

刑法禁止类推的反思与重塑

俞小海

(华东政法大学 研究生教育院, 上海 200042)

摘要: 为了厘清学界就禁止类推所引发的诸多质疑, 运用逻辑推理的方式对禁止类推涉及的司法问题进行了分析。分析认为, 中国刑法学界关于禁止类推与允许类推观点的对立是在不同层面上展开的, 与之相对应, 类推解释与扩大解释区分之不可能说和区分可能说也具有不同的语境; 现代社会禁止类推的提法仅仅具有抽象的符号功能, 禁止类推所真正禁止的是没有处罚必要性的类推解释和附着在类推之上的对公民人权的可能侵害以及侵害威胁。

关键词: 禁止类推; 类推解释; 扩大解释; 人权

中图分类号: D924.1

文献标志码: A

文章编号: 1671-6248(2010)03-0092-05

中国刑法理论一般将罪刑法定原则的派生内容概括为 4 个方面: 第一是成文法主义或法律主义; 第二是禁止事后法(禁止溯及既往); 第三是禁止类推解释; 第四是禁止不定期刑与绝对不定期刑^[1]。作为罪刑法定原则的重要派生内容之一, 禁止类推从罪刑法定原则诞生之日起似乎就是其应有之义, 成为罪刑法定原则的当然延伸, 并且使得如下命题变得天经地义: 罪刑法定原则与类推是矛盾的^[2]。类推与罪刑法定原则水火不相容, 坚持罪刑法定原则就必须禁止类推^[3]。而且, 废止类推被认为是中国刑法修订和中国刑法发展的一个重要标志^[4], “已经凝结了某种‘刑法现代化’甚至是‘法治进步化’的宏大意义。”^[5]在这种情况下, 明确规定了罪刑法定原则的很长一段时间内, 禁止类推获得了刑法理论界和刑法实务界的一致认同。但是最近几年, 刑法学界有人对类推以及禁止类推的提法进行了诸多质疑, 由此形成了允许类推与禁止类推 2 种观点的对立。但是, 在考察了这 2 种观点后发现, 这 2 种观点存在立场迥异因而自说自话的倾向, 尚未在一个

合理的层面和限度上达成共识, 使得关于禁止类推的讨论显得较为凌乱, 因此需要在一个更高、更深且更为务实的层面对禁止类推这种提法进行一番精心梳理和分析。与前面提到的学界对禁止类推的质疑所不同的是, 本文侧重于对具体问题的分析与论证。

一、禁止类推与允许类推

(一) 2 种观点的对立

伴随着对类推和禁止类推的一系列质疑, 刑法学界形成了禁止类推与允许类推 2 种观点。关于禁止类推的提法, 有学者认为, “作为现代刑法的首要原则, 罪刑法定原则以人权保障为核心内容, 对于不利于被告人、犯罪嫌疑人的制度如类推定罪、重法有溯及既往的效力、不定期刑、习惯法、模糊用语等, 均绝对排斥。”^[6] 还有学者认为, “如果在具有成文法的前提下实行类推解释, 国民也不能预测自己的行为是否会被类推解释为犯罪, 因而侵犯了国民的自由, 故必须禁止类推解释。”^[7] “禁止类推解释, 被公

收稿日期: 2009-11-08

基金项目: 华东政法大学 2009~2010 年度研究生创新能力培养专项资金资助项目

作者简介: 俞小海(1986-), 男, 江西婺源人, 法学硕士研究生。

认为罪刑法定原则的一个内容……如果可以类推解释,则意味着立法者通过文字表述其立法意图成为泡影……类推解释的结论,必然导致国民不能预测自己的行为性质与后果,要么造成行为的萎缩,要么造成国民在不能预见的情况下遭受刑罚处罚。”^[11]但是有学者认为,类推是对刑法没有明文规定为犯罪的行为,比照同它最相类似的条文定罪判刑的制度。它有悖于罪刑法定原则,因为按照罪刑法定原则的要求,定罪判刑必须根据事前法律明文所作的规定。这可能导致法官随意适用法律,侵害公民的自由权利,因为禁止类推被认为是罪刑法定原则的一个派生原则^[8]。事实上,在几乎所有的刑法学教科书和主流声音中,禁止类推都是通行的提法。

