

“类推”与刑法之“禁止类推”原则

——一个方法论上的阐释

周少华*

内容提要:将法律解释概念作狭义理解,具有方法论上的重要意义;如此,则法律解释方法中并不存在“类推解释”。从“法无明文规定不处罚”的基本要求和“法律解释必须在文义所及的范围内为之”这一命题出发,可以认为罪刑法定原则其实不排斥任何一种解释方法。事实上,“类推”在刑法领域是被作为法律续造的方法加以禁止的,而并非是被作为一种法律解释方法加以禁止。从维护法律确定性和司法统一性的要求出发,一切形式的类推在刑事司法中都应当被禁止;但是,这种主张显然源自于形式意义的罪刑法定和刑法技术主义的绝对观念。在实质意义的罪刑法定原则之下,有利于被告的类推应当被允许,这是克服刑法形式侧面的缺陷、实现刑法正义的需要。

关键词:类推 罪刑法定 禁止类推原则 法学方法论

“禁止类推”是罪刑法定重要的派生原则之一,因之,当我们试图对罪刑法定的基本内容作出解释,就不可避免要与类推问题直面遭遇。但是笔者注意到,刑法学者关于该派生原则的表达存在细微差异:有称之为“禁止类推”者,^[1]有称之为“禁止类推适用”者,^[2]亦有称之为“禁止类推解释”者。^[3]无论此差异出自某种理性,还是纯属“不经意”之产物,下面的问题都值得深究:“类推适用”与“类推解释”是否同一概念?如果二者并非同一概念,则禁止类推原则之所谓“类推”系指称前者还是后者?抑或其含义当然涵盖此二者?

提出上述问题的原因在于,中外刑法理论界共同存有一种由来已久的论争:一方认为,由“法无明文规定不处罚”可以直接推导出刑法中禁止类推的原则,类推与罪刑法定主义水火不相容,必须受到绝对禁止;另一方则认为,罪刑法定禁止的只是不利于被告人的类推,至于有利于被告人的类推,因其

* 西北政法学院《法律科学》编辑部副编审。

本文系司法部“法治建设与法学理论研究部级科研项目”一般项目《刑事法理性与规范技术》之阶段性成果,项目合同编号03SFB2034。

[1] 参见曲新久:《刑法的精神与范畴》,中国政法大学出版社2000年版,第403页。

[2] 参见陈浩然:《理论刑法学》,上海人民出版社2000年版,第64页;王玉成:《社会变迁中之罪刑法定原则》,台湾大伟书局1988年版,第181页;[日]西原春夫:《罪刑法定主义与扩张解释、类推适用》,载《日本刑事法的形成与特色》,中国法律出版社、日本国成文堂联合出版,1997年版,第124页。

[3] 参见韩忠谟:《刑法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第45页;[日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第49页;[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第48页;陈兴良:《刑法适用总论》,法律出版社1999年版,第35页。

与实质意义上的罪刑法定并不冲突,则应当允许。笔者的看法是,如果不将“类推”的含义及性质盘点清楚,上述论争之正反双方的立论就都存在着各自难以自愈的暗伤;尤其是,如果双方所使用的“类推”概念含义并不相同,则这种论争实在是毫无意义,徒费口沫耳。有鉴于此,本文将对“类推”概念作一些正本清源的分析,并在此基础上探讨刑法禁止类推的原因及意义。

一、“类推”的两张面孔

在提及“类推”一词时,许多法律学者尤其是刑法学者都同时使用“类推适用”和“类推解释”作为它的替代,似乎三者不过是同一概念的不同表达。然而,透过“类推适用”和“类推解释”这对“双胞胎”相似的面孔,我们难道真的能够发现绝对相同的“基因”?

1997年刑法修订之前,我国刑法学界一般将“类推”、“刑事类推”、“类推适用”、“司法类推”等作为同一概念使用,其具体内容是指“对于刑法上没有明文规定的危害行为,比照刑法上类似的条文定罪判刑的刑法制度”。而“类推解释”则被视为法律解释的一种方法,指“对刑法条文未明确加以规定的某一事项,在不与该条文立法精神相违背的前提下,作超出原规定事项的解释”。^[4]在此,“类推”或“类推适用”与“类推解释”之间似乎有所分野,前两者特指司法机关适用法律的一种特殊形式,即类推制度,后者则特指一种法律解释方法。尽管从未有人明确地作出这种区分,我们却能够从稍有不同的定义中获得这样的印象。

随着类推制度被废除,刑法学界对于作为司法制度的类推当然也就开始噤若寒蝉;但是,作为法律解释方法的类推因其与罪刑法定原则关联甚深,仍多有被论及者。观诸晚近刑法学者关于“禁止类推”原则的讨论,“类推”、“类推适用”、“类推解释”被混同使用的现象极为普遍,至于其含义是指一种法律适用方法,还是指一种法律解释方法,则不甚了了,似乎二者本来就是一回事。因此,也有人将原来用以解释“类推适用”的内容拿来定义“类推解释”。^[5]这种概念上的随意使用又让我们获得另一种印象,即:“类推适用”与“类推解释”之间其实并没有什么分野。

在我国传统刑法理论中,“类推适用”与“类推解释”的含义虽稍有不同,却未被注意;类推制度既废,则“类推”、“类推适用”、“类推解释”三者又开始不分彼此,其意归一。由“类推”概念分合的这一事实分析,笔者认为,我国刑法学界关于“类推适用”与“类推解释”曾经有过的区分并非出自某种“理论自觉”,而是特定时期法律制度状况在刑法理论中的自然反映。正是类推制度的存在,意外促成了二者的上述区分。虽然类推制度之价值取向与罪刑法定主义观念格格不入,但这一制度存续期间,刑法学界对“类推”两重含义的认识,让我们对“类推”的面目还有一个比较清晰的印象,而当这一制度被废除之后,“类推适用”和“类推解释”的混同使用却为我们留下一片凌乱景象。

在我国台湾地区及国外刑法学者那里,“类推”、“类推适用”、“类推解释”也经常不加区分地使用。但是,就“类推”的性质而言,则存在不同的看法。一种较为普遍的观点认为,类推是一种法律解释。例如,日本学者我妻荣主编的《新法律学辞典》对“类推”概念的解释是:“扩充法律上规定的事项以推及类似的情况,是解释法律的一种方法。”^[6]但也有另一种颇具代表性的观点,认为“所谓刑法上的类推,与其说是一种法解释,还不如说是法律适用的一种方式”。^[7]我国台湾地区学者王玉成也有类似看法:“类推适用之性质,殊值研究。从其探究法律精神,适用于类似案件观之,固属法律解释之范畴;然就其将新事实,于法律无规定之情形下,适用于类似之法条,以填补法律漏洞之点言,则又

