

主题研讨

刑法解释研究

主持人：刘仁文*

引言

从刑法注释到刑法解释学

为了克服刑法的不安定性和任意性，成文刑法和罪刑法定成为刑事法治的必然要求。但在适用成文刑法时，除极少数可以对号入座外，绝大多数刑法条款（无论总则还是分则）都需要难易程度不等的解释。由于文字的多义性及其外延的模糊性，加上文本在社会的发展和事实面前所具有的开放性，而作为解释者的不同主体面对有缺陷或有空子可钻的法律用语时，总是会存在自己的“前理解”和价值观，由此决定了法律解释的复杂性。更因刑法适用的后果事关出入人罪甚至生杀予夺，对其解释尤需如履薄冰、小心谨慎。这也是为什么有的国家虽然刑法施行已近百年，其刑法解释依然香火不断，甚至我们看到，越是刑法施行已久的国家，其刑法解释学越是发达。

改革开放以来，我国刑法学研究大体经历了注释刑法学—理论刑法学—注释刑法学与理论刑法学并重这样三个阶段。^[1]1979年刑法颁布后，由于当时法制重建工作还刚起步，整个司法队伍的法律水平不高，客观上要求对刑法条文进行注释。而自20世纪80年代初，众多补充和修改刑法的单行刑法与附属刑法的出台，又使得这项工作得以继续。在这种形势下，刑法学界自然在相当长一个时期内把主要精力放在了刑法注释上。从20世纪90年代初开始，理论刑法学的研究逐渐成为一种风潮。应当说，它对于提升我国刑法学的理论品质，起到了积极的作用。但与此同时，在部分刑法学人中也滋生了一种不正确的看法，即注释刑法学是浅层次的学问。进入21世纪以来，我国刑法学研究呈现出理论刑法学与注释刑法学并行发展的局面。在理论刑法学层面，围绕犯罪论的完善与重建，刑法学界的学派之争初露端倪。在注释刑法学层面，刑法学界摆脱了过去那种就法条论法条的稚嫩局面，上升到刑法教义学的高度来打造一门有独立品格的学问——刑法解释学。新一轮刑法解释学的兴起，不是对过去的简单回归，而是一种螺旋式的上升。如果说过去的法条注释是“授之以鱼”，那么现在的刑法解释学则旨在“授之以渔”；如果说过去的法条注释

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

[1] 本文基本是把“注释”与“解释”放在同一个意义上加以使用，具体视语境而定。

只问“其然”，则现在的刑法解释学还要问“其所以然”。《环球法律评论》敏锐地注意到了这一动向，专门就此组织“主题研讨”，意在把刑法解释学引向深入。

欧阳本祺的《走出刑法形式解释与实质解释的迷思》(以下简称《迷思》)这个标题就吸引了我，因为近年来关于刑法解释是持形式立场还是实质立场一直是一个热门话题，在众多的讨论中，我本人也有一些迷思。读该文，首先给我留下印象的是作者把我国刑法学中的形式解释与实质解释之争的“战场”和德日刑法学中的形式解释与实质解释之争的“战场”作了比较有说服力的对比，指出我国的“战场”其实要狭窄些，然而我国有的学者却往往不加区分地将德日刑法学中几种不同意义上的解释相混淆。这种考证和梳理提醒我们，在我国当下大量仓促地引进刑法学知识时，有必要注意保持与我国传统刑法学知识的对接，实现不同套路和用语之间的妥善转换，否则会产生混乱。这个问题已经到了需要引起我们高度重视的时候了。再举一例：我们现在的许多论著在讨论共同犯罪时，有时使用我国自己的共犯分类标准，有时又使用德日刑法中的共犯分类标准，结果两套话语体系互相打架。^[2]其次，作者从哲学上阐明了形式解释与实质解释之争背后所代表的不同诠释学理论，即前者采取的是“作者中心论”的认识论诠释学，后者采取的是认识论诠释学和本体论诠释学的融合。这给我们的提示是，刑法解释学其实也可以作为一种理论刑法学甚至刑法哲学来研究。再次，作者把价值观引入到刑法解释中，有助于我们走出“解释是客观的、有唯一正解”的误区。当然，作者对于形式解释和实质解释所代表的不同价值观及其所导致的处罚结果的推论还有进一步推敲的必要。^[3]

