

宽容原则之上： 法律解释与存疑有利于被告

郭 烁^{*}

内容提要 传统刑法解释学预设唯一且正确的解释结论是可欲的,但该预设无论从逻辑抑或实践都站不住脚。如果真正坚持罪刑法定原则和事前法裁判原则,就很可能出现“解释僵局”,即任一解释方案均欠缺合理性比较优势,进而产生存疑有利于被告原则在法律解释领域的适用余地。于英美法,盖因宽容原则之存在,此点并无疑义。由严格解释原则发展出的宽容原则,要求法律解释的疑点利益归于被告,不仅在方法论上革新传统刑法解释学,为解释僵局提供化解方法,还在价值论上贯彻罪刑法定原则,推进罪刑法定原则的司法化。考虑到当前我国积极刑法观的立法实践,承认刑法解释亦可适用存疑有利于被告原则对防止过度犯罪化不可或缺。

关键词 存疑有利于被告 宽容原则 解释僵局 法律适用 严格解释

目 次

- 一、问题的提出
- 二、宽容原则的演变
- 三、“疑点利益归于被告”中的“疑点”
- 四、解释僵局之识别与应对
- 五、结语

^{*} 中国政法大学诉讼法学研究院教授。

一、问题的提出

存疑有利于被告原则的适用范围问题在 21 世纪初受到国内刑事法学界的普遍关注并延续至今,^①可见该问题之复杂性与重要性。围绕该原则能否适用于法律适用尤其是刑法解释领域,以邱兴隆教授为代表的肯定论者^②与以张明楷教授为代表的否定论者^③互有观点交锋。尽管这场持续至今的争论并未达成共识,但其影响力不容小觑:肯定论者很大程度上质疑了传统刑法解释学(即否定论)的理论预设——通过刑法解释可以澄清一切刑法适用争议,法官通过比较控辩双方提出的解释方案,总能选出其中合理且正确的一种。^④

然而,在司法实践中,法官却常面临选择困境:控辩双方提供的解释方案合理性大抵相当,即使经过充分辩论也无法判断哪一种是最优解。传统的刑法解释学完全回避甚至通过诡辩无视该种可能性。此外,秉持合理性标准判断解释方案的优劣并无问题,但法官如何比较解释方案的合理性,以及基于何种理由认为某种解释方案更合理则不甚明了,而这直接关涉个案判决之可接受性。

肯定论的理论预设与传统刑法解释学截然相反,即认为刑法解释并不能澄清一切刑法争议,解释自然有限度,且通过法律解释也未必只有一种合理的解释方案产生。^⑤肯定论正视并承认数种解释方案合理性相当之可能性,并提供一种处理方式:陷入解释僵局时,构成刑法解释中的疑点,根据存疑有利于被告原则,选择有利于被告人的解释方案。质言之,传统的刑法解释学坚持对与错、合理与不合理的二元解释框架,而肯定论的解释框架则带来第三种可能性——解释僵局。

可以说,存疑有利于被告原则的适用范围之争,很大程度上是论题双方的理论预设之争;其中关键的争点在于是否承认解释僵局,这也决定着解释的限度。如果承认解释僵局,那么当数种解释方案合理性相当时,刑法解释学便不再能够发挥作用,法官需要借助程序(如多数决原则)或者其他决断规则(如存疑有利于被告原则)得出解释结论。如果否认解释僵局,那么当数种解释方案合理性相当时,法官虽然也清楚此时刑法解释学难以继续发挥作用,但仍然不得不以刑法解释学之名行“自由裁量”任意选择之实,结果是几乎所有案件都倾向于入罪而非出罪,在刑法愈发刑事政策化的当下,尤其如此。

① 较新的研究成果参见龙宗智:《存疑有利于被告原则及司法适用》,载《中国法学》2024年第1期;周光权:《存疑有利于被告原则的刑法适用规则》,载《法学研究》2024年第3期。

② 参见邱兴隆:《有利被告论探究——以实体刑法为视角》,载《中国法学》2004年第6期;时延安:《试论存疑有利于被告原则》,载《云南大学学报(法学版)》2003年第1期;邓子滨:《中国实质刑法观批判》(第2版),法律出版社2017年版,第158-159、209-218页。

③ 参见张明楷:《“存疑时有利于被告”原则的适用界限》,载《吉林大学社会科学学报》2002年第1期;付立庆:《刑罚积极主义立场下的刑法适用解释》,载《中国法学》2013年第4期。

④ 参见段启俊、郑洋:《论存疑时有利于被告人原则不应适用于刑法解释》,载《刑法论丛》2015年第1期,第115-143页。

⑤ 参见前注②,邱兴隆文,第146-154页。

所谓“实质解释”“客观目的解释”“实质侵害法益”几乎都是与这一现象相伴而生的常见话术。

引起广泛讨论的2014年“马乐利用未公开信息交易案”（以下简称“马乐案”）典型地展现了这一情况：法律解释出现僵局，继而通过目的解释作出不利于被告人的法律适用解释。^⑥ 本文试图强调的是，如果刑法刑事政策化的趋势难以遏制，那么对于所谓“目的解释”进行强有力制约就是必然选择；在这其中，正视存疑有利于被告原则于法律适用领域的独特作用，无论为贯彻罪刑法定原则抑或在刑事司法愈发积极、能动的当下保障人权，都极为必要。

近年来，有学者继续从比较法的角度探讨该问题。^⑦ 相比于21世纪初的争论，新的讨论的确更加深入，尤其是增补了一些比较法材料，其中以德国法立论居多。有学者作出全称肯定式判断：“存疑时有利于被告的原则产生于19世纪初的德国，它只是刑事诉讼法上的证据法则，这一点在德国、日本以及英美法上没有争议。”^⑧

本文希望澄清的是，德国法将疑点利益归于被告原则的适用范围限制在事实认定领域，而美国法尤其是美国联邦最高法院的判例法却从未产生过类似倾向。美国法的关注点在于法律适用中何种情形可以适用该原则，而非该原则能否适用于法律适用领域；换言之，美国法中该原则兼及事实认定和法律适用早已达成共识，且为联邦最高法院反复确认。具体而言，美国法将“存疑时有利于被告”原则一分为二，在事实认定领域称为疑罪从无原则（No Punishment for a Doubtful Crime / *in Dubio Pro Reo*），在法律适用领域称为宽容原则（Rule of Lenity）。美国法与德国法在这一问题上针锋相对的立场非常值得玩味，这是一个关于刑法解释学理论预设的问题。

鉴于“存疑有利于被告原则只适用于事实认定领域”在国内学界已成通说或至少是主流观点，源自德国法立论的这一判断对于中国司法实务影响甚大，^⑨ 本文重点阐述美国法对于这一问题的基本立场，主要目的有二：一方面，就比较法知识获取而言，试图厘清“存疑有利于被告原则”适用于法律解释领域是美国法的基本判断，这主要通过适用宽容原则实现，不存在“存疑有利于被告原则只适用于事实认定领域”的普遍真理。更重要的是，另一方面，就方法论而言，将存疑有利于被告原则限定于事实认定领域，与积极刑法观、客观目的解释以及刑法刑事政策化趋势彼唱此和，事实上严重挑战了罪刑法定原则以及人权保障的基本理念。对此，应当在方法论层面有所反思。

⑥ 参见最高人民法院指导案例61号（2016年）。

⑦ 参见邢馨宇：《有利被告的英美法系话语》，载《中国刑事法杂志》2013年第7期；袁国何：《刑法解释中有利于被告人原则之证否》，载《政治与法律》2017年第6期；冀洋：《“存疑有利于被告人”的刑法解释规则之提倡》，载《法制与社会发展》2018年第4期。

⑧ 张明楷：《刑法学》（第6版上），法律出版社2021年版，第39页。

⑨ 参见孙谦：《援引法定刑的刑法解释——以马乐利用未公开信息交易案为例》，载《法学研究》2016年第1期，第159-161页。

二、宽容原则的演变

事实上直到1955年,法兰克福特(Frankfurter)大法官才在“贝尔诉美国案”(Bell v. United States)^⑩的判决中正式使用“宽容”(lenity)一词,从此确立法律解释领域的宽容原则。^⑪不过美国学者普遍认为在刑法解释中一直都存在该原则的理念,这主要指对严格解释原则(strict construction)的普遍恪守;宽容原则的提出只不过是宽容理念明确化、体系化的新表达方式。^⑫因此美国学者既在广义的理念层面使用“宽容”一词,指代严格解释原则和宽容原则,也会狭义使用该词,仅指代宽容原则。宽容原则的确立实质上就是宽容理念或者说法官把握宽容程度的演变史。

