

刑事诉讼法上的类推解释

杨文革*

内容提要：类推解释在刑法和刑事诉讼法上具有不同的形式和意义。刑法基于罪刑法定原则的要求，原则上禁止类推解释，尤其是相似条文之间的类推解释；只有在有利于被告的前提下，才允许事实比较意义上的类推解释。但在刑事诉讼法上，即使承认程序法定原则，也只是禁止扩张国家权力的类推解释，而不应禁止保障国民权利的类推解释。

关键词：类推解释 法律漏洞 程序法定原则 法律保留原则

在刑事诉讼法上，类推解释的运用范围应当取决于其存在理由，而类推解释的存在根据和服务目标应当决定其运用的方向和收放尺度。如果不否认刑事诉讼法是用来规制国家权力、保障国民权利的，那么，对于国家权力而言，应当要求其在法定范围内且依法定方式行使。换言之，权力须得法律明确规定方始存在，禁止旨在突破法律、扩张权力的类推解释。而对于国民权利而言，只要不是法律明文限制和剥夺的，就应理解为权利一向存在。并且，法律规定的权利只是相当于对被列举的权利的强调，而不意味着对未被列举的权利的排除，因而不应禁止以类推解释的方式延伸、拓展国民权利。类推解释在刑事诉讼法上有特殊的价值与意义，实有必要加以厘清和规范。

一、对禁止类推解释的反省

禁止类推解释是民主主义和尊重人权的要求。既然法律是民主社会人民意志的体现，就不应允许司法官员通过类推解释法律，绕开立法表决，径行充当立法者，从而集立法权与司法权于一身。同时，“一项刑事法律规范必须明确、清晰地规定所要禁止或约束的事

* 南开大学法学院副教授。

项,以便提供事先警示,防止武断执法”。〔1〕唯此,才能使国民预测自己的行为后果,而不至于手足无措、动辄得咎,进而真正能够在保护和扩大国民自由的意义上尊重和保障人权。尤其在刑法中,类推解释意味着,“解释者明知刑法没有将某种行为规定为犯罪,但以该行为具有危害性、行为人具有人身危险性等为由,将该行为比照刑法分则的相似条文定罪量刑。换言之,类推解释是指超出了通过解释可以得到的刑法规范规定的内容,因而是制定新的刑法规范的一种方法”。〔2〕类推解释由于超出了法律文本可能具有的含义,被认为是违背了罪刑法定原则的基本要求,与法治精神背道而驰。因此,在刑法中禁止类推解释,也就是禁止相似法条之间的援引比附,这向来是占主流地位的见解。

然而,类推解释似乎具有旺盛的生命力,在刑法理论与实践一直如影随形。究其原因,作为重要的理论参照,即使刑法已经剔除了类推制度,类推解释也始终没有离开人们的视野。学者普遍认为,在罪刑法定原则之下类推解释是被禁止的,但扩大解释是被允许的。由此,类推解释担负起了检视扩大解释妥当性的重任。也由此,学者不得不承认扩大解释与类推解释的界限是模糊的:“要通过权衡刑法条文的目的、行为的处罚必要性、国民的预测可能性、刑法条文的协调性、解释结论与用语核心含义的距离等诸多方面得出结论”。〔3〕再者,禁止类推解释是否存在例外?例外适用的前提又是什么?“一般学者尚有以为在有利于被告之情形下,如刑之减轻或免除等,亦许类推解释者,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。”〔4〕与之相对立的见解则是,罪刑法定原则只限制入罪,不限制出罪:在“刑法上有利于行为人的情况下,类推解释乃被容许为法律逻辑的一种经常的推理方式”。〔5〕后一见解为多数人所长,但仔细推敲,似有舛误。既然法无明文规定不为罪,径行宣布无罪才是正理,又何必选择一个“较轻”的法条定罪?如此说来,两种见解中类推的含义有所不同:前者指相似法条之间的比照,后者指相似事实之间的比较。只有在后一种意义上,才存在所谓“有利于被告的类推”。比如,1998年《最高人民法院关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》(2013年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》发布实施后,本解释同时废止)规定,“偷拿自己家的财物或者近亲属的财物,一般可不按犯罪处理”。以此规定为依据,主张诈骗近亲属的财物的也可不按犯罪处理,就是在做有利于被告的类推解释。时隔多年,2011年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第4条终于“认可”了这一类推解释。

由此看来,关于例外问题的讨论,往往使原则问题焕发生机与活力。问题延伸开来,又带动了“存疑时有利于被告”问题的讨论。〔6〕类推解释引起热议,首要原因还是近年来

〔1〕 See Black's Law Dictionary, 9th ed., West, 2009, p. 1689.