这样通读下来，我们已经可以看出：形式解释和实质解释不是与文义解释、论理解释和漏洞补充等解释方法处于同一层面的范畴，形式解释和实质解释均可以按照自己的需要选择不同的解释方法，二者的区别不是方法论上的区别，而是立场上的区别。

不过，与这个题目带给我的期待相比，《迷思》仍在一些地方不能让我尽兴。比如，现在持形式解释和实质解释立场者各执一端，彼此都认为自己的解释是合理的、妥当的，但法律毕竟没有规定谁是谁非，没有说只许形式解释或只许实质解释，因此，从立法解释和司法解释这类有权解释以及法官在法律适用中的解释来看，也许解释者会在不同的刑事政策指引下选择不同的解释立场，如在某类犯罪严重或社会治安压力大的时候，更可能选择入罪的解释；在社会治安相对较好、人权保障成为强调重点的时候，更可能选择出罪的解释。由此看来，持形式解释立场还是实质解释立场，本身也是动态的。如果能从刑事政策的角度来考察形式解释和实质解释的交替，并从应然上给这种交替的正当性设置一些规则，也许不失为一个新的视角甚至发现。还有，有人认为，一个人有时持形式解释立场，有时又持实质解释立场，这是前后矛盾的表现，对此我仍有疑问。例如，当一种实质解释可能会导致行为人被判处死刑时，持实质解释论的法官可能会权衡犯罪侵害的法益和刑罚侵害的法益(行为人的生

[2] 其实，仅就“共犯”一词而言，在我国刑法学和德日刑法学中的含义就不尽相同：我国刑法学中的“共犯”是“共同犯罪”的简称，而德日刑法学中的“共犯”则有广义和狭义之分，广义的共犯包括正犯、教唆犯和帮助犯，而狭义的共犯仅指教唆犯和帮助犯，且德日多从狭义上来使用“共犯”一词，如“共犯的从属性”就是指帮助犯、教唆犯对正犯的依从性，“片面共犯”是指片面的帮助犯。

[3] 《迷思》的作者认为，形式解释侧重保障行为人自由，因而处罚范围较窄；实质解释侧重保护法益，因而处罚范围较宽。但事实上，有时实质解释也有可能使处罚面变窄，而形式解释却反而能使处罚面变宽，如“非法拘禁罪”，《刑法》第238条并无时间长短之要求，但实践中对时间很短的非法剥夺他人人身自由的行为一般不作为犯罪来处理，其出罪理由就是总则第13条犯罪定义中的“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。可见，实质解释既可能做不利于被告人的解释，也可能做有利于被告人的解释，反过来，形式解释亦然。

命)的轻重,为不致判处行为人死刑而改采形式解释论,特别是如果该法官对死刑持反对态度,则更容易出现此种情形。此时难道你能以他前后所采立场不同来指责他作出这样的判决吗?不能,关键在于他的思考是否符合“问题性思考”的要求,^[4]其论证是否符合法律论证理论的规则和方法。^[5]

王昭振的《实质的刑法解释立场:知识谱系及其历史局限》(以下称《实质》)讨论的也是刑法的形式解释和实质解释这一主题,只不过侧重从实质解释来论述。文章对实质刑法解释立场的知识谱系作了详细考察,让我们看到从经验的实证主义为实质刑法解释立场奠基,到“拉德布鲁赫公式”确立实质刑法解释立场为个别命题,再到考夫曼使实质刑法解释立场成为一般命题,最后是考夫曼的法律诠释学观点为我国持实质刑法解释立场的学者所继受这样一条基本脉络。作者在肯定实质刑法解释的积极作用的同时,也提出了一些值得警惕和需要加以克服的问题,例如,实质刑法解释立场要始终坚持其方法论的品性,防止造成“本体反对方法”的局面;实质刑法解释立场不是一个普适性话题,而只能是一个在特定情形下作出限制性适用的个别命题;实质刑法解释立场追求绝对的实质正义以及超越立法原意的客观规范目的使刑法适用充满了变数和不可预测性,而刑法的正义性是以刑法的安定性为前提和依归的,因此主观的立法原意应当具有优先性,只有在刑法的正义性与安定性之间存在拉德布鲁赫所说的不可容忍的冲突时,才可对刑法的客观规范目的作出审慎的选择。

