论契合刑法思维范式

法律思维区别于其他思维形式，法律文本构成法律思维的基点和边界，整个思维都围绕法律文本的解释而展开。日本学者内藤谦就指出，判断罪刑法定原则所需要的“明文”形式之渊源时，应当把“明文”理解为具有制定法形式的条文或法规，不能在形式法规之外进行特殊的实质考虑。^①作为对象的法律文本，其识别方式只能采用形式标准，即制定程序和制定主体等形式性规则。如康德所言：“熟稔文本的法学家不是在其理性，而是在公共制定且由最高权威批准的法典中寻求确保‘我所拥有者’与‘你所拥有者’的法律（如果他像——也应当像——公务员一样行事）。不可能合理地期待他去证明这些法律之为真与正当性，也无法合理地期待他在面对理性所提出的反驳时为这些法律辩护。因为是法令首先使得某事成为正当的，此时若去追问法令本身是否也可能是正当的，必定会被法学家直斥为荒唐。”^②康德是站在社会契约论的角度展开论述的，即人类要摆脱自然状态，就必须按照权威的实定法厘定各自的生活方式。如果没有权威形式的制定法，任由个体基于其自然权利或其他意向随意设置规则，就不可能实现法律秩序与和平。

由此，法律思维就必须以权威法律文本的发现和遵守作为基本范式。因为从法律体系中发现可适用的权威法律文本并确定其效力，正是法律思维的重要内容。这个过程需要一系列形式性标准及规则的运用，但不需要进行内容和实效的考察。具体而言，法律思维从制定法文本出发，“通过揭示矛盾、界定概念和区分规则与判例，将法律呈现为一种内部融贯的概念、规则和原则的集合，这种做法贯穿于法学研究的历史。”^③之所以必须从制定法文本出发展开法律思维，是因为，“所有的法律努力都表现为形式性的法概念的实际运用。形式性的法概念是一切制定法和判决的逻辑预设。如我们所知，它是一种纯粹的形式，作为逻辑先决条件的方式，五花八门的素材据之而得到整理”。^④如果没有制定法文本划定的边界，则法律思维就成为无本之木，根本无法对法律进行解释和适用。无论是法的解释与法的续造，还是

① 参见内藤谦：《故意与过失的界限》，《法学教室》94号，1988年，第37—38页。

② 罗伯特·阿列克西：《法概念与法效力》，第124页。

③ 扬·斯密茨：《法学的观念与方法》，魏磊杰、吴雅婷译，北京：法律出版社，2017年，第17页。

④ 施塔姆勒：《现代法学之根本趋势》，姚远译，北京：商务印书馆，2016年，第131页。

法的发现与法的证立，都必须以制定法文本为前提，如此才能区分法的解释与法的续造，才能指导法的发现与法的证立，才能真正开始法的适用。

刑法思维，作为法学思维的分支，受权威形式的制定法之拘束更为明显。“刑法提供了似乎是直截了当地应用制定法的范例，但其范围限定在有关由于犯罪而发生的判决上。因此，这关系到，把具有刑罚功能的国家干预算作最严厉的措施，这种措施终究是存在的。法治原则和与之相连的合制定法性原则，因此在现代文化国家有很强的影响。”^①申言之，刑法思维立足于刑事司法拘束于刑事立法，以法的安定性为优先价值，进而实现个体自由的保障和社会秩序的维持。这并不意味着刑法不考虑效用、正义等价值，只不过把这些价值的实现和权衡委诸刑事立法者的政治权衡，从而在司法层面恪守立法文本，在不突破制定法文本的范围内融贯地适用。正如有论者所指出的：“所有其他的要求都具有外在于纯粹规则模式的法律体系的特点。它们体现在对立法过程参与者的政治要求或道德要求上。它们中的哪一些将被转化到有效的法律规则之中，因而被吸纳进法律体系之中，从规则模式的立场看是偶然的。”^②因此，刑法思维容忍制定法可能存在的漏洞，并禁止法的续造来填补漏洞，以有限的实践理性来捍卫法律安定性。易言之，当刑法的适用无法兼顾安定性与其他价值时，就必须在法的权威形式和法的效用、正当性等不稳定因素之间进行决断。为此，必须坚守实定法论，哪怕这需要接受个案中其他法外价值无法实现的结果。因为一定要刑事司法同时实现不可通约的多种价值，尤其是实定法之外的其他价值，很可能带来刑事司法的不确定性和恣意性。如麦考密克所指出的那样：“在专断社会中，普遍存在着不确定性和不安全感。因为各种裁判均取决于特定人的偶然决定或奇思妙想，他们在决策时，完全不考虑过去和将来的具体情况。”^③因此，实定法论是法律思维的必要条件，更是刑法思维的基本立场。

二、文义边界之内与之外

罪刑法定原则要求司法者依据法律文本确定犯罪和刑罚。法律文本表现为具有意义的文字集合。司法者必须按照法律文本的意义进行适用，不得超越法律文本的意义。但是，除了数量等逻辑语言，其他法律文本都需要对其文义进一步释明和解释，这是由法律文本主要以日常语言为媒介的特征所决定的。“因此，法官必须总是在各种可能的含义之间加以选择，而这种根据特定规则进行的创造性活动，就被人

① 卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，北京：法律出版社，2014年，第47页。

② 罗伯特·阿列克西：《法理性商谈——法哲学研究》，朱光等译，北京：中国法制出版社，2011年，第216页。

③ Neil MacComick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 77.

