

# 刑法形式解释论与 实质解释论之争

周 详\*

---

**内容提要：**在我国刑法学领域，形式解释论与实质解释论的实质分歧不在于要不要法律的实质判断标准，而在于在什么理论范畴中、以什么方式讨论实质判断标准，主要体现在犯罪成立模式构造、形式判断与价值判断的位序、解释原则三个方面的差异。从实际效果看，和形式解释论相比，当前学者主张的实质解释大体上是一种入罪的扩张性解释而非出罪的限制性解释。我国现有刑法文化生态环境决定了学界大部分人在客观上不可能抛弃实质解释论的立场，但从社会理论的现实批判功能以及学派意识的角度出发，主观上则不宜提倡“实质解释论”，而应提倡“形式解释论”。

**关键词：**实质解释论 形式解释论 刑法学派 文化生态

---

## 一、形式解释论与实质解释论的学派分野

在我国刑法学界，尚不存在刑法学说史上的古典学派与新派的学派之争，但大体上形成了与德日刑法学中的形式解释与实质解释意义不同的形式解释论与实质解释论的学派之争。

在德日刑法学领域，与“构成要件的实质化运动思潮”〔1〕相关，形成了“形式的犯罪论”与“实质的犯罪论”的对立。“犯罪论应该从形式上把握还是应当从实质上把握，这种对立在很早以前就已经存在，近年来，又被重新翻出来”。〔2〕与此相对应，在构成要件的范畴上存在“形式解释”与“实质解释”两种对立的观点。日本学者大谷实指出：“从罪刑法定原则的要求、保障人权的要求出发，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

---

\* 中南财经政法大学刑事司法学院副教授。

〔1〕 最初的古典学派在犯罪论体系上主张的是形式的、客观的构成要件论，主张对构成要件进行形式的、客观的判断，而将主观的要素、规范的要素以及价值的判断后置于违法性与有责性范畴。但后来的新古典学派在构成要件中“发现”主观的违法要素与规范要素，主张目的行为论的学者进一步将故意与过失心理事实纳入构成要件，主张目的理性论的学者则将需要价值判断的客观归责作为构成要件的要素，使得构成要件的内容膨胀为主观与客观要素的统一体，构成要件几乎泛化为犯罪成立的一般条件，需要进行大量具体的、非类型性的、实质的价值判断或者解释，构成要件的形式规制意义以及类型化功能被埋没在价值判断中，以至于西原春夫将构成要件论的这一发展历史评价为“实际上也正是构成要件论崩溃的历史”，准确地说是“形式的构成要件论崩溃的历史”。参见陈兴良：《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。

〔2〕 [日]曾根成彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年版，第182页。

化的把握的犯罪论,通常被称之为形式的犯罪论。……与此相对的就是实质的犯罪论。实质的犯罪论……主张在刑罚法规的解释特别是构成要件的解释上,应当从处罚的合理性和必要性出发的观点,换句话说,应当从当罚性这一实质的观点出发来进行。……因此,罪刑法定原则中的明确性原则或刑法的严格解释原则并不重要,应当从处罚的必要性和合理性的立场出发,对刑罚法规或构成要件进行实质性的解释。”〔3〕在本意上,犯罪论无所谓形式与实质之分,德日刑法学中所谓的“形式的犯罪论”特指“形式的构成要件论的犯罪论”,“实质的犯罪论”特指“实质的构成要件论的犯罪论”;〔4〕与此相对应,“形式解释”特指“对构成要件的形式解释”,实质解释特指“对构成要件的实质解释”。

在我国刑法学界,张明楷教授早在1991年出版的《犯罪论原理》一书中就提出了“实质解释”的观点,在2002年出版的《刑法的基本立场》一书中明确提倡“实质解释论”,将实质解释上升到“论”的高度,并对实质解释论刑法立场进行了系统完整的阐述。张明楷教授提倡的实质解释论得到了许多中青年学者以及司法实践者的赞同,形成了初具规模并具有强大感染力的实质解释论阵营,也出现了一批具有较大影响力的学术论文和专著。需要注意的是,我国刑法学界所主张的“实质解释”或者“实质解释论”与德日刑法学中所说的“实质解释”的含义存在语境上的差异。差别之一在于:由于我国在犯罪成立体系上并不像德日刑法学那样区分构成要件符合性、违法性、有责性三大独立范畴,而是一种主客观要件相统一的平面耦合式结构,因此,我国学者所说的实质解释指的是对犯罪成立的所有条件的实质解释,而德日刑法学中的实质解释特指对作为犯罪成立条件之一的构成要件的实质解释。差别之二在于:尽管我国学者在论述实质解释时一般将其定义为“对(主客观要件相统一的)构成要件”的解释,但在实践中则扩大到对其他刑罚规范的实质解释,比如对分则个罪的法定量刑情节以及刑法总论规定的量刑制度、行刑制度的实质解释,还包括对其他非刑罚规范的实质解释,例如对正当防卫、紧急避险以及其他刑法条文的实质解释。可见,我国刑法学者所主张的“实质解释”也指对“刑法”的实质解释,〔5〕这与德日刑法学中的实质解释特指对构成要件的实质解释,至多扩大到对其他刑罚规范的实质解释,存在解释对象范围上的差异。基于此,陈兴良教授认为“在德、日刑法学中也并无形式解释论与实质解释论的对峙,刑法的形式解释与实质解释是我国学者提出的”。〔6〕陈兴良教授的这一论断并非无视德日刑法学中存在的形式解释与实质解释对峙的客观事实,而是区分了作为个别范畴内的形式解释与实质解释的对峙与作为刑法基本立场的形式解释论与实质解释论的对峙。

与德日刑法学中的形式解释与实质解释的发展轨迹相比,我国刑法学中的实质解释论与形式解释论呈现的是一条相反的路径。在德日刑法学中,是先有形式的构成要件论与形式解释,后有构成要件论的实质化与实质解释,在我国则是先有实质解释论,后有形式解释论。阮齐林教授在1997年发表的一篇文章中提出了“形式解释”一词,〔7〕梁根林教授在2004年发表的一篇文章中提出了“形式解释论”一词,〔8〕陈兴良教授则对“形式解释论”进行了体系化的研究。陈兴良教授一贯主张形式理性优先,对实质解释论“近乎本能地抵触”〔9〕,他对实质解释论作了一

〔3〕〔日〕大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第73页。

〔4〕参见前引〔1〕,陈兴良文。

〔5〕例如刘艳红教授提出的“走向实质解释的刑法学”、“走向实质的刑法解释”,就是在这个意义上使用实质解释。参见刘艳红:《走向实质解释的刑法学》,《中国法学》2006年第5期;刘艳红:《走向实质的刑法解释》,北京大学出版社2009年版。

〔6〕前引〔1〕,陈兴良文。

〔7〕参见阮齐林:《新刑法提出的新课题》,《法学研究》1997年第5期。

〔8〕参见梁根林:《罪刑法定视域中的刑法适用解释》,《中国法学》2004年第3期。

〔9〕参见邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版,序言第11页。

些间接的、非体系性的学术批评或者质疑。<sup>〔10〕</sup>他在实行行为、因果关系等具体问题上偶尔使用“形式解释的理解”，<sup>〔11〕</sup>但对“形式解释论”的提法非常谨慎。“破”并不等于“立”，在个别问题上主张“形式解释”与作为刑法基本立场主张“形式解释论”并不相同。2009年邓子滨副教授出版了《中国实质刑法观批判》一书，将形式解释论与实质解释论之争予以呈现。大体上说，“实质解释派”以张明楷教授为代表，“形式解释派”则以陈兴良教授为代表，还有一些学者可称为“通说派”，如赵秉志教授。在形式解释论与实质解释论的学派之争中，一些基本问题晦暗不明，需要予以追问。

