

刑法“创造性解释”的司法现状与控制路径

周 光 权^{*}

摘 要:在处理具体案件时回应法治的要求、坚守罪刑法定原则,是理论上和实务中无法回避的重大问题。近年来,随着疑难、复杂案件以及与信息网络有关的侵犯财产等新类型案件的增多,基于司法功能主义的考虑,软性地甚至创造性地解释刑法的现象不断出现。这种思考方法顾及了国民视角的处罚必要性,存在一定的合理性。但是,其中的少数解释属于应当予以禁止的类推解释。为此,必须对刑法“创造性解释”进行必要的限制,不能仅仅从处罚必要性出发进行实质解释,需要承认立法者“意图性的法律空白”。要对刑法“创造性解释”进行合理化控制,首先,要考虑刑法解释方法的制约,肯定罪刑法定原则对于刑法领域“法官造法”具有根本性的制约作用;其次,要考虑类案中展示出来的“普遍的主流观点”的合理性;最后,刑法“创造性解释”要接受体系性的刑法教义学的指导,认真研判其所提供的论证模式。在穷尽所有的解释方法后仍然无法定罪的,不能以“创造性解释”之名行类推解释之实,而只能期待立法者增设新罪名。

关键词:罪刑法定原则 创造性解释 类推解释 意图性的法律空白 刑法功能主义

按照罪刑法定原则的要求,对立法者所设定的罪刑关系在司法上原本应该严格地进行解释,司法人员的自由解释空间是相对有限的,但是在面对疑难、复杂案件以及与信息网络有关的侵犯财产、妨害社会管理秩序等现代型案件时,司法上可能积极地通过“创造性解释”^①刑法来化解社会矛盾。这是客观存在、无法回避的现象。对于这种创造性地变通适用刑法的情形,日本学者佐伯仁志称其为对刑法的“软性解释”。他指出,在出现值得处罚的新类型行为时,司法上总是倾向于通过“软性地”解释刑罚法规来应对,这是出于政策考虑,即在刑事立法难以推进的情况下,进行必要的软性解释是在所难免的。^②对此,我国也有学者指出,网络时代对刑法解释的能动化、

^{*} 清华大学法学院教授、博士生导师

^① 这里的刑法“创造性解释”,是日本学者松宫孝明提出的概念。他指出:“如果法院自由地进行创造性解释的话,罪刑法定原则的意义也就因此而丧失。”[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第18页。

^② 参见[日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第23页。

实质化、功能化需求不断增强。^① 在这种快速变迁、日益复杂的信息时代,刑法解释论原本就应当更具有目的导向性、实质性、回应性和后果导向性,^②但问题的关键是,刑法“创造性解释”、软性解释的限度在哪里?这是一个很值得探讨的问题,否则,在遇到“临界案件”时,对刑法的过度解释、任意解释就会冲击罪刑法定原则。^③ 因此,在司法难题层出不穷的现代社会,如何在处理具体案件时坚持罪刑法定原则、回应法治的要求,是理论上和实务中都绕不开的重大问题。

一、刑法“创造性解释”:司法状况的比较观察

刑法是由立法者创制的,法官只能适用法律而不具有立法权限。如何通过正确的刑法解释方法来落实立法者的意图,回应社会的呼吁,是法官经常要面对的问题。在面对那些复杂案件或新类型案件时,法官既不能拒绝裁判,也不能仅将法条照抄到判决书中就万事大吉,越是“难办”的案件,越应该充分释法说理,此乃常识。为满足司法裁判充分说理的要求,司法活动就应该表现出一定程度的回应性、能动性,“创造性解释”刑法就是其中的表现之一。