们称之为解释”。^①但是，解释必须是对法律文本可能含义的释明，不能脱离文本可能含义的界限，否则就不是依据“法律明文规定”进行适用，而是罪刑法定原则所禁止的类推等法的续造方式。^②问题在于，法律文本的文义边界是否客观存在及如何划定，尚需讨论。

（一）对边界怀疑论之否定

边界怀疑论认为，可能文义的边界并不存在。因此，要通过可能文义的边界，区分可允许的解释与被禁止的类推，就根本不具可行性。因为，在边界怀疑论看来，法律语言主要是日常语言，且多为评价性表述，未必是对事实的描述，缺乏经验上的可观察性，其意义并不能从对应的事实中获得成真的条件。既然无法从经验世界中获取成真的条件，法律语言就不存在客观和确定的边界。“因为意义并不确定，不存在与意义对应的客观事实，只存在社群所施加的可否特定行为的断言。因此，对意义具有依赖性的法律规则自然不具有确定性。”^③边界怀疑论不仅不承认客观而确定的文义边界，还把文义边界视为一种解释者可以随意敲打成能为自己目的服务的形状。^④

德国学者雅科布斯也持边界怀疑论，他认为，由于语言本身的不确定性和在法律适用中的可操纵性，法律文本不可能具有使用上的边界。^⑤但是，如果把边界怀疑论彻底贯彻，就可能“唤醒了‘怎么解释都行’这个恐怖的幽灵”。^⑥因为在语义层面，法律语言缺乏经验和事实上的成真条件，兼之社会共同体的共识也具有多元性和不可验证性，这就使司法者易于操纵文义边界，成为服务司法者特定目的的工具。诚如许乃曼所指出的，德国最高法院判决认定两人的相互合作为“聚众”，把两人认定为结伙盗窃而加重处罚；把使用马车盗窃认定为使用机动车辆。上述判决明显属于对文义边界的操纵，但德国联邦最高法院视若无睹，仍认为其属于文义边界

① 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，北京：法律出版社，2005年，第85页。

② 我国1979年《刑法》允许类推适用，1997年《刑法》通过罪刑法定原则的确立，取消了类推的适用，正是刑事法治进步的体现。

③ Jules L. Coleman and Brian Leiter, “Determinacy, Objectivity, and Authority,” *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142, no. 2, 1993, pp. 570-571.

④ Richard Rorty, *Consequences of Pragmatism*, Brighton: Harvester Press, 1982, p. 139.

⑤ 参见克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，第89页。

⑥ 蒂莫西·A. O. 恩迪科特：《法律中的模糊性》，程朝阳译，北京：法律出版社，2010年，第232页。

以内的解释。^① 在我国的司法实践中，这种边界怀疑论的极端化适用也不少见。如司法解释和司法政策把“购买”“使用”解释为“销售”，把“大炮”解释为“枪支”等；个案裁判中把无害的“食品干燥剂”解释为“有害性、放射性、传染病病原体等物质”等。^②

如果只有客观、精确的边界才能成为文义边界，边界怀疑论的路径和结论并无不当。但是，在规范领域，真假的判断必须让位于对意义的共识和融贯判断。这也意味着，法律文本的语义和用法等规则，对于法律适用仍具有约束和界限功能。“以下的常识同样也不会被质疑：尽管所有的认识都被相对化了，由主流的语言使用方法确定的规范文本的含义仍旧是基本和最重要的规范意旨的证据”。^③ 所以说，要抛弃不精确边界等于没有边界的边界怀疑论立场。因为“尽管（因为）这个问题的某些‘内在的’或柏拉图式的事实不存在，我们在最基本的规范性行为中也能谈及‘正确’或‘不正确’”。^④ 即使是具有一定开放性的规范边界，仍是有约束力的文义边界。

首先，法律语言的意义受语义规则拘束。即使不属于分析性的数学逻辑语言或综合性的科学语言，作为日常语言的规范语言以及规范命题，也可根据使用规则确定其含义。^⑤ 正如维特根斯坦在后期所承认的，规范语言类的日常语言，其意义可通过其在语言中的用法来确定。^⑥ 德国学者诺伊曼也指出，语义规则的约束力可依据“天真的言说者”对语言规则的认识能力而建立。^⑦ 其次，法律适用的内在机制也约束着法律语言的意义。一方面，法律语言的意义必须结合有效的法律进行确定，不得参考不具有有效性的其他因素进行；^⑧ 另一方面，法律语言的意义确定也受到法律共同体的限制。在法律适用过程中，适用者的个人信念和个人法感情等因素，不

-
- ① 许乃曼：《无法律即无刑罚？法律发现在刑法中的法理意涵以及宪法意涵》，许玉秀、陈志辉编：《许乃曼教授刑法论文选辑》，台北：公益信托春风煦日学术基金，2006年，第4—5页。
- ② 最高人民法院、最高人民检察院2001年4月5日《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第4款；2004年11月3日最高人民法院法律政策研究室《关于非法制造、买卖、运输、储存以火药为动力发射弹药的大口径武器的行为如何适用法律问题的答复》；上海市第二中级人民法院刑事判决书（2001）沪二中刑初字第132号。
- ③ 恩斯特·A·克莱默：《法律方法论》，周万里译，北京：法律出版社，2019年，第290页。
- ④ 布赖恩·比克斯：《法律、语言与法律的确定性》，邱昭继译，北京：法律出版社，2007年，第48页。
- ⑤ 日常语言，亦称自然语言，与科学语言和数学语言相对应，主要指规范性或价值性语言。
- ⑥ 参见维特根斯坦：《哲学研究》，韩林合译，北京：商务印书馆，2013年，第39—40页。
- ⑦ 参见乌尔弗里德·诺伊曼：《法律论证学》，张青波译，北京：法律出版社，2014年，第58页。
- ⑧ 参见耶日·施特尔马赫、巴尔托什·布罗泽克：《法律推理方法》，陈伟功译，北京：中国政法大学出版社，2015年，第179页。

能作为法律语言意义确定的依据。即使其个人内心深处未必认同法律文本，也不得不接受来自法律共同体关于特定法律文本意义的限制。^①

（二）文义边界的规范性质

刑法中的文义边界，不是客观存在、有待发现的实在论边界。易言之，文义边界无真假之分，只有适当与否之别。^② 依据刑法文本形成的刑法命题，属于形而上学的规范命题，不同于形而上学上先验为真的分析命题，也不同于通过经验事实的符合获取真值的综合命题。由此可知，刑法中的文义边界，一方面不能从对应的具体事实中获取真值而成立，另一方面也不能根据文义本身获取自明的真值条件。从这个意义上说，文义边界的实在论和客观论，只可能为司法者武断确定文义边界提供一种虚假理据，并运用结论的“符合客观事实的边界”等非理性话语，豁免其通过理性程序和规则证成文义边界的责任。

刑法中的文义边界，虽不具有客观性和事实性，但并非是任意或随意的，而是具有规范性的边界。所谓规范性，是指文义边界的确定与价值评判有关，而不取决于事实性的真假判断。正如有论者所言：“根本不存在任何价值无涉的语言理解，因为：1) 语词使用的目的具有语用模糊性；2) 语境依赖的原因；3) 评价性考量在描述性语言使用中有作用。”^③ 既然刑法语词的使用在根本上是一种价值评判，文义边界也只可能是一种规范性边界。易言之，文义边界的规范性体现在其价值蕴含之中，需要对刑法语词的用法进行评价性确定。以“凶器”为例，不可能有一种经验性的边界，如某种物体的自然属性作为实在之边界。只能由语词的使用出发，通过评价性考量，才能勾勒出“凶器”的文义边界。