## 二、形式解释论与实质解释论的实质分歧

笔者曾一度信奉张明楷教授所主张的实质解释论，至今也不是实质解释论的抽象反对者。但这不妨碍本文对实质解释论的一些常见命题进行反思和批判。

问题一：我国形式解释论的存在范围有多大？

对该问题，“实质解释派”给出的答案是明确的：“我国刑法理论一直注重的是形式解释”；<sup>〔12〕</sup>“形式的刑法解释论则随处可见”。<sup>〔13〕</sup>然而，笔者根据“实质解释派”的论述予以认真考察，认为“实质解释派”的上述结论值得商榷。

第一，“实质解释派”指出的“明确主张形式解释论的学者”的范围存在问题。在论及“形式解释论”时，“实质解释派”都会提到阮齐林教授是明确主张形式解释论的学者。的确，阮齐林教授曾经在1997年《法学研究》组织的一次笔谈中提出：“罪刑法定原则的确立，还将导致刑法解释方法论的转变，即由重视实质的解释转向重视形式的解释。……犯罪的形式定义、法律特征及犯罪法定要件将成为首要的问题。”<sup>〔14〕</sup>但是，笔者发现阮齐林教授实际上很快纠正了这一立场。2002年他在《绑架罪的法定刑对绑架罪认定的制约》一文中说，“脱离我国刑法对绑架罪处罚的特定模式，仅仅从法律形式上分析绑架罪的构成要件是不够的”。<sup>〔15〕</sup>在一个学术生涯自述中，他对此转变有明确的补充说明：“那个发言认为罪刑法定原则将会要求解释论更加注重法律形式，显然是片面的。……认为罪刑法定原则要求形式的解释论排斥实质的解释论显然是片面的。……因此，在上述关于绑架罪的论文中，就提出了实质解释论的必要性，也算是对自己以前片面认识的纠正。”<sup>〔16〕</sup>既然他已经纠正了自己的形式解释论的立场，就不能把他当作形式解释论者。

第二，“实质解释派”将具有庞大学术阵容的“通说派”归属于“形式解释论者”也存在问题。张明楷教授指出，几乎所有的刑法学教材以及刑法理论都认为，正当防卫、紧急避险等排除犯罪性的行为，形式上符合某种犯罪构成而实质上不具有社会危害性和刑事违法性。这便告诉人们，某些行为虽然符合犯罪构成，但不一定具有社会危害性，故犯罪构成只是形式的法律记述。正是受这种观点的支配，我国刑法理论对构成要件基本上采取了形式的解释论。<sup>〔17〕</sup>“我国刑法理

〔10〕 参见陈兴良：《社会危害性理论：进一步批判清理》，《中国法学》2006年第4期。

〔11〕 参见陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社2006年版，第752页。

〔12〕 张明楷：《刑法学研究中的十大关系论》，《政法论坛》2006年第2期。

〔13〕 苏彩霞：《实质解释论之确立与展开》，《法学研究》2007年第2期。

〔14〕 前引〔7〕，阮齐林文。

〔15〕 阮齐林：《绑架罪的法定刑对绑架罪认定的制约》，《法学研究》2002年第2期。

〔16〕 《阮齐林教授学术生涯和代表作自述》，<http://www.criminalawbnu.cn/criminal/Info/LSMore.asp?programid=580>，2010年4月8日访问。

〔17〕 参见张明楷：《刑法的基本立场》，法制出版社2002年版，第109页。

论一直注重的是形式解释”。〔18〕问题是“通说派”能否因此被视为形式解释论者？恐怕不能得出肯定性结论。“通说派”从来没有明确提出“形式解释”的概念，也不承认自己属于“形式解释论者”。和“实质解释派”相反，“形式解释派”则通常将“通说派”所持观点视为实质解释论、实质刑法观予以批判。例如，陈兴良教授认为：我国刑法通说基本上是继承苏联刑法的基本理论，而以社会危害性理论为核心的刑法理论具有实质主义的特征。〔19〕“形式解释派”把“实质解释派”主张的“社会危害性理论”〔20〕等归入到刑法通说的范畴加以批判，而“实质解释派”则把“形式解释派”的形式的犯罪概念等观点归入“形式解释论”的刑法通说范畴加以批判。而被抛来抛去的“通说派”在该问题上又是沉默的。孰是孰非，仅凭“实质解释派”与“形式解释派”双方的指称尚难定论。最近在有关我国犯罪论体系的争论中，“通说派”在反驳“形式解释派”的观点时对该问题有间接的回答。例如，高铭暄教授指出：“我们分析正当行为时常用‘表面上好像具有犯罪构成’这样的用语，意在表明它‘实际上并不具有犯罪构成’，有人误解了，说这种行为‘有犯罪构成，但不是犯罪’，这岂非自相矛盾？我们没有这样说。这恰恰是三阶层犯罪成立理论说的。该理论认为，正当防卫等正当行为是具有构成要件该当性的，只是阻却了违法性，所以不成立犯罪……在我们这里，分析正当行为时，认为既不符合犯罪概念，也不具有犯罪构成”。〔21〕从该段论述中，我们可以间接推导出“通说派”在对犯罪构成要件的解释上反对“形式解释派”的形式解释论立场，似乎与实质解释论达成一致。若非要将“通说派”归入形式解释论者或者实质解释论者的阵营，笔者认为将“通说派”视为实质解释论者似乎更合适，因为“通说派”在解释刑法时，其与实质解释论的实质主义文化思维具有同根性。〔22〕

如此看来，我国刑法学界的形式解释论的存在范围很小。从当前的现状来看，即使排除立场不明的“通说派”，仅仅与明确支持实质解释论的学者群相比，形式解释论者在学术阵营规模上属于“少数派”，处于相对弱势地位。

问题二：实质解释论者赞成的就是形式解释论者反对的吗？

在犯罪论意义上，实质解释论的“实质解释”的对象是“刑法规定的构成要件”。强调实质解释并不是单纯根据行为的社会危害性认定犯罪，并不意味着将刑法没有规定的行为解释为犯罪；实质解释论中的“实质”是指犯罪的本质——法益侵害性（或社会危害性）。刑事违法性的实质（实质违法性）是法益侵害性。实质解释实际上也可以转换为“用实质违法性为指导解释刑法所规定的犯罪构成要件”；实质解释论坚持在制定法与自然法（实质的正义观念）发生冲突的时候，优先选择自然法（实质的正义观念）；实质解释是一种限制解释，只能将值得科处刑罚的行为解释为犯罪行为；从效果或功能上看，实质解释论既坚持了罪刑法定原则的形式侧面、形式正义，也坚持了罪刑法定原则的实质侧面、实质正义。“实质解释派”据此反对形式解释论，认为形式解释论充其量只是实现了形式正义，而并不意味着实现了实质正义；如果将罪刑法定原则的内容仅概括为形式的侧面，难以避免恶法亦法的现象，不能实现良法之治的要求；形式的解释导致在构成要件之外寻找定罪的标准，从而违反罪刑法定原则的初衷；此外，形式的解释在许多

