

Criminal Law Should Adhere to the Position of Substantive Interpretation in China

Yang Liu

Law School (Intellectual Property College), South China University of Technology, Guangzhou Guangdong
Email: 13661388911@139.com

Received: Jan. 8th, 2019; accepted: Jan. 21st, 2019; published: Jan. 28th, 2019

Abstract

The application of criminal law cannot be separated from legal interpretation. In the history of the development of criminal law, there have been many kinds of interpretation methods, such as literal interpretation, historical interpretation, logical interpretation and purpose interpretation. In the application process of law, based on the different efficacy of different methods, it is necessary for the legal person to use appropriate interpretation methods to solve legal and practical problems on the basis of certain hermeneutic standpoint. In the field of criminal law in China, the advantages and disadvantages of the standpoint of formal interpretation and substantive interpretation are constantly discussed. The purpose of this paper is to demonstrate the importance of substantive interpretation from the perspectives of historical development, the requirement of the principle of legality of crime and punishment, the need to fill loopholes, and the need for case justice, so as to explain that the criminal law of our country should be based on the position of substantive interpretation in practice.

Keywords

Interpretation of Criminal Law, Substantive Interpretation, Formal Interpretation, Application of Law

我国刑法应当坚持实质解释立场

刘 阳

华南理工大学, 法学院(知识产权学院), 广东 广州
Email: 13661388911@139.com

收稿日期: 2019年1月8日; 录用日期: 2019年1月21日; 发布日期: 2019年1月28日

摘 要

刑法的适用过程离不开法律解释, 在刑法学的发展史上, 出现了诸如文义解释、历史解释、逻辑解释、目

的解释等多种解释方法，在法律的适用过程中，基于不同方法的功效不同，需要法律人基于一定的解释学立场来恰当的运用相应的解释方法解决法律和现实问题，在我国刑法学界不断探索形式解释立场和实质解释立场的优劣。本文旨在从历史的发展、罪刑法定原则的要求、漏洞填补的需要、个案公正的需求等角度来论证实质解释的重要性，借以阐释我国刑法在实践中应当立足于实质解释立场这一观点。

关键词

刑法解释，实质解释，形式解释，法律适用

Copyright © 2019 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

将抽象性的、一般性的法律规范运用于具体的、特定的个案，在个案中确定特定当事人之间的权利(力)义务关系，就是法律适用；而面对纷繁复杂和千差万别的个案，如何将一般、抽象、概括的法律规范适用其中，就必须依靠法律解释——无法律解释也就无法律适用[1]。

可以说，一部人类法律的演进史，就是法律在制定、解释和适用过程中不断发展和推演的历史，贯穿其中的法律解释，赋予了法律文本以现实意义，同时反作用于法律文本，催生更新、更符合时代和客观世界的法律文本[2]。理论的不断进步，派生了若干种法律解释方法，那么如何选择解释路径、秉持何种解释学立场，才是符合刑法的罪刑法定原则、罪责刑相适应原则？答案是很明显的：那就是应当坚持实质解释立场。

2. 实质解释立场是解释学发展的必然

据史料记载，中国古代的法律活动起源于春秋战国时期，睡虎地云梦秦简的发掘，证实了秦代就存在官方解释——法律答问；而经学的兴起则引发了大规模的法律注释活动；自魏晋的张斐开始，注释学逐渐形成独立的学科[3]。

国外的解释学渊源亦久。古希腊就有专门占星及解释神谕的“术士”；罗马征服希腊后，对圣经和罗马法的注释成为古罗马帝国时期最重要的注释活动。公元 11 世纪晚期意大利的博洛尼亚大学，在对《国法大全》的研究和注释中，形成真正意义上的注释法学派。此时的法律解释严格保守，法学注释“三艺”——三段论、反诘法、归谬法——就是对古代注释法学追寻立法文本原意的集中体现。

