

# 论当前司法活动中 适用刑法解释的基本规则

唐 稷 尧

(四川师范大学 法学院, 成都 610066)

**摘要:**中国刑法解释所具有的抽象化、规范化特征决定了这些解释文件无法直接与案件事实相对应, 必须通过再解释使之适用于司法实践。抽象化的刑法解释适用于具体案件时应当遵循以下三项规则: 依附性规则; 解释的非穷竭规则; 例外不适用规则。

**关键词:**刑法解释; 依附性规则; 非穷竭规则; 例外不适用规则

**中图分类号:**DF61 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2019)02-0045-10

成文法的抽象性决定了法的正确适用必须以对法的妥当解释为基本前提, 正确的法律解释是任何法治国家实现正义的重要途径与保障。在域外法治发达国家及地区, 法律解释被视为一种附随于法律适用的司法技艺, 因此, 法律解释总是以个案裁判这一基本形式体现, 妥当的法律解释的达成主要有赖于正确的解释立场与方法。但在中国, 法律解释不仅被视为司法技艺, 更被视为一种与立法权、司法权相并列的国家权力——法律解释权, 法律解释主要采取拥有解释权的机关不定期发布具有普遍约束力的、以抽象规范为内容的解释性文件作为基本形式, 从而在法律之外形成了一个与之“如影相随”的庞大的法律解释体系, 对法律的适用产生巨大的影响。在这个庞大的体系中, 刑法解释占据着特殊的地位。基于刑法是现代公民自由度的最后边界, 刑法解释实质上具有清晰划定公民自由之边界的公共政策属性与功能。而在当代中国的刑法解释体系中, 除了极少数的指导案例以外, 以抽象规范为内容的

刑法解释毋庸置疑占据了绝对多数, 有鉴于此, 为了实现“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”这一目标, 在妥当的刑法解释之外, 正确适用这些抽象化的解释规范具有与之相同的重要性。

## 一 导论: 为什么需要专门探讨适用刑法解释的基本规则

从认识论的角度来看, 任何人都只有在理解规则的前提下才能适用规则, 因此, 刑法的适用当然需要刑法解释。可问题是, 既然已经通过解释获得了某一刑法规范的内涵, 为什么还需要专门讨论刑法解释的司法适用规则问题呢?

### 1. 理由之一: 中国刑法解释表现形式的独特性

中国刑法解释具有两个显著的特征, 一是抽象化、规范化; 二是具有普遍适用的效力。由于其既不依附于具体的案件事实, 又可以普遍化地在各种案件中反复适用, 因此, 这种解释无论长短, 其在内容上依然是对某一刑法规范内涵、特征的抽象化描述。例如全国人大常委会 2004 年发布的有关刑法规定

收稿日期: 2018-10-23

基金项目: 本文系 2017 年四川省哲学社会科学规划项目“当代中国刑法司法解释之公信力研究”(项目编号: SC17B081) 的阶段成果。

作者简介: 唐稷尧(1972—), 男, 四川乐山人, 四川师范大学法学院教授, 法学博士。

的“信用卡”的立法解释,其实就是对“信用卡”内涵、特征的抽象化描述<sup>①</sup>,如果将该解释条款与《刑法》第九十一条“公共财产”的含义、第九十二条“私有财产”的含义以及第三百六十七条“淫秽物品”的含义相比较,它与这些刑法条款具有同样的规则属性与特征。如果是一部内容较为复杂、文字较长的刑法解释文件,那么,其“条、款、项”的行文结构和表现形式与刑法规则更是无出其右。以两高针对信用卡犯罪发布的《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》为例,这一法律解释文件共有8条,其中第一、二、五、六、七条又分别规定了多款、多项,如果隐去文件的标题,俨然如刑法规范。由于这些刑法解释本质上属于脱离了具体案件事实的抽象规范,在司法实践中,它们虽然名为法解释,却依然无法自动与具体的案件事实相对应,而“对于适用者而言,恰恰就是在讨论该规范对此类案件事实得否适用时,规范文字变得有疑义”<sup>[1]193</sup>,正如“法律之所以需要解释,主要原因就在于当成文法律面对复杂多变的具体案件时,它的意义才可能是不清楚的。这就是说,不是法律本身需要法律解释,而是法律实践呼唤法律解释”<sup>[2]43</sup>。因此,这种内容、形式与刑法规范高度相似且无法与案件事实直接对应的抽象化刑法解释在司法适用中就必然面临与刑法规范的适用的相同问题——即如何将抽象规范适用于具体案件。

例如,两高在2010年发布的《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第五款是对于违反国家烟草专卖管理法律法规的解释,对未经烟草专卖行政主管部门许可非法经营烟草专卖品行为的4种具体情况进行了列举性解释,即“无烟草专卖生产企业许可证、烟草专卖批发企业许可证、特种烟草专卖经营企业许可证、烟草专卖零售许可证等许可证明,非法经营烟草专卖品”的行为。然而,由于该条款的抽象性,实践中出现了行为人虽持有烟草零售许可证但从事烟草批发业务的情况,司法者就需要判断此类情况能否归属于上述条款、是否可以适用上述司法解释。由此,才有了最高法院在2011年5月针对辽宁省高级人民法院请示所做出的《关于被告人李明华非法经营请示一案的批复》,在该批复中,最高法院明确指出:“被告人李明华持有烟草专卖零售许可证,但多次实施批发业务,而且从非指定烟草专卖部门

