



刑事司法解释研究

赵秉志 田宏杰

“把法治当作一项宪法原则予以承认时，要求公民在自己采取任何做法之前，应当能够事前知道由此会产生何种法律后果。” [美] 阿伦：“立法至上与法治：民主与宪政”，载《法学译丛》1986年第3期。但成文法自身难以克服的模糊、不周延以及滞后性等局限，使得成文法在具体的司法适用中常常显得捉摸不定甚至似是而非。因此，“法官的责任是当法律运用到个别场合时，根据他对法律的诚挚的理解来解释法律。”《马克思恩格斯全集》（第1卷），第76页。那么，法官解释法律的权力，到底是一种立法权还是司法裁判权？在中国刑法迈进“罪刑法定原则”黄金时代的今天，中国刑事司法解释权又将归向何处？改变现今各自为政的刑事司法解释局面的方略又在哪里？囿于文章的篇幅，上述问题不可能在此一一展开，我主要就当今中国刑法学界特别关注的三个问题，即刑事司法解释的机制、刑事司法解释的方法、中国刑事司法解释的完善及其发展趋势进行研讨，以期能为中国刑事司法解释的现代化尽一份绵薄之力。

一、刑事司法解释体制

1 刑事司法解释权之肇始及其演进

刑事司法解释在当今世界各国已经成为弥补成文法局限性不可或缺的重要手段之一，正是司法解释赋予僵化的成文法以生命，使其由“死法”成为“活法”。历史上通过司法解释促进法律发展的典型范例比比皆是。以美国法院对美国宪法的解释为例。美国宪法在1784年颁布时只有7个条文，每条的文字虽然较长，但内容甚简。后来随着社会情势的扩张、变迁，又增加了21条修正案。不过其整个内容与大陆法系国家宪法相比较，仍然显得不很周密。尽管在著名的Marburg v. Madison判例之前，美国根本就没有一个成文条文，承认司法机关可以解释宪法，藉此衡量立法机关之立法是否违宪。然而，自此判例之后，美国司法机关对于任何机关之立法是否违宪，便有了加以审查的权力(judicial review)。司法审查成为美国的一条不成文的宪法原则，而这项原则完全是藉马歇尔对宪法的解释而诞生的。自此以后，美国法院继续通过解释宪法革除种族歧视、发展宪政，促进了法治的日益进步。这充分展示了司法解释在推进法律发展方面的强大影响力。参见韩忠谟：“司法程序与法律进化之关系”，载《中华学术与现代文化》丛书第9册《法学论集》，台湾中国文化大学出版部1983年版。

但在资产阶级启蒙运动时期，受极端化的分权理论的影响，司法解释是被绝对禁止的。三权分立理论的奠基人孟德斯鸠认为，在共和国里，政治的性质要求法官以法律的文字为依据裁决事实；否则，在一个有关公民财产、荣誉或生命的案件中，就有可能对法律作有害于公民的解释。参见 [法] 孟德斯鸠著：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961年版，第163页。罗伯斯庇尔更是坚决反对法官对法律解释权的染指，在他看来，法官只有认定事实的权力，而无解释刑法的权力。他认为，法律可以追究刑事犯罪行为，因为这种行为表现在确凿的事实上，而这种事实是可以依照固定的和不变的规则来明白确定和判明的，法律的解释权属于创制法律者，如果不是立法权的权力才能解释法律，那么别种权力最终会改变法律，并将自己的意志置于立法者的意志之上。参见 [法] 罗伯斯庇尔著：《革命法制与审判》，赵涵英译，商务印书馆1965年版，第139页。

可见，在当时人们的心目中，惟有立法者所作的权威性解释才是可以允许的解释。直接反映这种思想的典型事例就是18世纪末在腓特烈大帝主持下通过的多达16000余条的《普鲁士民法典》。该法典试图通过对各

种特殊而细微的事实情况列出各种具体的、实际的解决办法。它的最终目的是想有效地为法官提供一个完整的办案依据，以便使法官在审理任何案件时都能得心应手地引律据典，同时又禁止法官对法典作任何解释。如果法官遇有疑难案件，必须将解释和适用法律的问题提交一个专为此目的而设立的“法规委员会”（Statutes Commission）。但是这些举动均以失败而告终。参见 [美] 约翰·亨利·梅利曼著：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，知识出版社1984年版，第43—44页。

法国“上诉”（cassation）制的发展，被认为是腓特烈法典逻辑上必然、时间上继起的第二步。革命时代的法国司法工作者对法国审判实践中完全依赖权威性解释所造成的不便大为不满。他们知道，立法机关将会发现它已经被那些常常看起来平凡，但实际上困难的法律解释的要求缠住了身。同时，满足这种要求又并非易事。所以，立法机关正面临着这样一种理论上的困境：即他们既希望避免那些来自各个法院如同潮水一般的法律解释要求，但又不允许法院在无损于分权原则的前提下自作解释。在这种情况下，法国立法机关设立了一个被称为“上诉法庭”的所谓“类似立法机构的组织”，借此表示与普通法院相区别。起初，上诉法庭的根本任务仅在于撤销依据对法律的错误解释所作出的司法判决，然后将案件发回原审法院重新审理。但到了后来，上诉法庭终于得到了对法律作出正确解释的权力。同时，把上诉法庭视为非司法性机构的看法也逐渐消失了。这样，上诉法庭就逐步演变为司法机关，并成为普通法院系统中具有最高地位的法院——上诉法院。法国的这一模式为意大利等国所效仿。不过，德国后来产生的“复审制”（revision）制度与法国的情形又有所不同。他们创设的最高法院不但有权审查下级法院的判决，撤销错误判决，作出正确的指示，而且相应地还可以对被错判的案件进行“复审”。参见 [美] 约翰·亨利·梅利曼著：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，知识出版社1984年版，第44—46页。至此，司法解释的合法性地位基本确立。

由此可见，“从主张只有立法机关可以行使法律解释权和严格分析原则，到立法性法院的出现，再到有权审查和纠正下级法院错误的法律解释的法院产生这样一个过程中，必然伴随着普通法院法律解释权的逐步承认。” [美] 约翰·亨利·梅利曼著：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，知识出版社1984年版，第46页。事实证明，赋予司法机关法律解释的权力，不仅有助于弥补成文法的局限性，而且可以更好地发挥司法的功用，促进司法的现代化。

