

## 引 言

### ——命题的由来

公然犯罪作为一般社会现象，已存在于社会历史数千年；其中特别是作为犯罪学概念的公然犯，可以说与一般意义的犯罪同步产生；而作为刑法概念的公然犯，也已历史地存在于人类社会上千年了。

公然犯作为一种刑事犯罪及负文化表现，无论是刑法规范上的特殊性还是道德价值上的逆向性，都值得刑法理论研究者深入探究。然而，长期以来，我国刑法理论界对刑法学上的“犯罪构成客观要件”研究的关注点，多投放在客观方面的必备要件上，即危害行为、危害结果及行为与结果间的因果关系上；对于作为犯罪客观方面选择要件的犯罪的实行方式，却鲜有涉足。例如：

——行为人是公然犯罪还是秘行犯罪？抑或既非公然也非隐秘犯罪？刑法对此类犯罪规范的形式、结构、要素、效用怎样？诸此问题，刑法学界

向来研究甚少。究其原因，恐怕与过去研究此类规范的基础理论寥寥，而 1979 年刑法中的公然犯罪规范又不多，理论与实践联系面不大有一定关系。

然而 1997 年 3 月 14 日，经我国第八届全国人民代表大会第五次会议修订通过的新刑法，对总则分则均进行了全面修改，其中特别是分则条文由原来的 103 个法条增加到了 351 条；罪名也由原来的 100 多个倍增为 400 多个。与此同时，在犯罪实行方式的设置上，新刑法也明显反映出市场经济时代新型犯罪的特征来，表现形式之一在于：公然犯罪与秘行犯罪在种类、数量设置上均大幅度增加。这当中，秘行犯除传统的盗窃罪、间谍罪、偷越国境罪、盗伐林木罪外，新增加了盗窃商业秘密罪、盗窃尸体罪、盗窃档案罪、盗掘古人类化石罪、盗掘古脊椎动物化石罪等。公然犯也由 1979 年刑法的仅仅 11 个法条，增加到了而今的数十个法条、40 多种犯罪。如（当众）强奸罪、聚众淫乱罪、（当众）强制猥亵罪、聚众哄抢罪等。

按照辩证唯物主义的本源论，一部刑事法典所设置的各类犯罪，无论是表现为不同质态的犯罪种类的规定，还是表现为不同实行形态的犯罪表现形式的设定，都不是立法者臆想的“纯精神”产品，而是主观对客观社会规律的反映。因而伴随着社会所有制及其分配方式的演变和社会物质经济基础的跃迁，产生于经济基础之上的社会政治上层建筑、特别是法律制度也会发生从量到质的嬗变。从这一

意义看，可以说，新刑法对各类公然犯罪设定的增多，既是历史的必然，也是历史经验的总结。然而，经验尚需理论的升华并反作用于实践，有鉴于此，将公然犯罪纳入刑事法理学、刑事应用学的研究命题，可谓正当时机。与此同时，对各类公然犯的犯罪起因、法律规范、社会危害、犯罪本质、特征、类型、罚则乃至量刑规范等命题的探究，也就相应地成为刑法学研究的题中应有之义。

然而，我国现行刑法对公然犯罪的规定，规范形式虽然一目了然，规范内容上却有白地规定型漏洞。所谓白地规定型漏洞，是指立法者有意识地任由法官对法律规定予以判断决定的法律漏洞，即法律条文中对一些概念和一般条款不予确定，而由法官根据有关法律原则或司法解释，并结合具体案情确定行为人的行为事实与规范概念及其一般性条款的符合性，如恶意、重大事由等。<sup>〔1〕</sup> 应当注意的是，此类白地规定型漏洞，与刑法上的白地规定有区别又有联系。刑法上的白地规定是一个上位概念，它涵盖刑法上的白地规定型漏洞和白地规定型罪状两种白地规定。后者是指作为条件或处理规范的罪状中有部分为“白地”，需要其他部门法规作

