

张明楷:从生活事实中发现法 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BC_A0_E6_98_8E_E6_A5_B7__c122_485789.htm “法的理念作为真正的正义的最终的和永恒的形态，人在这个世界上既未彻底认识也未充分实现，但是，人的一切立法的行为都以这个理念为取向，法的理念的宏伟景象从未抛弃人们。”（注：[德]H·科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2003年版，第10页。）为了使成文刑法成为正义的文字表述，刑事立法必须将正义理念与将来可能发生的生活事实相对应。“一方面法律理念须对于生活事实开放，它须被实体化、具体化以及实证化，以便于形成概念；而另一方面所预见的生活事实须以法律理念为导向来进行典型建构及形成。”（注：[德]亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，台湾五南图书出版有限公司2000年版，第18页。）由于成文刑法是正义的文字表述，所以，法官必须始终以追求正义、追求法律真理的良心解释法律文本。在大脑一片空白的情况下，依靠查阅《新华词典》、《现代汉语词典》、《辞海》等工具书“解释”法律文本的做法，根本行不通。即使通过查阅这些工具书得出了合理的结论，也只是“偶然”、纯属“巧合”。同样，法官“面对具体的个案，永远也不可能放弃个人所感觉到的正义的活生生的声音；这种声音是永远不可能被排除的。”（注：[德]H·科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2003年版，第186页。）虽然成文刑法是由立法机关制定的，但这并不意味着法的真实含义存在于立法者的大脑中，并不意味着“立法原意”是法的真实含义首先，“立法原意”是什么，并不

是十分明确的问题。就立法者而言，探知立法原意是一个自我认识的过程。“对于我来说，我自己是什么只能通过我自己生活的客观化而表现出来。自我认识也是一种解释，它不比其他的解释容易，的确可能比其他的解释更难，因为我只有通过给我自己的生活以符号才能理解我自己，并且这种符号是由他人反馈给我的。所有的自我认识都以符号作为中介。”(注：保罗·利科尔：《解释学与人文科学》，河北人民出版社1987年版，第50页。)而且，立法者不是一个人，参与立法的许多人的意图并不总是一致的，因此，哈里·W·琼斯说：“如果‘立法意图’被期待来表示上下两院的全部成员对法规术语所作的一种一致的解释，那么显而易见，这只是一个纯属虚构的概念而已。”(注：[美]E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第534页。)而且，由于法律是普遍适用的规范，而不是具体命令，所以，法官适用法律时所面临的具体疑问中，有99.99%的疑问是立法者在制定法律时未曾想到的，因而不存在立法原意。(注：[美]antonin scalia：《法律解释における立法史の利用について》，《ジユリスト》1998年第3号，第79页。)其次，刑法一经制定，它就是一种客观存在，与立法原意产生距离。“写下的‘话语’带有一系列使文本脱离说话时条件的特点，黎克尔称之为‘远化

’(Distanciation)。它有四种主要形态：一是听说的意义超出说话这件事；写下的是‘意义’；‘语言行为’变了。二是写下的话与原来的说话人有了距离。说话时说话人想讲的意义和说话当时讲出的话的意义时常重迭；写下的文本就不是如此；文本的意义和原有的心理的意义分离了。三是写下的