《实质》一文中有些观点还是比较深刻的,如提出没有哪一个国家会坚持绝对的形式解释,更没有哪一个国家会坚持绝对的实质解释,因而会出现形形色色的折中立场,而对于处于法治建设初级阶段的我国而言,应当坚持以形式解释(立法原意)为主、实质解释(客观规范目的)为辅的原则。^[6]可惜对于这些思想亮点没有进一步展开和深入,比如,究竟在何种情形下应以立法原意为主,而在何种情形下可以突破立法原意?可以肯定的一点是,当突破立法原意有利被告人、而不突破立法原意又明显对被告人不公时,应当是可以突破立法原意的。以许霆案为例,一审判处无期徒刑招致舆论大哗,社会普遍认为畸重,于是法院重审时运用《刑法》第63条第2款的“特殊减刑权”,将其减为5年有期徒刑,本来《刑法》第63条第2款的立法原意是针对某些可能影响我国政治、外交、民族、宗教、国际事务等具有特殊意义的案件的,而非针对普通的刑事案件,因而可以说本案重审法院启用该条款突破了立法原意,但这种突破应当是允许的(至于是否要减至5年有期徒刑那是另一回事儿)。但反过来,当突破立法原意不利被告人、而不突破立法原意又明显对社会不公时,此时是否可以突破立法原意就需要慎重,笔者认为原则上不应允许,^[7]而应通过修改法律的方式。令人担忧的是,时下有些奉行实质解释论的学者走得实在是有点远了,如对于女性使用暴力、胁迫方法强行与男子发生性行为

[4] 问题性思考更多地从具体问题出发,并从中提供解决问题的公正和符合目的的可能性。“在体系性思考和问题性思考之间进行综合是富有成果的,并且在一定程度上是可能的。”参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法教科书》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第132页。

[5] 狭义上的法律论证理论来源于哈贝马斯的“沟通行动理论”,由阿列克西构建而成。参见杨艳霞:《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》,第56页以下。广义上的法律论证理论则是指法律解释结论获得正当性的规则体系和方法,本文这里系从广义上言之。

[6] “形式解释和实质解释”与“主观解释和客观解释”并不是相互对应的一组概念,此为他的话。

[7] 所谓原则上不应允许,意味着例外是可以允许的,这种例外需要结合以下因素来加以综合考虑:1. 突破立法原意的程度,程度较高的突破比程度较低的突破应当受到更严格的限制;2. 法律的新旧,越新的法律越不能突破立法原意;3. 将要保护的法益大小,较小的法益不能突破,但当严重的暴力犯罪侵害重大的法益时,可以考虑一定限制条件下的适当突破;4. 突破的渠道,比较大的突破不宜在个案中直接实现,而应通过立法解释或司法解释这种层次较高、程序比较规范的方式来实现,而且其效力不得溯及既往。

后迫使男子卖淫的,可以适用《刑法》第 358 条规定的“强奸后迫使卖淫的”升格法定刑,^[8]在笔者看来,这已经超出了“榨干法条含义”的范围,因而也超出了罪刑法定所允许的范围。^[9]至于“性观念与生活事实的变化”,那应当是修改法条的理由。

