

## 走出刑法形式解释与实质解释的迷思\*

欧阳本祺

**内容提要：**形式解释与实质解释并非两种不同的解释方法，而是两种不同的解释立场：两者在方法论上并没有原则分歧，两者的分歧在于哲学基础与价值观。形式解释论采取传统的认识论诠释学；实质解释论综合认识论诠释学与本体论诠释学的观点；极端的实质解释论主张完全抛弃认识论诠释学，走向本体论诠释学。形式解释论侧重自由保障，实质解释论侧重法益保护，由此可以导出五条规则和三个结论。

**关键词：**刑法解释 方法论 诠释学 价值观

欧阳本祺，东南大学法学院副教授，法学博士。

近年来，我国刑法学中，“解释”一词变得时髦了，“无论什么样的主题，在文中提上几句‘解释’，几乎都变成了‘礼仪上的必要’了”。<sup>〔1〕</sup>随着刑法解释学的发展，形式解释与实质解释已发展成两种对立的学派，“事实上，在整个刑法学中，都存在形式解释与实质解释的问题”。<sup>〔2〕</sup>那么，形式解释与实质解释究竟相争何事？形式解释与实质解释究竟是两种不同的方法论，还是两种不同的立场？形式解释与实质解释分歧的关键点在哪里？本文认为，只有走出形式解释与实质解释的这些迷思，才能有利于这种新的学派之争健康发展。

### 一 走出形式解释与实质解释方法论的迷思

我国刑法学中的形式解释与实质解释似乎是两种不同的解释方法，但是两者在方法论的一些重要点上并没有原则分歧。

#### （一）我国形式解释论与实质解释论的“战场”并没有德日刑法学那么广

德日刑法解释的对立存在于几个不同的层次。从横向来看，一是有关构成要件符合性的解释（判断）存在着形式犯罪论（解释论）与实质犯罪论（解释论）之间的对立；二是有关

\* 本文为作者主持的国家社科基金项目“法治时代刑事政策影响定罪的机理与限度研究”（10CFX024）、司法部国家法治与法学理论研究项目“刑事政策与刑法解释关系研究”（09SFB3014）以及江苏省教育厅项目“宽严相济政策的刑法解释功能研究”（09SJD820002）阶段性成果。

〔1〕 [美]安德雷·马默主编：《法律与解释》，张卓明等译，法律出版社2006年版，第4页。

〔2〕 张明楷：《刑法学研究中的十大关系》，《政法论坛》2006年第2期。

刑法条文用语的解释存在着形式解释论与实质解释论的对立。而构成要件符合性的解释(判断)与刑法条文用语的解释“是两种含义完全不同的解释”。<sup>[3]</sup> 构成要件符合性的解释以规范与事实的关系为对象,探索规范能否涵摄事实,事实能否被涵摄于规范,是一个拉近规范与事实之间距离的过程,是一个抽象规范具体化与具体事实抽象化的过程;刑法条文用语的解释是一个将抽象规范具体化的过程,是一个“找法”的过程,是一个确定大前提的过程;构成要件符合性的解释应该以刑法条文用语的解释为前提,同时又指导着刑法条文用语的解释,这是解释学循环的宿命,但是不能由此将两种不同的解释混为一谈。

从纵向来看,在构成要件符合性解释(判断)的内部,先后存在两种不同意义的形式犯罪论(解释论)与实质犯罪论(解释论)之争。早期的形式犯罪论(解释论)与实质犯罪论(解释论)的争点在于构成要件是否包含了主观要素和规范要素,以及构成要件符合性与违法性、有责性的关系。概括起来说,从贝林的行为构成要件说到麦兹格的违法类型说再到小野清一郎的违法有责类型说,“本来作为价值无涉的概念来把握的构成要件概念,包含着越来越多的价值,更多地包含着主观性和规范性这两种要素。因此,本来被认为具有独立于违法性之机能的构成要件,与违法性的关系也越来越紧密,最终埋在违法性之中……构成要件论发展的历史实际上也正是构成要件论崩溃的历史。”<sup>[4]</sup>“由于行为构成要件说将构成要件视为价值中立的现象,符合构成要件的行为均等地包含了违法行为与非违法行为,故对构成要件只能进行形式的解释。而违法类型说必然要求构成要件说明行为对法益的侵害与威胁,因而应对构成要件进行实质的解释。”<sup>[5]</sup>因此,西原春夫先生所说的“构成要件论崩溃的历史”也是形式解释向实质解释转化的历史。

