



Criminal Law
Interpretation Review VOL.2

刑法解释

特稿

刑法解释保守性命题的学术价值检讨

——以当下中国刑法解释论之争为切入点 / 魏东

专论

刑法解释方法位阶性的质疑 / 周光权

作为刑事裁判文书说理方法的“类推” / 刘树德 孙运英

罪刑法定的刑法意蕴与解释目的性的出发点 / 孙万怀

刑法规范目的的发现与厘清

——基于权力与权利平衡的视角 / 时延安

刑法目的解释的基础理论考察 / 田维

刑法解释中的目的性限缩及其涵摄下的具体适用

——以“在公共交通工具上抢劫”为中心的考察 / 陈伟

学理解释争鸣

基于政策与立法的关系看《刑法修正案（九）》 / 钟凯

以案释法

快递公司分拣员窃取邮包行为定性分析

——以杨某窃取邮包二审无罪案展开 / 苏云 张理恒

卖房屋案的刑法解释适用 / 伍秋妮

刑法创新论坛

刑法解释视野下的“竞合论”与“互斥论” / 陈山

我国刑法中过失危险犯的存在性争议

——兼评《刑法》第330条、第332条、第337条的立法 / 李侠

刑事辩护论坛

辩护权独立性之内涵辨析 / 田文昌 邹佳铭

外国与比较刑法

不作为的共同犯罪 / [德] 弗尔克·哈斯 文 王德政 译

魏东 主编

2016

第2卷

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

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.2

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）

高铭喧	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
卢勤忠	张心向	姜涛	陈洪兵
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

刑法解释

魏东主编

胡东飞 莫晓宇 副主编

2016

第2卷

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法解释. 第2卷 / 魏东主编. —北京:法律出版社, 2016. 10

(刑法解释论坛)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0099 - 7

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(2016)第 253632 号

刑法解释(第2卷)
魏东主编

编辑统筹 法律应用出版社
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 北京玺诚印务有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
印张 22.25
字数 430 千
版本 2016 年 11 月第 1 版
印次 2016 年 11 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 - 5197 - 0099 - 7

定价:56.00 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

《刑法解释》(第2卷)共载文24篇。

本卷“特稿”和“专论”栏目共收录了8篇长篇论文,较为鲜明地彰显了本论丛的学术特色和理论水准。本人拙作《刑法解释保守性命题的学术价值检讨——以当下中国刑法解释论之争为切入点》,论述了刑法解释保守性命题在当前我国刑法解释之争中的学术价值,主张合理权衡秩序维护与人权保障的紧张关系,以达致在适当照顾刑法秩序维护机能的前提下尽力实现刑法的人权保障机能的^①最佳价值权衡状态,在个案中要区分不同情形具体确认刑法解释的妥当性。周光权教授在《刑法解释方法位阶性的质疑》一文中指出,具体解释方法各有其局限,难以确认解释方法在刑法解释中的^②优位性,应当在解释中各取所需,在兼顾犯罪论体系、规范目的、国民认同、处罚必要性等复杂因素的基础上,选择不同的解释方法,平衡处罚犯罪与保障人权的关系。刘树德博士作为最高人民法院法官,在其领衔写作的《作为刑事裁判文书说理方法的“类推”》一文中指出,“类推”存在三个维度,即作为法律解释方法的“类推解释”、作为法律推理的“类比推理”和作为法律适用的“类推制度”,该文以多个实际案例对类推的适用问题进行了分析,呼吁在同一层面或维度内对“类推”进行言说,并强调类推推理须接受罪刑法定原则的考问。孙万怀教授在《罪刑法定的刑法意蕴与解释目的性的出发点》一文中指出,罪刑法定原则包含有实质性内涵,刑法的稳定性需要服从于更高的正义,不能机械地进行理解和划分,刑法的解释应当遵循更高的目的性,将人道性与宽容性作为法律解释的道德诉求。时延安教授的论文《刑法规范目的的发现与厘清——基于权力与权利平衡的视角》指出,刑法解释要融入对权利保障与权力实施的考量,妥当论证刑法的规范目的。青年刑法学者田维博士的《刑法目的解释的基础理论考察》和郑莉芳博士的《论刑法目的解释的规则与应用》,均提出了刑法目的解释是极其重要和特殊的解释方法,需要厘清其基本理论,对其适用进行特别规制。陈伟教授撰文《刑法解释中的目的性限缩及其涵摄下的具体适用——以“在公共交通工具上抢劫”为中心的考察》指出,“在公共交通工具上抢劫”作为抢劫罪的加重情节,须根据其条文目的性限缩的要求进行评判和裁量。

