



Criminal Law
Interpretation Review VOL.1

刑法解释论从

特稿

实质刑法观的体系化思考 / 刘艳红

专论

主体间性视域下刑法解释主体的结构及制度实现 / 袁林 吕焱琨

刑法的体系解释初探 / 胡东飞

刑法解释中的修辞论证 / 姜涛

司法解释评析

我国未成年人刑事司法解释的发展与完善 / 赵秉志

贿赂犯罪的司法解释分析 / 高铭暄 张慧

学理解释争鸣

关于网络造谣入罪问题的法理检讨 / 魏东

实务界声音

几种新类型受贿行为刑法适用研究 / 苏云 张理恒

以案释法

本卷专题：广州少女旋某捅死性侵大叔案判例解释

司法逻辑中的事后防卫问题 / 刘远 孙丽

防卫行为之社会相当性判断

——以“90后少女捅死性侵大叔案”为例 / 高维俭 梅文娟

魏东 主编

2015

1

第 卷

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刑法解释论丛

主办:

四川大学法学院

四川大学刑事政策研究中心

Criminal Law

Interpretation Review VOL.1

编委会

主任: 赵秉志 李少平

副主任: 魏东(常务) 胡东飞 莫晓宇

委员: (排名不分先后)

高铭暄	李少平	赵秉志	陈兴良
张明楷	陈忠林	冯亚东	周光权
梁根林	孙万怀	刘艳红	王政勋
梅传强	袁林	高维俭	于志刚
邓子滨	刘志伟	时延安	徐岱
刘远	曾粤兴	苏彩霞	周详
黄河	刘志远	刘树德	周加海
周洪波	翟中东	李运才	唐稷尧
龙宗智	左卫民	陈泽宪	向朝阳
黎宏	林维	李晓明	彭文华
胡东飞	莫晓宇	魏东	

编辑部

主任: 李侠

责任编辑: 郑莉芳 钟凯 田维 王德政

魏东主编

胡东飞 莫晓宇 副主编

2015

1

第 卷

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法解释论丛. 第1卷 / 魏东主编. —北京: 法律出版社,
2014. 12

(刑法解释论坛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7442 - 9

I. ①刑… II. ①魏… III. ①刑法—法律解释—中国—
文集 IV. ①D924.05 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 312260 号

刑法解释论丛(第1卷)

魏东主编

编辑统筹 法律应用出版分社

策划编辑 聂颖

责任编辑 聂颖

装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 翟国磊

开本 787 × 1092 毫米 1/16

印张 19.25

字数 367千

版本 2015 年 7 月第 1 版

印次 2015 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7442 - 9

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语

魏 东

四川大学法学院自1905年创始之初(初称“官班法政”),即设立有刑法学科,故刑法学科在四川大学法学院诸学科中历史最为悠久。刑法学科创设至今,成就非凡,群星璀璨,享誉全国的著名刑法学家有谢盛堂先生、赵念非先生、伍柳村先生、邓又天先生、周应德先生。1984年四川大学法律系正式恢复。1985年在著名刑法学家伍柳村先生、周应德先生的主持下,经国家教委批准,法律系设立刑法学专业硕士点,首开恢复建系以来法学专业硕士研究生教育之先河,为四川大学法学研究生教育,尤其是其后一级法学博士点建设奠定了坚实基础,可谓功勋卓著。近年来,四川大学法学院刑法学科在继承老一辈刑法学家学术研究成果的基础上进行持之以恒的学术累积,逐步形成了注重刑法解释学和刑法方法论的学术研究特色,并在刑法解释学、刑法方法论、刑事政策学和国际刑法学等刑法学术领域崭露头角。两年前(即2012年),我本人主持申报的国家社科基金项目重点课题《刑法解释原理与实证问题研究》(项目批准号:12AFX009)、教育部人文社会科学研究规划基金项目一般课题《中国当下刑法解释论问题研究》(项目编号:12YJA820080)同时获准立项并启动科研活动,为进一步夯实和提升四川大学法学院刑法解释学和刑法方法论的学术特色提供了更高、更好的学术平台。藉此良机 and 学术平台,为有力助推四川大学法学院刑法学科建设特色的发扬光大并在全国刑法学术研究中作出更大贡献,我们满怀期待地编辑出版承载着神圣学术使命的《刑法解释论丛》连续出版物。

《刑法解释论坛》(第1卷)共载文22篇。

本卷“特稿”和“专论”栏目共收录了7篇长篇论文,较为鲜明地彰显了本连续出版物的办刊特色和学术水准。刘艳红教授的长篇大作《实质刑法观的体系化思考》,是刑法观和解释论的厚重之作,洋洋洒洒3万字,对实质刑法观的哲学基础、罪刑法定观、构成要件论、违法论、有责论、共犯论以及刑法解释论等内容进行了体系化展开与解读,也对实质刑法观的批判与质疑进行回应,其提出的学术预期在于“通过实质的犯罪体系论和实质的解释论之思路,可以把刑法规范的素材体系化并为其适用提供基础,以推动刑法理论的发展”,我们对此充满期待。袁林教授在其领衔合作的《主体间性视域下刑法解释主体的结构及制度实现》一文中指出,作为一种实践活动的刑法解