(一)刑法“创造性解释”:域外命运

在域外的司法实务中,面对新类型案件时,对立法上并未明确、理论上争议很大或者明显无司法自由裁量空间的问题,也可能通过“创造性解释”来柔性适用刑法。

在这方面,作为大陆法系国家代表之一的日本的刑事司法解释颇具特色,理论上相对严格地解释刑法的立场在司法实务中并未得到遵循。这里略举几例:(1)关于电力的财物性。在日本刑法学中,关于财物,在理论上曾经占主导地位的学说是“有体物说”,但从保护必要性的立场出发,日本大审院于 1902 年 5 月判决电力虽不是有体物,但具有管理可能性,因而属于财物,窃取电力构成盗窃罪。以这个判例的出台为契机,财物是具有“管理可能性之物”的主张受到推崇。为彻底平息“有体物说”与“管理可能性说”之间的争论,1907 年制定的《日本刑法》第 245 条规定“电力,视为财物”。对此,有学者认为,既然是“视为”财物,那么就是将不是财物(有体物)但具有管理可能性之物拟制为财物。在立法者作出这种拟制之前,司法者将电力作为财物看待的做法就是进行类推解释。^④ (2)伪造公文书罪的处罚范围。被告人将公文书复印后使用的,是否属于伪造公文书原件?对此,日本最高法院的判决认定,将公文书复印以后使用,属于伪造公文书原件,也就是说“复印件是公文书原件”。其主要理由是:复印件跟真正的公文书具有相同的意思、内容,反映了原件制作人的诉求;复印件的名义人就是原件的名义人;复印件作为证明文件和公文书原件具有相同的社会功能和信用,因此,把公文书复印后使用的,构成伪造公文书罪。^⑤ 对类似“创造性解释”或软性解释现象,日本多数学者予以批评,其中的代表性主张是:“作为结论,虽说复印件的社会机能应当得到保护,但它毕竟是证明原件的存在及其内容的手段,而不是现行刑法上的伪造文书罪的对象中的文书。因此,将其作为文书,超出了刑法的严格解释的范围,和罪

① 参见王华伟:《刷单炒信的刑法适用与解释理念》,《中国刑事法杂志》2018 年第 6 期。

② 参见劳东燕:《能动司法与功能主义的刑法解释论》,《法学家》2016 年第 6 期。

③ 参见江溯:《罪刑法定原则的现代挑战及其应对》,《政法论丛》2021 年第 3 期。

④ 大塚仁『刑法概説(各論)』第 3 版(有斐閣 1996 年)172 頁参照。

⑤ 最高裁判所 1979 年 5 月 30 日決定,最高裁判所刑事判例集 33 卷 4 号 324 頁参照。

刑法定原则相悖,因此,否定说的见解妥当。对上述问题,只能期待通过立法解决。”^①(3)电话卡是否属于有价证券。日本刑法学界的多数学者认为,由于有价证券必须是有形的文书,而电磁记录并不是文书,因此电话卡不是有价证券,否则就是类推适用。但司法者在判例中对此持相反的立场。此外,对于电话卡使用完毕后,在其上部打了几个孔,被告人将孔用透明胶粘上然后出售的行为,是否构成伪造有价证券罪?对此,理论界有人认为,即便勉强把电话卡解释为有价证券,也必须同时考虑其电磁记录记载的内容以及外观标明的信息两个部分(“一体说”),否则,就不能称其为有价证券。对于电话卡已经使用完毕,在其上面打了几个孔,外观上一眼就能够看出不是真实的电话卡而出售的行为不会侵害社会上一般人对电话卡的信用,因此,不能认定被告人的行为构成伪造有价证券罪。但是,法院的判决认定被告人的行为构成该罪。^②(4)信息时代陈列淫秽物品犯罪的认定。《日本刑法》第175条规定,公然陈列猥褻的文书、图画或者其他猥褻物的,处2年以下惩役。在1997年之后,为满足处罚必要性的要求,日本法院放弃坚持猥褻物为有体物的立场,开始认为“淫秽图像数据本身”就是淫秽图画,进而出现了将“电子邮件系统”理解为猥褻图画的判决。^③对此,学者一般认为法院所作的“创造性解释”是类推解释。但是,也有学者指出,对于这种原本应当通过立法来解决的事情,在司法实践中有这样一种倾向:对于那些有超过社会通常观念之嫌的争议案件,一旦检察官提起公诉,法院就要作出有罪判决。反过来,一旦法院作出了有罪判决,就没有必要修改法律或制定新的法律。换言之,如果严格按照罪刑法定原则的要求,那么法院对于灰色案件应该判无罪而等待立法予以解决,但是,在司法实践中,法官对于这一类案件通常判处被告人的行为成立犯罪。而一旦法院判处无罪,那么立法程序就不需要启动了。^④日本学者前田雅英把这种解释倾向称为“刑法解释的‘日本型’”,称其考虑了“日本的国民规范意识”而予以积极评价。^⑤

与日本法院通过软性解释方法解决社会矛盾不同,德国法院在解释刑法方面相对消极和严格。这方面的例子很多:(1)对于电力。德国法院一直认为其没有管理可能性,因此不是刑法中的财物。(2)对故意毁坏财物罪的处理。德国刑法实务的解释更为严格。例如,把他人豢养的珍贵观赏鸟从笼中放走的,德国刑法解释反对进行实质理解,不主张将这种行为定性为故意毁坏财物罪。(3)对机器实施欺骗。德国的司法者坚持认为机器设备不会受到欺骗,不会产生错误认识,被告人的行为不构成诈骗罪。针对这种行为,立法者在1935年对刑法典作了修改,增设了针对计算机实施诈骗的新罪名。(4)对于《德国刑法》第224条规定的使用危险性工具伤害罪。谁也不会否认,砖头属于有形的工具,把墙上的砖头抠下来用它砸向被害人,当然构成使用危险性工具伤害罪,因为这个工具能够被人所支配和利用。但是,对于多个被告人抬着被害人或者按着被害人的头让其去撞墙的行为,按理说其危害性并不比用砖头直接砸向被害人行为的危害性更小,但德国法院并不把墙体视为危险性工具,认为将一面结实的墙壁、自然土壤或者一块岩石视为工具,有悖法条用语的通常含义,将一面立着但不能被行为人支配的墙体解释为工具,而对

