

反思与重塑：刑法上类推解释禁止之研究

杨绪峰

内容提要：刑法解释的实质化，使得目的解释成为刑法解释的“桂冠”，目的解释为类推解释开了一个口子，而类推解释又为目的解释提供了足以伸展的舞台。类推解释作为一种法律解释方法，具有独立的品格，学界对类推解释的禁止并不合理。类推适用、类推解释、类比推理三个概念相互缠绕，使得对类推解释的曲解和误读不断。通过对司法实例的检讨，可以发现当前对扩张解释与类推解释模糊地带的处理表现欠佳。类推解释独立品格的确立，需要依赖于两条至为重要的线索：形式逻辑和实质立场。前者在于解决类推解释在形式逻辑上的障碍，基于此，传统“禁止类推解释”命题被重新表述为类推解释内部“允许的类推解释”与“禁止的类推解释”命题；后者在于为类推解释提供实质的理论支撑，并回答类推解释与罪刑法定原则的关系。

关键词：类推解释 扩张解释 罪刑法定

杨绪峰，清华大学法学院《清华法律评论》编辑。

“类推——一个法学上尚未解决的难题。”^{〔1〕}我国1979年《刑法》第79条就曾规定了类推制度，但伴随1997年《刑法》修订中对罪刑法定原则的确立，类推制度应时废除。如果说之前还对类推存立与否吵得不可开交，那么随着“罪刑法定原则”的诞生，刑法学界就类推禁止原则自动达成了高度谅解。一时间，“类推禁止”成为主旋律，并将其影响力辐射至刑法的各个角落，似乎一切与类推沾上边的都统统在禁止之列。直到近些年来，刑法学界才陆续有学者发声，主张类推解释仅为一种刑法解释方法，不应禁止。事实上，大陆法系的其他国家早就有学者对刑法中类推解释之禁止持相反或保留态度。关注弱势理论，批判性地看待现有的通说问题，有助于将问题的讨论引向深入。或许是这样的见解给予了笔者逾越雷池的勇气，对“类推禁止”这一强势命题进行反思与重塑。

〔1〕 [德]考夫曼著：《类推与“事物本质”》，吴从周译，学林文化事业有限公司1999年版，第3页。

一 基本范畴的厘清

(一)类推的多个面相

在提及“类推”一词时,类推适用、类推解释、类比推理三个概念总是相互缠绕。以往的研究也对类推基本范畴给予了较多关注,但可以肯定的是,上述三者并不是同一概念的不同表达。

首先,就“类推适用”的基本含义而言,学者们的看法仅在表述上略有不同。如杨仁寿先生认为:“类推适用,系就法律未规定之事项,比附援引与其性质相类似之规定,以为适用。”^{〔2〕}德国学者拉伦茨(Larenz)也有过类似表述:“类推适用系指将法律针对某构成要件(A)或多数彼此相类的构成要件而赋予之规则,转用于法律所未规定而与上述构成要件相类的构成要件(B)。”^{〔3〕}由此可见,“类推适用”这一概念可以与我国1979年刑法规定的类推制度划上等号,它们都系拉伦茨口中所述之法律内的法的续造,作为一种法律漏洞补充方式而存在,亦可称之为“法官造法”。

其次,就“类推解释”的性质而言,则存在着较大分歧。这个概念本身是否存在就颇受质疑,有论者就认为,不可能存在一种“类推”而又是“在文义范围内作成”的“解释”。“类推解释”其实是个悖论,“类推”概念只能用以指代“类推适用”,而不能演绎出“类推解释”。^{〔4〕}我国台湾地区学者林山田也持同样观点:“虽然文献上大多将类推当作刑法的一种解释方法,而称为类推解释,但是由于类推与解释的差异,以及刑法的类推禁止,故在刑法的解释上,不宜使用‘类推解释’的用词,以免造成概念上的混淆。至于超越法条的本意,使其适用于其他未规定的类似案件,以填补法律漏洞,则属违背类推禁止原则而适用法条的现象,宜称为类推适用,而不可以称为‘类推解释’。”^{〔5〕}相较于上述见解,有论者的观点则更为颠覆,其认为既然类推解释是对类推和刑法解释学的一种误读、一种错误结合,那么自然就应当消解类推解释的概念,以往所言的类推解释并不是一种类推,而是一种实质的扩张解释,应该以扩张解释来代替语义含混、容易产生歧义的“类推解释”,以此与类推适用泾渭分明。^{〔6〕}

“类推”与“解释”是否诚如批判所言“‘异体移植’必然排斥”,还值得商榷,至少有两个理由可以动摇这一说法:

第一,“类推解释”概念能否存在,关键在于对“类推”的解读。如果认为类推是法的续造,那“类推解释”自然就是在语义之外所作的解释,与解释不能超出法律的语义范围相违背,从而相互排斥。但如果认为类推解释是在解释过程中运用了类推思维,那么类推解释显然就可以在解释的范畴之内了。在笔者看来,第二种理解更具合理性,否则很难解

〔2〕 杨仁寿著:《法学方法论》,中国政法大学出版社2013年版,第194页。

〔3〕 [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第258页。

〔4〕 参见周少华:《“类推”与刑法之“禁止类推”原则——一个方法论上的阐释》,《法学研究》2004年第5期,第63页。

〔5〕 林山田著:《刑法通论(上册)》,北京大学出版社2012年版,第89页。

〔6〕 参见吴学斌:《类比法律推理的性质与难题》,《深圳大学学报(人文社会科学版)》2006年第4期,第53页。

释为什么类推与解释水火不容，“类推解释”概念本身就是个悖论，而学界却有这么多学者前赴后继地去讨论这一问题。

第二，对“类推解释”这一概念予以否定的观点无不都基于这样一个预设性前提，即类推解释必然是超越刑法用语含义范围的，其实未必尽然。至于有论者试图将消解的类推解释纳入扩张解释的范畴，以此刑法诸多类推问题的表达便可简化为违背罪刑法定的类推适用和在罪刑法定原则框架内的扩张解释。这一做法有复杂问题简单化之嫌，而且是一种典型的扩张膨胀主义，即可能将原本属于类推解释的问题都加塞到扩张解释的范围内，这样反而蕴含比具有严格限定的类推解释更大的危险。

即便认可“类推解释”这一概念，其定位也存在很大分歧。一种观点认为类推解释就是类推适用，两者没有实质区别，都属于法的续造（通说）。例如，论者认为：“罪刑法定原则所禁止的类推解释，是指超出了通过解释可以得到的刑法规范规定的内容，因而是制定新的刑法规范的一种方法。”〔7〕另一种观点则认为类推解释与类推适用存在本质区别，应作严格区分。杨仁寿就认为：“类推适用系法律漏洞的补充方法之一，与‘类推解释’，系属狭义的法律解释之一种，仅在文义之可能范围内阐述法律之涵义者，截然有别。台湾地区学者多将之混为一谈，以为系属一事。实则前者乃本诸‘相类似之案件，应为相同之处理’之法理，依逻辑之三段论法推演而成。其推论公式为：M 法律要件有 P 法律效果（大前提），S 与 M 法律要件类似（小前提），故 S 亦有 P 法律效果（结论），苟非透过此项推论，无法获致结论。而后者则仍在文义范围内作成解释，仅于解释法文用语之文义时，用体系解释之方法，类推其他法条用语之涵义加以阐释而已，无须透过三段论加以推演。”〔8〕笔者支持第二种观点，即类推解释与类推适用有本质区别，类推解释作为一种法律解释方法，应具有其独立品格。

最后，对于“类比推理”而言，我国学者基本能达成共识，类比推理作为一种类推思维方法，刑法是不能也不应当排斥的。即便主张类推解释禁止的学者也提出，倘若认为使案件事实与构成要件相对应（相符合或者相类似）的方法也是类推解释，那么，罪刑法定原则就不可能禁止类推解释，但这里的类推解释显然已经被当作类比推理了。〔9〕“实际上，不论是立法解释还是司法解释都需要类推（思维）”，〔10〕因而可以清楚地看到，“类比推理构成了类推解释和类推适用重要的思维基础，甚至，构成了其最为基础的内核”。〔11〕

综上所述，可以发现类推其实有多个面相。在允许类推解释阵营看来：类推适用是填补漏洞的法的续造，类推解释是具有独立品格的法律解释方法，类比推理则是法律解释过程中经常会运用的类推思维（具体内涵见表1）；而在禁止类推解释阵营看来：类推解释就是类推适用，都属于法的续造，类比推理则是法律解释过程中经常会运用到的类推思维（具体内涵见表2）。至此，可以明确对类推解释的定位是两大阵营的根本分歧所在：允许

〔7〕 张明楷著：《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2009年版，第97页。

〔8〕 杨仁寿著：《法学方法论》，中国政法大学2013年版，第208页。

〔9〕 参见张明楷著：《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2009年版，第96-97页。

〔10〕 沈玮玮、赵晓耕：《类推与解释的缠绕：一个类推的刑法史考察》，《华东政法大学学报》2012年第5期，第27页。

〔11〕 杜宇：《刑法上之“类推禁止”如何可能？——一个方法论上的悬疑》，《中外法学》2006年第4期，第416页。

类推解释阵营的迫切任务是确立类推解释的独立品格,以此类推适用、类推解释、类比推理才能“三足鼎立”,类推解释才能作为独立的法律解释方法而存在;而禁止类推解释阵营由于将类推解释等同于类推适用,那么其迫切任务就自然而然地演化成了寻找禁止的类推适用(“类推解释”)与允许的扩张解释的界限问题。这也就能够解释为什么在允许类推解释阵营都急于把类推解释确立为独立的法律解释方法的时候,主流学说还能够“气定神闲”地进行类推解释与扩张解释界分问题的讨论。

表 1:允许类推解释阵营中类推的面相

类推适用(类推制度)	狭义说	法的续造(或漏洞补充或法官造法)	违背罪刑法定原则
类推解释	广义说	法律解释方法	解释结论介于中间地带
类比推理	最广义说	类推的思维	不违背罪刑法定原则

表 2:禁止类推解释阵营中类推的面相

类推适用(类推解释)	狭义说	法的续造(或漏洞补充或法官造法)	违背罪刑法定原则
类比推理	广义说	类推的思维	不违背罪刑法定原则

(二)两大阵营的曲解与误读

以上述概念厘定为起点,反观刑法学界现有的争论,在允许类推解释与禁止类推解释两大阵营中多少存在着一定的曲解和误读,这主要表现在:

