

修正的刑法解释理论

吴丙新 著

gong fa yan jiu

公法研究

主编 谢 晖
陈金钊

山东人民出版社

D914.01

21

2007

吴丙新 著

修正的刑法解释理论

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

修正的刑法解释理论/吴丙新著. — 济南: 山东人民出版社, 2007.2

(公法研究/谢晖, 陈金钊主编)

ISBN 978-7-209-04202-4

I. 修... II. 吴... III. 刑法-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 018174 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

修正的刑法解释理论

吴丙新 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 9.75

字 数 200 千字 插页 4

版 次 2007 年 2 月第 1 版

印 次 2007 年 2 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04202-4

定 价 20.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。(0633)8221365

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可厚非。但不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终致

公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄冰，但相继成长之公法，使扩张之政府权力尚不致滥用。

权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持之“刑事法评论”;杨春洗主持之“北京大学刑法学博士

文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

序

作为一个法理学者，必须对部门法有深入的了解。因为法理学的知识与制度之根基在刑法、民法和诉讼法等部门法中。然而，对部门法的生疏是我国许多法理学者普遍性的学术缺陷。法理学自恃学科的宏观性，非常注意与哲学的联系，但却很少有学者对部门法学精通。这一点形成了与欧美法学家的鲜明对照。在欧美法学的本体等宏观问题主要是由哲学家来研究的，他们把其称为法哲学。法理学则主要是由法学家来研究的。但在我国由于法学起步较晚，大家都忙于知识的引进与介绍，学科之间的交叉研究尚未形成风气。各学科之间的壁垒及门户偏见还在相当程度上存在。现在专业知识分化越来越细，这一方面加速了知识爆炸的速度，另一方面则更强化了学科的门户之见。尤其是我们对专家的尊重，使得人们对知识性的缺陷不以为然。这究竟是社会出了问题，还是人出了毛病？我们没有进行过认真的分析。面对知识海洋我们越来越惶恐，不知道该朝什么方向去努力。我们一方面提倡学科的交叉与融合，主张宽泛的知识，另一方面专业知识的增长又压得缓不过气来，忙着追寻探索新的知识。即使是这样我们在许多时候仍然不知道中国法学向何处去。西方法学的众多流派我们都在学习，中国的现实问题也需要我们去解决，法学的中国化已经成为不能回避的问题；

中国法学的流派化意识也在觉醒。中国法学呈现繁荣的局面似乎已经到来，各种名目的专著已经使我们应接不暇。尽管我们的研究还不是很成熟，还有许多要总结的地方，但是法学的繁荣已使传统学科感觉到压力。法学几乎已成这个时代的显学，在法学兴盛的大潮中，法律学人都在做着自己的贡献。这本《修正的法律解释理论》是吴丙新博士近几年在攻读法理学博士期间系列作品的小结，蕴含了作者对法理学与刑法学的独特理解，也算是二级学科之间的交叉研究吧。这又为繁荣的法学增添了一束小花。

刑法解释属于整个法律解释学的范畴，但它有自身的特点。这一特点源自刑法本身的特殊性。对这一问题的研究可以深化刑法领域的法制建设。按严格法治论者的早期设计，在刑法领域无需解释，因而反对解释的原则一直在刑法学界有很强声音。罪刑法定的原则也要求司法过程中应该是适用法律而不是解释法律。法律的文字不容违反，对法律最好的解释是法律本身，是法官解释刑法的时候所奉行的格言。法官是去发现已经存在的刑法。但是，法律的生命在于理解，而不在于字义。罪刑法定仅仅有原则上的含义，是法官理解法律的指导思想。随着对罪刑法定原则的理解从绝对主义走向相对主义，刑法解释似乎又遇春风，关于刑法解释的讨论又兴盛起来。但刑法解释与其他部门法的解释还不相同，研究者无论如何也绕不过罪刑法定原则的“阴霾”。因为放弃罪刑法定的原则无异于放弃刑法领域的法制。所以，如何在刑法中既有解释又不违背罪刑法定原则，就成了研究者面对的难题。还有在传统刑法理论中的类推制度，已被宣判为“死刑”，但考夫曼提出的法律思维的类型化理论，又

迫使我们不得不重新思考——法律思维究竟是什么？法律思维方式究竟有哪几种类型？在传统理论中人们倡导根据法律进行推理，类型化思维是否背离了这一原则？另外反省性思维是否和根据法律思维的模式一致？吴丙新博士重述了法官的思维，是在事实与规范之间进行目光的来回穿梭，这就意味着法官不能机械地司法，而必须在解释中使刑法获得效力。在本书中吴丙新还研究了刑法的实体渊源问题。我认为，如果刑法的渊源是多元的，那么这个多元的渊源究竟是制定法还是超越制定法，这对刑法的严格性又是一个新的挑战。对诸如上述提到的这些问题，我们究竟是坚持司法能动主义，还是奉行司法克制主义，就严肃地摆到了每一法学研究者和应用者面前。我们必须有一个鲜明的态度。否则我们的理论和行动就无法展开。我个人认为在中国目前的形势下，在刑法领域应坚持司法克制主义，这不仅是罪刑法定原则的要求，更主要的是我国的主流文化对法律规则的轻视，迫使我们必须改变我们对规则灵活多变的态度。没有对规则的严肃姿态，法制根本无法实现。