① 大谷實『刑法講義各論』新版第2版(成文堂2007年)426頁参照。

② 東京高等裁判所1984年8月4日判決,判例時報1524号151頁参照。

③ 岡山地方裁判所1997年12月15日判決,判例時報1641号158頁参照。

④ 参见[日]坂口一成:《罪刑法定主义的局限性在日本:以关于日本刑法第175条的判例为素材》,载赵秉志主编:《刑法评论》(第5卷),法律出版社2004年版,第242页。

⑤ 前田雅英『刑法總論講義』第3版(東京大学出版会1998年)88頁参照。

被告人的行为处以更严厉的刑罚是不合适的。^①

从上述解释论的差异可以看出,日本的裁判更加重视实际发生的损害结果这一侧面,通常而言,在损害实际发生的场合,处罚必要性也就产生,立足于这种处罚必要性,法官尽可能去论证刑法适用的可能性,从而使刑法“创造性解释”很有市场。由此可以认为,在日本司法过程中刑法解释论的思考是“逆向”的。一旦发生法益被侵害的后果,就反向去思考究竟应该由谁对结果负责,被告人的行为与构成要件之间的这种关联性可以相对比较弱,即便法条用语的含义空间有限,也可能为了满足处罚必要性和保护法益的需要,对被告人的行为予以定罪处刑,如果将法条用语的通常含义扩大到一定程度还满足不了定罪的需要,那么就不惜进行类推解释。由此可见,日本实务界确实重视法官对解释技巧的灵活运用,将刑法规范作为裁判规范,作为向法官发出的指引看待,由此广泛认可法官自由裁量权的运用。而德国刑法的解释方法是“顺向”的,即某一个法条用语不断扩张,可能无限接近于民众的认同感,但不能让国民感觉到过于意外,从而将解释限定在能够得到民众认同、符合民众生活经验的范围内。所以,法官重视探究的是扩张解释向前发展后,其能解释的余地究竟有多大,民众的认同或行为规范的指引成为约束法官裁判的重要考量因素。可以认为,在日本的判决中,试图用“灵活的解释”来妥当地解决的情形,而德国则通过立法来寻求具体妥当的结论。^②

(二)我国司法实务中的刑法“创造性解释”:若干范例

我国的刑法实务中,“创造性解释”一直很少受到质疑。例如,司法解释从来都认为偷电就是盗窃,人们接受起来似乎也没有什么障碍。针对传播淫秽物品罪,对淫秽物品认定的“有体性说”并没有被坚持,从实体性的淫秽光盘等媒介物,到保存淫秽图像数据的服务器的硬盘,以及淫秽图像数据本身,或者是传输淫秽物品的电子邮件系统,都能够作为该罪的行为对象;对该罪中“传播”一词的理解也是广义的,播放淫秽物品的图像或者声音,使不同的人在不同的时间、地点能够看到的,也当然地被认定为符合该罪的行为类型。

因此,可以认为,刑法“创造性解释”的方法在我国的司法传统里一直是得到认可的。近年来,这种“创造性解释”与实质化思潮结合的趋势越来越明显。例如,最高人民法院、最高人民检察院对于受贿罪中“为他人谋取利益”的解释就很广泛,不仅实际实施或者承诺为他人谋取利益是为他人谋取利益,在行贿人有求于国家工作人员时,只要后者对行贿人的请托心知肚明,以及“事后”收受财物的,都属于“为他人谋取利益”。对此,《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》第 13 条予以认可,司法解释明显是朝着更加具有灵活性和实质化、通过解释来一揽子为处罚兜底的方向迈进,从而大大压缩了律师的辩护空间。

上述关于盗窃罪、传播淫秽物品罪的行为对象,以及受贿罪中为他人谋取利益的“创造性解释”,具有扩张解释的性质,尚在可接受的范围内,但是,在司法实务中也有一些刑法“创造性解释”是很值得商榷的。下面略举几例加以分析。