规范语句的意义取决于判定条件和判定程序，不存在超越判定条件和判定程序的其他意义确定方式。如英国学者达米特就指出，陈述可以被证实的条件，区别于真假二值假定下该陈述为真的条件，前者需要具有对它进行实际识别的能力。^④ 该实际识别的能力就表现为语句证实的程序和条件。以“持枪抢劫”为例，该语句证实的条件和程序就表现为：“枪支”的规范性含义；“抢劫”的规范性含义；持有枪支与抢劫行为之手段目的关系等。因此，作为语句意义的边界判定，也必须遵循程序性条件的约束，而不能是直观或任意的判断。德国学者哈贝马斯指出，对一个言语行为的理解，可还原为对各种条件的认识。只有通过对各种必要条件的认识，才

① 卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，第164—165页。

② 规定于刑法中的数量性文字可能存在真假之别，但绝大多数刑法条文和语言为日常语言或自然语言，很难说存在真假之别。

③ 蒂莫西·A. O. 恩迪科特：《法律中的模糊性》，第167页。

④ Michael Dummett, "What is a Theory of Meaning? (II)," in G. Evans and J. McDowell, eds., *Truth and Meaning*, Oxford: Clarendon Press, 1976, p. 111.

能释明言语行为的意义。(这些条件)“它们是主体相互之间承认语言要求的条件,并用典型的言语行为,依靠对互动的约束,奠定了具有特殊内容的共识的基础”。^①刑法中的文义边界,需要通过各种必要条件的检验,方能成为可接受的规范性边界。具体而言:

首先,刑法中的文义边界要符合语法规则。刑法文本表现为文字根据语法规则的组合。因此,文义的范围或边界在一定程度上受到语法规则的约束。或者说,文义边界的确定,不能脱离文字的语法规则。因为“真正说出来的语言形式总含有一个语法形式。不管我们所采用的形式是如何简单以及我们如何说它,我们总是作出了某种选择,根据这个选择,这段话就不仅具有词汇内容并且还表达一种语法意义”。^②尽管语法规则本身不足以排他性地确定文义边界,但却可以赋予文字以语法意义,为文义边界提供指示。至少,文义边界不得与条文文字的语法意义相悖。

其次,刑法中的文义边界要符合社会惯习的语义。从发生学的角度看,文字语义首先是一种基于惯习的约定,特别是刑法文本这种规范性语言,缺乏可验证的经验事实相对照,其语义主要来源于社会共同体的约定或共识。如蒯因所指出的:“语言是通过语言习惯的一致性而施展其作用的,而个人是不能从其私下对语言的背离中获得任何益处的,不管这种背离是多么隐秘。”^③我国司法政策把“大炮”等大口径武器解释为“枪支”。作为刑法用语的“枪支”,在社会惯习上并不具有涵摄“大炮”的语义。即使枪支与大炮都可归属于相同的上位概念——“武器”,且在公共安全这种规范保护目的层面也具有评价上的同等性。但是,无法由上位概念“武器”的相同性和规范目的的等质性,取代“枪支”的惯习语义。既然存在刑法条文的惯习语义,惯习语义的认识能力和认识条件又可被具有正常语言能力的人所掌握,这就使文义边界被社会惯习所限制。

最后,刑法中的文义边界要符合语用规则。语用规则源于格莱斯(Grice)的意义交流意图理论。他将“意义”一词区分为两个层面:一为表达的意义;二为交流者的交流意图。前者为语义学范畴,后者则为语用学范畴。命题或语词的表达意义与交流意图之间可能存在歧义,因此需要补充特定场合的语境知识。^④因此,可以通过语境减少歧义以明确含义,形成解释的边界。具体而言,可以把待解释的概念

① 尤尔根·哈贝马斯:《交往行为理论第一卷:行为合理性与社会合理化》,曹卫东译,上海:上海人民出版社,2018年,第374页。

② 布龙菲尔德:《语言论》,袁家骅等译,北京:商务印书馆,1980年,第229页。

③ 蒯因:《指称之根》,李国山译,涂纪亮、陈波编:《蒯因著作集》第4卷,北京:中国人民大学出版社,2007年,第555页。

④ 参见安德雷·马默:《解释与法律理论》,程朝阳译,北京:中国政法大学出版社,2012年,第27—28页。

或语词置于不同语境中，观察其不同用法，进而确定其具体含义。^① 正如马默所指出的，在法律的语境中，法律话语多有“会话含义”（**conversational implicature**），会话含义具有非常明显的语境特性，在解释时就存在一些推导以推断会话含义的内容。这些推导就是，为明确会话含义所必须知晓或假定的某些背景情况。^② 易言之，即使法律命题或法律概念具有歧义性或模糊性，但在特定的语境中，结合特定的背景知识，也可以使歧义性和模糊性得以很大程度的消解。因此，刑法中文义边界必须符合语用规则。

总而言之，文义边界是一种通过程序性的诸条件之满足所形成的规范性边界，属于价值领域的范畴。其不仅不是一种心理事实，更非一种语言事实，不具有本体性和实在性，而取决于法律适用者基于生活形式和语言使用规则的价值评判。

（三）文义边界的具体构造

文义边界的具体构造，实际上是对文义边界教义学化和程序化的构造。通过教义学化和程序化，文义边界不再是任意的断言，而成为依赖具体条件和证成规则的规范性边界。由此，文义边界可以发挥约束刑法适用的功能，使刑法适用能够在可证成的规范性边界之内进行，从而使罪刑法定原则得以现实化，使类推适用受到程序性限制。

1. 从“三分法”到“二分法”

文义边界的三分法，指文本或语词的含义可区分为三个区域：文义肯定区域、文义否定区域、文义中立区域。其中，中立区域归属于边界之内还是之外，则成为问题。正如支持三分法的克莱默也承认：“这里介绍的模式中三个领域的界限是不清楚的，因此有时不能清楚地说出一个候选是肯定的还是否定的，或是中性的还是否定的。”^③ 以“入户抢劫”为例，有人的住宅属于“户”的文义肯定区域，出租汽车属于“户”的文义否定区域，而停于路边的房车就属于“户”的文义中立区域。其中，房车更接近肯定区域还是否定区域，未必是清楚的。按照“三分法”的逻辑，实际上存在两个文义边界：一为肯定区域与中立区域的边界；二为中立区域与否定区域的边界。对于否定性区域，即使符合规范目的的类推，也不能够允许；对于肯定性区域，可以归入文义边界之内；而中立区域兼有成为肯定或否定区域的可能性。