1. 把允许的类推解释转嫁为类比推理

把允许的类推解释转嫁为类比推理是允许类推解释阵营的通常做法,而这显然是对考夫曼类推观点的误读。考夫曼认为:“类推,不是逻辑上的推论,而是一种带有相当复杂结构的比较。”其对类推有一段经典表述:“在类推时,拟加以认识的事物,并不是在它之中或者接近它(在其本质中)加以认识的,而是在一个与另一个比它更众所周知的事物的关联(关系)中,加以认知的。因此,在此仅有陈述逻辑是不够的,还需要谓词逻辑及关系逻辑。在类推时,一直是一种从一些特征中的一致性,‘推论’到一些位置的其他特征的一致性。”^[12]考夫曼所言的类推实质是一种类比推理,这种类推思维广泛存在于法学解释中,正如其所言,“法的现实性本身是根基于一种类推,因此法律认识一直是类推性认识。法原本即带有类推的性质”^[13]

考夫曼对类推的正名有其历史原因,罪刑法定原则与类推适用的格格不入,使得学界对类推噤若寒蝉,这种过度的警觉反而容易忽视类推的另外一个面相,即类比推理。本应当在方法论上扮演一个重要角色的类比推理彼时成了不受待见的“过街老鼠”,适时为其申辩,能够促使学界对类推保持清醒认知,这无疑是必要且有意义的。考夫曼在其著作中也一再重申:“我们必须对类推提出一些警告,但提出绝对禁止则大可不必,而且也完全

[12] [德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第93、95页。

[13] [德]考夫曼著:《类推与“事物本质”》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第45页。

没用。就是在法学上,类推也扮演着一个重要的角色,只是这个角色一直都被许多方法论者所低估。人们分配给他的只是一个可怜的角色,亦即在法律例外地有必须填补的漏洞时,作为方法论上的工具”。^[14]

学界对考夫曼类推观点的误读,使得常常在论证类推解释合理性时陷入这样的套路:类推解释与考夫曼的类推是同一问题→类推不应当予以禁止,而应当作为一种类推推理方法广泛存在→类推解释不应禁止。倘若仅就“类推可以作为类推思维而被允许”这一视角展开,也无可厚非,但有的论者还试图去完成一个不可能完成的任务:以类推思维的允许去抨击类推解释的禁止这一问题。例如论者认为,通说是以“可能的文义范围”作为区分刑法扩张解释与类推解释的标准,通过论证对国民预测可能性的保障难以成为支撑“可能之文义范围”以及在预测范围与文义范围之间绝不存在某种稳定的对应关系,“可能之文义范围”根本不足以承担起这一艰巨的任务。事实上,这分明讨论的是类推解释禁止与否这一问题,根本不涉及到类推思维禁止与否的问题。^[15] 还有论者虽未遵循上述论证套路,但在论述类推解释作为一种独立的法律解释方法过程中,也或多或少地引用了考夫曼关于类推的观点,^[16] 这样的论证无疑是不牢固的,很容易被反对阵营抓住漏洞。

2. 把禁止的类推解释转嫁为类推适用

把禁止的类推解释转嫁为类推适用是禁止类推解释阵营的通常做法,而这也是基于他们对类推面相的理解。该阵营在论证类推解释禁止时常常采用这样的套路:类推解释与类推适用是同一概念→刑法确立罪刑法定原则,明确反对类推适用→类推解释应予禁止。有论者认为:“大多数法律学者所谓‘超出了文本可能的语义范围’的‘类推解释’,实际上是指‘类推适用’,而不是指一种法律解释方法。如果将‘法律解释’作狭义理解,则自然不存在‘类推解释’问题。”同时指出,类推适用对法治国存在极大威胁,从而应当予以禁止。^[17] 但是,这样的论证并未切中类推解释的要害,因为在允许类推解释阵营看来,类推解释具有独立的品格,与类推适用不可同日而语,“类推解释是一种解释方法,属于论理解释范畴;类推制度是对我国刑法分则没有明文规定的犯罪,可以比照最相类似的条文定罪判刑的一项制度,属于立法例范畴”,^[18] 两者泾渭分明。

综上,类推禁止的真正主战场应当是类推解释禁止与否的讨论,而不是所谓的类推推理、类推适用禁止与否的讨论。无论是有意还是无意,将概念进行偷换,将问题进行转移,都将无益于双方阵营的实质交锋,学者之间也不可能进行真正对话。

[14] [德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第94页。

[15] 参见杜宇:《刑法上之“类推禁止”如何可能?——一个方法论上的悬疑》,《中外法学》2006年第4期,第417、409-424页。

[16] 参见黎宏:《“禁止类推解释”之质疑》,《法学评论》2008年第5期,第47页;吴丙新:《扩张解释与类推解释之界分——近代法治的一个美丽谎言》,《当代法学》2008年第6期,第51页。

[17] 参见周少华:《“类推”与刑法之“禁止类推”原则——一个方法论上的阐释》,《法学研究》2004年第5期,第63-67页。

[18] 薛瑞麟:《论刑法中的类推解释》,《中国法学》1995年第3期,第75页。

二 研究进路的审视

当前学界有关类推解释与扩张解释问题的研究可谓丰富,但是混淆了类推解释、类推适用、类比推理三者的概念,造成理论上“张飞杀岳飞,杀得满天飞”的局面,或仅在言词逻辑上裁心镂舌,无法从实质立场中获取足够支撑,因此有必要对类推禁止与否的研究进路进行重新审视。

(一) 允许说的研究进路

允许说即允许类推解释(有力说),其本体任务是确立类推解释的独立品格,其批判任务是质疑禁止类推阵营的本体任务——关于类推适用与扩张解释的界分。或立或破,以此来开展自身的研究。例如,黎宏教授一方面通过论证确立类推解释是一种独立的法律解释方法,认为“类推解释和扩张解释之间,只存在程度上的差别”;另一方面又通过学界一直在类推解释和扩张解释界分问题上举棋不定来质疑禁止说。^[19] 吴丙新教授也指出,扩张解释与类推解释两者在思维模式上本无实质区别,学术界做的所谓区分工作,仅仅是为了迎合近代法治意识形态的需要。^[20]

允许说的研究进路无疑是正确的,要么确立类推解释的独立品格,要么质疑类推解释与扩张解释界分的有效性。由于禁止说至今无法找到令人满意的类推解释与扩张解释界分标准,所以允许说对其界分的质疑很大程度上都是打击到位的,作为结果,这也迫使禁止说的界分标准不断修正和完善,越趋精细和复杂。但在类推解释独立品格的确立上,允许说则显得力不从心,这主要表现在两个方面:

第一,形式逻辑的论证不够严密。显而易见的一个错误是允许说的部分学者在论证过程中,容易将类推解释与类比推理相混淆(详见本文第一部分),使得论证根基不牢固,容易被禁止说抓住漏洞。除此之外,允许说的学者在处理“字面含义”、“字面通常含义”、“文义之可能范围”、“真实含义”、“通常(日常)含义”、“可能具有的含义”时也常常显得捉襟见肘,要么逻辑不周延,要么相互矛盾,而这也经常成为禁止说的攻击目标。一个基本的共识是类推解释是在“文义之可能范围”外作成解释,允许说如何能颠覆这一前提,认为类推解释也可能在“文义之可能范围”内作成解释呢?那岂不是将类推解释与扩张解释相混淆了吗?有论者就认为:“在类比推理的指引下,类推解释(如果成立)与类推适用的区别,仅仅在于应用范围的广狭,仅仅在于究竟‘走了多远’的问题。按照主流学说的理论就是,前者是在‘文义之可能范围’内运用类比推理,后者则是在‘文义之可能范围’外运用类比推理。”^[21] 此种观点值得质疑,主流学说认为类推适用是在“文义之可能范围”外运用类比推理不假,但何曾认为类推解释是在“文义之可能范围”内运用类比推理呢?事实恰恰相反,主流学说一直认为类推解释是在“文义之可能范围”外作成解释,

[19] 参见黎宏:《“禁止类推解释”之质疑》,《法学评论》2008年第5期,第47-48页。

[20] 参见吴丙新:《扩张解释与类推解释之界分——近代法治的一个美丽谎言》,《当代法学》2008年第6期。

[21] 杜宇:《刑法上之“类推禁止”如何可能?——一个方法论上的悬疑》,《中外法学》2006年第4期,第416页。

因此才与罪刑法定原则相违背,即便主张允许说也几乎不可能去颠覆这一前提,更何况作为主流理论的禁止说呢?

第二,只有言辞技术没有实质立场支撑。这也是目前允许说的通病,学者似乎在形式逻辑的构建上乐此不疲,而忽视了类推解释是否与刑法立场相契合,无怪乎禁止说学者轻飘飘的一句“类推解释与罪刑法定原则相违背”就将允许说打回原形。类推解释果真就一定违背罪刑法定原则吗?对类推解释问题的研究绝不是一项纯粹的言辞技术,类推解释背后也牵涉刑法解释的基本立场,具有牵一发而动全身的功效,无法从实质立场中汲取足够的养分,就无法确保类推解释不可撼动的独立品格。对此,罗克辛点评犀利:“当然,人们可以不谈解释和类推,而来谈论允许和不允许的解释,或者许可和禁止的类推。但那是纯粹术语上的问题,对那样的问题不值得进行争论。”^[22]

(二)禁止说的研究进路

禁止说即禁止类推解释(通说),其本体任务是完成类推适用与扩张解释的界分,其批判任务是质疑类推解释的独立品格。可以说,禁止说是左右开弓的,尤其是对类推解释的形式逻辑的质疑上更是不遗余力,这从“类推解释”概念存立与否的争论就可初见端倪。另外,禁止说也经常以类推解释与罪刑法定原则相悖为由否定类推解释的实质根基。禁止说作为通说表现强势,但仔细考察其研究进路,也难做到无懈可击。

第一,在模糊地带的处理上常常削足适履,形式技巧大于实质内容。我们完全可以相信,禁止说的支持者们基本都是老练的概念文义的操控者,文义的解释常常出神入化,但通过对大量司法实例的检讨,不难发现削足适履的现象依然存在(详见本文第三部分)。而且,形式技巧大于实质内容的态势也令人担忧,恰如论者指出的,各种解释方法的选择不是智识性的,而是策略性的。它是以“解释”为装饰的一种言说技术,通过这种技术,已经选择出来的判决方案在法律上被正当化了。^[23]

第二,泛泛的标准划分,没有形成体系。在允许说内部,常常就类推解释与扩张解释的界限标准争论不休。仅就单一标准说而言,就存在着以下诸多观点:一是法条之意义范围说;二是法条之立法精神说;三是法条之逻辑含义范围说;四是法条之事实模型说;五是预测可能性说;六是法律解释范围说;七是思考方法说。^[24]此外,还有形形色色的综合标准说,即上述各个标准的自由组合。似乎禁止说阵营每一个碰触该问题的学者都试图提出自己的一套界分标准,^[25]如此众多的标准难免让人无所适从,这也使得扩张解释与类推解释的界限更加扑朔迷离。笔者认为,“大杂烩”式的标准叠加无益反害,因为这可能遮挡了问题的实质,学界迫切需要各类标准体系化,从而使得形式标准与实质立场相