释,其主体应当是刑法解释理论与刑法解释制度的构成要素,刑法解释主体应当是由立法者、司法机关及司法人员、社会公众构成的多元互动的共同体,因不同解释主体解释的差异性以及解释的主体间性,刑法解释必须嵌入对话协商的司法制度,保障不同解释主体间的互动与沟通,实现解释主体间的视域融合,促进刑事司法的和谐。胡东飞副教授撰写的《刑法的体系解释初探》认为,体系解释要求对刑法条文及其用语的解释不仅必须根据该条文在整个刑法(典)中的地位,联系相关法条的含义,阐明该法条的规范意旨,而且应当考虑该法条与刑法以及其他法律的协调,不得作出与民法、行政法、宪法等在法律效果上相冲突的解释结论。姜涛教授在《刑法解释中的修辞论证》中指出,尽管刑法解释的方法不同,但刑法解释必然是一个解决分歧—再生歧义—再次统一的往复运动,这一过程将刑法解释推向了无限,使刑法解释彻底变成了一种修辞游戏,因而有必要强调刑法解释中修辞论证的极端重要性。张丽副教授的论文《以刑释罪:罪刑均衡中的刑法解释》指出,在刑法规范领域,刑罚处罚失衡往往成为刑法规范解释的起点和动因,而实现罪刑协调匹配则成为刑法规范解释的主要目的之一,由此论证了刑法解释的客观要求成为以刑释罪的起点、罪刑均衡成为以刑释罪的基点等学术观点。青年刑法学者钟凯讲师撰写的《论刑事法“软法”及其刑法解释意义》和胡选洪副教授撰写《刑事习惯与刑法的解释观——以天葬刑事习惯为视角》,均提出了刑事“软法”、天葬等“习惯法”对于刑法解释的特有功能,论证了其在刑法解释学乃至整体刑法学上的特殊意义。

本卷“司法解释评析”栏目共收录了2篇学术论文,分别由著名刑法学家高铭喧教授和赵秉志教授惠赐大作。赵秉志教授的论文《我国未成年人刑事司法解释的发展与完善》,深入检讨了新中国成立60多年来未成年人刑事司法解释在刑事责任年龄、相对刑事责任年龄人责任范围、从宽处罚、出罪化与非刑罚化、刑种适用、刑罚制度适用等方面的发展与不足,尤其是提出在解释的理念、机制和方法等方面所存在的缺憾和有待进一步完善的意见,十分值得刑法学理论界和司法实务部门高度重视。高铭喧教授领衔合作论文《贿赂犯罪的司法解释分析》指出,贿赂犯罪的司法解释解决了贿赂犯罪刑事立法之明确性和周延性欠缺以及灵活性不足等方面的问题,发挥了沟通立法和实践的桥梁衔接作用,促进了刑法从应然到实然的成功转变,但是贿赂犯罪的司法解释还存在不少问题,仍有进步的空间。大家手笔,发人深省。

本卷“学理解释争鸣”栏目共刊载了4篇论文,集中针对网络犯罪的刑法解释适用问题展开专题研讨。我本人拙文《关于网络造谣入罪问题的法理检讨》、莫晓宇副教授的《以刑法解释通识性审视网络寻衅滋事之释义》、廖斌教授和何显兵教授合作的《论网络虚假信息的刑法规制》,均集中研讨网络虚假信息的刑法规制与网络造谣的刑法解释适用问题;王志祥教授领衔合作的论文《网络非法经营犯罪规定的合理性评析——以非法经营罪的保护法益为切入点的思考》主要研讨网络时代非法经营罪

的解释适用问题。这4篇论文均提出了富有启发意义的学术见解。

本卷“实务界声音”栏目共选载了3篇论文,分别由法官、检察官、律师释法说理。资深检察官苏云博士作为成都市人民检察院副检察长,领衔合作撰文《几种新类型受贿行为刑法适用研究》,针对新时期若干新类型受贿行为的刑法解释适用问题展开研讨,有理有据地解析了特殊情形下“为他人谋取利益”和“利用职务上的便利”等要素的认定问题,在此基础上,该文还具体提出了对于行贿受贿犯罪中的居间行为、代理人超越受贿人的指示额外索贿并侵吞等行为的定性处理意见,具有很强的针对性和指导性。万毅教授作为成都市中级人民法院院长助理,以法官兼学者的立体视角研讨刑事诉讼法文本规范的解释适用,其论文《刑事诉讼法文本中“可以”一词的解释问题》专题研讨了作为刑事诉讼法之法言法语的“可以”一词的解释方法问题,得出深含法理意蕴的解释结论,对于研讨刑法之法言法语的“可以”等词语的解释方法颇有启迪。资深律师李肖霖先生结合当前发生的某些强奸案司法实践中出现的争议问题,撰文《卖淫女主张被强奸案件的法律问题研究和实践意义》,这个题目本身就十分独到而吸引人的眼球,其所提出的见解具有一定代表性,值得理论界和实务界人士思考。