在关于类推和禁止类推的主流声音之外,还有对类推和禁止类推的反思和质疑。这种反思和质疑可以概括为3种:第一种是正视类推在司法实践中的客观甚至必然存在并肯定其价值^[9-10];第二种是认为类推解释是一种价值中立的法律解释方法^[11-12];第三种是从概念分析入手,对类推、类推适用和类推解释等概念本身进行反思,指出类推可以指代类推适用,但是不能与类推解释混同^[13]。上述对传统通行的类推和禁止类推进行的反思具有一定的新颖性,也是刑法学界不断关照现实的结果。但是,要对这2种观点进行进一步解析,则需要透过观点分歧的表面认识到这种分歧的真相。

(二) 2种观点对立的真相

事实上,无论是允许类推还是禁止类推,这2种观点都没有否定罪刑法定原则;相反,二者都认同罪刑法定原则。在禁止类推的观点下认同罪刑法定原则是不言而喻的,因为禁止类推本来就是罪刑法定原则的派生内容之一。而允许类推的观点其实也是认同罪刑法定原则。如上述持允许类推观点的人同时提出,“在罪刑法定原则之下,刑事裁判中的类推思维应当受制于刑法规范目的和可能文义范围,确保类推结论没有超越刑法规定而违背罪刑法定”^[10]。这说明,在允许类推的观点中,类推与罪刑法定原则并非水火不相容,只要对类推本身加以必要的限定,完全可以在罪刑法定原则的指导之下发挥其应有的作用。这显然与通行的禁止类推的主流观点格格不入。那么,为什么会出现这种分歧,到底应该支持哪一种观点?从上文支持禁止类推的观点中不难发现,其有关类推的论述均以罪刑法定原则

为参照物,将类推与罪刑法定原则加以对立,而将禁止类推与罪刑法定原则划等号。有关禁止类推的理由基本上可以概括为人权保障、国民行动自由。换言之,禁止类推是罪刑法定原则的应有内容,也是保障公民权利的需要。正如有关学者所言,“实行罪刑法定、禁止类推解释的主要目的是保障人权,使公民实施法无明文规定的行为不受刑事处罚”^[14]。由此看来,禁止类推的观点及其理由是在一个较为抽象的理论层面展开的,其着眼点在于较为宏观的价值意蕴。允许类推的诸多论述认为,无论是正视类推的客观存在并肯定其价值,还是坚持类推解释的价值中立,其理论基础或者其论证的出发点均在于刑法适用过程、刑法解释过程以及刑事裁判过程。这是一个将具体的案件事实与刑法规范相结合的过程,也是一种找法的活动。与禁止类推的论证所采用的宏观视角不同的是,这种找法活动是一个微观的进程。至此,允许类推与禁止类推2种观点对立的实质是由不同起点出发在不同叙述场景下而形成的,前者立足于刑法适用和刑法解释,将类推视为一种法律思维方式,而后者立足于抽象的人权保障和个人自由;前者是在实践层面进行的审视,而后者仅限于理论层面的提倡;前者是作为一种思维模式而实然存在于司法实践中,后者则是一种形而上于司法实践的理念。两者所叙述的其实并不是同一个命题,或者说尽管是同一个词(类推),但是实际上是一个词的不同含义;换言之,禁止类推中的类推与允许类推中的类推由于各自所处的叙述层面不同而导致其含义各异。从这个角度来说,宽泛地谈论禁止类推与允许类推的对立其实并没有多大意义。

二、类推解释与扩大解释

(一) 类推解释与扩大解释区分的现状

与禁止类推观点相伴随的是类推解释和扩大解释的区分问题。而类推解释与扩大解释的界分是一个困扰刑法学界多年的难题。当今刑法学界关于两者的区分大致形成了2种观点:区分可能说和区分不可能说。