本卷“司法解释评析”栏目共收录了1篇学术论文,系本人与德阳市中级人民法院

院李勤院长领衔写作的《非法集资罪案所涉法律及解释规范梳理与实务研讨》,对非法集资类案件所涉及的相关法律法规、司法解释进行了梳理,并结合司法实务工作,对此类案件的相关问题进行了归纳总结并提出了相应的对策建议。

本卷“学理解释争鸣”栏目共登载了6篇论文,前5篇论文集中针对《刑法修正案(九)》的相关问题分别进行了不同角度的专门研讨。另一篇论文是由饶璟博士领衔写作的《〈刑法〉第16条的法教义学分析》,针对不可抗力 and 意外事件展开法教义学研讨。

本卷“实务界声音”栏目共选载了2篇论文,选登了挂职基层人民法院院长助理的李凯博士所撰写的论文《中国刑法中结果加重犯的“新常态”——以危险驾驶罪与交通肇事罪之关系为例证》,挂职基层人民检察院副检察长的刘沛谓博士领衔写作的《刑法规范的冲突与解释——以串通投标罪的解释适用为例证》一文。

本卷“以案释法”栏目登载了2篇学术论文。苏云博士和张理恒博士合作的《快递公司分拣员窃取邮包行为定性分析——以杨某窃取邮包二审无罪案展开》,以具体案例论述了此类行为所涉职务侵占罪与盗窃罪等罪名的适用问题。伍秋妮硕士撰文《盗卖房屋案的刑法解释适用》,从不同的实际案例着眼,对盗卖房屋案件所涉刑法问题进行了详述。

本卷“刑法创新论坛”栏目收录了2篇学术论文。陈山教授所著的《刑法解释视野下的“竞合论”与“互斥论”》,对法条特别关系中的“竞合论”与“互斥论”进行论述,提出了支持“阶层式犯罪体系”的“竞合论”的观点。李侠博士所作之《我国刑法中过失危险犯的存在性争议——兼评〈刑法〉第330条、第332条、第337条的立法》一文,对我国刑法过失危险犯的争议问题进行了分析,认为前述之三条规定并非过失危险犯的例证,而是立法为救济司法证明难题而进行的特殊立法。

本卷“刑事辩护论坛”系新增设栏目,共收录1篇学术论文和1则刑事辩护研讨会综述,既便于刑法学者了解刑事辩护的理论和实践,也便于辩护律师研讨刑事辩护策略技术,尤其有利于刑事法学者站在刑事一体化立场上观察刑法解释论问题。田文昌教授和邹佳铭博士合著的《辩护权独立性之内涵辨析》一文,提出了辩护权本质上从属于当事人,其独立性指向的是外部干扰,仅在保障人权、消极不阻碍真相发现、法律技术性辩护策略等特定情形下独立于当事人的观点。田文昌教授、龙宗智教授、左卫民教授、魏东教授等合作整理的《“刑辩独立性与有效性”学术研讨会综述及发言摘要》,对众多资深专家和新锐律师就刑事辩护的有效性和独立性问题所进行的学术研讨和思想碰撞进行了叙事性描述,可谓火花四溅、发人深省。

本卷“外国与比较刑法”亦系新增设栏目,宗旨在于学习借鉴国外刑法理论研究的最新成果,收录了1篇德国刑法学术论文。弗尔克·哈斯大作《不作为的共同犯罪》,由王德政博士翻译,对不作为的共同犯罪中正犯与共犯的区分进行了研讨,从行为人在共同犯罪中的不同身份着眼,提出了判定其在不作为的共犯中系正犯抑或共犯的标准。他山之石可以攻玉,值得我们学习和反思。

卷首语

/ 1

特 稿

刑法解释保守性命题的学术价值检讨

——以当下中国刑法解释论之争为切入点

魏 东 / 1

专 论

刑法解释方法位阶性的质疑

周光权 / 18

作为刑事裁判文书说理方法的“类推”