对于中立区域的归属，哈特指出，即使在中立区域之类的文义边缘区域，法官在适用法律时，也必须对边缘区域的特定情形进行边界以内或边界以外的归属，尽

^① 参见江怡：《语境与意义》，《科学技术哲学研究》2011年第2期。

^② 参见安德雷·马默：《法哲学》，孙海波、王进译，北京：北京大学出版社，2014年，第161页。

^③ 恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，第290页。

管这种归属未必具有精确性和唯一性。^① 因为“语言留给他的裁量范围可能相当地广泛，以至于如果他适用了该规则，所得到的结论即使可能不是恣意的或非理性的，但实际上仍是一个选择”。^② 易言之，在哈特看来，在中立区域中，确定特定情形是否在文义边界之内，未必是根据语义规则的自然结论，而是基于语义之外因素的一种有限自由的决断。

哈特的路径，很难对中立区域进行边界内外的归属，特别是符合语言规则的边界内外归属。从根本上，这种三分法预设了文本与对象的涵摄关系，即强调文本或语词的指称，而非含义。^③ 易言之，三分法是对文本指称的分类方法，并不直接关涉含义。但是，并非所有表达式或文本都有指称，特别是刑法文本这种评价性、规范性表达式，难以通过实在论的指称对象发现其文义界限。比如“情节恶劣”之类的刑法话语，要按照三分法确定其文义边界，寻找其指称对象就非常困难。从这个意义上说，以文本的指称作为分界标准的三分法，设置了两个更难以厘清的界限，反而使文义边界更加复杂。另外，刑法文本以规范性概念和语句为主，要通过自然事实和科学分类确定肯定区域和否定区域也不现实。

因此，刑法中的文义边界，不应当采用三分法，而应当采用边界之内与边界之外的二分法。其中，边界之内的为肯定区域，边界之外的为否定区域。肯定区域与否定区域的界限，为待证成的规范性边界。因为在刑法领域，法律适用者必须受成文法文本约束，该约束就表现为文本的文义边界。采用二分法，既有利于保障成文法对司法者的拘束，也有利于防止非实定法渊源进入刑法评价之中。特别是在规范语言的领域中，本就不存在有真值且排他的本体论事实边界，只有为语言规则可接受的、符合证立条件的程序性规范边界。需要注意的是，二分法的刑法文义边界，并不是符合所指称的对象或事实而客观存在的事实边界，而是评价性、程序性条件所证立的规范边界。只要符合了规范证立的条件和程序，就可以容忍该文义边界的开放性和多元性。正如哈夫特对法律人的描述，“他创立引导关系，确立路标。他权衡，决断。他在他人单看到混乱之处创立秩序。法律者对混乱的理解与他人没有什么不同，但是，法律者懂得去建构秩序，并借助秩序，虽不能消除冲突，却能决断冲突，以及通过一个尽量可承受的调和去了解冲突，法律者在那里使用的工具是语言。”^④ 二分法的文义边界，把文义边界从符合客观事实的角度转化为规范证成的角

① 参见哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，北京：法律出版社，2018年，第220页。

② 哈特：《法律的概念》，第191页。

③ 德国学者弗雷格区分了含义与指称，句子的含义为思想，而句子的指称则为实在的对象。同时他认为，表达式可以有含义但没有指称。参见达米特：《弗雷格——语言哲学》，黄敏译，北京：商务印书馆，2019年，第247—251页。

④ 弗里特约夫·哈夫特：《法律与语言》，阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，北京：法律出版社，2013年，第312页。

度，避免了司法者在不具有客观事实相对应的情形下任意划定文义边界的可能性，强化司法者对文义边界的证成责任，通过程序性条件，使文义边界具有可证成性和可辩驳性。

2. 文义边界的内在位阶

首先，刑法术语的法律定义优先于日常含义。专业术语的法律含义，指立法者通过成文法形式，对特定的法律概念和范畴进行的含义释明。因为立法者对特定术语的定义就是立法行为，即使该特定术语的立法定义与日常用语的定义大相径庭，在确定文义的内容和边界时，也应当优先采用其立法定义。以我国刑法中的“毒品”为例，毒品的日常用语含义包括烟草、酒精，甚至其他有毒有害的物品，但是立法者在刑法第357条对“毒品”规定了专门含义，并不包括烟草、酒精等物品。因此，应当以立法者对“毒品”的专门含义作为确定文义边界的语义基础。如拉伦茨所指出的：“如果某些用语在法律语言中已有特定涵义（例如，契约、请求、法律行为之得撤销或无效、继承或遗赠），通常即以此特定涵义来运用这些用语。如是，则许多一般语言用法的意义变化可能即被排除于外，可能的意义范围也因此大幅缩小。”^①另外，值得注意的是，刑法中对特定术语的立法定义优于其他部门法中对相同术语的立法定义。因为对于同一法律术语，不同的部门法可能会规定不同的法律定义，作为刑法文义边界的确定，自然应以刑法的立法定义优先。

其次，刑法用语的日常含义优先于科学含义。当刑法条文中的特定用语兼具日常含义与科学含义时，应当优先使用日常含义来确定边界。一般而言，当特定术语缺乏立法定义时，就应当依据其日常含义作为确定文义边界的基础。普特南就指出，对于语言意义的构建，并不需要确定一个清晰的客观事物与之对应，而可以通过语言的一般形式的描述进行构建。所谓语词的一般形式描述包括语词的语形标志、语义标志、范型、外延的叙述。^②上述一般形式的描述就构成了社会惯习或社会共同体基础上的语词意义，未必需要客观唯一的科学含义才能证成。同样，刑法术语的日常含义，通常取决于社会惯习和语言规则，尽管其可能也指向客观的对象，但是其日常含义并不被客观对象的本质结构或科学描述所决定。刑法术语及其含义在根本上是规范和评价的，不一定要从科学证据中予以证成。如1818年纽约的“莫里斯诉贾德”一案中，原被告围绕“鲸鱼是不是鱼”展开争论。^③争论焦点为，纽约的

① 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2005年，第201页。

② 参见 Hilary Putnam, *Mind, Language and Reality*, Cambridge: Cambridge University Press, 1975, p. 269.

