

刑事司法解释效力范围探究

Probing into the Scope of Validity of the Interpretation of Criminal Justice

屈学武(中国社会科学院法学研究所研究员 北京 100072) 文

本文所指刑事司法解释的效力范围,仅限于刑事实体法意义的刑法上的司法解释所涵括的空间效力与时间效力域。

众所周知,就一般意义看,司法解释确属有权解释:因为它一经最高司法机关颁布,即与法律具有同等效力。然而,从司法解释的性质及其功效看,它又并不等同于刑法规范本身。刑法的解释通常具有下述三大功能:一是对抽象的法律概念的内涵、外延的诠释,简单说,就是对抽象而概括的法律条文文字及其内容的具体解读;二是对司法认定的特定“法律事实”(即个案)与某一具体刑法规范是否符合作出的解释(或解答、批复等);三是对整个刑法体系的价值及其刑罚目的取向所作的系统解释。

实践中,作为有权解释的刑法司法解释,大多限于针对第一、二事项的解釋;而第三项解释即有关法价值的解释主体,多为刑法理论界而非刑事实务部门。虽然司法部门在就上述第一、二事项进行解释时,也会综合刑法的价值取向来考量有关问题,但准确地说,司法解释的功效,主要还在于根据有关立法意图、立法意蕴,结合有关字义所昭示的客观涵义,来解释特定的法律条文之字义所涵盖的具体内容以及个案与确定规范的符合性。由此可见,刑法司法解释实际上并非单纯地仅仅依存于特定的、静态的刑事法律独立地存在着,就其实质意义看,应当说,它只能依存于有效刑事法律的运作而存在。换言之,没有刑法的实际操作,就没有实质意义的司法解释的存在价值与空间。在此基础上,要理顺刑法解释的效力,特别是它与刑法溯及力的关系,看来有必要逐一清正下述刑法解释论的基本问题:

(一) 对司法解释与法律具有“同等效力”的正确理解:

有观点认为,刑法的效力包括空间效力与时间效力两大内容,而对刑法的司法解释既然与其具有“同等效力”,就意味着司法解释与刑法具有“等值”的空间效力与时间效力。此一“效力”解读法,我们认为未免失诸重形式而轻实质。

我们知道,刑法的空间效力是指刑法在何地域、对何人适用的问题。而这里的“同等”效力,显然并非相对于可予适用的地域和人员而言,而是相对其司法解释与其被解释的法律具有同等的法律拘束力、强制力而言。即这里所谓

“同等”的本旨在于:指令任何受法律规范约束的人,包括适法、执法、守法人员都有义务如同适用、遵从刑事法律规范本身一样地一丝不苟地去适用、执行、遵从它,不得轻忽懈怠。就此,我们再从逆向推理即可发现,司法解释并不发生与其所依存的法律具有相同的空间效力问题。这是因为,司法解释不可能脱离法律,法外地、自动地适用于一定地域范围内的一定人、一定事,司法解释因而难以发挥自己独立的空间效力。换言之,司法解释只能因循法律的空间效力,被动地适用于一定范围内的一定人、一定事,除非某一确定司法解释就其适用范围作出了(不违背刑法空间效力)的专项特别规定。例如,除有关国际犯罪外,中国刑法的空间效力对于外国人(包括无国籍人)在中国领域之外实施的、并非针对中国国家或国民的危害行为一概无效。由此,司法解释便不可能独自启动并生效于此类人、此类事,等等。可见,就空间效力看,司法解释不存在独立的、法外的空间效力生存基础。

(二) 刑法司法解释的时间效力之争:

对刑法司法解释的时间效力之争,主要集中在此类司法解释是否受制于刑法的溯及力规定问题。众所周知,刑法的溯及力,是指某项刑法规范生效以后,对其生效前发生的未经审判或者判而未决的行为是否适用的问题,亦即新法能否适用于旧行为的规定。能适用则新法有溯及力;不能适用则无溯及力。