刘树德 孙运英 / 40

罪刑法定的刑法意蕴与解释目的性的出发点

孙万怀 / 55

刑法规范目的的发现与厘清

——基于权力与权利平衡的视角

时延安 / 65

刑法目的解释的基础理论考察

田 维 / 76

论刑法目的解释的规则与应用

郑莉芳 / 97

刑法解释中的目的性限缩及其涵摄下的具体适用

——以“在公共交通工具上抢劫”为中心的考察

陈 伟 / 105

司法解释评析

非法集资罪案所涉法律及解释规范梳理与实务研讨

魏 东 李 勤 钟 凯 李 红 / 115

学理解释争鸣

刑法总则的修改与检讨

——重点针对《刑法修正案(九)》

魏 东 / 144

基于政策与立法的关系看《刑法修正案(九)》

钟 凯 / 160

《刑法修正案(九)》中“等”之解释

邓 浩 / 174

理念沟通与细微解释

- 《刑法修正案(九)》部分条款检讨 邓君韬 伏浩 / 190
- 强制猥亵罪背景下的强奸男性行为
- 评《刑法修正案(九)》第13条第2款 王德政 / 199
- 《刑法》第16条的法教义学分析
- 兼谈偶然防卫“无罪说”的立法依据 饶璟 黄振 / 208

实务界声音

- 中国刑法中结果加重犯的“新常态”
- 以危险驾驶罪与交通肇事罪之关系为例证 李凯 / 219
- 刑法规范的冲突与解释
- 以串通投标罪的解释适用为例证 刘沛谕 梅兴吉 / 237

以案释法

- 快递公司分拣员窃取邮包行为定性分析
- 以杨某窃取邮包二审无罪案展开 苏云 张理恒 / 246
- 盗卖房屋案的刑法解释适用 伍秋妮 / 265

刑法创新论坛

- 刑法解释视野下的“竞合论”与“互斥论” 陈山 / 295
- 我国刑法中过失危险犯的存在性争议
- 兼评《刑法》第330条、第332条、第337条的立法 李侠 / 306

刑事辩护论坛

- 辩护权独立性之内涵辨析 田文昌 邹佳铭 / 317
- “刑辩独立性与有效性”学术研讨会综述及发言摘要
- 田文昌 龙宗智 左卫民 魏东等 / 325

外国与比较刑法

- 不作为的共同犯罪 [德]弗尔克·哈斯文 王德政译 / 339

刑法解释保守性命题的学术价值检讨^{*}

——以当下中国刑法解释论之争为切入点

魏 东^{**}

【内容摘要】刑法解释的保守性命题有利于准确把握当下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的内核,主张合理权衡刑法的秩序维护与人权保障之间的紧张关系,以最终达致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(以及个别公正、实质公正)的最佳价值权衡状态。因此,刑法解释的保守性命题特别注意区分不同情形以具体确认解释个案的妥当性问题:对于“当下应定罪而没有定罪的立法规定”之情形,刑法解释的保守性命题从有利于刑法的人权保障机能的特别考量出发,明确肯定了刑法的主观解释和形式解释因有利于恰当实现刑法的人权保障机能而具有的合理性,同时确认刑法的客观解释和实质解释因不利于恰当实现刑法的人权保障机能而存在的不当性;对于“当下不应定罪而有定罪的立法规定”之情形,刑法解释的保守性命题相应地明确肯定了刑法的客观解释和实质解释因有利于恰当实现刑法的人权保障机能而具有的合理性,同时确认刑法的主观解释和形式解释因不利于恰当实现刑法的人权保障机能而存在的不当性。刑法解释的保守性命题有效契合了罪刑法定原则和刑法谦抑性的基本要求,有利于具体恰当地解决刑法疑难案件的定罪量刑问题,获得了较多刑法学者的认同,具备刑法解释学意义上的充分的正当性。

【关键词】刑法解释的保守性 学术之争 刑法漏洞 适应性

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

^{*} 本文系作者所承担的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”(课题批准号:12AFX009)的阶段性成果之一。

^{**} 魏东:法学博士,四川大学法学院教授、博士生导师,四川大学刑事政策研究中心主任。

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)。^[1]应当说,刑法解释的保守性命题在学界引起了一定关注。有的学者对此比较认同,^[2]有的学者则在部分认同的基础上提出了较多质疑,其中尤以陈兴良教授和劳东燕教授的批评具有一定代表性,他们指出“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”。^[3]