本卷“以案释法”栏目刊载了5篇学术论文,选取了具有一定影响力的“广州少女旋某捅死性侵大叔案”进行分析研讨,分别由刘远教授、高维俭教授、李运才教授、胡东飞副教授和我本人领衔研讨和写作。由于该案已有生效判决,被告人旋某最终被判构成故意杀人罪并获刑4年有期徒刑,故而论者针对这个案例进行刑法解释论研讨就具有突出的实践意义。尽管学者之间看法各异,甚至针锋相对,但均有助于我们深刻认识和反思正当防卫(以及特殊防卫)法律规定及其刑法解释理论问题,对于司法实践中依法、合理、谨慎地审判同类型案件具有重要意义。

本卷“刑法创新论坛”栏目收录了1篇学术论文,即熊谋林副教授领衔的长篇大作《求解过度犯罪化的迷惑——中国的去罪化经验与国际启示》。该论文4万余字,原载于高水平学术期刊 *Crime and Criminal Justice International*,系其汉语翻译作品在国内首发。论文在指出中国刑法把犯罪定义为严重违法行为,并且清楚地说明轻微违法行为不是犯罪,这些轻微违法行为被划分为治安违法、行政违法、纪律违法行为,按照行政程序处理,而不依刑事程序处理的基础上,借助于跨国视角下的犯罪定义不同模式比较,揭示出中国刑事司法系统去罪化的深远意义,借助于实证调研,提出中国的去罪化经验反映了未来全球刑事司法改革的方向。这些措施值得西方国家学习,也值得我们细读品味。

卷首语

/ 1

特 稿

实质刑法观的体系化思考

刘艳红 / 1

专 论

主体间性视域下刑法解释主体的结构及制度实现

袁 林 吕焱瑶 / 27

刑法的体系解释初探

胡东飞 / 41

刑法解释中的修辞论证

姜 涛 / 51

以刑释罪:罪刑均衡中的刑法解释

张 丽 / 63

论刑事法“软法”及其刑法解释意义

钟 凯 / 72

刑事习惯与刑法的解释观

——以天葬刑事习惯为视角

胡选洪 / 86

司法解释评析

我国未成年人刑事司法解释的发展与完善

赵秉志 / 97

贿赂犯罪的司法解释分析

高铭暄 张 慧 / 116

学理解释争鸣

关于网络造谣入罪问题的法理检讨

魏 东 / 125

以刑法解释通识性审视网络寻衅滋事之释义

莫晓宇 / 139

论网络虚假信息的刑法规制

何显兵 廖 斌 / 146

网络非法经营犯罪规定的合理性评析

——以非法经营罪的保护法益为切入点的思考

王志祥 柯 明 / 156

实务界声音

- 几种新类型受贿行为刑法适用研究 苏 云 张理恒 / 166
- 刑事诉讼法文本中“可以”一词的解释问题 万 毅 / 175
- 卖淫女主张被强奸案件的法律问题研究和实践意义 李肖霖 / 190

以案释法

- 本卷专题:广州少女旋某捅死性侵大叔案判例解释 / 203
- 司法逻辑中的事后防卫问题 刘 远 孙 丽 / 204
- 防卫行为之社会相当性判断
——以“90 后少女捅死性侵大叔案”为例 高维俭 梅文娟 / 215
- 特别防卫权及相关问题的规范解释
——以“90 后少女捅死性侵大叔案”为例 魏 东 钟 凯 / 226
- 假想防卫的司法认定 李运才 / 239
- 论正当防卫的时间条件
——兼评“90 后少女捅死性侵大叔案” 胡东飞 / 254

刑法创新论坛

- 求解过度犯罪化的迷惑
——中国的去罪化经验与国际启示 熊谋林 梁 斌 / 262

- 稿约 / 298

实质刑法观的体系化思考

刘艳红*

自拙著《实质刑法观》一书于2009年8月面世以来,在“一只可贵的牛虻”^{〔1〕}邓子滨研究员《中国实质刑法观批判》^{〔2〕}一书的推动作用之下,在陈兴良教授对《中国实质刑法观批判》一书精彩书评^{〔3〕}和其他场合中对《实质刑法观》及《中国实质刑法观批判》两书聚讼的精彩评论之下,在陈兴良教授与张明楷教授形式与实质刑法解释论的论战下,^{〔4〕}“实质刑法”日益成为最近两三年刑法学术研究中的关键词,批判或肯定实质刑法观的学者不断出现,对此问题的讨论方兴未艾。

然而,什么是实质刑法观?这种刑法观能否从体系化的角度贯彻下去?它仅仅是抽象层面的概念游戏,还是体系视角的思维方式?进一步讲,如果是后者,它又是如何展现其体系化的逻辑进程?此外,面对学界近年来对实质刑法观的各种批判或者赞扬,实质刑法观又该如何化解或者应对?在形式与实质刑法的论战中,不乏对实质刑法的种种误解,这与实质刑法主张者并未系统而详细地展开其内容也许有一定关系。为此,本文将对实质刑法观的哲学基础、罪刑法定观、构成要件论、违法论、有责论、共犯论及刑法解释论等内容进行体系化展开与解读。通过体系化的思考,可以检阅实质刑法观能否以及是否首尾相连自成一体;通过实质的犯罪体系论和实质的解释论之思路,可以把刑法规范的素材体系化并为其适用提供基础,以推动刑法理论的发展;在此过程中,也一并对实质刑法观的批判与质疑进行回应。