(一) 因应死刑滥用: 17世纪英格兰严格解释原则的确立

严格解释原则滥觞于近代英格兰限制王权滥用死刑的司法革新运动中,是继神职人员豁免权后另一项有效限制死刑滥用的制度。^⑬神职人员豁免权是指神职人员免于承担世俗法规定的刑事责任,而由明显对其更温和的教会法院审判,一般可免于死刑。不过,至16世纪中叶,大多数犯罪已经禁止适用神职人员豁免权。^⑭布莱克斯通(Blackstone)在《英国法释义(第4卷)》中这样描述16世纪的英格兰刑法:“令人沮丧的事实是,在人们日常行为中,有不少于160种被议会法案宣布为可以判处死刑立即执行的犯罪。”^⑮到17世纪末,死刑重罪的数量已经增加到了大约200种,而且这些重罪都几乎只有死刑这一种刑罚。^⑯也即,死刑遍布刑法,神职人员豁免权制度又多被禁用;正是面对这一严峻态势,17世纪英格兰法官确立了严格解释原则。^⑰

严格解释原则的司法运用从《英国法释义(第1卷)》所举案例可得管窥。^⑱爱德华六世当政时期的一项法规规定:犯偷马罪(stealing horses, 请注意这里的复数“s”)可以被判处死刑,且犯该罪的人不享有神职人员豁免权。但法官解释道,这项法规不应该扩张适用于那些“只偷了一匹马”的人。

有学者就此指出,作为限制死刑滥用的工具,严格解释原则创立之初根本不在乎解释方法的合理性,只要有助于限制死刑滥用,即使限制解释得出的结论与法律文本一般

^⑩ See Bell v. United States, 349 U.S. 81 (1955).

^⑪ See David S. Romantz, *Reconstructing the Rule of Lenity*, Cardozo Law Review, Vol.40:523, p.539 (2018).

^⑫ See Intisar A. Rabb, *The Appellate Rule of Lenity*, Harvard Law Review Forum, Vol.131:179, p.179-216 (2018).

^⑬ See Sir Peter Benson Maxwell, *On the Interpretation of Statutes*, W. Maxwell & Son, 1875, p.239; Livingston Hall, *Strict or Liberal Construction of Penal Statutes*, Harvard Law Review, Vol.48:748, p.749 (1935); Phillip M. Spector, *The Sentencing Rule of Lenity*, University of Toledo Law Review, Vol.33:511, p.514 (2002).

^⑭ See Phillip M. Spector, *supra* note 13, 514-516.

^⑮ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol.4, Clarendon Press, 1769, p.18.

^⑯ See John Calvin Jeffries Jr., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, Virginia Law Review, Vol.71:189, p.198 (1985).

^⑰ See Livingston Hall, *supra* note 13, 749.

^⑱ See William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol.1, Clarendon Press, 1765, p.88.

含义相冲突也可以接受。^{①⑨}明确这一点非常重要：解释方法的合理性，其重要性自始并不如解释背后的价值选择。至于所谓立法目的更不属于法官考虑的对象，甚至可以说严格解释原则产生的目的就是绕过乃至一定程度上规避立法目的，也无怪乎有学者称其为“赤裸裸的宽容”（*naked lenity*）。^{②⑩}当然，这样的解释方法客观上确实起到限制死刑滥用的功效，尤其是其内涵与现代刑事司法中的宽容、谦抑理念暗合，因此得以延续、生根发芽。

（二）文本高于目的：19 世纪初美国对于严格解释原则的续造

严格解释原则同其他一整套英格兰法律制度搭乘“五月花”号进入北美大陆，并在美国建国后焕发了新的生机。19 世纪初美国联邦最高法院裁决的两个案例中，严格解释原则以新的样态初露峥嵘。

第一个案例是 1817 年的“美国诉谢尔顿案”（*United States v. Sheldon*）。根据 1812 年 7 月 6 日的一项法案，美国禁止本国公民和在美国居住的人通过陆路或其他途径，采用货车、手推车、雪橇、小船或其他方式从美国向加拿大运输任何军需物资。谢尔顿徒步驱赶一群牛进入加拿大，被指控违反该条法律构成犯罪。^{②⑪}联邦最高法院着重分析了徒步驱赶活牛是否属于采用“其他方式”运输，华盛顿（Washington）联席大法官代表法院通过以下论证路径得出结论——徒步驱赶活牛不属于采用“其他方式”运输。一方面，根据同类解释规则，“其他方式”应该指类似于货车、手推车、雪橇、小船这种利用交通工具的运输方式，徒步驱赶活牛并没有利用交通工具，并非上述列举运输方式的同类。另一方面，根据体系解释规则，该法案所设定的刑罚有同时没收运输工具和所运输物品的规定，徒步驱赶活牛并没有使用交通工具，不可能没收被告人的两条腿。

判决书的最后，最高法院凝练出一条颇具指导意义的规则：“的确，无论通过何种方式使敌人获得军需物品之危害均为相同，但并没有充足理由允许通过类推的方式解释法律。同样没有充足理由仅因为造成的危害相同便允许适用相关法律，因为这会将法律的适用范围延伸到该法律所使用词句包含的一般含义和正确含义以外，尤其在通过体系解释的方法，已经确认同一部法律中同一用语所表达之含义一致时。”^{②⑫}尽管该法院并没有详细说明刑法应该被严格解释之原因，但毫无疑问，法院已经敏锐地意识到通过判决界定法律适用范围非常危险。^{②⑬}

第二个案例是 1820 年“美国诉威特博格案”（*United States v. Wiltberger*）。^{②⑭}联邦最高法院通过该案正式确认了严格解释原则。一艘美国商船上发生一起过失杀人案件，当时该商船正行驶在中国境内的一条内河上，犯罪嫌疑人与被害人都是美国人，中国放

^{①⑨} See Phillip M. Spector, *supra* note 13, 519.

^{②⑩} See Lawrence M. Solan, *Law, Language, and Lenity*, William and Mary Law Review, Vol.40:57, p.87 (1998).

^{②⑪} See *United States v. Sheldon*, 15 U.S. 119 (1817).

^{②⑫} *Id.*, 120-122.

^{②⑬} See David S. Romantz, *supra* note 11, 528.

^{②⑭} See *United States v. Wiltberger*, 18 U.S. 76 (1820).

弃该案件的属地管辖权,将案件交给犯罪嫌疑人国籍国即美国处理。争议焦点是美国法院对该案是否有管辖权。因彼时属人管辖与保护管辖的理念尚未兴起,美国刑法也没有关于刑事管辖权的总括规定,只能依据具体犯罪的管辖权规范处理。该案起诉依据是1790年4月30日法案的第12条,“任何海员或其他人在公海上犯过失杀人罪……处3年以下有期徒刑和1000美元以下罚款”,其后并无管辖权规定,关于“公海”等概念之解释遂产生前述争议。

控方的主要论点是上述条文的解释应类推适用该法案第8条之规定,“任何人在公海、河流、港湾、盆地或海湾等任何特定州管辖之外犯谋杀罪、抢劫罪等,如果在美国境内依照美国刑法将被判处死刑的重罪……都会被视为海盗,被定罪并被施以死刑。此类犯罪由犯罪嫌疑人被逮捕地或最先出境地的法院管辖”。控方认为第12条规定的“公海”是第8条规定的“公海、河流、港湾、盆地或海湾”之简称,否则既会直接造成不平等,也不符合立法目的。^{②5}于是,争议焦点更直接地表现为该法案第12条是否应该类推适用第8条,具体来说就是美国法院对于发生在“河流、港湾、盆地或海湾”的过失杀人罪能否适用第12条之规定。