近期的形式犯罪论(解释论)与实质犯罪论(解释论)的争点在于刑罚规范的性质以及构成要件符合性判断的标准。“承认构成要件的独立机能,以社会的一般观念为基础,将构成要件进行类型性地把握的犯罪论,通常被称为形式的犯罪论……实质的犯罪论对形式的犯罪论进行批判,认为作为形式的犯罪论的中心的犯罪的定型或类型的内容不明……主张在刑罚法规的解释特别是构成要件的解释上……应当从当罚性这一实质的观点出发来进行。”<sup>[6]</sup>也就是说,形式犯罪论认为刑罚规范首先是国民的行为规范,因此主张对构成要件符合性以“一般人是否能够得出该种结论”为标准进行形式解释。实质犯罪论认为刑罚规范主要是法官的裁判规范,因此主张对构成要件符合性以“处罚的必要性和合理性”为标准进行实质解释。

我国学者往往将上述几种不同意义的解释混淆起来。从横向来看,不区分对构成要件符合性的解释与对刑法条文用语的解释两种不同意义的解释。正如陈兴良教授所指出的,“我国学者往往认为两者之间存在直接关联,并从形式犯罪论引申出形式解释论,从实质犯罪论引申出实质解释论……应当说,这样一种结论是似是而非的。”<sup>[7]</sup>从纵向来看,我国学者也没有注意区分早期与近期两种不同的犯罪论(解释论)。例如认为,“贝林的古典形式犯罪论体系在日本得到了一些学者的继承和发扬。日本学者团藤重光、大塚仁、大谷实等均

[3] 陈兴良:《形式与实质的关系:刑法学的反思性检讨》,《法学研究》2008年第6期。

[4] [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56页。

[5] 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第107页。

[6] [日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,法律出版社2008年版,第87-88页。

[7] 陈兴良:《形式与实质的关系:刑法学的反思性检讨》。

主张形式的犯罪论”，“形式犯罪论的主张者首推同志社大学教授大谷实”。而“日本东京都立大学的前田雅英教授是实质犯罪论的领军人物”，“前田的构成要件论认为构成要件是违法、有责的类型”。〔8〕这似乎以为近期的犯罪论（解释论）是早期的犯罪论（解释论）的延续，而实际情况并非如此。大谷实虽然持形式犯罪论与形式解释论，但并非像贝林一样持行为构成要件说，而是与前田雅英一样持违法有责类型说。〔9〕也就是说，近期的形式犯罪论（解释论）与实质犯罪论（解释论）之争是违法有责类型说内部的争论，而不是行为构成要件说与违法有责类型说之间的争论。正如有的学者所说，“在日本刑法学的研究中，形式和内容的对立存在很久以前就存在，但是，作为新的学派之争即‘形式的犯罪论’和‘实质的犯罪论’对立则是近年来的事情。”〔10〕

与德日刑法解释多层次对立不同，我国形式解释与实质解释的对立只存在于刑法条文用语的场合，而犯罪构成符合性的解释（判断）则是形式解释（判断）与实质解释（判断）的统一。首先，我国的犯罪构成是犯罪成立要件的总和，从一开始就包含了客观要素与主观要素、记述要素与规范要素；犯罪构成是犯罪成立的唯一标准，符合犯罪构成的行为同时就具有违法性和有责性。因此，不存在德日刑法学中早期的形式解释与实质解释的对立。其次，我国犯罪构成的判断是形式判断与实质判断的统一，既要考虑一般人标准又要考虑当罚性标准，因此，也不存在德日刑法学中近期的形式犯罪论与实质犯罪论的对立。再次，近年来我国刑法学中有关四要件犯罪构成论的“维持说”与“重构说”之争，也同形式解释论与实质解释论之争无关。总之，我国形式解释论与实质解释论之争的领域并没有德日刑法学那么广泛，而只存在于刑法条文用语的解释中。

## （二）我国形式解释论与实质解释论关于刑法解释的限度并没有原则分歧

德日刑法学的通说认为解释的限度止于可能的字义，但是除了可能字义说之外，还存在其他一些不同的观点，其中有些观点的影响还很大。例如，格曼（Germann）是将客观目的从法律文字抽离的代表学者，他认为法律规定的目的与意义高于法律规定的文字；萨克斯（Sax）与海勒（Heller）等主张解释可以超过文字字义的界限，只要是符合“规范目的”；奥地利学者比德林斯基（Bydliniski）主张以事物本质取代字义界限；考夫曼不接受可能字义界限，认为“不法类型”才是解释的界限；雅格布斯认为，超越原文文字界限在四个条件下是允许的：（1）符合概念发展的连续性；（2）否则就会发生任意性评价；（3）根据同等适用的需要；（4）具有解决问题的适当性。〔11〕