〔2〕 张明楷:《刑法格言的展开》,北京大学出版社2013年版,第53页。

〔3〕 同上书,第55页。

〔4〕 韩忠谟:《刑法原理》,作者1997年自版,第67页。

〔5〕 苏俊雄:《刑法总论I》,作者1998年自版,第240页。

〔6〕 主要的争议在于,如何理解疑罪从无和罪疑唯轻,是仅就证据存疑而论,还是也包括法律疑问。参见前引〔2〕,张明楷书,第546页。

德国刑法理论的大规模引入，尤其是考夫曼的类型理论，使理论界和实务界重新关注并思考类推解释，特别是事实比较意义上的类推解释，并试图“以具有弹性的思考去操作那些难以藉着列举的方式就可穷尽的概念”。〔7〕通过对盐酸是否武器这个问题的探讨，考夫曼得出结论说，对于可允许的解释与被禁止的类推之区别，“实际界定是完全无可可行性的”；“法原本即带有类推的性质”，“在刑法上没有或从来不曾有严格的禁止类推”。〔8〕受考夫曼这一观点的影响，目前国内有一种观点通过质疑扩大解释与类推解释的区别，从根本上质疑禁止类推解释的可能性。虽说这种质疑尚未取得刑法学界的广泛认可与支持，但其所言我们“并没有将禁止类推解释原则贯彻到底”，〔9〕却是事实。

不过，考夫曼也认真指出：“毫无疑问，类推比归纳和设证还要不确定、大胆和有风险。”〔10〕那么，这种“不确定、大胆和有风险”的类推解释，在刑事诉讼法中又是何种际遇？必须承认，类推解释在刑法和刑事诉讼法中的命运是不同的。如果说刑法中的罪刑法定原则向来要求禁止类推解释，但这种要求是观念性的、原则性的，刑法中不可能完全排斥类推解释，〔11〕那么，在刑事诉讼法中，由于没有罪刑法定原则的限制，是否就意味着无需思考其对立物类推解释？细察可知，类推解释在刑事诉讼法中一直存在，且多有运用。究其原因，一言以蔽之，“法有限而情无穷”，法律漏洞不时显现，刑事实体法与刑事程序法概莫能外。因此，为平衡私人利益，法院可以填补法律漏洞。〔12〕并且，在刑事程序法上，填补法律漏洞也是允许的。其理由在于，刑事诉讼法的终极目的是保障人权，它除了为国家权力设限以外，其诸多条款也是专为保障被追诉人权利而设，故应当允许对涉及个人权利的、不明确的法条做有利于个人的解释，甚至是类推解释。换言之，“可以扩张至具体的狭义术语表述之外”。〔13〕

比大陆法系国家更进一步，在美国，不仅特别倚重正当程序，强调实定法模糊即无效，而且赋予《权利法案》所列各种保障条款以扩大解释的优先权，并将这种优先权视为“对刑事被告保护措施的进一步扩展”。〔14〕这是因为，“《权利法案》和宪法的其他部分一样也比较简短。它的制订者给出了宽泛的原则，而由法院来解释这些宪法规定并针对具体情形运用之。因此，司法解释决定了我们拥有的公民自由和权利的真实性质。由于司法解释随

〔7〕 徐育安：《刑法上类推禁止之生与死》，台湾春风煦日论坛1998年版，第70页。

〔8〕 参见〔德〕阿图尔·考夫曼：《类推与“事物的本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司1999年版，第11页，第45页，第143页。

〔9〕 黎宏：《“禁止类推解释”之质疑》，《法学评论》2008年第5期。

〔10〕 〔德〕阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2011年版，第93页。

〔11〕 除了有利于被告的类推解释公开存在之外，尚不知有多少不利于被告的类推解释假借了扩大解释之名，以至于有学者发出我国1997年刑法颁布以来“取消类推不一定好，有类推不一定坏”的感慨。其理由在于，1979年刑法规定了类推制度，但附加了逐级直至最高人民法院的核准制度，因而1980年到1990年间最高人民法院核准适用类推定罪判刑的案件不过50余件，仅占此间全部刑事案件的万分之零点一七，这说明严格的程序限制使类推解释成为一件难事。可现在，面临定罪压力，又无程序制约，那万分之零点一七看似没有了，实则假借其他名义大行其道，而又为害于无形。参见邓子滨：《中国实质刑法观批判》，法律出版社2009年版，第20页以下。

〔12〕 参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第379页。

〔13〕 〔法〕卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》上，罗结珍译，中国政法大学出版社1999年版，第12页。