[4] 马克昌、杨春洗、吕继贵主编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第45、23页。

[5] 例如,有人认为“类推解释”是指“对于刑事法律虽然没有明文规定为犯罪、但具有一定的社会危害性的行为,可以比照规定最相类似性质的行为的刑事法条进行定罪处罚”。参见陈兴良主编:《刑事法总论》,群众出版社2000年版,第153页。

[6] [日]我妻荣主编:《新法律学辞典》,董舆等译校,中国政法大学出版社1991年版,第984页。

[7] 前引[2],西原春夫文,第128页。

迹近‘法官立法’(judicial legislation)。”^[8]

在英美判例法中,类推也是作出决定的普遍的和有用的方法。判例法中用类推进行推理是要推论出:如果甲原则适用于乙案件,而且目前的这个案件在所有的主要方面都与乙案件相似,那么甲原则也适用于目前的案件。^[9]由是观之,英美法律传统中的类推更像是一种法律推理或法律适用方法,而不是一种法律解释。

在我国,关于“类推”的性质,刑法修订之后基本无人讨论,刑法修订之前倒是观点纷呈:(1)立法说,把类推的适用视为一种立法活动,认为刑事类推的过程也就是建立新的刑法规范的过程;(2)解释说,把类推的适用视为法律解释中的理论解释之一种,认为刑事类推只是一种判明法律意义的方法;(3)司法说,把类推的适用视为一种司法活动,是司法机关适用法律的一种特殊形式,是一种司法制度。^[10]由于可以理解的原因,当时我国刑法学界基本上将“类推”或“类推适用”的性质归结为“一种适用法律的特殊形式的司法制度”,这一方面是得自于悠久的“比附援引”之历史传统,更主要的则是出于为类推制度作合法性辩护之现实需要。然而,当其制度根基丧失之后,这种曾经是“通说”的观点立刻露出破绽。说它是“适用法律的特殊形式”当然不错,说它是“司法制度”则未免有以事说理之嫌;事多变而理常在,岂可因一时一地之事,而推恒常之理?由此亦可洞见,完全以实然法的规定来判断某一法律现象之属性,在方法论上实属可疑。^[11]

关于“类推”的性质,迄今似乎仍没有形成统一的结论。“类推”性质问题上的这笔糊涂账,可能正是“类推”、“类推适用”、“类推解释”被混同使用的原因。“类推适用”和“类推解释”就像“类推”的两张面孔,交替出现在我们的视野中,让我们难以分辨哪一张面孔才是真实的。

求证于可得之资料,明确区分“类推适用”与“类推解释”者,仅见于我国台湾学者杨仁寿先生之《法学方法论》一书。杨仁寿先生认为:“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释法律之涵义者,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。而后者则仍在文义之范围内作成解释,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,无须透过三段论法加以推演。”^[12]

在杨仁寿先生看来,“类推适用”是补充法律漏洞的一种方法,究其要义,则与一部分学者之类推系“法律适用方法”的认知相仿,亦近似于英美判例法中之“类推”概念。至于“类推解释”系法律解释之一种,乃是较为普遍的看法;但是,杨仁寿先生认为类推解释“仍在文义之范围内作成解释”,却是极其独特的见解,与绝大多数法律学者的观点截然不同。

一般法律学者讨论“类推解释”,莫不认为它是在法律成文语言所可能具有的含义之外而为解释。刑法理论上多主张允许扩张解释而禁止类推解释,理由即在于前者并未逾越刑法成文语言所可能具有的意义范围,而后者则已经逾越其可能意义的界限,从而对成文法没有规定的事项承认刑法规范的

[8] 前引[2],王玉成书,第316页。

[9] 参见[英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1989年版,第38页。

[10] 前引[4],马克昌等主编书,第45页;另参见《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第129页。

[11] 不能仅以实定法的根据来判断某一法律现象之属性,这一认识虽在特定场合下得出,但笔者确信它同样可以适用于更为普遍的情形。刑法的规范性研究虽然以实定法为研究对象,却并不意味着此种研究的目的就在于为现行法律制度作合理性辩护。超规范研究之所以被认为具有更高的理论品格,并不是因为它是一种更为高明的方法,而恰恰是由于目前的规范性研究缺乏应有的批判性和价值追问,而为超规范研究产生了某种反衬效果。规范性研究的“低层次”状况并非不可改变,所以,认为超规范研究应当替代规范性研究的主张或许并不妥当。

[12] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第161页。关于“类推适用”与“类推解释”之不同的例证,亦可参见该书,第162页以下。

妥当性；^[13]前者无违于罪刑法定原则而得以允许，后者有违罪刑法定原则而应予禁止。

关于“类推解释”，有人认为其“仍在文义之范围内作成”，大多数人则认为其“超出了文本可能的语义范围”，缘何会出现这截然相反的说法？容笔者另辟一节详加讨论。

二、“类推解释”的悖论

解释学理论认为，解释并不是无中生有的“境外生象”，它必须面对一定的文本而进行，这是在解释学发展历史的考察中得出的必然结论。在闪耀着解释学大师们智慧光芒的思想中，都认同了文本对于解释行为发生的前提价值，即：无文本，则无解释。一般解释学强调一切解释都针对文本而产生，法律解释学当然也无法脱离文本而进行。^[14]同时，法律解释具有一定的客观性，“对于解释者来说，解释就是把自己置身于由那些文本所支持的解释关系所指出的含义中”；^[15]基于解释者与文本的这种关系，解释不可能成为随心所欲的事情。解释者总是要受到两个方面的限制：一是法律文本所载明的确定性意义，二是解释和运用法律的共同体对法律文本的主流理解。^[16]

虽然同样需要针对一定的文本，“法学的解释”与“文学的解释”是有所区别的：后者的任务在于“剥现作者写于他的精神作品中的思想，亦即追思作者所已想过的”；前者的任务则在“追寻写于精神作品自身的意旨，不管它是否曾为任何人有意地放进去”，亦即“将被思考过的事情，再继续思考到底”。他们都是以该精神作品，在这里即法律规范，为解释标的。从而不管是该精神作品之作者的主观意旨，或存在于该精神作品之客观意旨，它们都必须附丽在该作品上。是故整个解释活动，必须以该作品和它所包含者为其范围。在这里即法律解释必须在文义所及的范围内为之。^[17]如果超出了法律规范的文义范围，就不是法律解释，而是规范创造。既然如此，一个合理的推论是：如果类推解释的确是一种法律解释方法，那么它也只能面对一定的文本而进行，并且只能在解释文本的文义范围内进行。

但是，在刑法理论界关于“禁止类推”原则的讨论中，“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。我们不禁要问：一种“超越成文法可能含义”的解释真的存在吗？如果“解释”超出了成文法可能的含义，它是否还能被称之为解释？

从“法律解释必须在文义所及的范围内为之”这一论断出发，我们有理由认为，对“法律解释”应当作狭义理解。杨仁寿先生对“法律之阐释（即广义的法律解释）”方法作了这样的划分：

