

刑法思维的理论分野及其思想资源

周少华

内容提要:形式刑法观与实质刑法观,其学术标签虽似对立,其自我证立的思想资源却是共享的,二者都是在“形式理性”与“实质理性”的交织下展开的。而在两种刑法观的历史论辩中,双方最终都不自觉地将自己的论辩导向实践理性。如果说形式理性致力于寻求法律的确定性,实质理性渴求于彰显法律的灵活性,那么,实践理性则倾心于构建法律的适应性。以“适应性”理论来检视两种刑法观的学术论争,我们会发现,形式刑法观与实质刑法观真正的分歧其实并不在于是否坚持刑法的形式要求,而在于对“形式”的具体判定。求同存异之下,“适应性”理论似乎能够解释两种刑法观共同的努力与贡献。

关键词:形式刑法观 实质刑法观 实践刑法观 刑法之适应性

周少华,东南大学法学院教授。

近几年,我国刑法学界存在所谓“形式刑法观”与“实质刑法观”的学术论争,^[1]而且,这被看成是中国刑法学开始出现学派之争的一种标志。^[2]在某种意义上,两种刑法观的论争,固然可以被看成是一种“学派之争”;但是,无论是形式刑法观,还是实质刑法观,都并不是中国刑法学界内部原生原发的“学派”。在关于法治的讨论中,早就存在“形式化的法律观”与“实质化的法律观”之间的对立。^[3]“形式刑法观”与“实质刑法观”的学术论争,也只

[1] 关于两种刑法观的论争,标志性的成果是以下两本著作:刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年8月版;邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年8月版。笔者注意到,这两本书的出版时间完全相同,也是颇耐人寻味的一件事。不过,在这两本著作出版之前,两种刑法观的论争已经初现端倪,相关论著主要有:陈兴良:《形式与实质的关系:刑法学的反思性检讨》,《法学研究》2008年第6期;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;陈兴良:《社会危害性理论:进一步的批判性清理》,《中国法学》2006年第4期;张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版;刘艳红:《走向实质解释的刑法学——刑法方法论的发端、发展与发达》,《中国法学》2006年第5期;刘艳红:《刑法的目的与犯罪论的实质化》,《环球法律评论》2008年第1期;苏彩霞:《实质的刑法解释论之确立与展开》,《法学研究》2007年第2期。在2010年第4期的《中国法学》上,同时刊载了陈兴良教授和张明楷教授的文章,前者谓之《形式解释论的再宣示》,后者谓之《实质解释论的再提倡》,从而将两种刑法观的学术论争推向高潮。

[2] 陈兴良:《走向学派之争的刑法学》,《法学研究》2010年第1期。

[3] 关于“形式法律观”与“实质法律观”主要分歧的详细讨论,参见[美]P. S. 阿蒂亚、R. S. 萨默斯:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,金敏、陈林林、王笑红译,中国政法大学出版社2005年版,第346-348页。

不过是中国刑法学者对由来已久的两种法治观在刑法学领域的一番具体演绎而已。

“形式刑法观”与“实质刑法观”的学术论争,其核心问题实际上是如何处理刑法思维过程中的“形式”与“实质”的关系,其背后的理论资源主要是“形式理性”与“实质理性”所支配的两种分立的法律思想。笔者无意加入两种刑法观之间的论争,也不拟对两种刑法观作过多的评论。本文的主旨是,试图通过对这两种刑法观背后的思想资源进行考察,进而对刑法的思维方式加以检讨和反思。

一 形式刑法观:寻求确定性

形式刑法观主张采用形式化的犯罪概念,对于犯罪的评价,认为应当根据构成要件对犯罪作形式的判断;相应地,在刑法解释上,提倡形式解释论,主张通过形式要件,将实质上值得科处刑罚但缺乏刑法规定的行为排斥在犯罪范围之外。^[4]不难看出,形式刑法观所强调的,乃是内含于罪刑法定原则之中的法律的确定性。而法律的确定性要求,乃是形式理性在法律领域的表达。

按照传统的形式主义的理解,法律的确定性是与法律的逻辑自足观念相联系的,它意味着,法律相对于所适用的对象总是存在唯一正确的答案;理解和适用法律的过程是一个机械的、纯客观反映的过程,在这一过程中,不需要也不应该掺杂有自由裁量、主观选择的因素。^[5]按照马克斯·韦伯的观察,现代法律从立法到司法和行政都是以形式法为取向的,与此形成鲜明对比的是,神权政治和专制主义司法则是一种实质法的取向。^[6]法律之为“形式的”,是指无论在实体上或诉讼上,唯有确定无疑的一般性的事实特征才会被计入考量。法律上重要的事实特征借着逻辑推演而解明含义,并且以此而形成明确的、以相当抽象的规则之姿态出现的法律概念,然后加以适用。马克斯·韦伯把法律的这一趋向称为法律的形式理性化,并认为,法律之所以可能达成现代意义上的特殊专门的、法学上的提升纯化,因为其具有形式的性格。^[7]法律形式主义是与近代西方的重要思想联系在一起的,它们是分权观念、理性主义和自由民主思想。在这些思想的影响下,法律的形式特征受到极大的重视,其目的则在于维护法律的确定性,保障公民个人的自由与基本权利。

自从孟德斯鸠提出权力区分原则开始,近代立宪主义莫不遵循这一原则作为建立民主国家的基础。根据这一原则,一部宪法包含了三种不同的权力,那就是立法权、行政权与司法权,而且任何足以称为“宪法”的法律必须把这三种权力分别赋予不同的团体或个人。立法机关的作用是创制新的法律;行政机关则掌管执行,并在这些法律的框架内厘定政策;至于司法机关,它只是解释立法团体制定的法律。^[8]在资产阶级民主国家建立之前,司法权是个不受重视的地带;正是在三权分立理论演变为制度现实以后,司法权才真正进入人们的思考领域。分权观念不仅是西方现代民主国家形成的思想基础,也隐含着现代法律几乎所有制度特征的基因密码。

[4] 陈兴良:《形式与实质的关系:刑法学的反思性检讨》;陈兴良:《形式解释论的再宣示》。

[5] 参见张志铭:《法律解释的操作分析》,中国政法大学出版社1999年版,第59-60页。

[6] 参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第723页。

[7] 参见[德]马克斯·韦伯:《韦伯作品集IX 法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第28页。

[8] 参见[英]丹尼斯·罗伊德:《法律的理念》,张茂柏译,新星出版社2005年版,第209页。

欧洲近代民族国家形成之初,严格的分权原则使得司法权力受到极大限制。18、19世纪的法律观念认为,立法权同司法权是严格分立的,法律只能由代议制的立法机关制定,这就意味着法官不能直接或者间接地创制法律。这种法律观念的特点是立法至上主义,其表现之一,就是要求法官只能运用既定的法律判案,而不能依据先前的判例;表现之二是,不允许法官对立法机关制定的法规中有缺陷、相互冲突或者不明确的地方进行解释。这些问题总是留待立法者作权威性的解释。同时,人们指望这类问题不会很多,并且如果一旦出现,在不长的时间内就可以全部得到解决,因而不必再求助于立法者的解释。在这种观念的影响下,大陆法系审判过程呈现出来的画面是一种典型的机械式活动的操作图。^[9] 在分权观念和理性主义思想的支配下,伴随着近代资产阶级国家的法典编纂运动,19世纪的欧洲大陆产生了所谓的“概念法学”。概念法学信奉“法典完美自足”的理想,同时也催生了司法上的法条主义、严格规则主义,作为一种极端的形式法律观,概念法学的各种信条可以被称为法律形式主义。刑事古典学派(旧派)的法律主张,便契合于这种形式主义的法治观。

按照分权原则,立法机关的职能是制定法律,而司法机关的职能是适用法律。古典学派确立罪刑法定主义,其明显的用意就在于以立法权限制司法权,制度构造中显然包含着权力制衡的思想设计。贝卡里亚就坚持:只有法律才能为犯罪规定刑罚,只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有制定法律的权威;而刑事法官根本没有解释刑事法律的权力,因为他们不是立法者。任何司法官员都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚。超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。因此,司法官员的判决只能是对具体事实作出单纯的肯定或否定,而不能以热忱或公共福利为借口增加对犯罪公民的既定刑罚。^[10] 严格的分权观念一方面表达了启蒙思想家们对于权力容易被滥用、因而需要以权力制约权力的理想,另一方面也反映了当时人们对于人类制定完美法典的理性能力的确信。同时,对法律确定性的要求与社会契约理论也是相联系的。法的固定形式和仪式通常服务于这样一个宗旨,即把人们之间关于人或事的现实人际关系的发展载入未来。因此,罗马法学家已经认识到契约法应是成文法,且要具备稳定的形式——因为现在订立的契约是为了规制双方将来的行为。贝卡里亚之前的理论家并不认为刑法是国家与个人之间的契约,因而法律的稳定性也未得到重视。刑法的稳定形式意味着其颁布以前的行为是不可罚的。显然,这是由社会契约论推导出来的,受启于书面合同对当事人所具有的保护作用。正是贝卡里亚第一次把这样的观念引入刑法,即刑法并不仅仅是法官审理案件的指南,而是公法的一部分,是国家权力分离出来的一部分。确切地说,是立法者和犯罪主体之间相妥协而达成的协议,因此,应具有稳定的形式。^[11] 这也表明了国家刑罚权也应当受到公民个人权利的制约。罪刑法定主义对法官权力的限制主要是通过成文法而实现,所以古典学派表现出对于成文法的无限推崇。无论是孟德斯鸠所处的18世纪,还是法律实证主义和概念法学占据统治地位的19世纪,人们都认为,通过明确的法规完全可以保障明确的法律适用。人们相信,对于合乎目的、概念精确的表达,法律原则允许法律条文在几乎所有的情况下规定完全明确的法律后果。法官只需完成归纳的逻辑思维操作,并且放弃可能带有一定个人色彩的

