

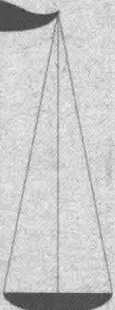
XING FA LI XING YU JIE SHI LUN

# 刑法理性与解释论

魏 东 著

 中国社会科学出版社

KING FA LI XING YU JIE SHI LUN



# 刑法理性与解释论

---

魏 东 著

 中国社会科学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑法理性与解释论 / 魏东著. —北京: 中国社会科学出版社, 2015. 8

ISBN 978 - 7 - 5161 - 6143 - 2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 107013 号

出版人 魏剑英  
责任编辑 孔继萍  
责任校对 郝阳洋  
责任印制 何 艳



出 版 中国社会科学出版社  
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号  
邮 编 100720  
网 址 <http://www.csspw.cn>  
发 行 部 010 - 84083685  
门 市 部 010 - 84029450  
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂  
版 次 2015 年 8 月第 1 版  
印 次 2015 年 8 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16  
印 张 21.5  
插 页 2  
字 数 364 千字  
定 价 82.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换  
电话: 010 - 84083683  
版权所有 侵权必究

献 礼

父亲八十大寿 母亲七十大寿

祝 愿

父母双亲寿比南山幸福安康

# 前 言

刑法解释是近年来学界最为关注的刑法问题之一。从刑法实践看，许多具有重要影响力案件的司法审判，如许霆在 ATM 机上恶意取款案件、吴英非法集资案件以及重庆打黑活动等司法审判，归根结底就是刑法解释问题，由此可见刑法解释的实践重要性。不止中国当下如此，应当说古今中外概莫能外，人类社会的刑法实践，在本质上就是人类社会解释适用刑法的过程。有学者指出，古代“在法的起源初期，法主要是通过解释得以呈现的。当时法律活动的最初垄断者——牧师、祭司、僧侣、占卜官等，在一定意义上也是最初的立法者与阐释者”。那个时候，“法律被视为神意……法并非‘制定’的产物，而毋宁是经解释而得以呈现。法律解释亦无固定确定的‘文本’”<sup>①</sup>。其法理根据正在于，法律解释是法律实践的重要内容，文本的法律条文一般认为只是某种意义上的“死法”，徒法不能自行，只有司法中的、解释中的法律才是“真实的法”。正是因应法律解释的实践重要性，法律解释的理论重要性得以凸显。古代中国的“律学”比较盛行，这是一种本源意义上的刑法解释学，尽管学术界对此问题的研究结论尚有较大争议。就西方而言，有学者认为：“一部西方法学史，就是一部法律解释史。”<sup>②</sup>从理论研究的现象学观察可以发现，刑法解释的理论重要性表现在其已经成为西方法学的显学，并且已逐渐成为中国法学的显学。就法理学而言，西方沿袭古希腊、古罗马时期以及中世纪的法律解释文化传统，经由近代法律解释的方法论传统、现代法律解释思想，形成了当下内容丰富多彩的当代法律解释理论，如当下本体论意义上的法律解释理论，法概念的诠释转向和本体回归理论，从司法三段论到

