

刑法司法解释的真实逻辑

林 维*

〔摘要〕 虽然最高司法机关往往强调解释符合立法原意,但实际上其一贯运用的仍然是基于特定目的的客观解释论,主观解释无非是一种论证解释之正义性的工具而已。在客观解释论指导下,解释方法的适用也就并无原则或者序位可循,不同解释方法仅仅被用来论证不同解释结论正当性的不同方式。进一步而言,在逻辑上,客观解释论与实质解释论之间具有更亲密的呼应,在客观解释支配下的、没有解释方法限制的司法解释实践必然是一种实质解释论。

〔关键词〕 刑事司法解释;解释目的;解释方法;解释理念

刑法解释的目标应当是什么,最高司法机构是否遵循一定的解释方法等等,这一直是一个扑朔迷离的问题。判例制度的欠缺、判决结论法理阐明的过简、解释文件背景材料的不足,都造成了人们对解释结论只知其然不知其所以然,无法清晰地确认最高司法机构解释的真实逻辑,导致我们对这些问题无法细致深入。本文试图对此加以初步的探索。

一、司法解释的目标:主观解释抑或客观解释

司法解释的目标究竟是什么,主观解释论认为应当是阐明刑法的立法原意,一切超出刑法立法原意的解释都是违法的,它假定并相信作品中有独立的“原意”,强调刑法的安全价值和保障机能;而客观解释论认为刑法解释应以解释适用时刑法之外在意思为目标,认为独立于解释者理解之外的法律立法原意是不存在的,法律的含义因时代变化而变化,其强调法律的公正价值和法律的保护机能。^①这一争论在学理上得到了充分阐明,在此不再赘述其各自的理由。问题在于,最高司法机关是如何实践的?

(一) 立法原意的作用

最高人民法院(以下简称“最高法院”)《关于司法解释工作的规定》第3条规定,司法解释应当根

* 法学博士,中国青年政治学院法律系教授,100089。本文系全国百篇优秀博士论文作者专项资助成果。

① 齐文远、周详:《论刑法解释的基本原则》,《中国法学》2004年第2期。

据法律和有关立法精神,结合审判工作实际需要制定。2004年最高人民法院工作报告指出,在制定司法解释过程中,力求司法解释准确体现立法本意。有关司法解释刻意强调这一点,例如2010年12月22日《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第1条规定,自动投案包括“其他符合立法本意,应当视为自动投案的情形”。在有关解释的说明上更是到处强调立法原意^①。

实际上,不仅司法机关,立法机关也需要不断强调“法律解释草案符合1997年修改刑法时的立法原意”^②。

此外,在立法原意之外,最高法院有时也在并列意义上使用“立法精神”。例如,有认为,最高审判机关11年来单独或与有关部门联署制发的司法解释,根据立法精神和本意,适应形势发展的需要,弥补了刑事立法的不足^③;或认为司法解释工作的指导思想应当是……严格依照法律授予的职权,按照立法精神和立法原意,准确、及时地做出司法解释^④。现在仍然有人认为,司法机关必须按法律条文的基本精神去解释^⑤。

立法原意有时确实可能成为解释依据。例如2004年12月29日全国人大常委会《关于刑法有关信用卡规定的解释》将所有银行卡均解释为信用卡,其主要理由即为1997年刑法修订时,当时我国银行发行的全部都是借记卡而非国际通行意义上的信用卡,即立法机关当时的意图是明确的,即只要是针对银行和金融机构发行的具有消费信用、转账结算、存取现金功能的电子支付卡的犯罪都属于信用卡类的犯罪^⑥。

但是,绝大多数情况下,立法原意的存在与

否毕竟是一件令人倍感困惑的事情。尤其在在我国,立法历史数据的欠缺、不完备以及档案查找的困难,使得我们很难依据某一项或者几项历史资料以确定我们的解释结论。例如我们只有刑法规范的历次草稿,但没有详尽说明历次草稿发生变化的具体理由,因而使得我们无法揣测这一结论制作的背景、其中的争论以及最终妥协方案的产生原因^⑦,也就无法了解立法原意究竟为何。即便是一些立法过程中的讨论,它只可能零碎地告诉我们一些个体立法者的见解和观点,但不能告诉我们立法机关本身的意图。因此,企图让后来的司法者加以洞察即便是置身其中的立法者都无法清晰把握的所谓原意,是一件根本不可能完成的任务。较之立法原意,立法精神更是在一种更为抽象含混的意义上使用。正是基于这样的背景,最高法院也不得不承认:哪些解释应当属于立法机关进行立法解释,哪些应当属于司法机关做出司法解释,这在少数情况下可以分清楚,但绝大多数情况下分不清楚,要对立法解释和司法解释设定一个界线,无论是从理论上还是从实践来说都是讨论不清的^⑧。