进货的行为,属于超范围和地域经营的情形,不宜按照非法经营罪处理。”这一批复的实质就是对《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第五款中所规定的4种非法经营烟草专卖品行为类型如何适用进行的进一步解释。由此可见,以抽象化规范为主体的刑法解释,在司法实践中总会面临如何将其适用于具体案件这一基础性问题,其核心就是如何对抽象的条款予以正确的再解释。

2.理由之二:理论与实务中解决路径的单一性与被动性

就当前中国司法实务而言,解决如何适用刑法解释这一问题采取的基本路径就是向上请示,由上级法院特别是最高人民法院做出进一步释明,这种释明或者表现为“批复”、“解答”、“答复”等形式,或者表现为以最高司法机关法官发表署名文章的形式来体现。前者如两高在2001年6月颁布《关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(法释〔2001〕19号)之后,为了解决该解释在司法适用中所面临的问题,又在2002年5月发布了《关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》(法发〔2002〕7号),该文件在其开头就开宗明义地指出:“为依法严厉打击邪教组织的犯罪活动,维护社会稳定,现就各地在办理案件,适用《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(以下简称《解释二》)中提出的若干问题,做如下解答”。后者如在两高2016年发布最新的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》后,最高人民法院大法官裴显鼎、苗有水等人就在最高人民法院所主办的《人民司法》上发表《〈最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》一文,用以指导司法机关对该解释的适用。

就理论研究而言,在中国,包括刑法解释在内的法律解释学一直都是近年来法学界的显学,产生了一大批重要的研究成果,这其中有“形式解释”与“实质解释”的立场之争,有“目的解释”、“文义解释”与“体系解释”等方法之论,有解释过程的“位阶必要论”与“位阶不要论”的探讨<sup>②</sup>。不过,这些研究大部分都聚焦于刑法解释的基本立场、方法等问题,关注

的是对现行刑法规范的具体解释,而对于如何适用现行刑法解释文件中的类似刑法条文的抽象化规范这一司法实践中亟待解决的问题,理论界开出的药方基本上还局限于对所出台的刑法解释文件进行条文解读的层面<sup>⑤</sup>,而鲜有方法论层面的讨论。而在域外,虽然刑法解释长期都是法学研究的基础问题与热点问题,但由于域外法学理论与法律实践都将法律解释视为适用法律的司法技艺,认为刑法解释就是司法者(法官)在个案裁判中的刑法适用解释,因此,客观上没有类似中国的抽象化刑法解释现象,所谓如何适用类似刑法条文的抽象化刑法解释的问题在域外并不存在,当然也就缺乏可资借鉴的相关直接成果<sup>⑥</sup>。

如果我们深入分析上述理论与实务界处理类似问题的思路就可以发现,无论是“批复”、“解答”、“答复”还是以解读解释文件为主要内容的解读性文章,对于刑法解释的司法适用而言,其基本特点都是“给出具体答案”式的单一路径,而非方法论层面的“路径指引”或“规则的归纳”,都具有缓不济急、消极被动的特点,虽然可以解决某一刑法解释在司法适用中的某个具体问题,却无法有效面对每日司法活动的各种具体需求,更无法调动每一具体司法者主动探求、正确适用刑法解释的主观能动性。面对纷繁复杂的司法实践和巨量的抽象化刑法解释文件,总结司法实践经验并从理论上建立起一套正确适用刑法解释的基本规则与方法,用于指导下级司法机关特别是普通司法者的日常司法活动,就显得非常必要与紧迫。

## 二 本论:适用刑法解释的具体规则

在笔者看来,刑法解释的适用规则其实就是如何对待和理解既有刑法解释的基本规则与方法,但其最终目标并不仅是正确适用刑法解释,更是通过对刑法解释的正确理解而达到对刑法规范的正确适用,从这个意义上讲,刑法解释的适用与刑法规范的适用在本质上具有一致性。

### 1. 适用规则一:依附性规则

所谓依附性规则,是指对于刑法解释的理解与适用不能脱离刑法条款甚至背离刑法基本规定而必须结合其所解释的刑法目标条款展开,刑法解释的理解必须依附于刑法规范本身。

从法律解释的基本原理来看,刑法解释是解释主体运用自己的主观能动性对刑法规则的内涵进行

的理解与明确,它既是一种认识活动,同时也是认识活动所达成的结果。就活动而言,刑法解释的对象是刑法文本,就认识结果而言,刑法解释是对刑法规范文本内涵的阐发与明确,可见,刑法与刑法解释之间是一种“皮”与“毛”的关系,对刑法解释的理解与适用自然更不能脱离刑法规范本身,正所谓“皮之不存,毛将焉附”,只有从刑法规范本身角度去理解刑法解释,才有可能正确适用刑法规范。