马歇尔(Marshall)首席大法官撰写了多数意见。从法律文本出发,他指出:“如果按照人类的共同理解和人们普遍接受的意思来解释这些词语,那么‘公海’即使不局限于冲刷海岸的海洋,也永远不会延伸到半英里宽的河流,更不会延伸到一个国家的内河。”马歇尔认为如果类推适用第8条,就会极大偏离第12条法律文本的本义,而“一个众所周知,也是时常警醒我们的规则是:刑法要严格解释”“严格解释原则同解释本身一样古老”。马歇尔洞察到严格解释原则与立法目的之间的紧张关系,并试图调和:^{②6}

有人说,即使严格解释原则存在,立法者的意图仍然要支配刑法或者其他法律的解释。的确如此,严格解释原则并不是一条颠覆尊重立法意图原则的独立新规则,而是对一条古老规则的修改。也即,虽然刑法要严格解释,但不能被解释得如此严格,甚至抵触立法的明显意图。适用严格解释原则不应将法律文本的含义缩小到如此狭窄之范围,以至于将法律文本一般含义范围内的情形或明显包含的情形排除在外。词句无歧义之处,无需解释。事实上,尤其是在刑事案件中,如果法院要偏离法律文本的一般含义,寻求法律文本本身没有表明立法意图,需要非常强有力的理由。要确定某个案件符合立法目的,必须根据立法使用的词句作出此类判断。

马歇尔大法官承认确实没有理由对发生在“公海”的过失杀人与发生在“河流、港湾、盆地或海湾”的过失杀人区别对待,但法律文本确实这么做了,法律明确使用“公海”

^{②5} *Id.*, 98-105.

^{②6} *Id.*, 94-96.

一词,而未包含“河流、港湾、盆地或海湾”,不能违背严格解释原则,突破法律文本去寻求其未明确表达的立法目的。正是因为意识到违背严格解释原则、突破法律文本的危险,“事实上,这样的原则——法律可以类推适用于符合立法原因或造成相同危害的案件,以便惩罚法律没有规定的行为——施行起来相当危险”,马歇尔语重心长地告诫,“可能性不是正确解释法律的指南。虽然没有什么理由不惩罚法律未规定但危害程度相同的行为,但国会并没有立法,我们(联邦最高法院)不能扩张法律的含义”。^{②7}

无论上述“谢尔顿案”抑或“威特博格案”,都与17世纪英格兰的严格解释原则所处环境不同,极端年代已然过去,司法者不必再费尽心思限制死刑滥用,因此在法律解释时必须兼顾法律文本与立法目的的关系。对此,严格解释原则将立法目的的探寻限制在法律文本范围内,实质上就是确立文义解释位阶高于目的解释的规则。在此规则下,目的解释只能用于澄清法律文本内的模糊或歧义,目的解释不能超越法律文本从而与文义解释相抵触。自此,19世纪初联邦最高法院改造了17世纪以降英格兰的严格解释原则,使其成为处理法律文本与立法目的之间关系的决断规则,严格解释原则获得新生。

另外值得注意的是,美国联邦最高法院在这两个案例中革新严格解释原则的司法实践,似乎是在传达法院解释法律时应禁止类推,禁止通过普通法创立新罪的理念,这与美国所接受的英国普通法思维截然不同。其实,早在美国建国之初,受欧洲大陆启蒙运动思潮之影响,美国法律改革家就试图用编纂刑法典的方式替代普通法。^{②8}虽然彼时法典化尝试基本以失败告终,但司法抵制类推和通过普通法创立新罪的理念却一直延续。

实际上,纵观19世纪美国司法史,严格解释原则一直在与类推和旧式普通法缠斗。虽然有上述“谢尔顿案”“威特博格案”等适用严格解释原则的案例,但同样有类推定罪案例,如“宾夕法尼亚诉吉莱斯皮案”(Pennsylvania v. Gillespie)^{②9}，“新罕布什尔诉巴克曼案”(State v. Buckman)^{③0}等；以及通过普通法直接创设新罪的案例,如“美国诉亨菲尔德案”(U.S. v. Henfield)^{③1}，“美国诉拉瓦拉斯案”(U.S. v. Ravara)^{③2}等。此种情况一直持续到20世纪初,之后通过普通法创立新罪的情形渐少,^{③3}美国刑法学界对于合法性(Legality)原则或者罪刑法定(Nulla Poena Sine Lege)原则逐渐形成共识,主张根除通过普通法创立新罪、公然违反禁止事后法的做法。时至今日,合法性原则已经被视为美国刑法的第一原则,在学术讨论中举足轻重,在实践中也得到普遍遵守。^{③4}

^{②7} Id., 96, 105.

^{②8} See Gail McKnight Beckman, *Three Penal Codes Compared*, American Journal of Legal History, Vol.10:148, p.148-173 (1966); Maxwell Bloomfield, *William Sampson and the Codifiers: The Roots of American Legal Reform, 1820-1830*, American Journal of Legal History, Vol.11:234, p.234-252 (1967); Sanford H. Kadish, *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, Columbia Law Review, Vol.78:1098, p.1098-1144 (1978).

^{②9} See Pennsylvania v. Gillespie, 1 Addam's Ecclesiastical Reports 267 (1795).

^{③0} See State v. Buckman, 8 N.H. 203 (1836).

^{③1} See U.S. v. Henfield, 11 F. Cas. 1099.

^{③2} See U.S. v. Ravara, 27 F. Cas. 714.

^{③3} See Felix Frankfurter, *Some Reflections on the Reading of Statutes*, Columbia Law Review, Vol.47:527, p.527-546 (1947).

^{③4} See Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, 1968, p.79-80.

将严格解释原则在美国建国之初落地生根的过程描述清楚非常必要,这一过程中产生的从类推适用和通过普通法设立新罪向严格解释原则的转变,是宽容原则的关键发展时期。彼时联邦最高法院面临两种抉择:超越法律文本,根据社会危害性类推适用其他犯罪或通过普通法创立新罪;或者遵循严格解释原则恪守法律文本,坚持法无明文规定不为罪。前一种可维护秩序、有利于追究犯罪,后一种可保障自由、维护法之安定性。两种选择都具有合理性,选择其中任何一种,都是利益衡量、价值取舍之后达成的妥协结果。

以当代法治理念观两百余年前的实践并不公平,诸如刑法禁止类推适用之常识在那个时代并不天然合理。可以说,就宽容原则的孕育发展而言,当时司法者们立场之转变远比宽容原则确立本身重要得多;或者说,没有这种转变,就根本不会有宽容原则。显然,宽容原则要求后来者在陷入解释僵局时,选择有利于被告人的解释方案;但如果允许类推、允许通过普通法创立新罪,则根本不需费力解释——解释若显牵强,可以径直造法,所谓解释僵局根本难以形成。

就这一转变的个中微妙之处,受罪刑法定原则熏陶的大陆法系刑事法学者或许已经形成前见,难以体察罪刑法定原则之于宽容理念发展的重要意义。时光倒流两百余年,罪刑法定只是诸多可能的价值判断中的一种,是以牺牲一定秩序为代价对宽容理念的偏重。如果说宽容原则的演变史就是宽容理念落地生根的接纳史,那么罪刑法定就是最大的宽容,严格解释与宽容原则只是贯彻罪刑法定之当然结果。罪刑法定要求法官陷入价值判断僵局时选择有利于被告人的宽容理念,而宽容原则要求法官陷入解释僵局时选择有利于被告人的解释方案。历史总有其相似的一面,我国1979年《刑法》同样规定了类推制度,直到1997年《刑法》修订才废除类推,进而确立了罪刑法定原则,罪刑法定原则所蕴含的宽容理念弥足珍贵。

(三) 20世纪40年代至今宽容原则的确立、危机及重生

以上对于严格解释原则在英格兰的发源、在美国的续造以及司法抵制类推和通过普通法创立新罪的介绍,属于广义层面宽容理念的发生史,而狭义层面的宽容原则直到1955年“贝尔诉美国案”才被正式确立。不幸的是,宽容原则确立后不久,参考立法史^{③⑤}探寻立法目的的解释方法便开始勃兴,导致严格解释原则几近崩溃,宽容原则也面临被架空危机,直到20世纪末才伴随着司法界、学界对于目的解释过度滥用的反思迎来复兴。