2 我国刑事司法解释体制

司法解释体制是指司法解释权的授予范围及作为司法解释主体的解释权限及各解释主体之间的相互关系。参见董著：《司法解释论》，中国政法大学出版社1999年版，第191页。从世界各国司法解释的规定和实际情况来看，目前主要有两种司法解释体制：一元多级司法解释体制和二元一级司法解释体制。所谓一元多级司法解释体制，是指司法解释权专属于法院且各级法院均可进行司法解释的一种司法解释体制；与之相对，二元司法解释体制则是司法解释权由最高法院和最高检察院分别行使，共同作为司法解释主体，但其下级司法机关并不享有解释权的一种司法解释体制。两种司法解释体制的不同之处在于：（1）一元多级司法解释体制中，法院是司法解释的惟一合法主体；而二元司法解释体制中，法院和检察院共享司法解释权，均可以作出司法解释；（2）一元多级司法解释体制中，行使司法权的各级法院都有解释权；而二元司法解释体制中，只有最高司法机关才有司法解释权；（3）一元多级司法解释体制中，只有最高司法机关才有违宪审查权，普通法院不能对法律、法规进行违宪审查；而二元司法解释体制中，最高司法机关没有违宪审查权，对法律、法规的违宪审查只能由制定法律的立法机关自己行使；（4）由于一元多级司法解释体制的主体，除最高法院以外，大量的具体适用法律审理案件的其他各级法院，因而其所作出的司法解释不仅具体，而且针对性较强；而二元多级司法解释体制由于将司法解释严格归属于很少具体审理案件的最高司法机关，致使这种体制下的司法解释不可避免地带有抽象、过于原则的缺陷。参见董著：《司法解释论》，中国政法大学出版社1999年版，第193—196页。可见，一元多级司法解释体制能够更好地发挥司法解释的作用，因而多数国家的司法解释体制均依此建构。

根据我国1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《关于加强法律解释工作的决议》（以下简称《决议》）的规定：“凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院解释。凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令问题，由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，应报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定”，可知我国的司法解释体制包括刑事司法解释体制采取的是二元一级模式。但事实上，我国的刑事司法解释体制却是多元多级的。

首先，司法实践中的刑事司法解释除了“两高”单独或者联合制发的以外，还有相当一部分刑事司法解释是由“两高”会同其他部门，如公安部、国家安全部、司法部等共同制发的。据有的学者统计，1980年1月至1994年12月，最高司法机关制发的刑法司法解释共207件。从制发的主体来分，207件中，最高人民法院

单独制发的有72件；最高人民法院单独制发的有47件；最高人民法院和最高人民检察院联合制发的有39件；最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合制发的有19件；最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制发的有10件；最高人民法院、最高人民检察院会同全国人大常委会法制工作委员会、公安部、司法部、民政部制发的1件；最高人民法院、最高人民检察院会同全国人大常委会法制工作委员会、司法部制发的1件；最高人民法院、最高人民检察院单独或者共同与其他国家机关联合制发的有7件。参见李希慧著：《刑法解释论》，中国人民公安大学出版社1995年版，第205页。我不否认，“两高”依法独立行使刑事司法解释权，并不意味着“两高”在制作司法解释的过程中涉及到相关领域的问题时，不需要请求有关部门的协助与配合，但这并不等于说，有关部门就成了司法解释的主体而有权与“两高”联合制发司法解释。这就好比法院的执行工作，当然需要银行、证券公司、期货交易所、被执行人单位等的大力支持和配合，但却不能把银行、证券公司等也视为执行主体是同一个道理。

其次，除了最高司法机关以外，地方各级司法机关以及处理刑事案件的司法人员，实际上都在行使着刑事司法解释的权力。成文法的模糊和不周延决定了司法解释的必要，但由于在我国享有司法解释权的主体是很少具体审理刑事案件的“两高”，这就决定了，“两高”发布的司法解释并非在任何时候都是司法人员处理案件的“百宝箱”，恰恰相反，因司法解释的过于原则致使司法人员不得不对司法解释再作解释的现象大量存在。例如，最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》（1997）第4条规定，对于1年内入户盗窃或者在公共场所扒窃3次以上的，应当认定为“多次盗窃”，以盗窃罪定罪处罚。这一司法解释看似十分明确，却仍留下了很大的疑问：一是入户盗窃之“户”，系专指民宅还是包括单位用房，即入“户”是否即是入“室”，在抢劫罪中，入户抢劫与入室抢劫有别，这一区别在盗窃罪中是否存在？二是1年内实施了3次入户盗窃或扒窃行为，但有1次未得逞，是否成立多次盗窃？三是1年内实施了3次入户盗窃或扒窃行为，但前两次已经治安管理处罚处理过，是否还成立多次盗窃？如成立，有无重复评价同一行为之虞？四是虽实施了3次扒窃，但仅分别扒得现金20元、30元和40元，是否即构成多次盗窃，倘若肯定这一判断，则刑法可能过于苛严，倘若否定之，则是否又回到了认定盗窃罪的“唯数额论”的老路上。以上诸点，都需要法官在处理具体案件时作出极具关联性和说服力的解释。参见周光权著：《刑法诸问题的新表述》，中国法制出版社1999年版，第294页。由此决定，地方各级司法机关及具体办案人员进行刑事司法解释不仅不可避免，而且在现实生活中大量存在，“从总体上说，法律解释的主体也远远不只是甚至主要不是最高法院。”张志铭：“关于中国法律解释体制的思考”，载《中国社会科学》1997年第2期。

针对我国刑事司法解释的上述现状，应当怎样改进我国刑事司法解释体制，以实现刑事司法的正义性呢？我认为，建立一元多级司法解释体制，是中国刑事司法解释体制的现实选择。具体说来，中国刑事司法解释体制的现代化建构，分为以下两步：

第一步，取消最高检察机关的刑事司法解释权。实践证明，最高司法机关行使刑事司法解释权，弊大于利，应当予以取消。这是因为：

首先，检察机关行使刑事司法解释权，有破坏刑事司法的公正之虞。尽管《决议》中规定：最高检察机关有权解释的事项是检察院检察工作中所遇到的法律、法令适用问题，可是，检察工作中遇到的法律、法令问题并不一定只存在于检察工作中，那么，当同样的问题出现在审判工作中，最高检察机关的刑事司法解释对审判机关是否具有拘束力呢？从“最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定”这一规定来看，答案应当是肯定的，否则，为什么要“报请”全国人大常委会解释或决定呢？可这样一来，公诉人制定的“法律”岂不成了审判机关定罪量刑的依据，被告人及其辩护人还有什么必要在法庭上慷慨陈词呢？结果早已注定，控辩双方对抗的庭审活动不过是流于形式的走过场，公诉机关早已把持了整个庭审活动。“实际上，检察机关会同审判机关制定刑法司法解释，是检察权对审判权的介入，也可以说是检察权与审判权的混同。……如果说检察机关是因为在刑事诉讼中享有相应的检察权，因而可以同时享有刑法司法解释权。那么，能否就此认为公安机关在刑事诉讼中享有侦查、拘留、预审等职权，也赋予它解释刑法的专项权力呢？所以，以此为据肯定检察机关享有刑法司法的解释权，是对检察机关行使法律监督权的曲解，这与在刑事诉讼活动中公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约的基本原则也是相违背的。”游伟：“论我国刑法司法解释权的归属问题”，载《法学研究》1993年第1期。

其次，检察机关与审判机关共享刑事司法解释权，有破坏法制统一的危险。实际上，最高司法机关发布的刑事司法解释，一般都只在本系统内具有拘束力，若要想取得通行于审判、检察机关的统一的拘束力，往往采取共同制发刑事司法解释的办法。但当“两高”意见对同一法律问题不能达成一致意见的时候，则常常是各行其是。例如，1997年现行刑法典颁布后，最高人民法院于1997年12月9日颁布了《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》、最高人民检察院也于1997年12月25日通过了《关于适用刑法分则规