〔18〕 前引〔12〕，张明楷文。

〔19〕 参见前引〔10〕，陈兴良文。

〔20〕 张明楷教授在2003年版的《刑法学》中还坚持着“犯罪的本质特征是社会危害性”的观点，但在2007年版的《刑法学》中取消了该提法，直接用法益侵害性代替了社会危害性的概念。张明楷教授似乎只是在评价我国刑法第13条但书及刑法通说时才不得已而使用“社会危害性”概念。

〔21〕 高铭暄：《对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应》，载赵秉志主编：《刑法论丛》第19卷，法律出版社2009年版，第8页。

〔22〕 下文第三部分对此有详细的论证。

情况下会扩大处罚范围。〔23〕

“实质解释派”从实质解释论的立论推导出反驳形式解释论者的理由，从表面上看似乎顺理成章，但仔细考察“实质解释派”对形式解释论的批判，笔者却发现二者的差别并没有“实质解释派”声称的那样大，有些差别是“实质解释派”虚构出来的。例如，“实质解释派”将形式解释论与实质解释论的争议限定在对犯罪构成要件的解释要不要实质判断的问题上，这是正确的。但“实质解释派”由此认为“形式解释论”对犯罪的解释、对刑法的解释不要实质的判断标准，不要实质正义，〔24〕那是有问题的。如陈兴良教授很早就承认实体正义、实质合理性是刑事法治文化的归依，只不过他强调要通过程序正义、形式合理性来追求实体正义、实质合理性。〔25〕这一早期观点与他现在所主张的形式解释论或者形式刑法观并不矛盾。形式解释论所强调的是形式判断在先、实质判断在后的位阶关系。因此，“实质解释派”笼统地认为形式解释论不要实质判断的观点是虚构出来的。如果以“实质解释派”经常列举的关于形式解释论不合理的典型例子为据，可更直观地显示出这种虚构性。实质解释论者举例说，刑法中规定的行贿罪、挪用公款罪没有数额上的限制，如果从字面上或者形式上来解释，挪用公款1元的行为，或者为了谋取不正当利益，给予国家工作人员1元现金的行为，也构成犯罪。这会导致许多危害轻微的挪用、行贿等行为乃至一般馈赠行为也构成犯罪；只有对刑法的规定做出实质解释，使犯罪构成反映、说明实质的违法性，才能合理地限制处罚范围。〔26〕这似乎切中了“形式解释论”的要害，但实际上这只是一个虚构的例子，并非“形式解释论者”真正的解释结论。笔者还没有看到哪一位“形式解释论者”认为上述的例子会构成挪用公款罪、行贿罪。比如陈兴良教授认为“行贿罪的罪量要素，刑法未做规定。但这并不等于无论行贿数额大小，一概构成犯罪”。〔27〕同样，被“实质解释派”归入形式解释派的“通说派”，在认定行贿罪的时候也会将一般馈赠行为和行贿罪相区别，将数额较小的一般违法行为与行贿罪相区别。〔28〕

问题三：实质解释论是否是一种出罪的限制解释？

“实质解释派”对实质解释的定义以及对实质解释论的理论展开中，都宣称实质解释论是在罪刑法定原则的形式侧面的第一步限制解释的前提下，用罪刑法定原则的实质侧面对犯罪做出的第二步限制解释。〔29〕按照这种说法，和形式解释论相比，实质解释论的这种“双限解释”肯定会比形式解释论的“单限解释”所得出的犯罪圈小得多，但当我们认真考证这个问题时，发现实际情况并非如此。

和上述“问题二”的发现有关，实质解释论者假定“形式解释论”对犯罪的解释不要实质判断，从而给我们造成了“在很多情况下形式解释论会扩大处罚范围”的假象。事实上，如果说提倡实质解释论的实际效果是出罪的限制解释、在出罪方向上比形式解释论走得更远的话，那么形式解释论者也不会大张旗鼓地批判实质解释论、实质刑法观。

〔23〕 参见前引〔17〕，张明楷书，第110页以下；前引〔12〕，张明楷文。

〔24〕 参见前引〔13〕，苏彩霞文。

〔25〕 参见陈兴良：《法治国的刑法文化》，《人民检察》1999年第11期。

〔26〕 参见前引〔17〕，张明楷书，第127页；前引〔13〕，苏彩霞文。

〔27〕 陈兴良：《规范刑法学》，中国政法大学出版社2003年版，第684页。

〔28〕 参见高铭喧：《刑法学》，北京大学出版社1989年版，第715页；赵秉志：《新刑法教程》，中国人民大学出版社1997年版，第795页。

〔29〕 参见前引〔17〕，张明楷书，第115页以下；储槐植、张永红：《善待社会危害性观念》，《法学研究》2002年第3期；刘艳红：《社会危害性理论之辩证》，《中国法学》2002年第2期；前引〔5〕，刘艳红文；前引〔13〕，苏彩霞文；李立众、柯赛龙：《为现行犯罪概念辩护》，《法律科学》1999年第2期。

实质解释论在其理论主张与实践效果上常常出现相背离的现象：在很多具体的理论问题争议上，与实质解释论所宣称的出罪的限制解释论相反，其结论并不是限制解释，相反形式解释论者的结论倒更像是限制解释。收集双方在解释刑法时的具体例证，通过观察、比较而得出的事实来说话可能更具有说服力。例一，张明楷教授在《刑法学》（第3版）中明确肯定“真军警抢劫”可实质解释为“冒充军警人员抢劫”这个法定加重情节。<sup>〔30〕</sup>但“形式解释论者”则认为这种解释显然超越了“冒充”一词可能具有的最大含义范围，甚至已经完全背离了“冒充”一词的应有含义，主张对军警人员的抢劫只能作有利于被告人的解释，不得适用该法定加重情节。<sup>〔31〕</sup>例二，在宋福祥案件的讨论中，张明楷教授站在实质解释论的立场得出宋福祥见妻子自杀而不救的行为构成不作为的故意杀人罪的结论，但陈兴良教授站在形式解释论的立场认为宋福祥的行为无罪。<sup>〔32〕</sup>类似的例子我们还可以找到很多，诸如：遗弃罪的对象是否包含家庭成员以外的人；对先有事实婚后有法律婚，先后甚至同时有事实婚等能否构成重婚罪等问题，实质解释论得出有罪的结论，形式解释论得出无罪的结论。正如邓子滨副教授对实质解释论的批判所言：“我不是说它不能导出无罪的结论，而是说它导出了更多的有罪结论，并且不是偶然的”。<sup>〔33〕</sup>

如果说“凡是形式解释论认为有罪的，都是有罪；凡是实质解释论认为无罪的，都是无罪”过于绝对化，那么实质解释论比形式解释论入罪的概率大，出罪的概率小，似乎已成事实。如果这一结论可以成立，那么“实质解释论是一种限制解释”的论点就需要重新考量。