[22] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第88-89页。

[23] 参见桑本谦:《法律解释的困境》,《法学研究》2004年第5期,第11页。

[24] 关于这七种学说的具体内涵,参见利子平:《论刑法中类推解释与扩张解释的界限》,《华东政法大学学报》2010年第4期,第23-24页。

[25] 这些学者都作出了具体的划分标准,参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第62页;冯军:《论刑法解释的边界和路径——以扩张解释与类推适用的区分为中心》,《法学家》2012年第1期,第72-74页;曲新久:《区分扩张解释与类推适用的路径新探》,《法学家》2012年第1期,第77页;袁博:《论扩张解释在刑事案件中的应用——以司法实务中疑难案件的审批为视角》,《政治与法律》2013年第4期,第148-149页。

对接。

第三,类推解释禁止的立场贯彻并不彻底。通说认为,禁止不利于被告人的类推解释对限制司法权力起着重要作用,而允许有利于被告人的类推解释则起到了实现公平、正义的作用,^[26]故而刑法在类推禁止上开了一个口子,关于对被告人有利的解释,由于其不受罪刑法定原则的制约,所以,将其作为一般的法律解释原理也是妥当的。^[27]然而,这种做法也正遭受着允许说阵营的怀疑,如论者所指出的:“如果说一切犯罪和处罚都必须交由体现国民意志的立法机关通过刑法这种沉稳的法律加以决定,而不能交由作为国民意志的执行机关即司法机关加以决定,司法机关将刑法没有明文规定的行为通过类推的方式加以处罚,就是侵蚀了立法机关的权力,违反法律原则的话,则刑法上所有的类推解释——包括对被告人有利的类推解释——均要被禁止。”^[28]众所周知,自西方启蒙思想家提出罪刑法定原则之后,禁止类推解释一直作为罪刑法定的派生原则而被提倡,随着时代的进步和发展,禁止类推解释的内涵也发生了由绝对禁止类推解释到允许有利于被告人的类推解释的重大变革。禁止说阵营的学者似乎很难就此给出令人信服的实质理由,为什么罪刑法定原则下的类推解释命题被表达成了“禁止类推解释但允许有利于被告人的类推解释”,而不是表达成“允许类推解释但禁止不利于被告人的类推解释”抑或是“允许罪刑法定原则框架之内的这一部分类推解释,但禁止罪刑法定原则框架之外的那一部分类推解释”?当面对类推解释这一问题时,究竟是该思考类推解释是否具有稳定且清晰的品格,还是该思考禁止的类推解释与允许的扩张解释的区别?

更为明畅地讲,当某个备选答案无法解题时,只有两种可能:要么是答案出错,我们应转而寻求更好的解答;要么是问题出错,根本没有适格的答案,我们应重新探求更为优秀的问题。^[29]当学界乐此不疲地拿着罪刑法定原则的尺子去衡量类推解释、有利于被告人的类推解释、扩张解释,从而陷入更为纷繁的内部纠结时,是否应当反思我们的前提性问题,罪刑法定原则与类推解释是否当真格格不入,果真如此,那允许有利于被告人的类推解释也应当一并拒绝。韩忠谟教授作为禁止说的支持者,就曾发表过这样的言论,“类推解释殊非刑法所许,然一般学者尚有以为在有利于被告之情形下,如刑之减轻或免除等,亦许类推解释者,余以为刑法制定,所以昭信守,国家与人民共之,以无为有,以轻为重,固属不可,以有为无,以重为轻,亦非所许,失入之与失出,其失相同,安在其有利于被告时,即谓可以类推解释乎”。^[30]显然,当我们将“允许有利于被告人的类推解释”另眼相看时,事实上也默认了类推解释未必与罪刑法定原则相悖。一直以来,禁止说都试图为类推解释扣上违背罪刑法定原则的“大帽子”,但承认有利于被告人的类推解释能否将他们的立场贯彻下去还需要打一个大大的问号。笔者认为,既然引入了实质正义,那类推解释从根本性上就不应当予以排斥。

[26] 张明楷著:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社 2009 年版,第 113 页。

[27] 参见[日]大谷实著:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社 2008 年版,第 59 页。

[28] 黎宏:《“禁止类推解释”之质疑》,《法学评论》2008 年第 5 期,第 46 页。

[29] 杜宇:《刑法上之“类推禁止”如何可能?——一个方法论上的悬疑》,《中外法学》2006 年第 4 期,第 408 页。

[30] 韩忠谟著:《刑法原理》,北京大学出版社 2009 年版,第 63 页。

就此,有论者持不同见解,认为如果同时从形式法治与实质法治出发,对类推解释应当作两个方面的补充和发展:其一,不仅应禁止类推解释,而且应禁止一切违反民主主义、违反预测可能性的不合理的解释;其二,类推解释的要求经历了由禁止一切类推解释到只是禁止不利于被告人类推解释的过程。但是值得注意的是,倘若有利于被告人的类推解释也违反了民主主义、预测可能性,岂不是也应当一并禁止,为何又偏偏例外承认有利于被告人的类推解释呢?显然,这已经是采用了两套标准,即对类推解释以外的其他解释方法,例如扩张解释,根据其是否违反了民主主义、预测可能性来判断解释结论是否应当禁止;而对于类推解释,根据其是否有利于被告人来判断是否应当禁止。对此论者的解释是,“类推解释从方法上来说,就是应当禁止的,对于其他解释方法,只能从其解释理由与结论上判断是否违反罪刑法定原则”。^[31]试问,一个从方法上就予以禁止的类推解释,为何还能进行下一步解释结论的考量,从而使有利于被告人的类推解释结论得到允许?综上,笔者认为,禁止说阵营确实要加强有利于被告人的类推解释的研究,但研究的当务之急不是“确定有利于被告人的类推适用的范围”,^[32]而是应当思考有利于被告人的类推解释在形式标准与实质立场之间能否自治。

(三)本文的分析思路

允许说的本体任务是确立类推解释的独立品格,批判任务是质疑禁止说对类推适用与扩张解释界分的有效性。基于此,如下图1所示,通过正反论证的方法,一方面确立类推解释的独立品格,另一方面对当前类推适用和扩张解释界分有效性进行批判,一立一破,以此来展开论述。其中,最为重要的又是确立类推解释的独立品格,这样才能站稳脚步,而品格的确立依赖两条至为重要的线索:形式逻辑(经线)和实质立场(纬线)。

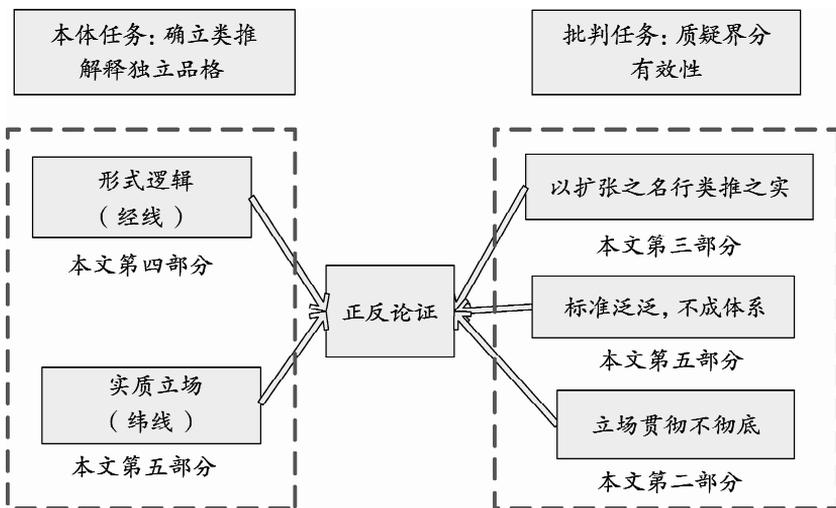


图1:本文分析框架

[31] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第58页。

[32] 张明楷著:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第112页。

三 司法实例的检讨

禁止说的支持者们对概念文义的操控十分老练,文义的解释常常出神入化,试图通过某几个司法解释或事例对其进行发难,难免虑而不周,被其驳回,本文的批判任务也就可能落空。因此有必要系统检讨可能存在争议的司法实例,以数量作为基础考察禁止说的整体表现。

(一) 模糊地带的处理

就笔者阅读所见,当前司法实例中扩张解释与类推解释模糊地带不下 20 余处,因文章篇幅所限,只能简要地择取其中的半数作评析,具体如下:

第一,对《刑法》第 122 条劫持船只、汽车罪中“汽车”的认定学界似乎能达成共识,即不包括火车、电车,但对《刑法》第 116 条破坏交通工具罪中的“汽车”是否包括作为交通工具使用的大型拖拉机,则存在争议。如有论者认为,“汽车”的字面含义是“由动力驱动,具有四个或者四个以上车轮的非轨道承载的车辆”,而“用于载人的拖拉机”完全符合“汽车”这一字面含义,因此,认为“汽车”中包括“用于载人的拖拉机”,属于扩张解释的结论。^[33] 不同观点则认为:“将汽车作扩大解释,包括拖拉机在内,也不适宜,因为拖拉机无论是哪一种类型,其工作原理和结构都与汽车不完全相同,将拖拉机扩大解释包括在汽车中,只能说是一种不严肃的解释,而且会破坏‘汽车’固有概念的内涵。”^[34] 将汽车扩张解释为包括拖拉机在内,颠覆了公众对于汽车和拖拉机的基本形象,属于跨越法规范适用范围类推适用。^[35] 显然,将火车、电车排除出“汽车”之外,而又将“拖拉机”囊括其中,扩张解释与类推解释的界限十分模糊。

第二,对《刑法》第 144 条生产、销售有毒、有害食品罪中的几个关键概念的解释一直以来也存有争议。2013 年 5 月 2 日“两高”发布《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》,由此带来新的困惑:该司法解释第 9 条第 2 款的规定是否符合“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料”这一构成要件?张明楷教授认为,在种植稻谷过程中,将并未成熟、更没有加工的稻谷评价为“食品”是否属于类推解释不无疑问,在秧苗还没有抽穗时使用禁用农药的行为,根本不可能属于在“食品”中“掺入”、“添加”有毒、有害的非食品原料。^[36] 笔者认同这一说法,但学界却在“食品”的解释上使问题复杂化,并形成这样两种观点:第一种观点认为,对食品的概念应作广义理解,主张刑法与行政法规具有不同的目的,两者即使使用了相同的用语,也可以作出不同的解释。《食品安全法》中的“食品”定义只是一种狭义的界定,其所指向的对象是一种应然的食品;生产、销售有毒、有害食品罪中的“食品”应当是一种广义的界定,其所指向的对象应

