



立法解释的疑问

——以刑法立法解释为中心

张明楷*

摘要 真正意义上的立法解释,是指在刑法施行过程中,立法机关对发生歧义的规定所作的解释。但是,这种立法解释不符合法治原则的要求,不符合罪刑法定原则,不符合解释的必要性,不符合客观解释目标,也不是发现法律真实含义的有效途径。

关键词 立法解释 法治原则 罪刑法定 客观解释

一、立法解释的范围与由来

顾名思义,“立法”解释是由立法机关对法律所作的解释;而且,既然是立法“解释”,就是对既存的法律文本的含义所作的说明。我国刑法理论的通说认为,立法解释包括三种情形:一是在刑法或相关法律中所作的解释性规定;二是在“法律的起草说明”中所作的解释;三是在刑法施行过程中,立法机关对发生歧义的规定所作的解释。^[1]但在本文看来,前两种情形能否称为立法解释,还大有研究的余地。

首先,刑法或相关法律中所作的解释性规定,不宜等同于立法解释。因为刑法中的解释性规定本身就是刑法的组成部分,或者说是刑法文本的组成部分;而立法解释是对法律文本的解释。所以,不应将刑法中的解释性规定视为立法解释。倘若认为刑法等法律中的解释性规定都

* 清华大学法学院教授。

[1] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第21~22页;王作富主编:《刑法》,中国人民大学出版社1999年版,第11页;何秉松主编:《刑法教科书》(上卷),中国法制出版社2000年版,第113~114页。



是立法解释,那么,《刑法》第13条、第14条、第15条关于犯罪、故意犯罪、过失犯罪的规定,就分别成为对“犯罪”、“故意犯罪”、“过失犯罪”的立法解释;刑法分则关于罪状的规定,在某种意义上就都是对罪名的立法解释,于是,《刑法》第263条、第264条、第266条分别成为对“抢劫罪”、“盗窃罪”、“诈骗罪”的立法解释。结局,几乎整部刑法都是立法解释,但事实上并非如此。

明确刑法中的解释性规定与立法解释的区别,具有重要意义。第一,刑法中的解释性规定可以做出拟制规定,而立法解释不可能做出拟制规定,否则便是类推解释。如后所述,即使是立法解释,也不得采取类推解释方法。例如,《刑法》第91条第2款规定:“在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产,以公共财产论。”这一规定属于法律拟制,它将原本不属于公共财产的私人财产,视为公共财产,即赋予特定的私人财产以公共财产的法律效果。倘若刑法中没有这一解释性规定,那么,在刑法的施行过程中,立法机关就不能做出这样的解释。^[2]然而,正因为刑法理论将刑法中的解释性规定称为立法解释,所以,在需要立法或者修改法律时,人们常常呼吁进行立法解释,这容易导致立法解释做出拟制规定,结局导致立法解释采用类推解释方法,进而违反罪刑法定主义原则。第二,与上一点相联系,刑法中的解释性规定,一般都是特别规定。对于能够通过文理解释与论理解释得出的结论,刑法一般不会作出解释性规定。反之,只有难以甚至不可能通过文理解释与论理解释得出的结论,刑法才需要作出解释性规定。例如,《刑法》第94条规定:“本法所称司法工作人员,是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。”据此,公安机关中对被行政拘留的人员进行监管的人员,也是司法工作人员。然而,如果没有这一解释性规定,恐怕没有人会将这类监管人员解释为司法工作人员。由于刑法中的解释性规定一般是特别规定,所以不能以类比方法适用该解释性规定,或者说,刑法中的解释性特别规定不可“推而广之”。但立法解释是遵循罪刑法定原则作出的解释,因而可以“推而广之”。例如,司法机关在认定挪用资金罪时,完全可以类比适用立法机关就挪用公款罪中的“归个人使用”所作的立法解释。第三,刑法中的解释性规定,是刑法的组成部分,因而适用该解释性规定时,必须遵循刑法关于禁止溯及既往的原则。换言之,刑法中的解释性规定存在是否具有溯及力的问题。但是,立法解释不存在溯及力问题。因为既然是对刑法条文的解释,就意味着刑法条文的真实含义原本如此;只要是在现行刑法施行之后实施的行为,即使其发生在现行立法解释之前,也得按立法解释适用刑法。所以,立法解释不存在从旧兼从轻的问题,否则便会出现没有立法解释与司法解释就不适用刑法和以错误地适用刑法为代价来肯定以往的解释错误的不可思议的现象。^[3]在立法解释变更的情况下,也只能以行为人缺乏违法性认识的可能性为根据予以救济。^[4]

[2] 与此相联系,刑法条文也可作出拟制性规定,但立法机关就刑法本文不能作出拟制性解释。例如,《刑法》第267条第2款规定,“携带凶器抢夺的”,以抢劫罪论处。这是拟制规定,它将原本不符合抢劫罪构成要件的行为视为抢劫。倘若刑法中没有这一规定,就不能作出这样的解释。立法机关不能作出“携带凶器盗窃的,以抢劫罪论处”的解释。但立法机关可以修改《刑法》第264条,增设“携带凶器盗窃的,以抢劫罪论处”的规定。当然,该规定是否具有妥当性,则是另一回事。

[3] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,第88页。

[4] 参见 Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Aufl., C. H. Beck 1997, S. 121; [日]町野朔:《刑法总论讲义案1》,信人社1995年版,第48页; [日]西田典之:《刑法总论》,弘文堂2006年版,第50页; [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版社2006年版,第67页; [日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁2005年补订版,第16页。

其次，关于刑法的起草说明与修改说明，也不是立法解释。我国关于刑法的起草说明与修改说明，只是立法理由的简短陈述（还不是真正意义上的立法理由书），它旨在通过说明为什么制定刑法、修改刑法、为什么作出某种规定，使审议者了解制定、修改刑法的目的，便于立法机关通过刑法。但立法机关所审议和通过的是刑法本身，而不是起草说明与修改说明。换言之，起草说明与修改说明本身并没有被立法机关审议和通过。既然如此，刑法的起草说明与修改说明，也不属于立法解释。诚然，不可否认的是，起草说明与修改说明中可能对某些规定作出了解释。如《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》的起草说明，曾经解释了“加重处罚”的含义（在法定刑以上加重一格处罚）。但是，第一，这种“解释”只是起草者的解释，或者只是提请审议者的解释，故仍然是学理解释，而不是立法解释。第二，这种解释是面向人大代表或者人大常委会委员作出的解释，不是面向全体国民作出的解释，也不是面向适用刑法的法官作出的解释。刑法一经公布，听者、读者就发生了变化。听者、读者的变化，必然导致文本含义的变化。所以，面向立法机关成员所作的说明，不一定能适用于法律指向的一般人。第三，这种“解释”既可能得到认可，也可能得不到认可。例如，王汉斌在第八届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法（修正草案）〉的说明》指出：“罪刑相当，就是罪重的量刑要重，罪轻的量刑要轻，各个法律条文之间对犯罪量刑要统一平衡，不能罪重的量刑比罪轻的轻，也不能罪轻的量刑比罪重的重。因此，草案明确规定：‘刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪的罪行和承担的刑事责任相适应。’”可是，这一解释只是考虑了报应刑，根本没有考虑预防刑，因此，现在的理论解释都没有采纳这种说明。

所以，只有最后一种解释，即在刑法施行过程中，立法机关对发生歧义的规定所作的解释，是真正意义上的立法解释。现行《刑法》颁布以来，全国人大常委会先后对《刑法》第93条、第228条、第294条、第313条、第342条、第384条第1款、第410条中的有关规定、渎职罪的主体以及信用卡、发票、文物等概念等作出过立法解释。

我国《立法法》第42条规定：“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。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47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。”^{〔5〕}全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第1条也规定：“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。”这些规定，成为全国人大常委会进行刑法立法解释的法律依据。