在我国刑法学中，形式解释论与实质解释论都明确主张以“可能文义”作为刑法解释的限度，在这一点上并没有表现出如德国刑法学那样的原则分歧。例如，形式解释论者认为，“在罪刑法定原则下，包含在可能文义范围内的类比推理是允许的，超出可能文义范围的类推推理则是被禁止的，这是一条不可逾越的原则界限。”“如果允许超出可能文义范围，根据事物本质进行实质判断，将使罪刑法定原则的形式理性丧失殆尽。”〔12〕实质

〔8〕 刘艳红：《实质刑法观》，中国人民大学出版社2009年版，第162-167页。

〔9〕 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，中国人民大学出版社2008年版，第87页。

〔10〕 黎宏：《日本刑法精义》，法律出版社2008年版，第57页。

〔11〕 参见蔡蕙芳：《刑法之解释与适用》，作者发行2004年版，第69-79页；〔德〕罗克辛：《德国刑法总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第84-89页。

〔12〕 陈兴良：《刑法教义学方法论》，《法学研究》2005年第2期。

解释论者同样认为,“刑法解释的对象是刑法规定,刑法又是以文字作出规定的,故刑法解释不能超出刑法用语可能具有的含义,否则便有违反罪刑法定原则之嫌”;“扩大解释是对用语通常含义的扩张,不能超出用语可能具有的含义;否则,属于违反罪刑法定原则的类推解释。”<sup>[13]</sup>

### (三)我国形式解释论与实质解释论关于解释方法的顺序没有任何区别

两者都认为解释刑法应遵循文义解释→体系解释→历史解释→目的解释→合宪性解释的先后顺序。<sup>[14]</sup>其中文义解释又称文理解释,体系解释、历史解释、目的解释、合宪解释则属于论理解释。从刑法价值来看,文理解释优先于论理解释是罪刑法定原则的内在要求,是刑法的稳定性优于正当性的要求。因此,形式解释与实质解释都采取同样的刑法价值观,即承认刑法的稳定性优于正当性。从经济学来看,文义解释相对简单,只需要考虑较少的解释因素,耗费的成本也较低,解释透明度较大,解释结果也较容易预测;论理解释中的各种方法越是靠后方法越复杂,需要考虑的因素越多,耗费的信息成本较大,解释的透明度越低,解释结果也越难预测。因此,形式解释与实质解释都采用同样的逻辑,即尽量使用简单的解释方法,除非简单的解释方法不能获得令人满意的解释结果。<sup>[15]</sup>

### (四)我国形式解释论与实质解释论关于刑法解释目标的分歧也可以调和

关于刑法解释目标,形式解释论往往采取主观说,实质解释论则持客观说。例如,形式解释论者认为,“形式的解释论的意旨在于严格尊重和忠实于立法者通过刑法文本表现的立法意思”,只有在“根据立法当时的标准原意进行文义解释所得出的解释结论显然荒谬的情况下”以及“行为形式上触犯刑法的明文规定,而缺乏实质的可罚性和违法性的情况下”才例外地允许寻找立法的客观目的。<sup>[16]</sup>实质的解释论认为,“罪刑法定原则是指罪刑由‘刑法’确定,而不是由‘立法者意图’确定,‘刑法’与‘立法者的意图’并非一体,具有法律效力的是用文字表达出来的、具有外部形式的刑法,而不是立法者的内心意思。”<sup>[17]</sup>这种对立从对《刑法》第261条的“抚养义务”的解释上可见一斑。

但是,单纯的主观说和客观说都难以得出合理的解释结论。“‘主观’和‘客观’解释理论研究的是相互关联的部分。它们中没有一个是完全‘正确的’或者‘错误的’。两者都是研究法律解释和法律适用时的必要步骤。”而且,主观解释试图探究的最初规范意旨正是一种客观事实;相反,所谓的客观解释却是主观的法官造法。<sup>[18]</sup>