[33] 参见冯军:《论刑法解释的边界和路径——以扩张解释与类推适用的区分为中心》,《法学家》2012 年第 1 期,第 70 页。

[34] 林亚刚著:《危害公共安全罪新论》,武汉大学出版社 2001 年版,第 151 页。

[35] 参见曲新久:《区分扩张解释与类推适用的路径新探》,《法学家》2012 年第 1 期,第 81 - 82 页。

[36] 参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,《清华法学》2014 年第 1 期,第 15 页。

当是一种实然的食物,其外延应当大于《食品安全法》中“食品”的外延,这样就不存在任何理论上的障碍了。^[37] 第二种观点认为,刑事法意义上的“食品”概念仍需受限于《食品安全法》的相关规定。无论从食品安全法律体系内部协调统一的角度还是依据现实进行合理的解释,都应当对食品的内涵做出同一界定。^[38] 上述两种观点虽有分歧,但是就刑事法意义上的“食品”概念并不能受制于传统食品概念这一问题已经达到共识的。两种观点的本质目的都是在扩张“食品”外延,只是依托的手段不一样,第一种观点主张扩张刑法的解释,认为刑法中“食品”的外延大于《食品安全法》中“食品”的外延,从而突破了行政法律与刑事法律关于规范用语的协调性和统一性;第二种观点虽打着维护食品安全法律体系内部协调统一的旗号,实质上在解释《食品安全法》中“食品”概念时就已经对其外延进行了一定程度的扩张,以此来满足刑法对食品安全的规制。从这个角度来看,对“食品”概念外延的扩张乃至类推解释已是一种必然的趋势,无论是明确突破法律的协调统一性还是在食品安全法律体系之下的隐蔽建构都是为了呼应这一趋势。问题的关键已抽象为:人们更愿意接受通说扩张解释包装下的“食品”概念外延放大还是接受实质上已滑向类推解释的“食品”外延放大?

第三,将《刑法》第 145 条生产、销售不符合标准的医用器材罪中的“销售”解释为包括购买行为。“两高”《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条第 4 款规定:“医疗机构或者个人、知道或者应当知道是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买、使用,对人体健康造成严重危害的,以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。”问题是:这样的“购买”行为能被评价为“销售”吗?有些论者认为此为类推解释。^[39] 而有的却认为,这一司法解释是对“销售”作了扩张解释,司法解释在“购买”与“使用”之间使用了顿号,不应理解为并列选择关系,而应理解为“并且”的意思。“购买”应解释为意图使用于众多患者而购买,“使用”应指使用于众多患者而不是自身,这样,“购买、使用”实质上是一种特殊的非典型的“销售”行为,不能认为是类推解释。^[40] 无疑,曲新久教授这一论述,让类推解释与扩张解释的界分变得更扑朔迷离。

第四,将《刑法》第 176 条非法吸收公众存款罪中的“吸收”,有论者解释为包括公众有权提取存款时而金融机构拒不允许公众提取的情形。认为非法侵入他人住宅包括未经允许非法进入他人住宅或者经要求退出无故拒不退出的行为,基于同样的解释原理,非法吸收公众存款罪除了包括非法吸收的情形,自然也还包括提取存款时不允许的情形。^[41] 需要说明的是,非法侵入他人住宅解释为要求退出无故拒不退出的情形,此种理解符合人们的一般观念,如果说采用了某种解释技巧,那可能也只是扩张解释罢了,但将非法吸收

[37] 参见孙建保:《生产、销售有毒、有害食品罪司法认定解析》,《政治与法律》2012 年第 2 期,第 54-55 页。

[38] 参见陈焯:《食品安全犯罪的对象研究》,《西南政法大学学报》2012 年第 4 期,第 23 页。

[39] 参见张明楷著:《刑法法定与刑法解释》,北京大学出版社 2009 年版,第 100-103 页;冯军:《论刑法解释的边界和路径——以扩张解释与类推适用的区分为中心》,《法学家》2012 年第 1 期,第 67 页。

[40] 参见曲新久:《区分扩张解释与类推适用的路径新探》,《法学家》2012 年第 1 期,第 88 页。

[41] 参见张明楷著:《刑法分则的解释原理(上)》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 102 页。

公众存款的吸收解释为不支付存款,此不仅不为一般人所接受,即便是刑法学者、司法人员也很难接受,实难加塞到扩张解释范围之内。

第五,我国《刑法》对杀人罪规定得比较简单,没有将教唆、帮助自杀的行为规定为独立的犯罪。这种立法体例之下,是认为教唆、帮助自杀的行为根本不成立犯罪,还是认为教唆、帮助自杀的行为成立普通的故意杀人罪也备受争议。^[42]笔者认为,从宏观角度来看,这种争议涉及到的是自我决定权与刑法“家长主义”价值之争;从微观角度来看,实则是对《刑法》第 232 条故意杀人罪中“人”的理解存有分歧。有论者依托自我决定权立场,主张自杀是基于一个真正了解自己行为效果的决意而定,体现自杀者处分生命的自由,并非刑事不法行为。另有论者则认为故意杀人罪中的“人”不限于是他人,而且还包括自己,所以自杀是符合构成要件的违法行为,自然可以根据“违法连带性”的共犯原理,认定自杀参与行为和自杀行为一样具有违法性。^[43]诚如学者指出:“刑事实体法和程序法上的一系列问题,均能够从自我决定权的思想中找到支撑,但是也时刻受到刑法家长主义的影响。排斥、制约、保障与教育,构成了刑法家长主义与自我决定权之间的复调结构关系。”^[44]故而,对故意杀人罪中“人”的解释分歧莫不是这两种不同的价值立场在作怪,这样说来,类推解释和扩张解释都有其相应的价值考量蕴含其中,而这种价值考量又无所谓对与错,具体的解释结论也就见仁见智了。难道仅凭字面意思,认为杀人仅指杀他人,自杀则是杀自己,就能解决的?

第六,将《刑法》第 263 条“冒充军警人员抢劫”的“冒充”解释为包括假冒和充当,冒充不等于假冒,从而将真正的军警人员显示军警身份进行抢劫的行为认定为冒充军警人员抢劫。^[45]然而,在理解适用上,“冒充军警人员抢劫”,通常是指不具有军警身份的人员假冒军警人员进行抢劫,当然也可以扩大解释为具有特定军警身份的军警人员冒充其他特定军种、警种、军衔或级别的军警人员公然进行抢劫,军警人员利用自己真实的军警身份、军警特权显然超越了“冒充”一词可能具有的最大含义范围,甚至已经完全悖离了“冒充”一词的应有含义。^[46]论者回应认为,“从实质上说,军警人员显示其真实身份抢劫比冒充军警人员抢劫,更具有提升法定刑的理由”,^[47]但此处所谓的“实质”及其解释结论,无非是强调社会危害性和刑罚必要性的结果,该种思维路径是否滑向了类推解释不免令人怀疑。

第七,关于盗窃电力的行为是否构成《刑法》第 264 条盗窃罪的问题,德国过去的判例曾认为这是类推解释,应予禁止,但日本过去的判例却认为这是扩张解释,应当允

[42] 参见陈兴良:《不作为犯论的生成》,《中外法学》2012 年第 4 期,第 681 页。

[43] 具体论争参见王钢:《自杀的认定及其相关行为的刑法评价》,《法学研究》2012 年第 4 期,第 154 - 174 页;钱叶六:《参与自杀的可罚性研究》,《中国法学》2012 年第 4 期,第 99 - 111 页;王钢:《自杀行为违法性之否定——与钱叶六博士商榷》,《清华法学》2013 年第 3 期,第 143 - 164 页。

[44] 车浩:《自我决定权与刑法家长主义》,《中国法学》2012 年第 1 期,第 105 页。

[45] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2011 年版,第 864 页。

[46] 参见梁根林:《刑法适用规则论》,《法学》2003 年第 12 期,第 55 页。

[47] 张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2011 年版,第 864 页。

许。^[48]如果说“电力”是否属于“财物”的问题还不够犀利,那么财产性利益能否包含于“财物”则更令人困扰。有论者认为盗窃、诈骗罪对象包含财产性利益具有合目的性与具体的妥当性,将财物解释为“财产性利益”,并不违背罪刑法定原则,主要理由有三:第一,某种解释是否违反罪刑法定原则,在考虑用语可能具有的含意的同时,还必须考虑处罚的必要性,对财产性利益具有处罚的必要性;第二,应当通过一般人的接受程度判断某种解释是否会侵犯国民的预测可能性、是否违反罪刑法定原则,财产性利益的解释结论不会侵犯国民的预测可能性;第三,解释结论与刑法的相关条文内容以及刑法的整体精神相协调时,不宜认定为类推解释,既然财产性利益的解释与刑法其他条文相协调,就不应认定为类推解释。^[49]但令笔者费解的是,处罚必要性以及合目的性的判断,本身与类推解释有着不解之缘,类推解释的结论也未必都违背罪刑法定原则,将财物解释为财产性利益本已超出了文义之可能范围,仍然拒绝归入类推解释,似乎沦为了以扩张解释之名行类推解释之实了。

第八,对《刑法》第275条故意毁坏财物罪中“毁坏”的解释一直以来都存在物理毁损说和效用侵害说的争议。如果将“毁坏”不限于在物理上改变其形状,而是广泛地包含使财物丧失其本来用途的一切行为的话,则“隐匿”行为当然也包括在“毁坏”的概念之内,这是扩张解释的逻辑。如果将“毁坏”限定为物理上的改变形状、破坏机能,那“隐匿”行为就不能被评价为“毁坏”,否则就是属于类推解释。现实生活中的例子更为复杂,例如行为人为泄愤将公司的股票低价抛出,故意低价抛出股票的行为能被评价为“毁坏”财物吗?^[50]倘若能,那不是低价抛出而是在一个不确定的时点将公司股票进行抛售,结果造成公司财产损失,那是否也应当被评价为“毁坏”呢?很显然,股票市场本身带有很大的不确定性,行为人在不确定的时点抛出股票,既有可能是低价带来亏损,也有可能是高价带来盈利,仅将低价的抛出行为评价为故意毁坏财物罪的实行行为,对高价的抛出行为则不予评价,是否合理?又是否超出了国民的可预测性?

