



刑法解释论评析

屈学武

一、刑法解释论的产生及其性质

刑法解释论，是建立在法律解释论基础之上的、对刑法规范各类解释理论的总和。法律解释论起源于法律释义学。法律释义学是释义学的分支学科，因而法律释义学起源于一般释义学，又称解释学。在当今，它泛指任何解析、诠释和阐发有关人文、神文科学乃至其他社会、自然科学知识及其社会准则的内涵、外延及其思想精髓的学问。

对释义学，根据形式逻辑的划分标准，可细分为多类分支学科。例如根据其释义方式的不同，可分为语义释义学、实义释义学、形式与内容相统一的全文释义学；根据其释义对象的不同，又可划分为宗教释义学、艺术释义学、哲学释义学、法律释义学等。

对释义学的正式形成时期，尚有争议。然而，有关释义学亦即解释学的思想，早在古希腊时代已经产生。希腊文Hermeneutike（解释学），是由词根Hermens演化而来的，而Hermens词根，最早代表的却是古希腊传说中的某位专司传递和解释“神谕”的神使的名字——这位神使不仅传递神与人之间的信息；而且承担着对“神谕”作注解、阐释、解说的工作。因而在前解释学阶段，亦即，在人类解释学尚未形成的解释学雏形期，所谓“解释”，主要是指在阿波罗神庙中对神谕的解说。其解释的要旨在于：（1）使隐藏的东西显现出来；（2）使不清楚的东西变的清楚。[1]

随着人类社会的进化、生产力的提高，建构于社会经济基础之上的人类器物文化、制度文化、观念文化亦同步更新。在此条件下，人类与其主宰——统治着整个人类心灵世界的上苍诸神的沟通形式，也由原始图腾式的自然宗教逐渐嬗变为有其特定经文内容的不同民族宗教。由于各民族的或世界性的宗教信仰，集中反映了人们对超自然神灵的崇拜，因而神灵崇拜者们无不虔诚地研习宗教经文的态度和方式，来表达其对神灵的景仰和崇拜；进而达致其根据经文的教示行善、以便来世攀升天堂的目的。基于此，解释学一经形成，便站在神文科学的立场上，专以宗教经文为其解释对象。因而，早期的解释学又称为解经学，例如从远古时代沿革研习至今的圣经解释学，即为解经学的经典形式。[2]但是，严格地说，解经学并非纯正的经文解析学。这是因为，在早期人类社会及其社会人的基本理念中，神事统治着人事，神旨即法旨、圣经即法意，从这一意义上看，早期的圣经解释学又可称为法律解释学的雏形。

与此同时，在宗教、法律的形成与发展过程中，还辩证地有赖于人类对自然、社会乃至人类自身存在及其相互本位关系的理性认识，而在此方面，古希腊的天才哲学家们为人类哲学世界观的奠基和发展作出了卓越贡献。然而，古希腊杰出思想家的代表们对正义与理性、自然法与人定法、法治与人治等诸种哲学观多有争议；另一方面，古希腊哲学领袖们的哲学思想本身确也颇为幽邃玄奥，加之后世哲学家们对哲学本体论、方法论、认识论的主观认识态度、能力及其认识方法上的不同，导致了人们从不同视角不同立场出发，对苏格拉底、柏拉图、亚里士多德、斯多葛派、西塞罗等人的基本哲学观见解各异。基于此，随着人类征服自然能力的不断提高，人对自然的“人化”过程也加速发展——哲学解释学、法律解释学在此基础上应运而生。

法律解释，严格地说，既包括对成文法规范的文义及其精神实质的阐释；也包括对习惯法规范的法律

思想蕴涵的解释。其解释机关，最初仅仅为代表神意或政教合一的教会或官方；尔后，随着法律的世俗化，对法律的解释权也逐渐扩大到既可以由官方解释、也可以由民间学术界解释。在当代，前者主要表现为立法、司法、执法机关的有权解释；后者主要表现为学理解释。而无论是立法解释、司法解释还是学理解释，在解释形式上，都不外系统解释、循环解释、逻辑解释、文理解释、历史解释、扩大解释、缩小解释、类推解释等。这些对有关法律规范的认识和适用解释所形成的理论，即法律解释论。