---

① 陈金钊、焦宝乾等：《法律解释学》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 54—55 页。

② 同上书，第 54 页。



法律论证理论、兼顾法律解释本体论与方法论的法律解释论返璞归真思潮,等等。这方面,从大家耳熟能详的一些法学大家就能感受到,如德国的考夫曼、拉伦茨、茨威格特、哈贝马斯、伽达默尔、魏德士、阿列克西、耶赛克,英国的梅因、哈特、霍布斯、哈耶克,美国的梅利曼、伯尔曼、庞德、博登海默、波斯纳、德沃金、卡多佐,以及其他国家的一些大师级法学家,如福柯(法国)、达维德(法国)、凯尔森(奥地利)等,他们的法解释学论著被大量翻译引进国内。就刑法学而言,现在西方国家主要是发展了一种刑法解释学、刑法教义学的精深学问。<sup>①</sup>就中国而言,现在中国法律学界比较一致的看法是:中国特色社会主义法律体系基本形成之后,法律解释与适用才是最重要的任务!法律解释学逐渐成为法学主导,昌盛发达。有学者称:“当前,中国法学正迎来学者所谓‘方法论觉醒’的时代。”<sup>②</sup>一大批法学教授和专家人员专攻法律解释学、法律方法论,比较知名的法律解释学者如谢晖、陈金钊、焦宝乾、桑本谦、杨仁寿、葛洪义、范进学以及最高人民法院法官孔祥俊,民法学界梁慧星、王利明、徐国栋,诉讼法学界陈瑞华、万毅,刑法学界赵秉志、张明楷、陈兴良等。许多高等院校还专门开设了法理学法学方法论、部门法学方法论的课程。正是在这种大背景下,刑法解释学、刑法教义学逐渐成为中国刑法学主导。<sup>③</sup>现在四川大学法学院的部分老师也开始关注法解释学问题,这是一个十分可喜的现象。刑法解释学实际上是很前卫的,是解释哲学、规范哲学与实践哲学的有机统一体,里面大有学问。几乎所有前卫的哲学思潮、法理学理论、刑法理论都深刻影响着刑法解释学,如法哲学与法神学、哲学诠释学与规范教义学、法政治学与法社会学、概念法学与实证法学、刑事政策学与犯罪学、立法学与司法学,以及刑法学之下的刑法基本原则原理、犯罪论原理、刑罚论原理、风险刑法观、敌人刑法观、行为无价值论与结果无价值论、客观归责论与主观归责论,等等。张明楷教授较

① 参见[德]沃尔福冈·弗里希《法教义学对法发展的意义》,赵书鸿译,载《比较法研究》2012年第1期;周详《教义刑法学的概念与价值》,载《环球法律评论》2011年第6期;雷磊《法教义学的基本立场》,载《中外法学》2015年第1期。

② 陈金钊、焦宝乾等:《法律解释学》,中国政法大学出版社2006年版,第54页。

③ 参见陈兴良《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,序言第1页;周详《教义刑法学的概念与价值》,载《环球法律评论》2011年第6期;冯军《刑法教义学的立场和方法》,载《中外法学》2014年第1期;张明楷《也论刑法教义学的立场》,载《中外法学》2014年第2期。

早地关注并深入展开刑法解释学研究，他强调刑法解释学不是低层次的法律注释，而是兼容了刑法哲学、规范哲学、解释哲学和刑法实证的一门高深学问，应当认识到刑法解释学代表了中国刑法学发展方向，其个人专著《刑法学》被称为是当今刑法解释学的杰出典范，其另一本个人专著《刑法分则的解释原理》也深受法律界同仁的热烈追捧，一版再版，以至于有人惊呼：“张明楷时代到来了！”这是有其内在必然性的，“张明楷现象”能很好地诠释刑法解释学的理论价值和实践的重要性。