在我国，最高人民法院与最高人民检察院都有司法解释权，各自的司法解释以及共同的司法解释都具有法律效力。但现实中，最高人民法院与最高人民检察院对同一刑法条文所作的司法解释，就可能存在分歧，而且这种分歧必然导致下级司法机关适用法律时左右为难。根据全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第2条的规定，最高人民法院和最高人民检察

〔5〕《立法法》的这一规定值得研究。对于“法律的规定需要进一步明确具体含义的”作出立法解释是可以理解的；但对于“法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的”，则很难一概以立法解释的方式予以解决。如果法律制定后出现新的情况，仍然可以适用以往的规定，就可以认为属于立法解释解决的问题，但如果法律制定后出现新的情况，不可能适用以往的规定，只能作出新的规定，那么，新的规定就不是立法解释，而是新的立法。换言之，只有法律、法令本身需要进一步明确界限的，才可以称为解释；而需要作补充规定的，不能称为解释，只能是新的立法。因为解释只能是对既存文本的解释。



院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人大常委会解释或决定。现实中，确实出现过两家最高司法机关对同一法律条文适用存在原则分歧，于是要求全国人大常委会进行解释的现象。

最高人民法院与最高人民检察院虽然并未就同一刑法条文作出司法解释，但其中一方对另一方的司法解释持有疑义时，便向全国人大常委会提出法律解释的要求。例如，新刑法施行后，最高人民法院2001年10月17日《关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》，就如何认定挪用公款“归个人使用”的问题作出了解释。^[6]但最高人民检察院对这一解释存在疑问，于是要求全国人大常委会作出立法解释。全国人大常委会于2002年4月28日通过了《关于中华人民共和国刑法第三百八十四条第一款的解释》，就挪用公款“归个人使用”，作出了与最高人民法院的司法解释含义不同的立法解释。^[7]关于黑社会性质组织特征的解释也是如此。

最高人民法院与最高人民检察院，经常担心自己的司法解释侵入了立法权或者被学界称为类推解释，而要求立法机关作解释。此外，各级司法机关以及学者，在面临刑法适用与解释的难题时，也往往要求全国人大常委会作出立法解释。^[8]例如，关于“黑哨”案件，就有许多学者要求立法机关作出立法解释，以追究行为人的刑事责任。

于是，近几年来，全国人大常委会作出过多件刑事立法解释，似乎还有作出更多立法解释的趋势。

然而，立法解释是否符合法治原则的要求，是否符合罪刑法定原则，是否符合解释的必要性，是否符合解释目标，是否发现法律真实含义的有效途径，都是需要研究的问题。

二、立法解释与法治原则

关于法治的表述形形色色、林林总总，但人们强调最多的或者说法治的核心价值仍然是限制国家机关的权力、保障国民的自由。哈耶克指出：“撇开所有的技术细节，法治的意思就是指政府在一切行动中都受到事前规定并宣布的规则的约束——这种规则使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一情况中会怎样使用它的强制权力，和根据对此的了解计划它自己的个人事务。”^[9]在哈耶克看来，立法者并不知道其所制定的抽象规则将适用的特定案件，加上法律会平等地适用于所有人（包括立法者），故法律不会禁止人们合理希望做的事情，即一般规则不会对自由构成严苛的限制，相反是自由得以存在的必要条件。因为一方面，对一般规则的服从并不是在服从其他人的意志，因而是自由的；另一方面，国家机关一切行为都受法律的约束，法官在按照既定的规则体系和案件的特定事实得出结论时也无可选择，故每个人的自由不会受

[6] 参见该解释第1条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，以个人名义将公款借给其他自然人或者不具有法人资格的私营独资企业、私营合伙企业等使用的，属于挪用公款归个人使用。”第2条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，为谋取个人利益，以个人名义将公款借给其他单位使用的，属于挪用公款归个人使用。”

[7] 该解释规定，下列情形属于挪用公款归个人使用：“（一）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；（二）以个人名义将公款供其他单位使用的；（三）个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。”

[8] 在许多论著中都可以见到“这个问题有待立法解释”的表述。

[9] 〔英〕弗雷德里希·奥古斯特·哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅、冯兴元等译，中国社会科学出版社1997年版，第73页。

到国家权力的恣意侵犯。这便是法治。^[10]

哈耶克还指出：“我们既不主张事实上得到社会成员遵守的所有正当行为规则都是法律，也不认为通常被称为法律的所有东西都是由正当行为规则组成的。”^[11]在形式上被称为法的规则，并不一定是正义的，按照这种规则行事就不一定是合理的。如果在形式上被称为法的规则，剥夺国民的一切权利，禁止国民的一切自由，那么这种法一定是为专制主义服务的法，在现代社会决不会具有合理性。“如果一项法律赋予政府以按其意志行事的无限权力，那么在这个意义上说，政府的所有行动在形式上就都是合法的，但是这一定不是法治原则下的合法。因此，法治的含义也不止于宪政，因为它还要求所有的法律符合一定的原则。……法治（the rule of law）因此不是一种关注法律是什么的规则（a rule of the law），而是一种关注法律应当是什么的规则，亦即一种‘元法律原则’（a meta-legal doctrine，亦可转译为‘超法律原则’）或一种政治理想。”^[12]不仅如此，以法的形式所推行的专制或者说在法的名义下推行的暴政，由于法的普遍性而导致一般人的利益受侵害的范围更广泛、程度更严重，因而完全可能比没有法的形式而推行的专制与暴政更残忍。所以，孟德斯鸠指出：“没有比在法律的借口之下和装出公正的姿态所做的事情更加残酷的暴政了，因为在这样的情况下，可以说，不幸的人们正是在他们自己得救的跳板上被溺死的。”^[13]20世纪出现的法西斯“恶法之治”便是明显的例证。^[14]由此可见，法治应当是良法之治；为了实现良法之治，对立法权（包括立法程序）作适当限制是非常必要的。

制定立法解释看似与制定法律不同，但由于立法解释与法律本身具有相同的效力，导致立法解释与法律本身没有实质区别。然而，另一方面，立法解释的程序比制定法律的程序简单得多。例如，《立法法》对法律草案发给全国人大常委会成员的日期以及随后审议的次数、审议的步骤、内容等都有严格规定，但对于立法解释草案则并无相关要求。事实上，立法解释的颁布程序比法律的颁布程序要简单得多、容易得多。显然，用一种比制定法律更为简便的程序制作与法律具有相同效力的立法解释，必然不利于实现良法之治。

法治即法的统治。就所谓统治而言，在法的统治方法中，现实地进行支配的仍然是人，即制定法的、执行法的与裁定法的争端的都是人，这一点与人治没有区别。法治与人治的对立表现在：统治的主体是不是人？统治的方法是否恣意？是根据预先制定的合理的法进行统治，还是根据不同场合的不同统治者的恣意进行统治？不言而喻，法治意味着统治的主体是法而不是人，统治的方法不是恣意的，而是依据事先制定的明确的、合理的法进行的。因此，要实现法治，首先必须有预先制定的法（第一个目标）；其次要确保统治是依法进行的（第二个目标）。为了实现第二个目标，更好地确保统治依法进行，最好的方法是将法的制定主体与执行主体相

[10] 参见〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第190~193页。

[11] 〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》（第2卷、第3卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第53页。

[12] 前注〔10〕，哈耶克书，第260~261页。

[13] 〔法〕孟德斯鸠：《罗马盛衰原因论》，婉玲译，商务印书馆1962年版，第75页。

[14] 事实上，这一点早就被英国人认识到了。当爱德华六世加冕时，大主教按法定程序问道：“除了按习惯经人民的同意制定有利于上帝的尊严与光荣、有利于共和国利益的法律外，您同意不制定任何新的法律吗？”国王回答道：“我同意和答应。”（参见程汉大主编：《英国法制史》，齐鲁书社2001年版，第277页）。显然，人们担心国王制定非正义的法律，所以要求他不制定任何新的法律。