随着学术水平的不断提升，解释学的发展来到了近代，出生于 18 世纪末的德国哲学家施莱尔马赫，受到康德哲学的影响，主张解释之所以必须，并非由于人们对文本的不理解，而是由于对文本的“误解”，解释就是重建。他强调解释有两个目标：解释的最低目的是要像作者自己理解自己一样理解他；最高目的是比作者本人更懂作者。

此时，解释学不再是一门单纯的方法论，其本质是一种“重建的科学”，是与自然科学具有同样严密性、科学性的学科。同时期的德国哲学家，同时也是柏林普鲁士皇家科学院院士的威廉狄尔泰，将传统解释学在施莱尔马赫的基础上推动为哲学解释学。他认为：“解释的过程就是生命体验过程”使得解释学具有了认识论的意义。

随着时代的快速进步，社会变化逐渐剧烈，只注重逻辑推演的概念法学显得不再适用。19 世纪兴起

的自由法运动开始了对概念法学的批判，并影响了全世界。德国著名法学家鲁道夫·冯·耶林是现代西方自由法运动的开启者，他认为法律是人类意志的产物，受“目的”的支配，解释结论可能超过法律字面含义的范围——目的法学。而德国法学家菲利普·赫克和美国法学家罗斯科·庞德则强调法的终极目标在于达成利益平衡，法本身包括它的规范、程序、制度都在于促进效益的实现^[4]。同时，奥地利的埃利希和德国的康特洛维茨强调法学研究和解释要从成文法条和法典中走出，诉诸生活在“活的法律”与“法情感”。

此时的法解释学，已经远远超越了保守严苛的文义解释，超越了机械追求立法者原意的历史解释。保守严苛的注释法学，自此悄然淡出历史舞台。

19世纪末开始到20世纪中叶，人们对于法律解释的认识和研究，又进入到一个更高阶的层面，其对“还原文本原意”这一思想进行了猛烈的抨击。学者普遍认为，立法者原意和文本原意不可追寻，而法律解释存在的意义也不仅仅是将立法目的简单重现，解释学具有的独立价值远远超过重现。

20世纪存在主义哲学的创始人和主要代表之一的德国哲学家马丁·海德格尔认为理解是个体生命和人类本体的交流和对话，使得解释学从方法论向本体论转向。他认为语言文本具有独特的生命力，既是“存在的寓所”，同时也是解释学经验的媒介。

德国哲学家伽达默尔在对海德格尔的理论继承和发扬的基础上认为，我们对文本的解释乃是一种与传统的对话。当我们克服书写的自我异化时，文本保留了它们的适时性。他认为解释学的任务是使“僵死的字符获得生机”，因而解释的过程不是解释者听文本独白，而是解释者和文本之间的互动对话。

此后，德国著名学者尤尔根·哈贝马斯认为解释学的研究必须结合社会现实、解决现实问题，其与伽达默尔长期论战，倡导“批判的解释学”，认为理解的过程对语境的变化依赖关系远胜于对传统的依赖关系，提出必须用“生活理性”取代“工具理性”，公众、理性、批评的公共舆论是解释学的重要研究领域。此时的法律解释，焕发了全新的生命力，真正从“理解”走向了“再造”。

近现代是理论发展的黄金时代，也是法学发展的黄金时代，诸多哲学家、法学家如雨后春笋般闪耀在理论界，以德国法学家为首的法学先锋层出不穷，对法律解释的探讨也深入到一个新的阶层。

著有《法学方法论》的德国著名法学家卡尔·拉伦茨，认为法官对个案的裁判往往带有主观色彩，需要客观、固定、可事后审查的供解释者作为准则的解释标准和解释方法^[5]。他提出法律解释应当包括三类：第一种是通常意义的法律解释，其中包括五种解释方法：一是文义解释、二是体系解释、三是历史解释、四是客观目的解释、五是合宪性解释。第二种是法律内法的续造，例如法律解释的漏洞填补功能：即一是个别与整体类推，二是回归法律的基本原则，三是目的的缩限与扩张，四是个案中法益平衡，五是正当目的对法律文本的修正。第三种是超出法律的法的续造，譬如法律适用中的新情况、新问题，例如有三种适用情况需要法的续造：一是交易上的急需，比如从物理空间延伸到网络空间；二是事物本质，如对老年人与青壮年的不同规定不同对待；三是法的伦理性原则不能超越。