1. 违背同类解释原则柔性地适用刑法。例如,在司法实践中出现了不少恶意“网上刷单”的

^① 参见[德]英格博格·普珀:《法学思维小课堂:法律人的 6 堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社 2011 年版,第 55 页。

^② 金沢文雄「日本刑法における罪刑法定主義の限界」広島法学 12 卷 3 号(1998 年)3 頁参照。

案件,被告人的行为被认定成立破坏生产经营罪。^①这明显属于柔性适用刑法的情形。因为对1997年《刑法》第276条规定的毁坏机器设备、残害耕畜之外的“以其他方法破坏生产经营”的理解,原本应该有所限制,毁损的对象必须是机器设备、耕畜等生产工具、生产资料,^②法官只能根据“例示”的“毁坏”手段进行有限的解释,从而判断什么行为属于“其他手段”。^③如果法官对其他手段的解释与法条中所明确列举、例示的方式不一致,那么在解释方法上就可能存在疑问。对此,有学者认为,在信息时代,对某种业务进行妨害也是一种破坏,破坏生产经营罪可以包容妨害业务罪。^④但是,上述观点是脱离1997年《刑法》第276条的法条文义所作的分析,即仅仅从被害人商业信誉受损的事实出发,比照破坏生产经营罪的罪名进行思考,其解释结论违背同类解释原理。^⑤

2. 突破传统教义学柔性地适用刑法

例如,传统教义学对于盗窃罪与诈骗罪的关系有相对清晰的界定,盗窃罪是行为人以窃取的方式改变占有关系的犯罪,诈骗罪是被害人陷入错误之后自损型的犯罪。但是,在司法实务中对于有的案件,司法机关为了实现处罚目标而无视教义学上的这种界分。例如,江某原系杭州市某商场内一个品牌店的店长,其偶然发现在店内刷卡机上刷卡购物获取商场会员卡积分后,即便其再退单的,其卡内的积分也不会被退回或扣除。于是,江某多次在店内购物并立即退货,卡内的积分不断增加。后来,他将用积分兑换得来的抵用券转让。经调查,江某共往8张会员卡内盗充4700余万积分,总价值达47万余元。案发后,人民法院以盗窃罪判处被告人江某有期徒刑10年。^⑥这一判决的疑问之处在于,商场的积分返利规则表明行为人支付对价获得积分是符合商家规则的;退货时不退积分,也是商家自己事先确定的规则,存在被害人的同意。既然交易规则就是这样定的,而被告人的行为没有破坏规则,那么其购物后就能够获得积分,其退货后未退积分虽然存在违背诚实信用原则的问题,但是其将积分出售,让其他人用积分购买商品,也在商场规则允许的范围内,谈不上商场的积分被行为人窃取的问题。盗窃罪在客观上要转移占有并建立新的占有关系,而在该案中,转移占有这个教义学上的要求,已经被法官灵活地解释掉了。如果认为行为人的行为属于盗窃,那么何时为着手?如果买货时是盗窃罪的着手,那么假如被告人不退货,又何以认定其行为的犯罪性,犯罪未遂自然也就无从谈起。如果其退单时是着手,而该积分早就被其占有,那么盗窃罪中改变占有的事实也就不存在。因此,对被告人的行为定盗窃罪显然存在问题。有学者认为,被告人利用商场的交易漏洞转移财物的行为构成诈骗罪。^⑦但是,诈骗罪要求被害人被欺骗后实施交付行为,而在该案中这样的交付行为并不存在,被告人只是消极地不退换某种利益,商家的损失也不在于行为人通过欺骗占有了转移,而在于消极地不返还积分;对于这种仅仅消极不退还积分的行为,也不宜认定为不作为的诈骗罪(因为商场的规则“豁

① 参见浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07刑终602号刑事二审裁定书。

② 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年第5版,第1027页。

③ 前田雅英《刑法各論講義》第5版(東京大学出版会2015年)341頁参照。

④ 参见高艳东:《破坏生产经营罪包括妨害业务行为——批量恶意注册账号的处理》,《预防青少年犯罪研究》2016年第2期。

⑤ 参见周光权:《刑法软性解释的限制与增设妨害业务罪》,《中外法学》2019年第4期。

⑥ 参见浙江省杭州市拱墅区人民法院(2016)浙0105刑初562号刑事一审判决书。

⑦ 参见赵国玲、邢文升:《利用漏洞转移财物行为的刑法教义学分析》,《国家检察官学院学报》2019年第2期。

免”了行为人的声明及退还积分的义务),如此一来,就不能在作柔性的解释后对被告人的行为适用诈骗罪。被告人行为的不法性仅在于:基于购物占有积分,但在其退货后,其原本应按照诚实信用原则的要求,将“代为保管”的积分退还给权利人(商家),其没有退还而将其出售谋利的,可以视为侵占他人财物的行为,至多构成具有自诉性质的(普通)侵占罪。