分离；而在发生法的纠纷时，最好的方法是让既非法制定者、也非法执行者的第三者进行裁判。所以，法的制定者、执行者与裁判者必须分离。第一个目标的实现，也需要法的制定者与法的执行者、裁判者相分离。因为只有如此，才能使法的制定者与具体的利害关系产生一定的距离，从而使其制定的法能够更好地代表一般人的利益。^[15]具体地说，当法的制定者不再是法的执行者、裁判者时，法的规则必须适用于制定法的人；一旦制定者知道法制定后适用于自己，他们便会尽量制定良法。换言之，法的制定者、执行者与裁判者的分离，具有一种重要的保障措施：法必须适用于那些制定法和适用法的人，即法在适用于人民的同时，也适用于立法者、执法者，法的禁止和限制都毫无例外在适用于所有的人，因此，立法者不会对自己合理希望做的事项也予以禁止或者限制。^[16]所以，法的制定者、执行者与裁判者相分离的目的，不仅在于使统治依法进行，而且在于使法具有正当性、合理性。概言之，立法权与司法权必须分立。如果司法权与立法权不分立，就必然出现两种局面：要么，“人民的生命、自由和财产就会陷于专断法官的控制之中，因为这些法官的判决将只受他们自己的意见的左右，而不会受到法律的基本原则的制约”；^[17]要么立法机关会恣意地制定和解释法律，司法机关不是适用法律，而是适用立法机关的意图，人民不能根据法律预测自己的行为，因而丧失自由。

然而，立法解释与上述法治原则不相符合。因为立法解释是立法机关在制定刑法后对刑法条文含义所作的解释，而对刑法条文含义的解释应当属于司法权的内容。即法的裁判者根据立法机关制定的法律与案件事实作出裁判，至于立法机关制定的法律是何种含义，应当由法的裁判者作出解释，不能由法的制定者作出解释。法院所作出的任何判断，都含有对法律的解释内容，而不是只有最高人民法院的司法解释才是对刑法的解释。不管最高人民法院采取何种方式，其对刑法的解释，都是作为法的裁判者对刑法的适用。如果法的制定者同时也是法的解释者，那么意味着法的制定者介入了司法。

人们习惯于认为，立法解释不同于司法解释，因为根据《立法法》、《人民法院组织法》、《关于加强法律解释工作的决定》的规定，法律的规定需要进一步明确具体含义的，以及法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的，由立法解释负责。详言之，“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。”“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。”

可是，第一，法律本身的含义问题与具体应用法律的问题是可能区分的。如后所述，解释不只是对制定法意义的说明，也包括使事实与规范相对应。法官在适用刑法时，离不开对制定法意义的说明。反之，立法解释对制定法意义的说明，实际上是指向某类或者某个具体案件的。第二，事实上不可能划清界限。最高人民法院与全国人大常委会就相同条文作出过解释，换言之，最高人民法院能够作出解释的，全国人大常委会也能作出解释，反之亦然。例如，关于挪用公款罪的“归个人使用”的含义、关于黑社会性质组织的特征，最高人民法院与全国人大常委会都作出过解释，而且表述方式完全相同，只是内容存在差异。如果说法律本身的含

[15] 参见〔日〕高桥和之：“立法·行政·司法の观念の再探讨”，载《ジュリスト》1998年第5号，第40~41页。

[16] 参见前注〔10〕，哈耶克书，第192~193页。

[17] 布莱克斯通语，转引自〔英〕弗里德利希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第395页。



义问题与具体应用法律的问题可以区分，最高人民法院与全国人大常委会就同一概念作出解释的现象，要么意味着最高人民法院的解释越权，要么说明全国人大常委会的解释过限。第三，《关于加强法律解释工作的决议》第2条规定：“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。”这本身就说明，立法解释完全可能解释应由“两高”进行解释的问题，因而表明立法机关可以就属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，以及属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题进行解释。人们由此能够得出立法机关介入了司法的结论吧！^[18]

法治与人治相对立。法治意味着国民生活在法的统治之下，而不是生活在人的统治之下。换言之，国民生活在成文法律的统治之下，而不是生活在立法机关的组成人员的统治之下，不是生活在人大代表的统治之下，也不是生活在立法机关的某个工作人员的统治之下，更不是生活在法律的起草者的统治之下。国民只能通过立法机关制定的成文法律规制自己的行为，而不是根据立法原意规制自己的行为。

立法解释本身并不意味着人治，但与人治存在关联。如后所述，人们要求立法机关作出立法解释，常常是为了使立法机关阐述立法本意或者立法原意。可是，刑法是全国人民代表大会制定和通过的，几千名全国人大代表在对刑法投赞成票时，不可能对每一个条文都有相同的想法，因此，任何人都不能得到全国人大代表完全一致的立法原意。于是，人们习惯于认为，只有全国人大常委会常设机关的工作人员与刑法的起草者，才知道立法原意；寻求立法原意的途径，便是询问全国人大常委会常设机关的工作人员或者刑法的起草者；追求立法原意的结局，是寻求全国人大常委会常设机关的工作人员的想法，或者寻求起草者在起草刑法时的想法。事实上也是如此。一些司法机关一旦遇到了难题，便询问全国人大常委会常设机关的工作人员或者刑法的起草者；刑法的真实含义取决于这些工作人员与起草者的解释。^[19]甚至有人把全国人大常委会常设机关的工作人员编写的刑法理论书籍，视为一种立法解释。这显然不符合法治原则，而是类似于人治。

现代法治的基础是民主。从实体与内容上来说，法必须体现民意，必须保护人民的自由与利益。否则，就不可能有社会的正当性。正如拉德布鲁赫所言：“民主的确是一种值得赞赏之善，而法治国则更像是每日之食、渴饮之水和呼吸之气，最好是建立在民主之上：因为只有民主才适合保证法治国。”^[20]

但是，立法解释并不符合民主原则。立法解释的主体是全国人大常委会。当下，全国人大常委会不仅可以解释自己制定的法律，而且可以解释由全国人民代表大会制定的刑法等基本法律。于是，原本由代表人民的三千多名代表制定的刑法，后来由其中的一部分人决定其含义。这不仅与《宪法》第62条有关全国人民代表大会有权“改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定”的规定相矛盾，而且难以使法治建立在民主之上。

[18] 不可否认，在最高人民法院与最高人民检察院均有权作司法解释的情况下，必然遇到最高人民检察院不赞成最高人民法院的司法解释（或者相反），以及双方的司法解释存在原则性分歧的情形。但这不是立法解释存在的理由，而且，对于上述情形完全可以通过其他途径合理解决。

[19] 不少人以为笔者参与了现行刑法的起草，因而询问笔者：“您当初参加了刑法的起草，能否告诉我这个条文的立法原意是什么？”笔者在一些会议上，也多次听到参与过现行刑法起草工作的同志说：“我参与过现行刑法的起草，这个条文的立法本意是……”

[20] [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第49页。



法治是法的统治。但是，只有当法律被人们信仰时，才能实现真正的法治。易言之，法律具有权威，人们对法律的规定深信不疑，法律的内容得到确证，是实现法治的重要条件。

但是，立法解释的逻辑是谁制定法律谁解释法律，使得制定者之外的人不能根据文字的客观含义理解法律。换言之，立法解释的逻辑意味着立法机关可以事后不按照法律文字解释法律，这必然导致人们不信赖事先制定的法律，损害法律的权威。以广告为例。人们在日常生活中经常看到各类广告，如经营者销售产品、提供服务或举行某种“酬宾”活动而在报刊上刊登广告或者在电视上播放广告，广告的内容异常吸引人，可是当人们看到广告的最后一句“本广告内容的最终解释权属于经营者”或者“本次活动的最终解释权属于举办者”时，便开始怀疑广告内容的真实性，甚至断定广告内容就是虚假的。因为虽然人们根据广告的字面含义可能做出有利于消费者的解释，可最后的解释权在经营者，人们不知道经营者会如何解释。法律何尝不是如此！如果立法机关解释法律，人们便不能预测立法者将会对法律作出何种解释，因而不会确信法律。这便有害法律的权威，也限制了国民的自由，因而与法治相违背。