自此，探寻立法目的、强调法律现实意义的实质解释立场应运而生。

正所谓“优胜劣汰”，从历史发展的角度我们可以发现，实质解释立场更符合社会发展的需要，传统的形式解释立场已经不能满足疑难复杂、千奇百怪的现实需求，若一味追求形式解释的立场，将出现令人瞠目结舌的审判结果。如我国刑法第225条规定的非法经营罪，其逻辑结构是“违国家规定、严重扰乱市场秩序的经营行为，均可构成非法经营罪”，即未经主管部门批准而经营的行为。在我们的生活中，未经主管部门批准而开办的各种英语班、补习班、培训班；未经批准从事的有偿法律咨询服务或其他技术服务；未经批准的“滴滴打车”、“快的打车”、“优步专车”服务；未经批准从事的媒体业务如开设微信公众号、自媒体……按照形式解释的立场，这些行为无一例外地构成非法经营罪，并且事实上我国法院已经有多起对上述案例的有罪判决。倘若如此，就不会有孩子们渴望的课外培训、不再有

在线咨询、不再有“快的”、“滴滴”以及“优步”的发展及合并、不再有蓬勃的自媒体行业……从社会进步的角度来看，实质解释立场取代形式解释立场是历史发展的必然。

3. 实质解释是完善罪刑法定原则的要求

在这样的情况下，我国刑法学界的理论学派对于法律解释分为两派立场阵营，一派已陈兴良教授和邓子滨教授为代表，力倡刑法的形式理性、关注刑法的人权保护机能、强调刑法条文的刚性与封闭性、警惕刑法的扩张解释。强调刑法要严苛追寻语义解释，是为形式解释立场[6]。

另一派以张明凯教授、刘艳红教授、苏彩霞教授和徐松林教授为代表，从实践理性出发，以保护法益为指导、以出发的必要性和妥当性为尺度、强调刑法词语及条文的多义性、刑法解释不能仅鼓手条文文字面含义而必须符合社会发展变化的实际情况，必要时可对刑法条文进行扩张解释甚至作出不利于被告人的解释。是为实质解释立场[7]。

在两个派别的争论过程中，其中一个核心焦点便是：形式解释论者认为实质解释突破了罪刑法定原则。基于该原则的限制，司法应当严格服从于立法的条文，恪守形式法定原则、毫不僭越，以保证立法权对司法权的限制，由此即使牺牲个案正义，也是不得不做出的必然选择；实质解释论者若基于个案正义的出发点，做出突破了刑法条文的解释，就打破了罪刑法定原则的限制，成为法治的背叛者。

刑法学的罪刑法定原则，是法治社会刑法的内在精神，“法无明文规定不为罪、法有明文规定必处罚”是刑法学中罪刑法定原则的内在要求。根据日本刑法学者对“罪刑法定原则”的定义可以清晰的看出，罪刑法定原则的实质侧面与形式侧面具有同等重要的地位。罪刑法定原则不能一味地追求构成要件符合性——这是罪刑法定原则的形式侧面的要求，其实质侧面更关注“应受刑罚处罚性”。刑法内容的适当原则是罪刑法定原则实质侧面的必然要求[8]。

若死板滴运用形式解释立场，就必然导致很多看上去完全符合刑法构成要件，但实际上不值得科处刑罚的违法行为犯罪化，使得罪刑法定原则实质侧面的不满足。如某市公安局层将几名在火车站候车时以两元钱为一局输赢筹码打牌的民工以赌博罪抓捕并移送起诉；某市曾一次性抓捕近百名到香港、澳门买药再售向内地的小店主，罪名是销售假药罪；再如某法院将开玩具店销售塑料仿真枪的店主以违规销售枪支罪、非法持有私藏枪支罪的罪名判处有期徒刑10年，在执行六年后检察院撤诉；以及某“军迷”在淘宝网购买两支塑料仿真枪给儿子当玩具却被以非法买卖枪支罪判处有期徒刑……这些看似匪夷所思的判决，正是法官机械地运用形式解释立场，教条地从文意本身去套用法条而得出的荒谬结论。倘若运用实质解释的立场，法官从“社会危害性”和“刑事可罚性”的角度思考问题、寻找法律依据，才能实现个案正义、符合社会的普遍预期和整体价值观[9]。