〔14〕 参见〔美〕伟恩·拉费弗等：《刑事诉讼法》上册，卞建林、沙丽金等译，中国政法大学出版社2003年版，第100页。

着时间的改变而改变,我们的自由和权利也是如此。”〔15〕反过来说,如果不允许对关乎被追诉人权利的刑事诉讼法上的漏洞加以填补,则势必损害国民的诉讼权利,进而损害他们的实体利益。再者,刑法中的罪名设置是点状的,罪名各自独立,某个具有社会危害性的行为在刑法上的罅漏,是否填补以及如何填补,至少不影响其他罪名的运用。而刑事诉讼程序的运作是线形的,如果不允许填补这些漏洞,必然使程序出现断裂,影响诉讼活动的正常进行。因此,有必要研讨填补刑事诉讼法上漏洞的原则和方法,以利于司法官员在司法实践中参酌运用。毕竟,“再具体之命令也必须将某些因素留待执行者确定。设甲官员令乙官员逮捕某丙,乙官员也必须依据自身之裁量决定何时、何地及如何执行令——此裁量之必要性在于甲官员未能预见、在一定意义上也不可预见之复杂环境。”〔16〕

二、程序法定原则下的类推解释

随着程序法定原则的提出,类推解释在刑事诉讼法领域中的重要性被凸显出来。〔17〕程序法定原则意味着,法律“确定着有关刑事诉讼程序的规则并创设新的法院制度”。〔18〕大陆法系传统上青睐成文法,一般以比较完备的刑事诉讼法典作为约束国家权力、保障国民权利的依据。同时,法院在司法实践中以类推解释填补刑事诉讼法漏洞的做法普遍存在,也得到了学者的普遍认可。“对实体刑事法律所不能允许的类推解释,在对程序性法律进行解释时则不予禁止。”〔19〕例如,德国刑事诉讼法第136a条规定,不允许使用虐待、疲劳战术、伤害身体、服用药物、折磨、欺诈或者催眠,以及有损被指控人记忆力、理解力的措施等讯问方法。据此,法院的判例指出,如便衣警员乔装潜入监所,以便探出被告之做案真相时,此时虽未涉及讯问行为,但亦应类推适用刑事诉讼法第136a条之规定。〔20〕再以我国台湾为例。有学者认为,基于权利保障的考虑,刑事诉讼法不但不禁止类推解释,反而应当适用类推解释。比如,法律禁止以不正当方法讯问被告,且明文规定不正当方法所得之自白无证据力;法律也禁止对证人施以不正当方法,但对出于不正当方法所得之证人陈述,却疏于规范其证据力,此乃法律漏洞。由于禁止不正当讯问之目的在于保障意思自由,而人性尊严不可侵犯适用于所有人,所以应类推适用被告自白规定以解决与证人有关的类似问题。再如,无论出于鉴定还是勘验之目的,身体检查均可能带给妇女羞耻感或导致“瓜田李下”之嫌,因此,检查妇女身体,应命医师或妇女行之。但对于女性检查男性身

〔15〕 [美] 斯蒂芬·施密特、马克·谢利、芭芭拉·巴迪斯:《美国政府与政治》,梅然译,北京大学出版社2005年版,第74页。

〔16〕 [奥] 凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第97页以下。

〔17〕 有学者考证,“程序法定原则”是由谢佑平、万毅于2002年在《刑事诉讼法原则:程序正义的基石》一书中首次提出。针对这一提法,批评意见认为,不是所有的刑事诉讼程序都应“法定”。刑事程序法的功能是对国家权力施加限制,以保障国民权利不受国家权力的恣意侵害。因此,不涉及国民权利的刑事诉讼程序根本无须“法定”。另一方面,刑事程序法并不反对判例法、溯及既往、类推解释和扩张解释,因为这些做法只会更全面地保护公民权利。因此,“程序法定原则”本身根本不能成立,更不应被设立为刑事诉讼的基本原则。参见黄土元:《程序是否需要“法定”——对“程序法定原则”的反思性评论》,《中外法学》2006年第4期。

〔18〕 参见前引〔13〕,斯特法尼等书,第10页。

〔19〕 同上书,第12页。

〔20〕 参见[德] 克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第235页。

体，法律却没有规定。实践中，女法官基于直接审理原则，勘验了男性被告之下体特征。学者认为这也属于法律漏洞，需透过类推解释加以解决。^[21]可以说，在大陆法系，刑事诉讼法上的类推解释是非常明显的。