* 刘艳红:东南大学法学院教授、博士生导师。

〔1〕 周详:《当“狮王”遭遇一只可贵的“牛虻”——评〈中国实质刑法观批判〉》,载《中国图书评论》2010年第5期。

〔2〕 邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版。

〔3〕 陈兴良:《回归古典学派——邓子滨〈中国实质刑法批判〉序》,载张士宝主编:《法学家茶座》2009年第4期(总第28辑),山东人民出版社2009年版,第147~157页。

〔4〕 陈兴良的《形式解释论的再宣示》及张明楷的《实质解释论的再提倡》,同载于《中国法学》2010年第4期。

一、什么是实质刑法观

在2010年3月23日中国法学创新讲坛第3期,张明楷教授主讲的“行为功利主义刑法观”的讲座上,作为评论人的陈兴良教授指出,“刑法观是指对刑法基本问题、基本方法、基本目的、基本价值的看法”,“前不久,刘艳红教授出版了一本专著,叫作《实质刑法观》,这里面涉及刑法观的问题,但是我没有在这本书里看到刑法观的定义”。^{〔1〕}可见,作为“实质刑法观”的主张者,有必要对何为实质刑法观进行说明。

《实质刑法观》力主两个核心命题,实质的犯罪论和实质的刑法解释论。实质的犯罪论认为,刑法应建立以形式的定型犯罪论体系为前提,以实质可罚性为内容的实质犯罪论体系。“实质的刑法立场的根本命题应该是建立实质的犯罪论体系,它将成为解决问题的核心。”^{〔2〕}同时,实质的犯罪论者认为,强调形式上的罪刑法定原则是不充分的,构成要件符合性的判断,是从实质上判定是否存在达到值得科处刑罚程度的法益侵害。根据实质的犯罪论者的主张,对刑法中的犯罪构成要件的判断不可避免地含有实质的内容,即某种行为是否构成犯罪应从处罚的必要性和合理性的角度进行判断,因此,对刑罚法规和构成要件的解释应该从这种实质角度进行。总之,实质的犯罪论者主张的是“实质的刑法解释”。^{〔3〕}因此,实质的犯罪论和实质的刑法解释论二者之间存在逻辑递进关系,主张前者就会主张后者。当然,作为一种纯粹解释学的理论和方法,主张后者则不一定主张前者。因此,我们可以看到很多学者虽然主张实质的刑法解释理论,但是,却不一定甚或根本未及思索自己的犯罪论体系是形式还是实质的。这并非不可以,但至少,这样的实质的刑法解释论是缺乏体系论的支撑的,它可能更多的是纯粹方法论意义上的解释论,而不是与构成要件的实质化、犯罪论体系的实质化相关联的解释论;只有从后者的角度出发,才能更好地了解为何要提倡实质的刑法解释论。

因此,实质刑法观解决的基本问题是刑法的思维模式问题,即是以形式思维还是实质思维解决刑法中的根本问题,以此出发解决了刑法中的犯罪论体系以及刑法解释理论与方法的构建问题,在前者,主张实质的犯罪论;在后者,则力主实质的刑法解释论。实质刑法观的核心命题是实质的犯罪论与实质的刑法解释论。实质刑法观的基本方法是理性方法与实质方法:实质刑法观崇尚理性的方法,即以形式理性为前提,以实质理性为基点,提倡实质主义的思考模式;同时,实质刑法观重视实质的考察方法,

〔1〕 张明楷:《行为功利主义刑法观》,《中国法学创新讲坛第3期讲座现场实录》,载 <http://www.lawinnovation.com/html/cxjt/hg/jtd3q/642647527173.shtml>,最后访问日期:2013年7月16日。

〔2〕 刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年版,第118页。

〔3〕 参见〔日〕前田雅英:《刑法的基础—总论》,有斐阁1993年版,第7~43、84~89页;〔日〕前田雅英:《现代社会と实质的犯罪论》,东京大学出版社1994年版,第47~50页。

通过对刑法中的构成要件(形式理性/形式的罪刑法定)的解释从实质可罚性角度进行,以使之合乎刑罚法规的妥当性(实质理性/实质的罪刑法定),使刑法适用仅限于处罚值得处罚的行为,以此限定刑法的处罚范围。总之,“实质的考察方法还使根据作为构成要件基础的目的和价值观”^{〔1〕}来对构成要件作出实质的解释成为可能。实质刑法观的基本目的是,避免仅仅根据法条文字规定对构成要件作形式的理解,通过实质的解释阐述法条背后蕴含的正义理念,通过实质正义以矫正形式正义存在的不当出入人罪,实现刑法人权保障之机能与法益保护之目的;实现这一基本目的,也就是实质刑法观的基本价值。

既然称为“实质刑法观”,则意味着是对刑法整体的一种看法,是关于刑法的基本立场,而不是关于刑法中某个或某一类问题的片段性观点。实质刑法观虽然只有实质的犯罪论与实质的刑法解释论两个核心命题,但前者针对的是刑法体系中最基本的犯罪论体系,后者则是刑法适用的方法论,因此,这两个核心命题带有根本性,也具有概括性。为了更好地整体性地展现实质刑法观的内容,有必要从体系化的角度对其层层推进解读。