（一）狭义的法律解释：1. 文义解释；2. 体系解释，包括扩张解释、限缩解释、反对解释、当然解释；3. 法意解释；4. 比较解释；5. 目的解释；6. 合宪解释；7. 社会学解释。其中第2至6项合称为论理解释。

（二）价值补充：1. 不确定法律概念之补充；2. 概括条款之补充。

（三）漏洞补充：1. 类推适用；2. 目的性限缩；3. 目的性扩张；4. 创造性补充。

杨仁寿先生认为：狭义的法律解释、价值补充以及漏洞补充，“三者虽均属广义的法律解释，惟其义不尽相同，不宜混为一谈”。狭义的法律解释，系指于法律规定不明确时，以文义、体系、法意、比较、目的或合宪性等解释方法，探究法律之规范意旨而言。价值补充介乎狭义的法律解释与漏洞补充之间，乃系对不确定法律概念及概括条款之一种解释方法。漏洞补充系指法律对于应规定之事项，由于立法者之疏忽、未预见或情况变更，致就某一法律事实未设规定，造成“法律漏洞”，应由司法者予以补

[13] 参见〔日〕木村龟二：《刑法总论》，有斐阁1984年版，第21页。

[14] 参见周光权：《刑法诸问题的新表述》，中国法制出版社1999年版，第285页以下。

[15] 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第134页。

[16] 参见陈金钊：《法律解释的哲理》，山东人民出版社1999年版，第82页。

[17] 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第259页以下。

充而言。法律规定不明确,系属法律解释问题;而法律欠缺规定,则系补充问题。^[18]

德国法学家 Karl Larenz 在其《法学方法论》一书中,将法律补充称为“法的续造”,以区别于法律解释。他认为,狭义的解释之界限是可能的字义范围,超越此等界限而仍在立法者原本的计划、目的范围内之法的续造,谓之法律内的法的续造,其性质乃是漏洞的填补;假使法的续造更逾此等界限,惟乃在整体法秩序的基本原则范围内者,则属超越法律的法的续造。虽然这三者之间不能划出清楚的界限,然而其各自有其典型的方法,因此仍有必要区分三者。^[19] Karl Larenz 所谓“超越法律的法的续造”,基本等同于杨仁寿先生的“漏洞补充”;而其所谓“法律内的法的续造”,则兼跨杨仁寿先生之“价值补充”与“漏洞补充”。

台湾大学法学院黄茂荣教授同样对“法律解释”和“法律漏洞之补充”作了严格区分,他认为此二者乃是“找法活动”的两种方式或两个阶段,对二者进行区分并讨论它们之间的关系,构成了近代法学方法论上的主要问题之一。所不同的是,杨仁寿先生认为需要“价值补充”的情形,在黄茂荣教授那里则被称为“法内漏洞”,归属于法律漏洞之补充。正如杨仁寿先生对“价值补充”的解释一样,黄茂荣教授认为“法内漏洞”事实上构成了“法律解释”与“法律补充”的交集地带。^[20]可见,“法内漏洞”与“价值补充”只是称呼不同而已,其性质则是完全相同。

总之,从法学方法论的角度看,所谓“法律解释”显然是指狭义的法律解释,法律漏洞补充不属于法律解释的范畴。虽然法律解释与法律补充只是对法律“阐释”程度的不同,有时甚至不易分辨二者之间的界限,但它们毕竟是不同的:即,在相对于法律“可能的文义”之关系上,二者存在重要的区别。法律解释活动只在可能的文义范围内为之;而法律补充活动,除在“法内漏洞”的情形外,只在可能的文义范围外为之。“解释及(补充或改造法律的)法的续造,两者的界限只能是语言上可能的字义,实在不能发现其他的界分标准。此种界分也受到学界及实务界的普遍承认。”^[21]区分法律解释与法律补充有着实践上的重要意义,它可以廓清法官在“寻法活动”中的“当然权力”与“受限权力”之间的界限,以防止司法权的滥用。

在上述三位法学家的著作中,“类推适用”都被认为是法律漏洞补充方法之一种,而非属于法律解释。因此,如果说“类推解释”的确是一种法律解释方法,那么它与“类推适用”显然应该有所不同。不过,在狭义的法律解释中,是否真的存在“类推解释”的方法,却十分值得怀疑。

杨仁寿先生在归纳“狭义的法律解释”之方法时,并未提及“类推解释”;但是,在讨论“类推解释”与“类推适用”之不同时,他仍然认为“类推解释”属于狭义的法律解释之一种。对于狭义的法律解释来说,典型的方法是“应先为文义解释,有复数解释之可能时,始为其他解释方法”;“惟论理解释及社会学的解释,始于文义解释,而其终也,亦不能超过其可能之文义”。^[22]可见,对于所有的法律解释方法,文义范围都是其最后的限定;所不同者仅在于,文义解释不能超过法律成文语言通常之含义,论理解释及社会学解释不能超过法律成文语言可能之含义。“类推解释”既然属于狭义的法律解释之一种,它当然也就“仍在文义之可能范围内作成解释”。

杨仁寿先生的上述观点在逻辑上虽然可以自圆,但是,却并未能消除“类推解释”概念本身的悖论。其中仍然存在的疑问是:如果“类推解释”仍在文义范围内作成,又为何称之为“类推”?换言之,在文义范围内是否还有必要进行“类推”?

在日常意义上,“类推”是指“依照某一事物的道理推出同类其他事物的道理”。^[23]该词被用于法

[18] 前引[12],杨仁寿书,第98页以下。

[19] [德]Karl Larenz:《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书有限公司1998年版,第278页。

[20] 前引[17],黄茂荣书,第351页以下。

[21] 前引[19],Larenz书,第228页。

[22] 前引[12],杨仁寿书,第98、101页。

[23] 《辞海(缩印本)》,上海辞书出版社1980年版,第1931页;《现代汉语词典(修订本)》,商务印书馆1998年版,第766页。

律领域,则是指“扩充法律上规定的事项以推及类似的情况”;^[24]一种更为普遍的说法是:类推是指对于法律没有规定的事项,以其他近似的法条进行解释(或曰适用)。^[25]可见,“类推”的本质含义就是对法律没有规定的事项进行所谓的“解释”,这种“解释”当然是超出了法律的文义范围,从而已经不再具有解释的性质。实际上,从“类推”的基本含义出发,根本不可能存在一种“类推”而又是“在文义范围内作成”的“解释”;“类推”与“解释”的结合就像一例“异体移植”,产生排斥反应是必然的结果。正如台湾地区学者王玉成所言:我国学者多将“类推”与“解释”并称为“类推解释”,而与“类推适用”混同。实则法律之“解释”应局限于法条之内,“类推”则出于法条文义之外,以补法律之漏洞,二者互不相容。故以结合而称为“类推解释”,理论上似欠圆通。^[26]因此,“类推”概念只能用以指代“类推适用”,而不能演绎出“类推解释”。