综上所述,我国形式解释论与实质解释论之争与犯罪论无关,只限于刑法用语的解释,两者在解释的限度上都采取“可能文义说”,在解释方法的顺序上看法完全相同,在解释目标上的分歧也是可以调和的。可见,形式解释与实质解释在法学方法论的重要点上并没有原则分歧。那么,为什么两者会对一些具体问题的解释得出截然不同的结论呢?本文认为,这种解释结论的分歧并非方法论本身造成的,而是方法论背后的不同哲学观与价值观导致的。

[13] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第34、37页。

[14] 梁根林:《罪刑法定视域中的刑法适用解释》,《中国法学》2004年第3期。

[15] 参见桑本谦:《法律解释的困境》,《法学研究》2004年第5期。

[16] 梁根林:《罪刑法定视域中的刑法适用解释》。

[17] 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第31页。

[18] [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,中国政法大学出版社2005年版,第346页。

## 二 走出形式解释与实质解释诠释学的迷思

从哲学上看,形式解释与实质解释之争反映了不同的诠释学理论的对立,揭开诠释学神秘的面纱是走出形式解释与实质解释迷思的必经之路。诠释学研究的对象是“作者—文本—读者”三者之间的关系,围绕这一关系产生了不同的诠释学理论:以施莱尔马赫为代表的现代认识论诠释学、以伽达默尔为代表的本体论诠释学和以贝蒂为代表的当代认识论诠释学。

### (一)现代认识论诠释学的基本观点

这种诠释学的“思想基础是客观主义,力图使解释者摆脱自己的偏见以达到被解释对象本身的立场。而客观主义的前提就是被理解对象,亦即文本都是一定历史条件下的产物,这些文本的作者也必定具有一定的历史限定性,因此,理解对象就是力求使理解者完全摆脱自己的时代限制,设身处地,像文本的作者那样用那个时代的方式进行思维”。“现代诠释学在作者、文本与解释者之间,突出‘作者中心论’,认为作者的思想、情感起主导、决定作用,将文本的原意看成是作者的原意,领悟了后者也就领悟了前者。”<sup>[19]</sup>也就是说,文本与作者都是特定历史条件下的产物,是有某种固定意义的实在;作者的原意就是文本的原意;解释就是解释者摆脱自身的时代限制,克服作者与解释者之间因时间距离而产生的消极作用,从而趋近客观存在的作者原意的过程。由于作者原意是客观的,因此只要运用适当的方法就可以解释出作者原意。施莱尔马赫认为,重构作者原意的方法和途径主要是语法解释和心理解释:前者是字面的语义分析;后者是一种心理转换,即把解释者置于原作者整个创作活动中,通过想象、体验去重构这种创作活动。<sup>[20]</sup>狄尔泰使施莱尔马赫所开创的认识论诠释学达到了顶峰——从心理解释学上升为生命解释学。他认为,“只有从文字的理解经过心理的理解扩展到对人生的理解,才能真正把握文本的真谛。因为文本是人的心理的投影,人的心理则是人的生活的投影。”<sup>[21]</sup>

可见,现代认识论诠释学基于客观主义思想基础,采取“主体—客体”对立模式,认为解释就是主体(解释者)隐去自身的时代限制去认识客观存在的客体(作者原意),采用的方法主要是心理解释或生命解释。这是一种“作者原意中心论”的诠释学。由于这种诠释学像自然科学一样重视对客体的认识,并探索认识的方法,所以被称为认识论或方法论诠释学。

### (二)本体论诠释学的基本观点

伽达默尔本体论诠释学的理论立场是一个有争议的问题,也许原本就包括两个方面的向度。我国学者何卫平教授认为伽达默尔的诠释学是“文本读者双中心论”。因为,在伽达默尔看来,“历史既非客观亦非主观,而是涵盖一切过程和关系的主客体的交融和统一”;“文本的意义不是由作者所决定的,而是由处于不同境遇之中的读者和文本的互相作用所决定的”;“解释学的历史意识首先是指对两种视域的矛盾和差异的认识,它不是以牺牲一方而保全另一方来消除这一矛盾和差异。相反,它是通过视域的融合来扬弃这对矛盾和差异的。”所谓视域融合,就是把文本所处的视域同解释者所处的视域融合到一个更加广阔的