区分可能说中又包含2种观点:第一种是可能的文义说和预测可能性说。张明楷认为,从形式上说,扩大解释所得出的结论并未超出刑法用语可能

具有的含义,而是在刑法文义的“射程”之内进行解释;类推解释所得出的结论,超出了刑法用语可能具有的含义,是在刑法文义的“射程”之外进行解释……从实质上说,扩大解释没有超出公民预测可能性的范围,类推解释则超出了公民预测可能性的范围^[11]。而关于预测可能性一说,张明楷进一步解释道,“一种解释结论能够被一般人接受,就意味着这种解释结论没有超出其预测可能性。如果一般人对某种解释结论大吃一惊,则意味着这种解释结论超出了国民的预测可能性。”^[11]可以说,张明楷的这种观点一经提出便获得了学界的广泛认同和响应,目前流行于刑法学界关于扩大解释与类推解释之区分的观点基本上都是在张明楷观点的基础上发展而来的^[15]。第二种是解释结论差别说。这种观点是从扩大解释与类推解释的结论差异性入手来分析两者的区别。如有学者认为,“合理的扩大解释与类推解释的区别并非在于思维模式或认识方法的不同,而是在于解释结论的差异,即解释结论是否超出了合理限度。”^[16]而在区分不可能说中,有学者认为,“类推解释和扩大解释根本就无法区别,关于类推解释与扩大解释的界分不过是近代法治的一个美丽谎言。”^[17]

其实,无论是区分可能说还是区分不可能说都是承认扩大解释的,区别仅仅在于前者认可扩大解释而否定类推解释,而后者认可扩大解释并且将类推解释等同于扩大解释。因此,只有在类推解释与扩大解释相互区分的情况下,禁止类推的提法才具有合理性;同样,也只有在类推解释与扩大解释区分不可能的情况下,允许类推才得以成立,因为这时的类推解释就是扩大解释。因而区分可能说与区分不可能说实际上是与禁止类推和允许类推相互对应的。前文已经论证,禁止类推与允许类推的提法是在不同层面上进行的,前者立足于抽象的理论层面,而后者根基于具体的刑法解释和司法实践。按照这个逻辑,与禁止类推和允许类推相互对应的区分可能说和区分不可能说也应当是在不同层面上进行的。由此可以认为,类推解释与扩大解释之区分可能说是理论思辩的产物,区分可能说之可能性仅仅是理论上的可能性,而区分不可能说应当具有较强的实践指涉,其不可能是指实际操作上的不可能。那么,区分不可能说,即类推解释与扩大解释无法区分的观点在面对具体问题时是否可以成立?这有待

于对刑事个案中涉及的刑法解释问题进行分析。

(二) 刑事个案中的类推解释与扩大解释

1 刑事个案中的类推解释

应当看到,《中华人民共和国刑法》(1979)(以下简称《刑法(1979)》)及司法解释规定类推具有一定的历史必然性。据高铭暄回忆,在制定《刑法(1979)》的过程中,尽管出现了允许类推与禁止类推的观点争议,但是最终出炉的刑法典依然沿用了关于类推的规定。为了使司法机关能及时有效地同刑法虽无明文规定、但实际上确属危害社会的犯罪行为作斗争,以保卫国家和人民的利益,就必须允许类推。有了类推,可以使刑法不必朝令夕改,这对于保持法律在一定时期内的相对稳定性是有好处的。而且,有了类推,可以积累同新的犯罪行为作斗争的经验,这就为将来修改、完善刑法提供了现实依据^[18]。另外值得注意的是,《刑法(1979)》中的类推决不是“乱推”,它必须按照第79条规定的“比照本法分则最相类似的条文”这个基本条件办事,也就是按照犯罪构成的原理和原则办事。按照犯罪构成的原理和原则,比照和被比照的2个犯罪行为侵犯的客体、犯罪构成的主体以及主观方面三者都必须相同。如果在刑法分则中找不到“最相类似的”条文可资比照,那就不能认为构成犯罪。为了防止在类推问题上出现随心所欲的现象和轻率粗糙的作法,《刑法(1979)》第79条还对类推规定了极其严格的控制程序:类推应当报请最高人民法院核准^[18]。由此看来,刑事类推在中国的出现和存在不仅具有深厚的社会背景,而且附加设置了实体上和程序上的诸多限制,《刑法(1979)》中的规定也是极为谨慎的。《刑法(1979)》施行期间涉及类推的案件不多。有学者甚至指出,《刑法(1979)》施行以来总共不到100个类推案例的事实说明,类推制度在中国已名存实亡了^[19]。