至此,我们终于明白,之所以会出现“类推解释”一词,与人们对“法律解释”概念的不同理解不无关系。以往法律学者将“类推”或“类推适用”与“类推解释”混同使用,其实是对“法律解释”作了广义理解,将本属于法律补充的“类推适用”也看作是法律解释,因而才有了“类推解释”一说。也就是说,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。杨仁寿先生归纳的狭义法律解释方法中,其实也并没有“类推解释”;他在另一场合又认为“类推解释”系狭义的法律解释方法之一,似乎只是承认了“类推解释”这样一种约定俗成的说法。事实上,他所说的“类推解释”是指“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”,这是从法条到法条的类推;而我们通常所说的类推是指就法律未加规定的事项,寻求近似的条文加以适用,是从事实到法条的类推,二者显然不同:前者完全可以用体系解释的方法实现,其实并非真正的类推,后者才是类推的本来含义。另外,由于“类推解释”概念本身就自相矛盾,因此,尽管杨仁寿先生以其“仍在文义范围内作成”的观点为之作合理性的阐释,却仍然不免有些牵强。

通过上面的讨论,我们可以在此形成一点结论,以作为后文讨论的前提:在法律解释方法中,并无所谓“类推解释”;将“类推”或“类推适用”称为“类推解释”多有不妥,它既造成了概念本身的矛盾,也混淆了法律解释与法律漏洞补充之间的界限;就其性质而言,“类推”或“类推适用”属于补充法律漏洞的方法,而非法律解释。

三、刑法“禁止类推”的原因

既然法律解释方法中并不存在“类推解释”,那么,将刑法之“禁止类推”原则表达为“禁止类推解释”,也就显得无的放矢。鉴于“类推”与“解释”的互不相容,^[27]“禁止类推”原则虽不妨以“禁止类推适用”代之,称其为“禁止类推解释”,则难以自洽。当然,法学之为实践性的学问,并非只求概念自足,现实关照下的价值考量才是始终不应放弃的目标;禀承此观念,本文的讨论即非意在纠缠于概念本身,而是试图探求“类推”性质之界定在实践上的意义。

对“法律解释”作广义理解,所产生的问题可能并不仅仅只是出现了诸如“类推解释”这样自相矛

[24] 前引[6],我妻荣主编书,第984页。

[25] 虽然这一含义更多情况下是被用于解释“类推适用”或“类推解释”,但是,由于论者多将此二者与“类推”混同使用,我们有理由认为它实际上也就是对“类推”的解释。参见前引[3],野村稔书,第49页;前引[3],陈兴良书,第35页;韩忠谟:《法学绪论》,中国政法大学出版社2002年版,第98页;马克昌:《比较刑法原理 外国刑法学总论》,武汉大学出版社2002年版,第70页。

[26] 前引[2],王玉成书,第369页,注39。

[27] 由于相当多的学者都在使用“类推解释”这一术语,笔者后文的讨论在引证其他学者的观点时,仍然不可避免地需要沿用“类推解释”的说法。

盾的概念,更重要的也许是,它使“法律解释”与“法律漏洞补充”之间的界限模糊化了,从而可能产生实践上的危害。黄茂荣教授认为,区分“法律解释”与“法律漏洞补充”的意义在于:鉴于实务上某些“法域”(如“刑法”、“捐税法”)对法律补充之不同程度的禁止的存在,法学方法论上对法律解释与法律补充的区分的努力便有必要。过度强调现代认识论或解释学之认识活动上的或解释活动上的“评价性”的发现,而忽略实务上存在的区分上的必要,将使实务因为其遭遇到之问题的解决无法获得理论上的支持而陷于困难。这种与实务脱节的理论之价值是有疑问的。^[28]

作为法官“寻法”过程中的两种活动或两个阶段,“法律解释”与“法律漏洞补充”的不同在于,前者可能已经被承认为法官在裁判活动中的一种权力甚至是义务,而后者则在不同的法域受到程度不同的限制。因此,将“法律解释”与“法律漏洞补充”加以区分,实际上也就是为法官适用法律的创造性活动之合法性提供一个参照系。

将“法律解释”作狭义理解,在刑法领域有着更为重要的意义,它与刑法严格解释原则的基本精神暗合。刑法学者通常试图通过对扩张解释与“类推解释”的区分,来说明刑法禁止类推的原因。一般认为,刑法禁止“类推解释”而允许扩张解释是因为:在形式上,扩张解释没有超出刑法条文所可能具有的含义,而“类推解释”则完全超出了刑法条文所可能具有的含义;在实质上,扩张解释是在公民可能预测的范围内作出的解释,类推解释则是超出公民可能预测的范围作出的解释。^[29]亦有学者指出,就解释刑法规范的方法而言,类推解释方法本身就违背罪刑法定原则,是不能允许的,而扩张解释方法本身并不违反罪刑法定原则,是可以存在的。^[30]可以说,这些观点本身是没有问题的;但是,因其将“类推”作为一种法律解释方法而与扩张解释相提并论,从而仍然存在加以推敲的可能和必要。从中外刑法学者对于“类推解释”与扩张解释的区分看,其区分标准恰恰正是法律漏洞补充与法律解释之间的界限标准。这也进一步表明,所谓“类推解释”虽有解释之名,实则法的续造。

“(刑法)究竟应该怎样解释,不外是依罪刑法定主义之实定法的意义来解决。按规定罪刑法定主义之原则,只要是在法文所可能含有的意义范围内,就法一般及刑法之目的而言是妥当的,则在论理上、目的论上,有时可以作狭义解释,有时可以作广义解释。从而,作为目的论的解释时,无论是缩小解释或扩张解释,凡是与法律的精神合致,而又属在成文法文词之意义范围内解释时,即非违反罪刑法定主义之原则。”^[31]所以,从“法无明文规定不处罚”和“法律解释必须在文义所及的范围内为之”的基本理念出发,我们完全可以推导出,罪刑法定原则实际上不排斥任何一种解释方法。人类法律观念的进步使刑法早已走出了“拒绝解释”的古典时代,刑法理论上虽然仍主张严格解释,但是,同其他法律的解释一样,“文义可能的范围”仍然是刑法解释的最后边界。由此我们也可以推知,刑法其实并不是将类推作为一种解释方法加以禁止,而是另有“隐情”;通过本文前面的讨论,此“隐情”已经昭然若揭。即,刑法禁止类推的根本原因在于,类推在性质上并不是一种法律解释,而是一种创造法律的活动;只有这种创造法律的活动,才真正与罪刑法定相冲突。此观点在日本刑法学者大谷实教授那里,得到了最为肯定的表达:“类推解释不是法律解释而是创造法律,如果将其作为刑法解释的话,就会将刑法中没有规定的事项也适用刑罚法规予以处罚,剥夺国民的预测行为后果的可能性,违反罪刑法定原则,特别是尊重人权原则的要求。”^[32]