在法律解释的知识谱系中,考夫曼是一个绕不过去的名字。作为著名的法哲学家和刑法学家,他的学术贡献虽然很大,不过对于中国刑法学者来说,考夫曼也制造了一个尴尬,那就是他对刑法上禁止类推的通说提出质疑,公然为类推制度张目。他说:“如果认为,我们虽然容许法律解释,也容许扩张解释,但却禁止类推,这是否也是一种天真呢?……当我们说,解释可以及于‘可能的文义’时,其实我们已经在类推之中了,因为这种‘可能的文义’既非本义亦非相当,而是一种类似。”^[10]对于考夫曼的这一“高见”,多数中国刑法学者心有不甘(包括笔者本人),毕竟我国 1997 年修订《刑法》的最大功绩之一就是废除了 1979 年旧《刑法》中的类推制度。但如何应对考夫曼的观点,确实是个难题。我国学者陈兴良曾试图以中外刑法学者对于类推的理解不同、考夫曼所举的例子在我们这不属类推为由,来达到既捍卫考夫曼的大家地位又捍卫我国罪刑法定原则的双重目的。^[11]姜福东的《类推的误用,抑或哲学诠释学之谬?——考夫曼法律解释观批判》一文另辟蹊径,直陈考夫曼继受了哲学诠释学的读者中心论,而漠视作者原意或文本原意之标准,不自觉地陷入了主观主义和相对主义的泥潭,因而对类推概念和禁止类推概念进而对法律发现过程均发生了错误的认识。这就从根本上否定了考夫曼及其附和者在此问题上的错误论点,至少从中国语境来看,此种分析理路似乎更为解渴。其实,不为尊者讳,也是学术辩证法中的应有立场。该文虽然有些地方的论证还有待深化、个别地方的表述也欠精确,但能从这样一个视角来分析考夫曼的刑法解释观,也可以说是作出了一定的学术贡献了。

刑法学是正义之学,作为正义的载体,刑法条文必须得到妥当的解释,而这有赖于一系列的方法、规则和理论。随着刑事法治的发展,人们已经不满足于粗放式的刑法适用和解释,另一方面,发达的刑法解释学也有助于建立一种刑法知识共同体,使刑事司法能更好地抵挡住外界非法治因素的干扰。类推的废止和罪刑法定原则的确立,并不是使得刑法适用和刑法解释更加简单了,而是更加复杂了。如何在规范与事实之间寻得正义,最大限度地实现刑法的人权保障机能与法益保护机能的动态平衡,是刑法学人永恒的追求。毫无疑问,刑法解释涉及的点和面都相当宽广,本期主题研讨的三篇文章无论从广度还是深度都是有限的。希望能有更多的学者来关注刑法解释,以改变目前我国刑法解释学还很发达的现状,^[12]早日促成中国刑法解释研究的真正繁荣而非虚假繁荣。

(责任编辑:黄 列)

[8] 参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,前言,北京大学出版社 2009 年版,第 4 页。

[9] 同样,也违反了“同一法律词语在不同场合保持相同解释,除非立法另有明显含义”的法律解释规则,因为《刑法》中的“强奸”是指强奸妇女(当然,把强奸对象局限为妇女,这并不科学,但这是立法完善的事)。

[10] 参见[德]亚图·考夫曼:《类推与“事物的本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台北学林文化事业有限公司 1999 年版,第 11 页。

[11] 参见陈兴良给邓子滨《中国实质刑法观批判》一书所作的序,法律出版社 2009 年版,第 4 页。

[12] 例如,对我国《刑法》中多处出现的兜底条款“其他……”,学界也往往以列举加兜底的方式来解释,但这样的解释对法律适用来说,起不到保障人权的限制作用,因为有了这个“其他”的兜底,就等于前面列举的没说。正确的做法应当是从法治社会的可预期性、行为的同质性和社会危害性的可类比性等角度来对立法、立法解释和司法解释中的此类兜底条款作出限制性解释,以及从反面排除哪些情形不应属于这种兜底条款的适用范围,最好再辅之以实际案例来加以说明。这才是学理解释从国权刑法观走向民权刑法观的应有思路。另外,我国刑法解释学对刑罚量化的配刑分析还存在严重不足,正如有学者所指出:“在分论(罪刑各论)中,对‘刑’的论述几乎沦落到完全可以省略而自行查阅条文法定刑的地步。”参见冯亚东:《犯罪认知体系视野下之犯罪构成》,载《法学研究》2008 年第 1 期。