问题四：法律形式主义等同于形式解释论吗？

“实质解释派”在提倡实质解释论、反对形式解释论的过程中，习惯于将形式解释论等同于法律形式主义、法条主义、机械主义、工具主义予以批判。例如苏彩霞教授认为在“法解释学上，向有形式的解释论与实质的解释论学说之争。……形式的解释论与实质的解释论反映在刑法上，就是形式的刑法解释论与实质的刑法解释论之争”；“法律规范本身的这种价值判断性，决定了对法律不可能仅作形式的理解与机械的适用……形式的法治过于强调法律的技术性特征，而忽视关注法律内容的公平、正义性，单纯注重法官的机械司法……19世纪德国的法治国实践就是强调其形式意义，不强调法律的内容，而是法律的形式——实证法律，且将法律视为纯粹的工具，法官只限于根据形式逻辑的三段论来决断案件……在形式的刑法解释论看来，刑法适用的过程等同于演绎推理的逻辑过程。”<sup>〔34〕</sup>可见，苏彩霞教授所说的“法解释学上向有的形式解释论”指在法理学界备受批判的法律形式主义、法条主义、机械主义、工具主义。

实际上，上述说法无法在法理学上找到可靠的理论根据。第一，在法理学界是否存在形式解释论，值得商榷。尽管个别学者认为“法律解释论关于法律解释的目标向来有主观解释论与客观解释论、形式的解释论与实质的解释论的学说之争。主观解释论……因而亦称形式解释论。客观解释论……因而又称为实质的解释论”。<sup>〔35〕</sup>但这种观点并不妥当，陈兴良教授指出：“形式解释与实质解释是相对于刑法文本解释而言的，而主观解释与客观解释则是以刑法解释追求的宗旨而论的，两者似乎不能混同”，“在传统的刑法解释方法中，并无形式解释与实质解释之分”。<sup>〔36〕</sup>在法

〔30〕 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第716页。

〔31〕 参见梁根林：《刑法适用解释规则论》，《法学》2003年第12期。

〔32〕 参见陈兴良：《刑事法评论》第3卷，中国政法大学出版社1999年版，第264页，第219页。

〔33〕 前引〔9〕，邓子滨书，第251页。他在该书中还列举了形式解释论者主张无罪而实质解释论者主张有罪的其他案例，并希望实质解释论者也举出反例，用实际的数字比较来说话，而不只是理论上自我宣称如何如何。

〔34〕 前引〔13〕，苏彩霞文。

〔35〕 前引〔8〕，梁根林文。

〔36〕 前引〔1〕，陈兴良文。

律解释学（法理学）上，不存在形式解释论与实质解释论的对立立场。之所以近些年来在德日以及我国刑法学界能够兴起形式解释（论）与实质解释（论）之争，主要在于刑法中独特的罪刑法定原则以及刑法学上“独特的犯罪成立理论体系”<sup>〔37〕</sup>的争议。第二，法理学中的“法律形式主义”概念与当前刑法学界提出的“形式的解释论”可能具有一定联系，但能否认为二者是一般与具体的关系，并非不言自明的结论，法理学界尚无相关的论证。第三，“法律形式主义”在当前的法理学界只是一个没有确定含义的贬义词，<sup>〔38〕</sup>常常只是某些学者欲批判或者证明对方的理论观点的不合理性而贴在对方身上的标签。在法理学上，“法律形式主义”尚未成为一个有效的、合法的分析概念。<sup>〔39〕</sup>因此，“实质解释派”将“形式解释论”等同于（或置换为）“法律形式主义”，通过未经严格论证的概念置换，悄然完成了从法理学或者法哲学层面上对刑法学中的实质解释论的“理论支持”，经不起法理上的推敲。

问题五：形式解释论（法律形式主义）导致了纳粹主义的“恶法之治”吗？

“实质解释派”在将形式解释论等同于法律形式主义的预设下，认为坚持形式解释论（法律形式主义）必然是存在缺陷的，最基本的表现是难以避免恶法亦法的现象，不能实现良法之治的要求，20世纪出现的纳粹主义“恶法之治”便是最明显的例证，并引用孟德斯鸠、拉德布鲁赫、考夫曼、魏德士等法学家的话来证明形式解释论（法律形式主义）的缺陷：“没有比在法律的借口之下和装出公正的姿态所做的事情更加残酷的暴政了，因为在这样的情况下，可以说，不幸的人们正是在他们自己得救的跳板上被溺死的”。<sup>〔40〕</sup>“由于相信‘法律就是法律’已使德国法律界毫无自卫能力，来抵抗具有专横的、犯罪内容的法律”；“事实上，我们由于不公正法律的罪恶行径已经永远地失去了我们的清白（对此，实证主义思想和自然法思想同样负有不可推卸的罪责），不能再有任何法哲学完全局限于形式而却忽略其内容，即听凭政治为所欲为”。<sup>〔41〕</sup>甚至为“法律形式主义”正名的学者也认可实质解释论者的这个判断，认为法律形式主义并不是没有问题——法律形式主义不足以防止不公正，因为法律可以屈从于不道德的目的，“纳粹的独裁统治通过蓄意利用法律形式操纵权力，这方面是空前的”。<sup>〔42〕</sup>

形式解释论（法律形式主义）导致了“恶法之治”的看法，似乎是中外法学界的一个“常识”。但仔细推敲，笔者发现这个“常识”或者“共识性”结论有问题。

第一，形式解释论（法律形式主义）在性质上与“恶法之治”具有对抗性。我们不能因为纳粹统治披上了“法”的外衣或者“以法的名义”，就认为这是法的形式主义。事实上，法律形式主义强调的“法”有着内在的逻辑规则和形式品质的要求，比如“法”必须经过正当程序所产生，法与道德、政治、党派利益严格区分，法必须是事先公布的成文法，遵循禁止溯及既往等形式规则。但纳粹的“法”、“恶法”恰恰是以违背法律形式主义所强调的方式与品质而产生或适用的。有的“恶法”是通过胁迫等手段而制定出来的，有的制定出的“法”不符合形式规则，或者

〔37〕 在民法学界，虽然也使用类似于“犯罪构成”的“民事法律行为的构成要件”这样的概念，但民事法律行为要件的体系却基本上是统一的，不像刑法学界所讨论的二要件体系、三要件体系、四要件体系等具有复杂性和争讼性。因此民法学界有学者质疑刑法学界关于犯罪构成理论体系之争的实质意义。参见邓子滨：《〈法学研究〉三十年：刑法学》，《法学研究》2008年第1期。

〔38〕 参见张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社1999年版，第52页。

〔39〕 我国个别法理学者试图在法理学界为“法律形式主义”正名（参见孙笑侠：《中国传统法官的实质性思维》，《浙江大学学报》2005年第4期；陈锐：《法理学中的法律形式主义》，《西南政法大学学报》2004年第6期），这种正名能否得到一般性认可，使得“法律形式主义”成为一个具有实体内容的中性的法律概念，尚待观察。