话和原来的听者有了距离。原先是有限的听众，现在是不定数的未知的读者。文本脱离了‘上下文’，离开了产生它的社会历史条件。四是文本脱离了表面的‘参照’。”(注：金克木：《比较文化论集》，生活·读书·新知三联书店1984年版，第239页。)刑法也是如此，它被立法者制定出来以后，就形成了一种脱离立法者的客观存在，人们应当根据客观存在本身去理解它、解释它，而不是寻问立法者当初是何种本意。换言之，刑法是成文法，它通过文字表达立法精神，因此，法官应当通过立法者所使用的文字的真实意义来发现立法精神，而不能在文字之外寻找立法原意。正如法学家詹姆斯所言：“议会的意图不是根据它的用心来判断，而是根据此用心在制定法中所作的表述来判断的。”(注：[英]G·D·詹姆斯：《法律原理》，关贵森等译，中国金融出版社1990年版，第50页。)再次，追求立法原意的结果常常导致人治。因为法治意味着我们是在法的统治之下，而不是在人的统治之下。换言之，我们是在成文法律的统治之下，而不是在立法机关的组成人员的统治之下。我们只能通过立法机关制定的成文法律规制自己的行为，而不是根据立法原意规制自己的行为。况且，寻求立法原意的途径，常常是寻问立法机关的某个工作人员或者刑法的起草者。这显然不是法治，而是人治。又次，刑法具有稳定性，但它同时必须适应社会发展的需要，否则它便没有生命力。然而，立法原意是制定刑法当时的意图，即使承认它的存在，它也不能随时产生变化。相反，文字的含义是多种多样的，在此时代，我们可以取其中的此含义；在彼时代，我们则可以取其中的彼含义。不仅如此，文字的含义还可能随着时代的发展而发展，这又使刑法

能适应时代的变化。例如，英国1215年的《大宪章》是当时的贵族、僧侣及市民为了抑制国王的专制、保护其既得利益而迫使英王制定的，可以说是封建契约文件。其第29条规定：“不得剥夺任何自由人的财产、自由及自由习惯。”这里的“自由及自由习惯”，原意是指古代的和封建的自由习惯。但是，后来由于交易的需要，英国人解释说，贸易自由也包括在“自由及自由习惯”之内，并宣称，贸易自由是英国人自古享有的权利，受到《大宪章》的保护，国王和其他任何人都不得随意干涉。另一方面，其中的自由人也与原意不一样，被解释为任何人。结果，这条规定在都铎王朝末期成为英国人民反对封建制度的强大法律武器，使《大宪章》的原本具有的封建性逐渐淡化，其宪法性日益突出。（注：程大汉：《英国法制史》，齐鲁书社2001年版，第222页以下。）

如果追求立法原意，那么，《大宪章》不可能产生如此重大的作用。再如，“在美国宪法通过之时，黑人被视为地位低下的人，而未被认为是公民；该宪法并未把他们包括在有关公民的条款中；从而根据给予联邦法院对不同州的公民之间的诉讼进行官辖的条款，黑人便不能享有在联邦法院起诉的权利。”（注：[美]E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第517页。）

但是，美国宪法的生命力，表明不能按立法当时的原意作出解释。因为“一部宪法所宣告的或应当宣告的规则并不是为了正在消逝的片刻，而是为了不断延展的未来。”（注：[美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第51页。）

刑法又何尝不是如此！最后，立法原意可能具有缺陷，因为刑法是人制定的，而不是神制定的；

一般人可能出现的疏忽，在立法者那里也可能出现。立法原意的缺陷可能表现为两种情况：一是在制定刑法时，立法原意就可能存在缺陷；二是制定刑法时没有缺陷的立法原意，在社会发展之后露显出缺陷。如果坚持立法原意，就会毁损刑法的正义性。所以，法官应当放弃立法原意是法律的真实含义的想法，放弃通过各种途径寻找立法原意的做法。虽然成文刑法是正义的文字表述，法官不能离开用语可能具有的含义适用法律，但这并不意味着仅仅根据文字就可以发现刑法的全部真实含义。相反，必须从生活事实中发现法律的真实含义。首先，语言是不准确的，常常包含一些可能被误解的因素。刑法大多使用普通用语，同样不准确和容易产生歧义。例如，刑法用语即使核心意义清楚，但向边缘扩展时，会导致外延模糊；至于如何确定外延，并不能从用语本身找到答案。许多刑法用语本身具有多义性，从用语本身无法确定应当采用哪一种或哪几种含义。如此等等都表明，仅仅通过文字的客观含义并不能揭示出刑法条文的真实含义。也因如此，“同样的词对不同的人会有不同的含义。”（注：[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第75页。）同样的制定法会被不同的国家适用和被不同政治制度利用。例如，二战后，民主德国与联邦德国就都曾适用德国19世纪制定的一些法律；纳粹时代的德国依然大部分使用以前制定的法律。这说明，生活事实的变化，必然导致制定法含义的变化。其次，“一个词的通常的意义是在逐渐发展的，在事实的不断出现中形成的。因此，当一个看来是属于某一词的意义范围内的事物出现时，它好像就被自然而然地收纳进去了。这个词语的词义会逐渐伸展、逐渐扩张