在英美法系，法官在判词中进行法律解释时，经常以目的论解释为依归。也就是，在解释法条时，首先探寻立法机关当初制定法律时所要达到的目的，然后以这个目的为指导原则去解释法律条文的涵义。在目的论解释的过程中，不拘泥于条文的字面意义；如果法条有漏洞，法官可以通过类推解释予以填补，使立法时的意愿能够充分实现。^[22]比如，美国联邦宪法修正案是刑事诉讼的重要依据，不过，修正案的文字非常简略，适用中不免需要解释。第四修正案规定，“人民有保护他们的身体、住宅、文件与财产的权利，不受无理搜查和扣押，并不得非法侵犯”。其中，何为“住宅”？按照字面含义，“住宅是指一人、多人或者一个家庭所居住的建筑物”。^[23]那么宾馆是住宅吗？无疑，宾馆属于建筑物，亦为人们所居住，并可成为家庭居所。可帐篷亦可为人们所居住，亦可成为家庭居所，却很难说是建筑物。通过扩大解释，可以将宾馆说成住宅，也勉强可以视帐篷为住宅。但是，若要将电话亭理解为住宅，就显然需要借助类推解释了，因为同宾馆、帐篷相比，电话亭并不供人居住。然而，在“凯茨案”中，美国联邦最高法院坚持认为，第四修正案“保护的是人，而不是场所”；从这个角度看，封闭的电话亭更类似于家，而不是类似于场所，因而拥有宪法所保护的合理的隐私预期。^[24]不仅如此，宪法第四修正案规定的是“他们的住宅”，如果一个人是在“他人的住宅”里，是否同样受第四修正案的保护？美国联邦最高法院在“奥尔森案”中，曾将第四修正案的保护扩大到“他人的住宅”。该案中，警察在没有令状也未经同意的情况下，进入一所住宅，搜出了一个叫奥尔森的夜宿客人，并认定他涉嫌一起抢劫杀人案。大法官怀特执笔的判决意见支持奥尔森的抗辩，认为警察搜查所获物证应予排除，因为夜宿客人拥有与主人相同的隐私预期；借宿是一种悠久的社会习俗，其社会价值应予认可。^[25]显然，从“他们的”到“他人的”，已经不只是扩大解释，而是类推解释了。

除需要对法律进行解释外，英美法系还存在对判例的解释问题。只有在研究判例的具体案情、法院判词的整体内容（尤其是判词中所反映的分析和推理过程）和法院的最终裁决的基础上，这个判例的“判决依据”才能被发掘出来。就同一个判例，可以对其判决依据作广义、狭义等不同内容的解释，而在考虑怎样把一个判例引用到一宗现有案件时，法

[21] 参见林钰雄：《刑事诉讼法》上册，中国人民大学出版社2005年版，第21页，第336页。

[22] 参见陈弘毅：《当代西方法律解释学初探》，载梁治平编：《法律解释问题》，法律出版社1998年版，第4页以下。

[23] The American Heritage Dictionary of the English Language, 3rd ed., Houghton Mifflin Company, 1992.

[24] 在“凯茨案”中，联邦调查局将窃听器安放在电话亭外，听到凯茨传播赌博信息的通话，但未取得搜查令状。下级法院裁定，因为电话亭不是住宅，所以不构成宪法第四修正案所约束的搜查。不过，联邦最高法院推翻了原判，确认此监听属违宪搜查。Katz v. United States, 389 U. S. 347, 88 S. Ct. 507, 19 L. Ed. 2d 576 (1967).

[25] Minnesota v. Olson, 495 U. S. 91, 110 S. Ct. 1684, 109 L. Ed. 2d 85 (1990). 美国联邦最高法院在此问题上的态度也曾摇摆不定，因为它在另一案件中认可了英国王座法庭曾经宣布的判决要旨：“每个人的住宅仅仅是他自己在其城堡中的特权，不能扩及逃到他人住宅中的人”。Minnesota v. Carter, 525 U. S. 83, 119 S. Ct. 469, 142 L. Ed. 2d 373 (1998).

院也可以通过区分、推翻、类比或直接适用等不同方法，做出灵活的处理。在这方面，法律解释的难度和空间，比成文法的情况可说是有过之而无不及。^[26]可见，法院对判例的解释也包括类推（类比）解释。不仅如此，司法实践中被告人也可以有自己对法律的解释，甚至可以主动运用类推解释的方法，请求法官援用某个于己有利的判例。例如，曾有上诉人试图主张自己对涉案车辆的占用，类似于另一案件中上诉人对其住房的使用。但这一诉求遭到美国联邦最高法院的驳回。大法官伦奎斯特认为，得到车主同意后待在车内，是一种“合法在场”，但这并不意味着在他人的车内拥有合法的隐私预期，车内与住所内的隐私预期不具有类似性。^[27]

可见，类推解释不仅是英美法官适用刑事诉讼法时经常借助的手段，而且可以说是他们的法律思维和审判方法，由此进而形成“法官造法”的概念。法官造法不外乎是对遵循先例原则与时俱进的运用。卡尔·卢埃林告诉我们：关于先例，有“严格”和“宽松”两个原则在起作用；“它们同时运用于同一先例时，相互之间是矛盾的。其中一个原则是为了剔除注定要造成麻烦的先例，另一个原则是为了利用似乎是有所助益的先例。两个原则并肩地存在着。同一律师在同一辩护词中，同一法官在同一法庭意见中，可能运用严格原则将过去的案件删削一半，而运用宽松原则去重建另一半。如果不认识到这一点，就无法懂得法律何以能够变化和发展，而又立足于过去。”^[28]可以认为，卢埃林在此所说的变化和发展的“法律”，是生成于法官手中的判例法；它是在遵循先例的原则下对先例的“突破”。这种突破就是将手边的案件与既往判例进行反复的类比，寻找相似，弥合不同。这个过程，说到底就是通过事实比较而进行的类推解释。