③ 该案案情为：依据当时纽约的法令，鱼油的购买需要接受监督检查，而本案的被告贾德购进三桶鲸鱼油并未接受监察而被处以罚款，贾德拒绝缴纳罚款而被莫里斯告上法庭。当时的科学界刚刚确认鲸鱼属于哺乳动物，在科学分类上不属于鱼。参见 D. Graham Burnett, *Trying Leviathan*, Princeton: Princeton University Press, 2010, pp. 4-8.

鱼油监察法令中的“鱼”，应当按照科学含义还是日常含义进行界定。最终，法庭采纳了“鱼”的日常含义，判决莫里斯败诉。^①再如我国刑法规定的“决水”行为，“重水”在化学结构上不同于科学意义上“冰”，也应当按照“冰”的日常含义作为解释边界，把“重水”认定为“冰”。但是，刑法用语只具有科学含义或立法文本强调其科学含义时，则应当以科学含义作为解释基础。如毒品犯罪中的“海洛因”的解释，就应当以海洛因的科学含义厘定文义边界。

最后，文本初始含义优先于当下含义。在刑法文本的适用中，文本的初始含义系立法者根据语言规则和社会惯习予以选择，具有特定的历史性和文化性。只有根据立法文本产生时的历史条件和文化语境下构建文本含义，才符合立法者通过文本对司法者的拘束功能。恩吉施就认为，立法者通过法律文本与法律语词所表达的含义，源于语言习惯和当时的日常含义，构成解释与类推的边界。因此，只有在立法者意愿或意图无法根据语言习惯和初始含义发现时，才有“客观一目的”解释的空间，且该解释所构建的当下含义不能与明显可辨认的立法者意志相矛盾。^②在刑法适用中，坚持文本初始含义优先于当下含义，尽管可能使刑法文本适用于社会变迁和社会需要的能动性受限，甚至可能导致无法惩罚具有严重法益侵害的行为。但是，这可以通过立法的修正予以解决，并不能因此否定文本初始含义相对于当下含义的优先性。

三、立法中的明确性与司法中的明确性

（一）立法明确向司法明确的拓展

我国刑法第3条后半段规定：“法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。”其中，“明文规定”确立了明确性原则。对于以评价性概念为主的刑法文本而言，基本不存在可以客观确定的真值或可验证的指称对象，不可能达到客观或科学意义上的精确或确定。因此，刑法中的明确性原则，不以科学语言的精确性标准作为参照，而以一定程度的明确性或明晰性为指向。

2010年，德国联邦宪法法院在决议中指出，明确性既是刑事立法原则，也是刑事司法原则。具体而言，“立法者的义务在于制定足够明确的法律来确定犯罪行为的可罚性，而法官的义务在于通过准确的法律解释尽量降低法规中的不明确性，也就是在制定一部足够明确的刑法的法律具体化过程中共同发挥作用”。^③我国有学者也

① *Maurice v. Judd* (New York, 1818).

② 参见卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，第117页。

③ 洛塔尔·库伦：《罪刑法定原则与德国实践》，黄笑岩译，梁根林、埃里克·希尔根多夫编：《中德刑法学者的对话：罪刑法定与刑法解释》，北京：北京大学出版社，2013年，第124页。

指出，明确性应当作为我国刑事司法的原则。^①应当说，明确性从立法原则拓展为司法原则，不仅具有法律依据，也符合刑事司法的运行规律。具体而言：

首先，明确性作为司法原则于法有据。我国刑法第3条把“法律明文规定”作为“定罪处罚”的必要条件，这意味着司法者应当按照明确的法律规定才能够定罪量刑。易言之，司法者依法裁判的责任，必须以法的明确性为前提。如果司法者只援引特定的法律条文，未叙明该法律条文与案件事实的涵摄关系，就不能说是依据“明确的法律”进行适用。因为无法看出司法者所依据的法律为何是其所引证的法律条文而不是其他条文。如有学者所指出的：“每一个理解的行为或判决都需要解释作为中介。……这些精密的思想——清晰案件是由于解释力量的结果，是解释给了我们规则——与上述那些幼稚的老生常谈相比，无论如何更清晰，更少神秘或更不粗糙。”^②司法者通过解释对法律的进一步明确，不仅是其依法裁判的应有之义，也是法律明确性在司法层面的现实化要求。

其次，明确性作为司法原则符合刑事司法规律。刑事司法，即运用法律规范涵摄案件事实的过程。一是法律规范的发现与案件事实的确定，二是法律规范与案件事实之间的涵摄或对应关系的证立，三是通过涵摄个案事实的方式实现法律规范的适用。在此过程中，通过文本的语义下行和具体化，以及案件事实的上行抽象和类型化，从而在法律规范与个案事实间建立起涵摄关系。因此，在司法适用中，需要对法律文本进行规范塑造，通过论证规则或解释规则对法律规范具体化，使其达到可以具体涵摄个案事实的明确程度，进而保障刑法的普遍适用。“如果要使所宣称的判决得到证明，就必须满足这样的条件：对可适用的规则进行‘恰当的’解释以给出裁判规则，或者，给出（或否决）能够适用于当下案件和其他可能发生的相似案件的某个一般性法律命题’。我们已经提出的证据虽然不很多但已经能够说明，有的时候，明确的规则可以为特定判决提供部分证明。”^③当然，刑事司法中法律的适用并非是精确的，而是通过明确性的提升以实现最大程度的司法确定性。

（二）明确性的具体标准

刑法中的明确性，并不预设科学意义上的精确目标，只是通过具体标准和证立规则实现的明确性。恩迪科特就指出，需要区分“把法律用作行为的指引”与“用

① 参见张明楷：《明确性原则在刑事司法中的贯彻》，《吉林大学社会科学学报》2015年第4期。

② 马丁·斯通：《聚焦法律：法律解释不是什么》，安德雷·马默编：《法律与解释：法哲学论文集》，张卓明、许宗立等译，北京：法律出版社，2006年，第57页。

③ 尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，北京：法律出版社，2018年，第99页。

法律去确定每一个可能案件的结果”。^①前者才是实践理性意义上的明确性，可以在社会层面引导不特定个体的行为。因此，无论是立法层面还是司法层面，刑法中的明确性原则都表现为实践理性的特点，并有不同的具体判定标准。