如上所述，刑法解释论，正是建立在法律解释论基础之上的、对刑法规范的诸类解释理论的总和。从大类上来讲，它可以说是关于刑法规范的有权解释和无权解释理论的总和。

对刑法解释论的性质，有的学者认为属“解释学”的分支学科即刑法解释学；还有的认为属于认识和适用刑法的“方法论”。[3] 我们认为，以辩证的观点看，将其归类为刑法解释学似欠稳妥，将其纳入法律解释学或确定为刑法方法论，却各有其道理。这是因为，一方面，从学科体系来讲，毋庸讳言，迄今为止的有关刑法解释论域，尚未形成统合有序的科目体系，因而现今尚难以独撑为一门学科；然有关法律解释的理论体系正日臻完善，因而将有关刑法解释论理、放诸法律解释学体系，不仅符合其社会学科应具有的系统性、规范性要求；也致法律解释学更符合全面性、统一性的学科要求，因而我们称将刑法解释论纳入法律解释学有其合理性。另一方面，刑法解释触及的关联域虽然涉及哲学、伦理学、社会学、生物学、心理学等多门学科，但刑法规范自始至终占据着其论域中心，这是毫无疑问的。换言之，刑法解释是用解释的“方法”来探究刑法规范的内涵与外延及其源自规范、又超越和指导着规范本身的法律精义。因而，称刑法解释为研究刑法的方法论，不无道理。这正好因应了恩格斯所说的，辩证法不是简单的“非此即彼”、而是除了非此即彼，还在适当的地方承认“亦此亦彼”的道理。

二、刑法解释观上的学术之争

刑法的解释，是指阐明刑法规范的事实的存在及其存在的当为性，以及当为性与事实存在间的内在联系及其规律性的活动。其具体体现是认定事实的解释；定罪、量刑的解释以及执行刑罚和适用刑罚效果的解释；此外，还有关于刑法价值论、目的论的完整刑法体系的解释。[4] 除此而外，刑法的解释，还包括对刑事法律规范本身的字义解释。例如对现行刑法第20条所规定的正在“行凶”二字的字义解释。[5] 由此可见，这里所谓解释，实质是以一种精神产品解读另一种精神产品、以一种思想外壳阐释另一种“外壳”的活动。虽然，按照马克思主义的法本体论，这后一种精神产品——即“法律”本是人的主观意志对客观事物的内在规律的表达。但其内容物毕竟是通过“表达”外壳展现出来的，因而仍不免渗透表达者的主观意志、目的、价值取向等。惟其如此，如何掌握刑法解释的限度、范围及其价值取向问题，历来存在着严格限制解释说、自由解释说、目的论解释说乃至社会学解释说等多家学术论争。

以贝卡利亚为代表的刑事古典学派主张“严格限制的解釋论”。贝卡利亚认为，刑事法官根本没有解释刑事法律的权利，因为他们不是立法者。因而法官对任何案件所应当作的只是进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律，小前提是行为是否符合法律，结论是自由或者刑罚。贝卡利亚特别指出：“相同的罪行在同一法庭上，由于时间不同而受到不同的惩罚。原因是人们得到的不是持久稳定的而是飘忽不定的法律”。贝卡利亚因而力倡“阻止人们进行致命的自由解释”，认为“多数人专制比一人专制更有害”。[6] 由此可见，以贝卡利亚为代表的刑事古典学派主张的传统的“罪刑法定主义”，在本质上是排斥司法解释的。意即在贝卡利亚那里，司法解释与罪刑法定主义相抵触，因而所有的解释工作只能由立法机关去作。这也是后人称刑事古典学派的罪刑法定主义为绝对罪刑法定主义、今人的罪刑法定主义为相对罪刑法定主义的原由之一。

对刑事古典学派的严格限制解释论，刑事实证学派持论相反。主张在一定限度之内的自由解释论。以意大利犯罪学家菲利为代表的刑事实证学派，主张允许并适度扩大法官的司法解释权。当然这种扩大，是相对于刑事古典学派的“严格限制”解释而言，不是法外恣意扩大。例如菲利就一方面指出法律总是具有一定程度的粗糙和不足，难以适应社会生活的需要；因此，应当允许法官在适用法律的过程中酌情作出司法解释；另一方面又主张司法不应当侵越立法，认为司法机构的职责首先是遵循和适用成文法。[7] 由此可见，刑事实证学派的自由解释论，尚不同于近代民法上的自由法（解释）运动。台湾学者韩忠谟称“近世民事法规的自由法运动，以为对法规的解释，不必拘泥于形式上的论理，而应探求时代精神，参酌社会需要，而为适当的运用。此说对于促成民法的发展，厥功至伟，但如适用于刑法，则未见其可”。[8] 日本刑法学者木村龟一阐释了他的有别于民法上的自由法运动的“刑法目的论”解释观。认为刑法的解释，必须依据指导刑法根本目的的理念为依归。刑法的目的，在于调和社会的利益与个人利益。表现此目的的系刑法条文。因而刑法目的论的解释，不能脱逸刑法明文形式的界限。超越此界限，绝不容许。在这一意义上，刑法的解释，乃系受条文文字拘束的解释，而非自由法论。此为刑法解释的根本要求，也是刑法解