二、实质刑法观的法哲学基础

在法哲学理念上,实质刑法观深受古典自然法学派思想的影响,推崇其所主张的理性主义法律观。可以说,实质刑法观正是以古典自然法学派为法哲学基础的。

古典自然法学派是在17、18世纪反封建的启蒙运动和革命斗争中,代表新兴资产阶级利益的、以强调自然法为特征的一个法学派别,其主要代表人物有荷兰的H.格劳秀斯和斯宾诺莎、英国的霍布斯和洛克、意大利的贝卡利亚、德国的普芬多夫和沃尔夫、法国的孟德斯鸠和卢梭。美国独立战争时期以及法国大革命时期的许多政治活动家,如杰弗逊、潘恩、孔多塞和罗伯斯庇尔等人也都信仰古典自然法学。古典自然法所推崇的法律观是理性主义的。自然法的实质就是理性(霍布斯),理性、正义和自然法具有天然一致性(洛克),自然法象征着根本理性的存在,(世间)法就是这个“根本理性”和各种存在物之间的关系(孟德斯鸠),因此,法律的制定就是为了使人们遵守这个根本理性亦即“正义的法则”,“并使正义能符合于它的目的”(卢梭)。18世纪末19世纪初前期,德国古典主义哲学家康德和黑格尔仍然采用了理性主义的研究方法,以理性法作为研究的重点。黑格尔从康德出发建立了辩证法的法哲学体系,他认为,“理性的东西即自在自为的法的東西”,而所谓“自在自为的法的東西”其实就是自然法。在此基础上,黑格尔发展出了客观主义法哲学,他认为,法具有客观现实性,是实

〔1〕〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏特根:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第289页。

定的东西。“法的東西要成为法律,不仅首先必须获得它的普遍性的形式,而且必须获得它的真实的规定性。”^[1]黑格尔关于理性的著名命题是,“凡是合乎理性的东西都是现实的,凡是现实的东西都是合乎理性的”,其理性主义法律观在自然法阵营中最具影响力与代表性。

19世纪以来,古典自然法学遭到了哲理法学、分析法学、历史法学等其他法学流派的批判,随着现实主义法学、批判法学运动的兴起,古典自然法学逐渐走向了衰落。然而,随着西方社会政治、经济的发展,到20世纪,西方社会又出现了新的矛盾与冲突,政治、法律乃至经济的发展是否应遵循一定的价值原则的问题重新被人们提起,自然法所一贯强调的人的理性和道德准则重新被人们关注。在此历史条件下,自然法观念逐渐得到了复兴。经过德国学者施塔姆勒、法国的马里旦、美国的富勒、罗尔斯、德沃金等人的努力,自然法观点在20世纪重新得到人们的重视,并因此形成了新自然法思想。自然法的重新兴起,也使理性主义法律观具有了长盛不衰的生命力。然而,由于新自然法学派并未超出古典自然法学派的基本框架和理论观点,只是对古典自然法学派的观点重新进行了思考或阐述。“例如,罗尔斯的《正义论》之重要,其实并不是像许多中国法学家认为的那样是对正义这个古老问题的最系统、最全面或最正确的阐述,其成就就在于这是到目前为止康德传统正义观的一个逻辑上最强有力的阐述。”^[2]这也再次应验了康德所言,“人类理智多少世纪以来已经用各种方式思考过了数不尽的东西,而任何一种新东西都几乎没有不旧东西相似的”。^[3]而且基于法学流派的立场分析,“新自然法学派不是一个严格意义上的学派,它没有一个统一的学术纲领和一致的主张”。^[4]因此,泛泛而论,实质刑法观是以自然法学派作为哲学基础的;但具体而言,则应说其是以古典自然法学派为哲学基础的。

实质刑法观正是从古典自然法学派的理性主义法律观出发的。理性主义法律观的基本观点是,法律是人类理性的体系;世界上存在符合人类共同理性的永恒不变的自然规律即自然法,自然法是合乎正义的、是实在法制定的基础;理想的法律就是符合某种“自然”即理性的法律。实质刑法观以此为出发点,认为在实然的刑法规范背后,存在应然的法的公平正义之价值理念。实质刑法观崇尚理性的方法,认为刑法的解释,是在刑法规范的意义框架之内,致力于寻找立法原意,解释出实然的法背后应然的正义之法的理念,这正是理性主义法律观的体系。实质刑法观重视理性方法,但是却

[1] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第218页。

[2] 苏力:《思想的组织形式》,载[美]波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,法律出版社2002年版,译序第10页。

[3] [德]康德:《任何一种能够作为科学出现的未来形而上学导论》,庞景仁译,商务印书馆1978年版,第3页。

[4] 鄂振辉:《自然法学》,法律出版社2005年版,绪论第3页。

不忽视经验方法的实际运用,因此实质刑法观还具有实践理性的特征。刑法研究的目的在于,以刑法规范(实然)为依据,对行为的合法性(应然)进行探讨,并形成具有指导性的理论体系。“我们惟有兼从实质和形式两方面来观察法律,才能窥见法的真谛,由此所得的观念才不致流于狭隘偏激。”“法的实质因素有助于社会秩序之安定,而法的形式因素,又使法有通权达变之可能,最终目的则在调节社会多方面的利益,以增进共同社会福祉。”〔1〕