在《刑法(1979)》施行期间,被类推定罪处罚的较为典型的主要有2种行为,即贩卖淫秽影片的行为和与军人配偶通奸的行为,分别依照《刑法(1979)》第170条的制作、贩卖淫书、淫画罪和第181条规定的破坏军人婚姻罪处罚^[14]。贩卖淫秽影片的行为和与军人配偶通奸的行为均具有处罚的必要性,因而需要受到相应的刑法评价。笔者认为,这既是内在于类推本身的逻辑,也是《刑法(1979)》设

立类推的另一个主要原因。

2 刑事个案中的扩大解释

分析了刑事个案中的类推解释,笔者再分析刑事个案中的扩大解释,以李宁组织同性卖淫案为例。该案中被告人李宁以营利为目的,通过张贴广告、登报的方式招聘多名男青年为同性提供性服务,被法院判定为组织卖淫罪。当时的刑法理论界和实务界几乎一边倒地认为这属于扩大解释。李宁案当时所适用的《中华人民共和国刑法》(1997)(以下简称《刑法(1997)》)本身及相关立法、司法解释均未对“卖淫”一词的内涵和外延作出过明确界定。在这种情况下,无论是将同性卖淫理解为不是卖淫还是将同性卖淫的行为理解为卖淫,在理论上和实践上都是可行的,至少不存在解释上的障碍,这就好比是一个硬币的两面。就卖淫而言,其本质含义是性交易,在一般情况下指异性之间的性交易。但在某些特殊情况下,将同性之间的性交易包含在卖淫的内涵之中,并不违反该词的基本含义。因此,对卖淫一词作如此解释显然是合乎解释原理的^[20]。但是,这种刑法用语解释性的分析只能说明将同性卖淫解释为卖淫的可能性,而不能说明其正当性。如果仅仅从刑法用语分析的角度论证是无法令人信服的。其背后必定有着诸多其他的社会考量。无论是异性卖淫还是同性卖淫,均违反了基本伦理道德规范,毒害了社会风气,败坏了社会良好风尚^[21]。

至此,将同性卖淫解释为卖淫的理由已经非常明显,即同性卖淫具有严重的社会危害性并因此具有刑罚当罚性,或者说具有处罚的必要性,所以要按照组织卖淫罪定罪处罚。从这里也可以发现,这种逻辑与《刑法(1979)》实施期间的类推逻辑如出一辙:某种行为处罚的必要性是决定其是否入罪的核心要素,这和采取哪一种解释方法并无多大关系。

三、禁止类推的真实含义

同一种解释结论,既可以认为是扩大解释,又可以认为是类推解释。之所以出现这种情况是因为,“语言意义的理解并不是一种纯粹领受的过程,而一直也是并且主要是理解主体自我理解的过程。这个理解主体必然会共同进入理解的视域中,而且他的认识一直也依赖于主体本身是如何确信的。”^[22]这个时候,“解释者运用语言解释成文法的过程,常

常表现为法律文本意义与解释者个人经验及思想的相互征服过程。”^[13]因此,在法律解释的过程中,必然会掺入解释者的主观理解,解释的结论也必然会留有解释者思想的烙印。因此,笔者认为:类推解释和扩大解释在面对具体个案和问题时根本无法区别。刑法解释在本质上是一个不确定且没有客观性的过程。

禁止类推这一提法的反思可以归纳为以下几点:

第一,类推的前提是刑法没有明文规定的某行为为具有严重的社会危害性和处罚必要性。在这种实践需要之下,解释的结果均是将社会上新出现的某种行为纳入犯罪,也就是说无论扩大解释与类推解释所指向或者追求的结果都是相同的,都是意欲扩大刑法的适用范围,从而将某种社会上新出现的、具有严重社会危害性且有处罚必要性但刑法没有明文规定的行为纳入刑法调整的范围。从这个角度而言,类推解释与扩大解释的价值指向是相同的,即将社会上新出现的危害行为运用刑法解释方法和理念纳入刑法调整的范围。因此,类推解释与扩大解释在实践层面没有区分的必要。

第二,禁止类推与允许类推的对立是在完全不同的层面上进行的,禁止类推所禁止的是抽象的类推及其承载的对公民权利和自由有可能造成的侵犯或者侵犯威胁,而允许类推所允许的则是刑法解释和刑法适用中的类推。禁止类推中所真正禁止的并不是作为思维方法和法律解释方法的类推,或者说不是实践层面的类推,而是附随在类推之上的对公民权利和自由的可能侵害以及侵害威胁,因为实践层面或者作为思维方法和解释方法的类推与扩大解释无异。现代社会禁止类推的提法仅仅具有符号意义,充其量不过是一句口号,所表达的深层意蕴无非是对侵犯公民权利和自由的一种忧惧。正如前文所述,同一种解释结论既可以理解为类推而来也可以理解为扩大解释而来,类推解释与扩大解释的价值指向和解释结论都是相同的,因而承认类推解释与扩大解释区分之不可能性并不必然导致对公民权利和自由的漠视乃至侵害。

第三,更进一步地说,刑法解释是一个充满流变性和主观性的过程。解释者如果觉得某行为应该被刑法规制,在对该行为进行入罪解释时就会倾向于将自己的解释定为扩大解释,以获得某种“正确性”;而如果解释者觉得某行为不应该被刑法规制,

或者被刑法规制有失公允, 在对该行为进行解释时则倾向于将别人入罪观点认定为是类推解释, 从而在禁止类推这面强大的旗帜下为自己的观点寻求某种庇护。在这里, 类推解释实际上已经被符号化了, 或者说沦为解释者的工具; 解释者的立场和价值判断才具有根本的决定意义; 解释者往往在自己内心的结论已经确定的情况下才有意选择和寻找解释方法。这种语境下的禁止类推已经不是通常意义上的禁止类推了, 而应当修正为“禁止没有处罚必要性的类推。”

四、结 语

现代社会是一个高速发展也是高风险的社会, 刑法需要对变动不居的社会现实及时作出回应, 这是一个不争的事实。但是刑法的相对僵化、罪刑法定的明确性要求与社会的开放性形成一定程度的紧张。对此, 有学者提倡建立判例制度, 以缓解上述冲突, 并使刑法体系的开放性与社会变动的现实合拍。但是笔者认为, 所谓判例制度, 其实主要依据的是类比推理, 即通过类比的方式, 将当前案例与先例进行比较, 看是否可以归为同一类型, 从而认定当前案例是否仍然受先例中已被抽象化的规则约束, 从而得出推理结论。类比推理本身就是一种类推思维, 因而对判例制度的提议实质上是对类推解释的提议, 二者只是名称的不同而已。

值得注意的是, 笔者并未否定类推解释与扩大解释内涵之间的联系, 亦未否定禁止类推这种提法。类推解释并不像人们通常想象的那么可怕, 类推解释和扩大解释在实践层面无法区分。面对具体问题时, 每一个自诩为扩大解释的结论其实都可以用类推解释得出。类推解释与扩大解释只是用语不同而已, 二者之区分仅在理论层面有可能。类推解释作为一种思维方法和法律解释方法不应禁止, 而理论层面的禁止类推真正禁止的是附着在类推之上的对公民权利和自由的可能侵害。这时候, 禁止类推的提法是有意义的, 尽管这种意义很有限。

参考文献:

- [1] 张明楷. 刑法分则的解释原理 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004
- [2] 陈兴良. 刑法哲学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004