三、立法解释与罪刑法定

罪刑法定原则是刑法的生命，是法治在刑法领域的表现。它既是立法机关制定刑法、司法解释适用刑法必须遵循的原则，也是任何解释者必须遵循的原则。

刑法理论起初将罪刑法定原则的派生内容概括为四个方面：成文法主义或法律主义、禁止事后法（禁止溯及既往）、类推解释、禁止不定刑与绝对不定期刑。^[21] 这四个方面只是罪刑法定原则的形式侧面，旨在限制司法权。现在，罪刑法定原则还具有实质的侧面。实质的侧面来自于作为罪刑法定原则思想基础的民主主义与尊重人权主义。因为刑法的内容应由人民决定，故立法机关不得制定违反人民意志的法律。正是在此意义上说，罪刑法定原则的内容无穷无尽，凡是违反民意的，也就是违反罪刑法定原则的。但在现实中，最容易违反人民意志的莫外乎刑法的含混性、干涉性与残酷性。因此，罪刑法定原则的实质的侧面包括两个方面的内容：一是刑罚法规的明确性原则；二是刑罚法规的内容的适正的原则。前者要求刑罚法规的内容不能含混，而必须明确；后者要求刑罚法规只能将具有合理处罚根据的行为作为处罚对象，而且必须规定与犯罪的轻重相均衡的刑罚。所以，刑罚法规的内容的适正实际上包含两个方面的要求：其一是禁止处罚不当罚的行为；其二是禁止残虐的、不均衡的刑罚。实质的侧面主要在于限制立法权，充满了对立法权的不信任。换言之，实质的侧面反对恶法亦法，这正是实质法治的观点。总之，罪刑法定原则的价值取向在于限制国家的刑罚权（包括刑事司法权与刑事立法权）。

那么，立法解释符合罪刑法定原则吗？不一定！

人们主张立法解释的最大理由在于，刑法是立法机关制定的，当然由立法机关来解释是最妥当的，也是符合罪刑法定原则的。诚然，根据罪刑法定原则，只能由立法机关规定什么行为是犯罪，对犯罪科处何种刑罚。但是，罪刑法定原则，是指罪刑由“刑法”规定或确定，而不是由“立法者”、“立法机关”规定或者确定，“刑法”与“立法者”、“立法机关”并非一体；具有法律效力的是由文字表述出来的，具有外部形式的刑法，而不是存在于立法者大脑中的内心意思。“刑法”是由文字构成的，通过文字规定什么行为是犯罪，对犯罪如何科处刑罚，故罪刑法定本身就要求对刑法进行客观解释。换言之，立法机关通过文字表述立法意图，司法机关

[21] 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，有斐阁 1997年版，第 56页。



通过文字理解立法意图。由于存在文字的限制，所以，司法机关不能超过文字可能具有的含义适用刑法。于是，司法权受到了适当限制，保障了国民的自由。另一方面，由于白纸黑字记载了法律内容，立法机关也不能超出文字可能具有含义作出立法解释。这既是罪刑法定主义的内容，也是法治的重要要求。

相反，要求立法解释，则可能违背罪刑法定原则。因为人们呼吁立法解释时，常常是由于自己不能作出某种解释，觉得自己的解释超出了刑法用语可能具有的范围因而属于类推解释，违反了罪刑法定原则，才要求立法机关作出解释。换言之，要求立法机关作出某种解释，实际上是想让类推解释合法化。可是，既然是立法“解释”，也必须遵守罪刑法定原则。如果立法机关事后对成文刑法作类推解释，同样损害了国民的预测可能性，侵犯了国民的人权。即使立法机关的类推解释具有某种根据，也不应当被允许。例如，《刑法》第 237 条所规定的强制猥亵、侮辱妇女罪的对象仅限于“妇女”，但现实生活中出现了女性强制猥亵男性的案件。显然，司法机关只能按“妇女”一词的客观含义适用《刑法》第 237 条，不能认为《刑法》第 237 条的“妇女”包括男性在内。同样，立法机关也不能作出“《刑法》第 237 条的‘妇女’包括男性在内”的类推解释。即使立法机关事后拿出诸多证据，证明从刑法的起草到通过一直使用的是“他人”一词，其本意是包含男性在内，但公布刑法时使用了“妇女”一语，也不能成为作出上述类推解释的理由。再如，《刑法》第 243 条规定，“捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的”，构成诬告陷害罪。由于行为人的主观意图必须是使他人受“刑事”追究，故对于该条中的“事实”必须解释为犯罪事实。^[22]当现实生活中发生行为人诬告他人触犯《治安管理处罚法》，意图使他人受行政处罚的案件时，司法机关不能将其中的“刑事追究”类推解释为“法律追究”。同样，立法机关也不能作出这种类推解释。由此可见，立法机关不能作出属于类推解释的结论；使类推解释“合法化”的立法解释，同样违反了罪刑法定原则。

另一方面，立法机关在制定立法解释时，会以为自己是从事立法活动（事实上，也是由《立法法》对立法解释作出了较为具体的规定），进而会认为自己有权作出符合需要、符合目的的解释，结局是立法机关可能自觉或者不自觉地作出类推解释。事实上，原本可以由最高人民法院作出司法解释的，最高人民法院因为担心属于类推解释而受到批判，往往将解释推给立法机关。立法机关则不担心自己是否违反罪刑法定原则而作出解释。其实，如果解释结论包含在法条的文字含义之内，立法解释就毫无必要。如果解释结论超出了法条用语可能具有的含义，立法机关也无权作出这种解释。概言之，立法解释实际上是让违反文字含义的意思优于符合文字含义的意思，有违反罪刑法定原则之嫌。

四、立法解释与解释的必要性

任何法律都有解释的必要，这一点毋庸置疑。但是，法律有解释的必要，并不等于法律有立法解释的必要。

根据《立法法》《关于加强法律解释工作的决议》等法律的规定，立法机关之所以解释刑法，主要有两个原因：一是刑法的“规定需要进一步明确具体含义”，或者说刑法“条文本身需要进一步明确界限”，简言之，因为刑法的不明确性、不确定性所以需要立法解释；二是刑法制定后出现新的情况，需要明确适用刑法依据，简言之，因为刑法要适用所以需要立法解释。这

[22] 至于对这里的“犯罪事实”应当如何解释，则是另一回事。



两点果真能使立法解释具有必要性吗？

罪刑法定原则虽然要求刑法的明确性，但刑法的明确性是相对的，刑法与其他法律一样，总是存在不明确之处，世界上没有一部刑法明确到不需要解释的程度。但这是刑法需要解释的理由，而不是刑法需要立法解释的理由。

首先，由于法律充满了不明确性、不准确性，所以，“有很大一部分法律训练，特别是在精英法学院里，就是研究法律的不确定性。”^{〔23〕}“如果法律没有不明之处，就不存在解释问题，因为在这种情况下，解释不仅无益，而且是有害的。……明确的法律需要解释的惟一情况是立法在制定这项法律条文时出现了明显的笔误或差错。”^{〔24〕}显然，法律的不明确性、不确定性，是法学院得以存在的理由，是法官只能由经过特殊训练的人担任的理由，也是法官需要解释法律的理由，而不是进行立法解释的理由。因为如果所有不明确、不确定的法律都需要立法机关解释，立法机关恐怕只能成为解释机关，而没有时间立法了。