3. 类比其他行为类型柔性地适用刑法

例如,2012 年 11 月 9 日,浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅联合发布的《关于部分罪名定罪量刑情节及数额标准的意见》对有关非医学需要鉴定胎儿性别的行为在一定条件下构成非法行医罪作出了规定,将“非医学需要鉴定胎儿性别 3 人次以上,并导致引产”,以及“因非医学需要鉴定胎儿性别受过行政处罚,又实施该行为”的,认定为非法行医罪。2018 年,全国人大常委会法工委对上述规定进行了研究,认为其有关内容是对刑法具体应用问题所作的解释,属于带有司法解释性质的文件,应当被清理废止。但是,自 2012 年 11 月 9 日起,在公开的裁判文书中,浙江省就有 34 个市、县人民法院依据该司法解释性文件判决了 143 起案件。^①由于前述解释是明显不合适的,不仅混淆了行政违法与刑事违法的界限,而且将非法鉴定胎儿性别这种属于医疗辅助检查手段的行为类推解释为医疗行为,从而在刑法“创造性解释”的道路上走得太远,由此得出的有罪结论自始就是错误的,应当通过审判监督程序予以纠正。

二、刑法“创造性解释”:性质辨析

把法律适用简化为查字典,把司法裁判视作对法律条文字面含义的理解,并不符合司法的实际状况。“一种对法官约束的理解被排除了,这种理解把案件判决看成是法律字面含义纯朴的涵盖,法官不是‘法律的嘴巴’(孟德斯鸠),毋宁是,他创造性地对待法律。”^②确实,由于司法人员对于被告人的行为要么有罪、要么无罪必须作出回应,既不能模棱两可,也无法得出第三种结论,如果考虑到在司法实务中民众对于处罚必要性的呼吁,那么法官就很可能寻求灵活地、柔性地解释刑法。因此,刑法“创造性解释”在很多时候是从处罚必要性出发,为实现个别正义,化解社会矛盾,避免“就案办案”所得出的结论,其与实质解释之间很多时候就是“一纸之隔”。从司法功能主义的角度看,为了积极回应社会需求的刑法“创造性解释”有其存在的空间,但这种解释方法使用不当,也会与罪刑法定原则之间存在紧张关系,有滑向类推解释的风险。因此,需要梳理和研究刑法“创造性解释”的性质,确定哪些柔性适用刑法的情形是不可接受的,然后再确定具体的判断规则。

(一) 刑法“创造性解释”可以被认同的场合

解释是使法律的意思更为明确的方法。有的刑法“创造性解释”是扩张解释,其结论可以被接受。在进行扩张解释时,应当注意刑法条文的规范目的;将解释对象与其他犯罪的构成要件进行比较,确保刑法解释结论的协调;进行扩张解释必须处理好理论与实务、形式与实质、历史与现实的关系。对此,有学者指出,扩张解释的具体步骤为:(1)判断解释对象的开放性;(2)对法条用

^① 参见王锴:《论备案审查结果的溯及力——以合宪性审查为例》,《当代法学》2020 年第 6 期。

^② [德]温弗里德·哈斯默尔、[德]乌尔弗里德·诺伊曼、[德]弗兰克·萨利格主编:《当代法哲学和法律理论导论》(第 9 版),郑永流译,商务印书馆 2021 年版,第 345 页。

语的含义进行拓展;(3)处罚必要性的限缩(法条用语通常含义与边缘含义之间的反向制约);(4)法律解释的商谈程序。^①

就实务而言,能否展开可以被接受的刑法“创造性解释”或扩张解释,需要重点从两个方面进行审查。

一方面,对法益侵害性的审查。法益的范围可能是变化的,有的被害法益可能并不那么典型,但这并不妨碍在处理相关案件时进行“创造性解释”。例如,入户盗窃同时侵害了被害人的住宅安宁权,但是,关于何为住宅安宁权却存在一些非典型情形。对于单元楼的楼梯间里用隔板搭建的一个临时场所,如果该场所能够上锁,与外界相对隔离,那么行为人进入该临时场所实施盗窃行为的,认定其行为为入户盗窃行为应当没有障碍,不能一提到住宅安宁权就只想到商品房里的被害人权益受侵害的典型情形。又如,将虚拟财产置于财产犯罪的保护之外也不应该是司法实务界所持的态度,应当将虚拟财产认定为刑法意义上的财物。但是,有学者认为,侵犯虚拟财产,在该虚拟财产不是被害人唯一或数量有限的财产,而具备可以无限复制的特征时,或者危害行为仅仅是占用的,都没有成立犯罪的可能性。^②显然,该学者可能没有重视法益表现形式在现代社会的变化,没有顾及被害人利益的保护问题。再如,财产性利益能否成为诈骗罪的犯罪对象问题。虽然我国刑法并未像日本刑法那样有保护财物法益的第2项财产罪的规定,但是也有必要承认财产性利益能够成为诈骗罪、受贿罪的犯罪对象,根据财产性损害的有无,采用财产或经济视角的财产概念为财产利益的损害认定提供标准,^③从而将冒充网络管理人员欺骗用户转移财产的行为,以及一开始出售QQ靓号时就想挂失取回的行为,认定为诈骗罪。