〔40〕 前引〔17〕，张明楷书，第115页以下。

〔41〕 前引〔13〕，苏彩霞文；苏彩霞、刘志伟：《混合的犯罪概念之提倡》，《法学》2006年第3期。

〔42〕 前引〔39〕，孙笑侠文。

在适用中违背程序正义。即使如此，纳粹还会常常觉得“法律”（包括“纳粹自己制定的恶法”）不方便，而想方设法地绕过法律，绕过法院，直接处决“危险分子”。可见，姑且不论法律形式主义所要求的“法”形式与品质，哪怕是“恶法”，在形式上对于为所欲为的权力而言也是一个障碍。富勒曾反复指出：在希特勒统治下的德国，“法制普遍、极端败坏……有人认为，严格遵守法律和制定一批残忍的、非人道的法律是可以结合的。事实上，这种观点不过是人们的一种根深蒂固的偏见的产物，即把服从既定权势和忠于法律混为一谈。那些残忍的、非人道的法律必然会严重地危害法律的内在道德，即法制原则”。〔43〕而被实质解释论者多次引证的魏德士，对纳粹法的评价也有类似的观点：“那些重要的领导者和政府官员在该统治的任何阶段对法律的敌视”是“蔑视法律倾向的纳粹运动”。〔44〕可见，即使在法西斯专政的恐怖时期，法的“形式主义”、形式的罪刑法定原则也还是起着力不从心的反抗作用。这个事实本应该让我们清醒地认识到“反抗恶法失败”与“赞同恶法”的明显区别，但法律形式主义、实证主义、形式解释等却被很多学者草率地、不公正地定性为恶法之治的罪魁祸首。最可怕的不是法律形式主义、形式的罪刑法定等成为纳粹统治下的“牺牲品”，而是事后对它们不公正评价所造成的“二次伤害”，让它们被钉在耻辱的十字架上。穆勒曾经指出：“不知是谁臆造了这个神话：纳粹时代的法学家对法律条文无比忠贞”、“实证主义的神话粉饰了整个法律界，那些本应为纳粹时期罪行负责者兴高采烈地拾起了这根救命稻草，法庭也乐意接受罪犯的自我开脱”、“这些歪曲历史的谎言意在为整个法律界开脱，并败坏民主派法学家的声誉”。〔45〕因此，决不能把法官对既定权势的“尊敬”、恐惧与“忠于法律形式”这二者混为一谈。法律形式主义的“法”与纳粹的“法”是两回事，这就像我们不能认为“冒充军警人员抢劫”之罪应当归于军警人员犯罪一样。

第二，如果我们再仔细阅读“实质解释派”所引用的孟德斯鸠、考夫曼等学者的话，就会发现他们对这些话存在着无意识的误读。例如对“没有比在法律的借口之下和装出公正的姿态所做的事情更加残酷的暴政了”，“事实上，我们由于不公正法律的罪恶行径已经永远地失去了我们的清白（对此，实证主义思想和自然法思想同样负有不可推卸的罪责）”。“实质解释派”从引语中只看到“法律”字眼，而忽视了“借口”、“装出”等修饰语；只看到“实证主义”字眼，却没看到并列的“自然法思想”的字眼。这导致绝大多数人都认为这些话是批评形式解释论（法律形式主义）、实证主义，从而赞扬实质解释论、自然法。事实上，如果按照实质解释论将“在法律的借口之下”等同于法律形式主义或者形式解释的解读逻辑，那么“装出公正的姿态”同样也可以适用于“实质解释论”、“自然法”，所以若要为“恶法之治”负责，“实证主义思想和自然法思想同样负有不可推卸的罪责”。另外，实质解释论者也不能孤立地抽出拉德布鲁赫的某一句话来证明他是反实证主义、反形式主义的。正如劳特曼所说：“思想不会包含在引语中，哪怕是精心选择的引语，而是由整个艺术结构表达出来”，〔46〕对一个法学家思想的理解也是一样，我们应该根

〔43〕 参见沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第58页以下。从表面上看，富勒似乎反对实证主义法学将法和道德区分的观点，他提出了法与道德一致性的观点，但此“道德”和以往的自然法中的“道德”一词有巨大区别，传统自然法中的道德是指法律追求的外在于法律的实体目标，认为违反实体正义的制定法是不道德的，因而这个制定法就是无效的；而他所说的道德指法律的内在品质，指法律之所以为法律所应该具备的形式上、程序上的规则要求。换言之，富勒认为违反形式正义的制定法是不道德的，因而是无效的。所以富勒强调的“法的内在道德”的观点并不是反对实证主义法学。坚持形式合理性、坚持罪刑法定原则的形式侧面恰恰是实证主义法学、形式解释论的核心观念。

〔44〕 参见〔德〕魏德士：《法理学》，吴越、丁晓春译，法律出版社2005年版，第245页以下。

〔45〕 〔德〕穆勒：《恐怖的法官——纳粹时期的司法》，王勇译，中国政法大学出版社2000年版，第204页以下。

〔46〕 〔苏〕劳特曼：《艺术文本的结构》，载胡经之、张首映主编：《20世纪西方文论选》第2卷，中国社会科学出版社1989年版，第366页。

据作品的整体思想结构来理解，而不能被某一处的论点或者个别字眼所蒙蔽。实际上拉德布鲁赫在同一本书中对“形式法学”的观点表述得很清楚：“我们不同意有人在诺德豪森所发表的下述看法：‘形式法学的考量’惯于使‘清楚的事实构成变得模糊不清’。我们更愿意坚持这种观点：在12年弃绝法的安定性之后，更应该强化‘形式法学的’考量”。〔47〕

第三，纳粹主义的“恶法之治”并不能过多地归责于法官坚持形式解释论或者实质解释论的立场或者方法论。在纳粹德国的专制时期，我们应当推定法官在内心有基本的公正、良知、正义的价值判断，他们之所以明知是“恶法”还要适用，并不是因为法官坚持所谓“恶法亦法”的法律实证主义、法律形式主义或者形式的解释论的思想，而是自身难保的处境所致。在极端恐怖的权力重压之下，只要法官不是一个随时准备献身的英雄，他有再多的正义观念或者实质正义的判断，那也是枉然。魏德士明确说：“从经验上看来，在极权主义中的法律秩序发生嬗变的时候，法院和法学的阻碍作用是微乎其微的。……方法论的手段既不能阻止，更不能消除极权主义的恶法制度。”〔48〕退一万步来说，如果非要找出一个“恶法之治”的替罪羊，似乎某种法律实质主义、实质解释更合适些。魏德士对纳粹法的评价中就有这种倾向性：“民族社会主义中法律秩序的嬗变主要是通过司法判决及其指引的法学研究而产生……根据占统治地位的新意识形态进行了转义解释（更好地说是‘添加’）”；纳粹的“具体秩序思想是一种工具，借助这个工具，就可以实现对现行法的抛弃（即反‘实证主义’，反‘规范主义’）”；“‘具体秩序思想’促成了研究事物或者制度的‘本质’的闹剧。所谓‘本质依据’其实是肤浅的依据，其根本在于用花言巧语的伪装，将那些在意识形态上的，法律之外的，具体的价值判断混入现行法律秩序中”。〔49〕其中所谓的“转义解释”、“本质依据”大体上类似于添加了某种具体的价值判断内容的实质解释。

### 三、“通说派”的实质主义刑法观

在我国刑法学界，“通说派”对刑法学的体系创建做出了巨大的历史贡献，是一股具有深远影响力、占据广大学术阵营的力量。因此，要理顺我国刑法学派之争的走向，不能不对“通说派”给予准确的定位，并对“通说派”现存的一些问题进行反思。