- [3] 周 密. 罪刑法定还是法律类推 [J]. 法学研究, 1980 (5): 23-29.
- [4] 高铭喧, 马克昌. 刑法学 [M]. 2版, 北京: 北京大学出版社, 2005.
- [5] 杜 宇. 刑法上之“类推禁止”如何可能? ——一个方法论上的悬疑 [J]. 中外法学, 2006, 19 (4): 407-425.
- [6] 赵秉志. 刑法基本理论专题研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [7] 张明楷. 刑法学 [M]. 3版. 北京: 法律出版社, 2007
- [8] 马克昌. 刑法学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2003
- [9] 许发民, 徐光华. 罪刑法定视野下的禁止类推解读 [C] / 李明发. 安徽大学法律评论: 第 1 辑. 合肥: 安徽大学出版社, 2008
- [10] 沈 琪. 刑事裁判中类推思维的作用及其运用: 一种基于方法论意义的思考 [J]. 政法论坛, 2007 25 (6): 114-125
- [11] 黎 宏. “禁止类推解释”之质疑 [J]. 法学评论, 2008 1 (5): 45-50
- [12] 许 浩. 刑法解释的基本立场: 对实用主义法律解释观的论证 [J]. 东方法学, 2008, 1 (6): 137-148
- [13] 周少华. “类推”与刑法之“禁止类推”原则: 一个方法论上的阐释 [J]. 法学研究, 2004 (5): 58-70
- [14] 刘明祥. 论刑法学中的类推解释 [J]. 法学家, 2008 (2): 61-68
- [15] 陈兴良. 罪刑法定司法化研究 [J]. 法律科学, 2005, 23 (4): 38-48
- [16] 刘志远. 刑法解释的限度: 合理的扩大解释与类推解释的区分 [J]. 国家检察官学院学报, 2002, 10 (5): 18-24
- [17] 吴丙新. 扩张解释与类推解释之界分: 近代法治的一个美丽谎言 [J]. 当代法学, 2006 20 (6): 48-53
- [18] 高铭喧. 中华人民共和国刑法的孕育和诞生 [M]. 北京: 法律出版社, 1981
- [19] 胡云腾. 废除类推及刑法科学化 [J]. 法学研究, 1995 (5): 55-69.
- [20] 陈兴良. 组织男性从事同性性交易行为之定性研究: 对李宁案的分析 [J]. 国家检察官学院学报, 2005, 13 (1): 119-127.
- [21] 最高人民法院刑事审判第一庭, 最高人民法院刑事审判第二庭. 刑事审判参考: 第 3 集 [M]. 北京: 法律出版社, 2004
- [22] 考夫曼. 法律哲学 [M]. 刘幸义, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2005.

(下转第 112 页)

Deng Xiaoping Thought of productive forces and the Scientific Outlook on Development

CHEN Huarping

(School of Politics and Administration, Chang'an University, Xi'an 710064, Shaanxi, China)

Abstract In order to get clear the relationship between the productive forces from Deng Xiaoping Thought and the Scientific Outlook on Development, the author, after conducting in-depth analysis on the background of Deng Xiaoping Thought of productive forces, discusses his scientific system and the relationship between Deng Xiaoping Thought and the Scientific Outlook on Development. The paper finds that the formation of "the people's interests above all else" provides starting point and destination for the Scientific Outlook on Development, the formation of "economic development is the core of all affairs" consists of its requirements and theme of the times, the formation of "common prosperity" acts as its guidance, the formation of "moderate growth" provides proper ways, and the formation of "sustainable development" offers its practice principle.

Key words Deng Xiaoping Thought; concept of productive forces; the people interest; the Scientific Outlook on Development

(上接第 96页)

Reflection and reshaping on prohibition of analogy in criminal law

YU Xiaohai

(School of Graduate, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract The view of the prohibition of analogy and permission of analogy is carried out at different positions, which correspond the possibility and impossibility of distinction between analogical interpretation and amplified interpretation in different contexts. It can not distinguish between the analogical interpretation and amplified interpretation in the face of specific problems. In modern society, the reference of prohibition of analogy only has an abstract symbol function, what prohibition of analogy really prohibits is the analogical interpretation which has no need for punishment, infringes and threatens the human rights.

Key words prohibition of analogy; analogical interpretation; amplified interpretation; the human rights