1. 宽容原则的确立

“贝尔诉美国案”的解释对象是《曼恩法》(Mann Act)。《曼恩法》是一部联邦法,其禁止出于卖淫、放荡或其他不道德的目的在州际间运送女性。被告人贝尔一次运送两名女性。联邦最高法院面临被告人的罪数(unit of prosecution)问题,控方指控被告人贝尔每运送一名女性即构成一项单独的犯罪,因此贝尔构成两项犯罪;被告人认罪但认为其一次运送两名女性的行为仅构成一项犯罪。法兰克福特大法官通过立法史等材料未查明立法目的,适用了宽容原则,在两种文义解释中选择了有利于被告人的解释方案,

^{③⑤} 此处立法史非法律变迁史,而是指法律的产生过程。

“如果国会真的有如此规定的意愿（每运送一名女性即构成一项犯罪），那么其毫不费力便可实现。但如果国会并没有这么做，而是把这项任务留给法院，那么法院应该采取宽容的立场来解决条文的歧义或模糊。这么做并不是出于任何情感上的考虑，更不是对国会禁止邪恶和反社会行为的目的缺乏理解。公允地说，这是我们的法律解决刑法适用争议的一个预设前提——禁止对被告人施以更严重的刑罚”^{③⑥}。

表面上看，宽容原则的确立是宽容理念继严格解释原则、禁止类推和通过普通法创立新罪后的进一步发展，是宽容理念从幕后走向前台，从理念走向原则，正式成文化的关键一步。但与宽容原则确立几乎同步发生的解释方法变革——从必须在法律文本内探寻立法目的的严格解释，向允许参考立法史探寻立法目的的解释方法变革——使宽容理念的发展呈现出复杂面向。具体来说，严格解释原则意义上的宽容理念是指，超越法律文本所探寻的立法目的不得用于支持定罪；而宽容原则意义上的宽容理念则是指，超越法律文本参考立法史探寻的立法目的可以用于支持定罪，只有参考立法史仍难获认同的立法目的才不得用于支持定罪。概言之，宽容原则之宽容理念因解释方法的变革而大失其色，这也为宽容原则日后的危机埋下了隐患。

2. 宽容原则的危机

宽容原则的危机与解释方法的变革（即参考立法史探寻立法目的的解释方法勃兴）有很大关系，这里有必要交代一下解释方法为何发生如此变革。

马歇尔等大法官在 19 世纪上半叶对严格解释原则的续造——必须在法律文本内探寻立法目的——在很长一段时间内都广受认同，直至 19 世纪末受限于刑法规范供给不足的现实处境，大法官们才逐渐开始在法律文本外参考立法史探寻立法目的。这是一个非常复杂的渐变过程，笔者借助美国学者的统计数据以 10 年为单位整理了美国联邦最高法院在 1890 年—1998 年的 109 年间对立法史的引用量（如表 1 所示）。

表 1 1890 年—1998 年美国联邦最高法院立法史引用情况统计

年份	联邦最高法院立法史引用量	年份	联邦最高法院立法史引用量	年份	联邦最高法院立法史引用量
1890—1899	3	1930—1939	154	1970—1979	2996
1900—1909	8	1940—1949	1349	1980—1989	5386
1910—1919	46	1950—1959	1197	1990—1998	1527
1920—1929	60	1960—1969	1869		

通过上表可以清楚地看到，1890 年—1998 年间最高法院立法史引用量发生了天翻地覆的变化，其中 1890 年—1989 年间呈指数级增长，1990 年后才有所下滑。不过，1890 年—1989 年间虽然几乎一直在增长，但各个阶段增长态势也不同。大致可以将这 109 年间的变化分为三个阶段：1890 年—1939 年、1940 年—1989 年、1990 年—1998 年。

^{③⑥} Bell v. United States, *supra* note 10, 82-83.

1890年—1939年期间,最高法院虽然开始参考立法史探寻立法目的,但立法史引用量较少,对严格解释原则并未真正形成挑战。如,著名的1931年“麦克博伊诉美国案”(McBoyle v. United States)^{③7},仍然遵循严格解释原则。

1940年—1989年期间,立法史引用量突然暴涨几十倍,其中原因众多。首先,新政之后执政理念从小政府转变为大政府,开始用立法方式解决社会问题,法律所使用的语言也从具象变得抽象,法律本身的转变使得法院依赖立法史解释法律的需求越来越强。其次,美国政府档案库计划的扩大以及私人 and 政府图书馆员编纂立法历史的工作,使法官可以越来越容易获取到立法史资料。^{③8}最后,观念的改变非常重要,参考立法史探寻立法目的的做法逐渐获得正当性。在此过程中不得不提及法兰克福特大法官,他正式挑战了严格解释原则,确立了新的处理法律文本与立法目的关系的决断规则,此后参考法律文本外的材料探寻立法目的才名正言顺。

正是由于只要查明立法目的即可突破法律文本,而是否查明立法目的完全由法官自己决定,目的解释逐渐被滥用。只要法官想要定罪,其总能从无论多么牵强的材料中推测出立法目的,并认为其“查明”了立法目的,1980年—1989年立法史引用量猛增至5386次,显然与此有关。目的解释滥用造成宽容原则的适用空间被大幅压缩,宽容原则面临巨大生存危机,从毒品案件中毒品重量的认定和涉枪案件中“使用枪支”的认定都可以明显看到这一点。^{③9}

3. 宽容原则的复兴

面对滥用目的解释、忽视法律文本、拒绝适用宽容原则、过度犯罪化的现实处境,斯卡利亚(Scalia)大法官愤声疾呼,批评目的解释的滥用造成大量冤案错案,并猛烈抨击在法律文本外探寻立法目的的做法,呼吁重新找回严格解释原则,拯救宽容理念。

斯卡利亚几乎从上任第一天起就开始抨击以前的解释方法,他认为,查阅立法史违反宽容原则背后的宪法规范,扭曲国会的意图,且不能确保被告充分的知情权。^{④0}而且参考立法史探寻立法目的,增加了解释的不确定性,立法史不具有权威性,其中很多观点都没有被法律采纳,从法律未采纳的观点中探寻立法目的非常荒谬,法律解释应该从法律文本开始同样也应该在法律文本结束,立法目的只能从法律文本中探寻。斯卡利亚在系列案件中表达其观点,如1990年“莫斯卡尔诉美国案”(Moskal v. United States),“如果宽容原则意味着什么,那就是法院不应该做它今天所做的事情:利用一个不明确的立法目的来推翻一个毫无疑问十分明确的术语”。^{④1}再如1992年“美国诉R. L. C.案”

^{③7} See *McBoyle v. United States*, 283 U.S. 25 (1931).

^{③8} See Michael H. Koby, *The Supreme Court's Declining Reliance on Legislative History: The Impact of Justice Scalia's Critique*, *Harvard Journal on Legislation*, Vol.36:369, p.371-373 (1999).

^{③9} See Ellsworth A. Van Graafeiland, *RICO and the Rule of Lenity*, *Northern Illinois University Law Review*, Vol.9:331, p.331-348 (1989).

^{④0} See Sarah Newland, *The Mercy of Scalia: Statutory Construction and the Rule of Lenity*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol.29:197, p.198 (1994).

^{④1} See *Moskal v. United States*, 498 U.S. 103 (1990).