[9] 参见[美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第39页。

[10] 参见[意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第11页。

[11] 参见[斯洛文尼亚]卜思天·M. 儒攀基奇:《刑法——刑罚理念批判》,何慧新等译,储槐植审校,中国政法大学出版社2002年版,第43页。

评价。只有这样,人们才能可以预见到法律适用,避免法官的任意行为和保证法律安全。但是,这种观念却杜绝了法官对正义的权衡,当法官制作判决时,他必须想到他无权对正义做出权衡。他必须想到,法规一旦颁布,法官所作的就应当仅限于归纳。^[12]

在欧洲大陆,分权理论的极端化,一度导致了对法院解释法律这一作用的否定,而要求法院把有关法律解释的问题都提交给立法机关加以解决,由立法机关提供权威性的解释,用以指导引领法官。通过这种方法,矫正法律的缺陷,杜绝法官造法,防止司法专横对国家安全造成威胁。对大陆法系的教条者而言,唯有立法者所作的权威性解释才是可以允许的解释。^[13]严格的分权观念使得“司法机关为分立的三权中最弱的一个”,^[14]而个人本位的刑法价值观,更是让司法机关在刑法的适用中几乎无权可言。出于对封建主义罪刑擅断的深刻警醒,刑事古典学派的思想家们表现出对法官极大的不信任,贝卡里亚就主张,法官对任何案件都应进行三段论式的逻辑推理,刑法典的内容应当得到“逐字遵循”并“力求准确”,不得离开法律的文字转而去探求“法律的精神”,否则就等于是放弃了堤坝,让位给汹涌的歧见。他认为,严格遵守刑法文字所遇到的麻烦,不能与解释法律所造成的混乱相提并论,这种暂时的麻烦,促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修正,力求准确,并且阻止人们进行致命的自由解释,而这正是擅断和徇私的源泉。^[15]当时的思想家们认为,留给法官的思考余地最小的法律是最好的法律,留给自己的独立判断余地最小的法官是最好的法官。古典学派试图通过对立法权和司法权的严格区分,来维护刑法绝对的确定性,司法活动中任何的灵活性企图,都被看成是逾越权力边界的危险行为。由此不难看出,古典学派对罪刑法定主义的理解完全是形式意义上的,因而被称为绝对罪刑法定主义。

法律的形式合理化与法律的确定性之间有着极其密切的联系,因为确定性是形式合理化体系所追求的直接目标,而且,形式合理化体系所具有的价值,也正是在于它能够提供某种确定性。形式合理化程度与确定性程度具有决定与被决定的相关关系,前者提高后者随之提高,前者下降后者随之下降。正因为如此,法律的形式合理化具有重要的法治意义。法治的一个最基础的价值就是追求确定性,具有形式合理化的成文法所蕴含的基本逻辑就是,如果能用一般性的方法解决所有的个别问题,那么一般性所追求的确定性和稳定性就获得了实现。法治不能没有确定性的价值,假设在法律的运作过程中到处充满着不确定性,我们就难以说我们进入了一个法治的状态。^[16]当然,形式合理化体系所提供的确定性必须是一种合理的确定性,即能够在理性上被接受和理解的确定性,否则,这种确定性就不是形式合理化体系所追求的。而且,即便是形式合理化的体系,也只能提供相对的确定性。由于人类理性能力的有限性、社会利益关系的无限复杂性、社会生活变化在某种程度上的不可预测性以及种种无力控制的原因,即使我们想要(或许也有许多人并不想要)使法律制度的形式合理化达到数学和逻辑学那样完美的程度,从而保证法律和司法具有一种“对数表”那样的确定性,也不可能真正做到这一点。不仅法律制度做不到这一点,就连最为成功地运用数学方法来组织命题的物理学也不能完全做到这一点,至于形式合理化程度低于物理学的其他科

[12] 参见[德]N.霍恩:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2005年版,第307-308页。

[13] 参见[美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,第39页。

[14] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第391页。

[15] 参见[意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,第12页以下。

[16] 参见武建敏:《司法理论与司法模式》,华夏出版社2006年版,第146页。

学理论,就更是只能相对接近数学和逻辑学的那种完美的确定性。^[17]但是在概念法学那里,法律的形式理性被过度夸大,人们追求的是一种绝对的确定性。正如马克斯·韦伯指出的那样,在逻辑理性之下,直观式的形式主义的严格性反而被削弱了,因为以抽象的规则出现的法律概念业已失去其一义不二的明确性。由此,也升高了形式理性与实质理性之间的对立。^[18]在刑法领域,形式理性与实质理性之间的对立主要表现为刑罚目的上的报应与功利、刑法价值上的安全与正义、刑法功能上的人权保障与社会保护之间的矛盾。

在形式化的法律观下,由罪刑法定原则导出的合理结果是:只要刑法明文规定为犯罪的行为,无论这种规定是否存在实体上的正当性,都应当加以处罚;相应地,只要刑罚没有明文规定为犯罪的行为,即使具有严重的社会危害性,也不得处罚。在后一种情况下,形式理性的优先可以被认为是为了维护保障人权的法治价值而付出的必要代价;在前一种情况下,形式理性的优先则明显地不具有合理性。无论是哪一种情况,都表明在罪刑法定的形式理性与正义必须得到伸张的实质理性之间,存在着矛盾冲突。在机械主义的司法观念下,形式理性与实质理性之间的这种冲突会更加尖锐——只要与刑法条文的文字稍有出入,便认为不属于“明文规定”的情形。这样,刑法自身的社会功能也被形式主义的束缚所降低,社会对实质正义的要求有时就得不到满足,这也是人们所不希望的。比如,既然《刑法》第329条规定会处罚抢夺、窃取国有档案的行为,那么对于没有规定的抢劫国有档案的行为不予处罚显然很不合理。因此,坚持实质解释论的张明楷教授认为,倘若对某个抢劫国有档案的行为不能以普通抢劫罪论处,当然可以认定为抢夺国有档案罪,因为抢劫国有档案的行为完全符合抢夺国有档案罪的构成要件。^[19]由于刑法本身可能存在漏洞或缺陷,实践中必然会不断产生对刑法予以实质解释的要求。因此,法律的形式原则应当在何种情况下被遵守或者在多大程度上被遵守,便成为人们思考的一个问题。

在法律形式主义的立场上,刑事古典学派要求刑法对犯罪构成要件的规定尽可能具体化,尽量采取记述的要素,减少甚至删除规范的要素;法定刑的设置,也应采取绝对确定的法定刑。在这种观念的指导下,1810年的法国刑法典和费尔巴哈为奥地利所草拟的刑法草案,对于犯罪的规定都采用了叙明罪状,对法定刑的设置也采取了绝对确定法定刑。然而,由于犯罪是极其复杂的社会现象,意图以叙明罪状规定所有犯罪的特征,不赋予刑法条文以一定的弹性,必然不能对各种犯罪作出完整的、精确的概括。另外,同类犯罪也存在不同的情节,以绝对确定法定刑作为法律后果,是不能适应复杂的犯罪现象而判处与之相适应的刑罚的,无法做到个案中的罪行均衡。^[20]可见,形式主义者关于“法典完美自足”的观念完全是一种幻想,绝对的确定性不仅没有可能,而且也是不必要的,甚至是有害的。何况,由于社会生活是不断变化的,形式主义所要求的法律的确定性必然与实质正义的实现之间发生不可调和的矛盾。因此耶林批评说,过度形式主义的法律观念的存在,从内部威胁着法学,它使人们将其自身,以及其思想、感受,都托付给贫乏、死板的制定法,而成为法律机器中一块无意志、无感情的零件,置言之,即逃避提出自己对问题的思考。^[21]既然绝对罪刑法定主义

[17] 参见郑成良:《论法律形式合理性的十个问题》,《法制与社会发展》2005年第6期。

[18] 参见[德]马克斯·韦伯:《韦伯作品集IX法律社会学》,第28页。

[19] 张明楷:《实质解释的再提倡》。

[20] 参见宁汉林、魏克家:《大陆法系刑法学说的形成与发展》,中国政法大学出版社2001年版,第34页。

[21] 参见[德]冯·耶林:《法学是一门科学吗?》,李君韬译,《比较法研究》2008年第1期。

所设想的明确、完备的刑法典不可能制定出来,那么它所要求的机械主义的司法方式也便不具有合理性,因为实质正义并不会通过法律的机械适用而自动实现。因此,在狂热理性主义支配下进行短暂的试验之后,人们很快发现,要通过立法来塑造刑法绝对的确定性实无可能,所以后来大陆法系国家在制定刑法典时,都采用了相对确定法定刑,对罪状的描述也不再拘泥于琐细的叙明罪状;同时,法官的自由裁量权和法律解释权也得到逐步的承认。