〔1〕 梁慧星：《诚实信用原则与漏洞补充》，《法学研究》，1994年第2期。

为补充才构成刑法规范的整体。<sup>〔1〕</sup>此类罪状规定，学理上又称为空白罪状。白地规定型漏洞不是空白罪状规定。因为前者不仅仅存在于分则规范之中，还可以存在于总则规范之中，空白罪状规定却仅存于分则规范之中。而且，即便同在分则规范之中，白地规定型漏洞也仅仅是对分则罪状的漏洞规定，而非整个罪状的空白。例如现行刑法第 246 条的明示公然犯罪状为：“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重”者。此处罪状为叙明罪状，但何谓“公然”、何谓“情节严重”，均属白地规定型漏洞。法律条文上没有解释，须司法者按一定原则、根据具体犯情判定。对此类“公然”规定，我国台湾地区、日本刑法与我国刑法规定一样，均属白地漏洞规定，所不同的是，我国台湾地区、日本均通过判例对什么是公然作出了一定判解性解释，学理解释也较多；但我国刑事实务界及刑法学界一直未对此作出明确的司法或学理解释来。

本书一开笔即花了不少笔墨来论证刑法解释论问题。这是因为对公然犯的探究，一定意义看，就是刑法解释论在具体的公然犯罪规定域与适用域的运用与展开。因而对刑法解释的正确定向，不仅对整个刑法学研究，而且对本书专论的公然犯罪研

〔1〕 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》（上），北京大学出版社，1984年，第 20 页。

究，意义重大。但是，正如本书后文所述，我们比较赞成在忠实于刑事立法原义基础上的立法意蕴说，而立法意蕴既是现实的概念、又是一个辩证的、历史的概念，需要深刻地把握社会政治、经济、文化脉动的正价值，从而省悟刑法的终极价值之所在；还需要深刻把握刑法规范与国家、社会其他行为规范的联系及其相互间的正负作用力关系，从而衡定刑法天平的准星定向；加之为扩大研究视域及其效果的需要，本书对公然犯罪的探究，不仅局限于刑法学的研究视角，还分别从犯罪学、伦理学、社会学等多视角探讨公然犯的规范、本质、社会恶害、负价值蕴涵及其综合评价。有鉴于此，在解释方法上，需要突破单一的仅从规范、仅从社会抑或仅从历史一个领域进行解释的方法，而需采取多门学科交相论证的综合阐释手段。这样，这里所谓刑法解释论，一定程度上看也就成了相当广义的“大刑法”解释论。作者惟愿通过如此多层面、多视角的探讨，能以更加立体深化和全面的阐释，将公然犯的底蕴最大限度地呈现在社会和广大读者面前，从而期望它能为发展我国刑事法理学、刑事应用学科的研究论域，作出自己的些微贡献。

## 一、公然犯罪命题解释论

### (一) 法学解释论概述

#### 1. 法律释义学的产生及其基本理念

法律释义学是释义学的分支学科，因而法律释义学起源于一般释义学。释义学又称解释学。在当今，它泛指任何解析、诠释和阐发有关人文、神文科学乃至其他社会、自然科学知识及其社会准则的内涵、外延及其思想精髓的学问。

对释义学，根据形式逻辑的划分标准，可细分为多类分支学科。例如根据释义方式的不同，可分为语义释义学、实意释义学；根据释义对象的不同，又可划分为宗教释义学、艺术释义学、哲学释义学、法律释义学等。

对释义学的正式形成时期，尚有争议。然而，有关释义学亦即解释学的思想，早在古希腊时代已经产生。希腊文 *Hermeneutike*（解释学），是由词根 *Hermens* 演化而来的，而 *Hermens* 词根，最早代表

的却是古希腊传说中的某位专司传递和解释“神谕”的神使的名字——这位神使不仅传递神与人之间的信息；而且承担着对“神谕”作注解、阐释、解说的工作。因而在前解释学阶段，亦即，在人类解释学尚未形成的解释学雏形期，所谓“解释”，主要是指在阿波罗神庙中对神谕的解说。其解释的要旨在于：（1）使隐藏的东西显现出来；（2）使不清楚的东西变的清楚。<sup>〔1〕</sup>