依附性规则看似简单,但在司法实践中,真正做到往往却并不容易。例如,2001年两高《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》第九条规定:“知道或者应当知道他人实施生产、销售伪劣商品犯罪,而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件,或者提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件,或者提供制假生产技术的,以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处。”根据我国刑法有关故意与过失犯罪的规定,“应当知道”所指的是行为人客观上所具有的“不知道”的心理事实和有义务“知道”的主观认知义务,如果单独审视此解释条款,“应当知道”在主观上显然是一种过失的心理态度。然而,如果照此理解与适用该条款显然就与我国刑法有关共同犯罪只能是共同故意犯罪的规定直接抵触,但由于该解释条款是有关生产、销售伪劣商品犯罪共犯的规定,因此,此条款中的“应当知道”必须依附于共同犯罪故意来理解与适用,循此思路,就只有将解释条款中的“应当知道”理解为“推定知道”。之所以这样理解,是因为按照刑事司法理论与实践,“推定知道”其实是“知道”或“明知”的一种特定形式,从理论上讲,“知道”、“明知”都是指以认识与意志等心理内容为中心而存在的犯罪主观事实,它们与行为方式、行为对象等客观事实一样同样是需要证明的,但鉴于主观事实表现为行为人的主观心理状态,它不像客观事实那样具有外在形态可以加以直接感知与证明,因此,在许多情况下,主观事实需要采取司法推定这样一种司法技术间接地予以证明和认定。事实上,我国其他刑法解释文件中的类似条款也印证了这一基本思路。例如2011年最高人民法院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十条规定:“刑法第三百四十五条规定的‘非法收购明知是盗伐、滥伐的林木’中的‘明知’,是指知道或者应当知道,具有下列情形之一的<sup>⑦</sup>,可以视为应当知



道,但是有证据证明明确属被蒙骗的除外。”这一解释将“知道”与“应当知道”并列作为“明知”的两种基本形式,同时又明确规定了认定“应当知道”的具体客观情形,显然是将“应当知道”等同于“推定知道”。只不过这一司法解释比前一解释不同之处在于,它把与推定事实具有高度相关性的基础性客观事实予以法定化,司法者的任务只要查明基础事实的存在即可,至于推定过程则已经由司法解释事实完成,这种解释技术显然更优于单纯地将“应当知道”与“知道”予以并列而不给予任何说明。

又如,2007年,最高人民法院、最高人民检察院发布了《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》,该解释在总结实践经验的基础上规定了10类特定的收受他人财物行为与情形,其实质是对刑法规定的“收受他人财物,为他人谋取利益”这一受贿罪要件予以进一步的细化与明确。即便如此,在该解释的具体适用中,依然出现了多处争议与模糊,其中尤以第九条第一款的适用最为突出。根据该条规定:国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的,不是受贿。在此条款中,由于“退还”与“上交”的外在表现及行为特征具有客观性且易于认知与把握,故其含义相对具体,但“及时”的含义则相对模糊,认定标准不一甚至存在主观性,因此,如何理解此项解释条款中“及时”的含义是正确适用该条款认定此类行为是否成立受贿罪的关键。然而,如果我们在司法实践中单纯就该解释条款来理解,由于“及时”一词在文义上本身就是一个含混的、非精确的时间概念,对它的判断就可能出现一个基于不同立场而“见仁见智”的标准:站在被告方立场,“及时”的理解应当尽可能宽泛与延长,最好是能够延长到只要是案发前的主动上交都认定为“及时”,而对于指控方而言,“及时”的理解则希望从严控制,最好是收到财物后第二天甚至当天就退还或上交才算“及时”。显然,按照这一思路,对“及时”的理解与判断就会陷入一种“无解”的境地。但如果我们将这一解释条款放在刑法有关受贿罪犯罪成立要件中去理解则会呈现出另一种路径。按照受贿罪的成立要件,受贿行为的客观方面主要表现为基于职务、职权而收受他人财物,为他人谋取利益或者基于职务、职权而向他人索取财物,而在这一法定的要件中,无论是“退还”还是“上交”,作为一种收到财物后的客观活动,其并不属于受贿罪犯罪构成客观要件内容,因

此,“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的,不是受贿”这一解释条款显然不能单纯从客观行为方式这一明显违反刑法受贿罪规定的角度来理解。在我们看来,从刑法有关受贿罪的规定本身出发,该解释条款只能从犯罪主观要件的角度来理解与适用,即收受财物后的“退还”、“上交”行为应当是一种判断行为人是否具有受贿故意的外在征表,如果将同条解释的第二款结合在一起看,这种“征表”意味就更加明显<sup>⑥</sup>。更为值得注意的是,最高人民法院、最高人民检察院在该解释文件发布时曾以相关负责人答记者问的形式向外界公开说明了该解释的出台背景与相关条文的理解,对于该解释第九条的说明是这样表述的,“对于国家工作人员收受请托人财物后,及时退还或者上交的,说明其主观上没有受贿故意,因此,不是受贿。收受财物后,因自身或与其受贿有关联的人、事被查处,为掩饰犯罪而退还或者上交的,从法律上讲受贿犯罪已经实施完毕,而且主观上也没有悔罪的意思,依法依理均应定罪处罚”。由此可见,解释者的初衷和本意也正是从犯罪主观要件的角度来制定该解释条款的。如果循此思路,“及时”的理解与判断标准也就有了新的路径。基于中国社会所具有的“人情社会”、“关系社会”的特征,送礼者财物的交付可能会采取“隐蔽”的方式进行,这使得收受者客观上可能因为某种“障碍”而“无意”收受财物,在此情况下,如果收受者事后了解真相而及时“退还”或“上交”的,其显然主观上是不具有受贿故意,当然也不构成受贿罪。因此,该解释条款中对“及时”的理解、判断与适用就应当以是否存在对财物的客观认识障碍以及该障碍客观上消除的时间为基本标准,这一标准既具有相对客观性又可以绕开具体的以单纯时间长短为标准的困境,具体而言,如果收到财物的行为人的确存在对该财物的客观认识障碍,只要是在该障碍消除后“退还”或“上交”,无论这一时间距离其收到财物的时间有多久,都可以判断具有“及时性”,反之,其“退还”或“上交”即不具有“及时性”。