第九,将《刑法》第293条寻衅滋事罪中的“公共场所”、“公共场所秩序”界定为包括虚拟的网络空间及其中的秩序。2013年7月15日“两高”发布《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》,第5条以列举的方式,将“工作场所”界定为“车站、码头、机场、医院、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所”。时隔两个月不到,“两高”又发布了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》,其中第5条第2款规定:“编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,依照刑法第二百九十三条第一款第(四)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。”这不免让人费解:“公共场所”的界定究竟该采纳哪个标准呢?网络空间秩序肯定属于公共秩序,但

[48] 转引自刘明祥:《论刑法学中的类推解释》,《法学家》2008年第2期,第67页。

[49] 参见张明楷:《财产性利益是诈骗罪的对象》,《法律科学》2005年第3期,第76页。

[50] 参见袁博:《论扩张解释在刑事案件中的应用——以司法实务中疑难案件的审判为视角》,《政治与法律》2013年第4期,第149页。

网络空间是否属于公共场所,网络空间秩序是否属于公共场所秩序。^[51]倘若作肯定的理解,无非是目的解释在起作用,从而认为网上和网下的寻衅滋事并无实质区别,但此种思维路径究竟是目的指引下的扩张解释,还是已经滑向了目的指引下的类推解释呢?

第十,将《刑法》第 347 条贩卖毒品罪中的“贩卖”界定为包括以销售为目的而非法购买毒品的行为。^[52]长期以来,刑法理论与司法实践都将为了出卖而购买毒品的行为认定为贩卖毒品罪的未遂犯及至既遂犯,但这种做法也存在疑问。一方面,《刑法》第 347 条仅规定了贩卖毒品罪,没有规定购买毒品罪,单纯购买毒品的行为并不属于刑法的规制对象;另一方面,“贩卖”毒品并不意味着必须先购买毒品再出卖毒品。^[53]故将“贩卖”解释为包括“购买”,已经不属于扩张解释了。

另外,很多解释以前是类推解释,现在是扩张解释了,例如《刑法》第 252 条中的“信件”以前不包括电子邮件,现在认为利用计算机技术窃取他人密码,非法开拆、删除他人电子邮件的,也构成侵犯通信自由罪。^[54]《刑法》第 358 条组织卖淫罪中的“卖淫”以前仅限于女性向男性出卖肉体,后来出现男性向女性、同性向同性出卖肉体的现象,而对“卖淫”的解释也在不断翻新。

(二) 禁止说的整体表现

综上所述可以发现,禁止说对扩张解释与类推解释模糊地带的处理,并不令人满意,这主要表现在以下五个方面:

第一,扩张解释的认定理由不具说服力,有些比较牵强。文义之可能范围和国民预测可能性经常被当作界分的标准,但文义之可能范围屡屡被突破,尤其是在目的解释的指引下,最有可能以扩张之名行使类推之实。即便是主张禁止说的学者,似乎也认识到了这一问题,“规范目的本身的确非常重要,在法律解释方法中起着根本性和决定性的作用,但是对规范目的的解释一旦失去必要的限度就会滑向类推解释”。^[55]另外,国民预测可能性的标准也十分模糊,“‘解释’这一概念营造了一种假象,法官用以确定某种判决方案的功利性权衡被装扮为探寻法律真实含义的智识性追求,法官需要这种假象,因为他们乐意扮演解释者的角色,而不愿意充任创造者的角色”。^[56]某一解释结论是否在“国民预测可能性”范围之内往往是解释者自己的言说技术,解释的结论可能违背国民预测可能性,与其说是一般人的预测可能性不如说是解释者的预测可能性。

第二,解释结论存在削足适履的现象。某种情况下,类推解释获致的结论十分合理,人们在尚未找到严格的扩张解释与类推解释界分标准时,为了剥除这种解释结论不合法

[51] 张明楷教授和曾粤兴教授都曾就该司法解释是否属于扩张解释表示过质疑。参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,《清华法学》2014 年第 1 期,第 15-17 页;曾粤兴:《网络寻衅滋事的理解与适用》,《河南财经政法大学学报》2014 年第 2 期,第 139-146 页。

[52] 参见周光权著:《刑法各论》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 380 页。

[53] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2011 年版,第 1007 页。

[54] 参见黎宏:《“禁止类推解释”之质疑》,《法学评论》2008 年第 5 期,第 49 页。

[55] 袁博:《论扩张解释在刑事案件中的应用——以司法实务中疑难案件的审批为视角》,《政治与法律》2013 年第 4 期,第 147 页。

[56] 桑本谦:《法律解释的困境》,《法学研究》2004 年第 5 期,第 11 页。

的外衣,自动地冠以扩张解释的名分。拉德布鲁赫曾启发性地指出,法律如不为实际适用而研究,只为改善立法之目的或学理而研究,则“武断的原则”及趋向此原则之理论的解释方法,皆将失其意味。^[57]推及于此,禁止说为了扩张解释而扩张解释的做法,无非是为了迎合主流司法意识形态,满足罪刑法定主义下的法治国理想,别无其他意义。

第三,形式技巧的运用大于实质内容的判断。某个解释结论引起争议的时候,解释者更愿意将重心放在高超的解释技巧上,通过灵活地操纵文义,尽管会使得解释结论略显突兀,但终究能圆满地完成解释,很少会从实质内容去判断此问题是否是纯粹的类推解释。

第四,主张类推解释和扩张解释具有相对性。由于社会观念在不断变化,刑法条文的用语也在发生变迁。以前属于类推解释的,以后可能属于扩张解释,或者相反,相对于此条文属于类推解释的,相对彼条文可能属于扩张解释。^[58]可以预知,未来越来越多的类推解释会变成扩张解释,扩张解释与类推解释的界限也会越来越模糊。如论者所言:“文字本身的涵摄范围本来就难以有清楚的界限,特别是当条文适用发生疑虑的时候,更是如此。除非法律文字本身所涵摄的范围果真界限清楚而毫无疑问,否则难以禁止。然而事实上,文字本身就是经常没有清楚的涵摄界限。”^[59]在这种变化之下,一味地坚持扩张解释反对类推解释无异于刻舟求剑,为了应对这种情况,禁止说学者也开始强调动态标准说,主张类推解释和扩张解释具有相对性了。^[60]

第五,作为禁止说的支持者,未对目的解释、实质解释以及处罚必要性这样的字眼保持应有的警惕。禁止说常将目的解释、处罚必要性与其他的界分标准含混在一起,甚至认为目的解释起决定作用,这本身与类推解释禁止说的立场相左。殊不知处罚必要性与刑事政策表现亲密,而目的作为刑法解释实质化的管道,其基本功能就是扩张刑法条文的弹性,带来的直接后果必然是对古典时代严格解释规则的背弃。

四 形式逻辑的解构

允许说的本体任务是确立类推解释具有稳定且清晰的品格,必然要面临对类推解释形式逻辑的解释,以往的允许说学者在处理“字面含义”、“字面通常含义”、“文义之可能范围”、“真实含义”、“通常(日常)含义”、“可能具有的含义”时显得捉襟见肘,要么逻辑不周延,要么相互矛盾,而这也经常成为禁止说的攻击目标。

在禁止说学者看来,“‘类推解释’在被视为是一种法律解释的同时,又被认为是超出了文本可能的语义范围的解释,这其中显然存在一个悖论”,^[61]进而不禁要追问:该如何来处理类推解释与刑法语义范围之间的逻辑关系?

[57] 参见[德]拉德布鲁赫著:《法律哲学概论》,徐苏中译,中国政法大学出版社2007年版,第169页。

[58] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第63页。

[59] 黄荣坚著:《基础刑法学(上)》,中国人民大学出版社2009年版,第96页。

[60] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第63页。

[61] 周少华:《“类推”与刑法之“禁止类推”原则——一个方法论上的阐释》,《法学研究》2004年第5期,第61页。

(一) 扩张解释逻辑的解构

这首先要从扩张解释的逻辑说起,因为扩张解释的争议最小,界定扩张解释的含义有利于确立类推解释的范围。关于扩张解释的含义,学者们表述不一,比较有代表性的观点有以下几种:一是认为扩张解释是指在文义可能的范围,扩大解释条文的内涵;^[62]二是认为扩张解释是指刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义窄,于是扩张字面(通常)含义,使其符合刑法的真实含义;^[63]三是认为扩张解释是根据立法原意,对刑法条文作超过字面意思的解释;^[64]四是认为刑法条文的字面意思是通常含义(核心含义)和特殊含义(边缘含义)的综合体,扩张解释是指在刑法条文通常含义窄于刑法的真实含义时,需要将刑法条文的通常含义向特殊含义扩张,使刑法的真实含义被包含在刑法条文的字面含义之中;^[65]五是认为扩张解释是在词语可能具有的含义范围内,作超出词语日常含义范围的解释;^[66]六是认为扩张解释是指将刑法条文用语从通常含义扩大到可能语义边缘的解释方法。^[67] 具体归纳如下表 3:

表 3: 扩张解释含义归纳

观点一	文义可能的范围内,扩大解释条文的内涵	文义之可能范围 \geq 扩张解释结论 $>$ 字面通常含义
观点二	字面通常含义向字面含义的扩张	字面含义 \geq 扩张解释结论 $>$ 字面通常含义
观点三	超出字面意思的解释	扩张解释结论 $>$ 字面意思
观点四	字面含义内通常含义向特殊含义的扩张	字面含义 \geq 扩张解释结论
观点五	词语可能具有的含义范围内,作超出词语日常含义范围的解释	可能具有的含义 \geq 扩张解释结论 $>$ 通常含义
观点六	通常含义向可能语义边缘的扩张	可能具有的含义 \geq 扩张解释结论 $>$ 通常含义

关于扩张解释含义的认定,上述禁止说的观点可以归为两类:一是扩张字面通常含义以符合真实含义说(观点一、二);二是扩张通常含义以符合真实含义说(观点三、四、五、六)。而关于第二种观点,又有一定的出入,有的学者则认为扩张通常含义可以突破字面含义范围(观点三),有的学者认为即便扩张通常含义也还需在字面含义范围内(观点四)。笔者认为,上述争议的存在,是由于对各种含义逻辑范围的表述混乱,一个不争的判断是:

[62] 参见林钰雄著:《新刑法总则》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 39 页。

[63] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2011 年版,第 45 页。

[64] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社 2011 年版,第 23 页;[日]西田典之著:《日本刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社 2013 年版,第 144 页;黎宏著:《刑法学》,法律出版社 2012 年版,第 14 页。

[65] 参见冯军:《论刑法解释的边界和路径——以扩张解释与类推适用的区分为中心》,《法学家》2012 年第 1 期,第 68 页。

[66] 转引自刘明祥:《论刑法学中的类推解释》,《法学家》2008 年第 2 期,第 66 页。

[67] 参见陈兴良著:《规范刑法学(上)》,中国人民大学出版社 2013 年版,第 36 页。

字面含义 = 字面通常含义 + 文义之可能范围

用语含义 = 通常含义(核心含义) + 可能具有的含义(边缘含义)

通常含义(核心含义) \geq 字面通常含义

可能具有的含义(边缘含义) \geq 文义之可能范围

国内不少刑法学者认为,扩张解释就是扩张刑法条文的字面含义,但是,“如果将扩张解释理解为扩张刑法条文的字面含义,那么,怎么可能区分扩张解释与类推适用呢?又怎么能说扩张解释不违反罪刑法定主义呢?”^[68] 扩张解释明显应当在字面含义范围内由字面通常含义向文义之可能范围进行的扩张,怎么可能是通常含义(核心含义)向可能具有的含义(边缘含义)扩张呢?