定的犯罪的罪名的意见》。通过上述两个司法解释，可以发现两个司法解释在以下四个罪名的确定上存在着争议：一是关于现行刑法第397条罪名的确定。最高人民法院的司法解释认为有两个罪名，即玩忽职守罪和滥用职权罪；而最高人民检察院的司法解释则认为有三个罪名，即玩忽职守罪、滥用职权罪和国家工作人员徇私舞弊罪。二是关于第399条第1款罪名的表述，最高人民法院将其概括为徇私枉法罪，而最高人民检察院则将其概括为枉法追诉、裁判罪；三是第399条第2款规定的罪名，最高人民法院冠之以“枉法裁判罪”，而最高人民检察院则概括为“民事、行政枉法裁判罪”；四是关于第406条的罪名表述，在最高人民法院的司法解释中是“国家工作人员签订、履行合同失职罪”，而最高人民检察院则将其称之为国家工作人员签订、履行合同失职被骗罪。这种混乱的司法解释局面，不仅使司法机关在具体适用中无所适从，而且极大地破坏了法制的统一，损害了刑法的权威和尊严。所以，“从长远来看，有必要逐步取消最高人民检察院制发刑法司法解释的权力，将刑法司法解释统归于人民法院行使，建立起以最高人民法院为核心的多级审判解释体制。”游伟：“论我国刑法司法解释权的归属问题”，载《法学研究》1993年第1期。

第二步，打破现有的一级刑事司法解释体制格局，建立法院多级刑事司法解释体制，这已成为我国刑法学界目前的主流观点，但在具体建构上又各有异，比较有代表性的主要是以下两种主张：第一种观点主张，建立从最高人民法院到地方各级人民法院共享刑事司法解释权的多级刑事司法解释体制；第二种观点则采取了区别对待的策略，强调刑事司法解释的分权问题，具体主张是：对于规范性司法解释，所谓规范性司法解释，是指特定的司法机关制发的能够在某一地域范围内适用于某一类案件的具有类别特征的普遍性解释。应确立二级司法解释体制，即由最高审判机关与省级审判机关共同行使刑事司法解释权；对于个案解释，所谓个案解释，是指司法官在审理案件过程中对某一特定案件具体适用法律问题时所作的解释。则由具体行使审判权的法官行使解释权，它没有级别上的限制，但必须是直接参与刑事案件处理的现职法官。应当指出的是，这一构想是建立在审判机关与检察机关共同行使刑事司法解释权这一大前提基础之上的，因而该构想实际上所主张是一种二元多级刑事司法解释体制。出于研究问题的方便，本文关于该构想的研讨仅限于法院刑事司法解释体制的改革，相信这样的处理能够得到提出该构想的学者的谅解。关于该构想的总体设计及其详细分析，参见苗生明：“关于刑法司法解释权合理配置的构想”载《人民检察》1999年第2期。

上述第二种主张所持的理由主要是：其一，将规范性刑事司法解释权下放到基层，势必造成规范性刑事司法解释的混乱和无序，以至于形成各有各的解释、各行其是的局面。其二，我国法官，特别是基层法官的素质，不能保证规范性刑事司法解释权的权威性；其三，将规范性刑事司法解释权的行使限制在最高司法机关和省级司法机关，即可以照顾到各地的不同情况，又能确保司法解释的统一；同时，省级司法机关的司法官一般相对具有较高的法律素养，对本辖区的司法实践状况也比较了解，由它们制发适合本地实际情况的规范性司法解释，既具有针对性，又能保证解释文件的质量；其四，主张建立二级司法解释体制并非否定地方司法机关的刑事司法解释权。地、市级以下司法机关虽然不能行使规范性司法解释权，但完全可以而且应当通过司法官对具体案件的处理，对刑法及上级司法机关所作的规范解释进行个案解释，他们所行使的只不过是解释罢了。参见苗生明：“关于刑法司法解释权合理配置的构想”，载《人民检察》1999年第2期。可见，该构想的提出显然是基于这样一种思路：中国目前的一级刑事司法解释体制有缺陷，应当改革；但囿于中国司法的实际情况，又不赞成第一种主张的激进想法，于是有了这么一种折衷方案，足见其用心之良苦。但我认为，这一构想本身有一个致命的缺陷：如果个案解释所解释的对象不是法律规范文本，那么又是什么？如果个案解释的对象包括法律规范文本，那么，个案解释与规范性解释的不同又在什么地方？“适用刑法的前提是理解刑法。审理案件的人民法院如果不知道刑法规范的内容是什么，这是不可想象的（事实上是不可能的）。不管是正确的理解还是错误的理解，人民法院肯定是按照自己对刑法规范的内容的理解适用刑法的，而理解离不开解释。”陈兴良主编：《刑事司法研究》，中国方正出版社1996年版，第391页。建构多级刑事司法解释体制的原因，一方面是为了扭转我国传统的一级司法解释体制与多级法律适用主体之间的不协调，另一方面，是为了避免法官“造法”。“尽管我国不承认法官‘造法’，认为司法解释是一项重要的权力，将解释权仅仅限制在最高司法机关这一级，但就最高司法机关制定和发布抽象性司法解释这一点，我们比其他国家走得更远。我国司法解释招致非议最多的原因正在于此。”董著：《司法解释论》，中国政法大学出版社1999年版，第201—202页。众所周知，我国省一级人民法院也并不经常具体审理案件，因而对规范性刑法实行二级司法解释体制的构想，可以在一定程度上改变我国现行刑事司法解释混淆立法权、司法权和行政权的弊端，改变我国传统的司法解释过于抽象、原则而近似于法律文本的缺陷，但并不能从根本上克服我国现行刑事司法解释体制的不足，这样的结果，势必会阻滞我国刑事司法现代化的进程。

所以，我赞同建构一种从最高人民法院到地方各级人民法院的一元多级刑事司法解释体制，彻底根除刑事

司法解释与刑事法律规范界限不清、立法权与司法权限不明的弊端，使刑事司法解释真正成为沟通刑事立法与刑事司法的桥梁。

二、刑事司法解释方法

刑事司法解释的方法是刑事司法解释的基本问题之一。解释方法对于刑事司法解释的重要，犹如一位名人关于过河与桥或船的关系的比喻一样，桥或船的问题解决了，过河的问题也就自然解决了。所以，刑事司法解释的方法解决了，刑事司法解释的问题可以说就基本解决了。由于方法总要受到目标的制约，因而研究刑事司法解释的方法，必须首先明确刑事司法解释欲达到的目标，为此，我在下面先从刑事司法解释的目标谈起，然后再进入刑事司法解释方法的研究。

1 刑事司法解释的目标

法律解释的目标是什么？是立法者制定刑事法律规范的主观意思，还是存在于刑事法律规范中的客观意思，法解释学者对此的认识历来莫衷一是，并由此形成了主观解释论与客观解释论的对立。