刑法解释作为本书的核心论题，正是基于刑法解释是近年来学界最为关注的刑法问题之一这样一种判断所作出的选题。笔者对刑法解释的关注和研究，是近十年来作出的一种学术转型，此间形成的学术研究成果尽管尚不十分系统，但是有了一定量的积累并且大致形成了一些初步见解，公开发表了十余篇相关学术论文，出版了《中国当下刑法解释论问题研究——以论证刑法解释的保守性为中心》《刑法观与解释论立场》《刑法解释论丛》（第一卷）和《保守的实质刑法观与现代刑事政策立场》等专著，其中提出了“刑法解释的保守性”命题，对中国当下刑法解释论问题进行了全方位思考和检讨。在刑法解释论问题的思考和检讨过程中，笔者并不局限于学界已有的研究结论，而是本着学术独立性和原创性的治学立场，对学界的既有学术成果进行批判性反思，并力求得出某种更具新意和合理性的理论见解，此种学术努力可以在本书中若干篇目的论述里找到，也成为本书一个较为明显的特点。除了提出刑法解释的保守性命题之外，笔者在刑法解释论研究中还体会到，就解释论刑法解释可能并不周全，甚至难以获得刑法解释结论的正当性，许多刑法解释论问题的理论研究恰恰具有某种“功夫在诗外”的特点，这种学术特点不仅表现在刑法解释论必须借助法理学意义上的法解释学原理，当然包括法解释学通常必须内含研究的哲学解释学、语言哲学（语用哲学）、人类文化学等理论智识，还表现在通常被刑法解释论视为与其并列的其他刑法学原理（其在本原意义上是整理刑法论的主体内容），如罪刑关系论、犯罪构成论（狭义犯罪论）、共同犯罪论、罪数论（与竞合论）、刑罚论以及刑事政策论等理论智识。尤其是后者，刑法解释论者有时会在不经意间将其“贬斥”为刑法解释论的附庸，甚至在某些特定场合不顾整体刑法论主体内容的逻辑自洽性而对刑法规范作出某种“出格而新奇”的解释结论，形成某种“公说公有理，婆说婆有理”的学术格局。比如，宏观的刑法立法论、罪

刑法定原则与现代刑事政策原理所宣扬的“自由最大化、秩序的必要性和最低限度化”等价值权衡原理，微观的不作为犯之特定作为义务根据论、共犯论、法条竞合论等规范法学原理，在某些特定法条和某些特定个案的刑法客观解释、实质解释之中被公然逾越悖逆，沦为某种奇葩解释结论的牺牲品，相应地，特定个案中的行为人也就“被解释”为罪犯并通过刑法解释论成为法治祭品。这方面的典型事例并非偶然或者极为罕见，由此引发的刑法解释论问题尤其值得关注和反思：刑法解释论必须关照和回应整体刑法论原理的全部内容，刑法解释论不能影响或者忽视整体刑法论原理的一体化研究，唯有如此，方能有效杜绝刑法解释论的“任性”！中国学者邓正来、苏力、陈瑞华等对法条主义、法教义学、刑法教义学表达了某种理论质疑和学术担忧，<sup>①</sup>其中内含了这种学术反思。德国学者沃尔福冈·弗里希更是深刻指出：“实定刑法中的许多概念如果仅靠解释的方法也是不可能弄明白的。因此不能幼稚地相信靠着解释就能够回答如下问题：结果犯中行为和结果间必然联系的问题、确定未必故意的合理界限问题、正确区分正犯与共犯的问题，以及在不真正不作为犯中，作为不参与特定流程的保证人在其提供担保后因为不作为的行为等值性而受刑罚处罚的问题。对于这些问题，靠着传统的解释方法是根本不可能作出回答的。在这种情况下，唯一可能起推动作用的就是那些相对复杂一些的理论 and 理论模式的发展。这种理论和理论模式为现实中出现的具体问题，以及在解决这些问题中应当考虑的具有现实意义的法的价值和原则，它们能够提供 一个充满理性，公正以及实用的答案。”<sup>②</sup>按照笔者理解，沃尔福冈·弗里希此处所强调的问题是，刑法解释论并非全知全能地解决刑法适用中的一切问题，刑法解释论不能替代、更不能忽略整体刑法论原理的一体化研究，否则，刑法解释论不但在刑法理论研究中形成阻滞，更无法合理解决刑法适用问题。因此，本书在刑法解释理性检讨之中安排了较多篇幅对整体刑法论原理中的部分内容展开研讨，诸如刑法研究方法、风险刑法理论、犯罪构成论、行为犯原理、不作为犯论、共犯论、防卫过当论、法

① 参见邓正来《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》，商务印书馆2006年版，第65页；苏力《法条主义、民意与难办案件》，载《中外法学》2009年第1期；陈瑞华《刑事诉讼的中国模式》，法律出版社2008年版，代序言第4页。