应当说,“刑法解释的保守性”命题具有十分鲜明的针对性,既是针对刑法解释之不同于其他部门法解释的“整体个性”的一体阐释,更是针对刑法解释论内部学术之争的“具体个性”的具体权衡。就后者而言,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。正是针对中国当下刑法解释论学术之争,笔者提出了“刑法解释的保守性”命题,以求化解矛盾并解决问题。那么,中国当下刑法解释论学术之争与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,有无化解矛盾并解决问题之功效?对于这些重大理论问题,本文在此前已作出初

[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。

[3] 参见陈兴良主编:《刑事法评论》(第28卷),北京大学出版社2011年版,“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》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。

步回应的基础上,^[1]再作深入检讨。

一、命题勾连性:中国刑法解释论之争的主要争点

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之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,也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。^[2] 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。我国台湾地区学者林山田即主张综合解释论,他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”。^[3] 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

[1] 主要参见魏东主编:《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。

[2] 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),法律出版社2010年版,第165~191页。

[3] 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。

仅仅是主观解释论与客观解释论之争。

那么,我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又是如何?有学者指出,就刑法解释立场而言,目前不但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。例如,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。^[1]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,由于我国国情特殊,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原因,^[2]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。

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。^[3]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,^[4]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。陈兴良教授较早地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

[1] 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。

[2] 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),法律出版社2010年版,第165~191页。

[3] 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。

[4] 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。参见陈兴良:《形式解释的再宣示》,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。

法条范围之外,亦即首先实质地判断某种行为是否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涵盖了该行为方式。^{〔1〕}

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巨擘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。^{〔2〕}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。^{〔3〕}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。^{〔4〕}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,同时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,^{〔5〕}而非片面地主张刑法的实质解释或者刑法的形式解释。

二、命题针对性:中国刑法解释论之争的内核与困境

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,值得探讨。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

〔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’”,参见刘艳红:《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”,参见刘艳红:《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称,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。

解释与实质解释之争所关注的是刑法解释的方法与限度;^{〔1〕}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。^{〔2〕}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,给人某种莫衷一是的感觉。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)之人权保障。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侧面。

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”本身难以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

〔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。

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可能不合理。

其二,刑法的客观解释似乎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,但刑法司法公正也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);其“有失”则在于,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涵摄现实社会生活,尤其是不具备涵摄“当下”社会具有社会危害性行为的情况下(其属于立法不公正情形之一),解释者也可能试图通过刑法的客观解释对“当下应定罪而没有定罪的立法规定”的立法漏洞加以解释性填补并予以定罪(从而有利于实现刑法的秩序维护机能),那么在此种情形下刑法的客观解释就难免在相当程度上“被迫”背离了“当下”刑法司法不得超越罪刑法定原则所要求的“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”的基本限度,反而有违个别公正和实质公正,客观上走向了刑法人权保障机能的反面。

刑法的形式解释与实质解释,其在刑法解释的不同方法与限度问题上也存在某种矛盾与质疑,并且这种矛盾和质疑大致对应于刑法的主观解释与客观解释在刑法解释的不同立场和目标问题上所存在的矛盾与质疑。刑法的形式解释特别强调了刑法立法的形式正义,但在刑法立法欠缺实质正义,尤其是欠缺不适应“当下”社会发展需要之实质正义的情况下(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),刑法的形式解释对于“当下不应定罪而有定罪的立法规定”之情形,因形式地执行(机械执行)罪刑法定原则的要求而通常会确认司法上作出入罪的解释结论,必然不利于实现“当下”刑法司法的实质公正、个别公正和人权保障机能。而刑法的实质解释特别强调了刑法司法的实质正义,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涵摄现实社会生活,尤其是不具备涵摄“当下”社会具有社会危害性行为的情况下(其属于立法不公正情形之一),解释者将“有理由”试图通过刑法的实质解释对“当下应定罪而没有定罪的立法规定”的立法漏洞加以实质的解释性填补并予以定罪(从而有利于实现刑法的秩序维护机

能),则此种情形下刑法的实质解释同样难免在相当程度上背离了“当下”刑法司法不得超越罪刑法定原则所要求的“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”的基本限度,也有违个别公正并走向实质公正的反面,重创刑法的人权保障机能。