应当了解,向边缘含义的扩张可能脱离文义之可能范围的制约,转而寻求规范保护目的等一系列实质解释的理由。如韦塞尔斯(J. Wessels)所说:“即使是做扩充的解释,也不得超出语言意思的最外部界限,即不得超越‘可能的文字意思’。”^[69] 很难想象,一个标榜严格解释进而禁止类推解释的学说,在扩张解释上放弃刑法文本字面含义的制约会是怎么样的后果,这也就是为什么近年来,禁止说的支持者会提出一些诸如“扩张解释结论可能与罪刑法定原则相抵触”^[70] “扩张解释的限度是必须有利于被告人”^[71] 令人奇怪的命题。

可见,禁止说一旦放弃了对刑法文本字面含义的坚守,而追求所谓的边缘含义、可能具有的含义,其结果无外乎是最终得出的扩张解释结论还要过一下罪刑法定原则这杆秤,符合罪刑法定原则的扩张解释就允许,不符合罪刑法定原则的扩张解释就排除。这显然与扩张解释的初衷相违背了,扩张解释原本就是因为其没有突破刑法文义范围而被罪刑法定原则所允许的,是否进行扩张解释就看有无字面文义扩张的必要,有必要就进行扩张解释,没必要就不进行扩张解释,何来进行扩张解释了却还违背罪刑法定原则一说呢?那不是变相的类推解释了吗?

故而,即便是禁止说,对扩张解释含义的认定也应当科学合理,即应当在字面含义范围内作从字面通常含义到文义之可能范围的扩张。冯军教授虽然意识到这一问题,但其在表述扩张解释的定义时,采用的是从通常含义到边缘含义扩张的说法,尽管其前提性地指出字面含义是通常含义和边缘含义的综合体,但他的提法仍然容易引起学者的误解,容易被归入上述第二种分类,即扩张通常含义以符合真实含义说。事实上,冯军教授想表达的是第一种分类,即扩张字面通常含义以符合真实含义说,其所谓的“通常含义”指的是“字面通常含义”,“边缘含义”指的是“文义之可能范围”。因此,在表述第一种分类的时候,为避免误会,还是要尽量采用“字面通常含义”、“文义之可能范围”的语词。

(二)类推解释逻辑的表述

上述,通过解构扩张解释的逻辑,类推解释的逻辑表述也就呼之欲出了。以往禁止说

[68] 冯军:《论刑法解释的边界和路径——以扩张解释与类推适用的区分为中心》,《法学家》2012年第1期,第68页。

[69] [德]约翰内斯·韦塞尔斯著:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第25页。

[70] 胡东飞:《刑法中类推适用与扩大解释的界限》,《社会科学》2009年第6期,第106页。

[71] 邓子滨著:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版,第195页。

对类推解释的批判认为,类推解释超越了刑法条文可能具有的含义范围,因此违背了一般人的预测可能性,故而与罪刑法定原则相悖。可以肯定的是,类推解释确实超过了刑法条文文义之可能范围,但是否超越了刑法条文边缘含义还需要打个问号。笔者认为,应当视情况而定:

如下图 2,罪刑法定原则指导下所得到的刑法条文解释结论为刑法条文真实含义,当刑法条文字面通常含义向文义之可能范围迈进的这个过程即为扩张解释,显然扩张解释是在刑法条文真实含义之内的,也就不存在违背罪刑法定原则的问题。可以观察到,此时刑法条文真实含义与文义之可能范围的最大边界相重合,向刑法条文边缘含义的延伸到扩张解释这里就戛然而止了,也就无所谓类推解释的问题。这种情况下所有的类推解释结论都在刑法条文真实含义之外,也就与罪刑法定原则相违背,应当予以禁止。

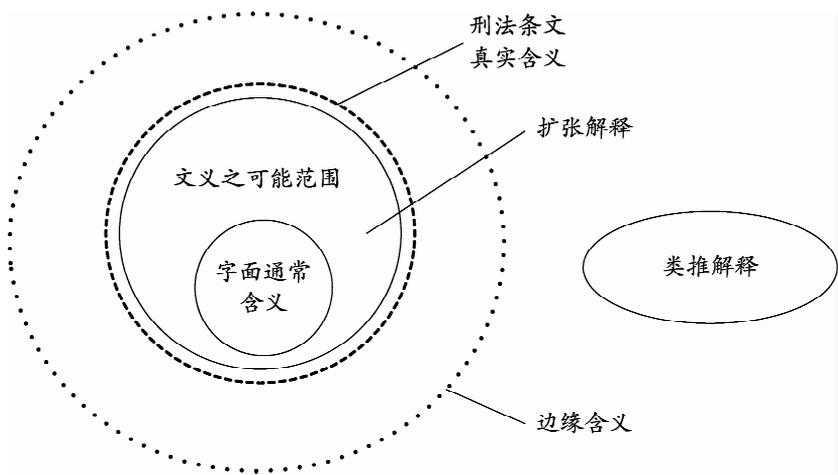


图 2

下图 3 与上图 2 不同之处在于类推解释的结论与罪刑法定原则指导下的刑法条文真实含义所划定的范围有交叉,交叉部分为图 3 阴影部分,此时刑法条文的真实含义大于文义之可能范围,扩张解释不足以满足刑法条文真实含义的需求,以至于需要通过类推解释将一部分类推解释结论囊括其中。此种情况下,交叉部分的类推解释结论显然是应当允许的,并未违背罪刑法定原则。

有些学者会质疑,刑法条文的真实含义会有大于文义之可能范围的时候吗?如果说对此问题的判断会有所迟疑,那么将该问题换一种表述,即罪刑法定原则指导下的刑法条文真实含义会有大于刑法条文字面含义的可能性吗?答案是肯定的,因为目的解释下的刑法条文真实含义实质上就有突破字面含义的可能性。

实务中不乏这样的例子,如某单元楼二楼走廊非常宽阔,无业人员甲利用石膏板在走廊上搭建了一个小房间,用于日常起居生活已有一年之久,乙趁甲不在,撬开门锁,盗走了 900 元现金。

盗窃 900 元尚未达到盗窃罪所要求的数额较大的标准,而入户盗窃并无此数额要求,但甲搭建的房间能否被评价为“户”仍存在疑问。如果根据字面含义,甲所搭建的房间是

在走廊上,走廊属于公共场所,作为公共空间的走廊很难被评价为刑法上的“户”。此时,严格的字面含义已不足以满足刑法条文真实含义的需要了,需要对“户”作目的解释。“户”需满足两个基本要素,即满足家庭生活需要,同时与外界相对隔绝。^[72] 既然甲所搭建的房间是用于家庭生活,且与走廊之外的空间存在一定的隔绝,那就有解释为“户”的可能性。由于存在这种目的解释指引下刑法条文真实含义突破字面含义的情况,解释论者才大费周折地以扩张解释之名行类推解释之实。

当然,本文依然需要作一点申辩,上述案例中甲搭建的房屋具有解释为“户”的可能性并非一概肯定相关案例都可作此解释,如果所有行为人都可以在楼道走廊以及其他公共空间搭建房间,并具有被评价为“户”的可能性,那后果不堪设想! 在作目的解释的过程中,需要全方位的综合考虑,此处不仅要考虑甲所搭建的房屋与外界阻隔的特点,也需要考虑甲居住时间、甲用于家庭生活的情况等因素。

目的解释固然能够化解很多解释的困境,但并非刑法解释的“灵丹妙药”,泛滥地使用必然会带来刑法解释的风险,动摇罪刑法定原则的基石,所以需要十分慎重。进言之,这已经不是一个单纯的字面含义与真实含义范围大小之争了,而关涉到了严格解释和灵活解释立场的论争。坚持严格解释必然会坚守字面含义这一方“净土”,自然会认为刑法条文的真实含义不可能逾越文义之可能范围,只会存在上图 2 的情形;而坚持灵活解释必然以刑法条文的目的为“灯塔”,所作的解释结论难免有突破字面含义的情况,那么就存在下图 3 的情形。

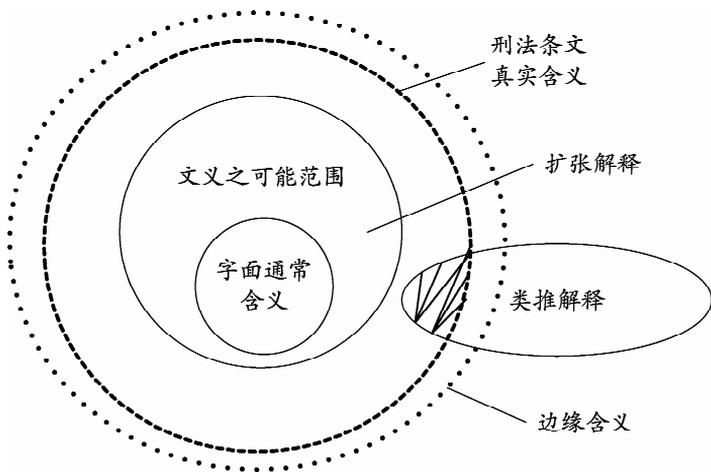


图 3

如此说来,禁止类推解释实际上是一个内在于类推解释的问题,传统的类推解释与扩张解释的问题也将会被重新表述为类推解释内部“允许的类推解释”与“禁止的类推解释”的问题。上述类推解释结论与刑法条文真实含义交叉地带即为“允许的类推解释”(图 3 阴影部分),除此之外的类推解释结论,都为“禁止的类推解释”。需要强调的是,虽