当然，形式解释论者也不是完全否定实质立场，他们在自我辩解之时提到：“形式解释立场不反对实质判断，只是先进行形式判断，再进行实质判断”。这一点看似合理，视为形式解释立场符合社会发展而进行的调整和“进化”。但实际上，我国刑事司法实践采用四要件的犯罪构成理论体系，判断行为的违法性，只探讨行为人的主体、主观方面、客体、客观方面，并无形式、实质判断的先后之分，也就是说，此种理论毫无用武之地[10]。

不仅如此，罪刑法定原则的形式侧面并没有提出“恶法非法”，而是将其通过原则的实质侧面来要求。简言之，倘若法条本身是一条违背伦常的“恶法”，依照形式解释论者的观点，那也是必须要严格遵守的。而我们知道，二战期间德意制定的一系列屠杀犹太人的法令都是经过“合法的立法程序”制定出来的，因而全国上下都应当遵守当时的法律——战后进行军事审判之时，大多数实施过屠杀的人都以“我只是遵守了法律”为由为自己争辩。但事实上，无论从何种角度来看，这种辩解都是站不住脚的，这不仅是人类社会多“恶法”的共识，更是人类良知的体现[11]。作为当代刑法的主要原则，罪刑法定原

则自然也不允许恶法的存在。然而，这即不是因为立法技术的高超，也不能依赖于法官用法时超然的道德水平，能够从根本上摒除恶法亦法的可能，只是因为罪刑法定原则实质侧面的要求。因而，完善罪刑法定原则的实质侧面，需要实质解释立场。

4. 实质解释可以完善漏洞填补

形式解释论者普遍认为，法律条文的制订过程，决定了法律规范必定迟延于社会现实，而立法水平的滞后性，也决定了法律漏斗的必然存在，也就是说“法无明文规定不为罪”的本质要求是：法律没有规定，本身既是一种规定——法律漏洞问题，只能依赖一次次新的立法来填补，这既是罪刑法定原则的应有之意，也是客观承认法律局限性的表现。依照这样的理论，我们得出的结论就是，在新的立法出现之前，我们无法对法律未规定的部分进行规制，而新的社会现象，只能不断的立法、修法……循环往复。倘若如此，我们应该如何分辨何为兜底条款规制的“其他”，何为法律未规定的“漏洞”呢？是否一切超出“文意”的形式解释，都突破了法律的规定呢？结论当然是否定的。

实质解释论者出于对立法目的的追寻，认为法律解释的作用是解决适法难题，对构成要件的解释要以保护法益为指导、实现妥当性；从实质上解释构成要件可以将刑罚控制在合理性与必要性范围内。法律的适用是从一般到特殊的演绎过程，纷繁复杂的社会现实，必然有超越法律条文本身的各种情况，此时就需要运用解释的规则将条文适用、以实现法治。

因而我们说，真正属于立法缺陷的“真漏洞”并不多，面对千变万化、纷繁复杂的现实问题，法律的条文永远会显得抽象而一般，绝大多数案件都无法直接套用刑法条文来直接适用，如若不进行法律解释，而是将其认为是“法律漏洞”，恐怕奉若金科玉律的《中华人民共和国刑法》将成为一纸空谈。所以说，刑法在适用过程中遇到的问题千奇百怪，不能全部寄希望于立法者及时修改法律来解决问题，既不可能也不现实。绝大部分适法难题都可以通过精巧而合理的刑法解释予以解决，法律解释的作用正是通过刑法理论精细化的分析论证来填补刑法漏洞并解决适法中的难题[12]。