(1) 主观解释论。

主观解释论又称主观说或立法者意图说。在主观解释论者看来，法律是立法者为社会设计的行为规范，它表达了立法者对社会生活的态度和对人们行为的主观愿望，也即是说，立法者在制定某一法律规范时，是有一个立法意图的，并且，立法者的立法意思是一种历史事实，这种事实体现在当时的立法文献之中，因而是可以借助这些立法文献予以探知的。而探知立法者在制定法律当时的意思，就是法律解释的目标。主观解释论在整个19世纪末20世纪初占据西方法律解释理论的支配地位。主观解释理论是顺应19世纪资本主义生产方式的形成和发展而产生的，自由发展的资本主义无法忍受君主自由意志给予的无意识和无规律的打击，因而稳定安全的法律便成为迅猛发展的资本主义经济的必然要求。主观解释论的理论基础如下：第一，哲学基础。主观解释论的哲学基础是传统解释学。被称为现代解释学奠基人的施拉依马赫，第一次把心理学解释引入解释学，这是主观解释论的一个认识论基础。施拉依马赫在1805年说过：在解释问题上，根本的问题是要善于避免解释者本人的观点，以便把握文本作者的观点。他认为，为了再现隐藏在文本背后的那个作者的主观世界，解释者必须否定他自己的思想状态，走出他自己，以作为进入作者心境的先决条件。这种心理上的转换不是强迫的，而是解释者为了实现理解而作出的一种牺牲。要求解释者完全放弃自己的先入之见，放弃精神上原属于他自己的东西，以便完全接受文本作者的心境。参见董著：《司法解释论》，中国政法大学出版社1999年版，第232页。第二，政治学基础。主观解释论的政治学基础是三权分立学说。根据三权分立的理论，法律只能由立法机关来制定，法院的职能就是依法裁判。立法者的意思，应该是法律适用上的决定性因素，从而法律解释必须以探求立法者的立法原意为目的。第三，法学基础。主观解释论的法学基础是追求稳定、安全立法价值的法律理想，诚如英国学者边沁所说：“一切法律的总目标一般是或应该是全面地促进社会幸福。”《西方思想宝库》，吉林人民出版社1988年版，第938页。边沁认为，立法者想要保证社会幸福，就必须努力达到四个目标：保证公民的生计（口粮）、富裕、平等和安全。在这四个目标中，安全是主要的和基本的目标。他指出安全可以给予一个人的人身、名誉、财产和地位以保护，并且使人的期望——法律本身所引起的期望——得到维护。参见[美]E·博登海默著：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第100页。实现法律的稳定和安全，就必须将立法原意作为解释和适用法律的惟一标准，以避免解释者超越立法原意解释和适用法律，从而导致法律的滥用。

(2) 客观解释论。

客观解释论又称客观说或法律客观意识说。按照客观解释论者，法律解释的目标不在于探求历史上的立法者当时事实上的意思，而在于探求和阐明作为客观独立存在于法律内部合理性所要求的诸目的。在客观解释论者看来，成文法中并不存在一个可以揣测的立法意图，那不过是人们的幻觉罢了。立法者的意思是主观的，但法律是客观的，法律一经制定，即与立法者分离，成为一种客观存在，具有了一种独立的意义。这种独立的意义是通过将具有一定意义域的文字，运用一定人群在长期历史发展中形成和发展起来的语法规则加以排列组合而形成的。至于立法者于立法时在主观上所希望赋予法律的意义、观念和期待，并不具有拘束力。具有法律拘束力的是作为独立存在的法律内部的合理意义。但法律内部的合理意义和目的常因社会发展变化而变迁，解释者永远无法也不必探究立法者的当时意思，法律解释的任务就是在法律条文语义上可能的若干解释中，选择现在最合目的的解释。客观解释论者强调，法律解释总是关于现在的解释，而且与目的论的解释相结合。同时，客观解释论者认为，法律漏洞是不可避免的，法官解释法律具有创造规范、弥补漏洞的功能。参见梁慧星：“法解释方法论基本问题”，载《中外法学》1993年第1期。

19世纪末20世纪初，西方主要资本主义国家正进入帝国主义发展阶段，经济、政治的发展导致社会的急剧

变动，旧的法律不适应新的社会，新的法律不能完全被制定，已制定出的法律很快就会过时，社会实践把解决法律对社会的不适应问题推到了司法者面前。显然，固守制定法的立法者当时事实上的意思是无法满足这一要求的，司法解释理论顺应了这一历史潮流，提出了立足于现实对制定法作出合目的性解释的客观解释论，并逐步占据优势地位，成为当今法律解释理论的主流观点。

从客观解释论的发展来看，其理论基础主要是：第一，哲学基础。客观解释论的哲学基础是哲学解释学。当代解释学家利科尔的解释学被称为反思的哲学解释学。利科尔认为，文本以写——读关系代替了对话，在写—读关系中，作者与读者间没有了交流。在文本中，作者的当下性不存在了，只剩下文本意义。文本成了真正独立存在的东西。重点就落在了文本和它说的东西，而不是作者要说的东西上，文本所表明东西不再与作者意味的东西一致。参见[法]保罗·利科尔著：《解释学与人文科学》，陶远华等译，河北人民出版社1988年版，第150页。哲学解释学引入司法解释得出的结论必然是，法律文本完全独立于立法者之外，企图在文本中寻求立法原意是不现实的，法律的含义也并非一成不变，因而对法律的解释也同样因时代的不同而有所变化。所以法律解释只能揭示法律条文客观上所表现出来的意思。第二，政治学基础。客观解释论的政治学基础来自于绝对三权理论的动摇。垄断的出现，要求政府对经济生活进行强有力的干预，积极介入到社会生活的各个领域，行政权力不断膨胀。对三权分立政治体制的攻击更加尖锐。边沁认为，权力分立在实际上行不通，也无法做到。凯尔逊则从纯粹法学的立场指出，存在的不是三个权力，而是“创设”和“适用”这两种国家机能。同时认为，除基本规范和最终的个别规范外，所有的法律规范都既是实施法律又是创立法律。因而立法者和法官并无质的区别，只有量的不同，执法机关同时也是立法机关，这就取消了创立法律与执行法律之间的严格界限。参见张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第435页。因此，法官同时作为法律的创立者，根据社会现实对法律作出合乎目的性的解释则是理所当然的。第三，法学基础。客观解释论的法学理论是追求公平正义立法价值的法律理想。公平正义是法律的价值之一。法律的稳定安全价值与公平正义价值往往会发生冲突，主观解释论强调的是前者，而客观解释论则更注重后者。在客观解释论者看来，法律的公正价值优于法律的安全价值，法律解释的一个重要意义就在于克服法律为追求稳定安全而形成的僵化、保守、缺乏公正的局限性。为了使法律能够更具适应性，保证其适用得到公正结果，法官在适用法律时，必须根据实际情况对法律作出解释，解释法律必须紧密联系解释时的社会实际来阐明法律意义，而不能拘泥于法律制定当时立法者事实上的意思。通过对刑事司法解释目标理论的回顾，我们可以为中国刑事司法解释目标的设定作出选择了。主观解释论将司法解释的目光紧紧盯在立法者立法时意图的寻找，这样做的合理性在于：保持了法律尊严，使解释不至于破坏法的构造；但这只是问题的一个方面，问题的另一方面在于，这种固执于立法者原意探询的解释势必难以适应社会不断发展变化的需要，从而在强调法律安全价值的同时，牺牲了法律的灵活性。因此，主观解释论面临着双重的困惑：如果法是完美的，解释就是多余的；如果法律是有缺陷的，通过法律解释所还原的立法原意仍然具有这种不圆满性。更何况，在很多情况下，立法原意的复原超出了人的实际认识能力与知识水平。由此可见，这种理论的主要误区就在于以人的理性能力作了过高的期待。没有看到法典的典型性，而法典的不完善性正好反映了人的认识能力的不完整性和局限性。参见陈金钊著：《法制及其意义》，西北大学出版社1994年版，第73页。而客观解释论的出现，无疑为弥补成文法滞后于社会生活的发展变化提供了一条行之有效的途径，较好地弥补了主观解释论的缺陷。当然，客观解释论也并非尽善尽美，正如有的学者所指出的，客观解释论在过分关注法律条文合乎现在目的的意思时，又割断了制定法与历史的联系，有破坏法律安定性的危险。因此，现在有一种调和两种解释理论的趋势。这就是近来颇受关注的所谓平衡解释论。平衡解释论各取主观解释论与客观解释论之优，试图将两说加以折衷。按照这种理论，“解释者首先应以历史的解释，确定立法者的规律意图、目的和评价，然后，在立法者的‘意思’无法认知或对现代情势所生问题未提供解决基准的场合，则应考虑在法文可能的语意范围内，检讨可能的理由和基准(如‘自然的本性’及法秩序内在的‘法的诸原理’)，确认对现在法律适用合乎目的的意义。”详情请参见梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第209页。