(二) 客观解释的转向

无论是学界还是实务界,对于某一具体解释结论是否违背立法原意或者超越刑法规定的争论,不胜枚举,虽然意见各异,但是对于刑法司法解释中确实存在着违背立法原意的所谓违法解释或者越权解释这一判断,完全不存在任何分歧^⑨。

^①具体参见最高人民法院刑一庭编:《现行刑事法律司法解释及其理解与适用》,北京:中国法制出版社,2004年,第306页、第386页。

^②2004年12月27日全国人大常委会法工委《关于〈刑法有关信用卡规定的解释〉(草案)审议结果的报告》、2005年12月27日《关于〈关于刑法有关出口退税、抵扣税款的其他发票规定的解释〉(草案)审议结果的报告》、12月29日《关于〈关于刑法有关文物的规定适用于具有科学价值的古脊椎动物化石、古人类化石的解释〉(草案)审议结果的报告》都使用了这样的表述。

^③张军:《最高审判机关刑事司法解释工作回顾与思考(1980—1990)》,《法学研究》1991年第3期。

^④周道鸾:《论司法解释及其规范化》,《中国法学》1994年第1期。

^⑤郎胜语,参见张军、姜伟、郎胜、陈兴良:《刑法纵横谈》,北京:法律出版社,2003年,第46页。

^⑥黄大云:《明确刑法中信用卡的含义,准确打击信用卡犯罪,维护金融安全》,最高人民法院刑庭编:《刑事审判参考》(第41辑),北京:法律出版社,2005年,第118页。作者时任全国人大常委会法工委刑法室副主任。

^⑦林维:《刑法解释的权力分析》,北京:中国人民公安大学出版社,2006年,第114页。

^⑧张军语,参见张军、姜伟、郎胜、陈兴良:《刑法纵横谈》,第48页。

^⑨参见《粤籍代表建议最高法院验收法律界限:司法解释不等于变相立法》,《羊城晚报》2004年3月15日。

有的司法解释如1989年11月6日最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》规定,挪用公物归个人使用,情节严重的,可以折价按照挪用公款罪处罚,立法机关有关人员明确指出该结论违背立法原意^①,因而2000年3月6日最高人民检察院《关于国家工作人员挪用非特定公物能否定罪的请示的批复》则明确规定,挪用公款罪未包括挪用非特定公物归个人使用的行为。最高法院自己也承认,过去司法解释的内容,个别存在超越司法解释权的情况,这种情况,我们立法机关也认为有,而且以后也可能出现^②。不仅如此,学界也有认为立法解释没有遵循立法原意,例如全国人大常委会《关于刑法第九章渎职罪主体适用问题的解释》违背了立法条文的范围,属于越权解释^③。

毫无疑问,强调司法解释遵循立法原意将打消人们对司法解释越权的批评和质疑,从而强化解释权力行使以及司法解释结论的正当性。司法机关的能动性无论多么大,它都必须首先在名义上与立法权相划分。因此,一方面,即便是客观解释论者,也仍然会想方设法地证明自己的解释结论从另一角度而言更符合立法原意;更意味的是,客观解释论者在批评某一解释结论不正确时,有时也会指出某一解释结论其实并不符合立法原意。

另一方面,即便立法原意能够发现,如果认为必须生硬地按其进行解释,无视客观形势的变迁以及新生事物的层出不穷,将使得解释者成为一个疯狂的原教旨主义者。例如前述全国人大常委会有关信用卡的立法解释表面上严格遵循了立法原意,却遭到了激烈批评,认为忽视了客观现实的变化和国际通例,超越了国民预

测的可能性范围,是不妥当的,刑法应当对现实变化作出积极应对,而不是墨守成规,造成实践的混乱和脱节^④。

立法原意的认定和排除,不是解释问题而是判断问题。实践中,即使在提供了立法原意的情况下,法院通常也会在决定是否采纳之前先对其加以检验,如果有利,就以某种方式加以依赖,如果不利,处置这些材料的最快捷方式就是排除。充分的数据证实,只要它有碍于法院保护现实的价值和利益,就几乎会被忽略或轻视^⑤。

事实上,法律规范的抽象性使得法院也不可能事事向立法机关征求意见,要求回答,强调司法一定的独立性乃至其能动性,就不得不意味着法院需要面对社会问题即刻做出独立的思考和回答。

因此,权力的相对独立和立法原意无从捉摸,促使客观解释的转向几乎是一种必然。例如2004年5月18日最高法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》指出,人民法院在解释和适用法律时,应当妥善处理法律效果和社会效果的关系,既要严格适用法律规定和维护法律规定的严肃性,确保法律适用的确定性、统一性和连续性,又要注意与时俱进,注意办案的社会效果,避免刻板僵化地理解和适用法律条文,在法律适用中维护国家利益和社会公共利益。这一文件虽然并非针对刑法解释,但代表着最高法院在法律解释上的倾向。