正如康德所言，“立法者即使制定出关于新问题的法规，如他的预见性延伸到问题的每个细节或者说他所能做到的远远超过提供的宽阔范围，那是十分罕见的，所以既是在制定法的领域，法律体系总的传统因素仍扮演重要的角色，我们必须依赖于传统的因素去填补立法的空白，并阐释和发展由立法引入的原则”。

所以在这个角度上讲，法律的适用呼唤探寻立法目的的实质解释立场，在法律“漏洞填补”的领域，实质解释立场更是不可或缺。

5. 客观存在的价值判断需要实质解释

关于个案中的法律适用，很多形式解释立场者呼吁“限制司法权”防止“法官自由裁量”。比如：形式解释认为频繁求助解释不仅增加了法官的论证负担，更破坏法治所要求的确定性，要从而有效地限制法官的自由裁量权，增强法制的程度。殊不知自由裁量权客观存在，在个案中，价值判断无处不在。

即便是美国前总统西奥多·罗斯福，亦曾感慨：“受邀的造法者……也许是、且常常是法官们，因为他们坐在权利的终端席位上。每当解释合同、财产、固有权利、法律的正当程序和自由，他们必然在法律之中加注社会哲学；并且由于这种解释是根本性的，他们为所有的早发提供了方向。法院对经济和社会问题的判决取决于其经济和社会哲学；并且就 20 世纪我们人民的和平进步而言，我们应主要归功于怀有 20 世纪经济和社会哲学而不是万古不易哲学的那些法官们，而这本身恰恰是基本经济条件的产物”。

罗斯福的论断，阐述了法官释法时具有解释法律上的创造性的裁量权的客观存在。与此同时，裁判更是一种平衡，即在江湖冲突的法律价值乃至其他社会价值之间进行平衡和取舍，得出创造性的结论，

就是法官释法的目的和意义。而对于“立法分配正义、司法实现正义”的目标，只能通过法官在个案中的价值判断来填补漏洞、实现价值[13]。

与形式解释论者不同，实质解释立场倚重法官在法律解释方面的自由裁量权，强调对刑法目的与法律精神的探讨、强调解释者的能动性、相信依靠解释者内心的实质正义观与精巧的解释机能，能够确保在个案判决中得出合理、公正、妥当、能为社会公众接受的裁判结果。这一点与司法的价值和客观要求不谋而合。

以虐待罪为例，我国刑法第 260 条规定，虐待家庭成员、情节恶劣的，构成虐待罪。从形式解释的角度来看，绝代最的对象就必须是家庭成员。“家庭成员”本身是一个规范构成要件，其基本含义是民事法律规定的具有雪琴或姻亲关系或者办理了收养、过继手续的家庭成员，那么未办理法律手续但事实上已形成收养、抱养、抚养、赡养关系的成员呢？这并不是法律理论界的“空想”，有媒体报道：某村妇收养了三十余名弃婴，均未办理收养手续，村妇对其中两名幼童实施了严重的虐待行为。将此种关系列为“家庭成员”已经突破了形式解释立场的观点，若有形式解释论者辩解说事实收养也能够成家庭成员关系还勉强说得通的话，下面的案例就无论如何也不能解释了：有村民为使自己 9 岁的男童在城市接受教育而将男童临时寄养在城里的远方亲戚家，该男童在临时寄养期间收到亲戚夫妇的虐待、且情节非常恶劣。若继续坚持形式解释立场，个中关系既非法律上的家庭成员、也无事实上的收养关系，该男童所受到的长期虐待将无法得到法律的伸张。若运用实质解释立场，该亲戚夫妇所实施的行为造成了男童的身体和精神上的双重伤害，具有刑事处罚必要性，应当对“家庭成员”进行扩大解释——因为我国刑法第 260 条的立法目的是为了为了保护因年老、年幼、疾病或其他没有独立生活能力、没有反抗能力的人在家庭生活中不受侵害，其核心在于对弱者的保护，而不是对“家庭成员”语义的探究。实质解释论者正是从处罚必要性出发，根据处罚必要性的大小来解释语义的范围，实现刑法对人权的保护。当然，这一点也正是受形式解释论者诟病和抨击最多的地方[14]。