[72] 参见周光权著:《刑法各论》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 87 页。

然类推解释的问题被表述为“允许的类推解释”与“禁止的类推解释”，但前提条件是肯定类推解释是独立的法律解释方法，所谓允许或禁止不过是针对最终的解释结论而言的。另外，在上图 2 的情形下，类推解释结论都是被禁止的，只是在上图 3 的情形下，才会有禁止和允许的分，单纯将类推解释的问题表述为“允许的类推解释”、“禁止的类推解释”其实仍比较片面，并不能很好地反应本文的观点，但这种表述也是类推解释可能存在的一种情形，所以本文并不排斥。至此，类推解释可以说已经在形式逻辑上独立出来了，成为与扩张解释相并列的一种法律解释方法。

承认类推解释具有独立的地位，并不是前所未有的，事实上，在德国早就有学者主张类推解释未必应当禁止。在德国维尔茨堡召开的“中德刑法解释语境下的罪刑法定原则”主题会议上，阿尔宾·埃泽尔教授从两个方面对类推作了阐述：一个源自瓦尔特·萨克斯的论著《刑事“禁止类推”》，他在书中不主张对解释与类推进行区分，而主张对允许的类推与禁止的法律自由创制进行区分；另外一个观点也不主张对解释与类推进行区分，而主张应该在类推范围内划定一个符合治国原则的界限。^[73] 埃泽尔教授认为，德国其实将类推解释的问题拆分成了一个“允许的类推”和“禁止的类推”，允许的类推解释是符合治国原则的，禁止的类推解释是法治自由创制，即类推适用或法官造法。

有所不同的是，德国对“类推”和“解释”的处理泾渭分明，他们所讨论的类推禁止或允许都是在“类推”这个范畴内讨论的，与“解释”这个范畴毫无关系。而我国将“解释”作广义理解，认为其也包括了“类推解释”，因此在“解释”这个大范畴内，通说允许扩大解释而禁止类推解释。本文将这个传统命题进行了新的表述，即不是允许扩大解释与禁止类推解释的问题，而是在类推解释内部，允许的类推解释与禁止的类推解释的问题。

对此，禁止说学者可能会提出两点质疑：一是质疑笔者新的表述无非是重新定义了“类推解释”，所谓的“允许的类推解释”和“禁止的类推解释”不过是“扩张解释”与“类推解释”的另一种说法而已，并无实质区别；二是质疑倘若将类推解释的问题表述成了“允许的类推解释”和“禁止的类推解释”，那么之前学界所有关于扩张解释与类推解释界分的标准岂不是毫无用武之地了？

针对质疑一，笔者并非玩弄精致的语词游戏，而是基于对类推解释形式逻辑和实质立场的考量所作的结论。通说认为类推解释就是类推适用，两者没有实质区别，都属于法的续造，因此会有扩张解释与类推适用的界分问题，如下图 4，在具体的刑法解释中，会发现有一部分类推解释结论（区域 a）并不违反罪刑法定原则，这就面临了理论上的尴尬。无论是有意还是无意的，将符合罪刑法定原则的那一部分类推解释结论（区域 a）加塞到扩张解释区域中，成为消除此尴尬的唯一途径，而这也遭到了很多学者的批判。

[73] 参见[德]阿尔宾·埃泽尔：《解释与类推的区分》，载梁根林、埃里克·希尔根多夫主编：《中德刑法学者的对话——罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社 2013 年版，第 207 页。

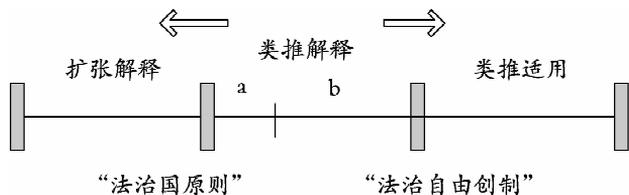


图 4

结合本文第三部分检讨的司法实例来说,以下解释或多或少都存在上述问题,难以摆脱类推解释的嫌疑:将“汽车”解释为包括“用于载人的拖拉机”;将“食品”解释为包括在种植稻谷过程中未成熟、更没有加工的稻谷;将生产、销售不符合标准的医用器材罪中的“销售”解释为包括购买行为;将非法吸收公众存款罪中的“吸收”,解释为包括公众有权提取存款时而金融机构拒不允许公众提取的情形;将故意杀人罪中的“人”解释为包括自己;将真正的军警人员显示军警身份进行抢劫的行为认定为“冒充军警人员抢劫”;将财物解释为包括“财产性利益”;将“毁坏”解释为包含使财物丧失其本来用途的一切行为,甚至包括行为人为了泄愤将公司的股票故意低价抛出的行为;将“公共场所”、“公共场所秩序”解释为包括虚拟的网络空间及其中的秩序;将“贩卖”解释为包括以销售为目的而非法购买毒品的行为。

上述解释有些具有合理性,虽突破了刑法条文文义之可能范围,归为类推解释的范畴,但未必与罪刑法定原则相抵触。扩张解释本应恪守本分,但又岂能弃这些尚未违背罪刑法定原则的类推解释结论于不顾?一方面希望扩张解释趋于保守,不要加塞类推解释结论;另一方面又希望回应现实的解释困境,这本身是一种无法调和的矛盾。承认了类推解释,在刑法解释时,就不必畏首畏尾、瞻前顾后,需要考虑的问题就转换为了类推解释的结论是否符合罪刑法定原则,倘若类推解释的结论与罪刑法定原则指导下刑法条文真实含义存在交叉,那么就肯定交叉这一部分类推解释结论,如此便不会出现以扩张之名行类推之实的诟病。故将扩张解释与类推解释的问题置换为类推解释内部允许与禁止的问题,绝不是毫无意义的名词替换游戏。

针对质疑二,之前扩张解释与类推适用的界分标准,并非毫无用武之地。如笔者上文所述,之前扩张解释与类推解释的界分标准缺乏体系性,众多标准的堆砌让人无所适从。而扩张解释与类推适用本身是泾渭分明的,一个是罪刑法定原则下的字面通常含义的扩张,一个是补充法律漏洞的法官造法,之所以觉得区分难,是因为学界总是试图把符合罪刑法定原则的那一部分类推解释结论囊括进扩张解释的阵营中,自然无法避免与类推适用的正面交锋。仅就扩张解释与类推适用而言,双方“井水不犯河水”,根本无硝烟可言,因为类推解释掺杂其中,使之与刑法解释的基本立场对接上了,形式解释论强调严格解释,必然是反对类推解释的;实质解释论强调目的解释,必然是不排斥类推解释的。如此说来,之前的界分标准并非无用,而是没有置于有效的时空之下,没有契合类推解释背后形式论与实质论立场之争。

五 实质立场的深思

上述通过对类推解释形式逻辑的构建完成了经线的编织,而纬线的实质立场支撑也必不可少。可以肯定的是,类推解释得以存在的实质理由肯定来源于实质解释论,而目的解释是联通类推解释与实质解释的管道。无论是禁止说关于扩张解释与类推解释界限的划定,还是本文提出的“类推解释”内部允许与禁止的划定,都涉及到刑法解释的限度问题,而刑法解释的限度存在实质解释论和形式解释论由来已久的论争。

实质解释论是刑法学实质化思潮下的一环,它的出现有其必然性,如果说 19 世纪是概念法学一统天下的时期,那么 20 世纪初利益法学的出现,则是以对抗“概念法学”的姿态而存在的。从概念法学到利益法学的法范式变迁被誉为是“哥白尼式的革命”,^[74]利益法学的主要创立者是海克(Philip Heck),但其核心思想显然是受 19 世纪后期耶林的目的法学的启发,海克的主要贡献就是将耶林的目的法学思想教义化了,使之成为一个圆满而体系化的法学方法论。可以认为,概念法学的本质是合乎逻辑性,利益法学的内核是合乎目的,“自利益法学之后,目的因素被正式纳入体系的建构当中,取代形式逻辑而成为体系的核心”。^[75]在此之前,刑事政策一直因为“李斯特鸿沟”而跃跃欲试,那么目的正好提供了这一管道,刑法中的实质化思潮,本质上是刑法刑事政策化的产物。在这一思潮下的实质解释论,自然将目的解释奉为圭臬,目的解释也由此成为刑法解释方法中的“桂冠”。而类推解释正是因为恩承目的解释的雨露,才得以在刑法解释方法中占得一席之地。诚如论者所言:“没有目的的指点所提供的支持,超越概念语义的类推解释根本就不可能展开其正当性的论证。有关类推解释的正当性论证,不可能单纯依靠逻辑的力量来完成,而需要借助实质性的理由,而规范的目的正是最为重要的实质理由的来源所在。”^[76]可以说,目的解释与类推解释虽然不能完全等同,但目的解释为类推解释的存在提供了足够的理论支撑,除非是完全回归古典自由主义刑法理论,否则形式解释论者不可能拒绝目的解释。如同目的解释一样,人们虽然对其心存警惕,但对其地位仍予以认可。同样,对于类推解释也大可不必如此决绝。类推解释通过其与目的的亲缘关系早已将其触角深入到了刑法解释之中。

在允许说内部,常常就类推解释与扩张解释的界限标准争论不休。上文笔者也指出,学界对这些标准要么进行简单的堆砌,要么采用单一标准、双重标准、综合标准这些笼而统之的划分,容易使人忽视界分标准背后有关刑法解释的基本立场,“必须将各种角度、标准系统化,使之形成一个具有内在联系的整体性的结构体系”。^[77]

据此,可将这些单一标准划归为形式的界分标准与实质的界分标准两种类型,其中形

[74] 参见吴从周著:《概念法学、利益法学与价值法学》,中国法制出版社 2011 年版,第 417 页。

[75] 劳东燕:《刑法中目的解释的方法论反思》,《政法论坛》2014 年第 3 期,第 79 页。

[76] 劳东燕:《刑法中目的解释的方法论反思》,《政法论坛》2014 年第 3 期,第 83 页。

[77] 参见利子平:《论刑法中类推解释与扩张解释的界限》,《华东政法大学学报》2010 年第 4 期,第 27 页。

式的界分标准包括文义射程说、国民预测可能性说、犯罪定型说、以及推理形式区分说等学说；实质的界分标准认为扩张解释与类推解释的区别不是一个形式的问题，而是实质上是否符合刑法的目的，因此需要从实质上来考量。^[78]事实上，学者们很少单独采纳形式标准或者实质标准来界分扩张解释与类推解释，而是采用形式与实质相结合的综合界分标准。并非如有的论者所言“‘处罚的必要性’与‘预测可能性’这两个概念，因其内在的矛盾性，只能选择其一列入综合标准说的范畴体系”，^[79]形式标准和实质标准完全可以结合，最具有代表性的莫过于前田雅英那句至理名言——“解释的实质的容许范围，与实质的正当性（处罚的必要性）成正比，与法文通常语义的距离成反比”。^[80]