当然,如果行为没有提升法益的侵害性,那么要进行“创造性解释”可能会受到一些限制。例如,我国台湾地区“刑法”第315-1条规定,无故利用工具或设备窥视、偷听他人的,构成犯罪。但戴眼镜、搭梯子窥视、偷听他人的,不属于这里的利用工具或设备,因为这些工具和设备与现代科学技术没有关联性,即便使用这些工具和设备也不会切实地强化窥视、偷听的效果,不会大幅度增加被害人的被害程度。

另一方面,对行为类型的审查。一般而言,当行为类型具有一致性时,“创造性解释”刑法极有可能具有合理性。例如,被告人李某于2012年8月在购得新手机号码后,发现该手机号码绑定被害人号码即原使用人姚某的某宝(第三方支付工具)账户。被告人李某遂利用该手机号码重置某宝账户密码,并利用某宝账户与信用卡的绑定关系,通过某宝账户进行网上消费或转账取现,共计人民币15000余元。案发后,人民法院以信用卡诈骗罪判处李某有期徒刑7个月。^④应该说,这种行为与冒用他人信用卡行为存在一定的区别,但是由于某宝账户和信用卡的绑定关系,行为人知晓某宝账号、密码,然后再以权利人的名义发出指令,就能够取得被害人的财物,因此,人民法院适用信用卡诈骗罪的规定并无不当。由此可见,对于行为类型的一致性进行类比与类推解释并不相同,其能够在一定程度上使复杂问题简单化。又如,调换他人的收款二维码不法获取财物,人民法院认定被告人以秘密手段调换他人二维码并不法获取财物的行为属于窃取行

① 参见冯军:《论刑法解释的边界和路径——以扩张解释与类推适用的区分为中心》,《法学家》2012年第1期。

② 参见邓毅丞、钟敏杰:《侵犯虚拟财产行为的刑法归责模式新探》,《法律适用》(司法案例)2017年第8期。

③ 参见徐凌波:《财产罪法益的讨论范式及其解构》,《中外法学》2018年第1期。

④ 参见上海市金山区人民法院(2013)金刑初字第52号刑事判决书。

为,应以盗窃罪追究其刑事责任。^①有学者认为:“该案被告人的行为应当成立三角诈骗,即被告人实施欺骗行为,受骗人产生认识错误并基于认识错误处分自己的财产,进而使被害人遭受损失。”^②但是,这种把顾客解释为受骗人,把店家解释为受害人的主张,未必比“盗窃罪说”更有说服力。如果考虑到行为人偷偷调换二维码的行为决定了后续的货款支付走向这一点,那么类似案件的行为类型无疑更接近于盗窃罪,根据这种行为类型的近似性进行刑法“创造性解释”就具有合理性。

在考虑行为类型的一致性时,还需要顾及社会发展对于行为类型判断的影响,符合时代精神对行为手段进行扩张解释(但并不超越文义最大边界)是可行的。例如,1997年《刑法》第269条规定的准抢劫罪的成立,要求在犯盗窃、诈骗、抢夺的当场实施抗拒抓捕、窝藏赃物、毁灭罪证等行为。对于“当场”的理解,在技术不发达的传统社会其范围势必限定得比较小。但是,新技术的运用使得被害人挽回被盗、被骗的财物损失变得较为容易的,对于“当场”的理解就应当具有灵活性。例如,被害人谢某的车辆被抢夺,被害人驾车追赶了一段距离没有发现被告人李某的去向后,再根据被抢车辆上安装的GPS,在手机上对被抢车辆进行定位进行追赶,然后截住被告人,后者见状掏出枪支对被害人进行威胁,逼他们让开道路后驾车逃离,一审人民法院经审理后认定被告人抢夺汽车被追上后,为抗拒抓捕而持枪进行威胁,其行为侵犯了他人财产权利和人身权利,已构成抢劫罪,并判处被告人李某有期徒刑10年。一审宣判后,被告人未上诉,公诉机关亦未抗诉,判决发生法律效力。^③在该案中,被害人谢某追了一段距离没有发现李某去向,后根据被抢车辆上安装的GPS定位才追上被告人,如果严格解释“当场”的含义,那么就难以认定被告人的行为构成抢劫罪。如果认为被害人在短时间内虽然不知道被告人的去向,但是其很快通过GPS定位便驾车追上被告人,那么就难以认为被告人“不知所踪”,驾车逃跑的被告人仍然处在从抢夺车辆的现场向外延伸的场所内,没有脱离被害人的追赶,准抢劫罪仍能够成立。