[19] 何卫平:《通向解释学辩证法之途》,上海三联书店2001年版,第13、22页。

[20] 同上,第13-14页。

[21] 同上,第19、21页。

视域中去。<sup>[22]</sup>

我国另一位学者潘德荣教授则认为伽达默尔的诠释学是“读者中心论”。因为,伽达默尔诠释学以现象学为前提:“理解对象不是某种客观意义上存在的东西,而是在意识中被建构起来、并被我们意识到的东西。在此意义上,‘文本’作为理解对象,正是呈现于读者意识之中的意识现象”;“文本的意义不是预先给定的,而是在诠释中被创造出来的,是对读者而言的意义”;“虽然,视域融合被表述为作者(历史、传统)的视域与读者(当下)的视域之融合,但事实上,在伽达默尔那里,并不承认各自独立存在的‘历史视域’或‘现在视域’。历史视域无非是在读者的理解过程中被建构起来、被读者视为不同于他自己的视域的东西,在它被构建的同时,就已经融入了读者的当下视域。”<sup>[23]</sup>按照读者中心论,文本并无固定的意义,文本的意义只不过是解释者建构的产物,解释就是这样一种主观的建构活动。

### (三)当代认识论诠释学的基本观点

贝蒂与施莱尔马赫一样坚持客观主义的立场,反对伽达默尔的主观建构说,认为文本的意义是独立于解释主体的客观存在,这种意义通过合适的方法能够被认识,解释就是主体对客体的认识。但是贝蒂并不像施莱尔马赫一样去追求不可捉摸的作者原意,而是侧重于文本意义。因为,文本是思想的客观化表达,是人们认识与理解的客观依据。可见,贝蒂的诠释学采取的是“文本中心论”。<sup>[24]</sup>

### (四)形式解释论与实质解释论的诠释学立场

运用诠释学观点分析我国形式解释与实质解释之争,可以看到一条比较清晰的逻辑。

形式解释论坚持形式的罪刑法定原则,追求作者原意,严格限制法官的自由裁量权。这显然是以主体—客体两分模式为理论预设:立法者原意是客观存在的,法官解释的任务就是克服主观恣意去寻找立法原意。这种观点采取的正是施莱尔马赫“作者中心论”的认识论诠释学。

实质解释论有几个区别于形式解释论的代表性观点。首先,在解释目标上,实质解释论坚决反对立法者意思说,而坚持法律文本意思说。其次,实质解释论认为,“刑法的解释就是在心中充满正义的前提下,目光不断地往返于刑法规范与生活事实的过程。”“也就是说,一方面要将生活事实与规范相拉近,另一方面将规范与生活事实相拉近……‘只有在规范与生活事实、应然与实然,彼此互相对应时,才产生实际的法律:法律是应然与实然的对应’。”<sup>[25]</sup>这表明实质解释论试图融合认识论诠释学与本体论诠释学:一方面,坚持认识论,认为解释是寻找法律文本客观意思的过程,是主体对客体的认识过程,只不过采取的是认识论诠释学中的“文本中心论”,而不是“作者中心论”;另一方面,又接受本体论诠释学中的“视域融合论”,认为解释是规范与事实或者解释对象与解释者之间的“视域融合”,突出主体间的成分。实质解释论这种融合、互补认识论诠释学与本体论诠释学的努力正符合“诠释学进一步发展的方向”。<sup>[26]</sup>

极端的实质解释论则主张完全抛弃认识论诠释学,走向本体论诠释学。认为“认识论

[22] 参见何卫平:《通向解释学辩证法之途》,第183、184、198页。

[23] 潘德荣:《理解方法论视野中的读者与文本》,《中国社会科学》2008年第2期。

[24] 潘德荣:《理解方法论视野中的读者与文本》。

[25] 张明楷:《刑法分则的解释原理》,序说第7、9页。

[26] 参见潘德荣:《认知与诠释》,《中国社会科学》2005年第4期。

上的‘主体—客体’模式早已过时,因为‘主体—客体’模式将认识主体(如法官)和认识对象即刑法的正义性严格分开,断然拒绝将任何主观的东西(如法官的理解)纳入对刑法的正义性的认识之中”;“‘主体—客体’的认识方式原则上对于认识刑法的正义性起不了什么作用”。<sup>[27]</sup>但是,完全抛弃主客体模式认识论,则会损害刑法的确定性,甚至会走向“解释者中心论”。我国现在还难以接受这种完全否定认识论的实质解释观,这种极端的实质解释观已经很接近美国的现实主义法学——“把法律的规范性因素或规定性成分降到最低限度。对于现实主义法学家来说,法律只是一组事实而不是一种规则体系,亦即是一种活的制度,而不是一套规范……(卢埃林)指出,法律研究的重点应当从规则的研究转向对司法人员的实际行为特别是法官的行为进行研究。‘在我看来,这些司法人员在解决纠纷时的所作所为就是法律本身’。”<sup>[28]</sup>