(*United States v. R. L. C.*), “在我看来,根据立法史来解释一项在文本上模棱两可地针对刑事被告人的刑法是不符合宽容原则的”,“无论立法史多么‘权威’——即使是真正的立法考古学的罗塞塔石(*Rosetta Stone of legislative archaeology*),一份非常清晰的委员会报告——人们也永远不能确定投票支持该法案的立法者是否知道这一点。唯一被权威采纳的是法律文本,其余必然是猜测”。^{④②}

斯卡利亚的批评在理论界和实务界都引起很大反响,理论层面引发文本主义与目的主义解释方法的论战,美国刑法学界开始反思参考立法史探寻立法目的正当性;实践层面美国联邦最高法院引用立法史变得十分谨慎,前述1990年—1998年立法史引用量下降至1527次很大程度上与此相关。立法史引用量的下降意味着滥用目的解释的机会减少,适用宽容原则的机会增加,宽容原则由此得以复兴。典型案例如2008年“美国诉桑托斯等案”(*United States v. Santos et al.*),美国联邦最高法院适用宽容原则,将洗钱法“禁止出于任何目的使用犯罪活动的收益”中的“收益”(proceeds)限制解释为犯罪活动所产生的“利润”(profits),而非泛指所有犯罪活动产生的“收入”(receipts),该案最终因为控方无证据证明被告人桑托斯(Santos)付给被告人迪亚兹(Diaz)的报酬中包含犯罪活动产生的“利润”,推翻了对桑托斯和迪亚兹的定罪。^{④③} 该案恰巧是由斯卡利亚大法官代表多数意见撰写的判决,而且在论证说理部分并未参考立法史探寻立法目的。

2006年《哈佛法律评论》的一篇随笔分析了美国联邦最高法院在1986年—2005年伦奎斯特法院时代对宽容规则的适用情况,在48个涉及刑法解释的案例中有10个案例适用了宽容原则,宽容原则比较规律地适用于防止无辜行为被定罪的案件中。^{④④} 2018年发表的一项关于法律解释方法的访谈调研报告显示,在接受访谈的42名联邦上诉法院法官中,近1/3(13名)法官认为宽容原则相比于其他解释准则(Cannon of Construction)发挥更重要的作用。^{④⑤} 学者拉布(Intisar A. Rabb)撰文评论了该调研报告中有关宽容原则的部分,他考察了2005年—2017年罗伯茨法院时代美国联邦最高法院的判例,有47个案例涉及刑法解释问题,其中13个案件实质上适用宽容原则,选择了有利于被告的解释方案。^{④⑥} 2020年的一项统计也可佐证宽容原则的复兴,该统计表明目前美国13个联邦巡回上诉法院都认可宽容原则。^{④⑦}

总体来看,斯卡利亚的批评使美国刑法学界开始重新思考立法史在刑法解释中的地位,即使未采纳斯卡利亚将立法史排除在探寻立法目的的材料之外的意见,也更为谨慎地引用立法史,抑制了滥用目的解释的实践,宽容原则得以复兴。

^{④②} See *United States v. R. L. C.*, 503 U.S. 291, 307-311 (1992).

^{④③} See *United States v. Santos et al.*, 553 U.S. 507 (2007).

^{④④} See *The New Rule of Lenity*, *Harvard Law Review*, Vol.119:2420, p.2420-2441 (2006).

^{④⑤} See Abbe R. Gluck & Richard A. Posner, *Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of Forty-Two Judges on the Federal Courts of Appeals*, *Harvard Law Review*, Vol.131:1298, p.1331-1332 (2018).

^{④⑥} See Intisar A. Rabb, *supra* note 12, 179-216.

^{④⑦} See Samuel A. Thumma, *State Anti-Lenity Statutes and Judicial Resistance: “What a Long Strange Trip It’s Been”*, *George Mason Law Review*, Vol.28:49, p.49-148 (2020).

自此,本文用较多篇幅重温宽容原则的确立史。一言以蔽之,从严格解释原则转变为宽容原则,宽容原则自身又经历了危机和复兴,虽然偶有波折,但宽容理念从未消弭。不同时代面临不同的社会情境,刑事政策各有不同,宽容程度或有起伏,但不可否认的是,每当面临解释僵局,宽容理念总是适时出现,其已成为刑事司法不可或缺的一部分。^{④8}

三、“疑点利益归于被告”中的“疑点”

刑法解释中的宽容理念在美国根深蒂固,甚至于在纽约州、德克萨斯州和加利福尼亚州的刑法明文废除严格解释原则的情况下,^{④9}州法院法官仍然适用严格解释原则/宽容原则解决法律模糊的问题,由此可见其生命力之顽强。相反,在我国,疑点利益归于被告原则的适用范围仅限于事实认定,将该原则扩展适用到刑法解释时的首要疑问是,于刑法解释中存在所谓“疑点”吗?换言之,刑法解释存在解释僵局吗?该问题是在比较法层面厘清疑点利益归于被告原则之关键。

(一)何为“疑点”

欲回答该问题,首先要弄清楚什么是“疑点”。于客观层面,待证要件事实是否存在只有是与否两个答案,不存在模糊的中间状态。但客观事实无法还原,“事实认定者与事实客体没有任何直接联系,不能像证人那样亲眼看到案件中发生的事情,只能通过运用证据的经验推论来认知过去事实发生的可能性”,“由于事实认定须经历一个从证据到待证要件事实的经验推论过程,其逻辑形式是归纳推理,所得到的结论即事实真相(truth)是对各方事实主张之可能性的判断,因而具有盖然性”。^{⑤0}既然是对于可能性或盖然性的判断,那当然有是否达到高度盖然性难以把握的情况。因此所谓“疑点”是指,根据现有证据或论据仅凭有限理性无法作出判断或选择的状态。

同理观之,刑法解释中是否存在根据现有证据或论据仅凭有限理性无法作出判断或选择的状态呢?在美国,刑法解释中存在疑点是一项共识,“当我们谈到法律解释时,我们脑海中想到的情形是有两种不相上下的解释方案在公平竞争。只有当两种解释的可能性之间存在竞争时,法律解释问题才会严重困扰法院”^{⑤1}。当两种解释方案不相上下陷入解释僵局时,仅依靠所谓比较合理性是无法作出选择的,因为各自都有充分论据,任何一方从合理性层面都无法击败另一方,此时应该认定刑法存在漏洞,事后通过立法程序填补刑法漏洞。换言之,此时已经不再是解释问题,而是价值判断问题,需要通过程序多

^{④8} 本文第一部分梳理的主要是美国联邦最高法院和联邦上诉法院的判例,州判例几乎没有涉及。其实各州对于宽容原则的接纳程度或有不同,但方向一致。See *In re Rosenheim*, 23 P. 372, 373 (Cal. 1890).

^{④9} 关于州议会乃至国会能否废除宽容原则,即废除宽容原则的法案是否违宪,美国学者也有讨论。See Nicholas Quinn Rosenkranz, *Federal Rules of Statutory Interpretation*, Harvard Law Review, Vol.115:2085, p.2085-2157 (2002); Julian R. Murphy, *Lenity and the Constitution: Could Congress Abrogate the Rule of Lenity*, Harvard Journal on Legislation, Vol.56:423, p.423-458 (2019).

^{⑤0} 参见张保生:《事实、证据与事实认定》,载《中国社会科学》2017年第8期,第120、125页。

^{⑤1} Felix Frankfurter, *supra* note 33, 527-528.

数决的方式来决断。当前案件因为刑法漏洞的存在,自然应该遵循罪刑法定原则(法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚),选择有利于被告人的解释方案。

反观我国法学理论界,似乎存在一种通过解释可以澄清一切刑法争议的神话,有学者甚至言之凿凿,“对于刑法不可避免的疑问,其完全可以通过自身的解释体系来解决而没有必要再引入其余的评判标准”^{⑤2}。“当法律存在疑问或争议时,应当依一般的法律解释原则消除疑问。”^{⑤3}“在法律存在疑问时应当作出的是正确合理的解释而非有利于被告的解释。”^{⑤4}可问题是如何“依一般的法律解释原则消除疑问”,如何认定作出的是“正确合理的解释”?