尽管如此，一个毋庸置疑的事实是，迄今为止还没有一种新的解释理论能够完全撼动客观解释论在世界各国法律解释理论中的支配地位。至于客观解释论为何会有如此长盛不衰的生命力，下面这段话无疑为我们揭示了谜底：“……在人们的谈论中，似乎解释不过是寻找和发现立法者心目中的含义，而不论这种含义是多么含混不清和深藏不露，却还是被当作一种真实并可以确定的已有之物。有时司法过程确定就是这样，但经常又不仅仅如此。在赋予一个制定法以含义时，确定立法意图也许是法官的最小麻烦。‘事实是’，格雷在论《法律的性质和渊源》的讲演中说，‘之所以出现所谓的解释的困难，是在立法机关对之完全没有概念的时候——当时的立法机关从未想到今天会对该制定法提出这个问题；这时，法官必须做的并不是确定当年立法机关心中对某个问题究竟是如何想的，而是要猜测对这个立法机关当年不曾想到的要

点——如果曾想到的话——立法机关可能会有什么样的意图”。布鲁特也这样说：“因此，法律应用体系的一个沉重工作是这样构成的，即更深入地发掘实在法的深层含义。然而，更重要的工作是这个系统所服务的第二项工作，即，填补那或多或少地见之于每一个实在法中的空白’。如果你愿意，也可以称这一过程为立法。但不管怎么说，还没有哪个成文法体系能一直摆脱对这一过程的需求。”“活跃在我们自己的国土上和法律中的问题同样是这些方法的问题，同样是这种法律文字与法律精神之间的反差。首先，在宪法领域，在我看来，这种自由决定的方法已经成为今天占主导地位的方法。宪法的巨大概括性使之具有一种随时代变化的内容和意义。自由决定的方法看破了那些过渡性的具体问题，而希望达到其背后的永恒。因此，解释就扩大了，解释就变得不再仅仅是如何确定那宣布集体意志的立法者的含义和意图的问题。解释补充了这个宣言，填补了它的空缺，而使用的过程和手段就是那种曾构建了习惯法的司法的过程和手段。法典和其他制定法也许会以压制、废弃和缩减来威胁这种司法的职能。司法职能坚持回应了人的需求，而正是这种需求，司法的职能繁荣起来了并坚持下来了。”[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第4—7页。

所以，“法院的标准必须是一种客观的标准。……‘法律解释者’，布鲁特说，‘首先一定要将他个人对政治价值和立法价值的评价放在一边，并且一定要努力在他面对的境况下以一种纯粹客观的精神来确定，社区内什么样的社会生活秩序最符合那个引出争议的法律本身的目标。’”[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第54—55页。因而秉承客观解释论的理路，在我看来，应该成为中国刑事司法解释现代化的选择。

2 刑事司法解释的方法

法律解释具有各种不同的方法，主要包括文义解释、论理解释、比较法解释、社会学解释。其中论理解释包括：体系解释、法意解释、扩张解释、限缩解释、当然解释、目的解释、合宪性解释。参见梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第214页。这些解释方法主要源自大陆法系。大陆法系向来非常重视对法律的解释，以致在历史上民法学与民法解释学成了同义语。当然，普通法系也很重视解释法律，其方法在表达上尽管与大陆法系有所不同，但在内容上仍有类似之处。更重要的是，从总的方面来说，两大法系在法律解释问题上，都有狭义解释和广义解释之分。参见梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，序言第1页。因而下面我先对这两种解释方法及其与之相关的其他解释方法进行简要的介述，然后提出我对于中国刑事司法解释方法的看法。

(1) 狭义解释方法。

狭义解释又称为严格解释(strict interpretation)、平意解释(plain meaning)。从其强调法律条文字面含义的角度来看，它实际上就是一种字面解释。但正如西方学者威利姆所指出，构成法律条文的语言或多或少总有不明确之处。在语言的核心部分，其含义固甚明确，但越趋边缘则越模糊。语言边缘部分的边缘意义(fringe meaning)一片朦胧，极易引起争执，而其究竟属该语言外延之内或之外，实在很难确定。法律条文也是如此，总有所谓边界案型(borderline case)，濒临法律边缘。这并非立法者的疏忽，而是任何语言都难以避免的。可见，在这种边缘领域里，仅作字面上的解释往往是不够的。转引自梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第190页。此外，日本学者加藤一郎也有所谓“框”的理论，认为法律规定犹如一个“框”，但它不是一般的框，而是一个中心浓厚而越向边缘越稀薄的框。规范事项如在框的中心，则甚为明确；越趋四周就越模糊，几至分不出框内框外。如果文义在框的朦胧之处，就有复数解释的可能性。因而应当采用其他解释方法才能解决。参见梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第215—216页。这样不仅很难确定法律条文的真正含义，而且有可能误解或曲解法律原意，因为当“语词的含义取决于读者对作者文本的理解的话，参照中就会出现奇怪的间断

(discontinuities)”。[美]波斯纳著：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第334页。所以还必须继之以其他解释，例如，逻辑解释、论理解释等等，以使法律解释立基于对整个法律的精神的把握，而不仅仅是对个别条文字面含义的固守。所以，这种解释方法的特点可以归纳为：第一，原则上以通常平易的意义进行解释；第二，法律专业术语应当按法律专门意义进行解释；第三，同一法律或不同法律使用同一概念时，原则上应当作同一解释；第四，文意应当注意全文的意义联系地进行解释；第五，法律词义原则上应从广义解释，例外用狭义解释。参见孙笑侠著：《法的现象与观念》，群众出版社1995年版，第237—238页。可见，狭义解释的理论基础是主观解释论，其解释的目标旨在还原立法者立法时的原意。