1. 刑法立法中的明确标准

德国学者罗克辛认为，应当从刑法解释的基本原理出发确定刑事立法的明确性标准。一方面，应当能从刑法文本中推导立法者的规范目的；另一方面，文本能够为控制任意扩张文义而设置界限。^②根据上述标准，刑事立法文本的明确性，除了能够提供大致的文义边界之外，还要能发现立法者的规范保护目的。因为刑事立法者制定的刑法文本并非价值无涉，而是以特定目的之实现作为立法意图，且该目的是在宪法原则和理念范围之内。

但是，上述路径和标准有待商榷。在经验和事实层面，刑法文本只是立法权作为政治权力的产物，具体条文未必都表达某种符合宪法原则的规范目的，甚至可能存在与个体自由保护无关的条文。“刑法科学虽然能够明确一个新的法律规则确实地规定什么、什么是根据既存的价值由该规定作为利益或损害来看待的，但是，刑法无权反对政治的重新评价，并且不能自己选择政治的重新评价。”^③易言之，刑法文本的明确性标准，不应当以规范目的是否能够发现作为必要条件。如果刑法文本表明了特定的规范目的，也只应当作为立法文本的附随现象。即使刑法文本无法清晰勾勒出规范目的，也不能由此否认该文本具有明确性。同样，即使刑法文本能够发现清晰的规范目的，也不足以判定该条文就具有立法层面的明确性。因为，无论是刑法文本对个体行为的指引，还是对司法者的限制，都是通过文本本身进行的指引或限制，并不依赖于规范目的的引导或提示。

具体而言，刑事立法的明确性，不能由规范目的的发现作为判断标准，而应当从行为指引和司法限制两个角度构建标准。

首先，刑事立法的明确性判断，取决于刑法文本是否具有行为指引可能性。刑事立法由代表民意的立法机关进行，并通过立法文本指引个体依据规则行为或生活。因此，立法者应当以具有行为指引可能性的文本形式制定法律，才能实现对个体的行为指引功能。但是，立法文本对个体行为的指引，并不需要在事实上实现对所有具体个体的指引，而是对作为抽象个体的概括性行为指引。因为立法文本具有概括性和抽象性，其指向的是作为类型的行为和行为人，并不是特定、具体的行为和行为人，这是立法的普遍性所决定的。“一种抽象的普遍性满足了平等价值的理想。法律在人和行为种类方面所作的区分越少，它对平等价值的理想也就愈尊重。基于同

^① 蒂莫西·A. O. 恩迪科特：《法律中的模糊性》，第255页。

^② 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，第102页。

^③ 格吕恩特·雅科布斯：《行为 责任 刑法——机能性描述》，冯军译，北京：中国政法大学出版社，1997年，第118页。

样的规则，具有相似的权利和义务的人们一直被认为是平等的，当然，他们的实际社会经历以及接近权力和财富方面的程度上有很大的差别。”^① 基于此，行为指引可能性，不需要特定个体在事实上得到指引才可以证成，只要作为类型和抽象的一般人能够通过刑法文本具有行为指引的可能性即可。易言之，行为指引可能性并非是事实概念，而是规范概念，其指向的是规范的人群。正如佩雷尔曼所指出的“普泛听众”那样的一般性个体，其具有评价上的理性能力，即具有“占有信息和处理这些信息的资质”。^② 具体而言，要达到对“普泛听众”行为指引可能性的明确程度，刑事立法必须符合以下要求：

第一，立法文本须具有体系上的明确性。所谓体系上的明确性，即坚持同一用语在刑事立法中具有同义性。对于理性的“普泛听众”而言，其通常并不具备对整个刑法体系进行审查和思维的能力，这就意味着立法时要实现同一用语在体系上的同义性，才能具有行为指引可能性。以“凶器”为例，在携带凶器盗窃和携带凶器抢夺的场合，尽管语境未必一致，但是立法者在同一刑法体系中不能够赋予其不同的含义。

第二，立法文本不能有策略性模糊用语。所谓策略性模糊，即立法者为追求短期的政策效果和自身利益最大化目标，而有意使立法文本趋于模糊的方式。^③ 在我国刑事立法中，策略性模糊主要表现为兜底条款和纯粹价值话语。前者如刑法第114条中规定的“以其他危险方法危害公共安全”，后者如“情节严重”“情节恶劣”等用语。立法者之所以使用兜底条款和纯粹价值用语，并非仅仅是日常语言本身的模糊性所致，而是基于任意行使刑罚权的需要，意在堵截立法时尚不能清楚认识的“处罚漏洞”。但是，这种策略性模糊，很明显不符合立法的明确性要求。因为对于“普泛听众”而言，即使其具有分析相关信息和情境的理性能力，也不可能基于上述策略性模糊用语而指引自己的行为。

第三，法定犯应当具有区别于自然犯的明确性标准。对自然犯而言，其行为方式和行为样态具有一定的日常性，使用日常语言进行立法也符合行为指引的要求。对于法定犯而言，其行为类型和行为方式往往并不具有日常性，就应当尽可能使用科学语言或既定的专业语言，使“普泛听众”能够借助其他专业知识或专业查询而获取行为指引的可能性。以我国刑法第169条规定的“上市公司的董事、监事、高级管理人员”为例，“董事”与“监事”，依据《公司法》和公司章程都是既定的专业用语，即使与社会公众的日常经验关联不大，但其具有确定的形式含义，社会公

① R. M. 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，北京：译林出版社，2001年，第77页。

② 参见罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律论证理论的理性论辩理论》，舒国滢译，北京：中国法制出版社，2002年，第204页。

③ 丁建峰：《立法语言的模糊性问题》，《政法论坛》2016年第2期。

众可以通过查阅或咨询等方式予以认识,就能够具有行为指引的可能性。而“高级管理人员”则不属于既定的专业用语,社会公众即使通过查询或咨询专业人士,也很难识别“高级管理人员”的可能含义,自然不能具有行为指引的可能性。