尽管刑法的确定性不再被视为不可动摇的价值,立法和司法中的灵活性因素逐步取得了合法的地位;但是,对于一个利益关系日益复杂化,价值标准日益多样化,利益矛盾和纠纷随时可能发生,社会变迁不断加速的现代社会而言,法律制度的基本功能之一就是为社会提供某种确定性,如果不能提供这种确定性,法律制度存在的理由就从根本上被消解了,这样的法律制度也迟早要被抛弃。而能够为社会提供这种确定性的,只能是一个具有形式合理性的法律制度,离开了形式合理性,在司法的领域中就没有确定性可言。^[22] 因此,罪刑法定原则虽然被新的时代赋予了更多的实质内容,但是其形式理性的要求依然应当被坚持。如果对犯罪的评价采取实质的标准而缺乏形式的束缚,国家刑罚权必定失去控制,社会也将退回到罪刑擅断的专制时代。

二 实质刑法观:彰显灵活性

实质刑法观主张实质的犯罪论,即必须以犯罪本质为指导来解释刑法规定的构成要件;^[23]对构成要件的解释不能停留在法条的字面含义上,必须以保护法益为指导,使行为的违法性与有责性达到值得科处刑罚的程度;在遵循罪刑法定原则的前提下,可以做扩大解释,以实现处罚的妥当性。^[24] 显然,实质刑法观不满于仅从形式上解释构成要件所带来的处罚范围上的不合理性,试图通过某种灵活性的机制,充分实现构成要件的功能,把处罚范围控制在合理的范围内。实质刑法观所彰显的是一种实质合理性,它是建立在对形式刑法观进行批判的基础上而提出来的。

从思想渊源来看,形式法律观是与严格的分权原则相联系的。但是正如上文所说,立法与司法职权的严格区分,必须建立在法律的完整、清晰、逻辑严密并能与时俱进的前提上,但这个逻辑前提却是不可能达到的,至少是非常的困难。所谓“有法律,必有漏洞”,法律漏洞在任何法律体系中都是不可避免的现象。面对无法可依的窘境时,如何解释、适用到具体个案,就成为最艰巨的司法任务之一。^[25] 如果承认法律存在漏洞,那么当某些现象处于立法与司法的交际地带时,在严格的分权观念下,势必意味着对社会公正的放弃:因为立法没有为此种情况下如何实现公正提供明确的方案,而司法者又没有权力自行确立实现正义的方案;在此情况下,为了维护刑法“确定性”的形式要求,就不得不无视社会的正义要求,这显然也是违背人的理性的。这种二律背反的状况,必然使绝对的分权观念受到触动。

其实,很多思想家们都认为,对于立法权和司法权,常常很难进行清楚的界分。纯粹法学创立者凯尔森就认为,“法律的创造”和“法律的适用”这两个概念绝不像传统理论所假定

[22] 参见郑成良:《论法律形式合理性的十个问题》。

[23] 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 95 页。

[24] 张明楷:《实质解释的再提倡》。

[25] 参见刘文仕:《刑法类推与司法造法》,(台湾)学林文化事业有限公司 2001 年版,第 8 页。

的那样,是绝对的对立物。将法律行为分为创造法律的行为和适用法律的行为并不是很正确的,其实,法律的创造始终是法律的适用,每个行为通常都同时是创造法律的行为又是适用法律的行为。^[26] 在凯尔森看来,立法权和司法权的界限并非泾渭分明,司法行为中或多或少地包含着一定的创造法律的成分在内。这种分权原则相对化的观念,必然伴随着对司法能动性的接受和承认,其在刑法领域的表现就是,绝对罪刑法定主义得到了一定程度的软化,被一种相对的罪刑法定主义所取代。这种变化意味着法律形式主义的相对弱化,亦即,在法律的制度实践中,形式理性与实质理性的关系得到了一定程度的修正——当形式理性的要求与实质理性的要求发生严重的冲突时,不再一味地取向于形式理性,而是可以基于一定的价值考量,在形式与实质之间加以平衡。马克斯·韦伯就发现,近代法律的理性化虽然主要表现为以形式法为取向,但是,由于它与法的意识形态所提出的实质要求相冲突,所以近代法的发展中也呈现出一种反形式主义的倾向,这种对形式束缚的破除乃是实质理性化的产物。实质理性意味着:“特质别具的规范——有别于透过逻辑性的通则化而得来的规范——对于法律问题的决定理应具有影响力。换言之,诸如伦理的无上命令、功利的或其他目的取向的规则、政治准则等,率皆能破除外在表征的形式主义及逻辑抽象的形式主义。”透过实质的理性化,“法的理性化也将心志凸显为固有的重要因素而全面取代了按外在判断的事务评量。在刑法里,法的理性化亦以理性的、不论是伦理或是功利的‘刑罚目的’,来取代唯结果是问的复仇,并且借此而同样是将非形式的要素逐渐带入法实务当中。”^[27] 刑事实证学派的观点就代表了这一趋向。

刑事实证学派(新派)主张,刑事司法应当从罪刑法定的死框框中解脱出来,降低刑法典的意义,转而关注一定的社会目的,主张根据社会需求对刑法进行灵活解释。实证学派认为,应当将刑事司法的对象从犯罪转移到犯罪人,实行刑罚个别化,而要做到这一点,刑法就有必要作一些抽象性或概括性的规定,并给予法官以较大的自由裁量权。刑事实证学派代表人物菲利认为,完全排斥法官权力中的裁量因素,实际上是从中世纪罪刑专断的极端走到了矫枉过正的另一个极端。在刑法中,将法令适用到具体案件中去不是或不应当像在民法中那样,仅仅是一个法律的和抽象的逻辑问题。他必须从心理学角度把某个抽象的条例适用于活生生的人。因为刑事法官不能将自己与环境和社会生活割裂开来,成为一个在一定程度上有些机械性质的法律工具。每一个刑事判决对人的灵活鉴定都取决于行为、行为人和对其起作用的社会情况等,而不是取决于成文法。菲利认为,如果刑事审判应当是对被告和被降到次要地位的犯罪的一次生理心理学审查,那么刑法典显然应当被限制在关于防卫和社会制裁方式以及每个重罪和轻罪的构成要素这样几个基本规则的范围内,而法官应当在科学的和实证的审判资料允许的范围内具有更大的自由,因此他可以运用人类学知识来审判他面前的被告。^[28] 李斯特也主张,刑罚的轻重不能仅仅根据犯罪的客观事实,而应以犯罪人的性格、恶性、反社会或危险性的强弱为标准对犯罪人进行分类,并据此实行所谓刑罚个别化,以期达到社会防卫的目的。李斯特的刑罚个别化主张,必然要求承认法官的自由裁量权。他从犯罪人的社会危险性以及社会适应性出发,修正和改变了刑事古典学派极力

[26] 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第150页以下。

[27] [德]马克斯·韦伯:《韦伯作品集 IX 法律社会学》,第28页、第321-323页。

[28] 参见[意]恩里科·菲利:《犯罪社会学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社2004年版,第244-245页。

坚持的罪刑法定原则,主张扩大适用类推解释、扩大解释、缓刑、假释、罚金、累进处遇、强制劳动、保安处分以及其他各种所谓的“刑外刑”,并从扩大法定刑的范围开始,更进一步主张采用不定期刑。^[29]如果说刑事古典学派认识、研究犯罪规律性的目的是要将其法典化,将犯罪规律一次性地纳入一部法典之中的话;那么,刑事实证学派研究犯罪规律性的意图则是要证明法典的局限和片面,法典所使用的范畴无法全面概括犯罪现象的复杂性。在刑事实证学派眼中,成文法典即使有用的话,也绝不是刑事古典学派所想象的能够“自动适用”的工具,刑法的适用需要能动的司法予以支撑,法律的适用解释是不可避免的。^[30] 菲利指出,“法律总是具有一定程度的粗糙和不足,因为它必须在基于过去的同时着眼于未来,否则就不能预见未来可能发生的全部情况。现代社会变化之疾之大使刑法即使经常修改也赶不上它的速度。”^[31] 因此,实证学派主张,不仅应当赋予法官以解释法律的权力,而且还应当根据预防犯罪的目的,将规范之外的社会因素作为处理犯罪问题的依据。以分权原则衡量,这实际上等于是重新划分了司法与立法的权力版图:立法技术上以弹性罪状替代僵硬的叙明罪状、以相对确定法定刑替代绝对确定法定刑,可以看作是立法者有意将认定犯罪和量定刑罚的部分权力授予司法者,使其可以在法律授权的范围内追求一定的社会目的。