综上不难看出，程序法定原则下的类推解释侧重的是程序法定原则所包含的下述双重限制中的后一方面：一是对于刑事诉讼法有明文规定的诉讼义务，有关权力机关和诉讼参与人都必须遵守；二是有关权力机关不得以法无明文规定为借口，侵害诉讼参与人的权利。详言之，法定义务是针对司法官员和涉事国民的，官民一体受其拘束；而权利是专属于国民的，不仅法律明文规定或列举的权利，司法官员应当尊重和保障，而且法律并未规定或列举的权利，司法官员也不得克减和限制。换言之，程序法定原则不得被用来反对法律未予明示规定的国民权利。因此，国家权力必须以程序法定原则为界，而国民权利并不以程序法定原则为限，许多权利反而是通过填补法定程序的漏洞实现的。填补法律漏洞的依据和手段，正如前文已述，就包括了类推解释。这种以权利为依归的类推解释可以概括为：当某一诉讼行为缺乏相应的程序规定时，援引某一相似程序规定来实现诉讼权利的解释方法。因此，刑事诉讼法上的类推解释并不违背程序法定原则。民国时期陈瑾昆先生已指出：“类推解释，于不背刑事诉讼法固有精神之范围内，亦可许之。……盖刑事诉讼法与刑法之目的不同，总须便利与正确二者并重。苟于实际便利而又不违背立法之本旨，自不必拘泥于法条之文字辞句也。”^[29]因此，需要再次强调的是，程序法定原则只是不禁止补足被追诉人权利的类推解释，对于那些增加国家权力的类推却是严格禁止的。

[26] 参见前引 [22]，陈弘毅文，第9页以下。

[27] Rakas v. Illinois, 439 U. S. 128, 99 S. Ct. 421, 58 L. Ed. 2d 387 (1978).

[28] 参见 [美] 彼得·德恩里科、邓子滨编著：《法的门前》，北京大学出版社2012年版，第7页。

[29] 陈瑾昆：《刑事诉讼法通义》，法律出版社2007年版，第20页。

首先，允许保障国民权利的类推解释。一方面，当刑事诉讼法规定了当事人以及其他诉讼参与人享有的某些权利时，就应当不折不扣地保障这些权利得到实现。另一方面，即使刑事诉讼法没有明文列举，也仍然可以通过相类似的条款类推解释出国民应当享有的权利。这是因为，“权利并非政府赐予的礼物，它们是固有的，先于政府而存在的。政府必须尊重和保护的这些先在的权利。”^[30]因此，如前所述，一些法律对权利作出规定，是因为这些权利非常重要，需要在法律上加以强调，但这并不意味着排除了没有写入法律的其他权利。或者说，权利可分为法定权利与非法定权利，非法定权利并不因某些权利被法定化而沦为非法。在保障法定权利时，必须时刻警惕对非法定权利的无视与侵犯。可以说“无法定则无权力”，却不能说“无法定则无权利”。因此，权利在法律上出现缺漏时，自当通过类推解释加以弥补。只要对一些国家和地区刑事诉讼法上的类推解释略做分析，就不难发现，类推解释只适用于保障当事人等诉讼参与人的权利。比如，我国台湾地区刑事诉讼法对第二审明文规定，“由被告上诉或为被告之利益而申诉者，第二审法院不得谕知较重于原审判决之刑”，但关于第三审却无相应条文。然而，就规范目的而言，被告既然会畏惧不利后果而放弃第二审上诉，第三审上诉又有何不同？这应该不是立法有意排除，而是立法漏洞，司法实务得以类似性为由，将第二审的明文规定类推适用于第三审上诉。^[31]

需要强调的是，刑事诉讼法并非仅仅涉及被追诉人的权利保障，还包括被害人乃至其他诉讼参与人的权利保障。因此，允许保障国民权利的类推解释同样适用于被害人以及其他诉讼参与人。例如，德国刑事诉讼法第55条规定，当证人之答复将使自己或近亲因其犯罪行为或违反秩序之行为而受到追诉时，其得拒绝陈述消息。而当证人为免自身遭受惩戒处罚时，其应得类推适用刑事诉讼法第55条的规定，得拒绝陈述消息。^[32]