## 2. 适用规则二:解释的非穷竭规则

刑法解释的非穷竭规则是指针对刑法规范所作出的解释无法穷竭该规范所能够涵盖的所有具体情形,不能以刑法解释的内容而为刑法规范的适用人为设限。

基于人的认识的有限性、客观事物的复杂性以

及成文法规范的抽象性,为了避免规范制定中的挂一漏万,从立法技术上讲,包括刑法在内的各种成文法的制定都常常使用“具体列举+概括规定”的立法模式,即在制定一个具体罪刑条文时,通常先列举已经可以类型化、典型化的具体情形,然后再以概括性词语或句子做兜底性规定。例如《刑法》第二百二十五条非法经营罪第(四)项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”就是典型的概括性规定。在刑法解释中,由于解释内容大多以抽象化、规范化形式表现,这种“具体规定+概括规定”的条款制定技术也时常被运用于刑法解释活动中。然而,基于种种主客观的因素,这种立法技术却并未完全贯穿于所有的刑法解释。在有些刑法解释条款中,存在只有具体情形的列举规定而缺乏概括性的规定,当司法实践中出现无法归属于解释条款中所列举的任何具体情形的客观事实时,如何适用该条款,或者更准确地说,如何对待既有的解释条款就是一个无法回避的具体问题。

例如,在我国《刑法》第一百二十五条第二款规定中,非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪的犯罪对象包括三类:“毒害性、放射性、传染病病原体等物质”,在这三种物质中,放射性物质与传染病病原体的具体范围是清晰的,前者可以根据我国《放射性污染防治法》以及《放射性物品运输安全管理条例》予以确定,后者可以根据《传染病防治法》予以明确,但“毒害性物质”的具体范围则缺乏像前两种物质那样的清晰法律规定,因而需要通过刑法解释对其具体内容、范围予以进一步明确。按照科学分类,所谓“毒害性”物质,主要是指能对人或者动物产生毒害的有毒物质,包括化学性有毒物质、生物性有毒物质和微生物类有毒物质<sup>⑦</sup>。从目前来看,当前的刑法解释中仅仅是对化学性毒害物质(即人工合成有毒物质)进行了解释,这就是最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。该解释第一条规定,非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品,危害公共安全,构成非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪;第六条规定,“禁用剧毒化学品”是指国家明令禁止的毒鼠强、氟乙酰胺、氟乙酸钠、毒鼠硅、甘氟,由此可见,刑法解释所明确的、可以构成非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪的化学性毒害物质就是指毒鼠强、氟

乙酰胺、氟乙酸钠、毒鼠硅、甘氟这5种物质。然而,这种仅有具体列举、封闭式的刑法解释条款明显存在缺陷。根据国务院颁布的2002年版《剧毒化学品名录》的规定,“剧毒化学品是指具有非常剧烈毒性危害的化学品,包括人工合成的化学品及其混合物(含农药)和天然毒素”,其收录在内的剧毒化学品共有335种,而前述司法解释所规定的毒鼠强等5种禁用剧毒化学品只是该名录所规定的“剧毒化学品”中的部分化学品。一旦生活中出现非法制造、买卖、运输、储存刑法解释所列举的5种具体物质以外的剧毒化学药品,司法机关就面临如何对待该解释条款以及如何适用相应刑法条文的问题。2011年,浙江省绍兴市越城区人民法院在审理王召成等5人非法买卖、储存危险物质案中,被告人被指控买卖、储存的危险物质就是刑法解释所列举的5种物质以外的氰化钠,而辩护人则根据上述解释认为认为氰化钠系限用而非禁用剧毒化学品,不属毒害性物质提出无罪辩护的主张。浙江省绍兴市越城区人民法院经审理后则认为:氰化钠虽不属于禁用剧毒化学品,但系国家严格监督管理的剧毒化学品,易致人中毒或者死亡,对人体、环境具有相当大的毒害性和极度危险性,极易对环境人的生命健康造成重大威胁,属于刑法第一百二十五条第二款规定的毒害性物质,进而认定被告人的行为构成非法买卖、储存危险物质<sup>⑧</sup>。这一判决最终获得最高司法机关的认可,被上升为指导全国司法实践的第13号指导性案例<sup>⑨</sup>。笔者认为,这一指导案件的价值不仅在于其增加了司法机关所认可的“毒害性”物质的具体种类,更为重要的是这一指导性案例的公布事实上确立了对待与适用刑法解释的一个重要规则——解释内容非穷竭规则,具体而言,这意味着对于单纯以具体列举为内容的解释条款,司法机关应当有正确的、清醒的立场,即所有具体列举内容只是被解释者予以类型化的典型情形而非被解释对象所包涵内容的全部。司法者在对待该解释以及适用相关刑法规范时不能机械将解释所具体列举内容以外的情形直接排除在法律适用之外,而应当从这些情形与解释列举内容之间是否具有实质的同一性的角度去考察,如果具有同一性,该情形就应当被纳入到相应刑法规范的适用范围。在上述指导案例中,司法机关正是从实质同一性角度——即“系国家严格监督管理的剧毒化学品,易致人中毒或者死亡,对人体、环境