其次,刑事立法的明确性判断,取决于立法文本对司法者的限制可能性。刑法文本对于司法者而言,是司法者行使司法权的依据和前提。立法者通过立法文本,将司法者的权力限制于立法文本之内,才能使立法文本具有普遍适用性,这正是司法权受立法权拘束的当然要义。如果立法文本抽象空洞或使用纯粹价值话语,就无法实现立法权对司法权的限制。因此,立法文本必须具有限制司法者的可能性,才能符合刑事立法的明确性要求。具体而言,立法文本对司法者的限制可能性,要达到可借助解释规则对立法文本进行含义释明的程度。如果文本的抽象程度很高,无法使基本解释规则适用于文本的文义释明,就不能说该文本符合立法的明确性要求。

以我国刑法第293条中规定的“情节恶劣”“起哄闹事”“公共场所秩序严重混乱”等立法用语为例,司法者根本无法借助解释规则对之进行解释,更无法实现立法者通过立法文本对司法者的限制功能。我国台湾地区“司法院”曾指出,如果刑事立法意义难以理解,一般人无法预见,且无法通过司法者审查予以确认,就不符合立法明确性要求。因此,认定“欺压善良”“品行恶劣”“游荡无赖”等用语不符合刑法的明确性原则。^①值得注意的是,立法明确性对司法者的限制可能性,并不是要求立法文本为司法者提供清晰且唯一正确的适用依据,而只是让司法者可以通过解释规则使立法文本具有可适用性和可解释性。

2. 刑事司法中的明确标准

与立法中的明确性要求不同,司法中的明确性不指向抽象、类型的行为和行为人,而指向具体、特定的行为和行为人。因此,司法中的明确性标准,就是从立法文本出发,通过建立基于立法文本的次级一般性规则,对立法文本进行具体化,使立法文本得以不断接近具体特定的案件事实,最终建立立法文本和具体案件事实间的涵摄关系。易言之,司法是对立法文本的适用,不能脱离文本进行法外的政策性考量,必须从立法文本中不断推演出次级一般性规则,最终实现立法文本对案件事实的具体适用。因此,司法中的明确性标准就体现为立法文本相对于案件事实的具体化。

首先,司法者对刑法文本的适用必须具有合逻辑的基本结构。司法中的明确性标准,在根本上是立法文本在具体个案中的明确适用。因此,把立法文本作为大前提,把案件事实作为小前提,通过大小前提的外部证成,最有利于保障立法文本被适用于案件事实。正如阿列克西所言:“对于一个充分的法律判决证立的概念而言,逻辑推演却是最有希望来确定其要义的方式。它是某个论断与蕴含着这个论断的某

^① 李惠宗:《法学方法论》,台北:新学林出版股份有限公司,2018年,第172—173页。

些意义的其他论断之间关系的最可靠表述。”^①当然，对于多数场合的刑事司法适用而言，单凭大小前提形式的三段论并不足以合逻辑地推导出结论，而需要对作为立法文本的大前提进行具体化和明确化，从而形成比三段论更为复杂的逻辑结构。

其次，司法中的明确性标准，要求基于刑法文本的次级一般性规则构建。在刑事司法中，尽管个别案件可以通过简单的三段论直接予以适用，但多数案件都需要对作为大前提的立法文本进行具体化而形成二级、三级等次级规则。以我国刑法第

263条规定的“入户抢劫”为例，作为抢劫罪的加重情节，立法者对“入户抢劫”规定了重于普通抢劫的法定刑。但是，在具体案件的法律适用时，作为大前提的“入户抢劫”往往需要次级规则的具体构建才能适用。比如，行为人在野外进入他人的房车对车主进行抢劫，就很难直接通过“入户抢劫”这个大前提直接适用或不予适用。我国司法解释就对“户”进行了二级规则的构建，指出：“‘户’在这里是指住所，其特征表现为供他人家庭生活和外界相对隔离两个方面，前者为功能特征，后者为场所特征。”^②根据该二级规则，“入户抢劫”与“进入房车抢劫”就具有一定的可对应性和可涵摄性，因为房车本就具有生活功能和相对隔离的特征，符合二级规则对“户”的构建。

因此，刑事司法中的明确性，在无法简单涵摄的场合，就要求司法者必须构建次级规则，以作为形式上的法律明确化标准。因为只有司法者构建出次级规则，才能使社会公众对刑法文本适用于具体案件之间的过程具有观察可能和辩驳可能。在特定案件中，司法者构建了次级的一般性规则，所得出的结论可能与未构建次级规则的结论相同，也不能认为后者符合明确性要求。因为后者无法提供可供观察的涵摄形式和过程，不能表达出其结论与大前提之间的形式关联性；而前者则提供了可供其他案件适用的一般性规则，有利于同等情形同等适用，是基于实践理性的明确性标准。

最后，司法中的明确性标准，要求对一般性规则进行规范证立。除了在形式上构建一般性规则的要求之外，司法者还需要证立的是，一般性规则来源于刑法文本，并非脱离刑法文本的任意构建。易言之，趋向于个案的一般性规则是刑法文本的推演，必须得到理性的证立。这样才能保障司法者是在依据立法文本行使司法权，否则就无法体现立法对司法的拘束。因为从刑法文本推导出的一般性规则，并不来源于文本合乎逻辑的真值推演，而是基于程序规则的理性证立。如有论者就指出：“并非所有法律教义学的规范断言都具有上述意义上的真值。譬如在歧义性的情形中，解释者面临着两种解释项（**11/12**），他必须在其中做出一项选择。他所做的选

^① 参见罗伯特·阿列克西：《法理性商谈——法哲学研究》，第6—7页。

^② 参见2005年6月8日最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》（法发〔2005〕8号）。

择——正如我们将要揭示的——应当得到证成（*rechtfertigen*），从而才是有效的（*gültig*）。^①因此，在刑事司法中，司法者根据刑法文本构建一般性规则，必须符合合理性的证立规则要求。德国学者阿列克西把法律论证的规则区分为两类：一类为论据规则，另一类为优先规则。其中，论据规则包括语言学论据、发生学论据、体系论据、普遍实践论据。前三种合称为制度性论据，普遍实践论据包括目的论论据和义务论论据。优先规则包括：语言学论据初显优于所有其他论据；制度性论据初显优于普遍实践论据。^②