虽然刑事实证学派的观点可能会对罪刑法定原则产生冲击,但是它所产生的积极意义也是不容否定的,它使罪刑法定这一刚性原则得到软化——在当代罪刑法定原则下,刑法不仅在立法上容纳了某些灵活性因素,而且司法上的灵活性也得到一定程度的承认。在今天实行成文刑法典的国家,刑法的确定性虽则仍然被十分看重,但是人们也认识到,“大部分判决制作过程都有一个共同的重要特征,即涉及价值的选择,法官与常人无异,同样无法使自己与其所属的社会或团体中蕴含的价值型态隔离,而且很少有法官能用有意识的努力来保持公正或摒弃情感,以消除这类因素的影响”^[32] 且不说法官无法将自己变成“法律机器中无思想可言的齿轮”,即便是为了准确地适用法律,法官就不能全然回避一定的价值判断。所以在大陆法系,“法院并不是机械地适用一套完整的、不言自明的和先行存在的法律规则。相反,法典常常是不完整的,其间充斥着一般化的和模棱两可的词汇,从而为了能对诉讼当事人做出合适的法律上的处置,大量的司法创制行为成为必需。”^[33] 虽然大陆法系的法官奉法典为圭臬,但是他们在司法实践中从不缺少“暗渡陈仓”的灵活性,只不过,在“依法裁判”原则的约束下,他们往往把司法的创造性巧妙地掩盖在符合法律条文的表象之下。何况,相对确定法定刑以及规范性、概括性罪状的立法方式,本身即意味着承认法官在刑法适用过程中的裁量权力,这实际上等于在制度上否定了刑事司法的机械性质。不过,早期的刑事实证学派也并不认为法官可以随意修改法律,菲利指出:“司法机构的职责首先是遵循和适用成文法。因为我们一旦承认法官可以修改法律,那么就会失去所有的自由保证,个人的权力就成了无限的了。”^[34] 可见,刑事实证学派在强调一种实质理性的同时,依然承认和尊重法律形式理性的价值。

[29] 参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社 2004 年版,第 213 页、第 215 页。

[30] 参见宗建文:《刑法机制研究》,中国方正出版社 2000 年版,第 54 - 55 页。

[31] [意]恩里科·菲利:《犯罪社会学》,第 251 页。

[32] 刘文仕:《刑法类推与司法造法》,第 10 页。

[33] [美]马丁·夏皮罗:《法院:比较法上和政治学上的分析》,张生、李彤译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 218 页。

[34] [意]恩里科·菲利:《犯罪社会学》,第 251 页。

不过,由于形式主义的概念法学导致了一直在扩大的法的意义的空洞化,所以在19世纪下半叶和20世纪上半叶,客观解释理论一直占上风。人们想借助客观解释方法,重新给意义空洞、抽象的法律概念添加意义。^[35] 刑事实证学派就主张客观解释论,认为法律是社会的产物,法律解释必须符合实际的社会生活;刑事法官不能固守于“死”的法律条文,必须密切关注犯罪人性格及其相关社会因素的复杂性,进行能动的适用解释。在菲利看来,应当把法律的审判变成科学的审判。实证刑事诉讼制度要求法官精通人类学和犯罪社会学知识,要求法官作出的判决能够为根据罪犯的个性和犯罪特征矫正他们提供必要的参考。^[36] 与主观解释探求立法者的真实意思不同,客观解释把法律解释的目标设定在法律自己的意旨。法律解释的客观说认为,法律自颁布时起,便有它自己的意旨,法律解释的目标即在于探求这一个内在于法律的意旨。而所谓的法律意旨有时被具体地用像“满足人类生活上的需要”、“大家迫切的利益”、“能带来最好的结果”,或抽象地用像“法律的理性目的”等用语来描述。^[37] 因此,客观解释虽然可以使法律的适用追随社会生活变化所导致的法律客观意旨的变迁,但是为求得最平衡、最合目的的裁判或决定,客观说的拥护者常在法律当代的客观意旨的掩护下,依据所谓的法律情感来了解法律,这必然无法提供法的安定性与法律效果的可预测性。所以,客观解释所谓“法律自己的意旨”,最终不过是解释者基于各自不同的观点所作的偶然性决定。而且,由于法律的文字常是复义的,且是变动的,所以客观解释所坚持的文义解释标准并不具有保障法的安定性的优势。

作为对概念法学的反动,20世纪初在西方产生了“自由法学”思潮。“‘自由法’论所要证明的是,法律的力有未逮是所有的法律在面对生活事实的非理性时必然的宿命,也因此在很多情况下,单是解释而加以适用,只不过是种假象,从而决定的做出是、而且必然是依据具体的价值考量,而不是依据形式的规范。”^[38] 自由法学主张在法律有漏洞时,司法者可以自由地发现“活法”,即所谓的“自由法”。然而,法官到哪里去找“自由法”呢?那种法又从何而来呢?自由法论者只能将一切“应然的”变成“实然的”,法官的判决也就成为一个意志活动,一个决定。而这意味着,“自由法”在根本上指没有法律。^[39] 因此,自由法学最终只可能走向法律虚无主义。

受自由法学运动的影响,日本刑法学者牧野英一曾经一度提出了所谓“法律解释的无限性”,并认为“罪刑法定主义”与“类推制度”其实异曲同工。^[40] 在纳粹党执政时期的德国刑法、十月革命后的苏联刑法以及我国1979年《刑法》中,都规定了类推制度。这样的刑法思想和制度实践,实际从根本上否定了罪刑法定原则,使得刑事法治的基础彻底瓦解。但是,随着人们对人类法治观念的不断反思,自由法学“法律解释无限性”的主张并没有成为主流的见解,以类推制度否定罪刑法定原则的做法也没有成为历史潮流。今天,刑法的解释仍然普遍坚持严格解释原则,罪刑法定的形式侧面依然受到重视。即便是对犯罪构成要件的解释抱持实质解释论的学者,也并不否定形式理性的重要性。比如张明楷教授就曾经指

[35] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第164页。

[36] 参见[意]恩里科·菲利:《犯罪社会学》,第253页。

[37] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第268页。

[38] [德]马克斯·韦伯:《韦伯作品集 IX 法律社会学》,第326页。

[39] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,第164页。

[40] 参见鲁兰:《牧野英一刑法思想研究》,中国方正出版社1999年版,第47-68页。

出,罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面相互依存,缺少其中任何一个方面,都必然损害其他方面。虽然实质侧面是后来才产生的,但决不能因为它的产生而否认形式侧面。实质的解释论是为了将刑法规定的犯罪真正限定在具有严重的法益侵犯性的行为之内,其目的在于弥补法律的形式性所带来的缺陷,而不是否定法律的形式性。^[41]

虽然法律的形式性依然受到重视,但是随着人类法治思想的变迁和发展,现代法治国家的法律实践已经不再把遵从法律的形式要件作为一种牢不可破的信条,司法权通过“蚕食”的方式,逐渐在边缘地带扩大创造法律的版图。正如我国台湾地区法律学者林立指出的那样,法律体系中纳入道德或价值的尺度,是今日各国法治的通性,而这就允许了法官在司法中作更多价值立论的空间,也同样造成更多理性的价值论辩及不可避免的意见分歧。此外,世间新事态的层出不穷,也使法律漏洞的出现是不可避免的。面对上述问题,人类也试图在维护人权与安定性,但另一方面又要让司法能在解决新型态的纷争中,找出平衡的办法。^[42]这样,在法律制度的运作中,就应当具有一定的灵活性,这是实质理性的要求。法学的目的就是为通过显示人类制度如何回应实践理性的要求来解释人类的制度。所以,尽管在法律体系中,为了避免对话语的误解,存在对某个词进行概念规定的空间;但是为了专门提醒人类事务、关切和推理的复杂性,也存在着词汇探索的空间。^[43]实质的解释论就是建立在这一前提之上的。鉴于法律本身的局限性,现代法治国家并不将法律的形式要求作为僵死的教条,而总是力图通过某些实质性的方法,超越形式束缚所导致的弊端;于是,一些灵活性因素被引入法律制度之内,成为法律自我发展的内在动力。即使在形式化要求极高的刑法中,也不乏这样的灵活性因素,而实质刑法观也因此有了立论空间。

但不容否认的是,虽然在民法范畴内,司法造法不仅是一种理论,而且也被实务上广泛运用。在刑法领域内,由于受到罪刑法定主义的限制,司法造法却仍然受到严格的限制。民法中基本原则具有扩张机能,一切民法条文都是基本原则的具体化,在没有明文规定的情况下,法官可以根据民法基本原则处理案件;因此,民法基本原则具有拾遗补漏的作用,它们为法官自由裁量提供了基本准则。^[44]而在刑法领域内,情况则完全不同,作为刑法基本原则的罪刑法定原则恰恰具有限制机能。因此,如果说民法是相对开放的规则体系,那么刑法就是一个向相对封闭的规则体系。这意味着,即使刑事法官的能动性已经被认可,其自由度或许也并非如实质刑法观所期望的那么大,也就是说,并非在任何情况下我们都可以寄希望于法官能够通过实质解释来克服形式解释可能导致的不合理。因为在某些情况下,坚持形式标准可能比修正不合理的解释结果更加重要。比如张明楷教授所举的强制猥亵男性的例

[41] 参见张明楷:《刑法的基本立场》,第120-126页。

[42] 参见林立:《论“法律原则”的可争议性及为“柔性的法价值秩序”辩护》,《清华法学》第一卷(2002年)第1期,清华大学出版社2003年版,第107页。

[43] 参见[美]约翰·菲尼斯:《自然法与自然权利》,董娇娇、杨奕、梁晓晖译,中国政法大学出版社2005年版,第212页。

[44] 大陆法系民法中的基本原则是诚实信用与公序良俗,民法基本原则所用的概念具有“空筐结构”的特征,可以作不同的理解。而立法者未以权威的方式确定其法律意义上的理解,对之加以解释,就自然地成为法官的工作。通过基本原则这种并非明示的方式,立法者就把根据新的时代精神的需要补充和发展法律的任务留给了法官,法官将社会发展产生的新的要求,以解释的形式补充于那些抽象的空筐结构中,完成使法律追随时代发展的使命。因此,民法基本原则的不确定性和衡平性规定的性质,具有授权法官进行创造性司法的作用,民法基本原则中的法律补充原则,更是直接授予司法机关在一定范围内创立补充规则的权力。通过这些途径,民法基本原则负起克服法律规定的有限性与社会关系无限性的矛盾、法律相对稳定性与社会生活的变动不居性的矛盾、法律的正义性与法律的具体规定在特殊情况下适用的非正义性的矛盾的作用。参见徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1992年版,第18、30页。