以非法制造大炮的行为的刑法解释为例。由于我国现行《刑法》第125条在形式上(即在规范语言形式上)只规定了非法制造“枪支、弹药、爆炸物”,所以其在刑法立法文本规范形式上遗漏了“大炮”(即在立法形式上存在不当遗漏的现象),在刑法立法文本原意上不能涵摄制造“大炮”(即刑法立法文本原意不具备涵摄“当下”社会具有社会危害性行为)的情况下,其在刑法司法(刑法解释)上就面临如下理论困境:主观解释和形式解释由于强调立法公正和形式正义,主张遵从立法文本原意和形式正义而排除对非法制造大炮的行为予以司法定罪(即使非法制造大炮行为具有严重社会危害性),从而有利于实现刑法的人权保障机能(但是不利于实现刑法的秩序维护机能);而客观解释和实质解释由于强调司法公正和实质正义,主张遵从立法适应“当下”社会发展需要的客观意思和实质正义而肯定对非法制造大炮的行为予以司法定罪(因其属于具有处罚必要性的社会危害性行为),从而有利于实现刑法的秩序维护机能(但是不利于实现刑法的人权保障机能)。^[1] 针对非法制造大炮行为这种“当下应定罪而没有定罪的立法规定”之情形,主观解释和形式解释之解释结论是无罪,从而有利于实现刑法的人权保障机能(因其对行为人不定罪),但不利于实现秩序维护机能(因其不能有效惩治社会危害性行为)。

再以“重庆男子捉奸索财案”的刑法解释为例。^[2] 2010年8月28日中午,重庆男子张明(化名)到妻子工作的美发店找妻子吃饭,没想到撞见妻子与一男子赤身裸体躺在床上,张明血往上涌,回身到厨房拿了菜刀,用刀背对着男子一阵乱砍。张明仍不解气,又要求男子再付5000元精神赔偿费。重庆市万盛区检察院受理批捕此案后,经慎重研究,认为此案系由家庭内部矛盾引发,且张明已将勒索的钱退还给被害人,没有造成严重后果,社会危害性不大;张明系初犯、偶犯,事出有因;加之张明妻子也表示对其行为追悔莫及,希望司法机关对张明从宽处理,夫妻之间仍存有感情,对张明不批捕有利于夫妻感情和家庭稳定,有利于社会和谐。综合以上因素考虑,人民检察院依法作出不批捕决定,最终对张明做了无罪处理。该案中张明的行为在形式上完全符合刑法文本规定的敲诈勒索罪(《刑法》第274条),属于“当下不应定罪而有定罪的立法规定”之情形,主观解释和形式解释的解释结论即可对张明定罪,不利于实现刑法的人权保障机能(以及个别公正和实质公正);而客观解释和实质解释的解释结论却可

[1] 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5页。

[2] 《男子捉奸在床勒索触法 检察院不予批捕》,载新华网:http://news.xinhuanet.com/legal/2010-09/18/c_12582991.htm,最后访问日期:2010年9月18日。

以不对张明定罪,反而有利于实现刑法的人权保障机能(以及个别公正和实质公正)。推而广之,我们司法实践中出现的一些微罪不诉、酌定不诉、附条件不起诉,以及不少案件以“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”为由而不定罪的情形,均属于通过客观解释与实质解释出罪的情况,而这恰恰是主观解释和形式解释所无法“符合逻辑”地得出的解释结论。针对众多类似张明行为这种“当下不应定罪而有定罪的立法规定”之情形,主观解释和形式解释之解释结论可能是定罪,从而不利于实现刑法的人权保障机能(因其对行为人定罪),但有利于实现秩序维护机能(因其不主张机械地或者形式地惩治社会危害性行为)。

正是基于对这种理论困境的不同侧面的考量,有的学者主张刑法的主观解释或者客观解释、形式解释或者实质解释。但是,如前所述,笼统地、纯粹地、“一刀切”地主张某一种解释方法(以及解释立场)并准许其独立行事地“任性”并绝对地反对另一种解释方法(以及解释立场),并不具有当然合理性,或者说某一种解释方法(以及解释立场)均仅具有相对的、有限的合理性。刑法解释论之争的理论困境正在于:刑法的客观解释和实质解释之“有失”,在某些情形下可能正是刑法的主观解释和形式解释之“有得”;反之,刑法的主观解释和形式解释之“有失”,在某些情形下可能正是刑法的客观解释和实质解释之“有得”。