当今世界大陆法系国家,往往在其刑法总则中对刑法溯及力问题作出明确规定,例如,《德国刑法典》第2条第2、3款明文规定:“刑罚在行为时有变更的,适用行为终了时有效之法律”;“行为终了时有效之法律在判决前变更的,适用处刑最轻之法律”。我国《刑法》第12条也明确规定,“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。对《刑法》上述规定,刑法学理界一般称其为“从旧兼从轻原则”。

综观上述各国、包括我国刑法关于溯及力的规定可见,

参见屈学武:《刑法解释论评析》,载于《法律应用研究》,中国法制出版社2002年4月版。

刑法的溯及力规定,一是针对法律而言;二是针对刑事法律而言;三是针对刑事实体法而言。否则,它就不可能称作“刑法的溯及力”。

然而,国内却时有刑法学者或刑事实务部门人员针对刑法的解释提出其有无溯及力问题的质疑。例如,2001年12月7日,最高人民法院、最高人民检察院颁发了《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》,其中第2条规定,对于司法解释实施前发生的行为,行为时没有相关司法解释,司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件,依照司法解释的规定办理。据此,有学者认为,如此规定无异于明确规定了刑法司法解释有溯及力。主张对刑事司法解释,不能一律可以溯及既往,对那些明显作了扩大解释的,原则上应当只对其施行后的行为有评价功能;认为若法律解释的溯及力问题得不到妥善解决,则废止类推的成果不会得到很好巩固。有学者甚至提出,对刑法的解释,也应适用我国《刑法》第12条法定的从旧兼从轻的溯及力原则。

我们认为,上述学者关于坚持罪刑法定、反对重刑主义的良苦用心固然可佳,但关于刑法司法解释不应当有溯及力、否则即有违罪刑法定原则的观点,实属对刑法溯及力规定或罪刑法定原则的重大误解。在此,我们不妨从法律依据、法理依据、事理说明等多方面述理由如下:

首先,从法律规定上看,如上所述,各国关于溯及力的规定,均是针对刑事“法律”本身而言,而非针对法律的“解释”。刑法司法解释虽然与法律具有同等效力,但其究竟不等于法律本身。这一点,也是刑法司法解释与刑法立法解释的重大区别之所在。刑事立法解释时常穿插于刑法条文之中——例如,《刑法》第91条至94条均属立法解释,但又是刑法的组成部分。就此意义看,该类立法解释,实际上已经是刑法的组成部分(刑法以外的刑事立法解释另当别论),刑法的司法解释则不然,它不是刑法的组成部分,仅是辅助刑法得以顺利实施的、运行法规的工具。虽然实践中,由于当前我国刑法司法解释确实存在失诸规范的情况,因而被一些学者称为亚法律或准法律。但无论如何,就立法法和刑法的规定看,“解释”并不是“刑法”本身的组成部分。由此可见,《刑法》第12条所谓的“本法”限指“刑法”,并不包括刑法的“解释”在内。因而以《刑法》第12条的规定来佐论刑法司法解释,应有其溯及力规定者,确属援引依据上的失当。明确地说,就是混淆了“刑法的解释”与“刑法”的界限。

其次,就从旧兼从轻的溯及力原则本身看,该原则本质上是刑事司法不能适用事后法或重法。其要义在于禁止适用“事后法”与“重法”,以有效贯彻罪刑法定原则。而法律的解释是法律规范得以顺利施行的器具,因而它本身只

存在该工具质量是否合法、达标、应手的问题,并不存在事后法或重法的问题——因为它本来就不是“法”。事实上,实践中,司法机关大都是在遇到刑事棘手或疑难问题之后,才要求最高人民法院或检察院针对专门问题作出司法解释的。惟其如此,刑法才只规定司法上不得适用事后法,而不可能制定出不得适用事后司法解释的溯及力规定来。也就是说,从刑法规定看,刑法司法解释不是《刑法》第12条的调整对象,司法解释因而不存在有无“溯及力”的问题。

当然,无可讳言,实践中,很可能发生由于新的司法解释对“数额较大”或“情节严重”等刑法规定的最新诠释,会扩大刑事法网,从而可能发生将过去未达起刑点的案件纳入犯罪圈之实例。但是,这种表面上的扩大并不必然产生重法的实质意义的后果。这是因为,无论是“数额较大”还是“情节严重”,都是相对于一定比例的社会危害性而言,因而币量面值的缩小或扩大并不简单地等同于货币实际价值含量及其所形成的社会危害性的克减或升高。例如:

假定国内某地区银根紧缩,货币升值,司法解释因而将构成盗窃罪的“数额较大”由过去的“1000元以上”缩减为“500元以上”,如此解释,形式上看确实会扩大犯罪圈,但是,此一“扩大”并不违背罪刑法定原则。因为在通货升值的情况下,500元所含价值量已经相当于过去的1000元,而且这种“相当”发生在司法解释出台“以前”而非以后,因而,最高司法机关因适应社会经济情势的变化所作出的关于“数额较大”的新的司法解释,乃属调适经济基础与法律政治上层建筑之间决定与被决定关系失衡的当然之举;也是通过新的司法解释,调适刑事法律在社会危害性问题上之滞后性的当然之举。反言之,法律本身取决于经济基础,并会因经济基础的变化而变化、而发展,这是由法律的性质和功能所决定的。而立法上所以就此“数额较大”、“情节严重”等规范框架作出空白性规定,本身就是为司法解释因应时势的不同作出不同的“数额”或“情节”界定的再解释空间。因而凡是在此框架之内的解释均是法内解释而非法外解释。具体到上述实例而言,就货币的实际价值量和调适社会冲突关系的法的轻重设置看,由于此类司法解释并未改变该法(盗窃罪设定)的轻重等级,而不过是因随货币含金量的变化所导致的社会危害量的相应变化,去调适“数额较大”的比例而已,因而它并未在实质意义上改轻法为重法,也不违背罪刑法定原则。

第三,就法理角度看,“法无明文禁止就视作允许”的行事原则,如果说在民商法规范中还存有一定争议的话,在刑法规范中却是肯定的。基于此,既然立法法、刑法中均未明确针对刑法的解释作出不得溯及既往的规定,我们就不得擅自设立此一刑法解释的限制性框框,否则,此一限制

参见刘仁文:《刑法解释的时间效力》,载于《检察日报》2002年4月23日。

参见刘宪权:《刑法司法解释时间效力规定评析》,载赵秉志、张军主编:中国刑法学研究会2003年年会论文集第一卷《刑法解释问题研究》,中国人民公安大学出版社2003年10月版,第681页。

当然,这在经济日益发展的中国社会之今天,仅属假定。

本身，也属侵犯立法权之举。

第四，就解释的功效益看，如上所述，无论是针对刑法条文文意的司法解释还是针对确定案件与规范的符合性所作出的司法解释，都是针对法律应用中的具体问题的解释。司法实践中，每一位法官在司法操作过程中，实际上都是在对其所承办案件的“既往”行为与法律规范是否“相符”作出“解释”。虽然承办法官所作刑法规范与特定事实是否相符的解释一般不可能成为本文所界定的严格意义的司法解释，但其仍然属于广义的刑法解释。试想，假如法官不将有关案情与其对应法律规范相比较并逐一加以诠释、解读，他/她将绝难将其司法裁决进行下去。

例如，有被告声称其伤害对方的行为属于正当防卫，法官就立即需要根据其具体案情，考量其行为究属正当防卫还是防卫过当、假想防卫抑或无权防卫，法官需要就此个案与《刑法》第20条规定是否相符作出解释，并将其解释行文于系列司法文书之中。由此可见，所有针对刑事司法适用中有关具体问题的解释，无论是严格意义的有权司法解释，还是法官办案过程中所作的一般性司法解释，实质上都是事后解释，否则法官可能对每一桩个案处于无能为力的地步。

综上所述，司法解释往往是对其“既往”行为的性质、即对既往行为与现有法律规范的符合性所作出的答复或批复。据此，它恰恰需要一定程度的溯及既往，否则就不存在对法律应用问题的解释。

有学者根据司法解释往往是对既往行为的解释，得出司法解释除对法律的依附性外，还具有滞后性的特征。对此，我们深表赞同。但是，我们认为，惟其具有滞后性特征，该司法解释才有必要适用于其被解释的刑事法律所规范的案件。否则，就某一案件是否与确定的刑法规范相符合的问题，司法解释本已滞后，而该解释还不能适用该案件，司法解释的功效益必然大打折扣。表现在：