(2) 广义解释方法。

广义解释强调解释不应拘泥于文字，而应有较大的自由解释空间，因而又被称为自由解释(liberal interpretaion)。自由解释认为，每个社会都有特定的解释共同体，这种解释共同体是指对某种事物达成

共识的人的群体，它具有历史延续性，因为每个时、空条件下的文字与文字相关的文化背景会随着时、空演进而延传；后代的司法者能够得到他们所需要的立法背景材料并且熟知当时的立法内幕，法官在适用法律时可以探求到立法的初衷，从而保证法律适用在时、空上的公平一致，不致于使同样的案件由于时间、地域和解释者的不同而不同。简言之，在自由解释论者看来，法官对法律的理解是一种想象的重构，它可以冲破个体之间的障碍，在相对较大的幅度内作出选择。美国学者波斯纳曾经引述亚里士多德的下述论断说明自由解释的意蕴：“所有的法律都是普遍的，但对有些事物来说是不可能提出正确的普遍断言的。在那些有必要从普遍意义上来谈论，但无法正确地这样做的事件中，法律注意常见案件，尽管法律并非不了解错误的可能性。然而这仍然是正确的；因为这错误不在于法律也不在于立法者，而是在于事物的本性中……。（因此）当立法者由于过于简单化而犯错误并使我们失望时，纠正这种错误——说出如果立法者在场他自己可能说的，如果知道的话会制定为他的法律的话——就是正确的。”[美]波斯纳著：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第133页。

同狭义解释一样，广义解释的方法也是多种多样的，它有时表现为一种历史解释，有时表现为目的解释，有时则表现为时代解释。历史解释又称法意解释、沿革解释，甚至立法解释。这种解释方法要求法官在适用法律时探求立法者或准立法者于制定法律时所作的价值判断及其所欲实现的目的，以推知立法者意思。立法史及立法过程中形成的有关资料，如一切草案、审议记录、关于立法理由的有关文件等均是法律解释的主要依据。然而，在有些场合，这样提供给法官的可能性还不足以解决问题。为了做出公正的判决，法院不得不表现得更加大胆；它们必须摆脱立法者提出的、同新的社会条件不相适应的指示。为此就需要求助于时代解释和目的解释。

时代解释或现时解释(Contemporary interpretation)。这种解释方法是指依据时代的需要而探求法律的时代意义。这种方法在于把法律条文与历史背景分开。对法律所用词句的解释，不考虑其历史渊源，不问原立法者的意图，而是赋予今天显然满足正义要求的意义。因为一个国家的现行法律如果要构成协调的体系，必须用同样的精神即我们这个时代的解释所有这些法律，而不为它们先后在不同时期颁布时的情境所束缚。加之，立法者的意图常常纯粹是预言性；在现代民主的条件下，法律是组成非常复杂的集体意志的产物，要理出立法者的意图特别困难。参见[法]勒内·达维德著：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第111页。因此时代解释就应运而生。英国法官丹宁勋爵显然是时代解释方法的拥护者，这在他为其《法律的训诫》一书确定的主题上有着明显的体现：“那些由19世纪的法官们确立的法律原则——尽管适合当时的社会状况——是不适合20世纪的社会需要和社会见解，应当用现在的社会模型对它们进行改造，使之与人们今天的观点和需要相适应。”[英]丹宁勋爵著：《法律的训诫》，杨百揆等译，群众出版社1985年版，前言第1页。

时代解释通常总是与历史解释针锋相对的，这种现象在美国宪法解释史上非常典型。例如，在19世纪早些时候，美国最高法院认为，在美国宪法通过之时，黑人被视为是地位低下的人，而未被认为是公民；该宪法并未将他们包括在有关公民的条款中；从而根据给予联邦法院对不同州的公民之间的诉讼进行管辖的条款，黑人便不能享有在联邦法院起诉的权利。这是一种典型的历史解释。参见杨一平著：《司法正义论》，法律出版社1999年版，第206页。到了20世纪20年代前后，美国最高法院的大法官们开始放弃对宪法作历史解释的方法，而采用一种现时的解释方法。卡多佐宣称，“一部宪法所宣告的或应当宣告的规则并不是为了正在消逝的片刻，而是为了不断延展的未来。只要宪法背离了这个标准而降落到细节和具体问题上，它就失去了其灵活性，解释的范围就缩小了，其含义就僵化了。只有它忠实于其职能，它才保持了它的变通力，它的适应性，它的作用。”[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第51页。他的话不仅反映了他本人的观点，而且还反映了每位宽宏豁达的聪慧明智的宪法制定者的观点。当然，这种观点应当用某种限制性考虑加以调和。即使一部宪法的颁布完全可以被解释为是对该宪法的未来解释者的一种授权，这种授权也不能被认为可以扩大适用于那些完全破坏该宪法精神的更改，也不可以将宪法中的律令变成同它们原始含义相对立的东西。参见[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第52页；[美]E·博登海默著：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第500页。

目的解释是指以解释规范目的为根据，阐释法律疑义的一种解释方法。这种解释方法是德国学者耶林在19世纪后期提倡寻求法的目的以后所出现的。耶林认为，法律乃人类意志的产物，有一定目的，受目的支配，与以因果律为基础，因而有必然因果关系的自然法则截然不同。故解释法律必先了解法律所欲实现何种目的，以此为出发点，加以解释，始能得其要领。目的为解释法律的最高准则。“‘目的是内在的生活和被掩盖的灵魂，但它却是一切权利的源泉(Le but est la vie interne, l'ame cachee, mais generatrice, de tous les droits.)’我们并不是像从树上摘取成熟的果子那样摘取我们的成熟的法律规

则。每个法官在参考自己的经验时，都必须意识到这种时刻：在推进共同之善的目的指导下，一个创造性活动会产生某个规则，而就在此自由行使意志之际决定了这一规则的形式和发展趋势。”[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第63—64页。至于何为立法目的，学者间有分歧。有的认为，这里的目的是指法的整个目的；非如法意解释之法意，系指某法之立法趣旨或立法本旨。也有的认为，目的解释之所谓目的，除法律之整个目的外，似应包括个别法条、个别制度之规范目的。参见梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第226—227页。实际上，这里涉及到对法的精神的价值取向的确定问题。价值取向是一个复杂的判断过程，需要法官运用其综合能力去揭示这种内蕴的价值。如何发现法律的价值取向是目的性解释的关键问题，事实上价值取向是一种实践理性而不是一种科学分析的逻辑推理。实践理性不是一种单一分析方法，甚至也不是一种有联系的方法，它包括内省、想象、常识、移情、说话者权威、类比、前例、惯例、经验、直觉及期望等。实践理性也许混杂不清、不够严格，但它是我们回答复杂问题的一套主要工具，它经常在逻辑或科学实验不能起作用时，被用来帮助我们作出价值选择。参见[美]波斯纳著：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第93页。对法官来说，正是这种实践理性的方法指导着他去发现法律的价值蕴含，并在法律解释中尽量实现法律的期待。