三、实质刑法观的罪刑法定观

实质刑法观的罪刑法定观认为,罪刑法定主义可以分为形式的罪刑法定主义与实质的罪刑法定主义:形式意义的罪刑法定即为刑事法治的形式合理性,实质意义的罪刑法定即为刑事法治的实质合理性。刑事法治的构建,应该是在坚持形式合理性的前提下,展开对实质合理性的追求,即通过自然法所代表的正义价值对犯罪从实质上理解,亦即根据刑法法益保护的目的是来解释和适用刑法规范,以实现罪刑法定原则实体的正当性、处罚的均衡性等实质方面的要求。

从罪刑法定主义的内容分析,罪刑法定原则所具有的形式侧面与实质侧面,其实就是形式罪刑法定与实质罪刑法定的内容。罪刑法定的形式侧面包括成文法主义、禁止类推解释、法不溯及既往;实质侧面包括明确性原则与刑罚法规的妥当性原则。这意味着,将罪刑法定主义理解为形式的罪刑法定主义与实质的罪刑法定主义是没有疑问的。实质罪刑法定主义对刑法犯罪论与刑法解释的影响是直接的。日本学者前田雅英反对形式的罪刑法定和形式的犯罪论,主张从实质的观点修正罪刑法定主义的修正构成要件理论。他认为,罪刑法定主义的民主主义与自由主义的思想基础,使刑法在规制行为时必须考虑宪法上的必要性,即罪刑法定主义与实体的正当程序具有密切关系,故必须从实质上理解罪刑法定主义。〔2〕

然而,对于前田雅英教授所主张的“从实质的观点修正罪刑法定主义”,则为笔者所反对。形式与实质罪刑法定主义的关系是不可分的,在罪刑法定主义之中,蕴含着这两种不同内容的区分,合二为一,就是真正意义上的罪刑法定主义。而所谓从实质的观点修正罪刑法定主义,实际上是将罪刑法定主义狭隘地理解为形式意义的罪刑法定之后所提出的主张。现代社会的罪刑法定早已不是17、18世纪纯粹形式意义的罪刑法定,而在强调形式的罪刑法定基础之上发展出了实质的侧面,因此,不存在所谓从实质的观点修正罪刑法定主义的问题。而“反对形式的罪刑法定主义”,在笔者看来,就是反对罪刑法定。因为,所谓罪刑法定的实质侧面,也是在形式的罪刑法定得到充

〔1〕 韩忠谟:《法学绪论》,中国政法大学出版社2002年版,第24页。

〔2〕 参见〔日〕前田雅英:《刑法的基础—总论》,有斐阁1993年版,第37页。

分发展并暴露出一些缺陷之后才发展出来的意义蕴含,而且,其实质意义也是附着于形式意义之上的或者说是以形式意义为前提的,舍却形式意义的罪刑法定主义就不能称之为罪刑法定了。在形式与实质的罪刑法定主义二者的关系上,形式意义的罪刑法定主义是前提,作为公民自由与人权的保障基础,只能考虑形式意义的罪刑法定;实质意义的罪刑法定主义是补充,衡量自由人权保障的妥当性,则须使用实质意义的罪刑法定。这意味着,在刑法解释论上,为了避免对犯罪的理解落入形式合理性的窠臼,必须以实质合理性对其法条的适用进行解释。单纯从形式或者从实质来理解罪刑法定主义是不充分、不完整的,正如将罪刑法定的派生原则之一的明确性原则单独理解为形式侧面或者实质侧面都是不充分的一样,形式与实质侧面相互共存互相补充,才是完整的罪刑法定主义。这就是实质刑法观的罪刑法定观。

对于罪刑法定的形式与实质侧面是否具有各自不同的功能,抑或共同发挥相同的功能,在实质刑法的主张者内部是有分歧的。实质刑法的旗手张明楷教授指出,罪刑法定原则的“形式侧面”“是为了限制司法权力”,罪刑法定的“实质侧面”是为了“不仅限制司法权而且限制立法权”,更“主要在于限制立法权”。^{〔1〕}对此观点,形式刑法的旗手陈兴良教授深表赞同,并进一步明确指出,“罪刑法定原则的形式侧面旨在限制司法权”,“而罪刑法定原则的实质侧面旨在限制立法权”。^{〔2〕}上述观点值得商榷。笔者认为,罪刑法定的形式与实质侧面既是对立法权的限制,也是对司法权的限制。