② [德]沃尔福冈·弗里希：《法教义学对法发展的意义》，赵书鸿译，载《比较法研究》2012年第1期。



条竞合论以及刑法修正理论等，其与刑法解释论理性检讨的关联性以及其重要理论价值也就不言自明。

魏东

2015 年 3 月 11 日

于四川大学法学院办公室

# 目 录

|                                       |       |
|---------------------------------------|-------|
| 前言 .....                              | (1)   |
| 第一章 我国当下刑法解释论之争再检讨 .....              | (1)   |
| 第二章 刑法解释的保守性命题 .....                  | (21)  |
| 第三章 立法原意对刑法解释的意义 .....                | (50)  |
| 第四章 刑法研究方法检讨 .....                    | (63)  |
| 第五章 风险刑法理论检讨 .....                    | (91)  |
| 第六章 和谐社会的刑事法治理性 .....                 | (137) |
| 第七章 社会危害性理论与实质刑法观的<br>关联关系与风险防范 ..... | (148) |
| 第八章 我国传统犯罪构成理论的实质与逻辑 .....            | (159) |
| 第九章 行为犯原理的新诠释 .....                   | (171) |
| 第十章 我国不纯正不作为犯之作为义务根据的完善 .....         | (185) |
| 第十一章 法条竞合之特别关系的具体类型与界定方法 .....        | (224) |
| 第十二章 我国共犯论的知识性考察 .....                | (239) |
| 第十三章 教唆犯根据论的立体诠释 .....                | (274) |
| 第十四章 特别防卫权的规范解释与滥用责任 .....            | (289) |
| 第十五章 刑法修正案观察与检讨 .....                 | (305) |
| 第十六章 首例“男男强奸案”的刑法解释论分析 .....          | (317) |
| 致谢 .....                              | (332) |

## 第一章

# 我国当下刑法解释论之争再检讨\*

中国当下刑法解释论学术之争尽管广泛而深刻，关涉刑法解释的价值、立场与方法等诸方面内容，但是其中最主要的也是最受关注的学术争论是刑法的主观解释与客观解释之争、形式解释与实质解释之争。针对这一状况，笔者近年来提出并初步论证了“刑法解释的保守性”命题，主张在入罪解释场合下，为侧重贯彻刑法人权保障价值，应以刑法主观解释和刑法形式解释为原则（即主张坚守刚性化、形式化的入罪底线的原则立场），同时为适当照顾刑法秩序维护价值，仅应谨慎地准许例外的、个别的且可以限定数量的刑法客观解释与刑法实质解释对被告人入罪（即入罪解释的例外方法）；在出罪解释场合下，为侧重贯彻刑法人权保障价值，应主张准许有利于被告人出罪的刑法客观解释与刑法实质解释这样一种常态化刑法解释立场，不得以刑法主观解释与刑法形式解释反对有利于被告人出罪的刑法客观解释与刑法实质解释；在刑法（立法）漏洞客观存在的场合，应在坚持刑法漏洞由立法填补的原则下，准许有利于被告人出罪的刑法解释填补，反对入罪的刑法解释填补（即司法填补）。<sup>①</sup>应当说，刑法解释的保守性命题在学界引起了一定关注。有的学者比较认同，<sup>②</sup>有的学者则在部分认同的基础上提出了较多质疑，其中尤以陈兴良

---

\* 本章系笔者所承担的2012年度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》的阶段性成果之一（课题批准号：12AFX009）。

① 参见下列论著：魏东：《论社会危害性理论与实质刑法观的关联关系与风险防范》，载《现代法学》2010年第6期；魏东：《保守的实质刑法观与现代刑事政策立场》，中国民主法制出版社2011年版，第8—10、17—30页；魏东主编：《中国当下刑法解释论问题研究——以论证刑法解释的保守性为中心》，法律出版社2014年版，第125—130页。

② 参见王蕾、王德政《形式与实质的艰难权衡——评魏东教授〈保守的实质刑法观与现代刑事政策立场〉》，载《中外企业家》2013年第2期。

教授和劳东燕教授批评“刑法解释的保守性”命题在基本立场上难以区别于刑法的形式解释论,并且是“以对形式解释论的误解为前提的”的观点具有一定代表性。<sup>①</sup>