其次，从不明确性、不确定性形成的原因来看，^{〔25〕}也不能得出刑法需要立法解释的结论。

(1) 法律的不明确、不确定性，常常是由于其使用了抽象性、一般性的概念。然而，抽象性、一般性的概念，往往是立法机关有意为之。因为，“形式、抽象性、一般性、以及概念性是对于法律的形成完全不可缺少的，否则法将没有所谓的等同对待，也将没有正义存在。”^{〔26〕}因为正义“随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”，^{〔27〕}没有伸缩性的概念，就没有裁量的空间，不足以实现正义。正是具有伸缩性的抽象性、一般性规定，使法官有斟酌具体案情作出合理裁量的余地。如果法律对任何事项都作出非常具体的规定，法律就没有人性化的正义，只有机械化的正义。当法律的不明确性、不确定性由立法机关通过制定立法解释来克服时，必然出现新的不明确性、不确定性。因为立法解释不应当针对具体案件，而是依然具有普遍适用性的特征。所以，法律为了实现正义而作出的抽象性、一般性规定，只能由法官斟酌具体案情作出解释，而不能由立法机关进行解释。

(2) 法律的不明确性、不确定性也可能是妥协的产物。法本来是稳定与进步的对立的妥协，是各种力量、各种价值观、各种立场、各种学说以及矛盾与矛盾之间、确定性与不确定性之间的妥协。“一切法律制度都是无数力量综合作用的结果，‘大的、小的，相反的或一致的’。”^{〔28〕}妥协的法律规定或法律制度，不只是为了使各方满意，更重要的是使法官能够在适用过程中根据案件的具体情况与时代背景作出符合正义的裁判。如果由立法机关以与法律效力相同的立法解释“克服”基于妥协而形成的法律的不确定性，则意味着立法机关不再考虑各种力量、立场，法律不能描述活生生的正义理念，既难以使各方满意，也难以使法官作出符合正义的裁判。

上述(1)、(2)两点表明，“立法机关制定出的那些所谓界限不明确的法律条文，就是要执行机关来根据具体情况来解决问题的，否则立法时就会予以明确了。”^{〔29〕}

(3) 法律的不明确性、不确定性还可能是表述失误造成的。在这种情况下，或者由学界、

〔23〕 〔美〕理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第55页。

〔24〕 〔法〕亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，许钧译，上海人民出版社1987年版，第69页。

〔25〕 参见袁吉亮：“论立法解释制度之非”，《中国法学》1994年第4期，第29页。

〔26〕 〔德〕亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，台湾五南图书出版有限公司2000年版，第122页。

〔27〕 〔美〕E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第252页。

〔28〕 吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，第282~283页。

〔29〕 前注〔25〕，袁吉亮文，第29页。

法官进行补正解释，或者由立法机关修改法条用语，而不能成为立法解释的理由。例如，在1995年以前，日本刑法理论与法官们一直将其刑法典第109条的“或者”补正解释为“而且”、“并且”。^{〔30〕}如果日本立法机关以立法解释的方式将该条中的“或者”解释为“并且”，必然令人啼笑皆非。^{〔31〕}同样，对于我国《刑法》第63条中的“以下”也可以由刑法理论与法官补正解释为“不包括本数在内”，而由立法机关作出这种补正解释，反而不合适。

(4) 字面含义明确的用语、法条，在社会生活事实面前也可能变得不明确。例如，在日常生活中，人们从来不对“什么是电器”产生歧义与争论。换言之，“电器”的字面含义相当清楚。但是，法官一旦遇到行为人生产、销售不符合国家标准、行业标准的手机或者手机电池的案时，就会感到“电器”概念“不明确”。可是，立法机关可以通过解释使得“电器”一词更为明确吗？笔者对此持怀疑态度。再如，从字面含义上看，“入户”概念没有不明确之处，但遇到具体案件时，总是产生争议。其实，在这种情况下，不一定是“电器”、“入户”概念是否明确的问题，而是法官如何归纳事实的问题。显然，如果要求立法机关对“电器”、“入户”作出解释，无异于让立法机关归纳案件事实。这又导致立法机关介入司法活动。

至于刑法制定后出现了新的情况，需要明确刑法适用依据，也不是进行立法解释的理由。

首先，刑法的制定就是为了适用的，也因为需要适用，才需要解释。所以，不联系现实社会生活与具体案件对刑法作出的解释，只能是对刑法条文的同义反复，用几句话甚至十几句话来表述法条中的一句话，但含义没有任何变化。这种解释没有意义。法官、检察官们之所以抱怨刑法教科书没有用，就是因为相当一部分刑法教科书在做同义反复的文字游戏。但这不是刑法需要立法解释的理由，只是学者与法官、检察官未尽到责任而已。另一方面，对某种行为是否定罪以及认定为何罪，是由司法机关寻找适用依据的，而不由立法机关寻找适用依据。如果由立法机关寻找适用刑法的依据，则意味着立法机关介入了司法领域，这也有悖法治原则。

其次，我们的时代已经没有人相信立法是万能的。“谁又可能完全预见全部的构成事实，它们藏身于无尽多变的生活海洋中，何曾有一次被全部冲上沙滩？”^{〔32〕}“很明显，立法者难以预见社会生活中涌现出来的大量错综复杂的、各种各样的情况。”^{〔33〕}但是，制定法比立法者聪明。即使立法者在制定刑法时没有想到的问题，法官在遇到该问题时也大多能够在制定法上找到可以得出正义结论的根据，并且符合罪刑法定原则。这是因为，虽然刑法一经颁布后，其法律文字的写法与读音是固定不变的，但这并不意味着刑法的含义是静止不变的。从字面含义来说，“一个词的通常的意义是在逐渐发展的，在事实的不断出现中形成的。因此，当一个看来是属于某一词的意义范围内的事物出现时，它好像就被自然而然地收纳进去了。这个词语的词义会逐渐伸展、逐渐扩张，直到人们根据事物本身的性质将应归入这个词名下的各种事实、各种概念都包含了进去。”^{〔34〕}从实现刑法目的的角度来说，学者与法官完全可能通过各种解释方法，从没有变化的法条文字中找到适应新情况、新问题的法律适用根据。例如，法官完全可能采用限

〔30〕 参见〔日〕平野龙一：《刑法概说》，东京大学出版会1977年版，第247页；〔日〕大塚仁：《刑法概说（各论）》，有斐阁1992年改订增补版，第365页。另参见张明楷：“刑法学研究中的十关系论”，《政法论坛》2006年第2期，第4~5页。

〔31〕 立法机关只能将该条中的“或者”修改为“并且”。日本国会的确于1995年作了修改。

〔32〕 〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，米健译，中国大百科全书出版社1997年版，第106页。

〔33〕 前注〔24〕，布律尔书，第63页。

〔34〕 〔法〕基佐：《欧洲文明史》，程洪逵、沅芷译，商务印书馆1998年版，第7页。



制解释方法,将《刑法》第50条中的“故意犯罪”解释为“表明被判处死缓的犯罪人抗拒改造情节恶劣的故意犯罪”,从而达到限制死刑的目的。^[35]

最后,不可否认的是,也有不少新情况乃至老问题,是法官从现行制定法中不能找到处理根据的。例如,对于某些新类型的“犯罪”(如破坏村民委员会的选举),或者刑法没有明文规定的传统“犯罪”(如公然猥亵、强制猥亵成年男性、伪造私文书、使用伪造的文书等),法官只能宣布无罪。如果法官要给予刑罚处罚,只能对刑法条文作出类推解释。但类推解释违反了罪刑法定原则,被刑法所禁止。可是,在这种情况下,立法机关所能做的,也只是修改刑法,而不是解释刑法。因为如前所述,立法机关也只能在现有条文用语可能具有的含义内进行解释,绝对不可以作类推解释。^[36]

由上可见,不能以刑法需要适用为由进行立法解释;如果新情况与老问题能够在现有刑法中找到适用根据,只需法官解释,不必立法解释;如果新情况与老问题在刑法中没有适用根据,只能修改刑法,而不是作立法解释。也许人们会认为,刑法要保持稳定性,不能朝令夕改;而立法机关可以根据需要随时作出立法解释。但是,其一,随着社会的复杂多变、国民生活节奏的加快、国民文化水平的提高以及传媒的发达,国家可以通过各种方式使国民迅速知道法律的修改,而不至于损害国民的预测可能性。法律没有必要、也不可能再像以前那样稳定。其他国家的刑事立法实践早已证明了这一点。^[37]所以,在对新情况与老问题不能寻找到刑法适用根据时,应通过修改刑法提供适用根据,而不宜通过立法解释寻找刑法适用根据。其二,由于立法解释与刑法具有相同效力,且立法解释不存在从旧兼从轻的问题,在刑法没有修改的情况下,通过立法解释为原本没有刑法适用根据的情况提供刑法适用依据,反而有损国民的预测可能性。