罪刑法定的最重要意义在于它“藉由事前之罪刑法定,防止刑罚权恣意发动,以保障个人自由之原理”。^{〔3〕}刑法的自由保障机能正是产生于此。无论是形式的罪刑法定还是实质的罪刑法定,都只能理解罪刑法定的不同角度,这不能代表有两个不同的罪刑法定。既然罪刑法定主义的功能是限定刑罚的处罚范围,因此,无论是形式还是实质意义的罪刑法定,其宗旨就在于限制国家刑罚权的发动。对刑罚权的限制,当然可以从不同层面进行。从立法层面,尽量压缩犯罪圈,控制刑法的处罚范围,严格规定并尽量明确每个罪的处罚条件;从司法层面,尽量坚持严格解释,允许有利于被告人的类推解释和扩大解释,禁绝不利于被告人的类推解释,限制不利于被告人的扩大解释,充分发挥有利于被告人的原则,通过刑法适用严格控制司法中的定罪范围。可见,无论是形式抑或实质意义的罪刑法定,都是完整罪刑法定主义中的一个侧面;无论哪个侧面的罪刑法定主义,都共同在立法和司法层面发挥着限制刑罚权发动之保障机能。陈兴良教授曾批判地指出,“刘艳红教授认为根据罪刑法定原则的形式侧面认定的只是形式的犯罪,还需通过罪刑法定原则的实质侧面才能排除没有严重侵害法益的

〔1〕 张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第27、47页。

〔2〕 陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期。

〔3〕 黄朝义:《罪刑法定原则与刑法之解释》,载林山田等:《刑法七十年之回顾与展望纪念论文集(一)》,台湾元照出版有限公司2001年版,第129页。

行为,从而认定实质的犯罪。如此一来,罪刑法定原则的实质侧面就不是对立法权的限制,而成为对司法权行使的实体保障”。^[1] 陈兴良教授对笔者的批判则是基于对罪刑法定形式与实质侧面各自功能的人为限定之上所得出的看法,基于笔者前述分析,这样的批判显然是基于“罪刑法定的形式侧面是为了限制司法权、罪刑法定的实质侧面是为了限制立法权”这一看法所得出的逻辑批判。既然反对“罪刑法定的形式侧面是为了限制司法权、罪刑法定的实质侧面是为了限制立法权”这一基本前提,陈兴良教授的批判是值得商榷的。换言之,笔者正是认为罪刑法定的形式或实质侧面兼有对立法权与司法权的双重限制。

同时,在罪刑法定发挥立法与司法的双重限制功能的同时,立法权的限制已然通过刑法典得以体现,司法权的限制则须通过对犯罪行为是否符合个罪的构成要件进行彰显,后者是通过刑法解释来完成的。在此,恰恰体现的是罪刑法定原则对刑法解释的指导功能,这正是其作为刑法基本原则的特点,即它具有全局性、贯穿性与指导性。刑法的基本原则,体现刑法的根本价值,“是整个法律活动的指导思想和出发点”。^[2] 在立法层面,它约束着立法权的行使与罪名和罪状的制定;在司法层面,作为刑法基本原则的罪刑法定并非高高在上的抽象的文字表述,而是切切实实指导着司法过程中定罪量刑的适用。陈兴良教授批判地指出,“刘艳红教授还对罪刑法定原则的司法功能作了过度解读。其实,对于司法而言,罪刑法定原则的精神,就在于法无明文规定不为罪。至于法律明文规定的行为在司法过程中是否一定有罪,这并非罪刑法定原则的功能”。^[3] 在此,陈兴良教授显然是回避了罪刑法定对刑法解释的指导功能,所以才会认为笔者对罪刑法定原则的司法功能作了“过度解读”。而这样的“解读”,在笔者看来,正是罪刑法定作为刑法基本原则的应有功能,而不是“过度解读”所得出结论。

四、实质刑法观的犯罪论

实质刑法观主张建立实质的犯罪论。构成要件在当下刑法理论中是违法·有责类型,因此,构成要件的独立性意义固然存在,但它似乎更多只是应然层面而非实然现状。为此,构成要件作为违法行为的类型化,符合构成要件的行为一般都是违法的;构成要件又是责任的类型,以非难可能性为内容的规范责任论是责任的本质;构建违法(构成要件)与有责(构成要件)二阶层的犯罪论体系就成为必然。

实质的犯罪论认为,仅仅从形式上强调罪刑法定原则是不充分的,构成要件符合性的判断,是从实质上判定是否存在达到值得科处刑罚的法益侵害。违法性的判断,

[1] 陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期。

[2] 沈宗灵:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第40页。

[3] 陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期。

也必须是以法益侵害或威胁为中心考虑。基于解释作为违法类型的构成要件的立场,构成要件与违法性没有原则的区别。该当作为违法行为类型化的构成要件的行为,原则上可称为违法行为。^[1] 基于解释作为有责类型的构成要件的立场,构成要件与有责性其实也并无原则的区别,该当作为有责行为类型化的构成要件的行为,原则上就是有责行为。如此一来,该当于构成要件的行为就具备了值得科处刑罚的违法性和有责性,实质性的考虑不可避免地渗透在构成要件的理解之中;对构成要件符合性的判断,与违法性和有责性的判断是紧密相连、不可分割的。因此,犯罪的成立可以分为两个条件,即对值得处罚的违法行为的客观构成要件和对值得非难的有责行为的主观构成要件,行为是否符合客观与主观的构成要件,需要结合是否具有违法与责任的阻却事由来决定。^[2] 这种犯罪论体系,从结构上杜绝了对犯罪构成要件可能会存在的形式评价,从设计上赋予了构成要件实质判断的标准即某种行为是否具有处罚的必要性和合理性,从而最终成为以可罚必要性为内容的真正意义的实质犯罪论体系。由于这一犯罪论体系将德日传统的三阶层体系,即构成要件符合性、违法性、有责性发展为客观违法构成要件与主观责任构成要件的两阶层,因此,它又可称为实质二阶层体系。那么,实质刑法观所主张的实质二阶层体系中的内容该如何理解?下文将详细展开论述。