从哲学的角度看，解释可分为两种：独断性解释与探究性解释。法律解释在某种意义上可以说是独断与探究的结合。但就刑法领域来说，解释的独断性是其最鲜明的特征。因为刑法解释总的来说是坚持司法克制主义的立场。刑事法律的含义被认为无需太多的探究，法官所发现的是那种已经固定在刑法典中的意义。在规范刑法学的研究中，法官要探究的是个案事实的刑法意义。因而，在刑法学界主张法官造法的不是很多。法律解释的独断性要求法官在解释刑法的时候，只能使用法律发现方法。当然这种观点也受到了挑战，

因为在哲学解释学看来，所有的理解都是创造性理解，发现本身就意味着创造。但我们认为，哲学解释学意义上的创造与刑法学者所理解的创造并不是同一个概念。在德国法学家的理论中，有一个法律解释的射程理论，只要是不超越法律文义射程的都被视为发现。从法律解释的最基本特征是独断性来看，法官解释刑法应该是去发现已经固定在刑法里的法律意义。对刑法解释的这种要求，是防止专制的必要手段。

吴丙新在本书中又一次强调了刑法解释的合法性原则。但与绝对法制主义不同的是，他在合法性原则的基础上又坚持解释的妥当性。这可能是刑法学走向相对主义所带来的某种影响。本来刑法的解释目标很清楚，那就是把不清楚的刑法意义在个别案件中讲清楚，去发现刑法意义的客观性。但在今天的认识水平下，哲学解释学已经宣布了绝对的客观与绝对的主观是不可能的。对刑法的解释目标来说，人力所能达到的毋宁是主体间性，是前见与当下的视域融合。哲学解释学为传统解释学提出了难以解答的理论问题。其对刑法科学来说等于彻底宣告了罪刑法定的不可能性，或者说宣告放弃了理解的标准。这种放弃，实际上是等于说刑法典作为文本没有任何意义。哲学解释学的这种说法理所当然地遭到了法学界的反驳。法学界里有传统的客观性理论，有限地承认了主观性在理解过程中的地位，在坚守相对客观性的同时批判了绝对的主观性。在法治论者看来，刑法解释的目标是明晰刑法在个案中的法律意义（最高司法机关的统一刑法解释是明晰模糊法条的含义）。

刑法作为法学各学科中最成熟的学科，有相对稳定的理论体系，有非常广阔的应用空间或实践价值。这固然令刑法

学者感到欣慰，但同样明显的是，这也对研究者带来了许多问题。其中最明显者是，固有的体系难以有大的突破。犯罪构成作为刑法学的核心概念，奠定了刑法学理论的基石。在此基础上所构建的理论体系对后来的研究者来说只能是修修补补，学科的突破性发展难为了一代又一代的刑法学者。刑法学也像整个法学一样面临着向何处去的问题。我们看到，最近刑法学家正在进行方法论方面的研究，试图用方法论的介入为刑法学的发展增添新的活力。我从一个法理学者的角度看，这种探索无疑是有意义的。我们对刑法学的本体问题已经探讨了很多，引进方法论肯定会对刑法学的发展带来新的生机。这当然不是说关于刑法本体论的探讨没有意义，只是强调刑法学的研究，在本体论取得相当成就以后，转向方法论的研究是学科发展的需要。我国刑法法制的建设需要刑法方法论的支撑。所以我觉得，吴丙新关于刑法解释立场与方法的研究，像其他学者的研究一样对促进刑法学研究的转向及发展会起到积极作用。作为我带的第一位博士，丙新为学为人都很谦恭，也为师弟、师妹们作了表率。望其在今后的日子里不断努力、继续进步。

陈金钊

2006年12月

目 录	
《公法研究》总序	谢 晖(1)
序	陈金钊(1)
导 论 刑法理念批判	(1)
一、法律是什么:一个简短的理论回顾	(3)
二、法是当为与存在的对应	(8)
三、类推的回归	(16)
第一章 刑法解释问题研究综述	(21)
一、主观主义解释	(22)
二、多元解释主体	(27)
三、单一解释对象	(33)
四、混乱的解释原则	(36)
五、保守的解释方法	(46)
六、小结:被误解的刑法解释	(51)
第二章 刑法解释的目标:由主观主义到客观主义	(54)
一、刑法解释目标理论概览	(55)
二、刑法解释目标诸学说评析	(62)
三、客观主义解释目标的确立	(67)
第三章 刑法解释的主体:由多元到一元	(79)
一、刑法解释与解释刑法:一个前提性讨论	(79)