释的特殊性。[9] 台湾学者陈朴生等更进一步解析了上述目的论解释的内涵, 指出, 目的论解释是指以达到规定条文的目的意识及其价值意识为必要, 而将条文意义及其日常使用语例作更扩大的解释方法论。所谓目的, 在此既包括刑法的整体目的; 也包括全社会的法秩序目的; 根据具体案情, 还可包括维护个案所保护的法益目的以及协调社会利益与个人利益的目的、维护法的稳定性、妥当性、实用性等目的。[10]

日本刑法学者牧野英一, 为了使刑法解释更合拍于时代的要求, 提出了他的著名的“时代精神论”, 指出法的解释可分为三阶段: 第一阶段神意即法旨, 因而对传递神谕的宗教经文的文理解释即法的解释; 第二阶段把法看作立法者的意志, 以此相对应的是逻辑解释; 第三阶段把法看作是时代精神的体现, 对法进行的是社会学解释。所谓时代精神是指社会的真正要求和正义以及善良风俗等。因此如果把社会思想看作是法律的背景的话, 就有必要把法律解释从以前的固定公式中解放出来。[11] 当代社会学法学派创始人 R. 庞德更是主倡“一种新的法制史解释”, 这种解释即他所谓的“社会工程解释”。[12] 他宣称, 社会学法学家目前所要解决的主要问题是, 在创立、解释和适用法律方面, 应更加注意与法律有关的社会事实。[13]

除上述论争外, 近年来, 我国刑法学者还提出了一些多少有别于上述解释观的刑法解释论。例如我国刑法学者王平主张有效性原则说。认为有效性原则是建立我国刑法解释论的核心。其基本内容是: 以立法原义为常规, 在立法原义与社会现实明显脱节、并且在出现新的案件、且有必要由刑法解释来解决时, 即以立法意图为补充的刑法解释有效性原则。王平还就这里提到的立法原义与立法意图概念进行了学理区分, 认为前者是指立法者在立法时赋予刑法条文的原始含义; 立法意图却是指立法者在刑法条文中表达的目的。[14] 对此, 我国刑法学者陈兴良教授一方面表示称许王平先生关于立法原意与立法意图的区分, 另一方面又认为立法“意图”一词总给人一种主观色彩, 不如以“立法意蕴”取而代之。陈教授特别指出: 立法原意与立法意蕴相比, 前者是主观的、基本上是确定的, 是一种已“死去的意义”; 立法意蕴却是客观的、流动与开放的, 是一种“乃活着的意义”。因而主张刑法解释不能拘泥于立法原意, 而应在立法意蕴所允许的范围内, 使刑法解释起到阐明立法精神, 补救立法之不足的功效。[15]

三、对不同刑法解释观的辩证分析

对上述种种不同刑法解释观, 我们认为, 简单地否定任何一种解释法, 都不能说是历史地、唯物地、辩证地分析认识问题。这是因为:

第一、刑法解释的机关及其方法, 某种程度看是一个变量。不同的法治、人文环境有不同的要求。在一定时空范围内卓有成效的解释机关及其解释法, 在另一时空范围内未必有效或有利。例如, 毫无疑问, 在贝卡利亚所处的时代, 法律与其说是法治不如说是神治加人治; 加之司法适用上的封建擅断、司法专横、酷刑逼供、神明裁判等, 在此特定背景下, 贝卡利亚提出严格限制法官的司法解释权, 无疑有着振聋发聩的划时代意义。然而, 随着罪刑法定制度对司法专横制的取代域的日益扩大, 刑事古典学派所主倡的严格限制解释说, 也就愈来愈失去其历史的进步意义。这是因为, 罪刑法定主义要求无法无罪、无罚无刑, 然而法律无论多么严密, 毕竟不能穷尽天下一切案情, 而只能是对一般现象的科学抽象。所谓“法有限、情无穷”、“立法定性、司法定量”就是此意。因而检控官、法官在面对一桩桩具体案情时, 不得不对法规范进行具体的解析、对照, 从而方能对案情作出正确定性。例如, 当某检控官、法官在审定某行为究属强奸既遂还是强奸未遂时, 立即存在两个亟待解释的课题, 即: (1) 对规范本身的解释。就强奸罪案而言, 立即存在一个对何谓强奸既遂、何谓强奸未遂的规范解释。须知, 刑法对此没有明文规定, 也无立法解释。此时, 司法上必须作出解释, 惟其有此正确而划一的相关规范解释, 检控官、法官才能进一步解析和衡量其正在审定的个案究属既遂还是未遂, 司法也才能够得以运作下去。(2) 对司法认定的“事实”与规范的符合性的解释。就本案而言, 存在一个检控官、法官确认的案件事实是否符合刑法规定的有关强奸既遂、未遂规范的问题。由此可见, 司法解释确属司法过程中不可或缺的重要环节。