具有相当大的毒害性和极度危险性,极易对环境和人的生命健康造成重大威胁”得出刑法解释所列举的5种物质以外的氰化钠同样属于刑法所规定的“毒害性”物质。

从目前来看,在对刑法具体条款或条款中的具体词语、句子进行解释的刑法解释中,绝大多数在技术上都采取了“具体规定+概括规定”的条款形式,但依然存在仅有具体列举而无概括规定的情形。除了前文所提到的有关非法买卖、储存危险物质罪的解释之外,有关赌博罪的解释也是一个例子。在最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定中,解释机关对于“聚众赌博”就只是列举了四种具体的情形却没有概括性的规定<sup>⑩</sup>。然而,相对于该解释制定的2005年,这四种具体情形显然已经不能适应今天网络迅猛发展下的新型赌博形式,例如利用网络,借助境外服务器组织多人开展的赌博形式,就未被纳入上述有关“聚众赌博”的解释类型中,但对于这种赌博形式,司法机关显然又不能熟视无睹,这就需要司法机关运用“解释内容非穷竭”规则正确解释与适用相应刑法规范,而不能拘泥于10多年前刑法解释所列举的具体内容,这样才能达到正确适用刑法规定的最终目的。

### 3. 适用规则三:例外不适用规则

所谓例外不适用规则是指对于既有的抽象化刑法司法解释,如果出现解释结论明显违反刑法规定或解释结论因为时过境迁而背离客观现实时,司法者可以在公开、并充分阐明理由的情况下,例外性地不适用该解释而寻求对刑法规范更为妥当的适用,简单地说就是刑法司法解释在实践中仅具有相对的优先适用效力而不具有绝对效力。当然,需要特别指出的是,该规则一般不适用于刑法立法解释,这是因为,基于立法法第四十五条第二款和第五十条的规定<sup>⑪</sup>,刑法立法解释是可以超越刑法规范本来的文字含义而赋予新的内容<sup>⑫</sup>。

由于中国的法律制度将法律解释视为与立法、司法相并列的一种国家权力,因此,包括刑法解释在内的各类抽象化法律解释具有法定的效力,符合国家的制度化安排<sup>⑬</sup>。此外,由于审级制度的约束以及中国司法体制中的科层化现象,即使在上述刑法司法解释的制度化类型以外的解释性文件如“会议纪要”、“意见”等,也在司法实践中具有事实上的法

定权威性。然而,目前的问题是,当这些解释出现明显违反刑法规定或解释结论因为时过境迁而明显背离客观现实时,司法者是否还是必须基于这种权威性解释而直接适用。例如,根据最高法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条及第二条第(三)项规定:从事交通运输人员或者非交通运输人员,违反交通运输管理法规发生重大交通事故,造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部或者主要责任,无能力赔偿数额在三十万元以上的构成交通肇事罪。这一解释将交通肇事行为成立犯罪的标准从刑法设定的“肇事行为+危害后果”条件转换成了“肇事行为+危害后果+事后赔偿能力”,这不仅直接违反刑法第一百三十三条有关交通肇事罪的基本规定,也导致交通肇事行为发生后行为人可能因赔偿能力的大小(实质是财产的多寡)在刑法适用上获得不同的对待,明显背离刑法第四条有关刑法适用的平等原则。此外,该解释第五条第二款有关“交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处”的规定也与刑法第二十五条共同犯罪的规定明显相悖。对此,司法者在实践中应当做何选择呢?笔者认为,虽然当前中国的刑法解释的确具有极强的权威性与优先适用效力,但不能将这种权威性与优先性绝对化,而应当确立并坚持例外不适用规则,赋予司法者例外性地选择不适用某一解释条款的权力。从本质上讲,“例外不适用规则”不仅是一个有关刑法解释的适用规则,更是一个我们正确对待与适用刑法解释的基本立场。

首先,例外不适用规则符合法律解释的一般原理。刑法解释是解释者面对刑法文本开展的一种个体性的认识活动,即使如中国的法律制度将解释权赋予某个国家机关也掩盖不了其作为人的认识活动的本质特征,因为解释刑法所需要的认知能力只有人才有,冰冷的机构则永远也不可能具备,这些以机构名义所传达出的刑法解释实际的主体依然是活生生的个人。既然解释的真正主体是人而非神,那么,基于认识能力的有限性,无论解释者如何高明、聪慧,从逻辑与经验来看,他也不可能保证其所形成的刑法解释具有绝对的正确性与永远的正确性,即便解释者身居高位或供职于较高权力层级的国家机关。正如德国学者所指出的,“虽然法院或学界的解



释都必须是对规范适当并且有充分根据的认识,可主张其为‘正确的’解释;但是没有一个解释可以主张它是终局并且——可以适用于任何时间的——‘绝对正确的’解释。……因为生活关系如此多样,根本不能一览无余,再者,生活关系也一直在变化之中,规范适用者必须一再面对新问题。”<sup>[1]195</sup>因此,面对已经时过境迁甚至明显违背刑法规范的解释,选择不适用该解释是当然的立场。

其次,例外不适用规则也符合我国法律解释制度的基本要求。从解释的基本原理来看,刑法解释本身并不能独立存在而只能依附于法律,离开刑法规范,刑法解释就成为无源之水、无本之木;从我国宪法及相关法律对司法机关以及司法者职责的规定来看,开展司法活动首要依据是法律而非解释,正所谓“以事实为根据,以法律为准绳”<sup>⑥</sup>;对于刑法司法解释而言,例外不适用规则更是符合立法法的相关规定。按照《立法法》第一百零四条规定:“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释,应当主要针对具体的法律条文,并符合立法的目的、原则和原意。”由此可见,法律解释的目的是为准确适用法律服务,如果一项解释明显与法律相背离或者因时过境迁显然无法获得法律的准确适用,排除该解释的适用就是必然。