二、理论现状述评	(83)
三、一元解释主体体制的确立	(105)
第四章 刑法解释的对象:在事实与规范之间	(107)
一、传统观点的背后	(108)
二、传统的谬误	(111)
三、在事实与规范之间	(113)
第五章 刑事司法的实体法渊源:由一元到多元	(132)
一、关于法律渊源的一般理论	(133)
二、刑法典作为刑事司法的实体法渊源	(139)
三、判例作为刑事司法的实体法渊源	(157)
四、媒体与刑事司法	(169)
第六章 刑法解释的原则:合法性与妥当性	(172)
一、小 引	(173)
二、反思罪刑法定	(174)
三、刑法解释原则之确立:合法性与妥当性	(194)
第七章 刑法解释的方法:两个敏感问题	(245)
一、关于漏洞补充	(246)
二、扩张解释与类推解释	(265)
结束语 温和的司法能动主义	(277)
参考文献	(281)
后 记	(289)

导论 刑法理念批判

大陆法系的法律史告诉我们，与那些可以创造出“系统、清晰、逻辑严密”的法学家相比，机械地重复那些琐碎和毫无创见的法律操作，就是一个合格法官的全部工作。于是，与那些声名显赫、名垂青史的立法者和学者（譬如查士丁尼、萨维尼）不同，大陆法系的法官们似乎永远都与伟大无关。但英美法系的情况恰恰相反，柯克（Coke）、马歇尔（Marshall）、霍姆斯（Holmes）、布兰代斯（Brandeis）、卡多佐（Cardozo），这些对英、美政治和社会生活带来巨大影响并因而受到爱戴的伟大人物，正是由于他们所从事的法官职业而为我们所熟知。何以如此？“在大陆法系中，立法实证主义，权力分立原则，法典编纂思想，对法律解释的态度，对法的‘确定’的倚重，对法官固有衡平权的否定以及对‘遵循先例’原则的排斥等等，均削弱了法官的作用，彰显了立法者的地位”。与此相反，“虽然在普通法系国家中立法的作用得到普遍承认，而且也有大量有效的成文法规存在，但是，对我们来说，普通法是由法官创造和建立起来的。并且，我们一直认为（或者说是常常相当

错误地认为),立法仅起一种辅助的作用。”^①

令我们疑惑的是,不管是大陆法系抑或英美法系,正统的刑法理论都在声称以法治主义为旨归,难道法治主义本身也具有地域或传统之分?而且,虽然大陆法系对英美国家的刑法理论和司法实践不以为然,但到目前为止,大陆法系似乎还没有哪个学者,能够在理论上令人信服地证明:英美法系的理论和实践与法治主义存在根本冲突。尽管如上所述——在许多刑法理论和司法实践领域,尤其是在后一方面,大陆法系与英美法系存在着根本性的差别。

如果说纯粹的刑法学理论仅仅是一种姿态,那么对司法实践的考察,就必须在摆脱这一“姿态”的束缚之后才能发现问题的真相。而通过对许多典型刑事案例的分析,我们发现,两大法系的司法实践,根本没有如相应的法学理论所宣扬的那样,存在实质性的差别。易言之,至少是在司法实践领域,与其说我们的许多理论都在编织着“法治”的神话,毋宁说我们的学者是在不断重复着那个古老的掩耳盗铃式的悲哀。遗憾的是,直到今天,我们的许多学者,为了追求理论形式的“合法性”,仍在不断地传播着弥天大谎。

所有这一切,都源于所谓的正统刑法理念。因而,当我们试图发现刑事司法过程的性质时,最好的办法,也许是从前提批判入手,来细致地审视那些束缚着学者们思维的、正统的大陆法系刑法理念。而对笔者而言,最好的叙事方式,也许是以考夫曼的《类推与“事物本质”——兼论类型理

^① [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58、34页。

论》作为对该问题进行思考的切入点。

一、法律是什么：一个简短的理论回顾

法律判决是否已圆满地包含在法律规范中？法律规范是否已圆满地被法律原则所涵摄？“所有滥觞于 18 世纪而肇始于 19 世纪的伟大的‘自然法’法典（Maximilianeus 皇帝的巴伐利亚民法典，普鲁士普通邦法法典，法兰西法典，奥地利普通民法法典等）均同时要求完足的法律规定。19 世纪的制定法实证主义则毫不犹豫地继受这种理性主义——自然法的遗产。”^① 自然法和法律实证主义这对宿敌在认识论上由于共同的理性主义哲学体系而走到了一起：依照理性主义的自然法学说，经由严格的逻辑操作，从最高的绝对法律原则可以推导出实证的法律规范；依照规范论的法律实证主义，经由严格的逻辑操作，从实证的法律规范可以推导出具体的法律判决。然而，自然法思想和法律实证主义在实践操作的层面却被宣布为虚妄与天真：孟德斯鸠笔下的法官对自然法所倡导的法律原则是如此陌生，以至使其仅仅作为人们的美好设想而被供奉在可望而不可及的神坛之上；而立法者的“无能”与无奈^②，又使成文法在案件事实面前显得如此力不从心，并常常使一个正义的法官陷于遭受良心谴责的痛苦之中。究其原因，法学毕竟是一种实践理性，它离不开生

① [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，学林文化事业有限公司 1999 年版，第 35～37 页。

② 这是从认识的角度所做出的判断，并不是从本体上对立法者表示怀疑和否定。因而，这应当是一个事实判断，而非价值判断。