，直到人们根据事物本身的性质将应归入这个词名下的各种事实、各种概念都包含了进去。”（注：[法]基佐：《欧洲文明史》，程洪逵、沅芷译，商务印书馆1998年版，第7页。）例如，旧刑法第127条中的“企业”一词，在制定时被想当然地理解为国有、集体性质的工商企业；但是，实行经济体制改革后，人们也自然而然地认为该条的“企业”包括私有企业。再如，在刑法制定后才出现的一种新型的具有杀伤力的工具，很自然地被人们认为是刑法中的“凶器”。所以，“人们可以这样形象地说：概念就象挂衣钩，不同的时代挂上由时代精神所设计的不同的‘时装’。词语的表面含义是持久的，但潮流(概念内容)在不断变化。”（注：[德]伯恩?魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第80页。）再次，刑事立法是将正义理念与将来可能发生的生活事实相对应，从而形成刑法规范。既然如此，法官理所当然必须联系生活事实理解正义理念。不仅如此，活生生的正义还需要从活生生的社会生活中发现。即使法官单纯根据法条文字得出的结论具有正义性，也只是一般正义；而刑法的适用除了实现一般正义外，还必须在具体的个案中实现个别正义。所以，任何一种解释结论的正义性，都只是相对于特定的时空、特定的生活事实而言，生活事实的变化总是要求新的解释结论。换言之，制定法的真实含义不只是隐藏在法条文字中，而且同样隐藏在具体的生活事实中。因为“没有意义，没有拟判断之生活事实的‘本质’，是根本无法探求‘法律的意义’的。因此，‘法律意义’并非固定不变的事物，它系随着生活事实而变化??尽管法律文字始终不变??，也就是随着生活本身而变化。”（注：[德]亚图?考夫曼：《类

推与“事物本质”??兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第89页。)所以,法律的生命不仅在于逻辑,而且在于生活。最后,各国刑法的适用现实也说明了刑法的真实含义是不断变化的。例如,有的国家刑法制定了近百年。近百年来,无数的学者、法官、检察官、律师都在解释刑法;而且,只要该刑法没有废止,还将继续解释下去。之所以如此,并不是难以寻找立法原意,也不是难以揭示刑法用语的客观含义,而是因为生活事实在不断变化,刑法用语的含义也在不断变化。“一个制定法的解释一定不必永远保持相同。谈论什么某个排他性的正确解释,一个将从这个制定法的一开始到其结束都是正确的含义,这是彻底错误的。”(注:Kohler(柯勒)语,转引自[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第51?52页。)所以,不能认为刑法条文具有固定不变的含义。“任何一种解释如果试图用最终的、权威性的解释取代基本文本的开放性,都会过早地吞噬文本的生命。”(注:[英]韦恩·莫里森:《法理学》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第555页。)法官应当正视法律文本的开放性,懂得生活事实会不断地填充法律的含义,从而使法律具有生命力。也因如此,刑法分则条文并非界定具体犯罪的定义,而是以抽象性、一般性的用语描述具体犯罪类型。(注:许多法官总是觉得法律太抽象、不具体,总是希望自己面临的一切案件都可以在法律的字面上找出适用根据;如果找不到字面上的适用根据,就认为法律有缺陷、不妥当。事实上,这是对法律、法律适用的严重误解。)刑法分则所描述的犯罪类型是开放的,它虽然有一个固定的核心,但没有固定的界限。即使