子,因刑法没有将强制猥亵男性的行为规定为强制猥亵罪,倘若要强制猥亵男性的行为认定为强制猥亵罪,就必须将《刑法》第 237 条中的“妇女”修改为“他人”,而不可能通过解释把该行为纳入该条的规制范围。^[45]类似的情况还有强奸男性的行为,显然也不可解释将其纳入《刑法》第 236 条强奸罪的规制范围,因为该条明文规定的被害对象是“妇女”、“幼女”,无论如何解释,都不可把男性解释到该罪的被害对象中来;亦即,即便进行实质解释,也不能认为第 236 条所保护的法益包含了男性的性权利,如果要用《刑法》第 236 条来对男性性权利实现同等保护,就不是在解释刑法,而是在类推适用刑法。在此情况下,恐怕没有谁会主张为了实现实质正义,允许以拆毁刑法的形式理性为代价。由此可见,尽管实质解释论的目的在于克服刑法的形式性缺陷,但它却并不能克服刑法所有的形式性缺陷。

这里,就涉及一个重要的问题:对于刑法的形式性缺陷,可以在何种程度上通过“实质解释”来加以克服?对这一问题的回答,实际上就要解决刑法实践中“形式”与“实质”的关系问题。我们也可以将此问题置换成另一个问题:刑法的确定性应当(或可以)在多大程度上被维护?或者,刑法的灵活性应当(或可以)在多大程度上被追求?对这些问题的思考,显然需要在形式理性与实质理性之间进行合理的沟通,因为从实践的角度来看,基于社会生活的复杂性,在法律适用过程中,妥当的判决结果既不是单纯地依赖于形式理性,也不是单纯地依赖于实质理性。刑事司法的真实状况或许既不符合形式刑法观的理论假设,也不符合实质刑法观的学术想象,而毋宁是一种中庸之道。

三 实践刑法观:建构适应性

美国当代哲学家福格林说,作为理性动物,人类却常常把信念建立在各种虚幻事物的基础上,这种非理性能力,也只有我们人类拥有。不受束缚的理性会迫使我们进入两个相反的方向之一:其一是形而上学的方向,其二是激烈的怀疑主义或相对主义。令人惊讶的是,这两个相反的趋向,尽管在表面上似乎处于两极,但通常它们却共享一个潜在的命题,这个命题是“非此即彼”的:要么 A,要么 B。我们总是面临在这两种情形之间进行选择:一面是次序、统一和必然结局;另一面是无序、多元和捉摸不定。在特定情况下,这些根本性的选择迫使我们不得不去面对。它们既重要又无可回避。当我们从日常事务中抽身,进入一个特定的领域,比如哲学思维中时,这一情况就无可回避地出现了。^[46]我想说的是,当我们进入法律领域的思考时,同样无可回避地面临这一选择。只不过,与哲学那样的纯思维领域不同,法律是一个实践领域,所以人们在面临上述选择时,一般不会固守在任何一个极端状态,而总是游移在两极之间。于是,法学的思维虽然也时常出现两极化的对立,法律实践却总是取向于“中道”,这种表面上的“无立场”看似任意,其实是一种更高的理性在起作用。

法律领域是一个实践领域,所以,法律的体系不仅仅是一个知识体系,它同时也是一种实践智慧,法律的理性基础已经不再是单纯的知识理性,而是实践理性。在法哲学上,“实践理性”通常指的是在各种各样的行为理由(尤其是规范)之下,人类实施有目的的行为的

[45] 张明楷:《实质解释的再提倡》。

[46] 参见[美]罗伯特·福格林:《行走在理性的钢丝上——理性动物的不确定生活》,陈蓉霞译,新星出版社 2007 年版,第 1 页以下。

能力。^[47] 马克思的实践哲学将人类的活动理解为合规律性与合目的性的统一,而法律的运作也必然如此。就立法活动而言,它就是要遵循人们实践的逻辑,将生活中体现的合理性价值的规则提炼为法律规则,并且遵循了法律的可操作性规则;同时,法律之中也必然渗透着立法者的意志。在司法活动中,法官既遵循人们在亿万次的实践中形成的逻辑的格式,同时也表达法官的主体性目的。也就是说,法律的实践必然同时包含着客观规律性和人的主体性参与。客观规律性使实践活动具有确定性、统一性、稳定性以及必然性,而主体参与则使实践活动具有价值性、灵活性、理想性以及拓展性等。所以在实践的场合,无论是法律的确定性还是灵活性,都不具有绝对的价值,法律实践只能在确定性与灵活性之间寻求结果的正义。在实践法学的思维观念中,法律的确定性和灵活性并不是相互矛盾的,而是相辅相成的。法律实践者所追求的既不是单纯的确定性,也不是单纯的灵活性,而是一种合理性。这种合理性体现了一种辩证的思维方式,它就是要在确定性和灵活性之间找到恰当的结合点。^[48] 这也同时意味着,法律的理性化既不是完全的形式理性化,也不是纯粹的实质理性化,而是由形式理性与实质理性共同铸造的。

在法哲学的视野中,法律理性的演变逻辑主要表现为:从自然法时期的实质理性,到实在法规范时期的形式理性,再到法律多元主义时期的整合的实质理性与形式理性。^[49] 在当代法律多元主义的理性化的法律制度中,形式合理性是形式化了的实质合理性,两者在多数情况下是可以或可能相容的,此时,两者的对立仅仅是分析性工具之间的“视角”分立关系;只是在少数情况下,两者才呈现出不能相容的排斥关系。因此,与其说形式合理性是一种与实质合理不同的合理性,毋宁说它是实质合理性的一种特殊存在形态。因此,法律制度的形式合理化,也就意味着把实质合理性尽可能地转化为可计量的形式合理性体系,并借助于这个体系来实现实质合理性的要求。^[50] 法律的形式合理性与实质合理性之间的关系,蕴含在司法权的行使方式之中,透过不同的司法观念,我们可以看到人们对于这一问题的不同看法。

对司法权行使方式的理性探讨,产生了“司法克制主义”与“司法能动主义”两种不同的观念。大致说来,刑事古典学派对待司法权的态度是司法克制主义的,而刑事实证学派对待司法权的态度则属于司法能动主义的。司法能动或司法克制是法官在进行自由裁量时享有多大自由或者受到多大限制的程度问题。司法能动主义的维护者强调的是法官要“实现正义”的使命,从而倾向于轻视对司法权的限制;而倡导司法克制的人则倾向于强调在民主国家中司法权的有限性,并试图通过各种方式对法官的自由裁量权进行限制。^[51] 司法克制的极端化的后果就是司法机械主义,刑事古典学派坚持绝对罪刑法定、完全排斥法官裁量权的主张是其表现;司法能动的极端化则会导致法律虚无主义,在刑法领域也就是对罪刑法定原则的否定。

不过,如同三段论逻辑推理式的法律适用方式从来都没有成为一种制度现实一样,极端

[47] 参见[美]史蒂文·J.伯顿:《作为实践理性的法律》,陈锐编译:《作为实践理性的法律——约瑟夫·拉兹的法哲学思想》,清华大学出版社2011年版,第1页。

[48] 参见武建敏:《司法理论与司法模式》,华夏出版社2006年版,第3页以下。

[49] 参见宋功德:《法哲学视野中的法律理性》,《法制与社会发展》2000年第6期。

[50] 参见郑成良:《论法律形式合理性的十个问题》。

[51] 参见[美]克里斯托弗·沃尔夫:《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁?》,黄金荣译,中国政法大学出版社2004年版,第2-3页。

的司法能动也从来没有成为一种主流的观点。今天,人类思想的进步已经让人们超越了以截然对立的两极化观点来处理人类事务的阶段,尤其是在法律领域,中庸平和的观念往往更符合我们所处的现实情境。在对刑事古典学派的思想进行反思的时候,李斯特就曾说:“科学是不能妥协的,但是立法是可以妥协的。”^[52]其实,不仅立法是妥协的结果,人类法律思想的进步与成长,也始终都是智慧与智慧相互交锋、相互吸纳的结果;司法实践中,自然也不乏在各种交错利益之间的妥协。所以,无论是司法克制主义,还是司法能动主义,都并不代表最为极端(司法机械主义或者法律虚无主义)的那种情形。正如美国学者沃尔夫指出的那样,“能动”和“克制”不能简单地归结为这样一种观点,即奉行能动主义的法官就是在“立法”,而崇尚克制主义的法官就仅仅是在“解释法律”。最简单地讲,司法能动主义的基本宗旨就是,法官应该审判案件,而不是回避案件,并且要广泛地利用他们的权力,尤其是通过扩大平等和个人自由的手段去促进公平——即保护人的尊严。^[53]可见,“克制”与“能动”并无本质上的不同,它们仅仅意味着在对待司法权的态度上,是主张给法官的自由裁量权更多一些还是更少一些。实际上,无论“克制”还是“能动”,法官都是一方面需要服从实在法,另一方他也对公正负有义务。而在遵守实在法和实现公正之间,有时可能是相互冲突的,这便是法律的形式理性与实质理性之间的对立。