然而, 刑法的解释毕竟是效力于刑事法制的手段, 当社会存在发生变化时, 致力于“存在”的手段也不得不相应地调较。就此意义看, 刑法的自由解释论、刑法目的论解释观, 也都有其合于情理性的一面; 然而, 它们又都有失诸片面的一面。例如刑法自由解释论, 不是过于机械地将立法与司法断然分开; 就是过于偏激地无限扩大自由解释的限度。而目的解释论者, 由于“目的”概念宽泛而又随机, 因而适用中, 易于发生以目的涵盖法律之嫌, 进而可能反致得不偿失的为了目的而牺牲罪刑法定的弊端。

第二、立法时空与司法时空的脱节, 决定了刑法解释观必须随机发展、变化、变革。刑法解释的终极目的, 还是为刑事司法服务, 然而, 一个民族共同体的立法, 无论其民族习惯、传统如何, 都有一个稳定性问题, 短时期内不可能修改。特别是事关生杀予夺权限的刑事法律大典章, 其生命力之长, 不惟可能胜

过一代政府的政治生命、胜过一个自然人的自然生命，甚至可能长于某类社会形态的社会生命。例如法国拿破仑刑法典，早在1810年颁布，历经帝国制、共和制多类国体（社会形态）、多届政府的演变，直到一百八十多年后的1994年3月1日才经重新修订并开始生效实施法国现行新刑法典。

而实际上，众所周知，20世纪90年代的法国社会早已由19世纪初叶的手工业社会发展到现代化大生产社会，当时的罪刑“抽象”，大多不能适应现代社会。因而刑法的解释，不仅愈加必要，而且显然不能再停留在对百年前造制的法律条文的复原、静写上，而必须根据新时代国家、社会、个人的利益配置需求，在适法范围内，有所侧重地解释刑法及其刑法规范与具体案情之间的联系。在这一意义上，我们十分赞同牧野英一先生的“时代精神”观。但认为时代精神的内涵尚值探讨；另一方面，将法解释的着眼点仅仅置于社会学，未免失诸于“一点论”而非顾及全面的“两点论”，因而尚值探讨。

第三，在刑法解释观上，我们认为，就我国具体国情，并且结合我国当前历史阶段看，采忠实于立法原义的立法意蕴解释说较佳。这是因为，首先，我国刑法典刚刚修订颁布，因而在当前历史阶段，立法与司法时空上不大可能发生拿破仑刑法典那样的“产品”过期失效或效用品性差的问题。亦即在当前阶段，尚不至发生严重的时空脱节问题。因而，我们认为，刑法解释首先应当本着忠于立法原义的立场进行。但另一方面，我们又认为，立法原义与立法意蕴，并非二律背反的一对相互抵触、互不相容的矛盾概念，因而完全不必要待到“立法原义与社会现实明显脱节时”，才考虑从立法意图或立法意蕴立场出发阐释法律。这当中，需要特别注意的是，对司法认定的“事实”与规范的符合性的解释，比之于对规范本身的解释，更要求在忠实于立法原义的基础上，根据立法意蕴内涵的法律价值，来解释事实的属性。惟其如此，我们才能正确把握文理或论理解释中的扩大解释、缩小解释乃至于类推解释的时机、尺度和范围。例如，根据我国罪刑法定原则的规定，司法上显然不能以类推解释的方法，对法无明文规定的行为或行为主体类推定罪或类推加重其刑。如果如是类推，显然有悖于立法原义、从而属违法适法。反之，对经类推解释后，定罪可能更轻、甚而无罪者，则可以适用类推解释。