与此类似的案件是,在日本,盗窃犯甲在汽车驾校窃取财物后驾车逃走,被学校的教官乙在盗窃的现场驾车追赶。乙未发现行为人,不得不回到盗窃现场(学校)。在实施犯罪行为约20分钟后,迷路的行为人甲再次出现在现场(学校)附近,受到教官乙等人的再次追赶并被赶上,行为人甲为了逃避抓捕而实施暴行(使用菜刀刺杀被害人致死),法院最终肯定甲构成事后抢劫罪(抢劫致死罪)。日本学者山口厚对此案的评论是:在该案件中,暂时的追赶虽然中断了,但是在距离犯行发生较近的时间点上,由于行为人在犯行发生的现场附近再次成为被追赶的对象,行为人这时还不能被看作是已经脱离追赶处于安全状态,这样的事实想来是肯定事后抢劫罪的根据。^④这一观点考虑了刑法“创造性解释”的限度问题,因而具有合理性。

(二)刑法“创造性解释”从教义学的角度看存在疑虑的情形

对于有的案件,司法实务机关按照刑法“创造性解释”的进路加以处理,但其结论明显与刑法教义学的主流观点存在抵触。此时,对于刑法“创造性解释”的合理性就需要审慎判断。例如,在

① 参见福建省石狮市人民法院(2017)闽0581刑初1070号刑事判决书。

② 张明楷:《三角诈骗的类型》,《法学评论》2017年第1期。

③ 参见北京市朝阳区人民法院(2016)京0105刑初39号刑事附带民事判决书。

④ 参见[日]山口厚:《从新判例看刑法》(第3版),付立庆、刘隽、陈少青译,中国人民大学出版社2019年版,第206页。

最高人民法院发布的指导性案例第 38 号“董亮等四人诈骗案”中,被告人发出虚构的用车需求,使网约车公司误认为是符合公司补贴规则的订单,基于错误认识给予行为人订单补贴的,人民法院对被告人的行为最终以诈骗罪论处,从而承认机器可以被骗。在其他许多判决中,法官也如此说理,^①使得机器不能被骗的刑法教义学原理被突破,就诈骗罪的认定而言,刑法相关规定明显被“创造性解释”。这种实务做法已得到部分学者的认同。有学者认为,现代社会的机器实际上是“智能机器人”,其因为智能化程度极高,因而可以被骗,对于网络账户变动由机器引发,并非被害人个人进行财产处分的情形,由于受骗的是智能化程度极高的“机器人”,因此被告人的行为应当构成诈骗罪。^②在有的判决中,人民法院对于机器能够被骗的观点进行了阐释,认为输入他人第三方支付系统的用户名和密码,将他人系统内的资金擅自转出的,行为人因实施了虚构其为第三方支付系统用户本人的事实,从而让第三方支付系统误以为转账行为体现了用户的真实意思,因此,对该行为应当以诈骗罪论处。^③但是,上述阐释未必合理。其理由在于:(1)机器或软件程序不存在人的同意能力,不可能陷入错误。第三方支付平台只有“预设的同意”,平台后面的操作者只能发出统一的指令,不能就每一个事项逐一进行识别,只要账户与密码正确,第三方支付平台就应该进行资金转移,所以,很难认为第三方平台在处分财物时存在具体的处分意思,其因此不可能是被骗后自由地处分财物。事实上,对第三方平台“预设的同意”,也不能认定为其系设计者、管理者针对具体的欺骗行为的同意,平台的处分行为也不是面对具体诈骗行为的处分,最多只能算是一种“拟制处分行为”,根据预设的同意、拟制处分行为等明显不同于诈骗罪教义学解释的概念,要论证欺骗第三方支付平台转走他人财物的行为构成诈骗罪,存在相当大的难度。(2)现代社会的智能型机器设备(包括自动售货机)、第三方平台都是由人设计的,但是仅以这些设备的后面都存在设计者、指挥者,就将对机器、平台的欺骗等同于对人的欺骗,盗窃罪与诈骗罪的界限也就不存在了。(3)如果认为第三方支付平台被骗后的处分行为是“拟制处分行为”,那么其就与诈骗罪中基于自然人的意思错误而为之的处分行为完全不一样。按照 1997 年《刑法》第 195 条的规定,自动取款机等机器可以成为信用卡诈骗的被骗对象,但是应当认为上述规定属于法律拟制,由此不能当然得出机器可以被骗的结论;从技术层面分析,使平台确信是本人或者他人得到授权使用的凭证是通过账户、密码的验证,第三方支付平台不可能进行现实的人身或者其他验证,只能根据通过验证的指令进行支付,不会陷入所谓的“错误认识”。^④因此,违背刑法教义学所作的刑法“创造性解释”极有可能是值得质疑的。