#### （一）“通说派”在学派之争中的定位

“通说”的形成不是随意的，有一定的规律可循。一般而言，通说是特定国家的现实需要与历史文化传统两大要素相结合的产物。其中，历史文化传统因素通常以潜移默化的方式影响人们对一种观点的认同或者排斥。如波普尔所言“墨守传统在科学发展中总具有必不可少的作用……我们的知识在质与量方面最最重要的来源就是传统。……我不认为我们总是能完全地摆脱传统的束缚。所谓摆脱，其实只是从一种传统转变到另一种传统”。〔50〕因此，欲为我国刑法“通说派”准确定位，必先对潜藏在通说背后的我国传统文化的主流特性进行大体上的准确把握。

对此，学界有两种观点，有学者认为中国传统文化的主流是形式主义的。比如俞吾金先生就

〔47〕 [德] 拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第177页。

〔48〕 前引〔44〕，魏德士书，第409页。

〔49〕 同上书，第246页以下。

〔50〕 [英] 拉卡托斯、马斯格雷夫：《批判与知识的增长》，周寄中译，华夏出版社1987年版，第2页。

提出“中国人的形式和形式主义崇拜”的观点。<sup>[51]</sup>如前文所言,张明楷教授也将我国刑法通说理论归属于法律形式主义的理论。<sup>[52]</sup>但多数学者认为中国传统文化的主流性质是“实质主义”的。<sup>[53]</sup>赵秉志教授作为刑法“通说派”的代表人物之一也有类似的判断:“中国法律文化传统不是以形式主义理性为特征,而是以道德、法律不分的法律伦理主义闻名于世”。<sup>[54]</sup>我国刑法通说比西方任何一个国家都要重视对实质的犯罪概念的研究或者犯罪本质特征——社会危害性概念的研究,足以说明这一点。因此,将刑法通说归属于实质主义的文化范畴,似乎更为准确。

“实质解释派”主张的实质解释论和“通说派”在继受我国传统文化的实质主义思维方式上具有内在的一致性。如在张明楷教授的学术观点中,始终有一条最基本的主线,那就是继承了曾宪信等老一辈刑法学者的实质主义思路——积极探索以社会危害性为核心建立中国特色的犯罪论体系。而“社会危害性”实际上承载着中国传统文化中的本质主义、实质主义的内涵。当然在不同的历史时期,这条主线有不同的表现形式。<sup>[55]</sup>虽然张明楷教授反对“通说派”主张的主客观相统一的社会危害性概念,主张用“客观的法益侵害”对“社会危害性”概念的内涵予以改造,这种根据时代的发展而对社会危害性概念的内涵所进行的适应性转换,虽然具体的表现形式不同,但和传统的实质主义思维在性质上具有一贯性,并没有脱离中国传统文化的基本轨道。实际上张明楷教授至今还坚持着以犯罪的本质特征(法益侵害)来解释犯罪构成的核心观点。至于“实质解释派”的其他实质解释论者,可能与“通说派”靠得更近。<sup>[56]</sup>由此观之,从“通说派”与“实质解释派”、“形式解释派”各自的理论主张的差异程度来判断,总体上“通说派”与“实质解释派”、“形式解释派”是一个由近及远的关系。从这个角度来看,“形式解释派”将“实质

[51] 参见俞吾金:《形式主义批判——对当代中国文化病症的反思之一》,《探索与争鸣》2006年第8期。笔者不同意俞吾金先生关于“中国人的形式和形式主义崇拜”的看法。他所说的“形式”或者“形式主义”只是一种表面现象,只是一种中国人的实用理性、实质主义的特殊表现。中国人之所以热衷于搞“形式”、搞“形式主义”,那恰是因为在这些人看来,从该“形式”中他要么可以避免很多麻烦,避免劳心劳力;要么是从该形式中能获取个人利益。因此该“形式”或者“形式主义”实际上是这些人“务实”的最极端的表现。该政治意义上的形式主义和哲学意义上的形式主义不是一回事。在哲学上,区分形式主义与实质主义应当从根据上而不是外在表现上,这就好比有“法制”不等于有“法治”一样。

[52] 值得注意的是,张明楷教授在《法益初论》(中国政法大学出版社2000年版)一书中承认中国传统的刑法文化是伦理化的文化,并对立法伦理主义、规范违反说持批判态度,从而提倡法益侵害说。伦理主义是实质主义的具体表现之一,如果说刑法“通说派”是一种形式主义法学派,那它很难和传统法律文化的伦理主义挂上钩。这是张明楷教授在我国刑法文化特性判断上的一个矛盾。

[53] 此处的“实质主义”和西方哲学意义上的“实质主义”是相反的概念。西方的实质主义大体相当于中国人熟悉的形式主义、形而上学,强调其不变的特性。而中国人所熟悉的“实质主义”是一种“实用理性”,强调以历史条件、以自我需要为转移的变化性、灵活性,它在西方被称之为“历史的观念”,“历史意识的发达等是中国实用理性的重要内容和特征”。参见李泽厚:《李泽厚学术文化随笔》,中国青年出版社1998年版,第71页;[英]柯林武德:《历史的观念》,何兆武、张文杰译,中国社会科学出版社1986年版,第48页。类似的判断,另参见前引[39],孙笑侠文;[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第91页;辜鸿铭:《中国人的精神》,广西师范大学出版社2001年版,第54页。

[54] 赵秉志、田宏杰:《传承与超越:现代化视野中的中国刑法传统考察》,《政法论坛》2001年第5期。

[55] 例如,1987年张明楷教授在《关于类推的几个问题》(《法学研究》1987年第2期)一文中主张类推制度可以扩大到主体的“类似”上。在1991年出版的《犯罪论原理》一书中实际上已经提出了实质解释的观点。在2000年出版的《法益初论》一书中提倡用“法益”概念对“社会危害性”概念予以具体化、规范化。2002年在《存疑时有利于被告原则的界限》(《吉林大学社会科学学报》2002年第1期)一文中提出:存疑时有利于被告原则不适用于法律有疑问,应当通过一般解释原则来消除法律疑问,不能一概做出有利于被告的解释。在2002年出版的《刑法的基本立场》一书中明确提倡“实质解释论”,并进行了系统完整的阐述。2004年出版的《刑法分则的解释原理》一书则是实质解释论立场的具体应用。

[56] 例如刘艳红教授不仅不折不扣地坚持以社会危害性为核心的实质犯罪概念,也坚持我国的实质犯罪论体系,认为没有必要对我国刑法通说中的犯罪论体系重构。参见刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年版,第127页以下,第174页;前引[5],刘艳红书,第21页以下。

解释派”与“通说派”划归到实质刑法观的大范畴，<sup>[57]</sup>是有道理的，正如邓子滨副教授选择“实质解释派”作为对象来批判“中国实质刑法观”时所说：“实质刑法本身也只是一个笼统的说法，泛指一切试图从本质上理解、判断、言说刑法学的方法、理论、乃至思想”。<sup>[58]</sup>

## （二）对“通说派”学术生产方式的反思

笔者基于文化视角的分析，赞同“形式解释派”将“实质解释派”与“通说派”划归到实质刑法观的大范畴，但这并非意味着“实质解释派”与“通说派”之间没有区别。“实质解释派”的实质解释论与“通说派”虽然同属于实质主义刑法观，在文化根基上同出于中国的实质主义文化传统，但实质刑法观内部并非铁板一块，不仅在很多具体的刑法理论上存在着众多分歧，在学派意识、学派立场上同样存在着很大的差异。