再次,从最终目的来讲,例外不适用规则是实现刑法正义的需要。如前所述,刑法解释的目的是为了正确适用刑法,而正确适用刑法则是实现刑法正义的需要<sup>⑦</sup>。如果单纯是为了维护司法机关的所谓的权威性就将刑法解释的效力予以绝对化,而对解释结论背离刑法条款或背离客观现实的现象视而不见,刑法的正义不仅无法实现,司法机关的公信力、权威性也会动摇甚至丧失。

坚持例外不适用原则对于刑法正义的实现所具有的必要性的重要性,从近年来有关非法制造爆炸物罪具体适用司法解释的变迁及相关司法实践中可以非常典型地展示出来。2001年5月,最高人民法院基于严控与严打涉枪、涉爆犯罪的立场,颁布了《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2001〕15号),对于非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物犯罪的定罪量刑条件做了非常严厉的解释。该解释虽然出发点与立场没有问题,却忽视了广大的中国社会基层一个客观现实,即在中国的许

多农村特别是山区农村,普通群众因筑路、建房、打井、整修宅基地和土地等正常生产、生活需要而自行制造、买卖、运输、储存爆炸物的情况曾经是一个较为普遍的现象。该解释颁布与施行直接导致了一些有益当地群众生产、生活的制造、储存爆炸物行为都被认定为犯罪。虽然最高法院在该解释发布当年即发现了相关条款的漏洞并在9月17日通过《最高人民法院对执行〈关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉有关问题的通知》(法〔2001〕129号)对该解释进行实质上的修改<sup>⑧</sup>。2009年11月,最高法院罕见地发布了《关于修改〈最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的决定》,将该通知的精神及内容纳入其中,最终形成了该解释的修订版,即法释〔2009〕18号文件。然而,不可否认的是,由于司法机关对司法解释所持有的必须遵守、不可置疑的不当立场<sup>⑨</sup>,虽然从解释的发布到纠偏通知的下达只有短短的4个月,各地法院基于对该解释的严格遵守与执行,已经有相当数量的可以不作为犯罪处理的案件依照该解释被定罪处罚。更为严重的是,即使有了上述通知,对于依照原解释所做不当裁判的纠正也依然呈现出困难的状况,乃至最高法院在2003年1月再次发布《关于处理涉枪、涉爆申诉案件有关问题的通知》(法〔2003〕8号),明确规定在该《解释》公布后,人民法院经审理并已作出生效裁判的非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件,“当事人依法提出申诉,经审查认为生效裁判不符合上述《通知》规定的,可以按照审判监督程序重新审理,并依照《通知》规定的精神予以改判”。至此,相关裁判才最终艰难地予以改正<sup>⑩</sup>。试想,如果我们在刑法解释的适用中能够不将司法解释的效力与权威性绝对化,树立并坚持“例外不适用原则”,允许司法人员在公开化地充分阐明理由的情况下寻求更为妥当的刑法解释与适用<sup>⑪</sup>,至少能够在很大程度上避免这种刑法正义的延缓甚至丧失。

### 三 余论:破解刑法适用中的“解释——再解释”现象

在域外法治发达国家及地区,包括刑法解释在内的法律解释都是以个案裁判表现出的具体解释而非抽象解释,它是法官在审理具体案件的过程中“就诉讼案件适用法律所为之解释”,即法律适用过程中

的解释<sup>②</sup>。因此,法律解释的适用规则就转化为具体的判例制度。在英美法系国家,这种裁判制度体现为“遵循先例”为核心的判例规则;大陆法系国家虽然是成文法的传统,但在成文法的适用中,基于审级制度的现实影响,上级法院有关具体法律规范的适用与解释的判例特别是最高法院的判例(如日本最高裁判所判例、德国最高法院判例)对下级法院同样具有强参照适用效力<sup>③</sup>。然而,抽象化解释在整个法律解释体系占绝对主体地位的中国,如何基于正确、公正地适用刑法规范目的而适用这些抽象的解释条款则是一个必须直面的现实问题。可见,从世界范围来看,抽象的刑法解释的适用问题其实是一个典型的中国问题。

中国刑法所面对的客观现实是:总体上单一制的政体决定了一部刑法要适用于 960 万平方公里的地域,要管辖 56 个民族,因此,中国在复杂的国情下统一刑法的适用具有更为迫切的现实需求。同时,由于中国采取两审终审体制,绝大部分刑事案件都不会由最高法院审理,通过专门的、法定的解释机关以发布抽象性文件的方式阐明刑法规范的内涵进而指导刑法适用就成为在复杂国情下统一刑法适用的基本方式与制度化选择。从这个意义上看,由于制度与国情的约束,抽象化刑法解释在刑法解释体系中占绝对数量的现实将长期存在。

从总体上看,虽然抽象化刑法解释对于刑法规范内涵的具体化、明确化以及刑法适用的统一功不可没,但不可否认的是,抽象化的条款形式总是隐含再解释的需求。而目前来看,相关国家机关回应这种需求的方式基本上还是采取“以抽象解释文件阐释抽象解释”的模式。一个典型的例子就是对刑法第三百一十三条拒不执行判决、裁定罪的解释,全国人大常委会在《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》中对“有能力执行而拒不执行,情节严重”这一犯罪成立要件规定了五种情形,其中前四种列举的都是具体情形,第(五)种则是这种概括表述——“其他有能力执行而拒不执行,情节严重的情形”,针对司法实践中对这种概括情形的明确化要求,最高法院又在 2015 年发布《关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》(法