这里涉及到一个重要的问题,即法官是否有权利抵制违背自然法的法律,根据实质正义的要求对案件作出正面判决?根据前面的讨论我们可以得出结论,我们面临的真正问题并非是否承认司法的能动性,而是能动性的限度如何掌握。即便是在刑法领域,罪刑法定原则虽然要求刑法具有更高的确定性,一定的司法能动也是实现正义所必需的。比如,“通过扩大解释,将被害人解释为证人,将被害人陈述解释为证人证言”,从而将暴力逼取被害人陈述的行为解释为《刑法》第247条的“逼取证人证言罪”,既不违法罪刑法定原则,还可以严密法网,避免源自法律观念的所谓“漏洞”。^[54]但是,对于刑法条文的含混之处,是否都可以通过扩大解释来避免漏洞,则是需要认真考虑的,因为只要还坚持罪刑法定原则,实质解释就一定有其限度存在。所以,如何解决法律的形式与实质之间的矛盾,是法律实践必须面对的问题。

形式法律观的倡导者认为,由于法治首先表现为一系列的形式要求,所以实质合理性一旦被转化为形式合理性,这种形式合理性就应当得到尊重。^[55]也就是说,形式法律观并不反对实质合理性,它只是主张形式合理性的优先性。但是,由于法律制度的形式合理化难以达到完美的程度,被转化为形式合理性的实质合理性必然是不很充分的;所以,在司法过程中,形式合理性优先也就难免会出现例外的情况,在少数例外的情况下,实质合理性会成为处理个案时优先被考虑的因素。这种例外的情况可分为两大类:^[56]

一类是与法律的确定性相联系的例外。在某些特殊的场合,对一个待决案件应当如何裁判,法律上的规定可能相当明确,因而,严格地把法律的一般规则适用于个案的要件事实,

[52] 转引自王建今:《刑法理论的进化与社会进化》,蔡墩铭主编:《刑法总则论文选辑》(上),(台湾)五南图书出版公司1984年版,第64页。

[53] 参见[美]克里斯托弗·沃尔夫:《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁?》,第3页。

[54] 对于《刑法》第247条,形式解释论者可能会认为存在法律漏洞,暴力逼取被害人陈述的行为不能纳入该条治罪,而实质解释论者倾向于认为该条并不存在漏洞。参见张明楷:《实质解释的再提倡》。

[55] 参见陈兴良:《刑事法论》,中国人民大学出版社2007年版,第6页。

[56] 参见郑成良:《论法律形式合理性的十个问题》。

就完全可以得出十分确定的处理结论,但是,如果按照形式合理性的要求来处理“本案”的话,就可能导致一个严重的后果,即个案结果的实质合理性被过度牺牲。此时,就可能发生司法者用实质合理性来排斥形式合理性的例外情况。

另一类是与法律的不确定性相联系的例外,又可分为两种情况:第一种情况是对那些“边缘案件”的处理。在边缘案件出现时,由于法律因形式合理化程度所限,并未提供足够的确定性,此时,司法者就会根据实质合理性的要求来作出衡量,通过探求法律的目的和原则来决定如何解决个案。第二种情况是适用带有自由裁量幅度的法律规则来处理案件。刑事司法中的量刑就属于此种情况的典型事例,在这里,法律同样因形式合理化程度所限而不能提供足够的确定性,因此,司法者也就同样不得求助于实质合理性的指引来解决问题。无论是在处理边缘案件时,还是在行使自由裁量权的情况下,它们都不是为了实质合理性而放弃形式合理性,而是在法律形式合理性呈现出“开放结构”的特点时,在“空缺地带”之处用实质合理性来进行填充。如果一个法律制度能够做到类似案件类似处理,使先前的判例或案例对后来的个案处理具有某种约束力或指导力,那么,这种填充就会起到把实质合理性进一步转化为形式合理性的作用,从而使法律制度的形式合理化和确定性一点一滴、集腋成裘式地得到增强。

形式合理性优先的例外意味着有必要将某种灵活性植入法律制度(立法和司法)中,也就是在形式合理性不能达致合理的结果时,转而寻求实质合理性,以克服法律的确定性所带来的某些缺憾,同时避免法律的不确定性可能导致的不良后果。当然,在任何情况下,灵活性都必须是为了追求正义,而且并不为了追求正义而完全以实质理性取代形式理性。虽然法治国原则所包含的权力分立原则要求,司法裁判应尊重立法者的规范制定特权;然而,假使立法者未发挥其功能,而司法权如果不自己发现规则,将产生完全不能符合最低限度的法安定性及正义的要求之状态时,则分权原则亦不完全禁止司法权去寻求规则,事实上它也经常这样做。^[57] 因为法律上的任何制度设计,都应当服务于“正义”这一法理念,司法上的“寻法活动”及其规则亦复如是。由此,法官的法律发现活动并非毫无拘束。

就此,德国法学家科殷认为,如果法官有权利追求实质正义的话,那么它应该接受以下三条原则的限制:(1)只要有某种可能,法官就必须力争做到让公正和实在法有某种结合。也就是说,在他拒绝服从一条实在法准则之前,他必须审视一下,该准则在某一正义的观点下是否占得住脚,哪怕立法者并未援引这种观点。(2)只有当法律与可认识的正义原则处于明显对立之时,尤其是如果法律是产生于随心所欲的观点,法官才拒绝服从法律。由于正义具有诸多层次和各种不同的可能方面,而且立法者对于法律仍然拥有自由决定的广阔的回旋余地,所以只有在最极端的个案里,背弃实在法才是可能的。(3)法官必须局限在他所面临的个案上。根据法的原则,公正判决是他的义务。这种义务同时也是在出现实在法的实质不公正时法官抵抗实在法的义不容辞的基础。当然,即使有这些原则的限制,也不可能完全排除法官在个案中的个人决定因素,法律也不会因此而变成数学。因为任何实在法都有漏洞,而正义的原则仅仅提供一些基本的出发点。面对具体的个案,永远也不可能放弃个人所感受到的活生生的声音;这种声音是永远不可能被排除的。^[58] 同时,当上述三条原

[57] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第254页。

[58] 参见[德]H.科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2003年版,第185页。

则运用于刑事审判中时,还必须得到某种修正:刑事法官在追求个案中的实质正义时,必须首先着眼于个人自由与权利的保障。也就是说,刑事法官不能为了保护社会的目的而背离刑法的规定,比如司法者不能仅以某一行为的社会危害性作为处罚理由,因为此种情况下,通常意味着由法官代替立法者设立法益保护的法律标准,这会损害刑法的安全价值。所以,在刑事司法中,法官的能动性主要应局限于“在法律授权的范围内追求个案公正”,在法律欠缺明确的标准时,则应从有利于被告人的角度来行使裁量权。在刑事司法领域,虽然也允许存在一定的灵活性,但是与其他法律领域相比,司法能动在此是受到最严格限制的,法官的“自由”也必须接受罪刑法定原则的统领——既要满足其“法定”的形式要求,也要符合其“保障人权”的实质要求。

在罪刑擅断的时代,法律对犯罪的规定常常不具有实质合理性,而对刑罚的规定也欠缺一定的形式合理性,法律的内容是捉摸不定的,司法者享有动用刑罚的广泛自由。这样的刑法在本质上是非理性的,是没有确定性可言的。在绝对罪刑法定主义观念下,刑法的确定性则被夸大到了极致,刑法适用不能有任何的灵活性。这两种情况实际上都是割裂了形式理性与实质理性的联系,其后果就是消解了实践理性对于实践领域所起的决定性的作用。“实践理性告诉我们的是把握善的原理”,^[59]所以,实践理性对法律的要求必然同时包含着形式理性与实质理性。没有实质理性的法律不可能是“善”的,而没有形式理性的法律则无法实现普遍的“善”。要维系一个正义的社会,最重要的是建立一个正义的大环境。在这个环境中,有畅通的信息渠道,一切事务,包括法院的判决,都可诉诸大众理性的批评及讨论,亦有势均力敌的各种政治力量,在公平的游戏规则下相互监督制衡。法律在这样的环境中,将能为追求正确的道德价值而不断被审慎对待、操作、修改。虽然我们不奢望“唯一正解”那样的确定性,但这种柔性的法价值秩序,将是我们可以得到的唯一可能的最好之法秩序。^[60]所以,在经历了对罪刑擅断的深刻批判和对绝对罪刑法定主义的理性反思之后,当代的刑法观念已经不再将罪刑法定原则仅仅看成一项刻板的形式性原则,而是更加注重其“保障人权”的实质内容,在此观念之下,刑法的形式要求不再具有绝对性:如果刑法的某些形式要求有可能导致某种不合理的结果,从而不适当地侵犯公民个人的权利时,就需要引入实质的判断标准,对“形式”予以超越。而且,也正是为了减少刑法规范体系的形式化所可能带来的局限,立法者在制定刑法的时候,也会设置相当的灵活性机制(如特别条款、概括性规定、兜底条款等),借助于法律的灵活性机制,法官可以在一定范围内根据案件的具体情节做出合理的判决。现代刑法制度所表现出来的这种“确定”与“灵活”的双重特征,一方面是要通过刑法的形式要件防止法官的恣意,另一方面也承认立法的局限性,为法官追求个案公正提供制度支持。这是形式法治与实质法治相统一的表现。