首先，“实质解释派”提倡的实质解释论及其刑法理论体系的建立，是用实际行动超越了中国传统文化中的“不可言说”的神秘主义色彩。在中国传统文化中，“没有说出口的往往是重要的”，<sup>[59]</sup>塑造了中国人文化性格的一个特性是“述而不作”<sup>[60]</sup>，道家也主张“道可道，非常道，名可名，非常名”、“大音希声，大象无形”。<sup>[61]</sup> 俗话常说：“知者不言，言者不知”。在中国的社会交往中，也多主张沉默是金或者不把话说穿说透。刑法“通说派”的观点多少也带有这种中国文化的神秘主义色彩，例如实践部门常常抱怨刑法理论中难以找到疑难案件的处理根据。从文字层面上看，在通说教材中看到的往往都是“形式的解释”。以“着手”的认定为例如，刑法通说认为，所谓的着手，就是开始实行刑法分则所规定的某一犯罪构成客观要件的行为；就故意杀人罪而言，开始实施刑法分则规定的杀人行为为着手，这可谓形式的客观说，在解释上属于形式的解释。张明楷教授认为，通说的这一形式解释在逻辑上当然不存在问题，但通说并没有从实质上说明什么是着手，没有为司法者提供一个可操作的实质判断标准，对于什么行为才是符合刑法分则规定的构成要件行为的问题，形式的客观说没有给予任何回答，因此，在许多情况下仍然不明确何时为着手。<sup>[62]</sup> 但这是否意味着刑法通说学者遇到具体的案件给不出有具体的实质判断理由的答案？恐怕不能这么假定。事实上，张明楷教授接着就认为形式的客观说有时会使着手提前，有时会使着手推后。例如根据形式的客观说“故意杀人时，扣动扳机时才是着手，实际上，瞄准被害人就已经是杀人罪的着手了”。张明楷教授认为通说给出的不当提前或者不当推后的具体答案，在笔者看来都是潜藏有实质判断标准的。赵秉志教授认为，着手的认定应从主客观相统一的两个方面来认定，主观上行为人实施犯罪的意志已经通过其行为开始充分表现出来，客观上行为人的行为已使刑法所包含的具体客体初步受到危害或者面临实际存在的威胁。可见刑法通说学者对着手的判断在客观方面就提出了两个可选择的实质判断标准——已使具体客体“初步受到危害”和“面临实际存在的威胁”，至于究竟采用哪个实质标准，则需要根据具体的犯罪类型或者具体的案

[57] 参见陈兴良：《走向学派之争的刑法学》，《法学研究》2010年第1期。

[58] 前引[9]，邓子滨书，第4页。

[59] [英]刘易斯：《文化的冲突与共荣》，关世杰译，新华出版社2002年版，第8页。

[60] “述而不作”一词可作多义解读，本文特指学术个体的研究中的那种“有直观的结论”（述），但“缺乏逻辑性的分析与范畴上的展开”（不作）的思维方式或者学术生产方式。这仅仅是一种对中国学者个体的、静止的、孤立的界定，实际上儒家文化讲究以领袖人物为核心的团队合作精神，与西方学术生产上的个人主义精神有所区别，从大的历史观看，儒家文化不能称之为“述而不作”，而是“有述且作”。在某种意义上一个孔子“述”，无数后生“作”是儒家文化得以形成体系延续下来并影响中国几千年的关键因素，而一旦某派后继无人，有述无作，其学术观点就会被“有述且作”的他派淘汰或者被边缘化。

[61] 《道德经》，安徽人民出版社1990年版，第1页，第126页。

[62] 参见前引[30]，张明楷书，第286页。

件来进行选择。<sup>〔63〕</sup>其中“具体客体面临实际存在的威胁”标准就与张明楷教授提出的“行为产生了侵害法益的具体危险状态”的标准在实质内容上一致，只是表述不同罢了。如果以“具体客体面临实际存在的威胁”的标准来判断开枪杀人案，通说则完全可能将瞄准行为而不是扣动扳机行为解释为着手。至于这种双重实质标准的根据是什么，究竟怎么样在二者中选择，以及在实际中起作用的各种理由或者根据是不是前后一致，的确存在着模棱两可、“说不清、道不明”的问题。或许这只能依赖于一种潜意识中的价值直觉做出选择，“人对潜在于文化中的这一套价值观念，可以是自觉，但也往往并不自觉，有一些价值甚至根本不被意识到。这就是说，个人不必知道他据以判断人物或事物好坏的标准是什么，是怎样形成的，就可以用之去作判断”。<sup>〔64〕</sup>“无状之状，无物之象，是谓恍惚”，<sup>〔65〕</sup>真是玄之又玄，这叫司法者如何不抱怨刑法理论的空乏进而轻视理论。

其次，“实质解释派”对实质解释论立场的提倡，破除了传统文化中“以和为贵”以及“述而不作”观念可能对学术交流与发展的阻碍，有利于催生学派意识、问题意识。虽然“实质解释派”顺应了中国传统文化中的实质主义思维，但是这种顺应是自觉的，而不是无意识的；是理性的，而不是非理性的；是说理的，而不是神秘的，不可言说的；是不仅有“述”（有结论），而且也有“作”（著书立作给结论以逻辑上、事实上的详细论证）。这对我国刑法学术思想的沉淀、学术观点的体系化以及促进刑法问题的深入研究，起着重要的开拓作用。这种学派意识“一举抛弃‘和为贵’的传统思想，都证明中国实用理性这种为维护民族生存而适应环境、吸取外物的开放特征。实用理性是中国民族维护自己生存的一种精神和方法。”<sup>〔66〕</sup>张明楷教授认为：我们不仅要就具体问题展开争论、进行学术批评，更要就具体问题背后的理论根基展开争论，并且争论者要使自己的具体观点与理论根基、基本立场一致。学派之争不只是使刑法问题之争体系化、持久化，更重要的是促进学术自由和学术繁荣昌盛。<sup>〔67〕</sup>法学如果没有学派，将会导致看似学术争论不断，从一个“热点”快速地转移到另一个“热点”，其实在这种快速的转换中不仅遗忘了具体的问题，也遗忘或者回避了对刑法根基的拷问。事实证明，正是张明楷教授大张旗鼓地提倡实质解释论立场，才会有“形式解释派”对实质主义刑法观针锋相对的批判。“实质解释派”对传统法律文化进行有意识的扬弃，进行精确化、系统化的研究是一个必要的学术课题。尽管在这个过程中，刑法学理论因为越来越精确化、系统化，显示出的问题乃至错误也越来越多，但是“一种理论可能被推翻时才有价值”，<sup>〔68〕</sup>“一种理论愈是精确，愈易于遭到反驳，也就愈使人感到兴趣”、“一种不能用任何想象得到的事件反驳掉的理论是不科学的。不可反驳性不是（如人们时常设想的）一个理论的长处，而是它的短处。”<sup>〔69〕</sup>从该角度看，当前“实质解释派”与“通说派”在实质刑法观上的显著区别不是“有”与“无”之别，而是“有形的”与“无形的”之别，是可把握、可反驳的精确性、体系性与难以反驳的折中、“辩证”等神秘色彩之别。