其次，禁止运用可能扩张国家权力的类推。“法治要求国家权力以可预见的、形式化的方式运行。由此，合理的法律往往被誉为对权力的约束。但最为重要的是，法使权力得以常规化。”^[33]法是法治的基本要素，法明确规定了国家机关的各项权力，为其正当运行提供了合法性基础。换言之，国家权力必须有明确的法源，不能模糊不清，更不能毫无依据。“现代社会之所以不同于封建专制社会，其中根本的区别在于，一切权力皆来自人民的授权，任何公共权力的行使必须遵循正当程序。从这个意义上说，程序正义既是约束权力的重要手段，也是衡量一个国家法治化程度的重要标准。在法治社会，目的正确并不能构成权力行使的合法依据。”^[34]法在为国家权力提供合法性基础的同时，也为国家权力划定了边界，任何法外的权力运用都是非法的。因此，程序法定原则要求“无程序无处罚”，^[35]这体现了对公、检、法机关权力的约束。侦查、起诉、审判权力都应当有刑事诉讼法上的明确依据，唯法有明文规定者方可行之，凡法无明文规定者，均不得为之。所以，不能通过类推的方式增加司法权力。否则，势必造成国家权力的滥用，进而威胁公民的权利。

[30] [美] 路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔编：《宪政与权利》，郑戈等译，三联书店1996年版，“导论”第3页。

[31] 参见前引[21]，林钰雄书，第20页以下。

[32] 参见前引[20]，罗科信书，第249页。

[33] Roger Cotterrell, *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 18.

[34] 李思远：《法学界的浮躁与集体无意识》，《南方周末》2007年3月15日。

[35] 参见熊秋红：《中国量刑改革：理论、规范与经验》，《法学家》2011年第5期。

三、法律保留原则与类推解释

考夫曼对类推与类型理论的研究虽然以刑法为对象，却也适用于刑事诉讼法上对限制国家权力与保障公民权利的分析。^[36]考夫曼对类推问题的研究以类型理论为基础。在类推解释中，关键的问题就是划分类型。就权利而言，无论法定权利还是非法定权利，本质上都是公民权利，本属同一类型。而国家机关的非法“权力”根本不是权力，与法定权力本质上不是同一类型。因此，类推适用在对待国家权力扩张与公民权利扩大的态度上，是有根本区别的。

刑事诉讼法中的程序法定原则只形成对国家权力的限制，而不构成对公民权利的约束。这一限制在大陆法系体现为刑事诉讼法上的法律保留原则。所谓“法律保留原则”，是指强制处分在公法上之定位，属于干预人民受宪法所保障的基本权利的行为，国家欲强制处分并进而干预人民的基本权利时，必须有法律之授权依据，并且应该谨守法律设定的要件限制，否则即属违法侵害人民基本权利的行为。例如，假设法律并未明文授权监听或身体检查，则不能类推解释关于搜索的规定；同理，证人不到庭的，不得类推适用关于通缉被告的规定而通缉证人。^[37]简言之，干预基本权之强制处分，必须以法律事先的明文授权为依据，必须禁止违反法律保留原则的类推适用。法国《人权宣言》第7条规定，“除非在法律规定的情况下，并按照法律所规定的程序，不得控告、逮捕和拘留任何人”，其精神实质陆续被欧洲大陆国家所吸收。从德国基本法第1条至第20条的规定中，也可以直接推导出程序法定原则。^[38]日本宪法第31条规定：“不经法定程序，不得剥夺任何人的生命或人身自由，也不得对其实施刑罚。”这些均是法律保留原则的立法表现，体现了约束国家权力、保障公民权利的旨趣。在美国，宪法第四修正案通过将干预公民基本人权的搜查和扣押行为纳入需要法院签发令状的范围，体现了与大陆法系法律保留原则相同的法治精神。^[39]法律保留原则还得到了联合国的认可，《公民权利和政治权利国际公约》第9条规定：“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”

“法治程序，可谓国家独占刑事司法的配套措施，因为独占地位意味着国家的权力随之扩张与膨胀，因而，在追诉的过程中，国家大权无时无刻不威胁着无辜的涉嫌者，乃至不受欢迎的人物。除非崇尚专制擅权的绝对主义，否则，在赋予国家追诉与刑罚权的同时，设定界限以防范任何滥用与擅断的危险，殆属必要。”^[40]总之，禁止权力的类推适用，允许保障国民权利的类推解释，其终极目的都是更好地保障人权。美国学者总结说，个人主义视角与监管主义视角是有区别的。从个人主义视角看，宪法第四修正案是对公民利益的保护组合；与之相对，法院则不时从监管主义视角将第四修正案看作政府对其执法程序

[36] 考夫曼认为，“事物本质”是类推的关键点，它不仅是立法也是法律发现之类推过程的基础。而“事物本质”是指向类型的，从“事物本质”产生的思维是类型式思维。参见前引〔8〕，考夫曼书，第103页，第109页。

[37] 参见前引〔21〕，林钰雄书，第232页。

[38] 参见《德国刑事诉讼法典》中译本引言，李昌珂译，中国政法大学出版社1995年版，第12页。

[39] See Joshua Dressler and George C. Thomas III, *Criminal Procedure: Investigating Crime*, 4th ed., West, 2010, p. 84.