从西方法治观念的变迁看,19世纪的法治观念基本上是形式的,进入20世纪之后,人们开始强调法治的实质概念。^[61]随着人们对法治问题思考的逐步深入,今天,形式的法治概念和实质的法治概念已经被统一到一个整体的法治概念中,所以在法律实践中,人们总是试图避免两个极端的观点:一个极端是将法律看成是固定的和一成不变的,法官的判决也只

[59] 参见龚群:《生命与实践理性》,中国社会科学出版社2004年版,第139页。

[60] 参见林立:《论‘法律原则’的可争议性及为‘柔性的法价值秩序’辩护》,第108页。

[61] 参见[瑞士]丽蒂娅·芭斯塔·弗莱纳:《法治在西方主要法律传统中的历史发展》,葛明珍译,夏勇、李林、[瑞士]丽蒂娅·芭斯塔·弗莱纳主编:《法治与21世纪》,中国社会科学文献出版社2004年版,第12-19页。

是对法律的发现过程,在任何时候它都不是一个创造的过程。另一个极端是,将法律等同于一系列孤立的判决,从而将普遍性淹没于特殊事例之中,原则被废黜了,特例被吹捧为至高无上。卡多佐认为,关于法律的真实概念,存在于这两个极端之间,即:法律作为一系列规则、原则和准则,为了某个目的,在适用于新的事物组合过程中,不断地被分门别类、被挑选、被铸造、被修改。在一个不断试错的过程中,判决形成了。在一个不断试错的过程中,决定了谁将获得再生产的权利。^[62]因此,法律总是在确定性与灵活性之间,开辟着自身成长的道路,并在实践理性的指引下,不断地满足变化着的社会生活的需要。

如果说形式理性所寻求的是法的确定性、实质理性所寻求的是法的灵活性,那么实践理性所寻求的则是法的“适应性”。在本文的语境中,法律的“适应性”是指,在一定的法律观念的支配下,通过各种法律(立法的和司法的)技术和方法的综合运用,法律在其运行过程中所具有的,能够使各种法律价值得到合理平衡、使法律的目的得到最大实现的一种内在机制。^[63]具有适应性品格的法律,既塑造着规范本质所要求的确定性,又提供了价值考量所期待的灵活性,因而它能够通过自身的内部机制满足社会生活动态、复杂、多样化的需要,具有强大的社会功能。就此而言,“适应性”是一个确定性与灵活性相统一的概念,它既表达着对规范的遵从,又表达着对实质正义的追求;既意味着对一定的形式原则的坚持,又意味着在一定条件下对形式的超越。具有适应性品格的刑法,应当注重对具体犯罪行为更加公正的评价,而不是满足于有一套关于什么是犯罪的“明文规定”,并将其变为一种僵死的教条。因为,“行为的刑事违法性必须事先加以规定”这一原则与“刑罚应当与行为人的过错相适应”的罪责原则之间似乎存在矛盾:法定的事实构成只能对犯罪行为进行类型化的描述,然而每个案件中行为人的过错情况却有所不同。这反映了亚里士多德曾经描述过的刑法上的一般规则和个别正义之间的二律背反。为了解决这个矛盾,现代的立法者通过在许多刑法规范中为法官留下自由裁量确定具体刑罚的空间,试图实现这两个原则在某种程度上的相互协调,^[64]刑法制度因而具有了一定的“适应性”品格。

具有适应性品格的法律,决不应是僵化的,它在维护法制稳定性及确定性的同时,也必然会追求灵活性的价值,以便实现个案中的正义要求。因此,我把“适应性”看成是法律的一种自我调适、自我发展的机制,即便是罪刑法定原则,也并不拒绝刑法在其制度内部拥有这样一个机制。在实践法学的思维中,法律的确定性和灵活性并不是矛盾的,法律所追求的既不是单纯的确定性,也不是单纯的灵活性,而是一种合理性。这种合理性体现了一种辩证的思维方式,它就是要在确定性和灵活性之间找到恰当的结合点。^[65]因此我们可以说,刑法之适应性是一个与实践理性相一致的概念。

四 余论:以“适应性”理论检视两种刑法观

在经历了一段不算太短的思想之旅之后,再来考察两种刑法观的基本立场及其分歧所

[62] 参见[美]本杰明·N.卡多佐:《法律的成长 法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第32页。

[63] 关于法律(刑法)的“适应性”,笔者已有多篇论文讨论。参见周少华:《适应性:变动社会的法律命题》,《法制与社会发展》2010年第6期;《刑法之适应性及其法治意义》,《法学》2009年第4期;《法律之道:在确定性与灵活性之间》,《法律科学》2011年第4期。

[64] 参见[德]莱因荷德·齐柏里乌斯:《法学导论》,金振豹译,中国政法大学出版社2007年版,第191页。

[65] 参见武建敏:《司法理论与司法模式》,华夏出版社2006年版,第8页。

在,我们会发现,形式刑法观和实质刑法观所争论的核心问题就是在刑法领域如何处理形式理性与实质理性之间的关系,或者说,当形式理性与实质理性发生冲突的时候作何选择的问题。

形式刑法观的倡导者认为,在司法活动中,是否坚守形式理性,是法治与人治的分水岭。因此,刑事司法应当更重视形式理性,当实质合理性与形式合理性发生冲突的时候,应当选择形式合理性而放弃实质合理性;尤其是,不能以行为的社会危害性作为犯罪评价的标准。^[66]形式刑法观认为,在罪刑法定原则下,犯罪的形式概念更具合理性,犯罪构成的形式判断应当优于实质判断,对于刑法的解释,自然也应当坚持形式解释论。尤其是在法治规则意识尚未完全确立的中国当下社会,更应大力弘扬规则功利主义,对刑法的实质解释保持足够的警惕。^[67]

与形式刑法观相对,实质刑法观的主张者则不完全排斥刑法实践中的实质合理性,其不但认为社会危害性理论有其合理之处,而且为包含实质判断的混合犯罪概念进行了有力的辩护。^[68]对于构成要件的解释,实质刑法观提倡实质的解释论,主张以犯罪的本质为指导解释构成要件,不仅使各个构成要件说明和反映犯罪的本质,而且使犯罪构成的整体所反映的社会危害性达到应当追究刑事责任的程度。^[69]

如果仅仅看各自的学术标签,我们或许会对形式刑法观和实质刑法观产生共同的误解。然而,当我们考察了他们的论辩过程之后,就会发现,两种刑法观之间的差异远非我们想象的那样大。至少,形式理性与实质理性乃是两种刑法观所共享的思想资源,并非像我们想象的那样,实质刑法观就不讲形式、形式刑法观就只有形式。只不过,二者对其共享的两种思想资源的利用转化及其关系的处理上存在差异,这种差异主要表现在:

就形式刑法观而言,其并不否定实质合理性的价值,它只是主张,“必须建立起形式判断优先于实质判断的理念,使实质判断只有出罪功能而无入罪功能”。^[70]在形式刑法观看来,实质理性是一种先在于、自在于法律的价值内容,立法应当在法律规范中贯彻这种实质理性。当法律规范确认了这种实质理性的时候,它就转化为形式理性。实质理性一旦转化为形式理性,就应当坚守这种形式理性,因此,司法所实现的是一种形式理性。^[71]可见,形式法律观虽然并非完全忽视对实质正义的追求,但是它却相信,实质正义已经被立法者纳入到法律体系的架构之内了,对法律形式的遵从自然而然就能够达到对实质正义的实现。所以,更推崇形式理性的形式法律观主张严格维护法律的确定性,通过对法逻辑的遵从来满足实质正义的要求。然而,形式法律观自己也会不无遗憾地发现,由于形式主义的法逻辑的特性所决定,对法律形式要求的坚守使得实质理性必然有所丧失,但其仍然认为,“这种丧失是应当付出的,是实行法治的代价”。^[72]

与形式刑法观相映成趣的是,实质刑法观明确否认自己不讲形式,张明楷教授即认为,

[66] 陈兴良:《刑事法论》,第1-10页。

[67] 陈兴良:《形式与实质的关系:刑法学的反思性检讨》;陈兴良:《形式解释论的再宣示》;陈兴良:《形式解释论与实质解释论:事实与理念之展开》,《法制与社会发展》2011年第2期。

[68] 参见刘艳红:《实质刑法观》,第127页以下。

[69] 参见张明楷:《刑法的基本立场》,第110页以下;张明楷:《实质解释的再提倡》。

[70] 陈兴良:《形式与实质的关系:刑法学的反思性检讨》。

[71] 陈兴良:《刑事法论》,第4-7页。

[72] 陈兴良:《刑事法论》,第7页。

他并非简单地反对形式的解释,他反对的只是“在任何场合单纯由形式的解释起决定作用”。^[73]同样坚持实质刑法观的刘艳红教授甚至明确表达了在“包容性的刑事法治国”概念下“确立形式的刑事法治国优位原则”的主张。她所理解的实质刑法观仅仅是:刑法学当然是可以考量目的的可阐释性法学,它允许法官在适用的过程中进行一定的裁量解释。解释以形式的刑法规范为前提,以社会危害性理论与实质正义为根据,对刑法规范进行实质的解释,通过对刑法实质合理性的实现,最终实现形式的刑事法治国所追求的法律的安定性和形式正义以及社会安全等根本目标。^[74]此番论述,或许可以澄清人们关于“实质刑法观不讲形式”的误解,然而,这样的实质刑法观与形式刑法观之间的理论分野究竟何在,似乎仍然有待于进一步的讨论。