由于社会历史的流变,刑法解释不可能完全遵循历史的立法意图。刑事立法一旦颁布,几乎都依赖于解释活动。良好的解释活动使得刑法规范能够在较长时期内保持其活力,适应千变万化的社会现象。高素质的司法人员能够在罪刑法定原则思想指导下,将现行刑法的作

^①郎胜指出:关于挪用公物问题,在立法时多次研究过,两高的解释在征求意见时,立法机关也给最高司法机关提出过,但是没有被采纳,还是给解释进去了。我们开始就告诉你们,在立法的时候讲的就是“款”而不是“物”,参见张军、姜伟、郎胜、陈兴良:《刑法纵横谈》,第51页。

^②张军语,参见张军、姜伟、郎胜、陈兴良:《刑法纵横谈》,第49页。

^③赵秉志主编:《刑法解释研究》,北京:北京大学出版社,2007年,第112页。

^④赵秉志主编:《刑法解释研究》,第113-114页。

^⑤[美]詹姆斯·安修:《美国宪法判例与解释》,黎建飞译,北京:中国政法大学出版社,1999年,第131页。

用发挥得淋漓尽致,学者在在宪法精神指导下,充分进行客观的解释、目的论的解释、同时代的解释,从而使刑法仍然能够适用现在的需要^①。

客观解释的趋势更加符合司法机关的权力欲望。事实上,最高司法机关在进行刑法解释时,几乎没有任何现实可行的方法以探索立法原意,也无法提供任何客观证据说明何为立法原意,所谓符合立法原意也往往仅是其一厢情愿的猜测和认定,而立法机关对这样的说法也不愿予以表态。因此最高司法机关实际上也并不刻意强调其结论符合立法原意,但是,越是对于那些争议激烈的司法解释,却又越需要强调立法原意的符合以论证其合法性。

二、解释方法的序位:层级性抑或中立性

(一) 解释方法的无原则适用

正是因为刑法解释以客观解释为主,而仅以立法原意为论证理由,因此解释方法的运用在我国刑法司法解释中更多地呈现出随意性,每一种方法都得到运用,而每一种方法都可能被否定。有学者即认定,不同时期最高法院采用各解释方法的权重是不完全相同的,不同的解释方法在最高法院的司法解释中占据的地位不同,在不同部门法领域最高法院采用的解释方法也不相同^②,法律解释行为也因此被认为规范性程度较低^③。

以主要的几种方法为例。例如文理解释或者当然解释等,刑法第170条、第227条、第306条分别规定了伪造货币罪、伪造有价票证罪,但在“伪造”是否包含变造行为问题上,相同的“伪造”一词具有不同的含义。由于第173条另行规定了变造货币罪,因而伪造货币罪不包括变

造行为;但刑法并没有变造有价票证的规定,因而不将“伪造”解释包括“变造”在内,显然无法做到处罚的恰当性^④。又如1998年4月6日最高法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》甚至认为私有公司、私有企业也属于个人,虽然这一解释之后为立法解释所否定。又如刑法第269条规定转化型抢劫罪的前提是,“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”,但司法解释历来是即使未达到数额较大而不构成盗窃、诈骗、抢夺罪的,亦可能转化为抢劫罪。又如2003年12月23日两高、公安部、国家烟草专卖局《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》第1条规定,非法生产、拼装、销售烟草专用器械行为构成生产、销售伪劣产品罪。实际上,生产、销售的烟草专用器械可能根本不符合所谓掺杂、掺假、以假充真、以次充好等情形。又如2001年4月5日两高《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第4款规定,医疗机构或者个人,知道或者应当知道是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买、使用,对人体健康造成严重危害的,以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。

再如体系解释,以刑法第126条之一规定的隐匿、故意销毁会计资料罪为例,在实践中最大的问题是国家机关、事业单位会计人员隐匿、故意销毁会计资料的犯罪行为是否构成犯罪。从体系上看,由于该罪名被定位于“妨害对公司、企业的管理秩序罪”中,因而可以认为国家机关、事业单位会计人员的上述行为并不构成该罪。但是有关人员指出,刑法修正案将新增法条放在刑法第162条之后,主要是考虑到增加的内容与其最为接近,并不意味着该条的犯罪主体仅限于公司、企业,对于该条的法律含义应从条文本身的內容去分析理