释[2015]16 号),在其第二条再次对立法解释中“其他有能力执行而拒不执行,情节严重的情形”进行解释,列举了 8 项具体情形。然而,如果仔细分析该条款,我们发现,其第(八)项“拒不执行法院判决、裁定,致使债权人遭受重大损失的”这一规定依然具有高度的抽象性,可以预见的是,在司法实践中,仍然会有对该项规定中“遭受重大损失”这一抽象表述进行明确的请示或要求。这种不断循环、反复出现的“解释一再解释”现象在有关信用卡诈骗罪、贪污贿赂犯罪、邪教组织犯罪、毒品犯罪等许多犯罪中都一再出现。

显然,从解释学的基本原理来看,只要以抽象解释方式来解释具体规范,这种“解释一再解释”的循环总是不可避免,而这种模式对于每天都直面各种纷繁复杂案件的司法者而言,不仅是滞后的,而且也是不可能完备的,对于追求个案正义的具体裁判而言,显然是有缺陷的。在笔者看来,破解这种刑法解释与刑法适用上的“解释一再解释”循环现象,关键是在当前已经实行的案例指导制度基础上进一步提升个案裁判在整个刑法解释体系中的地位与作用,构建一种以抽象刑法解释为主干,以指导案例为支干,以具体的判例(解释)为补充的刑法解释体系,通过刑法规范、刑法解释在个案中的具体适用展示法规规范和抽象解释条款的具体含义。当然,这一制度的构建有赖于在三个方向进一步改革与完善刑法解释制度:一是对包括刑事司法者在内的司法人员在个案裁判中的法律解释权予以制度化的承认,使司法者敢于调动个人的主观能动性开展法律的适用解释<sup>④</sup>;二是构建法律职业共同体对于刑法解释立场、方法的共识,使刑法解释活动在具有共识的、科学的话语平台上展开,而不是一种“公说公有理、婆说婆有理”的争论,这对于目前处于社会大转型与大变动的时期、管辖广阔地域与复杂社会阶层而又尤其关注司法适用的平等性、统一性的刑事司法而言显得尤其重要<sup>⑤</sup>;三是确立抽象性刑法解释的基本适用原则,使得司法者在日常司法实践中面对抽象的解释条款时,即使没有上级的“再解释”也能够自主地作出正确的适用,而这也正是本文论证的目的所在。

#### 注释:

①该解释规定:刑法中的信用卡是指“由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等



- 全部功能或部分功能的电子支付卡”。
- ②以张明楷、陈兴良、赵秉志为代表的刑法学家以及以周光权、梁根林、劳东艳、刘艳红为代表的新一代优秀刑法学者做出了重要贡献。其中的代表成果如张明楷教授的《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社 2009 年出版；《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社 2011 年出版；陈兴良教授的《走向教义的刑法学》，北京大学出版社 2018 年出版；刘艳红教授的《实质犯罪论》，中国人民大学出版社 2014 年出版等专著。以及周光权教授的《刑法解释方法位阶性的质疑》，《法学研究》2014 年第 5 期；劳东艳教授的《刑法解释中的形式论与实质论之争》，《法学研究》2013 年第 3 期；梁根林教授的《罪刑法定视域中的刑法解释论》（《中国法学》2004 年第 3 期）等论文。
- ③例如，当两高发布《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕9 号）之后，为了回应司法实践中具体适用该解释文件的需要，赵秉志教授就主编出版了《最新贪污贿赂司法解释的理解与适用》，清华大学出版社 2017 年版一书。
- ④域外学者的研究也主要集中于法律解释的立场与方法的研究和以解释法条为核心的刑法规范研究和判例研究。前者德国学者拉伦茨的《法学方法论》，商务印书馆 2003 年出版；中国台湾学者杨仁寿的《法学方法论》，中国政法大学出版社 1999 年出版；美国学者阿德里安·沃缪勒的《不确定状态下的裁判：法律解释的制度理论》，北京大学出版社 2011 年出版等。后者如德国学者罗克辛的《德国最高法院判例》，中国人民大学出版社 2012 年出版；日本学者高桥则夫的《规范论和刑法解释论》，中国人民大学出版社 2011 年出版等。
- ⑤下列 3 项具体的情形是：在非法的木材交易场所或者销售单位收购木材的；收购以明显低于市场价格出售的木材的；收购违反规定出售的木材的。
- ⑥《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第九条第二款规定：国家工作人员受贿后，因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还或者上交的，不影响认定受贿罪。显然，这一规定所关注的是行为人“上交”或“退还”行为的主观方面而非客观的行为本身。
- ⑦生物性有毒物质又可分为植物性有毒物质如野蘑菇，以及动物性有毒物质如河豚鱼等；微生物类有毒物质如肉毒杆菌等。
- ⑧具体参见：浙江省绍兴市越城区人民法院（2011）绍越刑初字第 205 号判决书。
- ⑨具体参见最高法院《关于发布第四批指导性案例的通知》（法〔2013〕24 号）。
- ⑩这四种情形是：组织 3 人以上赌博，抽头渔利数额累计达到 5000 元以上的；组织 3 人以上赌博，赌资数额累计达到 5 万元以上的；组织 3 人以上赌博，参赌人数累计达到 20 人以上的；组织中华人民共和国公民 10 人以上赴境外赌博，从中收取回扣、介绍费的。
- ⑪第四十五条第二款规定：法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。第五十条规定：全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。
- ⑫例如，全国人大常委会 2004 年发布的有关刑法规定的“信用卡”的立法解释就是扩大了金融领域以及金融法中“信用卡”的固有含义，这种立法解释其实在本质上已经超越了刑法规范，具有了补充立法的意味。具体论述可以参见：唐稷尧《价值与选择：我国刑法立法解释的思考》，载《中外法学》2009 年第 6 期。
- ⑬我国当前有关法律解释效力的规定主要包括：《立法法》第四十五、一百零四条；《人民法院组织法》第十八条；《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第五条、《最高人民法院人民检察院司法解释工作规定》第五条。
- ⑭宪法第一百三十一、一百三十六规定：人民法院和人民检察院“依照法律规定”独立行使审判权、检察权；人民法院组织法第四条、人民检察院组织法第九条重申了宪法的规定；法官法第三条、检察官法第三条规定：法官、检察官“必须忠实执行宪法和法律”。
- ⑮就司法实践而言，实现刑法正义取决于三个因素：事实认定的正确；刑法适用的准确；刑事程序的正当。
- ⑯具体内容是：“对于《解释》施行前，行为人因生产、生活所需非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物没有造成严重社会危害，经教育确有悔改表现的，可以依照刑法第十三条的规定，不作为犯罪处理。”“对于《解释》施行后发生的非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等行为，构成犯罪的，依照刑法和《解释》的有关规定定罪处罚。行为人确因生产、生活所需而非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物，没有造成严重社会危害，经教育确有悔改表现的，可依法免除或者从轻处罚。”
- ⑰一个明显的佐证就是，《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（法发〔2007〕12 号）第五条规定：最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。第二十八条规定：最高人民法院对地方各级人民法院和专门人民法院在审判工作中适用司法解释的情况进行监督。上级人民法院对下级人民法院在审判工作中适用司法解释的情况进行监督。
- ⑱具体案例可见：《农民自制炸药建公路被捕上诉 4 年终被无罪释放》，载《重庆晨报》2005 年 3 月 31 日。在该案中，重庆市奉