面对此种质疑,学者们普遍采取“釜底抽薪”的办法,通过否定“解释不清楚”存在之可能性来回避问题,认为“‘解释不清楚’的刑法概念是臆想出来的”,“事实上,刑法之所以需要解释,不是因为刑法是‘解释不清’的,而是因为刑法在我们可以接受的限度范围内是解释得清的”。^{⑤5}“对于刑法而言,其有内在的解释体系,有不同的解释方法,对于同一个不明确的法律规范,不同的解释者可能由于采用的解释方法不同、采用的解释思路不一致以及个人的主观理解不同而产生不同的解释结论,但是产生不同的解释结论并不等同于解释不清。”^{⑤6}凡此种种。

上述说法,从文字上就令人非常费解:存在不同的解释结论怎么能算是解释清楚呢?难道法官能同时采纳两个相互冲突的解释方案吗?如果不能,那么法官如何在相互冲突的解释方案之间作出选择?法官又如何确定其所作出的是“正确合理的解释”?学者们的尝试往往殊途同归——诉诸目的解释。^{⑤7}可以看到,这种主张和前述美国在半个多世纪前业已扬弃的通过“立法史”探求立法本意的做法如出一辙。比较法上,这种做法的危害前已胪列,后文主要分析国内学者的上述观点。

(二) 限缩解释犯罪构成要件中的疑点

有学者认为:“基于妥当性的目的解释可能出现两种情况:(1)当刑法字面规定包含了某种不当罚的行为时,目的解释基于妥当性考虑,从处罚的必要性出发限缩解释犯罪构成要件,从而保障了公民自由;(2)当刑法用语通常含义未能包括某种当罚的行为时,目的解释基于妥当性考虑,在不超出可能文义的范围内,将该种行为实质地扩张解释进来,从而保护合法权益。”^{⑤8}鉴于国内论及刑法解释主要的讨论对象是构成要件的解释,毋庸讳言,此处所指的目的解释主要指处罚必要性。

基于处罚必要性限缩解释犯罪构成要件,此时的解释难题在于判断刑法字面规定包含的某种行为是否具备处罚必要性。在简单案件中,通过目的解释排除刑法字面包含的

^{⑤2} 前注④,段启俊、郑洋文,第142页。

^{⑤3} 吴冀原:《“存疑有利于被告人原则”的正确理解适用》,载《西南政法大学学报》2014年第6期,第47页。

^{⑤4} 吴爽:《再论存疑有利于被告人原则的适用界限》,载《刑法论丛》2010年第3期,第197页。

^{⑤5} 参见薛进展、蔡正华:《刑法适用解释存疑有利被告人原则之否定》,载《法治研究》2011年第10期,第26页。

^{⑤6} 前注④,段启俊、郑洋文,第128页。

^{⑤7} 参见前注③,张明楷文,第59页。

^{⑤8} 苏彩霞:《刑法解释方法的位阶与运用》,载《中国法学》2008年第5期,第104页。

某种行为的处罚必要性是可行的。如在解释“在公共交通工具上抢劫”这一加重犯构成要件时,其规范目的在于保护“不特定多数人的财产安全”^{⑤⑨}。因此在未处于运营状态的公共交通工具上抢劫司机的行为,既未侵犯公共交通工具上的公共性(因为只有司机一人尚无公共安全可言),又未侵犯公共交通工具外的公共性(因为尚未处于运营状态),因此自然应通过目的性限缩解释排除该行为的处罚必要性。^{⑥⑩}

但这种方法在疑难案件中很难实现,即当解释者对立法目的有不同解读,法官如何在不同的目的解释方案之间选择?例如在“贝利诉美国案”(Bailey v. United States)^{⑥⑪}等案件中呈现的那样,在解释毒品或暴力犯罪案件加重犯构成要件“使用枪支”时,控方认为在这些案件中“使用枪支”之所以适用升格法定刑,是因为枪支的存在本身就产生抽象危险,枪支与毒品或暴力犯罪的组合所产生的社会危害性足以适用升格法定刑,因此单纯占有枪支也构成使用枪支。但辩方认为之所以适用升格法定刑,是因为使用枪支极大地增加了这些案件的社会危害性,而且“使用枪支”只能是“积极使用”,是将枪支作为武器使用,单纯占有枪支单独构成非法持有枪支罪,与毒品或暴力犯罪分别定罪,而非构成加重犯。在这样的情况下,法官应该选择哪一种目的解释方案?依据何种标准选择?

“目的解释是解释方法之冠”的论断,预设存在一个确定、唯一、客观的立法目的,而且解释者一定清楚或者能够最终清楚立法目的是什么。但现实显非如此,姑且不论新近主观解释论对客观解释论的挑战,^{⑥⑫}即使认为“主观解释论与客观解释论的问题,在我国基本上已经得到解决,即客观解释论几成通说”^{⑥⑬},客观解释论也并不意味着存在一种唯一的、客观的解释结论。

客观解释论之“客观”是指独立于立法者原意或立法者目的,强调法律文本一经颁布即产生其内在的独立意思和目的,不过该意思和目的会随时代变迁,具有可变性。况且法律文本并不会自动展示其意思或目的,法律文本内在的独立意思和目的仍然需要解释者通过解释获得,而不同的解释者基于不同的主体性又会使这种“客观”解释具有“主观性”。这意味着并不存在唯一的客观解释,恰恰相反,现实中常见的情形是数种“客观”解释方案相互竞争,而客观解释论本身并没有提供多种客观意思的选择标准,也没有提供确定解释标准的依据。^{⑥⑭}“这种以探求‘规范中的客观化了的立法意图’为核心的目的解释理论,由于其所适用的解释规则并不具有明确性,因此是臆想的。”^{⑥⑮}“所谓的客观解释其实一点都不客观,反倒充斥着浓重的主观色彩:既然是以解释者自己的目的观作

^{⑤⑨} 金泽刚:《论“在公共交通工具上抢劫”》,载《东方法学》2014年第5期,第2页。

^{⑥⑩} 参见张明楷:《刑法学》(第6版下),法律出版社2021年版,第1292页。

^{⑥⑪} See Bailey v. United States, 516 U.S. 137 (1995).

^{⑥⑫} 参见尚勇:《刑法主观解释论的提倡》,载《法律方法》2018年第2期;熊伟:《主观解释论之提倡》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2013年第5期;陈坤:《疑难案件中的法律概念与立法意图——兼为主观解释论辩护》,载《法制与社会发展》2014年第6期等。

^{⑥⑬} 陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期,第28页。

^{⑥⑭} 参见袁林:《超越主客观解释论:刑法解释标准研究》,载《现代法学》2011年第1期,第165页。

^{⑥⑮} 姜涛:《后果考察与刑法目的解释》,载《政法论坛》2014年第4期,第103页。

为基础,则其他的解释者自然也可以援引不同的目的观来进行争论。如此一来,法条的目的便成为缺乏定论的存在,它犹如变色龙一样,会呈现出多样化的面貌,随着解释者自己的价值取向的不同而有所不同。”^{⑥6}

有学者认为法官可以在相互竞争的目的解释方案之间自由裁量,“如果‘穷尽一切解释手段,仍可能存在无法消除的疑问’,对法律问题的处理实质上就是价值取舍的问题”^{⑥7}。问题正在于此。在价值取舍过程中,如果真的毫无参照标准,那么这种取舍究竟是自由裁量还是主观擅断?

有观点认为,所谓“自由裁量权的核心是‘自由’,‘自由’的表现便是‘有选择’,如果法官在行使自由裁量权时只能作出有利于被告的处理而毫无选择的余地,自由裁量权便不再是‘自由’的了,因此,将存疑有利于被告原则适用于刑法解释不是对法官自由裁量权的指导或规范,而是在实际上剥夺了法官自由裁量的权力”^{⑥8}。笔者认为,自由裁量亦有其适用范围,价值取舍问题显非自由裁量范围。盖因价值取舍问题,刑法已经通过罪刑法定原则设定标准,在保护法益与保障人权二者不可兼得时,必须选择保障人权。可以认为价值取舍问题是立法事项,且已经由罪刑法定原则回答,应禁止法官对价值取舍问题自由裁量,这既是尊重罪刑法定原则,也是尊重立法至上理念。试想如果允许法官对价值取舍问题自由裁量,那就意味着被告人的命运完全系于法官对于价值的偏爱,这对于法律统一适用的危害甚大。

(三) 扩张解释犯罪构成要件时的疑点

1. 扩张解释犯罪构成要件时的立法目的疑点

在不超出可能文义的范围基于处罚必要性扩张解释犯罪构成要件时,同样存在由于对立法目的理解不同而产生不同解释方案的可能,如对2013年《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条第2款中“造成公共秩序严重混乱”的解释分歧:是只要造成虚拟世界中的“网络空间秩序”严重混乱就达到入罪门槛,还是必须造成现实物理世界中的“公共场所秩序”严重混乱才能达到入罪门槛?对此有两种不同意见,第一种意见认为“网络空间秩序”根本不存在,所谓“造成公共秩序严重混乱”仅指造成现实物理世界中的“公共场所秩序”严重混乱。^{⑥9}第二种意见认为网络空间也是公共场所,网络空间秩序也需要保护,造成网络空间秩序严重混乱完全具备处罚必要性。^{⑦0}此时两种解释方案对峙,陷入解释僵局,法官没有据此裁判的确定法律,理应选择有利于被告人的解释方案,将“造成公共秩序严重混乱”解释为必须造成现实物理世界中的“公共场所秩序”严重混乱。