至于何谓立法原义及立法意蕴？二者区别何在？我们认为，立法原义，在此主要指条文的本来含意，对其主要应从中文的字义解释或文理解释角度把握。立法意蕴，则是指酿涵于法律条文内外的法律精髓及其法律精神，包括刑事立法、司法、执法精神。对此宜从刑罚目的解释论、论理解释、伦理解释等多项解释元把握。为了更好地诠释这一命题，这里不妨结合下述案例解析之：

【案情】：甲乙丙三人在某荒郊野外碰上某女，三人心照不宣地欲图强奸，于是一起上前围住了某女。甲率先上前欲图行奸，女方苦苦哀告，某丙因之不仅自己放弃了犯意，而且竭力劝阻甲乙二人作案，怎奈甲乙二人执意不从，终告强奸既遂。其中，甲在作案时已达刑事责任年龄且具有刑事责任能力；乙当时尚未年满14周岁、属未达刑事责任年龄人；某丙与某甲一样，属于具有刑事责任能力的刑事成年人。
问：本案中，（1）甲乙丙三人是否构成共同轮奸？（2）丙是否构成强奸犯罪中止？

对此，从立法原义上看，我们认为，无论从刑法总则的共同犯罪规范还是分则的强奸罪规范出发，轮奸问题，实际上都是共同强奸犯罪中究否有多个实行犯的问题。假如仅仅一个实行犯，那么即便行为构成共同强奸，也不是轮奸而是一般的共同强奸。因为其他人毕竟属于没有实施强奸实行行为的帮助犯、教唆犯等。反之，如有多个实行犯，则成立为“轮奸类型”的共同强奸而非一般共同强奸罪。基于此，就本案看，由于某乙不满14周岁，不能成立为共同犯罪人；某丙在犯罪预备阶段即中止了强奸犯意、没有实施任何强奸实行行为，因而本案显然不能成立三人共同轮奸而为一般意义的共同强奸。

接下来的问题是，在此共同强奸罪案中，某丙是否属于犯罪中止？就本案看，这里既存在一个对中止犯规范的解释问题；又存在一个对本案之某丙的事实属性与规范的符合性的解释问题。

对犯罪中止，现行刑法典第24条第一、二款分别规定：“在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止”；“对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚”。

就此第24条的规定可见，犯罪中止包括预备中止和实行中止。“自动放弃犯罪”属于尚未进入“着手实行”阶段的预备阶段的放弃犯意；“自动有效地防止犯罪结果发生”则是在“着手实行”阶段放弃其继续加害的犯意并积极有效地防止犯罪结果发生。

从上述刑法第24条第一、二款的规定可见，该规范没有关于“共同犯罪”中的犯罪中止的明文规定。因而，准确地说，该规范仅对“单独犯罪”中的犯罪中止的构成要件作了规定；虽然就立法意蕴角度看，犯罪中止必备的自动性、时间性、有效性、彻底性特征应当一体贯穿于一般“共同犯罪中止”的始终。因而：（1）就立法原义角度看，立法上并没有对共同犯罪中止中每一位共同犯罪人的行为特性作出明确规

定；（2）就立法意蕴角度看，对共同犯罪中的犯罪中止的解释，虽然原则上要求上述“四性”齐备，但应当有所例外。就是说，此种解释，应当根据个案、个案的不同而有所差别，否则不能达致真正的忠实于立法原义并贯彻其立法意蕴。就此立场，分析本案的事实属性与规范的符合性可见，本案正好属于那种应当有所例外的共同犯罪中止。理由是：

其一，某丙没有着手实行强奸犯罪的“不作为”，导致了本案不可能构成现行刑法第236条第（四）项所规定的共同轮奸罪。换言之，某丙放弃强奸犯意的行为，有效地中止了“共同轮奸”的恶害结果发生；因而某丙至少应当成立共同轮奸罪的犯罪中止。

其二，由于强奸犯罪具有“亲手犯”的特征，因而就本案看，由于某丙既未帮助甲乙实施强奸实行行为、本人也未曾着手实行强奸行为，因而就他本人而言，由于其个人行为停止在犯罪预备阶段即告中止，因而对某丙不发生“有效地防止结果发生”的问题；