从解释论的角度而言，“可能的语义”是区分扩大解释和类推解释的边界，无论形式解释论者还是实质解释论者，都坚守不适用有害类推的原则底线，其“范围”具有一定的模糊性和弹性。但其边界恰恰由具有正常离职的人给予公平正义观念所作出的判断来界定。若没有一个广泛的社会共识，我们社会文明的基石将荡然无存，若语言本身只剩下精确，不需要运用任何的解释，我们的沟通将只剩下机械的复制。这是不符合人类文明发展规律的。而可能的语义不应受限为“字面意思”这一点也是经过历史的验证的。因而只有秉持实质解释立场，才能合理地掌握可能的语义应有的边界，不使之僵化、亦不使之荒谬。

法官进行个案判断之时，不可否认的进行者对法律的解释和对个案价值的判断和衡量，这是法官释法的必然，也是司法的必然，形式解释论者不能无视这一点，而恰恰应该从实质解释的立场上去接受这种必然、运用公平正义和社会共识来规制这种必然，才能得出符合人类文明和社会需求的正常结论，真正做到法律的公正。

6. 结语

综上所述，实质解释立场既是历史发展的必然，也是罪刑法定要求的内在需要，更是完善漏洞填补的客观需要，同时也是价值判断的客观要求和实现司法正义的必然要求。我国刑法应当坚持实质解释立场，探寻立法的目的和精神，以弘扬社会主义法治精神和完善社会主义法制体系！

参考文献

- [1] 梁根林. 当代刑法思潮论坛(第二卷): 刑法教义与价值判断[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016.

- [2] 帕尔默, R.E. 海德格尔的本体论和伽达默尔的哲学诠释[J]. 安徽师范大学学报(人文社会科学版), 2002, 30(3): 265-272.
- [3] 徐松林. 以刑释罪——一种刑法实质解释方法[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [4] 吕世伦, 高中. 拨开当代美国法律解释学的迷雾: 激进与保守之间[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2004, 33(2): 5-13.
- [5] 邱兴隆. 有利被告论探究——以实体刑法为视角[J]. 中国法学, 2004(6): 146-154.
- [6] 刘艳红. 形式与实质刑法解释论的来源、功能与意义[J]. 法律科学, 2015, 33(5): 56-65.
- [7] 张明楷. 实质解释论的再提倡[J]. 中国法学, 2010(10): 77.
- [8] 张明楷. 罪刑法定的两个侧面对法治的启示[J]. 法学论坛, 2013, 18(2): 98-99.
- [9] 张明楷. 行政违反加重犯初探[J]. 中国法学, 2007(6): 62-77.
- [10] 张军. 刑法解释的立场: 一元双层形式解释论刍议[J]. 时代法学, 2014, 12(4): 43-51.
- [11] 王政勋. 论客观解释立场与罪刑法定原则[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2011, 29(1): 47-58.
- [12] 刘红霞. 厘清形式解释与实质解释的混乱战场[J]. 科学·经济·社会, 2015, 33(4): 111-116.
- [13] 张明楷. 刑法中的十大关系论[J]. 政法论坛, 2006(3):3-19.
- [14] 陈兴良. 构成要件的理论考察[J]. 清华法学, 2008, 2(1): 5-14.

知网检索的两种方式:

1. 打开知网页面 <http://kns.cnki.net/kns/brief/result.aspx?dbPrefix=WWJD>
下拉列表框选择: [ISSN], 输入期刊 ISSN: 2169-2556, 即可查询
2. 打开知网首页 <http://cnki.net/>
左侧“国际文献总库”进入, 输入文章标题, 即可查询

投稿请点击: <http://www.hanspub.org/Submission.aspx>
期刊邮箱: ass@hanspub.org