[40] 林钰雄：《刑事法理论与实践》，台湾学林文化事业有限公司2001年版，第16页。

的规范。个人主义视角中最重要的问题是，个人的权利是否遭到侵犯；监管主义视角中最主要的问题是，如果不去监管，政府从事的活动是否通常会威胁人民的安全。监管主义最明显地体现在法院对排除规则的适用上，其目的在于阻止警察的违法行为，实现第四修正案的保护。^[41] 所以，禁止扩张国家权力的类推解释，实际上也就是禁止干预公民权利的类推解释，其根本目的在于保障公民的基本人权不受国家权力的侵犯。

需要附带说明的是，对于那些可能拓展国家权力，但不会干预国民权利的法律漏洞，是否允许通过类推解释加以适当填补？《法国民法典》第4条规定，“审判员借口没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理者，得依拒绝审判罪追诉之”，^[42] 本规定被概括为“法官不得以没有法律规定为由拒绝裁判的原则”。不过，这一原则仅在民事审判中有效。在刑事审判中，由于受制于罪刑法定原则，法律没有具体规定时，法官不得作有罪裁判。也就是说，法官不可借口填补法律漏洞而对法无明文规定的行为施加刑罚。但在刑事诉讼法中却有某些法律漏洞，填补之后既无害于国民权利，又有益于诉讼进程。因此，可以通过类推解释等方式填补这样的法律漏洞。比如在美国，可以将科学实验与列队辨认相类推，因为列队辨认可能出错，正如心理实验可能出错一样。^[43] 学者也指出，刑事程序法中尚有若干规定与被追诉人的权益关系不大，仅属于诉讼进行中的技术性规范，因其没有干涉国民基本权利，故应允许权力在法无明文规定时有所作为。^[44] 本文也认为，应当允许对不涉及干预公民权利的国家权力适用进行类推解释，这种类推解释并不违反法律保留原则。

四、我国刑事诉讼法上的类推解释

三十多年来，我国刑事诉讼法不断完善，但法律漏洞依然难以避免。这些漏洞的存在，诱发了实践中诸多的非法定程序，其中不乏类推解释者。初步归纳，大致有以下几类：

其一，扩张国家权力并干预国民权利的类推解释。为保证案件事实顺利查明，我国刑事诉讼法赋予侦、控、审机关较大的权力，对犯罪嫌疑人和被告人课以较多的义务。尽管如此，侦、控、审机关还通过各种途径，行使刑事诉讼法没有赋予他们的权力，导致被追诉人额外承担着刑事诉讼法没有规定的某些“诉讼义务”。这些法外“权力”的行使与额外“义务”的承担，有相当一部分是类推解释的结果。在这些类推解释中，法定权力常常成为侦、控、审机关类推解释其行使法外“权力”的依据，而法定义务每每成为国民在类似情形下承担法外“义务”的根据。比如，在侦查、审查起诉和审判三个阶段，唯有侦查阶段规定犯罪嫌疑人“应当如实回答”（刑事诉讼法第118条第1款），而实践中“应当如实回答”的义务常被类推适用于审查起诉阶段的犯罪嫌疑人和审判阶段的被告人。再如，刑事诉讼法第158条第2款规定，犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，侦查羁押期限自查清其身份之日起计算。这一所谓“特殊侦查羁押期限”只适用于逮捕之后，而不适用于拘留之后。但2013年《公安机关办理刑事案件程序规定》第126条第1款却照此类推规定，

[41] 参见前引[39]，Joshua Dressler等书，第448页以下。

[42] 《拿破仑法典》，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，商务印书馆1979年版，第1页。

[43] 参见甄贞等编译：《法律能还你清白吗？——美国刑事司法实证研究》，法律出版社2006年版，第78页以下。

[44] 参见陈卫东：《程序正义之路》第1卷，法律出版社2005年版，第81页。

“犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，……拘留期限自查清其身份之日起计算”。

其二，赋予犯罪嫌疑人和被告人以及其他诉讼参与人权利的类推解释。比如，2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第349条第2款规定：“高级人民法院复核死刑缓期执行案件，不得加重被告人的刑罚。”这实际上是对刑事诉讼法第226条第1款的类推解释。该款规定：“第二审人民法院审理被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件，不得加重被告人的刑罚”。

其三，限制公安司法机关权力，保障刑事案件客观公正处理的类推解释。比如，刑事诉讼法第171条第3款规定，人民检察院审查案件时，补充侦查的期限为1个月，并以2次为限；该法第198条、第199条规定，法庭审判过程中遇有“检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查”，提出延期审理建议的，应当在1个月以内补充侦查完毕，但没有规定次数。2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第223条第1款规定，“审判期间，公诉人发现案件需要补充侦查，建议延期审理的，合议庭应当同意，但建议延期审理不得超过两次。”这实际上是对前者的类推解释。