(一) 实质刑法观的构成要件论

主张什么样的构成要件论,直接决定了主张何种犯罪论体系,进而直接决定着主张何种刑法观。在此问题上,笔者力主实质的构成要件论,并承认开放的构成要件论。

1. 构成要件的类型:形式抑或实质

刑法中的构成要件是形式意义的类型还是具有实质内涵的规范评价类型,是一个与犯罪论体系是形式的还是实质的有关的重要问题。实质刑法观的构成要件理论当然是主张实质的构成要件论,即构成要件是具有实质内涵的规范评价类型,这决定了应该建立实质的犯罪论体系,并提倡实质的刑法解释方法。

构成要件历经了从形式的构成要件到实质构成要件的发展过程,及至形式构成要件的彻底崩溃和实质构成要件论的确立。这一发展过程是在规范性构成要件要素与主观构成要件要素的发现之下推动而成的。形式构成要件论起始于贝林,在贝林眼中,构成要件是中性无色的、客观性的行为类型,但是,这种形式的构成要件理论在M. E. 迈耶发现规范的构成要件要素之后很快受到了动摇。迈耶认为,在规范性构成要件要素的情况下,构成要件在本质上就是违法性要素,是违法性的认识根据。同时,这种规范性要素属于主观要件的内容。麦兹格进一步推广了规范性要素的概念。自此之后,规范的构成要件要素概念受到了刑法理论的普遍赞同,刑法构成要件不再是

[1] 参见[日]前田雅英:《现代社会と实质的犯罪论》,东京大学出版社1994年版,第10页。

[2] 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第4版),东京大学出版社2006年版,第39页。

价值无涉的抽象类型,而是具有价值内涵和评价必要的规范评价类型。主观构成要件要素的推广进一步推动了构成要件实质化的发展,并使构成要件与违法性之间的关系更加紧密。^[1] 这样,构成要件不再是纯客观的,它也含有主观的内在的心理判断,它需要法官根据行为人的内在世界进行价值补充。在主观构成要件要素得到普遍认同的情况下,构成要件由原来的违法类型演变为违法·有责类型;“违法是客观的、责任是主观的”观点也受到冲击。规范与主观要素给犯罪评价模式带来的冲击则使构成要件的非价内容具体化、实证化;构成要件由形式的类型化形态最终发展为实质的规范评价类型。

构成要件与违法性、有责性之间从毫无联系到彼此融合的历史表明,构成要件论的发展史同时也是其崩溃史,本应发挥独立于违法性机能的构成要件,逐渐靠近违法性;本来和有责性无关的构成要件,逐渐靠近有责性。^[2] 以往以形式构成要件论出发的德日三阶层体系的特点是,通过构成要件符合性的判断递进至违法性和有责性的价值判断,以构造一个将犯罪成立的事实判断与价值判断相分离的、逻辑清晰的且便于刑事诉讼的体系结构。然而,构成要件形式化到实质化的发展,要求建立实质的犯罪论体系,即将构成要件与违法性相融合发展为客观违法构成要件,将构成要件与有责性相结合发展为主观有责构成要件,构成要件的独立意义自此消逝。与之相适应,在刑法解释方法上,要求对构成要件采取新的解释方式,即将传统的对构成要件采取形式理解的诠释方法,更替为从实质角度即是否具有处罚必要性和合理性的角度来诠释构成要件的新方法。

对于构成要件的实质化,陈兴良教授曾经指出,“构成要件的实质化虽然具有一定意义,但这种实质化是事实上的实质化而非价值上的实质化。构成要件基本上属于一个事实判断的问题,将客观归责等纳入构成要件当中,克服构成要件过于形式化之弊,笔者是赞成的。但如果将价值判断也并入构成要件中考察,其结果是取消违法性要件,使之合而为一”。^[3] 笔者以为,陈兴良教授的看法有一定合理性,比如客观归责理论是以实质评价为内容的,它克服了构成要件的形式化,但是,这也说明,即便不承认构成要件实质化,如果一旦承认客观归责理论,则构成要件同样也被以法所不允许的风险这一实质的规范评价概念为内容的客观归责理论予以实质化了。这意味着,构成要件的实质化似乎始终是一个难以避免的结局。此外,关于构成要件的实质化是事实上的实质化而非价值上的实质化这命题,笔者则以为值得商榷。前述表明,构成要件的实质化正是指在客观发生的事实是否符合或者说该当于构成要件的问题的判断

[1] 参见刘艳红:《犯罪构成要件:形式抑或实质类型》,载《政法论坛》2008年第5期。

[2] 参见[日]西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第295页。

[3] 陈兴良:《判例刑法学》,中国人民大学出版社2009年版,第203页。