随着人类社会的进化、生产力的提高，建构于社会经济基础之上的人类器物文化、制度文化、观念文化亦同步更新。在此条件下，人类与其主宰——统治着整个人类心灵世界的上苍诸神的沟通形式，也由原始图腾式的自然宗教逐渐嬗变为有其特定经文内容的不同民族宗教。由于各民族的或世界性的宗教信仰，集中反映了人们对超自然神灵的崇拜，因而神灵崇拜者们无不藉虔诚地研习宗教经文的态度和方式，来表达其对神灵的景仰和崇拜；进而达致其根据经文的教示行善、以便来世攀升天堂的目的。基于此，解释学一经形成，便站在神文科学的立场上，专以宗教经文为其解释对象。因而，早期的解释学又称为解经学，例如从远古时代沿革研习至今的圣经解释学，即为解经学的经典形式。但是，严格地说，解经学并非纯正的经文解析

〔1〕 张汝伦：《意义的探究——当代西方释义学》，辽宁人民出版社，1987年，第3~4页。

学。这是因为，在早期人类社会及其社会人的基本理念中，神事统治着人事，神旨即法旨，圣经即法意。从这一意义看，早期的圣经解释学又可称为法律解释学的雏形。

与此同时，在宗教、法律的形成与发展过程中，还辩证地有赖于人类对自然、社会乃至人类自身存在及其相互本位关系的理性认识，而在此方面，古希腊的天才哲学家们为人类哲学世界观的奠基和发展作出了卓越贡献。然而，古希腊杰出思想家的代表们对正义与理性、自然法与人定法、法治与人治等诸种法哲学观多有争议；另一方面，古希腊哲学领袖们的哲学思想本身确也颇为幽邃玄奥，加之后世哲学家们对哲学本体论、方法论、认识论的主观认识态度、能力及其认识方法上的不同，导致了人们从不同视角出发，对苏格拉底、柏拉图、亚里士多德、斯多葛派、西塞罗等人的基本哲学见解各异。基于此，随着人类征服自然能力的不断提高，人对自然的“人化”过程也加速发展——哲学解释学、法律解释学即在此基础上逐渐孕育、诞生。

就中国法律解释学的形成看，中国对成文法的最早官方法律解释，首推湖北云梦县睡虎地秦墓竹简中的《法律答问》。《法律答问》是秦王朝官方对秦律所作的有权解释，其中相当部分涉及到对犯罪、刑罚、刑罚适用原则及诉讼制度的规定和说明，与律文具有同等法律效力。因而，一定程度

看，《法律答问》与其说是对秦律的解释，不如称其为官方对实施秦律的细则性、补充性规定，虽然其“规定”确也有解释性质，但毕竟不是、或者说主要不是对刑法的文理解释、论理解释，即其尚未形成系统的刑法解释理论加之，秦律是诸法合体的法律，秦朝除刑律外，田律、仓律、效律、徭律、工律、传食律等多种律制都包括在秦律之中，因而《法律答问》也不是专门的刑法解释论。惟其如此，我们认为，中国的刑法解释论，一定意义看，所走的也是一条由经义释律到专门的刑法解释的道路。所不同的是，中国的经文并非宗教经典，而是儒家经典所宣示的伦理道德规范。中国自西汉的董仲舒起，就开始用经义释律——主要是用《春秋》的经文来解释刑律。《春秋》本是鲁国的史书，经孔子修订后被奉为儒家经典，成为中国历史上著名的五经之一。董仲舒为了把儒家经典进一步神圣化，对流传和发生于当时社会上的很多案件，都以《春秋》经义来讲解，特别是以其经义所寓含的尊尊、亲亲、父父、子子等儒家精神，来判定孰是孰非。由于西汉王朝独尊儒家，因而当时主管国家司法活动的朝廷廷尉张汤也慕董仲舒之名，问案于董仲舒。董仲舒就作了《春秋折狱》，动以经对，言之详矣。这里，春秋，指《春秋》经文；折狱之“折”乃“断案”之意；“狱”乃刑事案件。春秋折狱，即以春秋经文所阐明的伦理道德规范，来判解刑事案件。到东汉以后，大儒们皆用经义来解释法