其三，鉴于本案实质上是共同强奸，而其他作案人亦即某甲的行为已经进入着手实行阶段，因而接下来的问题是，对某丙是否存在一个有效地防止共同犯罪人的“犯罪结果”的问题。这里，应当注意的是，强奸犯罪不仅具有亲手犯的特征，还具有特殊的实害犯而非一般意义的结果实害犯特征，因而其行为一经作案人实施，无论是本人还是他人，都难以“有效地防止结果发生”。这是因为，所谓“有效地防止结果发生”的命题，仅仅在一般意义的“结果犯”规范之中有其实质意义；在表现为此类特殊实害犯的共同犯罪中，难以产生相应的法律效用；为此，如果一概而论地以有无既定“后果”衡量其是否成立犯罪中止，未必是对“有效防止结果发生”的、忠实于立法原义的立法意蕴释读法，而况现行刑法典并未对共同犯罪中止作出“有效防止犯罪结果发生”的明确规定。

其四，把握立法意蕴，不仅有必要从立法的中文字义解读出发，而且有必要对立法上较为模糊、两可的概念、从有利于刑罚目的及其刑法价值实现的立场出发加以释读。即如本案，刑罚的目的既是为了惩治犯罪、改造罪犯，并在此基础上达到刹一儆百的特殊预防与一般预防目的，则本案某丙既然已经幡然悔悟、且在事实上避免了被害人遭受两个以上刑事成年人轮奸的实害后果，就不当苛求其能够以一人阻止其他两人作案。试想，假如司法上不认定某丙成立犯罪中止，则只能以一般共同强奸罪的帮助犯（从犯）惩之。但本案之某丙，不但在事实上并未起到为其他二人观风望哨的帮助作用，反而“力阻过二人罢手”。因而将其认定为帮助犯，不符合有关“共同犯罪”的立法原义；同时，从刑罚目的看，将某丙解读为共同犯罪中的帮助犯，并惩以比之中止犯重的多的刑罚，也不符合刑罚目的的实现；因而，假如实践中真的如是司法，则不好说司法者已经体悟了有关中止犯规定的立法意蕴之真谛。

综上，按照忠实于立法原义的立法意蕴解释说，对本案，按刑法第24条第二款规定的“造成损害的，应当减轻处罚”的（共同强奸罪）中止犯处理，较为适宜。

四、不同法系的不同解释价值

价值这个术语取自古希腊词axios（价值），它指明评价有别于逻辑或说明的论断的范围。〔16〕这就是说，价值既不是由逻辑推理而及的事实判断；也不是对事实的中性无色的白描，而是对“判定的事实”效用的品定。因而，价值，就其哲学涵义看，它是指评价客体的存在、作用以及它们的变化对于一定主体需要及其发展的某种适合、接近或一致。〔17〕由此可见，刑法的解释所以在不同法系中，会有不同的解释价值，正在于不同法系中的价值主体、客体的需要及其发展上的差异。这里所谓不同法系，主要是针对以成文法为主的大陆法系和以判例法为主的英美法系而言。如前所述，法律解释既包括对习惯法规范的法律思想蕴涵的阐释、也包括对成文法规范的文义及其意蕴解释。由此可见，正是由于作为社会存在物的人的对象性的不同、亦即由于不同法系人评价的客体——判例法和成文法的差异，导致了两大法系之间法律解释价值量与质上的差异。质言之，判例法与成文法的差别正是两大法系对刑法解释效用感应不同的主要缘由。

英美法系的判例法以遵循先例原则为其判例基础。遵循先例（stare decisis）即拉丁语stare decisis et non quieta movere的简称。先例原则之“先例”，一般指上级法院或某些同一法院先前的判决；所谓“原则”，在此指先前判决中所蕴含的法律规则或范式，包括实体的、程序的两方面的原则。在英国，遵循先例原则主要表现为：（1）上议院判决对英国所有下级法院具有约束力；其先前的判决对其自身亦具有约束力。（2）上诉法院的判决对自身和所属下级法院具有约束力。（3）高等法院一名法官所作的判决对下级法院具有约束力。但对高等法院内部不具有约束力，只有说服力。〔18〕对此先例原则，英美法上还有严格先例原则和不严格先例原则之分。严格的先例原则责成法官严格遵守某些其他法院的早先判决，即

使他们认为那些判决本来就是错误的。此类严格的先例原则的确切形式因地而异：美国与英国不同；美国的州与州之间也不同。不严格的先例原则仅要求法官在同一问题上对法院过去的判决予以一定重视。除非他认为这些判决的错误程度已超过有利于这些判决的最初假设，否则他就必须遵守过去法院的判决。[19]