^{⑥6} 劳东燕:《刑法中目的解释的方法论反思》,载《政法论坛》2014年第3期,第84页。

^{⑥7} 前注^{⑤3},吴冀原文,第47页。

^{⑥8} 前注^{⑤4},吴爽文,第210页。

^{⑥9} 参见李晓明:《刑法:“虚拟世界”与“现实社会”的博弈与抉择——从两高“网络诽谤”司法解释说开去》,载《法律科学》2015年第2期,第129页;张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,载《清华法学》2014年第1期,第16-18页。

^{⑦0} 参见卢勤忠、钟菁:《网络公共场所的教义学分析》,载《法学》2018年第12期,第102-103页。

2. 扩张解释犯罪构成要件时的可能文义疑点

此外,在不超出可能文义的范围内,基于处罚必要性扩张解释犯罪构成要件时还存在一个难题,即如何界定“不超出可能文义的范围”,这是老生常谈的问题,即扩张解释与类推如何区分。尽管区分扩张解释与类推的学说标准甚多,但无论采取什么标准,两者模糊地带始终存在,总会出现两种合理性相当的解释方案相互竞争,法官难以选择的情形。目的解释无力为此提供答案。

最典型的例子莫过于对故意毁坏财物罪中“毁坏”构成要件的理解,最高人民法院公报案例“朱建勇故意毁坏财物案”非常具有代表性。该案争议焦点是行为人出于泄愤目的侵入他人股票账户后,高进低出进行股票买卖造成他人巨大财产损失的,是否构成故意毁坏财物罪。^①有学者采实质解释论立场,“能否将高进低出买卖股票评价毁坏,需要将规范向事实拉近,将事实向规范拉近,而将二者拉近时需要考虑事物的本质。当高进低出买卖股票导致他人遭受数额较大的财产损失(丧失了应有价值),刑法规定故意毁坏财物罪就是为了保护他人财产免遭损失(保护他人的财产价值)时,就有必要将毁坏解释为使他人财物(股票)价值减少或者丧失的行为”^②。相反,采形式解释论立场的学者认为,“如果本案高进低出买卖股票使他人财产受到损失的行为可以解释为毁坏,那么,刑法规定的毁坏一词就丧失了界限功能,故意毁坏财物罪就演变为故意使他人财产遭受损失的犯罪,无论是毁坏一词作何种宽泛的解释,高进低出买卖股票的行为都难以以为毁坏一词所涵摄”^③。

从形式解释论与实质解释论的争论中可以看出,区分扩张解释与类推不只是单纯对于某项构成要件“可能文义的范围”的争论,背后更是隐藏着刑罚积极主义与刑罚消极主义、积极刑法立法观与消极刑法立法观、形式理性与实质理性的争议,基于不同的解释立场会得出不同的解释结论。仍然要强调的是,即使在立法选择上存在上述争论,但这种争论不应该过分渗透至刑法解释领域。盖因立法毕竟禁止溯及既往,但刑法解释是可以直接适用于当前案件的,因此在刑法解释中采实质解释论的立场甚至要比在立法中采积极刑法立法观的立场危害更大。在疑难案件中不适当地扩大某项犯罪的处罚范围,典型表现就是只关注结果特征而不关注行为特征,这必然会挑战强调形式理性的罪刑法定原则。妥当的解释方式是当扩张解释与类推难以区分时,优先认定为类推,选择有利于被告人的解释方案。如果事后对此有异议,应交由立法进行最终的价值取舍。

以上论述表明,无论是在基于处罚必要性限缩解释犯罪构成要件时,还是不超出可能文义的范围内基于处罚必要性扩张解释犯罪构成要件时,都可能出现两种合理性相当的解释方案相互竞争而陷入解释僵局的情形。此时,难以再通过比较解释方案的合理性得出答案,理应认定该刑法条文存在漏洞,遵循罪刑法定原则处理,形式上即表现为选择有利于被告人的解释。

^① 参见《最高人民法院公报》2004年第4期,第27-29页。

^② 张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第212页。

^③ 前注^⑥,陈兴良文,第41页。

有观点认为通过目的解释可以解决一切刑法争议,当不同的解释方案对峙形成解释僵局,即“刑法解释存在疑问时,关键不在于哪种解释结论有利于被告人就予以采纳,而在于何种解释结论在不超出可能文义的范围内能促进刑法的正义”^{⑦④}。可问题是,正是存在对于如何“能促进刑法的正义”无法达成共识之情况,才需要遵循罪刑法定原则,选择有利于被告人的解释方案。解释有限度,刑法漏洞始终存在,这不以解释者的意志为转移,更无法为“选择正确的解释”“促进刑法的正义”等说法所掩盖。质言之,刑法解释存在限度、刑法漏洞只能通过立法程序填补,在当前案件中必须遵循罪刑法定原则,选择有利于被告人的解释方案。

四、解释僵局之识别与应对

在刑法解释中适用疑点利益归于被告原则需要满足其前提条件,即刑法解释存在“疑点”、两种合理性相当的解释方案相互竞争陷入解释僵局。那么如何识别、应对“解释僵局”便是在刑法解释过程中的关键。

(一) 解释僵局的识别标准与途径

将存疑有利于被告原则引入法律解释领域,有论者提出“如果说解释目标是有利于被告,则意味着只有缩小解释是可取的,其他解释方法都得舍弃,但这显然是不可能的”^{⑦⑤}等诸多忧虑。显然,这是对疑点利益归于被告原则的重大误解,可以说,虽然具体观点并不相同,但肯定论者都认为只有符合“存疑”的标准才可以适用有利于被告原则:“对于法律存疑,并非是适用法律出现疑问,即马上以该原则作出有利于被告的结论;在确定法条的客观的可能含义范围后,首先还是要进行论理解释,以分析法条与事实之间的对应关系;只有当结论为复数的时候,才应根据该原则作出有利于被告的结论”^{⑦⑥}。也即,否定论者否定的不是存疑有利于被告原则,而是“一切解释只能有利于被告”的论断。正是基于这样的论断,才会认为“有利于被告是解释目标”。实际上,有利于被告绝非解释目标,而是立法通过罪刑法定原则预设的价值判断标准。

对于解释僵局的认定标准,笔者认为“合理怀疑”的标准略低,且容易招致否定论者更大非议。前已述及,在否定论者看来,“对法律存在合理怀疑时作有利于被告人的解释”与“一有疑问就作出有利于被告人的解释”并无二致。因此笔者主张,只有当“无法判断哪一种解释方案更合理”或“任何一种解释方案都欠缺合理性比较优势”时,才可以认为出现解释僵局,进而适用疑点利益归于被告原则。

传统刑法解释学更多关注单一的解释主体即法官如何使用各种解释方法得出妥当的解释结论,但实践中并非只有法官在解释刑法,控辩双方其实也在解释刑法。除却自

^{⑦④} 前注^{⑤⑧},苏彩霞文,第105页。

^{⑦⑤} 前注^③,张明楷文,第59页。

^{⑦⑥} 前注^②,时延安文,第42页。

己使用各种解释方法外,法官得出最终解释结论更重要的是与控辩双方在与交流中不断修正解释方案,直到形成共识,即“互动解释”;^⑦当难以形成共识时,则交给决断规则(程序或更高的标准,如有利于被告人的价值判断标准)处理。