对于刑事司法中一般性规则的证立而言，有必要把制度性论据相对于普遍实践论据的初显优先性提高至排他或全虑的优先性。因为不同的部门法，受成文法的拘束程度并不一致，接受成文法之外实践论据的必要性也不相同。刑事司法必须严格受到成文法的拘束，这正是罪刑法定原则作为刑法基本原则的特殊价值取向。当基于成文法的制度性论据与基于目的或义务的实践性论据发生冲突时，刑事司法者不得抛弃制度性论据而采纳普遍实践论据。“在现代社会，只有保证了法律的确定性，人们才能预先根据法条的要求安排自己的事务，这是法治的前提”。^③作为可能剥夺个体生命、自由等核心权利的社会机制，刑事司法必须被一般性规则所限制。只有把司法者构建一般性规则进而适用于个案事实的过程限定于制度性论据之内，才能以清晰可见的方式实现成文法对案件事实的涵摄，也才真正符合我国罪刑法定原则的文本含义和价值预设。

结 语

罪刑法定原则，是人类运用理性力量驱逐不确定性的制度构建。面对世界的不确定性，面对他人行为的不确定性，都折射出人类内心深处对个体自由和尊严的深沉期盼。因此，尊重和保障个体自由和自治，从个体的自由意志出发，才成为现代刑法学的基本思维范式。实现个体自由的保障，与依法裁判有关。依法裁判的前提，正是法律规则和体系的可及性、明确性、一致性和连贯性。^④在康德对人类理性的自负中，在贝卡里亚对确定性的呼吁中，古典罪刑法定原则将理性和逻辑作为约束

① 奥利斯·阿尔尼奥、罗伯特·阿列克西、亚历山大·佩彻尼克：《法律论证的基础》，冯威译，舒国滢主编：《法学方法论丛》第2卷，北京：中国法制出版社，2014年，第56页。

② 罗伯特·阿列克西：《法理性商谈——法哲学研究》，第82—83页。

③ 任强：《司法方法在裁判中的运用——法条至上、原则裁判与后果权衡》，《中国社会科学》2017年第6期。

④ Ian Dennis, "The Critical Condition of Criminal Law," *Current Legal Problems*, vol. 50, no. 1, 1997, p. 217.

刑事司法的程序性标准，相信理性立法者可以制定完备的法律规则，相信司法者可以通过事实的发现划分法律条文的文义边界，并可以基于完备的制定法规则进行准确的法律涵摄。但是，人类理性终究具有局限性，这种局限性，表现在人类认知能力的有限性，也表现在经验之外的先验逻辑形式的无法自明性。

罪刑法定原则无法超越有限理性的藩篱，无法沉迷于无限理性的先验自洽中，只能面对立法的不完备性、文义边界的反事实性、明确性标准的不精确性。因为，哲学的语言转向否定了无限理性的确定性预设，使罪刑法定原则的理论预设退回至有限理性为基础的日常生活哲学。易言之，罪刑法定原则必须立足于刑法条文和刑法语言的日常性和习惯性，从规范的证实转向为规范的证成，在证成方式上区别于科学的真理符合路径，重拾规范的程序性证成路径。另外，罪刑法定原则的确定性并非事实上的确定性，而是程度上的确定性。确定性程度的提高，主要依赖可发现的形式规则和可商谈的证成程序。最后，要把刑法渊源限制于具有权威形式、符合制定程序的成文法律，对任何不具有成文法律形式的渊源保持高度警惕。因为不成文的刑法渊源或不具有权威性的规范性文件，极易侵蚀形式规则所捍卫的安定性价值，而安定性价值则是个体自由和尊严最后的庇护所。

罪刑法定原则的变迁，勾勒出人类从蒙昧走向自负再回到有限理性的图景。在这幅图景中，认知与激情实现分离，理性与情感各自归位。在情感上对确定性的渴望，是人类面对未知世界时重申个体存在意义的意志表达，人类希望通过确定性完全掌控自己的命运。但是，情感与意志并不能替代认知能力的有限性。人类有限的认知能力才是罪刑法定原则的现实基础。承认人类认知能力的有限性，并不是重回蒙昧和恣意，而是在有限认知的基础上，运用实践理性使个体的自由能够得到尽可能的保障，而罪刑法定原则就是实践理性在刑法领域的具体化。

责任编辑：李树民

7) Reconstructing the Principle of Legality

Gao Wei • 123 •

The principle of legality, as the outcome of scientism and rationalism, is subject to changes in the times and in theoretical presuppositions; it has not been given full play as the protector of freedom, and constantly wavers in terms of the certainty of punishing crimes. As an important principle of the modern rule of law, the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime should be upheld and reformed even if it is affected by constant conflicts. Firstly, the principles of positive law are affected by the theory of substantive law, while other sources that do not have a legal form become the basis of factual criminal evidence. Thus, it is necessary to reiterate the specificity of the source of positive law. Secondly, although the possible boundaries of criminal law texts cannot be clearly defined empirically, they cannot therefore be gainsaid. Instead, we should abandon the objective boundaries of empirical facts and delimit and demonstrate normative boundaries. Finally, we should recognize and accept explicit judicial responsibility as a supplement to legislative clarity, and build a two-layered system with both legislative and judicial clarity. In particular, we should construct standards for the clarity of criminal legislation in terms of the two approaches of behavioral guidance and judicial restriction. The clarity of criminal justice should start from legislative texts and specify them through the establishment of the secondary general rules, so that they can continue lessening their distance from specific case facts. Ultimately we should establish a relationship that subsumes the texts and the facts of the case.

8) Urbanization and Ecological Governance in Pastoral Areas

Bao Zhiming and Shi Tengfei • 146 •

The policy of pastoral urbanization, widely implemented in China's northern steppes, continues the long-term ecological governance, policy of settling their inhabitants in fixed settlements. The processes of urbanization and ecological governance of pastoral areas require that we re-examine the role of the herdsmen as players in this process and gain a good understanding of their nomadic way of life. In specific practice, the reconstruction of pastoral areas boosted in through organizational and livelihood modes such as animal husbandry cooperatives and steppe eco-tourism can enable herdsmen to move back and forth between pastoral areas and towns, enabling them continue to engage in animal husbandry as a means of livelihood and protect the environment in pastoral areas while enjoying a diversified livelihood and modern lifestyle in the towns. In this way, we can expect to achieve a win-win situation of urbanization and environmental management in pastoral areas and thus promote the overall revitalization of the countryside in terms of industry, talent, culture, ecology, organization, etc.

9) The Poetry Creation Practice of Yan'an Revolutionaries and Its Value in the History of Poetry

Cheng Guojun and Li Jikai • 163 •

The creative poetry practice of Yan'an revolutionaries is a valuable spiritual

• 207 •