律，以至用经文解律不仅形成了一种时尚，而且得到了当时朝廷的认可。但是，由于学者们对一些问题的常常见仁见智、各执一词。最后东汉王朝不得不以律令的形式、正式确认以郑玄的解释章句作为有效解释。这种解释章句，可以说是中国的法律解释学的雏形。

晋朝时，这种法律解释活动开始摆脱经义释律的解释方法，逐渐倾向于以较严格的律文文义来解释法律。西晋时的张斐、杜预的法律解释，就都得到了当时朝廷的认可，故《晋律》又称作“张杜律”。唐高宗时，由长孙无忌主持编纂的《唐律疏议》，可谓一部纯粹的、由官方主持并颁发的对当时唐律的有权解释。《唐律疏议》至少在形式上已经完全摆脱了“解经即解律”的以经义释律的格式，其中既含有对实施唐律加以补充规定性质的、官方对律文的或扩大、或缩小解释；又有不少文理、伦理解释内容。因而广义上看，可以说，《唐律疏议》的问世，不仅标志着中国沿袭多年的以经义释律与法律解释的从合到分；而且标志着中国法律释义学的正式形成。此外，由于《唐律》是一部典型的刑法典，因而进一步看，《唐律疏议》的问世，也代表着中国刑法解释理论的初具规模体系。

法律释义，严格地说，既包括对成文法规范的文义及其精神实质的阐释；也包括对习惯法规范的法律思想蕴涵的解释。其解释机关，最初仅仅为代表神意或政教合一的教会或官方；而后，随着法律

的世俗化，对法律的解释权也逐渐扩大到既可以由官方解释、也可以由民间学术界解释。在当代，前者主要表现为立法、司法、执法机关的有权解释；后者主要表现为学理解释。而无论是立法、司法还是学理解释，在解释形式上，都不外系统解释、循环解释、逻辑解释、文理解释、历史解释、扩大解释、缩小解释、类推解释等。这些对有关法律规范的认识和适用解释所形成的理论，即法律解释论。

## 2. 刑法解释观上的学术之争

刑法的解释，是指阐明刑法规范的事实的存在及其存在的当为性，以及当为性与事实存在间的内在联系及其规律性的活动。具体体现为：（1）事实认定解释；（2）定罪、量刑问题解释；（3）执行刑罚和适用刑罚效果解释；（4）刑法价值、刑罚目的解释。<sup>〔1〕</sup>由此可见，所谓解释，实际上是以一种精神产品释译另一种精神产品、以一种思想外壳阐释另一种外壳的活动。虽然，按照辩证唯物论的法本体论，这后一种精神产品——即“法律”本是人的主观意志对客观事物的内在规律的表达。但其内容物毕竟是通过表达形式展现出来的，因而仍不免渗透表达者的主观意志、目的、价值取向等。惟其如此，如何掌握刑法解释的限度、范围及其价值取向，历来存在着严格限制解释说、自由解释说、

〔1〕 甘雨沛、何鹏：《外国刑法》（上），北京大学出版社，1984年，第55页。

目的论解释说乃至社会学解释说等多家学术讼争。

以贝卡利亚为代表的刑事古典学派主张严格限制解释论。贝卡利亚认为，刑事法官根本没有解释刑事法律的权利，因为他们不是立法者。因而法官对任何案件所应当作的只是进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律，小前提是行为是否符合法律，结论是自由或者刑罚。贝卡利亚特别指出：相同的罪行在同一法庭上，由于时间不同而受到不同的惩罚。原因是人们得到的不是持久稳定的而是飘忽不定的法律。因而贝卡利亚力倡“阻止人们进行致命的自由解释”，认为“多数人专制比一人专制更有害”。〔1〕对此严格限制解释论，刑事实证学派持论相反。主张一定限度内的自由解释论。以菲利为代表的刑事实证学派，主张允许并适度扩大法官的司法解释权。但这种扩大，是相对于刑事古典学派的“严格限制”解释而言，不是法外恣意扩大。例如菲利就一方面指出法律总是具有一定程度的粗糙和不足，难以适应社会生活的需要，因此应当允许法官在适用法律的过程中酌情作出司法解释；另一方面又主张司法不应当侵越立法，认为司法机构的职责首先是遵循和适用成文法。〔2〕由此可见，