可见,罪刑法定允许何种解释方法而又反对何种解释方法其实是一个伪问题。扩张解释之所以被允许是因为它仍然属于法律解释的范畴,而“类推解释”之所以不被接受是因为它已经越过了法律解释的边界。因此,由“法无明文规定不处罚”不仅可以推导出刑法的禁止类推,而且同样可以推导出刑法禁

[28] 前引[17],黄茂荣书,第352页以下。

[29] 参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第34页。

[30] 前引[1],曲新久书,第408页。

[31] 梁恒昌:《罪刑法定主义之思想》,载刁荣华主编:《中西法律思想论集》,台湾汉林出版社1984年版,第340页。

[32] 前引[3],大谷实书,第49页。

止目的性扩张、禁止目的性限缩、禁止创造性补充以及禁止不利于被告的价值补充的结论。

虽然从目的的(或价值的)以及体系的角度加以观察,我们不难得出法律漏洞补充之必要性的根据,^[33]但是,不同法域对这种“必要性”的接受,却不能不作合于己身的具体考量。“法律为社会规范之一种,法官适用法律时,不得以法律规定不明确、不完备或缺为借口,而不予受理,更不得以此为拒绝裁判之理由。”^[34]法官的这一职业守则可能适用于任何法域,但是这并不意味着法官在任何情况下都有完善和补充法律的权力,它实际上仅在于防范法官的消极司法,以充分发挥法律之解决社会纷争的功能。在民事审判中,法官对法律规定的不明确、不完备之处,当然有权力甚至有义务加以完善,对法律规定有欠缺的,也可以依习惯、法理、社会一般正义观念进行裁判;因此,类推适用等法律补充方法在民事领域不但被允许,而且几乎是连接法律与案件事实的必不可少的方法。在刑事审判领域,“禁止拒绝裁判”的原则是受到限制的。^[35]由于刑罚的动用关涉到个人生命、财产、自由等重大权利的生杀予夺,人们对法的安定性有更高的预期;从“法无明文规定不为罪”的精神出发,法官没有完善法律的义务和权力,尤其是没有对法律欠缺之规定进行补充的权力。

由于刑法规范必须明确、具体,在立法上基本采用对罪状进行列举、描述的方式,加之“法有限而事无穷”,立法者不可能预见到所有的情况并在刑法中加以规定,这就决定了刑法调整对象的“分散性”、“不完整性”。“刑法典规范内容的不完整性,已经成为共识。……事实上,不仅刑法的规范内容是不完整的,而且它的规范功能也是不完整的。”^[36]这一事实虽然也可能同时成为应当赋予法官以补充法律的权力的一个理由,但是在罪刑法定原则下,它恰恰应当成为反对法官补充刑事法律的理由。其实,刑法禁止类推其原因并不在于类推本身无价值,而仅仅是出于保障公民个人自由的需要。如果允许以类推适用来填补“漏洞”,就会形成补充性立法,这有违于只有立法者才能制定刑事法律的要求。此外,如果允许类推适用不利于被告的规范,刑法的明确性原则之保障作用就等于零。^[37]基于罪刑法定原则对刑法确定性的预期,刑法中某些漏洞和一定程度上的滞后性必须被认为是合理的,否则就难以防止法官在刑事领域补充法律的冲动。受制于“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”的基本立场,刑法调整对象的“分散性”、“不完整性”成为刑法本身固有的特征,因此可以认为,刑法允许在犯罪规范方面存在漏洞,而法官无权运用类推的方式来弥补立法者有意留下的漏洞或因社会、科技的发展而出现的法律漏洞。^[38]

作为适用法律的活动,法律解释与类推适用表现出显著不同的特征:解释是从法律规定出发,并且最终不会逸出法条可能的语义范围,它是一个从法律到行为事实的过程。相反,“类推并不是对某个词句进行解释,看某种行为包括不包括在此解释内,而是从国家、社会全体的立场来看某一行为的不可允许,然后再设法找出类似的法条以资适用”;^[39]可见,类推从一开始就是在法律之外寻求合理性支持,它是从行为事实出发而寻找法律的过程,在本质上实即“法官立法”。罪刑法定原则下的刑法严格解释原则其实并不是反对法官对刑法进行解释,甚至并不要求法官对刑法进行“逐字逐句”的解释,它“仅仅是禁止刑事法官凭想象出发并取代立法者,尤其是禁止他们以类推的方式来阐述理由”;依据严格解释原则,“负责适用刑法的法官无权将其扩张适用于立法者并未指明的情况。凡是法律没有明文规定的行为均不受惩处。即使某一类似的行为,情节甚至可能还要轻一些,但因为有规定而受

[33] 关于法律漏洞补充之必要性的具体讨论,参见前引[17],黄茂荣书,第349页以下。

[34] 前引[12],杨仁寿书,第9页。

[35] [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第358页。

[36] 陈兴良:《罪刑法定的当代命运》,《法学研究》1996年第2期。

[37] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第31页。

[38] 此观点更为详尽的表达,参见笔者另文:《罪刑法定在刑事司法中的命运——由一则案例引出的法律思考》,《法学研究》2003年第2期。

[39] 前引[2],西原春夫文,第128页。

到惩处,对法律没有规定的行为仍不得惩处”。^[40]

类推适用虽然可以最大限度地保护社会利益,但是它对个人自由却是一种威胁;而现代法治国家无不重视个人自由的实现,在法律的价值体系中,社会利益并非总是高于个人利益,相反,只有个人权利被充分尊重和保护,社会利益的实现才有实际意义。从国际范围来看,罪刑法定主义在当代被赋予了更为明确的立法基础,即从保障人权、“维护人的尊严”出发而进一步加以肯定。^[41]由于所谓“刑法规范”乃是对危害社会的行为进行犯罪性评价并科处刑罚的规定,因而,它的设立只能由立法者代表国家进行;如果赋予法官同样的权力,就意味着,程度最为严厉的那部分惩罚性权力也有可能成为一种任意,社会成员将丧失最基本的安全感。国家将刑罚权的行使方式和限度以法律的形式确定下来,一方面是要给社会成员提供一个明确的行为准则,并依据该准则能够预测到自己的行为将会引起的社会评价及其后果,另一方面则在于为刑罚权的使用设置边界,使犯罪人免于受害人的报复和国家刑罚权被滥用而产生的不公正处罚。正如拉德布鲁赫所言:“自从有刑法存在,国家代替受害人施行报复开始,国家就承担着双重责任:正如国家采取任何行为时,不仅要为社会利益反对犯罪者,也要保护犯罪人不受受害人报复。现在的刑法同样不只反对犯罪人,也保护犯罪人,它的目的不仅在于设立国家刑罚权力,同时也要限制这一权力,它不只是可罚性的源由,也是它的界限,因此表现出悖论性:刑法不仅要面对犯罪人保护国家,也要面对国家保护犯罪人,不单面对犯罪人,也要面对检察官保护市民,成为公民反对司法专横和错误的大宪章。”由此而产生的罪刑法定原则也就意味着,“可罚性不得以习惯法为依据,也不得在没有文字明确规定有关情况时对案件‘类推’适用法定刑罚规定,即使在有关情况与法律极为相似时也不例外”。^[42]