^①张明楷译:《日本刑法典》,北京:法律出版社,1998年,“译者序”第6页。

^②纪诚:《最高人民法院司法解释》,北京:中国政法大学出版社,2007年,第199页。

^③周永坤:《法理学》,北京:法律出版社,2004年,第423页。

^④2000年12月5日最高法院《关于对变造、倒卖变造邮票行为如何适用法律问题的解释》即将变造行为按照伪造有价票证罪予以处罚。

解,而不能只从本节类罪名来划定该条的犯罪主体^①。

因此,在客观解释或者目的解释观的支配下,解释方法的适用并无原则或标准可循,不同解释方法在不同的解释文件中,仅仅被用来论证不同解释结论正当性的不同方式而已。

(二) 刑法解释方法的中立性

无论何种解释,方法当然必要。很多学者强调在刑法解释方法中应当遵循某种顺序规则,将解释方法进行一定的层级排序,来构建一个科学合理的刑法解释学。例如有学者认为各种刑法解释方法并非并列,而具有层次上的高低之分,刑法解释方法应当遵循如下规则:第一,文理解释为先;第二,单一规则,即通过文理解释可使其含义明确的,无需再作论理解释;第三,论理解释优势规则,即对刑法规定的同一用语进行解释时,如果文理解的结论和论理解的结论相冲突时,应取论理解释之结论^②;或者认为文义解释具有绝对优先权,体系解释只是在文义解释不能确定语词含义时才可运用;目的解释则是在文义解释和体系解释仍不能确定其含义时才可运用;法意解释是上述三种解释还不能确定其含义时,才可运用。而上述刑法解释规则的核心是从严解释,做有利于被告人的解释^③。

甚至罕见的,前述最高法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》指出,人民法院对于所适用的法律规范,一般按照其通常语义进行解释;有专业上的特殊涵义的,该涵义优先;语义不清楚或者有歧义的,可以根据上下文和立法宗旨、目的和原则等确定其涵义。但是,凡需要解释者,必然意味着有争议观点存在,就必然意味着语义不清楚,最高法院的实践从来没有按照这样的思路按部就班地进行。

刑法解释方法的多样性恰恰削弱了特定一种刑法解释方法的重要性。将解释方法予以排序的努力效果值得怀疑,并且也无法证伪,它直接导致我们长时间以来对刑法解释方法可能给予了过高估价。刑法解释方法在所起的作用是有限的、非终局性的,刑法解释结论的得出并不完全甚至并不主要依赖于解释方法。在刑法解释活动中,并不是我们在探求一个已经在目的地等待我们的正确的、客观的解释结论——我们通常假设总是有这样一个等待我们的结论,我们所要做的仅仅是寻找一个合适的途径去接近它、捕获它——恰恰相反,刑法解释活动中的基本形态,就是我们实际上已经知道了多个似是而非的结论,让我们绞尽脑汁的并不是寻找,而是在众多结论中进行选择。有时候,我们在眼花缭乱的结论中已经内心确定了一个结论,我们只是需要用解释方法论证我们所选择的结论,重要的也不是寻找,而是判断和说服。显然,解释方法如同所有一般规则的应用一样,需要判断力,而这种判断力本身是不能又由规则确保的^④。

在解释活动中,当我们面对不只一种可以采用的方法时,我们无法由方法本身了解到,究竟应当选择这种方法还是另一种方法,它也无助于解释结论的最终判断和选择,也无法论证解释结论的正确性。解释方法仅仅是论证解释结论可以这样得出的一个表面依据,它根本不能说明我们为什么要得出这个解释结论,即它不能对解释结论进行实质性的证成。方法本身无法帮助我们提出真正有意义的问题,并且在一种竞争性的场合下,对解释方法的最熟练掌握也无法根本上决定我们进行恰当的解释或者合理的选择、判断。正是由于这一欠缺,方法本身就不具有对解释过程而言最具决定性的价值

^①黄太云:《〈中华人民共和国刑法修正案〉的理解和适用》,《刑事审判参考》(第6辑),北京:法律出版社,2000年。2002年1月14日全国人大常委会法制工作委员会针对审计署的问题所作的答复,认为任何单位和个人在办理会计事务时对依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告,进行隐匿、销毁,情节严重的,构成犯罪,应当依法追究刑事责任,也就可以理解了。

^②李希慧:《刑法解释论》,北京:中国人民公安大学出版社,1995年,第96、132页。

^③李国如:《罪刑法定原则视野中的刑法解释》,北京:中国方正出版社,2001年,第201-203页。

^④康德:《判断力批判》(1799)第7章,转引自[德]加达默尔:《真理与方法》,洪汉鼎译,上海:上海译文出版社,1999年,第718页。

判断要素,而变成一种纯粹中立的事物。

这种中立性首先表现在它对自身的选择并非主动,而且没有一个预设标准,其次表现在它无法对可能出现的多个解释结论进行合理与否的判断,进而做出最佳选择。而解释恰恰就意味着选择,甚至可以说解释就是选择。众多刑法解释方法的存在,也恰恰说明了解释者对于解释方法在不同场合存在着选择,不存在一个客观的、普适的、确定的标准解释方法,不同的解释方法得出的结论可能完全不同,人们并不是先验地选择刑法解释方法,而是对根据各种解释方法所得出的结论进行选择,进而通过解释方法的阐明来说明解释结论的正当性和合法性。