〔1〕（意）贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年，第12-13页

〔2〕（意）菲利：《犯罪社会学》，中国人民公安大学出版社1990年，第126页。

刑事实证学派的自由解释论，尚不同于近代民法上的自由法（解释）运动台湾学者韩忠谟称“近世民事法规的自由法运动，以为对法规的解释，不必拘泥于形式上的论理，而应探求时代精神，参酌社会需要，而为适当的运用。此说对于促成民法的发展，厥功至伟，但如适用于刑法，则未见其可”。〔1〕日本刑法学者木村龟一阐释了他的有别于民法上的自由法运动的刑法目的论解释观。认为刑法的解释，必须依据指导刑法根本目的的理念为依归。刑法的目的，在于调和社会的利益与个人利益。表现此目的的系刑法条文。因而刑法目的论的解释，不能脱逸刑法明文形式的界限。超越此界限，绝不容许。在这一意义上，刑法的解释，乃系受条文文字拘束的解释，而非自由法论。此为刑法解释的根本要求，也是刑法解释的特殊性。〔2〕台湾学者陈朴生等更进一步解析了上述目的论解释的内涵，指出，目的论解释是指以达到规定条文的目的意识及其价值意识为必要，而将条文意义及其日常用语例作更扩大的解释方法论所谓目的，在此既包括刑法的整体目的，也包括全社会的法秩序目的；根据具体案情，还可包括维护个案所保护的法

〔1〕 韩忠谟：《刑法原理》，雨利美术印刷有限公司，1980年，第66页。

〔2〕 陈朴生、洪福增：《刑法总则》，五南图书出版公司，1982年，第3页。

益目的以及协调社会利益与个人利益的目的、维护法的安定性、妥当性、实用性等目的。〔1〕日本刑法学者牧野英一，为了使刑法解释更合拍于时代的要求，提出了他的著名的“时代精神论”，指出法的解释可分为三个阶段：第一阶段神意即法旨，因而对传递神谕的宗教经文的文理解释即法的解释；第二阶段把法看作立法者的意志，以此相对应的是逻辑解释；第三阶段把法看作是时代精神的体现，对法进行的是社会学解释。所谓时代精神是指社会的真正要求和正义以及善良风俗等。因此如果把社会思想看作是法律的背景的话，就有必要把法律解释从以前的固定公式中解放出来。〔2〕当代社会学法学派创始人 R. 庞德更是主倡“一种新的法制史解释”，这种解释即他所谓的“社会工程解释”。〔3〕他宣称，社会学法学家目前所要解决的主要问题是，在创立、解释和适用法律方面，应更加注意与法律有关的社会事实。〔4〕

除上述论争外，近年来，我国刑法学者还提出了一些多少有别于上述解释观的刑法解释论。例如

- 〔1〕 陈朴生、洪福增：《刑法总则》，五南图书出版公司，1982年，第4页。
- 〔2〕 徐友军：《比较刑事程序结构》，现代出版社，1992年，第90页。
- 〔3〕 《法律史解释》，华夏出版社，1989年，第138页。
- 〔4〕 沈宗灵：《现代西方法律哲学》，法律出版社，1983年，第65页。