当然,在不同国家以及同一国家不同时期的刑法中,禁止类推的理由可能并不相同。比如在意大利刑法学界,关于类推的倾向性看法是:类推在本质上是一种完善现行法律的方法,通过弥补现行法律可能的漏洞来保证其体系的完善性。允许适用类推来弥补现行法律可能的漏洞,或禁止适用类推以维护法律规定的确定性,二者具有同等的价值,如何取舍,完全是立法者选择的结果,在此问题上,不可能有一个对一切时代和国家都适用的答案;禁止类推和自由民主之间并没有一种必然的联系,类推是危险抑或适当,取决于法官适用类推时的认识和目的,并最终取决于人民对民主基本价值的认同程度,取决于是否有独立、公正的法官制度和司法习惯。而当今的意大利禁止类推,则一是由于人们对历史上法官的独裁尚心有余悸,二是基于党派竞争激烈,不能排除法官因受外部影响而使法律屈从于意识形态的政治法律现实。^[43]即使是出于法制实践上的考虑而提出刑法禁止类推的理由,上述观念也仍然反映了罪刑法定主义的精神实质。因为“罪刑法定主义乃系以限制国家刑罚之行使为主要目的,而以保障个人自由为最高目标”;^[44]“当刑罚权与基本人权发生抵触不能双全之情形,与其牺牲基本人权,毋宁放弃刑罚权。”^[45]刑法禁止类推正是对这一观念的具体体现。

尽管我国刑法中已经彻底废除了类推制度,但是,无论在司法实践部门,还是在刑法理论界,都仍然有人有意无意流露出对类推制度的留恋。当类推制度在法律上被废除而司法人员的意识深处仍留有其残根时,刑罚权天然的扩张本性就会不失时机地暴露出来。在我国1979年的《刑法》中,类推适用尚有“报请最高人民法院核准”的程序理性防止其任意性,而这一制度被废除之后,司法活动中可能发生的实际的类推由于被认为是在执行法律的“明文规定”,反而成了法院“当然的权力”,它比制度化

[40] 参见[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年,第140页。

[41] 何鹏:《外国刑事法选论》,吉林大学出版社1989年版,第14页。

[42] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第96页。

[43] 参见陈忠林:《意大利刑法纲要》,中国人民大学出版社1999年版,第30页以下。

[44] 杨建华:《刑法总则之比较与研讨》,台湾汉荣书局1982年版,第10页。

[45] 蔡墩铭:《刑法基本理论研究》,台湾汉林出版社1986年版,第346页。

的类推潜藏着更深的危险。^[46]因此,在类推制度被废除之后,继续讨论刑法禁止类推的原因及其意义,对于防范司法实践中隐形化存在的类推,仍然具有重要的现实意义。

但是,需要特别说明的是,对刑事领域反对法院填补法律漏洞的观念不能作绝对化的理解。我们只能说,包括“类推”在内的填补法律漏洞的方法在刑事司法领域是受到严格限制的,而非是绝对禁止。如果对某些刑法漏洞的填补符合刑法的规范目的,有助于实现刑法的实质正义,那么就不应当以某种形式化的要求作为反对的理由。这也正是讨论本文下面这个问题的前提之一。

四、关于“有利于被告的类推”

是否允许“有利于被告的类推”,可能是刑法之“禁止类推”原则所面临的最重要的问题。持“允许”主张的人认为,罪刑法定主义的宗旨在于保障行为人的自由权利,所以,只有不利于被告的类推才与罪刑法定原则相冲突,而对于有利于被告的类推,则不受罪刑法定主义的限制,因而实际上可以从超规范的观点广泛地承认违法阻却事由和责任阻却事由。在此意义上可以认为,罪刑法定主义并不是在一切情况下都禁止类推,而只是禁止设立新的刑罚和加重处罚这样的类推,而不禁止排除违法性、减轻或免除刑罚这样的类推。^[47]而在反对者中,韩忠谏教授的观点较具有代表性:“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。”^[48]

笔者认为,要评判上述论争双方观点之得失,仍然需要从类推的含义及性质出发。

(一)“类推”含义之表达对问题的影响

在讨论是否应当允许有利于被告的类推这一问题时,有一个前提性的问题首先要搞清,即:刑法中是否存在“有利于被告的类推”?这一问题的提出和解决,与“类推”概念的不同表达有关。

对类推这一概念,刑法学界存在两种不同的表述方式:

1. 类推(“类推解释”)是指:“对于刑事法律虽然没有明文规定为犯罪,但具有一定的社会危害性的行为,可以比照规定最相类似性质的行为的刑事法条进行定罪处罚。”^[49]

2. 类推(“类推解释”)是指:“于法律未规定之事项,就其他近似之法文,类推适用……”^[50]

第1种表述方式表明,类推是一种以近似规范处罚刑法未予明文规定的危害行为的方法,这显然是站在保护社会的立场上来理解类推的。于此概念之下,类推的功能仅止于“入罪”;只要采用类推的方式适用刑法,就总是陷被告人于不利,当然不可能存在“有利于被告的类推”。

第1种表述方式实际上是将“类推”按照刑法规范的特点进行了合于己身的剪裁,其隐含的前提似乎是:刑法中只存在规定犯罪和刑罚的规范;或者,只有规定犯罪和刑罚的规范才有被类推适用的

[46] 在“肖永灵投寄虚假炭疽杆菌邮件”一案中,即存在明显的类推适用法律的问题。参见周少华:《罪刑法定在刑事司法中的命运——由一则案例引出的法律思考》,《法学研究》2003年第2期;游伟、谢锡美:《“罪刑法定”原则如何坚守——全国首例投寄虚假炭疽杆菌恐吓邮件案定性研究》,《华东刑事司法评论(第三卷)》,法律出版社2003年4月版。

[47] 参见前引[1],曲新久书,第406页;[日]大塚仁《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第69页。