(三) 刑法解释方法的真正作用

每一种刑法解释方法自有其内在的适用逻辑或范围,又都存在着固有的缺陷^①,强调刑法解释方法的局限性以及中立性,并不是要全盘否定解释方法的重要性,更不是像有的学者指出的那样,要造成这样的误导,即认为法律解释方法和规则是无效的和没有实际意义的^②。

解释方法的运用同自然学科中方法的运用最大的不同在于,前者将汇出不同的多个结论,而后者则是殊途同归。在前者,方法构成了结论的一部分而使结论并非唯一确定。它并非是对结论的客观再现,而是一种主观构建,因此问题在于我们更愿意选择哪个结论作为我们认为正当或者正确的答案。但在后者,它是可重复试验并确定同一再现的,因为结论是独立于方法而客观存在的确定事物,结论的正确性同方法的选择上存在着规律的联系,唯一的疑虑是主体是否能够找到这个存在的方法以便发现那个正确结论。

以刑法第12条第2款规定,已满14周岁不满16周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任。对于上述规定是限定了罪名还是行为,例如绑架后故意杀死被绑架人的定性,最高人民法院刑事审判第一庭审判长会议认为,此种情形按照故意杀人罪论处^③。而全国人大常委会法工委《关于已满14周岁不满16周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》指出,刑法第17条第2款规定的八种犯罪,是指具体犯罪行为而不是具体罪名。对于刑法第17条规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡”,是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的,都应负刑事责任,而不是指只有犯故意杀人罪、故意伤害罪的,才负刑事责任,绑架撕票的,不负刑事责任。对司法实践中出现的已满14周岁不满16周岁的人绑架人之后杀害被绑架人、拐卖妇女、儿童而故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或者死亡的行为,依据刑法应当追究刑事责任。这一意见的结论过于含混而容易引起误解,基于这一答复,2003年4月18日最高人民检察院法律政策研究室《关于相对刑事责任年龄的人承担刑事责任范围有关问题的答复》指出,相对责任年龄的人实施了刑法第17条第2款规定的行为,其罪名应当根据所触犯的刑法分则具体条文认定。对于绑架后杀害被绑架人的,其罪名应认定为绑架罪。其主要理由是,该款规定的八种犯罪是指具体犯罪行为而非具体罪名,相对责任年龄者应当根据案件具体情况确定所适用的罪名^④。但同样根据这一答复,有学者却认为上述行为应定故意杀人罪^⑤。在此,最高人民法院采取了平义解释的方法,意在追求刑事责任范围的

^①有关此点,请参见苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,梁治平编:《法律解释问题》,北京:法律出版社,1998年;以及探讨刑法解释方法的欠缺,参见林维:《刑法解释的权力分析》,北京:中国人民公安大学出版社,2006年,第85-121页。

^②李国如:《罪刑法定原则视野中的刑法解释》,第165页。

^③最高人民法院刑事审判第一庭审判长会议《关于已满14周岁不满16周岁的人绑架并杀害被绑架人的行为如何适用法律问题的研究意见》,《刑事审判参考》2001年第1辑。

^④孟燕菲:《〈最高人民法院法律政策研究室关于相对刑事责任年龄的人承担刑事责任范围有关问题的答复〉的理解与适用》,最高人民法院法律政策研究室编:《检察业务指导》(2003年第3辑),北京:中国法制出版社,2003年,第73页。

^⑤参见张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2003年,第189页。

精确性;而最高人民检察院采取了扩张解释的方法以保证罪名确定的一致性。

这一事例说明,表面上,是解释方法导引我们获得正确结论,而实际上是我们自己对“何为正当、何为优先”的价值判断决定了结论的指向。这就象对宗教的经典文本进行解释的时候一样,文本的含义不被接受,除非能够与解释者所信仰的教义相一致。很多学者都指出,我们应当心怀正义对刑法进行解释,但何谓正义本身就可能是一个立场问题而需要价值判断。拉德布鲁赫曾经指出:“是非感预先采取了结论,法律则事后为此提供理由及界限。”是非感就是一种拥有正确先前理解的技术。正是在这一意义上,古罗马法学家认为法律发现是良善而公平的艺术。裁判只是技术,根本不含有任何科学的成分^①。

刑法解释方法的中立性也说明,各种解释方法并不自然地组成一种规则体系,因而在解释方法之间并不存在一种效力阶差体系,而仅仅是一种解释方法的集合。解释方法本身不能说明,为什么在文理解释已经做出一个确定结论的时候,我们仍然认为它是“不明确的”而转而求助于体系解释或者论理解释。它根本无法分辨什么样的结论是不明确的,什么样的结论是我们不需要的,什么样的结论是我们当前要拒绝的。由于解释规则并不形成一种等级体系,因而刑法解释结论的“正确性”就并不是因为我们选择了正确的解释方法,而是因为我们总是能够通过某一种解释方法来说明自身的结论,或者我们有足够的权威或者权力去论证自身解释结论的正确性。这才是它的真正作用。