那么,刑法的形式解释与实质解释之争、主观解释与客观解释之争和刑法解释的保守性命题之间有着怎样的勾连关系?进而,刑法解释的保守性命题有无充分的法理基础与学术价值?对于这些重大理论问题,本章在此前已作出初步回应的基础上,<sup>②</sup>再作深入检讨。

## 一 主要争点

观察了解学界关于刑法的主观解释与客观解释之争、形式解释与实质解释之争的主要争点,剖析刑法解释学术之争的内核与困境,是深刻阐释刑法解释的保守性命题的重要前提和基础。

刑法的主观解释与客观解释之争在德日刑法学界早已存在,其作为德日刑法解释理论(法解释学)的伴随物在其引入中国之际即在中国出现,可以说,中国学界关于刑法的主观解释与客观解释之争就是德日刑法解释论学术论争在中国的部分沿袭,是当下中国刑法解释论之争的重要方面,值得认真对待。之所以说其是德日刑法解释论学术之争的“部分沿袭”,是因为当下中国刑法的主观解释与客观解释之争既有部分争论内容雷同于德日刑法解释论之争,还有部分争论内容是中国“自己的”,即中国刑法的主观解释与客观解释之争之中融入了当下中国国情,尤其是当下中国法治发展水平的特别考量。

刑法的主观解释论,又称为主观说、立法者意思说,主张刑法解释的

---

<sup>①</sup> 参见陈兴良主编《刑事法评论》第28卷,“主编絮语”第2—3页;劳东燕:《刑法解释中的形式论与实质论之争》,载《法学研究》第2013年第3期;蔡鹤:《“刑法解释的保守性”论评析》,载魏东主编:《中国当下刑法解释论问题研究——以论证刑法解释的保守性为中心》,法律出版社2014年版,第235—246页;邓君韬:《关于刑法解释问题的思考——兼评魏东教授“刑法解释保守性”学术见解》,载魏东主编:《中国当下刑法解释论问题研究——以论证刑法解释的保守性为中心》,法律出版社2014年版,第253—260页;陈自强:《合理性原则是刑法解释的根本原则》,载魏东主编:《中国当下刑法解释论问题研究——以论证刑法解释的保守性为中心》,法律出版社2014年版,第246—253页。

<sup>②</sup> 参见魏东主编《中国当下刑法解释论问题研究——以论证刑法解释的保守性为中心》,法律出版社2014年版,第125—130页。

目标在于阐明刑法立法时立法者的意思，或者说刑法的立法原意与立法本义。在“刑法的立法原意与立法本义”的意义上，主观解释论还可以成为立法原意说、立法本义说。主观解释论有其特定的哲学基础、政治理论基础和法理基础。<sup>①</sup> 刑法的主观解释论的法理基础是强调刑法的安定价值和人权保障机能（同时也需要适当兼顾秩序维护机能），突出强调在现行刑法规定之下应当确保无罪的人不受刑事追究，较为充分地体现了传统罪刑法定原则的基本精神。刑法的客观解释论，又称为客观说、法律客观意思说，主张刑法解释的目标在于阐明解释时刑法规范文本客观上所表现出来的意思，而非刑法立法时立法者的意思，以适应与时俱进的社会现实之客观需要。刑法的客观解释论的法理基础在于强调司法公正和秩序维护机能（但是并不公开反对人权保障机能），尤其强调在现行刑法框架之下确保法益保护和秩序维护的现实需要。除主观解释论与客观解释论之外，学术界还有学者提出了折中说与综合解释论。中国台湾学者林山田即主张综合解释论，强调对于新近立法或者立法时间间隔不久的法律，采用主观说；对于立法时间间隔较长的法律，则“应着重客观意思，以为解释”<sup>②</sup>。因此，周全地考察，应当说刑法解释论客观上存在主观解释论、客观解释论与综合解释论之争，而不仅仅是主观解释论与客观解释论之争。