节县金凤乡金千村为了改变山村的落后面貌,村民们决定集资修路,村民罗德富、陈井凡在修路中为节约成本,自制炸药开山,却以涉嫌非法制造爆炸物品罪被公安拘留。该案经过一审、二审和两次再审,2005年3月,重庆市高级人民法院终审判决:两农民无罪释放。

- ①⑨这种理由的阐释应当是清晰、全面与科学的,并应当载明在裁判文书中予以公开。当然,如何在不适用现行刑法司法解释的情况下达成更为妥当的刑法解释与适用同样是一个非常宏大的论题,这不仅要求刑法适用者具有刑法解释的正确立场,还要求其能够运用科学的刑法解释方法,这些都是刑法解释乃至法律解释的基础问题与核心问题。限于篇幅及本文写作目的的原因,在此不展开论述。
- ①⑩有关西方法治传统意义上的法律解释存在范围的论述,可参见:韩忠谟《法学绪论》,中国政法大学出版社2002年8月版,第94-95页。
- ①⑪大陆法系国家虽然没有“遵循先例”的正式原则,但由于法官在司法实践中不仅深受先前法院判例的权威的影响,更不愿冒自己所作判决被上诉审撤销的风险,因此,法官的司法同样受到判例尤其是上级法院的巨大影响,其对判例的态度同英美国家的法院没有多大区别。具体论述可以参阅:[美]梅利曼《大陆法系(第二版)》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年1月,第47页。
- ①⑫当前中国实行的案例指导制度应当是迈出了在制度上承认司法者法律解释权的第一步。这一制度要求个案裁判成为指导案例(也可以说是中国版的判例)必须经过最高司法机关的审查与批准。这种限制对于提高判例的质量是有益的,但也导致了数量有限,限制了该项制度在实践中的指导意义。事实上,由于法律解释本身是一种法律适用技术,无论是否为制度承认,司法者在裁判活动中解释法律是不可避免的,而由于审级制度的存在,上级司法机关的裁判观点(法律解释结论)必然会对下级司法机关的司法者产生影响。承认司法者在个案中的刑法解释权并予以制度化规范和监督更有利于刑法正义的实现。具体论述可以参见:唐稷尧《中国法官刑法解释权刍议》,载《四川师范大学学报(社科版)》2015年第4期。
- ①⑬近年来,中国当前刑法理论界与实务界所开展的有关刑法解释(法律解释)的立场、方法的论争与讨论非常热烈,成果颇丰,这种讨论与论争正是达成共识、构建统一刑法解释话语平台的基本途径。

#### 参考文献:

- [1][德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003.
- [2]陈金钊.法律解释的哲理[M].济南:山东人民出版社,1999.

## Application Rule of the Interpretation of Contemporary Chinese Criminal Law

TANG Ji-yao

(School of Law, Sichuan normal university, Chendu, Sichuan 610066, China)

**Abstract:** The interpretation of Chinese criminal law has the characteristics of abstraction and standardization, which prevents the interpretation of criminal law from being applied directly to the case so that it has to be interpreted again before it can be applied to judicial practice. The abstract interpretation of criminal law should follow the following three rules when applying to specific cases: adherent rule, non-exhaustion rule and rule of non-applicability of exceptions.

**Key words:** interpretation of criminal law; adherent rule; non-exhaustion rule; rule of non-applicability of exceptions

[责任编辑:苏雪梅]