[48] 前引[3],韩忠谏书,第48页。

[49] 前引[3],陈兴良书,第153页。日本刑法学界类似的表述参见:前引[2],西原春夫文,第124页;前引[3],野村稔书,第49页。

[50] 前引[3],韩忠谏书,第46页。日本刑法学界类似的表述参见:前引[3],大谷实书,第48页;前引[6],我妻荣主编书,第984页。

可能。但是,毋庸置疑,刑法中不是规定犯罪与刑罚的总则性规范同样是刑法规范的一部分,^[51]并且这部分规范也可以被类推适用,而第1种表述显然不能涵盖总则性规范被类推适用的情形。

可见,上述第1种表述方式即使是用来表达“刑法上的类推”,也仍然不够全面和准确;而且,类推作为适用法律的一种方法,存在于一切法律领域,其概念的表达也应该具有统一性和普适性,无论是在形式上还是实质上,刑法上的类推与民法上的类推都并无不同;因此,上述第2种表述方式才是“类推”的真实含义。

在第2种表述之下,类推只是以近似条文处理法律未规定事项的方法,类推适用的条文既可以是规定犯罪和刑罚的惩罚性规范,也可以是刑法的一般性规定。也就是说,此时的类推兼具“出罪”与“入罪”的双重功能,在此概念之下,是否允许有利于被告的类推才真正成为问题。

(二)“类推”性质之界定对问题的影响

如果“类推解释”是法律解释方法之一种,那么从“法律解释必须在文义所及的范围内为之”的基本前提出发,我们有理由认为,即便是“类推解释”,也“必须在文义所及的范围内为之”,否则就不成其为解释。然而,当我们认为“类推解释”也是法律解释方法的时候,刑法的“禁止类推解释”原则就丧失了存在的理由,“是否允许有利于被告的类推解释”当然也就没有了讨论的必要。正如前文所述,罪刑法定原则实际上不排斥任何一种解释方法。假如杨仁寿先生关于类推解释“仍在文义之范围内作成解释”的观点能够成立,那么此种解释方法就无违于罪刑法定原则,刑法中不但应该允许有利于被告的类推解释,而且也没有坚强的理由去反对不利于被告的类推解释。

这里有必要重申本文前面的观点:法律解释方法中并不存在“类推解释”,“类推”在刑法中是被作为法律续造的方法而加以禁止的。同样,只有在坚持“类推”系法律漏洞补充方法这一基本观点的前提下,是否允许“有利于被告的类推”才成其为问题。实际上,在对刑法之“禁止类推”原则的讨论中,尽管学者们常常使用“类推解释”一词,但是,从其具体的表达看,其所谓“类推解释”的真实含义莫不是指一种法律漏洞补充方法,而非指一种法律解释方法。

是否允许“有利于被告的类推”,这一问题的实质其实是:在罪刑法定原则下,司法权力的自由度究竟有多大?对于包括“类推”在内的法律漏洞补充方法应该绝对禁止,还是在某些情况下可以允许?如果存在允许的情况,那么这种情况是什么?

主张禁止一切类推的人,其最主要的立论根据在于:禁止不利于被告人的类推的理由,同样也适用于禁止有利于被告人的类推;即,任何形式的类推都会破坏法律的确定性和司法的统一性。因此,适用有利于被告人的类推,实际上不是在“填补”法律的空缺,而是在破坏法律规定的一种秩序。^[52]韩忠谏教授所谓“失入之与失出,其失相同”,表达的也基本上是同一个意思,即,无论是牺牲个人利益的不利于被告人的类推,还是牺牲社会利益的有利于被告人的类推,都有损于“刑法制定”之“昭信守”的功能,因而都应在禁止之列。

[51] 为了解决“禁止类推”与“允许有利于被告的类推”之间的逻辑矛盾,意大利刑法学界有一种占统治地位的观点认为:从广义上讲,任何规定、修改、消灭或排除刑事责任的法律都是“刑事法律”。就这个意义上说,即使是对被告有利的法律规范也应该属于“刑事法律”的范畴,因而,也不得适用类推。《意大利民法典》前言第14条的规定似乎是想通过排除任何形式的类推来确保刑事司法具有最大的确定性,以维护法律的确切性。但是,根据《意大利宪法》第25条第2款的规定,只能得出禁止不利于被告的类推的结论,因为只有这种类推才与罪刑法定原则的保障功能不符。解决这一矛盾的出路在于,不应把有利于被告的法律视为“刑事法律”的一部分,因为它们属于“规定不适用一般性规范或其他法律的例外情况的法律”。因此,人们普遍认为只有那些规定犯罪或对被告不利的法律才是“刑事法律”,这样民法典前言第14条规定的禁止类推,对有利于被告的法律就不适用。参见前引[37],杜里奥书,第32页以下。笔者认为,这种理论观点的提出似乎也仅仅是为了解决“禁止类推”与“允许有利于被告的类推”之间的逻辑矛盾,除此之外,只将那些规定犯罪或对被告不利的法律才归结为“刑事法律”既没有多少理由,也没有多大的意义。无论如何,刑法中不是规定犯罪的规范或对被告有利的规定都仍然是刑法规范的一部分,我们完全没有必要为了某种形式逻辑上的圆满,而人为地将其排除在“刑事法律”的范围之外。更重要的是,上述观点并不能从根本上解释为什么刑法中应当允许有利于被告的类推。

[52] 前引[37],杜里奥书,第35页。

不难看出,禁止一切类推的主张显然源自于形式意义的罪刑法定和刑法技术主义的绝对观念。这种主张虽然对于维护刑法的安定性不无意义,但是它却必须面对如下两个问题的挑战:第一个问题是,是否承认刑法漏洞和缺陷的存在以及如何对待刑法漏洞和缺陷造成的不公正?第二个问题是,有利于被告人的类推是否必然与一定的社会利益相冲突?关于后一个问题,我们找不到任何解答,这个问题似乎被普遍地忽略了;而前一个问题的答案通常是:对于法律漏洞,民事法官会自己制定所要适用的法规范,而刑事法官则不同,他们必须作无罪判决,并将该问题的解决留给立法者。^[53]

“有利于被告的类推”和其他类推一样,其存在的前提首先是法律有漏洞,即存在某种法律没有规定的情况。法律漏洞乃是“法律体系上之违反计划的不圆满状态”。^[54]对于民事法律而言,漏洞的存在意味着某种社会关系欠缺法律规范的调整,或者现行法律规范对某种社会关系的调整不够合理,这可能会给社会利益和个人利益都造成不利的后果,从而动摇人们对于法律的信赖。加之民事领域的社会关系极其复杂,法律在尽可能细密化的同时,又不得不通过确立某些原则来增加法律的灵活性。而且,民事规范是调整平等主体之间的法律关系的,一般不具有惩罚性,因而法官对法律漏洞的补充通常并不会产生侵犯个人权利的危险。基于此,民事法官补充法律的权力被广泛认可。民事立法中的“公平原则”、“诚实信用”、“善良风俗”等类似的表述,甚至可以被看作是立法者在以此“提醒法官注意独立的法律创制”。^[55]相反,刑法规范是用以规定犯罪和刑罚的,刑法漏洞的存在往往意味着对于某种危害社会的行为,刑法欠缺相应的惩罚性规定,一定的社会秩序被侵犯的状态无法通过现存的法律手段加以恢复。刑法漏洞的不利后果往往是属于国家和社会的,而对这种漏洞的补充则是不利于行为人的。“因此,在刑法领域,如果法律没有明确规定,法院就不应当(通过类推)填补法律漏洞。否则,就会扩大被告受刑罚的可能性。”^[56]对于具有合理的处罚根据而欠缺相应的刑罚法规的情况,“不能通过解释而应通过立法加以解决”。^[57]允许法官以类推的方式适用刑事法律,不光是增加了刑罚权滥用的可能,它对刑法的权威性和司法的统一性同样也会造成损害。所以,在刑事领域反对类推适用,无疑有着正当的理由。