其一，对其被解释、被批复的案件不能适用，其效用已经大减。

其二，本已滞后的司法解释还要“二度滞后”，到该司法解释颁行后审理的案件才能适用。如此一来，该司法解释就不仅具有滞后性特征，而且具有双重滞后性特征了。那么，司法解释将如何应对堆积如山的司法裁量工作的需要？司法实践中每遇到疑难问题需要解释，好不容易得到解释又不能用它，司法解释还有什么实效性可言？进而，刑事司法还有多少公

正性、合理性乃至威慑性可言？

例如，据了解，2003年，正当最高人民法院于认定强奸罪的行为人需要明知对方为幼女方为罪的司法解释出台之际，福建正有一起一审判决已经被认定为强奸罪案件，但是本案中，无论是预审阶段，还是法庭审理阶段，被告人都告知有关审讯、审判人员，他并不明知对方是幼女。庭审质证过程中，该幼女自己也已承认这一点。解释出台后不久本案被告人已经就一审判决提起上诉。

显然，对本案，假若根据上述司法解释没有溯及力的观点，则上诉法院仍须判处被告人构成强奸罪。有学者可能抗辩说，根据从旧兼从轻原则，仍可改判本案被告人无罪。我们认为，从旧兼从轻原则从来是、并且仅仅是针对刑事“法律”的原则，它不是针对司法解释的原则。可见，问题的症结仍然在于：如此解读司法解释的溯及力，实则将司法解释等同于刑事法律本身，因而才非要将原则上对既往案件没有溯及力的刑法规定束缚于司法解释之上。由此可见，对本案，正确的作法本应为：直接根据新的司法解释，判定本案被告不构成奸幼罪。

此外，一些学者关于刑法扩大解释之溯及力所致负效应之忧，也有“下药”不那么“对症”之处。对此，国内有学者早就指出：“科学意义的扩大解释并不违背罪刑法定原则。而且由于扩大解释是限于既有法律含义之内的，所以也不存在有无溯及力的问题”。的确，司法解释中的扩大解释，确有根据刑事立法意蕴，弥补刑事立法缺憾的功效，但这绝不等于脱离法律规定去修改或补充刑事法律。假如扩大解释扩大到创制“刑法”，甚至侵犯公民人权的地步，那就不是溯及力的问题，而是司法解释越位、司法擅自侵分立法权限的问题。此种场合，即便其没有溯及力——仅仅针对解释出台后的新行为有效，也是违背《宪法》及《立法法》规定的刑事立法原则的。因而，至少从理论层面上看，此类侵犯了立法权的司法解释应予无效，而不是有无溯及力的问题。

最后，我们并不讳言，当今中国社会，少量的司法解释确实愈来愈有事实上正在造法之弊。但是，我们仍然认为，如司法解释已经扩大到违背刑事立法的基本原则或法条的基本含义，则此类扩大解释如果出错，错不在其是否对既往行为有效，而在其解释权限、解释内容上有误。因而，此时应予纠正的不是其时间效力能否适用解释前尚未审理或审而未决案件的问题，而是解释本身违规、违法的问题。总而言之，司法解释权限及其内容上的越位，与司法解释的效力，特别是刑法解释有无溯及既往案件之效力绝非一码事，不能混为一谈。

一般而言，倘若被解释的刑法条款本身已经失效，则依附于该刑法的“运作”而存在的司法解释的效力理所当然地会失却其效应，除非有权解释机关对其“依附性”作出特别规定，即有权解释机关特别规定该“解释”可以适用于与被取代的旧法条款相同类型的新刑法条款。

参见刘宪权：《刑法司法解释时间效力规定评析》，载赵秉志、张军主编：中国刑法学研究会2003年度年会论文集第一卷《刑法解释问题研究》，中国人民公安大学出版社2003年10月版，第680页。

参见陈泽宪：《刑法修改中的罪刑法定问题》，载于《法学研究》，1996年第6期。