例如对于单位实施法律并未明文规定单位犯罪的犯罪类型如盗窃罪、诈骗罪,不同的解释文件有着不同结论。1996年12月24日最高法

院《关于审理诈骗案件具体应用的若干问题的解释》规定,单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员以单位名义实施诈骗行为,诈骗所得归单位所有的,应以诈骗罪追究上述人员的刑事责任。2002年7月8日最高人民检察院《关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》中“单位有关人员为谋取单位利益组织实施盗窃行为,情节严重应当依照盗窃罪追究直接责任人员的刑事责任”的结论一致^②。但否定者指出,刑法没有将单位盗窃规定为单位犯罪,按照罪刑法定原则,对单位盗窃不能以盗窃罪定罪^③,这一结论同2001年1月21日最高法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中对单位贷款诈骗的定性结论的精神一致,该纪要指出,根据刑法第30条和第193条的规定,单位不构成贷款诈骗罪,也不能以贷款诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任,但是符合合同诈骗罪的构成要件可以按照合同诈骗罪定罪处罚。仅仅依据解释方法,我们根本无从判断上述哪个结论更符合解释规则,更为明确或更为正确。

对刑法解释方法的过度重视忽视了解释行为的核心是解释主体以及解释主体所处的整个情境。刑法解释方法规则论者对解释方法的过度重视建立在这样一个前提之上,即基于一种确定的解释方法,不同的人总是能够寻找到明确的结论,而这个结论也总是为大家所接受。虽然人们会从规范的字面含义开始其解释旅程,但是刑法解释结论的最终确定本身仍旧是一个价值判断的过程,即使使用同一解释方法,例如原意解释或者平义解释,也可能因为各自理解的原意或者平义的不同而有所差别,更不用说最终对于解释结论的采纳更是主观选择的

①[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,北京:法律出版社,2004年,第85-86页。

②这一结论同1996年1月23日最高人民检察院《关于单位盗窃行为如何处理问题的批复》一致,但它被2002年2月22日最高人民检察院《关于废止部分司法解释和规范性文件的决定》明令废止。

③周道鸾、张军、高憬宏、熊选国:《刑法实务若干问题研究》,《刑事审判参考》(第36集),法律出版社,2004年。该文指出,对于单位盗窃如何适用法律问题,涉及法律如何完善的问题,建议两高收集此类案例,必要时就此类刑法没有明文规定为犯罪的行为如何适用法律的问题,以两高名义向立法机关提出修改法律或者制定立法解释的建议,因为这不是通过司法解释所能解决的问题。在刑法没有做出修正或者制定立法解释之前,对司法实践中发生的此类行为,不宜对单位或者其直接负责的主管人员和其他直接责任人员定罪处罚。据此,前引两高有关盗窃罪、诈骗罪的解释结论均违背罪刑法定原则。

结果。由于人们将刑法解释和适用的过程单纯地视为一种逻辑的客观推演而非理性价值判断的过程,“法律机制在任何案件中都能指出唯一正确的解决方法,好像可以同时忽略法律的目标和政策,仅通过判决的方法,完全可以从法律中合乎逻辑地自动得出正确判断。”对于持这样一种态度的贝卡里亚,有的学者略带讽刺地指出,从这里可以看出,他没有受过法律方面的正规训练,也不曾从事过司法实践^①。试图首要地、决定地通过方法来达到正确的解释结论,无异于以为首要地、决定地运用语法规则就能够写就一篇优美的文章,虽然没有语法规则,毫无次序的词汇排列就仿佛变成一种梦魇。

三、司法解释的理念： 形式解释抑或实质解释

任何解释行为都是充满了强烈目的性的行为,任何解释也就最终都是一种目的性的解释。正是由于目的解释的最终性,所以有学者认为,解释方法之桂冠当属于目的论之解释方法,因为只有目的论的解释方法直接追求所有解释之本来目的,寻找出目的观点和价值观点,从中最终得出有约束力的重要的法律意思;而从根本上讲,其他的解释方法只不过是人们接近法律意思的特殊途径^②。在这意义上,客观解释和目的解释之间不谋而合,异曲同工。客观解释的最大好处就在于,其赋予今天的司法者以最大的解释空间适应当下情势,以便实现今日之司法者意图实现的目标。

但是问题在于:类推也不外乎是一个在目的解释的范围之中所进行的逻辑的及法律的推论程序^③,有的司法解释基于客观解释又确实存在着类推嫌疑。例如最高人民检察院2000年4月30日《对〈关于中国证监会主体认定的请示〉

的答复函》、5月4日《关于镇财政所长是否适用国家机关工作人员的批复》以及10月9日《关于合同制民警能否成为玩忽职守罪主体问题的批复》、2000年9月8日最高人民法院《关于未被公安机关正式录用的人员狱医能否构成失职致使在押人员脱逃罪主体问题的答复》等,均存在着“以国家机关工作人员论”的拟制性结论,这些结论的出现都是因为刑法对国家工作人员渎职行为的处罚存在疏漏,不得不通过司法解释的途径加以弥补。解释者也不得不指出,这些解释主要肇因于我国在机构改革中的过渡性质和社会管理的实际情况^④,此后这一问题不得不统一地交由立法解释加以解决。