立法者当初根本没有想象到的事实，经过解释也可能完全涵摄在刑法规范中，或者相反。因为“立法者难以预见社会生活中涌现出来的大量错综复杂的、各种各样的情况。”(注：[法]亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，许钧译，上海人民出版社1987年版，第63页。)为了使法律满足一个处在永久运动中的社会的所有新的需要，法官在面对某种崭新的生活事实，同时根据正义理念认为有必要对之进行刑法规制时，总是将这种生活事实与刑法规范相对应，现实的生活事实成为推动法官反复斟酌的刑法用语真实含义的最大动因。换言之，法官的目光应不断地往返于刑法规范与生活事实之间，使刑法规范与生活事实交互作用，从而发现法律、做出判决。具体地说，法官必须对刑法规范与案例事实交互地分析处理，一方面使抽象的法律规范经由解释成为具体化的构成要件，另一方面，要将具体的案例事实经由结构化成为类型化的案情；两者比较的就是事物的本质、规范的目的，正是在这一点上，形成构成要件与案例事实的彼此对应。换言之，法律规范与具体案件是法官思维的两个界限。法官的考虑从案件到规范，又从规范到案件，对两者进行比较、分析、权衡。(注：[德]H·科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2003年版，第196页。)于是，“规范成为‘符合存在的’，案件成为‘符合规范的’。并且逐步地规范变成较具体的、较接近现实的，案件变成轮廓较清楚的，成为类型。”(注：[德]亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，台湾五南图书出版有限公司2000年版，第237页。)也就是说，一方面要将生活事实与规范相拉近，另一方面将规范与生活事实相拉近。两者是一种同时且连续发展的由事实自我开放的向规范

前进和规范向事实前进。“只有在规范与生活事实、应然与实然，彼此互相对应时，才产生实际的法律：法律是应然与实然的对应。”（注：[德]亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，台湾五南图书出版有限公司2000年版，第148页。）例如，刑法第114条规定：“放火……危害公共安全，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑。”放火罪的成立要求客观上实施了放火行为。那么，“放火”的含义是什么？如有人曾指出：“所谓放火，就是使用各种引火物，直接点燃侵害对象，制造火灾的行为。”（注：喻伟主编：《中国刑法学新教程》，武汉大学出版社1988年版，第340页。）诚然，绝大多数放火行为，都有直接点燃对象的动作，但是，不能认为这就是放火的真实含义。法官可能遇到以不作为形式放火的案件，也可能遇到虽然表现为作为但并没有直接点燃对象这一动作的放火案件。而正义理念、刑法目的性与具体的妥当性又要求将这种行为以放火罪论处，于是法官可能重新定义：“放火是指故意烧毁财物，危害公共安全的行为。”但是，这也不一定是放火的真实含义。法官可能遇到这样的案件：行为人向有不特定或多数人游览的某广场（水泥地面）倾倒大量汽油，然后点火使广场燃烧。如果这种行为危害了公共安全，也应认定为放火罪。但该行为并没有烧毁财物。所以，法官不得不再定义放火：“放火是故意引起火灾的行为，火灾是在时间上或者空间上失去控制的火的燃烧。”再如，刑法第267条规定了抢夺罪。关于抢夺的含义，现在通行的定义是“乘人不备，公然夺取财物”。应当承认，大多数抢夺案件都是如此。但公然夺取的意思是指在不特定或者多数人可能看到的场合夺取财物。法官完全可能遇到这样