综上所述，英美法系的判例法与大陆法系的成文法的区别，诚如我国刑法学者陈兴良教授所说——绝不是“形式”上的成文与不成文。二者赖以区别的主要特征在于其存在的哲学基础不同：成文法以理性主义为其哲学基础；判例法存在的哲学基础却是经验主义的。由于判例法的基础是经验的历史延续，因而遵循先例原则的结果，往往使得变革在悄悄之中发生。[20] 我们认为，这里所谓“悄悄发生”变革的原因，正在于一桩桩的案件、经过多个判例“比较”而“发现”并运用某项法律原则判决后，其新判例，往往不自觉地潜入了某些“新”思想，即“新”的法律原则。由于英美人不习惯将“先例中引申出来的法律公式用正式的文字表现出来，因此它们的性质的改变，除非是剧烈而明显的以外，就不很容易被发觉了”。[21]

由以上判例法新原则、新规范的产生过程可见，在判例法国家，除制定法以外，一项新的法律原则的创制，需经多个判例的比较、发现、引申过程。而这一比较、发现、引申的过程，某种意义上看，正是遵循先例或创制原则的法官们“阐释”法律规范的过程。亦即其进行“刑法解释”的过程。这正如当代著名法理学家、美国纽约大学法学教授罗纳德·德沃金所说“法律推理是建设性阐释的一种运用，我们的法律存在于对我们的整个法律实践的最佳论证之中，存在于对这些法律实践做出尽可能最妥善的叙述之中”。[22] 有鉴于此，一定程度上看，英美法系国家与大陆法系国家相比，二者在法律解释价值“质”上的主要差别在：前者所作阐释，在一定范围内，即其在法官适用先例原则、对先例进行司法阐释以探寻先例所蕴含的能够适用于待判案件的“原则”（即其比较、发现、引申先例原则）的过程，很可能成为其创制新法律的过程。因而这种解释与大陆法系法官所作的司法解释的主要区别在于：前者不仅是德沃金教授所说的“建设性的阐释”、更是该教授同时称许的“创造性的阐释”。[23] 当然，这里并不是否定成文法国家所作的刑法解释、也有其弥补刑事立法之不足的创造性，但成文法国家的“创造性”比之于英美国家由判例“创制法律”而言，二者有着本质上的造法机能上的区别。正是在这一意义上，我们说二者在刑法解释的价值“质”上有别。此外，另一方面，从法律解释的价值量上看，以历史经验为其判例法基础的英美法，想当然地有着更大量的法律解释需求。更何况以判例法为主的英美国家，现今又通过立法机关制定了大量的、比成文法国家数量多的多的、属于刑法规范的制定法。因而英美国家在抽引判例法原则的同时，往往需要兼而考虑制定法规范；而在适用制定法规范的时候，又必须以判例法原则来理解制定法规范的确切涵义。就这一角度看，可以说，英美法的法律解释，对其法律适用者而言，显然具有更大的价值量度。[24]

五、刑法解释对我国刑事法律的价值效用

我国是成文法国家，一应刑法规范均采取刑法典、单行刑法或附属刑法的形式、通过书面条文的方式清楚明白地叙明。特别是经修订后的现行刑法，条文更加详细、条理，分则特殊犯罪构成也规定的愈加确切，完备，刑事法网因之更加严密、具体，如此一来，刑法的解释，对我们的刑事立法还有价值、或有多大的价值效用呢？回答是肯定的。显然，刑法的解释，不仅对我国刑事立法、司法有价值，而且有着不可替代的重大价值。表现在：

第一、有利于对刑法规范、规范与法律事实的符合性及其刑法价值的统一把握，从而有助于全国刑事司法活动的得当统一。我国刑事立法虽然是成文法，但仍然存在三大问题需要解释：

(1) 是对抽象的法律概念的内涵、外延需要解释。刑法规范只是对一般犯罪定义、刑法的适用范围、刑法基本原则、犯罪构成要件等规则的科学抽象，因而它只能就上述规范的最一般的属性作出共相性的规定，而这种共相性规定，显然不能完全解决刑事司法和执法中个罪乃至个案的特殊性。