### 三 走出形式解释与实质解释价值观的迷思

“所谓的‘解释’,就其根本来看不是一个解释的问题,而是一个判断的问题。司法的根本目的并不是在于搞清楚文字的含义是什么,而在于判定什么样的决定是比较好的,是社会可以接受的。”<sup>[29]</sup>也可以说,解释只是一种假象:“解释结果”在“解释”之前就已经大致确定下来了;“结果”不是“解释”出来的,是“结果”决定了如何“解释”。<sup>[30]</sup>形式解释与实质解释就其根本来看也不是一个方法论的问题,而是一个价值观的问题——两者区别的关键在于价值观的不同。这种价值观的不同集中体现为法治国家观的不同。

形式解释论与实质解释论都立足于法治国而排斥警察国与文化国,但是两者对于如何理解我国的法治国状况存在分歧,并由不同的法治观引申出不同的刑法解释理论。根据我国学者郑永流教授的研究,“法治国一词就是为德国人所创造”,而且近代以来德国先后经历了不同的法治国模式:自由法治国(18世纪末至19世纪30年代)→形式法治国(19世纪30年代至20世纪初)→混合法治国(1919年至1933年的魏玛时期)→“实质法治国”(1933年至1945年的第三帝国时期)→公正法治国(1949年至1990年的波恩时代)→德国统一以后的法治国(1990年至今)。<sup>[31]</sup>那么,如何把握我国的法治国状况呢?

#### (一) 形式解释论的法治观

形式解释论的刑事法治观主要体现在以下几个方面:

1. 提倡形式的罪刑法定原则,警惕实质的罪刑法定原则。例如,陈兴良教授认为,“在我国当前的情况下,处于向法治国迈进的过程中,需要的是法治的启蒙精神,需要的是法治国的刑法文化,因而应当实行严格的罪刑法定”;<sup>[32]</sup>“我国正处于从以往不受规范限制的恣意司法到罪刑法定原则转变的过程之中,形式理性的司法理念在我国还没有建立起来。在这种情况下,过于强调实质主义的罪刑法定原则,不能不令人担忧。”<sup>[33]</sup>

[27] 刘艳红:《实质刑法观》,第232页。

[28] [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第153页。

[29] 苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,《中国社会科学》1997年第4期。

[30] 参见[德]魏德士:《法理学》,第306页。

[31] 参见郑永流:《法治四章》,中国政法大学出版社2002年版,第81页以下。

[32] 陈兴良:《刑法理念导读》,中国检察出版社2008年版,第6页。

[33] 陈兴良:《形式与实质的关系:刑法学的反思性检讨》。

2. 司法过程应以形式理性排斥实质理性,以刑事违法性取代社会危害性。形式解释论认为,“实质理性一旦转化为形式理性,就应当坚守这种形式理性,这是一个司法的问题。实质理性在立法中加以确认,这仅仅是法律规范的形成……在司法活动中,当实质合理性与形式合理性发生冲突的时候,我认为应当选择形式合理性而放弃实质合理性。”<sup>[34]</sup> 具体来说,就是要以刑事违法性取代社会危害性。因为,“社会危害说不仅通过其‘犯罪本质’的外衣为突破罪刑法定原则的刑罚处罚提供一种貌似具有刑法色彩的理论根据,而且也在实践中对于国家法治起着反作用。”“对于认定犯罪来说,社会危害性的标准应当让位于刑事违法性的标准。只有在刑事违法性的范围之内,社会危害性对于认定犯罪才有意义”,因此,应当“将社会危害性的概念逐出注释刑法学领域”。<sup>[35]</sup>

3. 强调自由保障优于社会保护。自由保障与社会保护之间内在地具有对立性,刑罚的适用与自由保障成反比,与社会保护成正比。形式解释论认为,“在市场经济体制下,个人的权利日益受到重视与保护,因此刑法机能应当从社会保护机能向人权保障机能倾斜,加重刑法的人权蕴涵。”<sup>[36]</sup>

## (二) 实质解释论的法治观

相应地,实质解释论的包容性刑事法治观也体现在三个方面:

1. 在坚持形式理性的同时,更多地重视实质理性。包容性刑事法治观在于:“其一,坚守刑法的形式合理性,即形式意义的罪刑法定原则;其二,构建刑法的实质合理性,根据实质的罪刑法定原则所追求的公平、正义等价值观,根据犯罪的本质社会危害性理论,进行刑事立法和解释、适用刑法规范”;即“在坚持形式的法治国的前提下,将实质的法治国概念纳入其中,用后者解释前者,根据后者进一步发展、适用前者。”<sup>[37]</sup>

2. 赋予社会危害性概念以新的含义。形式解释论者猛烈批判社会危害性概念,而实质解释论者都坚持社会危害性概念,并赋予其以新的涵义:有的学者力图探索社会危害性的规范质量,将其解释为法益侵害性,作为刑事违法性的实质内容;<sup>[38]</sup> 有的学者力图探索在现代风险社会下危害性概念功能的变化。例如,劳东燕博士指出,危害性概念具有两个维度的功能:一是作为刑罚之正当根据;二是作为刑法之目的。这两个功能无疑存在一定的内在紧张:作为刑罚之正当根据的危害,要求危害达到一定的严重程度才足以使刑事制裁正当化;作为刑法之目的危害防止,则通常要求在危害实际发生之前进行干预。在古典自由主义的语境中,危害性概念优先服务于前一功能;而在风险社会语境中,危害性概念对国家刑罚权的功能逐渐由限制演变为扩张,由自由保障演化为社会保护。<sup>[39]</sup>

3. 在刑法的机能上,重视法益保护。<sup>[40]</sup> 实质解释论认为犯罪是对法益的侵害,刑法是对法益的保护,解释是甄别值得处罚的法益侵害行为。因此,实质解释论实际上是以法益来

[34] 陈兴良:《刑法理念导读》,第18-21页。

[35] 陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,《法学研究》2000年第1期。

[36] 陈兴良:《刑法理念导读》,第115页。

[37] 刘艳红:《实质刑法观》,第71、99页。

[38] 参见张明楷:《刑法学》,第98页以下。

[39] 参见劳东燕:《危害性原则的当代命运》,《中外法学》2008年第3期。

[40] 实质解释论认为广义的法益保护,既保护法益免受犯罪侵害,也保护法益(行为人自由)免受刑罚侵害(张明楷:《刑法分则的解释原理》,第35页)。但是在具体适用解释时侧重于狭义的法益保护,即保护法益免受犯罪侵害(张明楷:《刑法的基本立场》,第128页以下)。



划定犯罪圈的大小,将圈子内的行为解释为符合犯罪构成,将圈子外的行为解释为不符合犯罪构成。具体来讲,实质解释论有四条重要规则:“认识法益对构成要件解释的指导意义”;把握“法益的变更对构成要件的影响”;“肯定犯罪构成要件说明行为的社会危害性”;以及“明确犯罪构成整体说明行为的社会危害性达到应当追究刑事责任的程度”。<sup>[41]</sup>

### (三)形式解释论与实质解释论的不同法治观对解释方法的影响

接下来以具体的例子,来说明形式解释论与实质解释论之间不同的价值观是如何影响解释方法的运用。广义的法律适用解释包括狭义的法律解释与漏洞补充,在这两种不同的场合,形式解释论与实质解释论各自的价值观是一致的,但是各自运用方法的规则恰好相反。下面的1—4属于狭义解释,5属于漏洞补充。

1. 对于《刑法》第261条遗弃罪中的“抚养义务”,形式解释论采取历史解释方法,认为其仅限于婚姻家庭而引起的义务;<sup>[42]</sup>实质解释论采取体系解释方法,认为由于遗弃罪在刑法分则体系中地位的变化,导致其“抚养义务”的范围扩大。<sup>[43]</sup>

2. 对于《刑法》第263条“冒充军警人员抢劫”的解释,形式解释论采取一般人的标准,认为其不包括真正的军警人员抢劫的情形;实质解释论采取当罚性标准,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,更具有提高法定刑的理由……应认定为冒充军警人员抢劫”。<sup>[44]</sup>

3. 对于《刑法》第275条故意毁坏公私财物中的“毁坏”,形式解释论采取文义解释方法,将其理解为物理性毁坏;实质解释论采取论理解释,将其理解为效用毁坏。<sup>[45]</sup>

4. 对于《刑法》第318条“组织他人偷越国(边)界”中的“偷越”,形式解释论和温和的实质解释论将其理解为没有证件而出入境或者使用伪造、变造的证件而出入境两种情况,极端的实质解释论认为除了这两种情况外,还包括使用骗领的证件而出入境。<sup>[46]</sup>