五、立法解释与解释目标

主张或者强调立法解释,是为了追求立法原意或者立法本意,在解释目标上采取的是主观解释论。其逻辑理由是,刑法是立法者制定的,制定者才知道刑法的本意,刑法的解释就是要揭示刑法的本意,所以,立法者解释刑法是最妥当的。但是,主观解释论存在问题。换言之,追求立法原意是存在疑问的。

“立法原意”是什么,并不是十分明确的问题。就立法者而言,探知立法原意是一个自我认识的过程。“对于我来说,我自己是什么只能通过我自己生活的客观化而表现出来。自我认识也是一种解释,它不比其他的解释容易,的确可能比其他的解释更难,因为我只有通过给我自己的生活以符号才能理解我自己,并且这种符号是由他人反馈给我的。所有的自我认识都以符号

[35] 参见张明楷:“刑法学研究中的十关系论”,《政法论坛》2006年第2期,第4页。

[36] 立法机关不能作出“对公然猥亵行为以强制猥亵罪论处”、“对强制猥亵男性的行为以强制猥亵妇女罪论处”、“对于伪造私文书的以伪造国家机关公文罪论处”、“对使用伪造的文书的以诈骗罪论处”的解释结论。

[37] 例如,1810年的拿破仑刑法典,在制定之后不久,基本上没有修改,但其在进入20世纪后,被频繁修改。从1944年到1960年,法国以70多项法令修改了拿破仑刑法典。1994年3月1日起施行的法国新刑法典,在施行之前以及施行之后,其修改次数之多就难以统计(参见《法国新刑法典》,罗结珍译,中国法制出版社2003年版)。再如,日本立法机关以前很少修改刑法典(在1907年至1986年的80年间,共修改10次,平均8年修改1次),但1987年以后频繁修改刑法典,近几年,每年都会修改刑法典(2003年2次修改、2004年1次重大修改、2005年2次修改、2006年1次修改)。

作为中介。^{〔38〕}而且，立法者不是一个人，参与立法的许多人的意图并不总是一致的。正如哈里·W·琼斯（Harry W. Jones）所言：“如果‘立法意图’被期待来表示上下立法两院的全部成员对法规术语所作的一种一致解释，那么显而易见，它只是一个纯属虚构的概念而已。”^{〔39〕}因为全国人民代表大会在审议通过刑法时，并不是逐条审议通过的，况且代表们对每个条文的理解不可能相同，这意味着代表们是按照各自不同的理解投下赞成票的。事实上，代表们很可能只是关注部分条文，而对许多条文漠不关心。所以，要了解全国人民代表大会的立法原意，是不可能的。现代各国立法者都较少甚至并不进行立法解释，即使在刑法理论上与审判实践上出现了极大分歧时，立法者也“袖手旁观”，并不轻易站出来说几句“公道话”。这既表明立法原意是难以确定的，也表明立法者允许解释者在法文可能具有的含义内进行客观解释。

立法者在制定刑法时，常常以过去已经发生的案件作为模型来表述构成要件，而难以甚至不可能想象到刑法在适用过程中发生的形形色色的案件，面对立法时未曾发生过的案件，立法者不可能有立法原意。正如美国联邦最高法院法官 Antonin Scalia 所言：“法院所争议的解释论上的争论点中，有 99.99% 是不存在议会意图的。”^{〔40〕}因为 99.99% 的案件是非典型的案件，立法者在制定时未曾想到过，当然也就未曾有立法原意。例如，行为人虚开增值税专用发票，但不以骗取税款为目的，客观上也不能骗取税款的，能否以《刑法》第 205 条治罪？这是修订之前未曾遇到的案件，立法者对这类案件的处理不可能存在原意或者本意。再如，立法者认为应当处罚盗窃罪、侵占罪与诈骗罪，于是在刑法分则第五章规定了这些犯罪。可是，如何区分这三罪之间的界限，是司法机关经常遇到的问题。但立法机关在制定刑法时不可能考虑这些界限问题，因而也不可能在此问题上存在原意。在这些并不存在立法原意的场合，任何解释者声称其解释符合立法原意时，实际上是在欺骗他人。因为在这些场合根本不存在立法原意。同样，在这些并不存在立法原意的场合，如果立法机关作出解释，就不可能是在揭示原本并不存在的立法原意，而只能是在刑法用语可能具有的含义内进行客观解释。

即使认为立法原意是指制定刑法时的人民群众的意志，也不能采取主观解释论。诚然，难以否认的是，刑法是人民群众意志的反映，因此，刑法解释必然受人民群众意志的拘束。但是，这并不意味着受制定刑法时人民群众意志的拘束，而是受解释时的人民群众意志的拘束。虽然刑法在制定时是人民群众意志的体现，但解释者的根本标准，是解释时的人民群众意志。^{〔41〕}例如，刑法定于 1997 年，反映了当时的人民群众的意志，但不一定反映了人民群众 2007 年时（解释时）的意志，如果人民群众在这两个时期的意志没有发生变化，也应以解释时的人民群众的意志为标准；如果人民群众的意志发生变化，即立法当时的人民群众意志不能表现解释时的人民群众意志，就必须通过解释来使之变更。所以，解释者要在解释中反映不断变化的人民群众意志。正因为如此，刑法理论总是不断出现新观点。由此看来，对刑法进行客观的解释不仅符合罪刑法定原则的形式要求，而且符合其实质要求或思想基础。

即使立法者在制定刑法时，对某些条文存在立法原意，该立法原意也可能具有缺陷。立法原意的缺陷可能表现为两种情况：一是在制定刑法时，立法原意就可能存在缺陷；二是制定刑

〔38〕〔法〕保罗·利科尔：《解释学与人文科学》，陶远华等译，河北人民出版社 1987 年版，第 50 页。

〔39〕转引自前注〔27〕，博登海默书，第 516 页。

〔40〕Antonin Scalia：“法律解释における立法史の利用について”，载〔日〕中川太久译，《ジュリスト》1998 年第 5 号，第 79 页。

〔41〕参见〔日〕渡边洋三：《法社会学と法解释学》，岩波书店 1959 年版，第 109 页以下。



法时没有缺陷的立法原意，在社会发展之后露显出缺陷。因为刑法是人制定的，而不是神制定的；一般人可能出现的疏忽，在立法者那里也可能出现；刑法是立法机关制定的，但立法机关的成员并非都是刑法学家；即使都是刑法学家，刑法的缺陷也无可避免。正如德国学者 Gr ünther Jakobs所言，法律草案的理由与议会审议时发表的意见，充其量只是若干议员意见的征表；多数议员因为欠缺专门知识或利害关系的考量而没有顾及法律规定的目的；作为制定法律的前提的状况事后会发生变化，采取主观解释论便不合适。^[42] 换言之，在立法原意存在缺陷的情况下，如果坚持主观解释论，这些立法原意的缺陷就不能得到补正。