回到本文开篇提及的“马乐案”,之所以称该案陷入解释僵局,可以借助上述识别标准加以论证。控辩双方围绕《刑法》第180条第4款援引第1款法定刑的范围产生争议,且均主张文义解释、目的解释等解释理由。就文义解释而言,控方主张“情节严重”系入罪标准,并不排斥援引全部法定刑;辩方则提出,该款只包含“情节严重”的表述,再区分为情节严重和情节特别严重将致刑法语义混乱。实际上,控辩双方在文义解释上形成分歧,源自该款规定“在文字内涵上具有两种微妙的、截然不同的语义侧重”^⑧。于目的解释,控辩双方聚焦规范保护法益的差异性展开攻防。控方认为两罪通过信息的未公开性和价格影响性获利的本质相同,辩方则提出两罪在信息范围和危害程度等方面差异明显。可见,该案产生分歧的实质理由符合解释僵局的识别标准:控辩双方遵循着文义解释、目的解释等同一解释原理得出不同结论,且任一结论都不明显更具合理性。

(二) 解释僵局的应对

那么该如何应对解释僵局,以避免个案裁判者无节制地自由选择解释方案?两大法系基于立论前提不同给出了差异化的解决路径。

以美国为代表的英美法系国家,法院之间彼此独立,法官之间也不存在科层关系,应对解释僵局的策略集中在程序规则层面,前文提及宽容原则的演变历史即是如此。当法官穷尽主观能动依然存在解释僵局时,便基于宽容原则舍弃无从考证的法令实质内涵或者立法目的探索,转而以有利于被告的程序规则终结争执。

于刑法解释领域,大陆法系国家或地区通常拒绝预设某种(包括有利于被告在内的)程序规则,而选择放手让法官从诸解释方案中找到所谓“最正确合理的一个”。^⑨与此同时,为防止因个案裁判者无节制地自由选择解释方案而影响法律的确定性和可预测性,这些大陆法系国家或地区不约而同地选择在常规审级救济程序中设立权威的有权解释机关以统一法令的适用。与我国全国人大常委会作为权威的法律解释机关不同,这里的有权解释机关内含于常规审级救济程序之中:《德国刑事诉讼法》在“法律救济程序”一编中规定了第三审即“法律审”的上诉程序,当事人可(也只能)以原判违反法律为理由提出“法律审”上诉,由第三审法院专门审查法律适用问题。如果当事人认为地方法院作出的第一审判决违反宪法或者宪法解释有误,可以直接越级上告至最高法院。^⑩

^⑦ 参见张建军:《互动解释:一种新的刑法适用解释观》,载《法商研究》2016年第6期,第126页。

^⑧ 谢杰:《利用未公开信息交易罪量刑情节的刑法解释与实践适用——“老鼠仓”抗诉案引发的资本市场犯罪司法解释反思》,载《政治与法律》2015年第7期,第40页。

^⑨ 即使在大陆法系国家,将存疑有利于被告原则嵌入刑法解释的见解也有迹可循。有法国学者认为,“如同在法律的规定不甚明确的情况下一样,法官应当首先借助于一般的解释方法(预备性工作、传统与理性材料),从中找到法律的真正意义”,“如果疑问依然存在,法官则应当作有利于被告的解释”。参见[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第140页。

^⑩ 参见[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(下卷),张凌译,金光旭校,中国人民大学出版社2005年版,第263页。

可见,由于否认解释僵局的存在,大陆法系国家或地区不寻求预先设定程序规则以消弥争论,但它们同时也意识到个案裁判者自由选择解释方案可能存在的制度风险,因此在常规救济程序中设置有权解释机关以统一法令适用。

以上两大法系的差异化的解决路径,其实映射了解释僵局的两种应对方案:第一种方案以宽容原则即疑点有利于被告原则的适用为代表,背后的逻辑是承认解释僵局的存在,不再期待和苛求法官就竞争性的解释方案评判高下,而是将应对方案诉诸预设的解释规则。第二种方案则诉诸权威的解释主体,背后的逻辑是不承认解释僵局的存在,认为一定有事实上的“最合理的解释方案”,而这种解释方案最终以权威解释主体的观点为标准,且鼓励法官在个案中积极探寻;在程序上,该种方案要求权威的解释主体能够通过常规的审级程序审查每一个个案中法官所作的解释,以防止法官专断。

在我国刑事诉讼两审终审制的语境下,并不存在作为常规救济程序的第三审,因此从法律适用角度给予个案以法律审救济的机会缺少制度空间,允许法官自由选择解释方案的做法存在难以化解的制度风险。况且,即便是最高人民法院公布的判例,对下级法院通常也仅具指导而非约束作用,其作出的法律解释能否被称为“最合理的解释方案”也面临正当性诘问。而选取第一种方案,即法官无法从相互竞争的解释方案中判断出何者更为合理时,将疑点利益归于被告,这其实与事实认定中的罪疑惟轻精神并无二致,即承认个人理性有不及之处,并在罪刑法定原则的支配下由程序规则进行最终方案抉择。

五、结 语

自 21 世纪初疑点利益归于被告原则适用范围的论战之后,该话题一度沉寂,直至近来该话题又重新进入学界视野,相比于之前的争论,近来的讨论就深度而言显然更加精进。但必须指出,该原则无论于促进法学理论发展抑或指导实践之价值,还远未展现出其应有之地位。原因在于,于解释方法和解释理念层面,传统刑法解释学预设通过解释一定可以得出唯一且正确的解释结论,根本没有疑点利益归于被告原则适用之余地,没有法律存疑之情形,如何选择有利于被告人的解释?单就理论论说而言,传统刑法解释学亦可展示其“出罪”特征,但现实是我国的无罪判决率极低,所谓“唯一且正确的解释结论”几乎指的就是有罪判决。就法解释论,这当然应该引起充分反思。

通过梳理英美比较法上严格解释/宽容原则近两百年之实践,展现了“存疑有利于被告原则亦可适用于法律解释”这一面向。刑法解释中的疑点、解释僵局之存在实属客观,需要正视;于我国当下理论与司法实践更有意义的是:明确至少于美国比较法而言,盖因宽容原则之逐步确立,“被告人有权从每一个合理怀疑中获得好处,无论合理怀疑是产生于事实问题,还是产生于法律文本的解释问题”^{⑧1}。

如果继续回避该问题,用“选择正确的解释”“促进刑法的正义”这样的话语来掩

^{⑧1} *Supra* note 48, *In re* Rosenheim.

盖,将本应由立法决定的价值判断问题交给法官“自由裁量”(“主观擅断”),就会与罪刑法定原则渐行渐远。在积极刑法立法观业已确立之背景下,更有必要重申罪刑法定原则,重申疑点利益归于被告原则。于轻罪化浪潮中试图通过传统的刑法解释方法贯彻罪刑法定原则完全力不从心,当下刑事司法的实践足以证明这一点。

需要再次强调的是,疑点利益归于被告原则不仅是刑法解释的方法论问题,更是现代刑事司法的价值论问题。该原则是统辖刑事实体法、程序法的现代“法治原则”,既适用于事实存疑时的证据判断,也适用于条文文义含混不清时的法律适用——“在使用的语言存在歧义或意图不明确的情况下,法律条文的解释应始终对被指控违反法律的人有利,而非不利”^{⑧2};将该原则的适用范围限定于事实认定,理论上偏狭,实践中有害。于“存疑有利于被告原则只适用于事实认定领域”占据话语主导地位之当下,需要赋予其他难以言说的一切以声音。

Abstract: Traditional criminal jurisprudence presets that the only and correct conclusion is available, which is untenable in light of the logic or practice. It can be said that adhering to the *nulla poena sine lege* and *lex retro non agit* will probably lead to the situation of interpretation deadlock, that is, any interpretation scheme lacks a comparative advantage in rationality, and thus there is room for the application of *in dubio pro reo* in terms of legal interpretation. Among common law, this is undoubted due to the existence of the rule of lenity which was developed from the principle of strict construction. This rule requires that the benefit of doubt in legal interpretation be attributed to the defendant, which not only innovates the traditional criminal jurisprudence in methodology, but also provides a solution for the interpretation deadlock. Moreover, it implements *nulla poena sine lege* in terms of axiology and promotes its judicialization. Considering the positive outlook on criminal legislation in China, acknowledging the application of *in dubio pro reo* to the criminal law interpretation is indispensable for preventing the overcriminalization.

(责任编辑:王 楷)

^{⑧2} People v. Showalter, 14 P.2d 1035 (Cal. Dist. Ct. App. 1932).