的案件：行为人在没有任何第三者可能看到的情况下抢夺被害人的财物。根据正义理念、刑法目的性与具体妥当性，法官会认为这种行为也成立抢夺罪。为了使事实与规范相符合，法官可能将抢夺定义为“乘人不备，夺取财物”。但这一定义也不是抢夺的最终定义。法官会遇到这样的案件：一位弱女子发现迎面而来的男子鬼鬼祟祟，估计男子会抢夺自己的手提包，于是双手紧紧地抓着手提包，双眼也死死地盯着自己的手提包，可是，男子与女子擦肩而过时，还是使劲将女子的手提包夺走。难道说，该行为不是抢夺吗？肯定是抢夺。所以，法官必须取消抢夺中“乘人不备”的条件。又如，刑法第275条规定：“故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑、拘役或者罚金。”客观构成要件的内容之一是“毁坏”公私财物。问题在于如何发现“毁坏”的含义。当法官面临的案情是，甲将他人的电视机从楼上摔至楼下，导致电视机不仅物理上毁损，而且丧失其本来用途时，他可能将“毁坏”解释为：“通过对财物的全部或者一部分进行物质性破坏、毁损，以致全部或者部分不能遵从该财物的本来用途进行使用”。进而得出甲的行为符合毁坏要件结论。但是，当法官面临的案情是，乙故意将他人价值1万元的戒指扔入大海中时，上述“毁坏”的定义会导致乙的行为无罪。于是，当法官认为他人戒指值得刑法保护、乙的行为值得科处刑罚时，必然重新解释“毁坏”。法官可能将“毁坏”解释为：“对财物行使有形力，毁损财物或者损害财物的价值、效用的行为”，并且将乙的行为抽象为：对他人财物(戒指)行使有形力，导致他人丧失财物(显然不能将乙的行为抽象为“使他人戒指转移于大海中”)，从

而使乙的行为符合毁坏要件。可是，当法官面临的案情是，丙故意将他人的鱼池的闸门打开，导致他人价值万余元的鱼游入大河时，上述两种“毁坏”定义都将导致丙的行为无罪。当法官认为他人的鱼值得刑法保护，丙的行为值得科处刑罚时，必然再次重新解释“毁坏”。法官可能将“毁坏”解释为：“导致财物的效用减少或者丧失的一切行为”，并且将丙的行为抽象为：使他人丧失了财物的效用(显然不能将丙的行为抽象为“使鱼流入大河”)，从而使乙的行为符合毁坏要件。法官之所以反复定义“毁坏”，是因为面临着不同的生活事实；之所以并不简单地以第一个定义否认乙、丙行为的可罚性，是因为法官认识到他人的戒指与鱼值得刑法保护。由上可见，只有在心中充满正义，目光不断地往返于刑法规范与生活事实之间，才能发现刑法的真实含义。当然，法官们不要误会我的意思，以为一定要达到有罪结论才罢休。一方面，无论如何不能通过违反罪刑法定原则与歪曲案件事实得出有罪结论。换言之，在既不违反罪刑法定原则、又不歪曲事实的前提下，如果犯罪构成与案件事实彼此对应，则应得出有罪的结论。另一方面，法官也完全可能在正义理念指导下，目光不断地往返于规范与事实之间，从而得出行为无罪或者罪轻等有利于被告人的结论。例如，根据刑法第264条规定，多次盗窃的构成盗窃罪。按照司法解释，多次解释包括1年之内3次以上入户盗窃或者在公共交通工具上扒窃。倘若法官遇到的案件是：居住在偏僻乡村的被害人家徒四壁，行为人入室后能够盗窃的只有鸡窝里的鸡蛋，行为人3次入室，每次盗窃几个鸡蛋。法官根据正义理念、刑法的谦抑性与具体妥当性，可能在大脑中形成了“不能认定为盗窃罪”

的结论。为了在判决中形成这一结论，法官就必须说明该行为不符合“多次盗窃”构成要件，从而不得不指出：“只有客观上可能盗窃数额较大财物时，才宜认定为盗窃罪。”但是，法官后来可能遇到了如下案件：一位农民进城打工，他的小孩上学后，如果语文练习本用完了，他就进入小商店(假定有人生活其中，可以评价为“户”)盗窃一个语文练习本；如果铅笔用完了，他就进入小商店盗窃一支铅笔，一共盗窃了三次。最后一次盗窃时被抓获。法官能定盗窃罪吗?也不能。所以，法官必须再次进行限制解释：“只有主观上意欲盗窃数额较大财物、客观上也能够盗窃数额较大的财物时，才能认定为盗窃罪。”再如，刑法第50条规定：“判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，……如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。”如果按字面解释，这里的“故意犯罪”就是刑法典分则及其他刑事法规定的任何故意犯罪。但这并不一定是本条中的“故意犯罪”的真实含义。法官可能遇到这样的案件：甲被判处死缓后，积极改造。某日晚，同样被判处死缓的乙邀约甲共同脱逃，由于乙说明了脱逃的方案，甲觉得比较可行，便与乙继续商量如何脱逃。但此时被人揭发。甲的行为充其量是脱逃的预备行为，考虑到甲已有积极改造的表现，根据死缓制度的精神与目的，法官可能认为没有必要对甲执行死刑。为了使对甲不执行死刑的做法与第50条相符合，法官可能作出如下解释：“刑法第50条的故意犯罪，不包括故意犯罪的预备行为。”作出这样的限定后，法官又可能遇到如下案件：A被判处死缓后，积极改造，且想作出重大立功；但B、C、D等死缓犯人不仅经常嘲笑A，而且经常对A动手动脚，甲一直忍耐；