〔63〕 参见赵秉志：《刑法总论问题研究》，中国法制出版社1996年版，第422页。

〔64〕 何新：《危机与反思》，国际文化出版公司1997年版，第30页。

〔65〕 前引〔61〕，《道德经》，第37页。

〔66〕 李泽厚：《中国现代思想史论》，东方出版社1987年版，第322页以下。

〔67〕 参见张明楷：《学术之盛需要学派之争》，《环球法律评论》2005年第1期。

〔68〕 前引〔17〕，张明楷书，第4页。

〔69〕 [英]波普尔：《猜想与反驳》，沈恩明编，浙江人民出版社1989年版，第102页，第15页。

显然，通说所具有的“述而不作”、不可言说的折中色彩，不利于学术的交流和发展。<sup>[70]</sup>如果说在没有形成形式与实质的刑法解释论的分立学术阵营之时，“通说派”的“不可言说”的学术生产方式特性还具有某种优势，<sup>[71]</sup>但当前我国刑法学研究已经没有一个统一的中心，在“通说”之外已经形成了“实质解释派”与“形式解释派”的割据状态，形成了学术上的“三国鼎立”之势，此时“通说派”的上述学术生产方式特性就转化为一种劣势。毕竟，现实生活中的斗争策略并不完全适合于学术阵营之间的争论，坐山观虎斗、以静制动难收渔翁之利。在学术上，只有旗帜鲜明地表明自己的立场，并对自己的立场予以论证，才有利于推动学术的进一步发展。“著书立说”之“作”在对学术发展的促进方面具有双重功能，它既是学术之争中的工具（武器），也是学术之争中的成果（地盘）。近些年来“实质解释派”与“形式解释派”开展的带有学派立场之争性质的学术实践也证明了这种学派意识具有强大的学术生产力而不是破坏力。因此，如果“通说派”仍然维持这种“说的不做，做的不说”或者“述而不作”、“不可言说”的学术生产方式，就难以对学术发展做出实质性贡献，这将间接影响“通说派”的学术话语权以及学术观点的传播力，难免在“实质解释派”与“形式解释派”的争论中被抛来抛去，成为移动的靶子，两头受批。

### 余论：笔者在刑法学派之争中的立场

在“学术三国”的争论格局中，虽然“通说派”与“实质解释派”在很多刑法问题上存在着观点、立场的差异，但二者基于中国传统文化中的实质主义思维共性而具有实质刑法观的同根性，在三股力量中，相对而言“通说派”与“实质解释派”联合的基础更多更牢。<sup>[72]</sup>加之我国司法实践部门对“通说派”与“实质解释派”的实质刑法观与实质解释论的天然认同和对形式刑法观的排斥，<sup>[73]</sup>“形式解释派”面对着“兵多将广”的两大对手，在力量上处于弱势状态。这是对学术现状的一种实然描述，并不意味着实质刑法观或者实质解释论理应成为我国刑法学中的当然立场。相反，笔者认为，在我国的刑事法治建设中，应当对有形的、无形的实质解释论与实质刑法观持清醒的反省意识。在某种意义上讲，由于实质主义是中国文化“骨子里的东西”，这决定了在客观上我们根本做不到文化上的剔骨换血。如果一种本已强势的文化趋向被有意识地强调而过度发展、膨胀，同时缺乏制衡的文化趋势，从长远来看对学科的发展乃至对社会的发展都不是好事。如果说“只有形式和实质相互制约的‘犯罪论体系’才是最为理想的”，<sup>[74]</sup>那么只有提倡形式解释论，“这样它才不致潜力还未展挥殆尽就过早地失去效能”。<sup>[75]</sup>对各种实质解释论或者实质主义者而言，这可以防止“当多数人仅迷信一种理想时，不宽容和残暴就会紧随而至”，<sup>[76]</sup>

[70] 周光权教授曾提到一个常见的现象：在多次中日刑法学国际交流会上，对于德国、日本学者提交的论文，学者们争论得相当激烈；但是对于中国学者的论文，却很少讨论得起来，或许“没有争议”。也可能“外人”没法听懂，而没有被质疑。参见周光权：《无声的中国刑法学》，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》第5辑，清华大学出版社2005年版，第149页。

[71] 以前通说在很多基本刑法问题的立场上多采取或隐而不言或折中的态度，这可以起到左右逢源的效应，可根据利益不同灵活选择，时而是通说“说了算”，时而是通说“做了算”。

[72] 一个例证是在《刑法论丛》（前引[21]，赵秉志主编书）上发表的一组“通说派”的文章中，批判陈兴良教授主张的形式解释论的内容更多、更直接，而批判张明楷教授主张的实质解释论的内容相对较少、也比较隐晦。

[73] 在很多争议性案件中，我国司法部门一般采纳实质解释论的观点。

[74] 前引[2]，曾根成彦书，第182页。

[75] 前引[50]，拉卡托斯等书，第34页。

[76] [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167页。尽管他这句话是针对西方的理性主义、逻辑实证主义、形式主义的传统进行的批判性忠告，但在我国当前的文化生态环境下，相反倒适用于对占绝对优势地位的实质主义文化传统的批判。

应该时刻反思实质解释立场中所包含的问题与错误,真诚地“倾听”形式解释论者的批判意见,真正理解对方在主张什么,反对什么,对实质解释论本身的发展与改善有何意义。

笔者认为,当前我国刑法文化生态环境决定了学界大部分人在客观上不可能抛弃实质解释论的立场,但从社会理论的现实批判功能以及学派意识的角度出发,主观上则不宜提倡“实质解释论”,相反应当提倡“形式解释论”。

---

---

**Abstract:** There does not exist a debate between classical school and new school in Chinese criminal jurisprudence. However, there is a debate between the formal and substantive interpretation of criminal law, which is different from the formal and substantive interpretation debate in German or Japanese criminal law. The substantive interpretation in China is concerned with all requirements for the constitution of a crime, while it is only concerned with Tatbestand in Germany and Japan. The substantive interpretation advocated by Chinese scholars refers to the interpretation of criminal law, while in Germany and Japan, it refers to the Tatbestand, no more than the punishment regulations. At last, in German and Japanese criminal law, the theory for formal constitution of a crime and formal interpretation comes first, and then the substantive ones, while Chinese criminal law is on the contrary.

Many views of the substantive interpretation are questionable. They believe that formal interpretation group in our criminal law theory holds absolute dominance, but the formal interpretation is still in a weak position. They hold that the formal interpretation ignores the substantive justice, but the essential differences between the two schools lie in the ways to discuss the substantive standard of judgment, such as the constitutive mode of crime, the ranking of formal judgment and value judgment, and the principles of interpretation. They think that the substantive interpretation makes use of the substantive side of the principle of Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime to take restrictive explanation, but their interpretation tends to criminalization but not decriminalization. They argue that the basic defect of formal interpretation is the evitable consequence of “unjust law is still law”, but the formal interpretation is not the resource of the rule by evil law.

The substantive interpretation, intrinsically consistent with the materialism of Chinese traditional culture, is yet the leading school in China. Based on our cultural environment, Chinese scholars can not abandon the material interpretation, but according to the critical function of the social theory and the awareness of school formation, the formal interpretation should be promoted.

**Key Words:** substantive interpretation, formal interpretation, school, cultural ecology

---

---