因此,更需要警惕的是,客观解释的目标定位使得刑法解释更多地成为政策指引下的目的解释,使得刑法解释更多地观照现实社会而可能忽略立法最初的精神,从而扩张了刑法处罚范围。那么,没有立法原意,解释方法也没有序位,客观解释的目的性又容易与类推混淆,又如何保证刑法解释不违背罪刑法定? 刑法解释难道就令人悲哀地演变成为一种不可知的、虚无的,因而是任意的活动吗?

关键在于如何辨认刑法的目的,并且恰当地区分刑法的目的与解释者的目的之间的差距。多数学者认为刑法的目的就是保护法益,但显然刑法的目的在不同社会中存在着变迁,同样存在着以单纯惩罚为其宗旨的刑法时代。即使考虑到法益保护在现代刑法中的特殊地位,在进行目的解释时,也不得不考虑到刑法所具有的自由保障机能,虽然有学者指出,事实上对于个人自由之保障,不能谓为与法益保护无关,保障机能所强调之自由权,仍不失为保护机能所保护之法益^⑤,但法益保护和自由保障之间往往具有实质性的冲突,相互冲突、此消彼长,因此我们在进行目的解释时,必须判断在什么

①[斯洛文尼亚]卜思天.M. 儒攀基奇:《刑法理念的批判》,丁后盾等译,北京:中国政法大学出版社,2000年,第32页。

②[德]汉斯·海因利希·耶赛克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京:中国法制出版社,2001年,第193页。

③[德]许乃曼:《不移不惑献身法与正义》,许玉秀、陈志辉译,台北:新学林出版股份有限公司,2006年,第16页。

④张穹主编:《解读最高人民法院司法解释》,北京:人民法院出版社,2003年,第401、405、409、411页等。

⑤蔡墩铭:《现代刑法思潮与刑事立法》,台北:汉林出版社,1977年,第93页。

分界线上我们能够做到法益保护和自由保障的恰当平衡,这又是一种价值判断。

在此不得不简略地述及最近有关实质解释和形式解释的激烈争议^①。形式解释论主张忠于构成要件的核心意义;实质解释论主张以犯罪本质为指导解释构成要件。在绝大多数问题上,两者并没有任何区别。固然客观解释论者也可以坚持形式的解释^②,但在逻辑上,客观解释论与实质解释论之间具有更亲密的呼应,眉来眼去之间,在客观解释支配下的、没有解释方法限制的司法解释实践必然是一种实质解释论。

当然,正如前述有关信用卡的立法解释,立法原意下的主观解释论未必就一定有利于被告人,它也可以具有类推性而违背罪刑法定^③;相反,客观解释论未必就不利于被告人。两者在是否有利于被告人这一问题上,应该坚持中立。对此,形式解释论和实质解释论也应该如此。两者也不是在是否需要遵守罪刑法定主义这一问题上的区别,今日恐怕没有几人会去否定这一铁律。无论对方如何批判,形式解释论者和实质解释论者都坚持自己而且唯有自己遵守或者实现了罪刑法定。这一争议令人困惑的地方在于:在大部分场合,我们是否能够根据其中某一解释理念来预测某位形式论者或者实质论者的解释结论?绝大多数情况下,其答案是否定的。形式论者同样关心实质的可罚性,而实质论者也不会抛弃刑法规范对解释的语义限制。甚至在双方争议过程所举的可疑问题,对方是否就一定如此得出某一结论,也是可疑的。

显然,两者并非具体解释方法的差异,而是解释理念的分野。其界限在于我们如何坚守罪

刑法定,对于所谓实质上值得科处刑罚但又缺乏明显、明确规定的行为,能否通过对刑法规范语词的扩张解释纳入处罚范围?

在技术上,两者在处理扩张解释的限度与语词含义可能达到的最远边际上,存在着明显的态度区分。实质论者对语词含义扩张到将尽其可能甚至尽其需要的程度,极端的场合将确实使得规范的语词失去了对解释者的限制机能,从而构成类推。因为“解释的实质的允许范围,与实质的正当性(处罚的必要性)成正比,与法文通常的语义成反比。”^④因此,处罚的必要性越高,允许解释的范围就越大。而形式论者则主张,距离规范语词的通常语义越远,允许解释的范围就越小。