刑法是成文法，它通过语词表达立法精神与目的，因此，解释者应当通过立法者所使用的语词的客观意义来发现立法精神与目的。文字是传递信息的工具。从一般意义上说，除了文字以外，还有其他东西也能传递信息，如说话、红绿灯、电报代码、数学符号、化学公式、眼神、手势、动作等等。但是，成文刑法所要求的是用文字表述法律。因为文字可以固定下来，人们可以通过文字反复斟酌法律含义；文字还可以广为传播，使全体国民通晓；更重要的是，以文字表述法律，可以防止立法机关“说话不算数”，防止司法机关“言出即法”。除了文字之外，不允许采用其他任何符号固定法律，这是罪刑法定原则的要求。既然立法者表达立法精神与目的的惟一工具是文字，文字中渗透着立法精神与目的；要把握立法精神与目的就必须从文字中找根据。文字具有客观含义，正因为如此，立法者选择文字这种工具来表达立法精神与目的。所以，解释者必须从法文的客观含义中发现立法精神与目的，而不是随意从法文以外的现象中想象立法精神与目的。这是对刑法进行客观解释的逻辑结论。正如英国法学家詹姆斯所言：“议会的意图不是根据它的用心来判断，而是根据此用心在制定法中所作的表述来判断的。”^[43] 所以，采取主观解释论，并不符合罪刑法定原则。

刑法一经制定与颁布，就是一种客观存在，与立法原意产生距离，这为客观解释提供了根据。“写下的‘话语’带有一系列使文本脱离说话时条件的特点，黎克尔（即 Paul Ricoeur——引者注）称之为‘远化’（Distanciation）。它有四种主要形态：一是听说的意义超出说话这件事；写下的是‘意义’；‘语言行为’变了。二是写下的话与原来的说话人有了距离。说话时说话人想讲的意义和说话当时讲出的话的意义时常重叠；写下的文本就不是如此；文本的意义和原有的心理的意义分离了。三是写下的话和原来的听者有了距离。原先是有限的听众，现在是不定数的未知的读者。文本脱离了‘上下文’，离开了产生它的社会历史条件。四是文本脱离了表面的‘参照’（reference大概兼有自然科学与社会科学双方的意义，也是符号学的用语）的限制，有了与说话不同的‘参照’‘方面’（dimension，‘维’、‘元’、‘度’，因为‘参照’是‘多维’的）。”^[44] 黎克尔的观点表明，当作者创造出一个文本之后，该文本就脱离了作者的原意，按照其自足的生命生存下去。我们现在随处可见《唐诗鉴赏辞典》、《宋词鉴赏辞典》之类的书籍，读一读也会发现当代作者对唐诗、宋词的解解释相当精妙。但是，当代作者绝不是寻求唐宋时代作者在创作诗词当时是什么原意，而是根据客观存在的诗词本身进行分析、解释。同样，当 A 对 B 说“B 是混蛋”时，B 一定是按照这句话的客观含义理解它，而不可能问 A “你这句话的本意是什么”。即使 A 向 B 辩解说“我的本意是赞扬你”时，B 也不会同意 A 的辩解，其他人也不会同意 A 的辩解。换言之，A 说“B 是混蛋”这句话的本意是什么，已经不是人们关

[42] Gr ünther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner teil, 2. Aufl., Walter de Gruyter 1993, S. 76.

[43] [英]詹姆斯：《法律原理》，关贵森等译，中国金融出版社 1990年版，第 50页。

[44] 金克木：《比较文化论集》，生活·读书·新知三联书店 1984年版，第 239页。

心的问题：“B是混蛋”这句话的客观含义也不会随着A的意志的改变而改变。基于同样的理由，刑法被立法者制定出来以后，就成了一种脱离立法者的客观存在，人们应当根据客观存在本身去理解它、解释它，而不是询问立法者当初是何种本意。

刑法具有相对的稳定性，但它同时必须适应社会发展的需要，否则便没有生命力。然而，立法原意是制定刑法当时的意图，即使承认它的存在，它也不能随时产生变化，故主观解释论不能适应社会发展的需要。“并入制定法中的意义，也可能比立法者在他们工作中所想到的一切更加丰富——即使他们想到了，人们可能并不总是强调议员们对制定法表决所说出的东西。制定法本身和它的内在内容，也不是像所有的历史经历那样是静止的（‘往事保持着永恒的寂静’），而是活生生的和可变的，并因此具有适应力。……新的技术的、经济的、社会的、政治的、文化的、道德的现象，强烈要求根据现有的法律规范作出法律判断。在法律被迫迎合一些历史的立法者完全不可能了解和思考的现象和情势时，就超越了立法者。‘制定法一旦出现，就踏入社会效力领域，从那时起，制定法就从社会效力领域那里……对自己的内容作进一步的改造。’^[45]因此，我们就处在比历史的立法者自己所作的理解‘更好地去理解’制定法的境地之中。设想我们从当代，带着几十年的问题，回到与我们根本无涉的立法者的意志中，不可能是我们的使命。^[46]语词的客观含义是多种多样的，在此时代，我们可以取其中的此含义；在彼时代，我们则可以取其中的彼含义。不仅如此，语词的含义还可能随着时代的发展而发展，这又使刑法能适应时代的变化。英国1215年的《大宪章》是当时的贵族、僧侣及市民为了抑制国王的专制、保护其既得利益而迫使英王制定的，可以说是封建契约文件。其第29条规定：“不得剥夺任何自由人的财产、自由及自由习惯。”这里的“自由及自由习惯”，原意是指古代的和封建的自由习惯。但是，后来由于交易的需要，英国人解释说，贸易自由也包括在“自由及自由习惯”之内，并宣称，贸易自由是英国人自古享有的权利，受到《大宪章》的保护，国王和其他任何人都不得随意干涉。另一方面，其中的“自由人”也与原意不一样，被解释为所有人，任何人。结果，这条规定在都铎王朝末期成为英国人民反对封建制度的强大法律武器，使《大宪章》的原本具有的封建性逐渐淡化，其宪法性日益突出。^[47]如果要追求原意，将原意作为解释目标，那么，《大宪章》不可能产生如此重大的作用。美国宪法之所以在200多年中保持其稳定性，而又能适应美国社会的现实，原因之一是对宪法进行客观解释。换言之，同时代的解释，使得美国宪法一直适应美国社会的不断变迁；不断的客观解释，使得美国宪法可以稳定200多年。如果采取主观解释论，美国宪法条文就不可能发生变化，该宪法也就不可能如此稳定且适应美国现实。刑法何尝不是如此。日本现行刑法颁布于1907年，从1907年至今，日本国内的政治、经济等形势发生了翻天覆地的变化，却一直没有通过新刑法典（有过多次修改）。其中的原因之一是，高素质的司法人员能够在罪刑法定原则思想指导下，将现行刑法的作用发挥得淋漓尽致；其中，学者们功不可没，他们既不指责现行刑法的缺陷，也不企盼国会制定出理想的法典，更不企盼国会作出立法解释，而是在宪法精神指导下，充分进行客观的解释、目的论解释、同时代的解释，从而使这部100年前颁布的刑法典仍然适应现在的需要。最令人惊讶的是，对于这部受新派刑法理论影响所制定的刑法典，日本刑法理论与审判实践通常是在旧派刑法理论指导下进行解释的。如果日本的学者与法官总是追求立法原意，不仅不能使这部刑法典适应当代

[45] 梅茨格尔，《整体刑法学杂志》59（1940），第573页。——原文注释

[46] 〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第109～110页。

[47] 参见程大汉：《英国法制史》，齐鲁书社2001年版，第222页以下。



的日本社会，而且意味着日本人都生活在死人的统治之下。这是不可思议的！

强调主观解释论，多多少少反映出人治的观念。依法治国，要求立法者也受其所制定的成文法的统治。“法律概念一如其他人类创造力的表征，往往本身具有生命，使得创造它们的作者反被它们左右而非左右它们。”^[48]但是，一旦采取主观解释论，由立法机关对其制定的成文法进行解释，就意味着法律概念不能左右其作者（立法者），而是作者（立法者）左右着法律概念。事实上，如前所述，由于人们不可能了解全国人民代表大会的立法原意，所以，常常将全国人大常委会常设机构中的工作人员的意思或者其他参与起草的人员的意思，理解为立法原意。于是，某种解释结论是否合适，就由参与起草的人员决定。不能不认为，这是人治的反映与表现。