然而,当刑法欠缺针对某一危害行为的惩罚性规范时,法官固然没有权力填补法律漏洞作为实施惩罚的根据;但是,当刑法固有的漏洞或因社会发展而产生的新的漏洞所造成的结果对被告人来说有失公平时,是否也必须将填补漏洞的权力留给立法者?主张允许“有利于被告的类推”的人,恰恰在这个问题上找到了反对对方的突破口。

在刑事古典学派那里,罪刑法定原则是在极为严格的意义上被张扬的,法官解释法律的权力都被绝对禁止,更不必说法官造法。但是,尽管这样的罪刑法定被称为形式主义的罪刑法定,毋庸置疑的是,罪刑法定原则从其诞生时起,就包含着丰富的实质内容,只不过人们在不断扩张其形式要求的过程中,使其实质内容受到了压缩。形式主义的罪刑法定其贡献只能是历史性的,在刑事法制内涵已经极大丰富的今天,任何将形式侧面的刑法原则作绝对化理解的做法,都会使这些原本包含着实质内容的原则变成纯粹的形式,使刑法的生命力在形式的束缚下逐渐衰竭。正因为如此,当代的刑法理论主张从刑法的规范目的和实质正义的要求出发,来理解罪刑法定及其派生原则。

诚如张明楷教授所言:当代的罪刑法定主义理念,已经将形式侧面(法律主义、禁止溯及既往、禁止类推解释、禁止绝对的不定期刑与不定期刑)与实质侧面(刑法的明确性、禁止处罚不当罚的行为、禁止不均衡的、残虐的刑罚)有机地结合起来,从而使形式侧面与实质侧面成为贯彻罪刑法定原则的统一要求。如果将罪刑法定原则的内容仅概括为形式的侧面,必然是存在缺陷的,最基本的表现为难以避免恶法亦法现象,不能实现良法之治的要求。正因为如此,人们提出了实质侧面,原来的形式侧

[53] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第166页。

[54] 前引[17],黄茂荣书,第293页。

[55] 前引[41],何鹏书,第108页。

[56] 前引[35],伯恩书,第358页。

[57] 前引[3],大谷实书,第49页。

面也被赋予了实质内容,以此来限制立法权,以保证刑法的实质正义。^[58]

迄今为止,允许有利于被告的类推的最有力的理由是:“罪刑法定主义之原则,乃是非依法律不得科处刑罚,亦即于科处刑罚时不许离开成文法的根据;换言之,刑法之罪刑法定主义禁止新设定刑罚,或加重刑法之类推解释,即禁止对被告不利之类推解释。”^[59]言下之意,类推适用在有利于被告的情形之下,并不违反罪刑法定原则。启蒙时代关于法律绝对确定性的幻想,既不是禁止类推的根据,也不能作为反对有利于犯罪人的类推的理由。^[60]“虽然禁止类推解释原本只是从形式侧面提出的要求,意在禁止对刑法作出任何类推解释。但是,如果同时从形式法治与实质法治出发,禁止类推解释只是禁止不利于行为人的类推解释。之所以允许有利于被告人的类推解释,是因为刑法中存在一些有利于被告人的规定;而这些规定因为文字表述以及立法疏漏的缘故,按照文字含义适用时会造成不公平现象。所以,允许有利于被告人的类推解释,正是为了克服形式侧面的缺陷,实现刑法的正义。”^[61]

允许有利于被告的类推,实际上是这样一种主张:对于刑法中某些可能对被告人造成不公正的法律漏洞,承认了法官以类推方式适用刑法的权力。其出发点是为了保障行为人的权利,这与罪刑法定原则的精神是一脉相通的。因而,在当今中外刑法理论界,允许有利于被告的类推为大多数学者所主张。^[62]本文上面的分析旨在说明,虽然“类推”在性质上近似于“法官造法”,但是人们对于有利于被告的类推的容认已然表明,当代的刑法理性必须超越技术主义的教条。

笔者认为,允许有利于被告人的类推的支持理由,只能从保障人权之实质正义的角度加以解释,而不能从形式逻辑的角度来进行求证。在实质意义的罪刑法定原则之下,有利于被告人的类推应当被允许,这是克服刑法形式侧面的缺陷、实现刑法正义的需要。也就是说,即使是对确定性要求极高的刑法,也不能完全拒绝法院在个别情况下的创造性活动。因为说到底,允许有利于被告人的类推是为了追求刑法的实质正义,而不是为了开脱犯罪人;所以,以维护法制秩序作为反对有利于被告人的类推的理由,是缺乏说服力的,这种形式主义的机械与僵硬会让刑法缺氧,并最终走向窒息。

Abstract : it is important to interpret the concept of legal interpretation narrowly in the filed of methodology, so that there isn't actually analogical interpretation existing in the legal interpretation. According to the basic requirement of *nulla poena sine lege*, the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime doesn't preclude any means of interpretation. In fact, analogy is prohibited in criminal law as a way to make law rather than a way to interpret the law. Some say that any form of analogy should be prohibited in criminal judicial activity in order to meet with the requirements of legal confirmation and judicial oneness. Yet obviously, such an opinion comes from the formalistic principle of a legally prescribed punishment for a specified crime and the absolute concept of criminal technology. According to the substantial requirement of the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime, analogy favoring offenders should be allowed, thus to overcome the shortages of formalistic criminal law and to realize the justice of criminal law.

Key words : analogy, a legally prescribed punishment for a specified crime, prohibitive analogy rule, legal methodology

[58] 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第115页以下。

[59] 前引[31],梁恒昌文,第341页。

[60] 前引[42],拉德布鲁赫书,第34页。

[61] 张明楷:《罪刑法定原则与法律解释方法》,载游伟主编:《华东刑事司法评论》(第三卷),法律出版社2003年版,第19页。

[62] 一般认为,所谓“有利于被告的类推”包括在以下方面的类推:正当化事由(紧急避险、正当防卫),违法阻却事由,减轻、免除处罚事由等。