那么，中国刑法学者对刑法的主观解释与客观解释之争的基本态度如何？有学者指出，就刑法解释立场而言，目前不仅德日刑法解释立场是客观解释，而且中国也当然是客观解释，此点不存在争议或者说不应存在争议。如陈兴良教授和王政勋教授等学者明确主张客观解释并反对主观解释，认为这是中国的刑法解释应当坚持的立场和目标问题。<sup>③</sup> 但是，另有学者考证指出，尽管德日等法治发达国家已经较多地主张采用刑法客观解释立场，但是，由于我国具有特殊国情，尤其是现阶段我国的法治基础薄弱，人治、专制传统过于强大，人权保障缺失严重，重刑思想根深蒂固等

① 许发民：《论刑法客观解释论应当缓行》，载赵秉志主编：《刑法论丛》（第23卷、2010年第3卷），法律出版社2010年版，第165—191页。

② 参见魏东《保守的实质刑法观与现代刑事政策立场》，中国民主法制出版社2011年版，第18页。

③ 陈兴良教授称：“在刑法解释的立场上，我是主张客观解释论的。但在刑法解释的限度上，我又是主张形式解释论的，两者并行不悖。其实，主观解释论与客观解释论的问题，在我国基本上已经得到解决，即客观解释论几成通说。我国最高人民法院在有关的指导性案例中，也明显地倡导客观解释论。”参见陈兴良《形式解释论的再宣示》，载《中国法学》2010年第4期。



原因,<sup>①</sup>我国现阶段不适宜完全采用客观解释论。再者,我国台湾地区也有刑法学者(如林山田等)主张原则上应采用主观解释,例外采用客观解释的综合解释立场(即折中说立场),这对于我国现阶段不宜完全采用客观解释论也提供了佐证。

而刑法的形式解释与实质解释之争,是在相当意义上独具“中国特色的”刑法解释论之争。<sup>②</sup>我国刑法学界大约在21世纪之交开始出现刑法的形式解释与实质解释之争,这一学术争论常常也放置于更为广阔的形式刑法观与实质刑法观之争之中。我国刑法学界甚至认为,关于刑法的形式解释(形式刑法观)与实质解释(实质刑法观)之争十分深刻并特别引人注目,<sup>③</sup>可以说是中国刑法学界开始出现所谓的“刑法学派之争”的一个重大事件。陈兴良教授较早关注到中国刑法学界出现的关于形式主义刑法学与实质主义刑法学之争这一学术现象,其中明确指出我国出现了形式解释论与实质解释论的区分,并且指出这是在德日刑法学中并未发生过的现象。

刑法的形式解释论认为,形式解释以罪刑法定原则为核心,主张在对法条解释时,先进行形式解释——刑法条文字面可能具有的含义,然后再进行实质解释——刑法条文规定的是有严重社会危害性的行为方式;在判断某一行为是否构成犯罪时,先对行为进行形式解释——看该行为是否包含于刑法条文之中,然后再作实质解释——看行为是否具有严重的社会危害性。刑法的实质解释论认为,刑法解释应以处罚的必要性为出发点,主张对法条解释时,首先应直接将不具有实质的处罚必要性的行为排除在法条范围之外,亦即首先实质地判断某种行为是属于具有处罚必要性的社会危害性行为;在对行为进行解释时,应先从实质解释出发——看行为是否具有处罚的必要性,然后再进行形式解释——看刑法条文的可能含义是否

---

① 参见许发民《论刑法客观解释论应当缓行》,载赵秉志主编《刑法论丛》(第23卷、2010年第3卷),法律出版社2010年版,第165—191页。

② 魏东主编:《中国当下刑法解释论问题研究——以论证刑法解释的保守性为中心》,法律出版社2014年版,第122—123页。

③ 典型表现是《中国法学》2010年第4期同时发表了著名刑法学家陈兴良教授和张明楷教授的争鸣文章:陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期;张明楷:《实质解释的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。