从以上几个狭义解释的例子可以归纳出形式解释与实质解释的几条规则。规则一:在方法论上,形式解释论青睐文义解释,实质解释论青睐论理解释;规则二:在解释标准上,形式解释论以一般人感觉的合理性为标准,实质解释论以处罚的必要性为标准;规则三:在刑法机能上,形式解释论侧重保障行为人自由,因而处罚范围较窄,实质解释论侧重于保护法益,因而处罚范围较宽。这几个规则是就狭义解释而言的,而在漏洞补充的场合规则会有所变化。

5. 《刑法》第170条规定“伪造货币的,处……”,而对于其是否需要行使目的,学界存在不同争论。否定说认为伪造货币罪不需要特定目的,采取的方法是“文义解释”——立法用语的意思原本如此;肯定说认为伪造货币罪需要行使目的,采取的方法是“目的性限缩”——立法目的原本如此。值得注意的是,采取文义解释,否定特定目的者不是形式解释论,恰恰是实质解释论。<sup>[47]</sup>而形式解释论者采取的方法却是目的性限缩——在本罪的构成

[41] 张明楷:《刑法的基本立场》,第128页以下。

[42] 参见陈兴良:《判例刑法学》(上卷),中国人民大学出版社2009年版,第48页。

[43] 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,第154页。

[44] 张明楷:《刑法学》,第717页。

[45] 参见陈兴良:《形式与实质的关系》。

[46] 参见陈兴良:《判例刑法学》(上卷),第81页。

[47] 参见张明楷:《刑法学》,第577页。需要注意的是,张明楷教授对于同样是没有规定特殊目的的伪造金融票证罪,则认为需要行使目的(参见张明楷:《刑法学》,第587页)。

要件中存在着某种语义论据之外的、高于语义论据的理由,即“目的性论据”。<sup>[48]</sup> 目的性限缩是狭义解释方法之外的漏洞补充方法。<sup>[49]</sup>

归纳前述有关形式解释与实质解释的规则,可以得出如下三个结论:结论一:形式解释与实质解释论真正的区别在于价值观——前者侧重于保障行为人自由,因而处罚范围较窄;后者侧重于保护法益,因而处罚范围较宽。结论二:在狭义的刑法解释场合与漏洞补充场合,形式解释论与实质解释论各自所采用的解释方法完全相反。结论三:不能说文义解释就是形式解释,论理解释或漏洞补充就是实质解释;文义解释、论理解释和漏洞补充都只是具体的解释方法,而形式解释与实质解释却是解释的立场——它与解释方法是不同层面的范畴,可以按照自己的需要选择不同的解释方法。也就是说,形式解释与实质解释的区别不是方法论上的区别,而是立场上的区别。

## 四 结 语

目前我国刑法的形式解释论与实质解释论的学派之争已经初步形成,本文无意否定或者融合这种学派之争,只是觉得单纯从解释方法的顺序、解释目标、解释的出罪或入罪功能等方法论的层面来建构各自的学派,不仅难以提升学派之争的质量,反而会给人带来迷思:实质解释与形式解释究竟有无分歧,有无必要提倡这种学派之争。本文认为,方法本无派,立场才有别,只有透过方法论的表象而揭示其背后的哲学与价值观的分歧才有利于深化实质解释与形式解释的学派之争。

---

[ Abstract ] With regard to formal interpretation and substantive interpretation, they are not different methods of interpretation, but two different positions of construction. In methodology, there are no differences in principle, instead, differences lie in philosophical basis and values. Formal interpretation adopts traditional cognitive hermeneutics, while substantive interpretation integrates the viewpoints of cognitive hermeneutics and ontological hermeneutics. With regard to extreme substantive interpretation, it holds that ontological hermeneutics should replace cognitive hermeneutics completely. Formal interpretation focuses on the guarantee of freedom, while substantive interpretation emphasizes the protection of legal interests. On the basis of this, five rules and three conclusions can be deduced.

---

(责任编辑:黄 列)

[48] 参见陈兴良:《目的犯的法理探究》,《法学研究》2004年第3期。

[49] 漏洞补充的另一种情况“目的性扩张”,由于违背罪刑法定原则,在刑法领域不能够适用。参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第202及第206页;欧阳本祺:《论真正非法定目的犯的解释适用——兼论刑法漏洞的补充》,《法学论坛》2008年第1期。