某日，B、C、D等人又嘲笑A，A忍无可忍，便一拳打在B的眼睛上，导致B伤害。考虑到A的表现与死缓制定的精神，法官可能认为不应对A执行死刑。于是，法官不得不作出如下解释：“刑法规定死缓制度是希望犯罪人还具有改造的希望，只有对抗拒改造的死缓犯执行死刑才符合死缓制度的精神，因此，刑法第50条中的‘故意犯罪’应是指表明犯罪人抗拒改造的故意犯罪。”由此看来，从生活事实中发现法律的真实含义，不仅可以使真正的犯罪行为受到应有的处罚，也可以使该宽恕的行为得到宽恕。要从生活事实中发现法律的真实含义，除了要心中充满正义，目光不断往返于法律规范与生活事实之间以外，还应特别注意几点：第一，在经济发展的复杂社会与重视人权的法治时代，不可能直接将正义理念当作法律的真实含义，正义“随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”，(注：[美]E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第252页。)而“法律应当是客观的，这一点是一个法律制度的精髓。”(注：[英]G.D.詹姆斯：《法律原理》，关贵森等译，中国金融出版社1990年版，第50页。)所以，活生生的正义必须具体化、实证化。正因为如此，以实现民主与尊重人权(保障国民自由)为己任的罪刑法定原则，要求以成文的法律规定犯罪与刑罚(成文法主义)。罪刑法定原则之所以派生成文法主义，是因为文字可以确定法律含义，可以反复斟酌，可以广为传播，可以限制法官的恣意，成为立法机关表达正义理念的惟一工具。所以，法官不可能脱离刑法用语发现刑法的真实含义，只能在刑法用语可能具有的含义内发现法律的含义。第二，对生活事实进行分析时，要准确把握事

物的本质。“从法律意义上说，‘事物的本质’这一概念并不指派别之间争论的问题，而是指限制立法者任意颁布法律、解释法律的界限。诉诸事物的本质，就是转向一种与人的愿望无关的秩序，而且，意味着保证活生生的正义精神对法律字句的胜利。因此，‘事物的本质’同样断言了自身的权利，是我们不得不予以尊重的东西。”(注：严平编选：《伽达默尔集》，邓安庆等译，上海远东出版社2003年版，第195?196页。)事物本质是每个立法与法律发现行为中必要的“催化剂”，它能够使刑法理念、法律规范与生活事实、当为与存在之间，产生一种关联、对应。之所以认为将他人的戒指扔入大海与毁坏他人财物相对应，是因为刑法规定故意毁坏财物罪的目的在于保护他人财产，保护的方式是禁止毁坏他人财物；而将他人的戒指扔入大海的行为本质，是毁坏了他人财产。如果不是从这一“事物本质”出发，毁坏他人财物的构成要件与将他人戒指扔入大海的行为，是难以相互对应的。法官对于个案本质的分析，应当以刑法规范的本质为导向。对于个案事实的归纳，应当向着刑法规范开放，使个案事实经由构思而成为一个与刑法规范相对应的事实。所以，刑法的解释，并不仅仅在解释制定法。“法律人的才能主要不在认识制定法，而正是在于有能力能够在法律的??规范的观点之下分析生活事实。”(注：[德]亚图?考夫曼：《类推与“事物本质”??兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司1999年版，第87页。)第三，为了从生活事实中发现法律的真实含义，法官必须正确对待先前理解。“相对于裁判的字义，法官在案件中有着先前判断与先前理解。法官有这些判断或理解，并不必对其责难，因为所有的