总之，对刑法的解释不可能采取主观解释论，只能采取客观解释论。旁观者清，由读者解释作品比作者解释作品更有说服力，同样，由适用者解释刑法比立法者解释刑法更有优越性。所以，以主观解释论为根据要求立法解释的观点，是难以成立的。当然，反对主观解释论，并不意味着在刑法解释的过程中不需要考察立法背景与立法沿革或立法史。但是，对立法背景或者立法沿革的考察，绝对不意味着在适用刑法时应当按照立法者当初的本意解释刑法。相反，考察立法背景与立法沿革，常常是为客观解释提供依据的。

六、立法解释与法律发现

如前所述，法律本身的含义问题与具体应用法律的问题是可能区分的。更为重要的是，法律本身的含义是在具体应用中发现和发展的，二者不可分离。虽然成文刑法是正义的文字表述，但并不意味着仅仅根据文字就可以发现刑法的全部真实含义。事实上，不管是采取主观解释论，还是采取客观解释论，都不是单纯通过法条文字揭示刑法的真正含义。有的国家刑法制定了近百年，近百年来，无数的学者、法官、检察官、律师都在解释刑法；而且，只要该刑法没有废止，还将继续解释下去。无论是披露立法者的原意，还是揭示法条的字面含义，都不至于花费上百年甚至更长的时间。人们之所以一直在解释现行有效的刑法，是因为活生生的正义还需要从活生生的社会生活中发现；制定法的真实含义不只是隐藏在法条文字中，而且同样隐藏在具体的生活事实中。即使解释者单纯根据法条文字得出的结论具有正义性，也只是一般正义；而刑法的适用除了实现一般正义外，还必须在具体的个案中实现个别正义。所以，一方面，任何一种解释结论的正义性，都只是相对于特定的时空、特定的生活事实而言，生活事实的变化总是要求新的解释结论。“任何一种解释如果试图用最终的、权威性的解释取代基本文本的开放性，都会过早地吞噬文本的生命。”^[49]解释者应当正视法律文本的开放性，懂得生活事实会不断地填充法律的含义，从而使法律具有生命力。另一方面，“规范必须与生活事实进入一种关系，它必须符合事物。这就是我们所称的‘解释’：探求规范的法律意义。然而这种意义并非如传统法学方法论所说的，仅隐藏在制定法中，隐藏在抽象而广泛的意义空洞的法律概念中，相反地，为了探求此种意义，我们必须回溯到某些直观的事物，回溯到有关的具体生活事实。没有意义，没有拟判断之生活事实的‘本质’，是根本无法探求‘法律的意义’的。因此，‘法律意义’并非固定不变的事物，它系随着生活事实而变化——尽管法律文字始终不变——，也就

[48] 〔英〕丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，张茂柏译，新星出版社2005年版，第239~240页。

[49] 〔英〕韦恩·莫里森：《法理学》，李桂林等译，武汉大学出版社2003年版，第555页。



是随着生活本身而变化。^[50] 所以，法律的生命不仅在于逻辑，而且在于生活。

正因如此，刑法分则条文并非界定具体犯罪的定义，而是以抽象性、一般性的用语描述具体犯罪类型，使刑法分则所描述的犯罪类型具有开放性。犯罪类型虽然有一个固定的核心，但没有固定的界限。即使立法者当初根本没有想象到的事实，经过解释也可能完全涵摄在刑法规范中；或者相反。于是，经过解释后的刑法，不再是制定时的刑法；虽然刑法的文字仍然相同，但其内容已经改变。所以，成文刑法比立法者更聪明。^[51]

为了使法律满足一个处在永久运动中的社会的所有新需要，解释者在面对某种崭新的生活事实，同时根据正义理念认为有必要对之进行刑法规制时，总是将这种生活事实与刑法规范相对应，现实的生活事实成为推动解释者反复斟酌刑法用语真实含义的最大动因。当行为人携带刀具、棍棒等抢夺时，解释者会习惯于将“凶器”解释为一种器具；而当行为人携带含有 SARS 病毒的注射器抢夺时，便会迫使解释者回答“含有 SARS 病毒的注射器是否凶器”这样的问题。要追问立法者当初是否曾经想到有人会携带含有 SARS 病毒的注射器抢夺，是不明智的。所以，当解释者将“携带凶器抢夺”作为判断案件的大前提，而面对行为人携带含有 SARS 病毒的注射器抢夺的事实时，必然不断地对构成要件要素（“凶器”）进行解释，不断地对现实事实进行分析。换言之，判断者的目光应不断地往返于大小前提之间，使刑法规范与生活事实交互作用，从而发现法律、做出判决。

具体地说，法学家与法官“必须把他应当判决的、个别的具体的个案与组成实在法的法制的或多或少是抽象把握的各种规则联系起来。规则和案件是他的思维的两个界限。他的考虑从案件到规则，又从规范到案件，对二者进行比较、分析、权衡。案件通过那些可能会等着拿来应用的、可能决定着判决的规则进行分析；反之，规则则是通过某些特定的个案或者案件类型进行解释”。^[52] 换言之，在刑法解释、适用的程序中，必须对刑法规范与案例事实交互地分析处理，一方面使抽象的法律规范经由解释成为具体化的构成要件，另一方面，要将具体的案例事实经由结构化成为类型化的案情；二者的比较者就是事物的本质、规范的目的，正是在这一点上，形成构成要件与案例事实的彼此对应。即“规范成为‘符合存在的’，案件成为‘符合规范的’。并且逐步地规范变成较具体的、较接近现实的，案件变成轮廓较清楚的，成为类型”。^[53] 也就是说，一方面要将生活事实与规范相拉近，另一方面将规范与生活事实相拉近。二者是一种同时且连续发展的由事实自我开放的向规范前进和规范向事实前进。“只有在规范与生活事实、应然与实然，彼此互相对应时，才产生实际的法律：法律是应然与实然的对应”。^[54]

人们期待立法解释，是为了使立法机关作出一种最终的、权威性的解释，是为了避免各种争论。但是，这种立法解释既过早地吞噬刑法文本的生命，又妨碍了刑法理论的发展，进而妨碍了刑事立法的发展。换言之，立法解释虽然有可能在短时期内解决部分问题，却是以缩短刑法文本的生命、削减刑法理论的繁荣为代价的。

人们主张立法解释，是以为仅仅从刑法的文字表述中就可以发现刑法的真实含义，但事实

[50] 〔德〕亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——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 89 页。

[51] 参见前注 [26]，考夫曼书，第 236～237 页。

[52] 〔德〕H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社 2003 年版，第 196 页。

[53] 前注 [26]，考夫曼书，第 237 页。

[54] 同上，第 148 页。



上并非如此。由于刑法的真实含义需要从具体案件中发现，要在事实与规范的对应过程中发现，而立法机关的任务是将正义理念与将来可能发生的事实相对应，从而形成法律规范，并不是将已经发生的具体事实与法律规范相对应，因而难以从具体案件事实中发现法律的真实含义。所以，立法解释并不是发现法律的良好途径。

七、结 语

综上所述，立法解释存在诸多疑问。笔者一直主张解释法律而不批判法律，但本文对《立法法》、《关于加强法律解释工作的决议》等法律关于立法解释的规定提出了疑问。笔者也曾试图将现行法律中的“立法解释”概念解释为“立法”，从而维护现行法律有关“立法解释”规定的合理性，但发现这样解释会带来更多的难题。所以，笔者只能期待修改现行法律中关于“立法解释”的规定，即取消立法机关的立法解释权。在没有修改现行法律的情况下，笔者呼吁立法机关不要再作立法解释。

Abstract Real legislative interpretation happens when legislative body interprets stipulations which may be misunderstood in implementation of criminal law. Such legislative interpretation, however, is not in line with the principle of rule of law, the principle of Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege (No law, no crime; No law, no punishment) and overrun the necessity of interpretation. Legislative interpretation, which does not accord with the aim of objective interpretation, is not an effective approach to explore the true meaning of law.

Key words Legislative interpretation Nullum crimen sine lege Nulla poena sine lege Objective interpretation