对于扩张解释,虽然大陆的刑法理论往往在与类推相区别的意义上加以讨论,但司法解释的制作者往往采取拒绝的态度,例如在谈到2003年5月15日《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》是否存在扩大适用范围问题时,最高人民法院研究室有关人员指出,上述解释并没有违背刑法的立法原意和任何条文。而最高人民检察院研究室的有关人员更为明确地指出,我们的解释都是在符合法理和刑法规定的基础上进行的,没有也不可能扩大解释^⑤。这种谨慎非常明显地说明了司法机构对扩大解释所持的紧张态度。解释者往往宁愿用立法原意来论证其解释的正当性,而不愿意被认为是扩大解释,即使事实如此。实际上,若干刑法司法解释确实已经被质疑存在类推嫌疑。

应被容忍的扩张解释在何种程度上成为类

^①相关的争议内容在此恕不一一论及,有兴趣者请参考陈兴良:《形式解释论的再宣示》,《中国法学》2010年第4期;张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期;刘艳红:《实质刑法观》,北京:中国人民大学出版社,2009年;邓子滨:《中国实质刑法观批判》,北京:法律出版社,2009年。

^②例如陈兴良教授认为自己主张客观解释论,但同时又坚持形式的解释。

^③同样的例子例如前述有关国家机关工作人员的解释,普遍被认为属于类推解释,但是相应机关仍然认为这一解释符合刑法第93条规定的立法精神,参见张穹主编:《解读最高人民法院司法解释》,北京:人民法院出版社,2003年,第405页。

^④前田雅英的观点,参见李海东主编:《日本刑事法学者》(下),法律出版社、成文堂出版社联合出版,1999年,第32页。该第14章关于前田雅英的介绍,即由张明楷教授撰写。

^⑤参见赵凌:《两高紧急出台司法解释应对非典》,《南方周末》2003年5月5日。而有的人却恰恰认为,该解释第1条第2款规定,患有突发传染病或者疑似传染病而拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗,过失造成传染病传播,情节严重,危害公共安全的,依照刑法第115条第2款的规定,按照过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚,这一结论系扩张解释,参见何荣功:《论刑法扩张解释的根据、类型及适用》,赵秉志、张军主编:《刑法解释问题研究》,北京:中国人民公安大学出版社,2003年,第354页。

推解释而应予以反对,这真的是一个知易行难的无解难题吗?也许关键就在于恰当的、微妙的张力之间的平衡^①。即使主张实质解释论,也必须承认,文义解释对于我们正确理解刑法规范的含义有着基础性作用,因为“我们从来不可能离开语言的惯例太远,一个说着无人能理解的私人语言的人根本不能算说话”^②。文义解释主张从文字的本身进行理解,这也符合我们的思考逻辑或者语言的本质倾向即通过惯例来规定意义的倾向。既然如此,我们理解语言也当然应该遵循语言的惯例。文义解释强调解释的起点是对文本的阅读,这正是任何解释所要做的不可缺少的第一步,虽然不是决定性的最后一步^③。

即便绝大多数的词汇都禁受不住生活现实

和法律价值的双重拷问而变得面目暧昧甚至面目全非,但是我们决不能否认,符合国民一般观念理解下的文义的最远射程理念对于解释的约束。在实质解释者的头脑中必须始终存在这样的理念,才可能不会滥用解释以逾越立法而侵犯公民的人权。只要我们在努力追求,对孤立的公民对抗国家权力恣意独裁的自由提供保护,只要我们还恪守罪刑法定原则,按照科学的基本原则进行法律解释的严谨方法,也就同时贯彻了其高度的政策意义。^④ 这才是在妥协地、灵活地通过解释实现罪刑法定机能的平衡过程中的根本问题。

(责任编辑:蔡道通)

Real Logic behind the Judicial Interpretation of Criminal Law

LIN Wei

Abstract: Although the supreme judicial authority always stresses judicial interpretation in accord with the legislative intent, actually it still utilizes objective interpretation based on specific purposes. Subjective interpretation is nothing more than a means to prove the justice of interpretation. Under the guidance of objective interpretations, the application of interpretation methods has no principle or order to follow. As a result, different interpretation methods are just used as different ways to justify different conclusions. Furthermore, logically speaking, objective interpretation corresponds closely to material interpretation, because under the control of objective interpretation, the practice of judicial interpretation without any limitation on interpretation methods will inevitably turn out to be a kind of material interpretation.

Key words: criminal judicial interpretation; purpose of interpretation; method of interpretation; concept of interpretation

^①陈兴良教授曾经将刑法适用比喻为拉弓射箭,弓标注的承受力限度为50公斤,但制造者通常会留一定的余地例如55公斤,好的弓箭手能够做到弓没断,但能够将最大范围内的目标都猎获到,参见张军、姜伟、郎胜、陈兴良:《刑法纵横谈》,第51页。

^②[德]加达默尔:《哲学解释学》,夏镇平等译,上海:上海译文出版社,1994年,第86页。

^③林维:《刑法解释的权力分析》,第92页。

^④[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,陈兴良主编:《刑事法评论》(第26卷),北京:北京大学出版社,2010年,第245页。