可见，广义解释方法的理论基础是客观解释论。这种解释方法不是拘泥于立法者制定法律时的原意，而是随着时代的变迁，去探求与时代相契合的内在于法律中的意义和目的。很显然，广义解释的方法是一种实用主义的方法，它能够使法律的适用最大限度地满足现时生活对法律的期盼。但必须看到，运用广义解释方法的过程不可否认地具有一种立法的倾向，因而它不仅混淆立法与司法领域划分之虞，而且，尽管解释是在法律的空白地带进行，但“在这些空缺地带的一些限制之内，在先例和传统的诸多限制之内，会有一些自由选择，使这种选择活动打上了创造性的印记”，[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第71页。因而它要求法官必须有“立法者的智慧”，这就使得广义解释方法目的的实现，必须奠基于“法治已经十分完美，并且人权获得安全保障，法官都能公正执法”这样一种前提之上，陈兴良主编：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第732页。就中国目前的刑事司法现状来看，无疑还不能为广义解释方法的普遍适用提供这种前提保证。加之，刑事司法解释的最终目的在于刑事法律的准确适用，而刑法的适用如何，显然关涉的不仅仅是争端的解决以及财产损失的赔偿，而是犯罪人在法律上的命运。

所以，立足于人权保障的立场，我认为，中国目前的刑事司法解释应当以狭义解释为主，广义解释的方法必须限制在有利于被告的场合，毕竟，与没有上述前提作保证的广义解释所不可避免地带来的司法人员的主观擅断对公民人权的侵扰相比，我们恐怕更愿意承受严格解释的刻板、僵化给我们带来的困扰。因为这样做，至少使我们在不能实现个别正义的时候，还可以保有一般正义。但必须指出的是，这只是囿于我国的司法现状而采取的一种权宜之计，正如我在前面所提出的，中国刑事司法解释现代化的目标选择应当是客观解释而不是主观解释一样，现代化的刑事司法解释方法，也应当以广义解释方法为主，同时兼采狭义解释的方法。这，应当成为我国司法实务努力的方向。

三、刑事司法解释的创造性及其限度

从客观解释论的立场出发，“我们不追问什么是一个世纪前立法者的意愿，而是追问，假如他知道我们目前的状况，他会有什么意愿。”[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第51页。由此得出的结论就是，刑事司法解释不必永远保持相同，而是可以随着时代的发展而变迁。那么，刑事司法解释的性质是什么呢？或者换言之，刑事司法解释权究竟是一种立法权，还是一种司法权？如果是立法权，无疑等于承认法官可以“造法”；而如果仅仅是一种司法权，那么这一权力的行使只能墨守成文的成规，还是可以对其进行创造性的解释？如果承认刑事司法解释的创造性，这一创造性解释权行使的边界又在哪里？可以说，对这些问题的不懈追问，不仅关涉刑事司法解释的发展趋势，而且在某种程度上可能引发一场刑事司法革命。

1 对刑事司法解释性质的追问

几百年来，人们对于刑事司法解释权的性质一直争论不休，其中尤以历史法学派和分析法学派的观点最为针锋相对。在历史法学派看来，法官虽然可以在判决内申述判决理由，但这并非创立法律原则。法官不能制定法律，只是发现法律，一个先前的既成规则就在那里，埋藏在或者是掩藏在习惯法的机体之中。法官所做的一切就是剥开其外衣，在我们的眼前展示它的身姿。参见Pound, Harvard Law Review, 第27卷，第731、733页。法官只是“活着的法律宣示者”（Blackstone语）。马歇尔也这样说：“司法部门‘在任何案件中都没有自己的意志……。行使司法权的目的从来也不是为了赋予法官意志以效力；而总是为了赋予立

法机关的意志或者——换言之——法律的意志以效力。’” [美] 本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第106页。但自以边沁和奥斯丁为代表的分析法学派崛起以来，对这一问题却完全采取了另一种态度，认为法官在某种程度就是立法者，有时其功能还在立法者之上。因为立法者制定法律是概括的，而法官对法律的解释是具体的。而在美国，“信仰奥斯丁式分析的人们有时已经从法律从来也不是法官制定的这种观点导致了这样一个结论，即法律从来也不是任何其他人制定的。他们说，无论习惯是何等坚实地确立下来了，但如果不为法院所采用，它都不是法律。甚至制定法也不是法律，因为必须由法院来确定其含义。这就是格雷在他的《法律的性质和渊源》一书中的观点。‘我所认同的真实的观点是’，他说，‘法律就是法官所宣布的东西；制定法、先例、博学专家的意见、习惯和道德都只是法律的渊源。’” [美] 本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第77—78页。

显然，坚持分析法学派观点的结果必须会导致否定法律存在的可能性。“当制定法的含义可疑或含混之际，它并不因为确定其含义的权力被赋予了法院就不再是法律了。人们也完全可以以同样的理由说，作为一种契约意志的表现，合同并没有任何实在的东西。一切长期得到确认的先例，都并不因为法院有时行使了特权，推翻了自己的决定，就失去了法律的品质。在我看来，这些都是现实主义感引导我们必定得出的结论。无疑，确实有那么一个地带，在那里司法判决的变动不受既定原则的限制。制定法、先例、习惯或社会习俗的含混不清，或者它们的某些部分或所有部分之间有冲突，这些会使法律不确定并要求法院承担起一种责任，即运用一种在职能上显然是立法性的权力来溯及既往地宣告法律。”但“我们一定不能让这些偶然且相对罕见的事件蒙住了我们的眼睛，看不见有无数事件既不是含混不清，也没有冲突，更没有机会得出有分歧的判决。我们大多数人的生活都清醒地服从着法律的规则，而无需诉诸法院来确定我们的权利和义务。对于绝大多数人来说，法律诉讼都是罕事，是灾难性的经历，并且，即使发生了这样的灾难，最经常与争议相连的也不是法律，而是事实。在无数的诉讼中，法律都是非常清楚的，法官也没有什么裁量。他们确有权在空白之处立法，但那里常常没有空白。如果我们只是盯着那些荒芜地带，而不愿看一看那些早已播种且硕果累累的土地，那么我们就会有一个错误的全景图。” [美] 本杰明·卡多佐著：

《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第79—80页。因此，司法解释权的本质仍然是一种司法裁判权，而非我们通常意义上所说的立法权。

但是，承认司法解释权的实质是一种司法裁判权，并不是说司法解释就必须严格恪守法律的字面含义，而不得有任何创造。任何一个通情达理的立法者都应该能够意识到，在他所立的法律中肯定会有不足之处。他也会知道，成文规则几乎永远不可能被表述得如此之完美无缺，以致所有应隶属于该立法政策的情形都被囊括在该法规的文字阐述之中，而所有不应隶属于该法规范围的情形仍被排斥在该法规语词含义范围之外。再者，人们不可能想象，一个立法机关会坚持要求享有那种不准他人纠正小错误及不当之处的排他性权利。如果立法机关要求这种排他性权利而且得到了此权利，那么立法机关就会始终忙于修正其自己颁布的法律，而且往往是忙于修正一些微不足道的要点；这是不切实际的，因为还有其他的和更为即时的政治要求压在当代立法者身上，这已足以使他们深感烦恼了。即使最终作出了必要的修正，受字面含义解释法规束缚的法官在此同时所造成的不公正现象却仍未得到纠正。参见杨一平著：《司法正义论》，法律出版社1999年版，第251页。所以，我们并不需要这种毫无结果的词义之争——细致地讨论法律与正义的差别而忘记了它们之间更深层上的和谐。“我们更需要的是法国《民法典》的紧急号角：‘法官借口法无规定或法律不明确、不完备而拒绝予以判决，应受到拒绝审判罪的追诉’。‘我们法院的职能就是’，一位尖锐的批评者说，‘通过对法律原则的不断重述并赋予它们不间断的、新的内容来使它们与道德习俗保持同步。’这就是司法性的立法，并且，是由法官自己承担风险的立法。尽管如此，却正是这种立法的必要性和义务才赋予了司法职务以最高的荣誉；并且，也没有哪个勇敢且诚实的法官会推卸这一义务或畏惧这一风险。” [美] 本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第84页。