三、命题有效性:中国刑法解释问题的解决之道

那么,如何妥当解决刑法的主观解释与客观解释、刑法的形式解释与实质解释之各自得失,正是刑法解释论必须加以特别关注和倾力解决的焦点问题。这个焦点问题的解决之道,就是要根据罪刑法定原则,全面吸纳各种刑法解释论(含刑法的主观解释和客观解释、形式解释和实质解释)之“有得”,同时妥当杜绝各种刑法解释论之“有失”,以有效实现刑法解释“最佳价值权衡状态”,即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。这个理论发现十分重要,尤其是从是否有利于恰当实现刑法的人权保障机能的独特视角来考察刑法解释论及其具体的刑法解释方法(以及解释立场),为刑法解释论恰当甄别某种具体的刑法解释方法(以及解释立场)的利弊得失,以及恰当整合各种具体的刑法解释方法(以及解释立场)并形成合理的刑法解释方法体系(以及体系化的刑法解释立场),提供了判断标准。为此,因应刑法解释论上列焦点问题的解决之道,为了既能妥当解决片面强调和单纯应用某一种刑法解释论(如刑法的主观解释论与客观解释论、刑法的形式解释论与实质解释论)的缺陷,又能恰当吸纳各种刑法解释论合理内核的新的刑法解释论,就必须秉持笔者提出的刑法解释的保守性命题(或者刑法的保守解释命题、保守的刑法解释命题)。申言之,就有利于刑法的人权保障机能(当然要同时兼顾刑法的秩序维护机能)的特别考量而言,下列两种特别情形的刑法解释现象值得

注意:

其一,对于“当下应定罪而没有定罪的立法规定”之情形,刑法的主观解释和形式解释因有利于恰当实现刑法的人权保障机能(因其解释结论更大可能是行为人无罪)而具有合理性,但刑法的客观解释和实质解释因不利于恰当实现刑法的人权保障机能(因其解释结论更大可能是行为人有罪)而具有不当性。为有效回应此种情形下的刑法解释现象,刑法解释的保守性命题提出了以下基本主张: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)。

最典型的事例,例如,前述非法制造大炮行为的刑法解释,由于非法制造大炮的行为属于“当下应定罪而没有定罪的立法规定”,应当说以刑法的主观解释和形式解释得出行为人无罪的解释结论更为合理,“依法”不应以刑法的客观解释和实质解释为由而对行为人定罪。又如,上海“肖永灵投寄虚假炭疽恐吓邮件案”司法判决的刑法解释。2001年10月18日,肖永灵将家中粉末状的食品干燥剂装入两只信封内,在收件人一栏内书写上“上海市人民政府”与“东方路2000号(上海市东方电视台)”后,分别寄给上海市人民政府某领导和上海市东方电视台新闻中心陈某。同年10月19日、20日,上海市人民政府信访办公室工作人员陆某等人及东方电视台陈某在拆阅上述夹带有白色粉末状的信件后,出现精神上的高度紧张,同时也引起周围人们的恐慌,经有关部门采取大量措施后,才逐步消除了人们的恐慌心理。针对此案,上海市第二中级人民法院于同年12月18日以以危险方法危害公共安全罪判处肖永灵有期徒刑4年(被告人没有提出上诉)。〔1〕这个案子在刑法解释论上应当作何判断?上海市有关审判机关在当时法无明确规定的情况下,认定肖永灵的行为成立以危险方法危害公共安全罪,根本就不符合罪刑法定原则的基本要求。那么,当地司法机关是如何将肖永灵的行为解释定罪的呢?从刑法解释论角度审查可以发现,有关审判机关将肖永灵的行为解释为以危险方法危害公共安全罪的“理论武器”就是所谓的刑法客观解释与刑法实质解释,即将粉末状的食品干燥剂这一无毒、无害的物质解释为“危险物质”,进而将肖永灵的投放行为解释为以危险方法危害公共安全的行为判处以危险方法危害公共安全罪,却明显超越了刚性化、形式化的入罪底线的原则立场。这一案例也较为充分地说明,过度激进的刑法客观解释和刑法实质解释具有“超大”解释能力并存在容易将一般违法行为解释为犯罪行为的解释特质,从而使得人权保障机能面临被侵蚀的重大风险,因此必须对其进行有效防范。〔2〕而事实上,《刑法修正案(三)》是在

〔1〕 游伟、谢锡美:《罪刑法定的内在价值与外在要求》,载赵秉志主编:《刑事法判解研究》(第1卷),人民法院出版社2003年版,第77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126~127页。