例如现行刑法第246条对公然侮辱罪的行为规定是：“以暴力或者其他方法公然侮辱他人”的，这里“其他方法”指什么？什么是“公然”侮辱？设如甲检察院认为“其他方法”包括叫骂羞辱、乙法院认为包括漫画侮辱、丙检察院认为上述方法都够不上刑法的“其他方法”，而应以化学性的方法药醉他人、乘机裸露他人于街市者才称得上与“暴力”行为相当的其他方法……，如此等等，各机关对此的认识和掌握的标准不一，将导致全国司法上的不平衡，且难免发生有失公允的弊象。可见，无论是最高司法机关的有权解释还是刑法学术界的学理解释，都大有裨益于此类抽象规范的掌握，进而有助于全国各地司法界达成刑法学理上的基本共识。而最高司法机关的司法解释作为有权解释，其解释效力类同于刚性刑法规定，因而此类解释对于全国司法认定标准的统一有着特殊的意义，从而，也才能逐渐避免或减少各地因认识上的歧义或偏差而肇致的对刑事法律的公正性、严肃性和统一性的损害。

(2) 对司法认定的“法律事实”与规范的符合性的解释。如司法上已经确认某甲，因宅基地权属之争，而故意在公众场合抽打了争执对方——乙女士一记耳光，并当众辱骂了她。这里，当众施用暴力问题、侮辱他人问题均是不争的事实，然而此事实是否符合现行刑法第246条所规定的“以暴力或者其他方法公然侮辱他人”的侮辱罪行为要件？显然，这存在一个司法上确认的事实与规范是否接近或一致的解释问题。司法上在此需要先对现行刑法第246条所规定的侮辱罪作出或扩大或缩小解释后，才能初步衡量此类行为的法律性质：究属刑法上的侮辱罪行为还是民事上的侮辱违法行为？抑或属于治安行政违法行为？

(3) 对整个刑法体系的价值及其目的取向的系统解释。即如上述侮辱案例，还需要对整个刑法体系的价值、目的取向作出系统解释后，才能正确确定对本案应作扩大还是缩小解释，从而作出既符合立法原义、又考虑到立法意蕴的对有关法律事实的正确定性。

第二、刑法的解释有利于特殊刑事法域对刑法的变通适用。这里所谓特殊刑事法域，是指适用我国现行刑法典的我国民族自治地区，不包括享有独立刑事立法、司法权的我国香港、澳门特别行政区。根据我国现行刑法第90条的规定，我国民族自治地方，对现行刑法有一定变通和补充立法权。这是因为民族自治地方确有其不同于祖国内地各省、市、自治区的政治、经济、文化传承性和特殊性。因而，毫无疑问，民族自治地方，不仅有其刑事变通立法权，也有更多的需要对刑事法律规范作出不同解释的民族特情；与此同时，刑法、刑罚的价值客体，在此也理所当然地承载着不同的社会、民族载体，因而，惟有对刑法作出既合于我国刑事法律规范的基本涵义、又符合民族自治地方特情的刑法解释来，才能既促进刑法在民族自治地方的良性运行；又有利于民族自治地方的政治经济文化的同步发展。

第三、有利于刑法理论体系的丰富发展。刑法理论既来自于实践；又是对实践经验的升华。司法疑难的提出，一方面为刑法解释特别是学理解释提供了超脱于规范之外的活生生的对象；另一方面为刑法理论的更新注入了活力。因而可以说，没有服务于刑事司法、执法的司法解释、学理解释乃至全国人大常委会的立法解释，就没有刑事法律理论的生机和活力；就没有理论刑法学、规范刑法学、沿革刑法学等刑法理论的生息发展。

第四、有利于刑事立法的日臻改进完善。刑事立法作为政治上层建筑，始终存在一个由相对完善到不完善的循环往复过程。今日刚刚制定的、或许还有一定超前性的新刑法，明日就不可避免地又会显现出其滞后性。因而刑事实务界、理论界，总是不断通过刑法运行实践中出现的问题的新解释，提出新兴的立法建言。刑事立法有机体就是在此过程中周而复始地、不断地获取新生细胞，进而不断改进、完善的。

第五、有利于广大公众理解掌握刑法。刑法解释的正确定向及其施行，对刑法的通俗化、易懂化具有重大的作用和意义。惟其如此，广大民众才能更大程度地学习和掌握刑法，在此基础上，民众也才能更加卓有成效地确保自己的各项正当权利的行使；与此同时，全国人民代表大会及其有关司法监督机构及其广大民众，也才能有效监督国家刑罚权的正确得当地行使；国家也才有可能在更大范围内，动员起更加广泛的社会力量，积极参与全社会的遏止、矫治犯罪的工作。

（作者系中国社科院法学研究所刑法室主任、研究员、博士生导师，中国法学会刑法学研究会理事）

更新日期：2007-1-4

阅读次数：602

上篇文章：试论我国共同犯罪中止理论及完善

下篇文章：论交通肇事罪的若干问题（下）

 打印 |  关闭

 TOP