理解都是从一个先前理解开始，只是我们必须把它??这是法官们所未作的??开放、反思、带进论证中，而且随时准备作修正。”(注：[德]亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，台湾五南图书出版有限公司2000年版，第58页。)大部分刑法用语都具有多种含义，其可能具有的含义也会比较宽泛，而法官总是对刑法用语(尤其是并不陌生的用语)存在先前理解，但是，法官不可固守先前理解，而应当将自己的先前理解置于正义理念之下、相关条文之间、生活事实之中进行检验。如果这种先前理解符合正义理念、与相关条文相协调、能够公平地处理现实案件，便可以坚持这种先前理解。但是，当自己的先前理解有悖正义理念(或违背普通的正义标准)时，必须放弃它；当先前理解与刑法的相关条文存在矛盾与冲突时，也必须放弃它；当自己的先前理解不能公平地处理现实案件时(按先前理解处理案件不能被一般人接受时)，必须放弃它。放弃先前理解之后，应当寻求新的解释结论，再将新的解释结论置于正义理念之下、相关条文之间、生活事实之中进行检验，直到得出满意的结论为止。易言之，法官必须注意到正义的诸多层次，各种不同的可能。面对有疑问的条文时，应当想到各种可能的意义，提出各种不同的假设，对各种观点进行充分的论证、反复权衡，看哪一种解释结论最符合正义理念。第四，从生活事实中发现法律的真实含义，绝不意味着将某些事实强加于规范、以某种事实限制法律规范。“将熟悉与必须相混淆”是人们常犯的错误。(注：David Nelken, *Contrasting Criminal Justice*, England: Ashgate Publishing Ltd. 2002. P241.)人们在解释具体犯罪的构成要件时，习惯于将自己熟悉的事实视为应当的事实，进而认为刑法

规范所描述的事实就是自己熟悉的事实。例如，当人们熟悉了两者间的诈骗时，便习惯于认为诈骗罪的构成要件只包含两者间的诈骗，而将三角诈骗(诉讼诈骗是三角诈骗的典型形式)排除在外。当人们熟悉了秘密窃取财物的盗窃行为之后，便习惯于认为盗窃罪的构成要件不包括公开盗窃的情形。还是以具体案件为例：抢夺常常是乘人不备、抢了就跑；尽管某法官办了1000起抢夺案件都是抢了就跑，没有一起例外，但他不能说“法律规定的抢夺必须是抢了就跑，不跑就不是抢夺”。例如，某外国黑人在一个麦当劳店里排队时，发现排在第二位的被害人(女)将自己的钱包掏出来。黑人上前把被害人钱包里的现金抓出来放在自己的口袋里，然后慢慢悠悠地往店外走。走出10多米时，被害人和其它顾客追上黑人并将他围住，要他返还现金，然后黑人就从口袋里掏出一扎钱给被害人；被害人数钱后发现少了1000元，便再次向黑人追讨，黑人把剩下的1000块钱也交给了被害人。有人问我黑人的行为构成什么罪，我说“当然是抢夺”。对方说：“这怎么叫抢夺呢？抢夺是乘人不备抢了就跑，他没跑啊！”我说：“法律规定了要跑吗？”对方说：“事实上都是要跑的！”我说：“那是事实，不是法律。”显然，对方混淆了事实与规范，不仅将自己了解的有限事实强加于法律规范，而且使规范处于封闭状态。这种以有限事实限制规范含义的做法，与从生活事实中发现法律的真实含义大相径庭。现实生活中不断出现新的犯罪，即使是传统犯罪，也不乏新的手段与方式。所以，人们所熟悉的只是部分有限的事实。而构成要件所描述的是犯罪类型，只要属于某犯罪类型，就被描述该类型的构成要件所涵摄。所以，将规范的涵摄范围限定为法官所知

的有限事实，并不合适。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com