形式标准、实质标准虽然可以分别与形式解释论、实质解释论对接上，但值得注意的是：当代的形式论与实质论之争已经不是仅要形式标准不要实质标准或仅要实质标准不要形式标准之争，而是两种标准各自所占的权重和比例之争。形式解释论以严格解释为立场，自然在刑法解释中文义解释占据权重更大，文义解释不愿意突破刑法条文字面含义，因而类推解释毫无疑问是被禁止的。而实质解释论以灵活解释为立场，目的解释作为实质解释论贯彻的主要渠道，时时有突破字面含义的倾向，因为目的解释本身是要在刑法用语含义中作成解释，这就导致目的解释未必总在字面含义之内，而一旦突破了字面含义，向刑法条文边缘含义迈进的过程中，类推解释便提供了这种伸展的可能性，否则目的解释将毫无依托。可以说，在此种情况下，目的解释造就了类推解释，而类推解释又反过来成就了目的解释。

类推解释的品格是目的解释一手塑造的，而目的解释具有天然背离严格解释规则的特性，自然类推解释与严格解释格格不入。禁止说认为类推解释逾越了文义之可能范围，突破了文义解释的界限，因而一般在一般人的预测可能性范围之外，也违背了罪刑法定原则。但是，值得质疑的是：

第一，文义之可能范围是严格解释的立场，把严格解释立场下的文义解释规则套用在与之相对立的灵活解释立场下的目的解释身上，是否合适？实质解释的根本是目的解释，而类推解释显然又是目的解释的产物，那么类推解释就是实质解释所趋。一方面我们禁止类推解释，另一方面我们又大力倡导刑法解释的实质化，这不是置类推解释于不尴不尬的地位吗？既然倡导实质解释论，那么实质解释论中的灵活解释必然是与形式解释论中的严格解释有一个孰轻孰重的对立，用严格解释的规则来批判属于灵活解释的类推解释，无异于用结果无价值论“不法是客观的”去批判行为无价值论所倡导的主观不法。

第二，实质解释从来就不认为需要类推解释的地方就一定是填补刑法漏洞。由于概念几乎都存在如哈特所言的结构开放问题，往往字面意思是明确的，但可能具有的含义就是模糊的，实质论者只是对概念可能具有的含义做了富于弹性的处理，如果超越了文义之可能范围，此种处理当然不能归为扩张解释，而非类推解释莫属。索伦对此作过论断：“法

[78] 参见王充：《明确性与妥当性之间——论刑法解释界限的设定标准》，《社会科学研究》2012年第1期，第86页。

[79] 利子平：《论刑法中类推解释与扩张解释的界限》，《华东政法大学学报》2010年第4期，第28页。

[80] 转引自张明楷著：《刑法学》，法律出版社2011年版，第45-46页。

律规则应该根据其目的来解释。当法律条文字面含义的适用损害到它的目的时,那么这个规则应当经由解释排除直接适用。同样,如果法律的精神能够藉由规则适用而得以实现,则法官应当给予这个规则以扩张解释。”^[81]该论断还可进一步阐发,因为刑法的解释未必都在字面含义之内,也可能在字面含义之外、可能具有的含义(边缘含义)之内,当法律条文可能具有含义的使用损害到法律规则的目的时,那么这个规则应当经由解释排除直接适用。同样,如果法律的精神能够藉由规则适用而得以实现,则法官应当给予这个规则以类推解释。

第三,即便是类推解释,解释的结论仍然在罪刑法定原则框架之内。对类推解释的诘难首先来自罪刑法定原则的形式侧面,禁止说学者认为,法律主义、禁止事后法、禁止类推、禁止不定(期)刑,是形式侧面的基本内容,类推解释因违背罪刑法定原则形式侧面理应禁止。^[82]可是,禁止类推很明显禁止的是类推适用,并非类推解释。罪刑法定原则形式侧面的思想基础是自由主义和民主主义,三权分立思想是民主主义重要内核,即法院本身不具有决定犯罪与刑罚的权能,其任务仅在于适用立法机关所制定的法律,而类推适用作为一种“法官造法”,显然是违背这一思想的,理应被禁止,但将这种禁止波及到类推解释身上,未免太毫无根据。对类推解释的诘难其次来自罪刑法定原则的实质侧面,禁止说学者认为,“如果概念的语义可以做这样的违背国民一般期待的界定,则罪刑法定的明确性要求将完全成为一项摆设,而罪刑规范作为行为规范的属性也势必荡然无存”。^[83]罪刑法定原则明确性要求往往与国民预测可能性绑定在一起的,但国民预测可能性从来没有与文义之可能范围绑定在一起,逾越了刑法条文文义之可能范围,未必就在国民预测可能性范围之外。对此,有论者曾进行系统论证并得出结论,可能的文义范围并非总是与国民的可预测范围保持一致,对文义范围的遵从,也并不必然能保证国民可预期性的获得。质言之,在文字的意义范围和国民的可预期范围之间,根本不存在某种可观察的、协调一致的对接关系。^[84]因此,将文义之可能范围作为国民的预测可能性的保证,从而以明确性要求为由对类推解释予以否定,未必客观,实质侧面中的明确性要求顶多解读出罪刑法定原则禁止类推适用,解读出禁止类推解释实属牵强。

事实上,从罪刑法定原则的形式侧面和实质侧面不仅无法解读出禁止类推解释,罪刑法定原则本身在现代实质化思潮的影响下,也经历着重大的嬗变,但与形式解释和实质解释相关的,应当是严格解释规则的缓和化,而容许灵活解释。这或许也可称为罪刑法定的实质化,但它与罪刑法定的实质侧面不是一回事。^[85]传统的罪刑法定采取文义解释优先的做法,而当代的罪刑法定之下,目的解释成为最主要的解释方法。如果这也能称为罪刑法定原则形式论到实质论的转变,那么这种形式论和实质论也都不是只重视某种解释理

[81] [美]劳伦斯·索伦著:《法理词汇》,王凌峰译,中国政法大学出版社2010年版,第222页。

[82] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第57页。

[83] 劳东燕:《刑法中目的解释的方法论反思》,《政法论坛》2014年第3期,第84页。

[84] 杜宇:《刑法上之“类推禁止”如何可能?——一个方法论上的悬疑》,《中外法学》2006年第4期,第409页。

[85] 具体观点详见劳东燕:《刑法解释中的形式论与实质论之争》,《法学研究》2014年第3期,第129-130页。

由的极端演变,而是在文义解释与目的解释之间达成制衡,传统的罪刑法定原则更关注文义解释,当代的罪刑法定原则更关注目的解释,类推解释则是罪刑法定原则从形式论到实质论转变过程中自觉的衍生物。综上,对类推解释问题的研究牵涉刑法解释的基本立场,具有牵一发而动全身的功效,笔者将上述所有的范畴初步归纳为下表4:

表4:刑法解释的基本立场

形式的界分 标准	文义 解释	严格解释·禁止 类推解释	形式解释论 (偏重文义解释)	传统罪刑法定主义 (罪刑法定原则的形式化)
实质的界分 标准	目的 解释	灵活解释·允许 类推解释	实质解释论 (偏重目的解释)	当代罪刑法定主义 (罪刑法定原则的实质化)

六 结 语

类推实际上有多个面相,类推适用是填补漏洞的法的续造,类推解释是具有独立品格的法律解释方法,类推推理则是法律解释过程中经常会运用的类推思维。三者相互缠绕,使得学界关于类推解释禁止与否的论争曲解和误读不断。

允许说的研究进路无疑是正确的,其本体任务在于确立类推解释的独立品格,其批判任务在于质疑类推适用与扩张解释界分的有效性。但在类推解释独立品格的确立上,往往显得力不从心,一是由于形式逻辑的论证不够严密,二是由于只有言辞技术没有实质立场支撑。本文采取的是正反论证的方法,一方面确立类推解释的独立品格,另一方面对当前类推适用和扩张解释界分有效性进行批判,一立一破,以此来展开论述。

禁止说作为通说表现强势,但当前的研究并非无懈可击:第一,在模糊地带的处理上常常削足适履,形式技巧大于实质内容;第二,泛泛的标准划分,没有形成体系;第三,在允许有利于被告人的类推解释上,禁止说的立场贯彻并不彻底。通过对司法实例的检讨,可以发现禁止说对扩张解释与类推解释模糊地带的处理也表现欠佳。

类推解释独立品格的确立,需要依赖于形式逻辑和实质立场两条至为重要的线索,前者在于解决类推解释在形式逻辑上的障碍,基于此,传统“禁止类推解释”命题被重新表述为类推解释内部“允许的类推解释”与“禁止的类推解释”命题;后者在于为类推解释提供实质的理论支撑,并指明无法从罪刑法定原则解读出“类推解释禁止”这一原则。

刑法解释的实质化,使得目的解释成为刑法解释的“桂冠”,目的解释为类推解释开了一个口子,而类推解释又为目的解释提供了足以伸展的舞台,可以说目的解释与类推解释是相互成就的。类推解释作为一种法律解释方法,具有独立的品格,如果说“法律方法总是服务于通过法律规范实现的价值”,^[86]即法律方法不能价值无涉的话,那类推解释自然不是中立的,其背后也关涉到立场的站队。类推解释显然是与实质论中的目的解释相

[86] [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第239页。

契合的,形式解释论者已经开始对目的解释保持本能的警惕,实质论者也在想方设法规制目的解释。学界当前对目的解释的规制办法,大抵上都能作用于类推解释身上。甚至可以说,对目的解释危险性的控制有多完善,那么对类推解释的控制就会有多恰当。

[**Abstract**] The functionalism of criminal law interpretation makes the teleological interpretation the “laurel” of criminal law interpretation. Teleological interpretation opens a gaping hole for analogical interpretation, whereas analogical interpretation provides the stage for the expansion of teleological interpretation. As a type of legal interpretation methods, analogical interpretation has independent character. Therefore its prohibition in the academic world is not reasonable. Analogical application, analogical interpretation, and analogical reasoning are intertwined with each other, resulting in many misinterpretations and misunderstandings. A review of judicial instances shows that the fuzzy zone between extensive interpretation and analogical interpretation has not been dealt with in a satisfactory way. The establishment of the independent character of analogical interpretations relies on two important factors: formal logic and substantive stand. The former aims to overcome the obstacles to analogical interpretation at the level formal logic. Based on this, the traditional prohibition of analogical interpretation has been rephrased as “allowed analogical interpretation” and “prohibited analogical interpretation” inside analogical interpretation; the latter aims to provide substantive theoretical support to analogical interpretation, and to explain the relationship between analogical interpretation and the principle of legality.

(责任编辑:王雪梅)