从以上例举可以看出，我国刑事诉讼法上的类推解释是通过两种方式进行的。一是长期实践中养成的惯常做法。被追诉人在审查起诉和审判阶段“应当如实回答”即属此类。二是司法解释与行政性规定将这种类推解释固化为规则，成为公安司法机关办案的重要依据。比如，公安机关在拘留后对身份不明犯罪嫌疑人的无期限羁押等做法，即借由这种行政性规定而“合法化”。这些类推解释有的不乏合理性，但我们更应当注意到，某些类推解释极不合理，尤其是类推解释权持于权力机关之手，极易扩张权力。为实现司法公正，确保刑事诉讼法真正成为保障人权、约束权力的法律，实有必要对我国司法实践中的类推解释加强梳理，予以规范，使之符合法治精神。总的精神是，在强调程序法治、坚持程序法定原则的同时，更应该在宪法层面确立法律保留原则，对于那些剥夺国民基本权利的事项，必须由法律明确规定，而不能以司法解释和行政性规定的形式进行；对于保障国民基本权利的事项，如果法律没有具体规定，则可以通过类推解释的方式予以实现。

为此，应当对实践中的类推解释进行清理，禁止扩张侦、控、审权力，进而干预国民基本权利的类推解释。尤其是，对限制人身自由的强制措施和处罚，只能通过制定法律来加以规定，而不得授权给行政性规定。因为“刑事诉讼所具有的重要性与严重程度说明这种诉讼应受其自有的程序规则的约束，而这些程序规则只能由立法加以规定，因此只能具有立法性质。”〔45〕

应该承认，刑事诉讼法经过修改，得到了很大的完善；但也应当承认，可改进的空间仍然较大。应当允许当事人等诉讼参与人以类推解释的方式提出自己的诉讼主张与诉讼权利，而不能动辄以法无明文规定为由随意驳回当事人等诉讼参与人的诉讼请求。同时应当完善程序性问题的法律审和法律审级，确立针对侦查机关的司法审查原则。我国当前司法实践中的程序性违法，由侦查机关实施的占较大比重，这其中又有很多属于通过类推解释来扩张权力。“为使程序合法性原则得到顺利执行，司法审查原则是其重要保障。”〔46〕因

〔45〕 前引〔13〕，斯特法尼等书，第15页以下。

〔46〕 前引〔44〕，陈卫东书，第83页。

此，为了约束侦查机关滥用类推解释，应当完善对类推解释的司法审查，允许当事人就类推解释向法院寻求救济，排除侦查机关利用类推解释干预公民权利所获得的非法证据。学者指出，侦查机关是“曲意释法”的主角，且有一定的隐蔽性，往往隐藏在法律解释活动的背后，其外观上表现为法律解释行为：既有抽象的法律适用解释，也有具体的个案解释；手段上则表现为，曲解法条的规范性质和用语文义、选择性采用对自己有利的法律解释方法以行自我授权之实。^[47]在实践中，侦查机关扩张权力通常不是通过立法扩大授权，而是在执法过程中滥用职权，在根本无“法”可执的情况下，则借口“法不禁止”或者援引似是而非的类似条文恣意妄为。因此，完全寄希望于完善法律来防止权力的滥用，是远远不够的，只有建立起以司法审查为核心的监督体系，才能实现刑事法治的目标。

Abstract: As a judicial instrument to fill loopholes up, analogical interpretation takes different forms in the criminal law and the criminal procedure law and carries different legal implications. In the criminal law, the principle of legality generally denies the application of analogical interpretation, especially the analogy between similar legal provisions. However, absolute prohibition of analogical interpretation in the criminal law is undesirable. On the one hand, it is difficult to define the boundary between analogical interpretation and extensive interpretation, while the latter is allowed in the criminal law. On the other hand, the criminal law also allows the analogical interpretation in favor of the defendant where facts are proved similar. In contrast, the principle of legality imposes no general prohibition against analogical interpretation in the criminal procedure. Given that the power of the state and civil rights are originated from different sources, the principle of legality prohibits analogical interpretation only when such interpretation expands the power of the state, and does not prohibit its application to protect civil rights. However, in the context of Chinese criminal procedure, because the principle of legal reservation is not established, the power of the state often takes the form of analogical interpretation which seriously breaches the legal rights and interests of the parties. In fact, the cases are rare where analogical interpretation is applied in the criminal procedure to protect the rights of the parties. Further research on the analogical interpretation in the criminal procedure should be strengthened, so as to established the principle of legal reservation, set up the judicial review system, prohibit the analogical interpretation that expands the power of the state, and pave the way for the analogical interpretation to safeguard litigants' rights and interests.

Key Words: analogical interpretation, legal loophole, principle of procedural legality, principle of legal reservation

[47] 参见万毅：《“曲意释法”现象批判——以刑事辩护制度为中心的分析》，《政法论坛》2013年第2期。