涵盖了该行为方式。<sup>①</sup>

那么,中国刑法学者对刑法的形式解释与实质解释的基本态度是怎样的?大致可以说,目前我国刑法学界形式解释以陈兴良教授和邓子滨研究员等为代表,实质解释以张明楷教授、刘艳红教授和苏彩霞教授等为代表。作为中国刑法学大家举臂的陈兴良教授和张明楷教授于2010年同时在我国权威法学理论刊物上发表文章,各自系统地阐述了其所坚持的刑法的形式解释与刑法的实质解释的基本立场观点。<sup>②</sup>邓子滨研究员在关注到我国刑法解释论出现形式解释与实质解释之争的基础上,明确主张刑法的形式解释并反对刑法的实质解释,提出对于中国实质主义刑法观应当予以批判,而不是轻描淡写的批评。<sup>③</sup>刘艳红教授针对刑法的形式解释与实质解释之争也进行了论辩,明确主张刑法的实质解释并反对刑法的形式解释。<sup>④</sup>笔者曾经提出过应坚持保守的实质解释(或者单面的实质解释)的学术见解,其中分析提出了激进的实质解释(或者双面的实质解释)可能存在严重侵犯人权的巨大风险的某种担忧并对激进的实质解释论进行了有利于充分实现人权保障机能并适当限缩秩序维护机能的某些修正,并主张应当适当吸纳形式解释的某些合理因素,因而可以说笔者在总体立场上主张应当兼顾吸纳刑法的实质解释和形式解释的合理内核,<sup>⑤</sup>而并非片面地主张刑法的实质解释或者刑法的形式解释。

① 参见刘志刚、邱威《形式解释论与实质解释论之辨析》,载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第3期。

② 该两篇文章是:张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期;陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期。

③ 陈兴良教授在本书序中称:“甫见《中国实质刑法观批判》这一书名,就令人眼前一亮,似乎嗅到了扑面而来的学术火药味,但我还是为之叫好……以‘批判’一词而入书名的,不仅法学界没有,人文社会科学界也极为罕见。”邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版,序第1页。

④ 刘艳红教授称:“在陈兴良教授的建议下,出版时我将题目修改为目前的‘实质刑法观’”,见刘艳红《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年版,第254页;同时又强调“应倡导实质的刑法解释观”,见刘艳红《走向实质的刑法解释》,北京大学出版社2009年版,前言第2页。对此,陈兴良教授曾经强调说,在中国刑法学者中,刘艳红教授是当时公开声明坚持实质主义刑法观立场的唯一的一位刑法学者。参见陈兴良《走向学派之争的刑法学》,载《法学研究》2010年第1期。

⑤ 参见魏东《保守的实质刑法观与现代刑事政策立场》,中国民主法制出版社2011年版,第3—10页。

## 二 内核与困境

中国刑法的主观解释与客观解释之争、形式解释与实质解释之争之间有无共同内核？通过梳理中国刑法解释论之争的主要争点的基本内容，尽管我们可以说，刑法的主观解释与客观解释之争所关注的是刑法解释的立场和目标，刑法的形式解释与实质解释之争所关注的是刑法解释的方法与限度。<sup>①</sup>但是，我们仍然可以发现中国刑法解释论之争的内核，在于如何合理权衡中国刑法的秩序维护机能与人权保障机能之间的紧张关系（同时还包括合理权衡刑法立法公正与刑法司法公正之间的紧张关系），以最终达致某种最佳价值权衡状态。<sup>②</sup>此种“最佳价值权衡状态”，按照现代刑法罪刑法定原则的要求，应当是在适当照顾刑法的一般公正、形式公正、秩序维护的前提下尽力实现刑法的个别公正、实质公正和人权保障，其中至为重要和关键的价值权衡原理应当说是在适当照顾刑法的秩序维护机能的前提下尽力实现刑法的人权保障机能。所谓“尽力实现”，应当理解为“最大限度地实现”，即最大限度地实现刑法的人权保障（以及个别公正、实质公正）。应当说明的是，之所以特别强调人权保障机能，主要是因为，尽管个别公正和实质公正必须言说并加以考量，但是理论上对于个别公正、实质公正的具体界定往往存在较大“任性”和模糊性；有些论述甚至是非难辨，给人一种莫衷一是的感觉。但是，理论上对于人权保障（价值机能）通常不会产生歧义，其是指罪刑法定原则下被告人（以及犯罪嫌疑人和已决罪犯）的人权保障。这是刑法解释论学术研讨时必须予以特别关注和申明的理论问题，刑法解释论不但要强调人权保障价值机能的确定性、可把握性，更要强调刑法解释价值权衡时所必须达致的“最大限度地实现人权保障”（同时必须兼顾最低限度的必要秩序维护价值），如此，方能完美契合现代刑法罪刑法定原则的人权保障价值。