我国刑法学者王平主张有效性原则说。认为有效性原则是建立我国刑法解释论的核心。其基本内容是：以立法原义为常规，在立法原义与社会现实明显脱节、并且在出现新的案件、且有必要由刑法解释来解决时，即以立法意图为补充的刑法解释有效性原则。王平还就这里提到的立法原义与立法意图概念进行了学理区分，认为前者是指立法者在立法时赋予刑法条文的原始含义；立法意图却是指立法者在刑法条文中表达的目的。<sup>〔1〕</sup>对此，我国刑法学者陈兴良教授一方面表示称许王平先生关于立法原意与立法意图的区分，另一方面又认为立法“意图”一词总给人一种主观色彩，不如以“立法意蕴”取而代之。陈教授特别指出：立法原意与立法意蕴相比，前者是主观的、基本上是确定的，是一种已“死去的意义”；立法意蕴却是客观的、流动与开放的，是一种“乃活着的意义”。因而主张刑法解释不能拘泥于立法原意，而应在立法意蕴所允许的范围内，使刑法解释起到阐明立法精神，补救立法之不足的功效。<sup>〔2〕</sup>

### 3. 对不同刑法解释观的辩证分析

对上述种种不同刑法解释观，我们认为，简单

〔1〕 王平：《论我国刑法解释的有效性》，《法律科学》，1994年第2期，第31页。

〔2〕 陈兴良：《刑法的人性基础》，中国方正出版社，1996年，第537、540页。

地否定任何一种解释法，都不能说是历史唯物地、辩证地观察问题。这是因为：

第一，刑法解释的方法，某种程度看，是一个变量。不同的法制、人文环境有不同的要求。在一定时空范围内卓有成效的解释法，在另一时空范围内未必有效或有利。例如，毫无疑问，在贝卡利亚所处的时代，法律与其说是法制不如说是神治加人治；加之司法适用上的封建擅断、司法专横、酷刑逼供、神明裁判等，在此特定背景下，贝卡利亚提出严格限制法官的司法解释权，无疑有着振聋发聩的划时代意义。然而，随着罪刑法定制度对司法专横制的取代域的日益扩大，刑事古典学派所主倡的严格限制解释说，也就愈来愈失去其历史的进步意义。这是因为，罪刑法定主义要求无法无罪、无法无刑，然而法律无论多么严密，毕竟不能穷尽天下一切案情，而只能是对一般现象的科学抽象。因而法官在面对一桩桩具体的案情时，不得不对法规范进行具体的解析、对照。——毕竟刑法的解释是效力于刑事法制的手段，当社会存在发生变化时，致力于“存在”的手段不得不相应地调校。就此意义看，刑法的自由解释论、刑法目的论解释观，也都有其合于情理性的一面。然而又都有失诸片面的一面。例如刑法自由解释论，不是失之机械地将立法与司法悉数割开；就是失诸偏激地无限扩大自由解释的限度。而目的解释论者，由于“目的”概念宽泛而又随机，因而适用中，易于发生以目的涵盖

法律之嫌，进而可能反致得不偿失的为了目的而牺牲罪刑法定。

第二，立法时空与司法时空的脱节，决定了刑法解释观必须随机发展、变化、变革。刑法解释的终极目的是为刑事司法服务，然而，一个民族共同体的立法，无论其民族习惯、传统如何，都有一个稳定性问题，短时期内不可能修改。特别是事关人民生杀予夺大权的刑事法律大典章，其生命力之长，不但可能超过一代政府的政治生命、超过自然人的自然生命，甚至可能超长于某类社会形态的社会生命。例如法国拿破仑刑法典，早在 1810 年颁布，其间历经帝国制、共和制多类社会形态的变革，直到 184 年后的 1994 年 3 月 1 日才开始生效实施法国新刑法典。而在此漫长的近两个世纪的岁月里，20 世纪 90 年代的法国社会早已由 19 世纪初叶的手工业社会发展到现代化大生产社会，当时的罪行“抽象”，多已不能适应现代社会。因而刑法解释，显然不能再简单地停留在对原条文的复原、静写上，而必须根据新时代国家、社会、个人的利益配置需求，在适法范围内，有所侧重地解释刑法及其刑法规范与具体案情之间的联系。在这一意义上，我们十分赞同牧野英一先生的“时代精神”观，但认为时代精神的内涵尚值探讨；另一方面，将法解释的着眼点仅仅置于社会学，未免失诸于“一点论”而非顾及全面的“两点论”，因而尚值探讨。