所以，司法解释权既不是完全的司法裁判权，也不是纯粹意义上的立法权，而是一种介于立法权与司法裁判权之间，但在性质上更接近于立法权的权力。由于在立法权与司法权之间存在着一种鸿沟，而且当法律规定愈不贴切地适用于具体案件时，这条鸿沟就愈巨愈深，因此惟有通过解释为之搭起一座桥梁才能使问题得到解决。大陆法系起初试图在立法机关与法院之间设立一个专门行使解释权的立法性组织来充当这个桥梁，但后来的实践证明法律解释权的独立行使存在着难以克服的功能障碍。参见杨一平著：《司法正义论》，法律出版社1999年版，第250页。因为尽管它在性质上接近立法权，但在实践中却更依赖于司法裁判权。

由此决定，刑事司法解释权不能墨守法律字面的含义，成为宣布法律之口，而是应当创造性地解释法律，以纠正因成文法的系统性和确定性而导致的法律与生活需要之间的背离；但司法解释的创造性也不是随心

所欲、无所顾忌的，而是必须受到一定的限制。因为，司法解释权毕竟不是真正意义上的立法权，司法解释活动的实质也并不是一种立法活动，而是一种带有立法性的司法适用活动，确切地说，是一种司法性“立法”。

2 刑事司法解释的边界

司法解释的创造性是保持法律鲜活生命力的源泉，所以，允许司法解释一定程度的创造性就是必要的。但这并不意味着，司法解释的创造性可以漫无边际，相反，它必须受到一定的制约，以保证司法解释在进行“司法立法”的同时不致于对立法机关权力进行不正当的司法干预和侵犯。美国著名大法官霍姆斯先生在他的一段闪光的格言中将这一思想阐述得淋漓尽致：“我毫不犹豫地承认，法官必须而且确实立法，但他们只是在间隙中这样做；他们被限制在克分子之间运动。一个普通法法官不能说，我认为对价原则只是一些历史的胡言乱语，在我的法院中将不实施这一原则”。Southern Pacific Co. V. Jensen, 244 U. S. 205, 221. 刑事司法解释由于关涉对人的生杀予夺，因而留给刑事司法解释进行创造性“立法”的空白应当更小，而对其限制应当更大，否则，不受约束和限制或者约束、限制不当的刑事司法解释可能成为封建时期的罪刑擅断在现代死灰复燃的氧气。

那么，我们应当根据什么原则为刑事司法解释创造性的发挥划定一个合理的边界，才能既不扼杀刑事司法解释使法律由“死法”变为“活法”的创造性功能，又使刑事司法解释不致于成为侵犯人权的现代“杀手”呢？我认为，以下两个原则是刑事司法解释所必须遵循的：

一个增进社会福利的正义原则。“令我们关切的并不是这些空白的大小；毋宁说，我们更关心的是那些将用来决定如何填补这些空白的原则，而无论空白是很大或是很小。在填补这些空白时，社会学方法将着重点放在了社会福利上。”[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第43页。而社会福利的要求就是宗教的要求、伦理的要求或社会正义感的要求，而不论它们是表述为信条或是体系，或者是一般人的心灵中所固有的观念。尽管社会福利的内涵如此宽泛，但在今天法律中的每个部分，这个社会价值的规则都已经成为一个日益有力且日益重要的检验标准。“司法的全部功能”，格梅林说，“都已经……转移了。表现在司法决定和判决中的国家意志就是以法官固有的主观正义感为手段来获得一个公正的决定，作为指南的是对各方当事人利益的有效掂量，并参照社区中普遍流行的对于这类有争议的交易的想法。除非是为了某个实在的制定法所禁止，司法决定在任何情况下都应当与商业交往所要求的诚信以及实际生活的需要相和谐；而在掂量相互冲突的利益时，应当帮助那种更有理性基础并且更值得保护的利益，直到其获取胜利。”[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第44—45页。“一方面”，热尼说，“我们应追问理性和良心，从我们最内在的天性中发现正义的根本基础；而另一方面，我们应当关注社会现象，确定它们保持和谐的法律以及它们急需的一些秩序原则。”“正义和一般效用，这将是指导我们进程的两个目标。”[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第45页。可见，根据社会福利原则来划定刑事司法解释的创造性边界，不仅是法律本身的要求，更是市场经济的利益平衡原则在现代刑事司法中的体现。



二是自律原则。“实际上，每个法官都在他的能力限度内进行立法。无疑，对法官来说，这些限度都比较局促。他只是在空白处立法，他填补着法律的空缺地带。他可以走多远，并且不超出这些空缺，这都不能在一张图表上为他标示出来。他必须自己学会这一点，就如同从多年的某种艺术实践的习惯中他获取了什么才算得体 and 什么才算比例匀称的感觉一样。甚至就是在这些空白之处，某些难以界定而只能为各个法官和律师感觉到的限制——而不论它们是何等难以捉摸——都在妨碍和限定他的活动。这些限制是由多少世纪的传统建立起来的，是其他法官——他的前辈和同事——的范例建立起来的，是这一行业的集体判断建立起来的，以及，是由遵从通行的法律精神的义务建立起来的。”[美]本杰明·卡多佐著：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第70—71页。实践证明，通过自律正是防止司法解释越出边界侵入立法领域的一条有效原则。西方世界的许多法官正是通过力图避免过分能动主义的做法，来固守司法解释与立法领域的边界的。即使是在通过法律解释促进法律发展的英美法系，“也只有有限定的场合，在已提起的案件的范围内，在已经提出的判决要点中，并且像立法那样该判决不会引起其他问题的情况下，才可以这样做。有时，法院也会因为这样做就相当于司法立法而拒绝作出一个具体的判决。”[英]戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》中文版，邓正来等译，光明日报出版社1989年版，第485页。介于立法与司法之间的司法解释毕竟在法院与其基本的社会逻辑之间制造了一种紧张状态。因此，下面的表述中表现出来的司法部门的自我克制状态无疑也就应当得到肯定：“法官为了根本正义而背离法规的字面含义的权力，必须局限于那些强烈需要予以衡平法上补救的案件，而且法官在将一个衡平法的例外移入某一法规时滥用裁量权的情形，应当可以成为上诉之根据。”[美]E·博登海默著：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第519页。

更新日期：2007-5-16

阅读次数：807

上篇文章：刑法司法解释的溯及力

下篇文章：论刑法立法解释

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号