在各自“亮剑”的同时,形式刑法观与实质刑法观当然会涉及对对方立场的批判。比如面对可能的误解,坚持形式刑法观的陈兴良教授就指出,他“并不反对实质判断,更不反对通过处罚必要性的实质判断,将那些缺乏处罚必要性的行为予以出罪”。在论及刑法的形式解释论与实质解释论之间的区别时,陈兴良教授指出,“形式解释论与实质解释论的根本区分仅仅在于:在对刑法进行解释的时候,是否先进行形式判断,然后再进行实质判断。换言之,在形式判断与实质解释判断之间形成逻辑上的位阶关系。尤其是在刑法没有所谓的形式规定的情况下,能否通过实质解释将其入罪?”^[75]

面对这样的质询,当实质刑法观也承认“形式的刑事法治国优位原则”的时候,形式刑法观所射来的利箭就被轻轻挡在了一边;同时,实质刑法观自身也开始面临一个严峻的问题:如果承认形式优先,那么这样的实质刑法观与形式刑法观的边界又在哪里呢?即便如张明楷教授主张的实质解释论那样,认为刑法的解释与适用“既不是绝对的形式优先,也不是绝对的实质优先,而是取决于冲突的内容”,^[76]两种刑法观之间还是会在某些问题上“殊途同归”或者“所见略同”,这可能是双方都始料未及的。比如,当形式刑法观质疑实质解释论“可能将刑法没有形式规定的行为通过实质解释入罪”的时候,实质解释论的回答是:“在行为不能被构成要件的表述所包含(不处于刑法用语可能具有的含义内)时,当然形式优于实质,即不得违反罪刑法定原则;在构成要件的表述包含了不值得科处刑罚的行为时,当然实质优于形式,即不得处罚不当罚的行为。”^[77]也就是说,实质解释并非不顾及刑法的形式标准,“当行为不具有形式的违法性时,应以形式的违法性为根据将其排除在犯罪之外;当行为不具有实质的违法性时,应以实质的违法性为根据将其排除在犯罪之外。于是,任何犯罪都是同时具有形式违法性与实质违法性的行为;对犯罪的处罚也便同时具有形式的合理性与实质的合理性。”^[78]由此可以看出,张明楷教授认为,他所坚持的实质解释论乃是“形式之内的实质”,其解释必然是能够被“构成要件的表述包含”的,因此并不存在“可能将刑法没有形式规定的行为通过实质解释入罪”的危险。

由于坚持形式合理性必然导出“恶法亦法”的结论,^[79]为了避免由此带来的恶果,形式

[73] 张明楷:《实质解释的再提倡》。

[74] 参见刘艳红:《实质刑法观》,第108-114页。

[75] 陈兴良:《形式解释论的再宣示》。

[76] 张明楷:《实质解释的再提倡》。

[77] 张明楷:《实质解释的再提倡》。

[78] 张明楷:《刑法的基本立场》。

[79] 刘艳红:《实质刑法观》。

刑法观也不得不在某种程度上接受实质解释存在的余地,当行为虽具有形式违法性但缺乏处罚必要性时,形式解释论者也主张可以通过实质解释出人之罪,不过“实质判断只有出罪功能而无入罪功能”。^[80]在此,形式解释论采取的是“有利于被告”的论证思路,因此,它也主张在刑法领域允许有利于被告的类推,而类推在本质上乃是一种彻底的实质解释。在这一点上,实质解释论者的主张则是,当某种行为并不处于刑法用语的核心含义之内,但具有处罚的必要性与合理性时,可以对刑法用语作扩大解释,确切地说,可以作出不利于被告人的扩大解释,从而实现处罚的妥当性。但是,这种扩大解释“是以遵循罪刑法定原则为前提的”,并未超越法律的形式要求。^[81]

至此,我们可以清楚地看出,无论是形式刑法观,还是实质刑法观,它们所坚持的其实都是“形式与实质相统一”的思维标准。只不过,它们各自对“形式”或“实质”的判断标准有所不同,对二者如何“统一”各有说辞。于是,将真正的军警人员显示其军警人员身份进行抢劫的行为解释成《刑法》第263条的“冒充军警人员抢劫”法定加重处罚事由,在形式解释论看来已经超越了刑法的明文规定,而在实质解释论看来却并没有违法罪刑法定原则,依然具有形式的合理性。而相应地,形式解释论者所提供的某些解释范例,又被实质解释论者认定为在搞实质解释。这样,就出现了一个有趣的现象:形式解释论和实质解释论都在用对方的立场来为自己的立场辩护,前者为了消除自身的理论困境而认可用实质解释来避免“恶法”的“恶果”(处罚不当罚行为),后者为了自我防卫也坚称自己守住了形式的底线。

由于二者对“明文规定”(形式)的判定标准不同,所以,形式解释论与实质解释论之间的论争,依然是一个论辩未明的问题。但是,至少有一点可以肯定,那就是:形式刑法观并非摒弃了实质理性,实质刑法观也并非不受形式理性支配,于是在二者的论辩过程中,双方都不自觉地将自己的论辩导向实践理性——当形式解释论认为实质解释的出罪功能具有合理性、应当允许有利于被告的类推的时候,当实质解释论坚称自己的解释并未超越“构成要件的表述”的时候,作为两种刑法观学术标签的“形式”或“实质”就开始变得模糊起来,二者之间是否真的存在不可逾越的鸿沟,也开始让人心生疑问。而我们所能得到的解释是,无论是形式刑法观,还是实质刑法观,其实都是在形式理性与实质理性的交织下展开的。比如,“将刑法没有形式规定的行为通过解释入罪”不仅是形式解释论所坚决反对的,其实也是实质刑法观所不认可的。可以说,为形式理性所看重的法律的确定性,于实质刑法观而言,也是重要的价值追求;同时,为实质理性所倡导的法律的灵活性价值,形式刑法观也并非全然不为所动。

行文至此,本文的目标已经基本达成。我们可以看到,两种刑法观,都试图对“确定性”与“灵活性”两种法律价值进行调和。而确定性与灵活性的统一,正是笔者所提出的“法律的适应性”概念所包含的内容;因此,如果说形式理性致力于寻求法律的确定性,实质理性渴求于彰显法律的灵活性,那么,实践理性则倾心于构建法律的适应性。实际上,在人类的法律制度中,普遍存在着一个应对社会生活复杂性和变化可能的适应性机制,这种适应性机制是使法律具有持久生命力的内在原因。^[82]而刑法之适应性问题,在理论上,就是指刑法

[80] 陈兴良:《形式与实质的关系:刑法学的反思性检讨》。

[81] 张明楷:《实质解释的再提倡》。

[82] 参见周少华:《法律之道:在确定性与灵活性之间》。

的“确定性”与“灵活性”或者说“形式”与“实质”的辩证关系问题；在实践上，则是指相对固定、简单和有限的刑法规范如何满足纷繁复杂、变动不居的社会生活需要的问题。这实际上也正是形式刑法观和实质刑法观所论争的根本问题。而当两种刑法观各自的学术标签被我们真切观察之后，我们可以发现，“适应性”理论似乎能够解释它们共同的努力与贡献。当然，如何协调法律的确定性与灵活性，如何处理刑法适用中“形式”与“实质”的关系，还需要加以特别的说明，但那已经超出了本文的研究范围，且容笔者在另一项学术作业中再作交代。

最后，借用马克斯·韦伯的一段论述，来作为本文的一个总结：“任何一种形式的法思考皆具其逻辑的固有法则性，另一方面，利害关系者们的协同合意与法律上的重要行为，乃是以经济的效果为目标、以经济的期待为取向，这两方面的不一致，产生了不可避免的冲突。……除非完全放弃法律家内在固有的形式性格，否则法律家们的法，决不会与上述那种期待全然合致，而且从来也没有合致过。”^[83]所以，当形式刑法观的主张者希望通过“规则功利主义”来培育中国社会的法治规则意识时，法律实践或许并不会为这个美好理想而改变自身的运作逻辑；因为法律实践并不以“主义”为导向，而只以“问题”为归依——只要是以“规则”解决“问题”，“形式”的判断和“实质”的考量便都会成为法律实践者们的行动逻辑。

[Abstract] Though concepts of formal and substantive criminal law seem mutually exclusive in their academic tags, yet they actually share same intellectual resources. Both of them evolve with the interaction of formal rationality and substantive rationality. In the history of debates of these two concepts, both of them have ultimately directed their respective arguments to practical rationality unconsciously. If formal rationality aims at certainty of law, and substantive rationality seeks flexibility of law, then, practical rationality devotes itself to the establishment of adaptability of law. When examining academic debates among the two schools on the basis of doctrine of adaptability, one can find that the real difference between them lies in the concrete determination of “formality”, rather than whether to stick to the formal requirements of criminal law. In seeking common ground while reserving differences, it seems that we can rely on doctrine of adaptability to explain contribution made by two concepts of criminal law.

(责任编辑:王雪梅)

[83] [德]马克斯·韦伯:《韦伯作品集 IX 法律社会学》,第 324 页。