① 理论上一般认为，刑法的主观解释论与客观解释论之争，不能完全对应于刑法的形式解释论与实质解释论之争；反之也一样，刑法的形式解释论与实质解释论之争，也不能完全对应于刑法的主观解释论与客观解释论之争，因为，前者争论所针对的问题是刑法解释的立场和目标并以此作为划分标准，而后者争论所针对的问题是刑法解释的方法与限度并以此作为划分标准，两种争论不应混同。

② 魏东主编：《中国当下刑法解释论问题研究——以论证刑法解释的保守性为中心》，法律出版社2014年版，第123—125页。

刑法的主观解释与客观解释，其在刑法解释的不同立场和目标问题上存在某种突出的矛盾与质疑，二者之任何一种刑法解释论若独立行事则均存在有得有失的理论困境：

其一，刑法的主观解释特别强调了刑法立法的一般公正和刑法司法的形式公正，但是，在刑法立法存在不足，尤其是存在不适应“当下”社会发展需要之不足（包括当下应定罪而没有定罪的立法规定与当下不应定罪而有定罪的立法规定）的情况下，刑法的主观解释难免部分地忽视了“当下”刑法司法的个别公正和实质公正（此外还有刑法的主观解释所强调的“立法者的原意”或者说“文本原意”与“立法本义”本身难于获得准确认定等质疑）。刑法的主观解释作为一种理论解决方案其应该说是得有失：其“有得”在于，对于“当下应定罪而没有定罪的立法规定”之情形，严格按照罪刑法定原则的要求，刑法的主观解释通常能够确保司法上作出出罪的解释结论（但对于个别例外情况的例外解释问题待后文详述），从而有利于实现罪刑法定原则的人权保障功能；其“有失”在于，对于“当下不应定罪而有定罪的立法规定”之情形，因机械执行罪刑法定原则的要求，刑法的主观解释通常会确认司法上作出入罪的解释结论，却不利于实现罪刑法定原则实质侧面的人权保障功能。这个简单分析表明，单纯采用刑法的主观解释是存在矛盾和疑问的，其在“当下不应定罪而有定罪的立法规定”的情形下刑法的主观解释可能并不利于实现刑法司法的个别公正和实质公正，从而也并不利于有效实现人权保障机能，因而让主观解释在刑法解释上独行其道并不合理。

其二，刑法的客观解释是为了弥补前述主观解释之不足而特别强调了刑法司法的个别公正和实质公正，其预设的理论前提是即使刑法立法公正不足是难免的且是随着社会发展而更加凸显的，但刑法司法公正是必须实现的且可以实现的，其理论解决方案就是通过刑法的客观解释填补立法不足以实现司法上的个别公正和实质公正。但是，刑法的客观解释这个理论解决方案应该说也是有得有失：其“有得”在于，对于“当下不应定罪而有定罪的立法规定”之情形，通过刑法的客观解释，有利于得出出罪的解释论，有利于实现司法上的个别公正、实质公正（以及罪刑法定原则实质侧面的人权保障功能）；但是，其“有失”在于，对于“当下应定罪而没有定罪的立法规定”之情形，即在刑法立法之文本原意并不具备含摄现实社会生活，尤其是不具备含摄“当下”社会具有社会危害性行