(三)以刑法“创造性解释”之名行类推解释之实的情形

在民法学领域,类推解释乃是法律适用中填补法律漏洞的一个重要方法。^⑤在刑法学领域,有学者也试图为类推解释“正名”。例如,有个别学者认为,扩大解释与类推解释之间只有程度上

① 参见北京市第一中级人民法院(2006)一中刑终字第 3705 号刑事判决书,上海市浦东新区人民法院(2010)浦刑初字第 2302 号刑事判决书。

② 参见刘宪权:《网络侵财犯罪刑法规制与定性的基本问题》,《中外法学》2017 年第 4 期。

③ 参见浙江省宁波市中级人民法院(2015)浙甬刑二终字第 497 号刑事二审裁定书。

④ 参见吴波:《秘密转移第三方支付平台资金行为的定性——以支付宝为例》,《华东政法大学学报》2017 年第 3 期。

⑤ 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第 6 版),蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 30 页。

的差异,不应该禁止类推解释。^①但是,少数学者所说的“类推解释”所指的不过是“类比推理的方法”而已。刑法学上所反对的类推,是指对法律没有规定的行为比照最相类似的情形定罪处罚。类推所寻求的是离开法律文本框定的直接适用范围,是对刑法学领域的法律空白的填充。这种类推与“类比推理”的方法并不相同。在司法实务中,要使案件事实与构成要件相对应,必须使用一定的推理方法,因此,谁也无法否认类推推理方法存在的必要性。例如,国家工作人员为他人谋取不正当利益后收受财物的行为是受贿犯罪,如果其不是收受他人财物,而是在为他人谋利后要他人免除自己的债务的,考虑到收受财物和收受财产性利益在本质上是相同的,行为方式和侵害的法益都没有区别,那么将收受财产性利益的行为解释为受贿,就是将其与收受财物行为进行类比推理的结果。对所有案件的处理,尤其是三段论的运用,都是这个类比推理过程的展示。因此,在刑法学中须允许存在一定程度的类推推理思维。

但是,这种类推推理的方法与刑法学上所讲的类推不同。刑法“创造性解释”方法中的类推,是指解释结论超过了规范内容,在实质上制定出了立法上原来没有预想到的新规范,由此所进行的定罪是不被允许的。所以,应被禁止的刑法类推解释与类比推理的方法完全不是一个含义。^②换言之,刑法解释并不禁止类推推理方法,但禁止使用类推解释来填补法律漏洞、进行规范“续造”。例如,强奸罪的犯罪对象是妇女,如果将偏好“男扮女装”的男性也认定为这里的妇女,那么就是类推解释。如此说来,在刑法解释领域,是不需要司法人员去填补处罚漏洞的。如果存在处罚上的漏洞,那也是立法者有意留下的。所以,“意图性的法律空白”^③这个概念在刑法学中需要被认真对待。灵活地运用刑法解释方法,试图去填补法律空白、填补处罚漏洞的做法,难以具备妥当性。

三、限制类推解释型“创造性解释”的进路

自刑法规定了罪刑法定原则之后,很少有人从正面否定它,但是在遇到一些“难办案件”时,在何种程度上遵守这一原则,将妥当的处罚结论与通常的语义之间的差距控制在合理的范围内则是一个难题。过于灵活或柔性的刑法解释,是实现罪刑法定原则的极大障碍。如果要坚守罪刑法定原则,限制刑法“创造性解释”,那么就需要妥善处理以下问题。

(一)处罚必要性的预判

“法律词语并不总是给出明确的指示,以致它是‘需要补充价值的’‘可渗透的’和‘含糊的’。”^④在根据法条文义进行价值补充时,对于行为是否具有处罚的必要性需要进行预判。处罚必要性和刑法“创造性解释”的需求之间具有正相关关系。

例如,被告单位甲公司在某市主营牛肉销售业务,其在经营过程中更改牛肉的生产日期和保质期,使保质期往后顺延。案发时,涉案的该批次产品还在真实的保质期内,且产品质量合格,对

① 参见黎宏:《“禁止类推解释”之质疑》,《法学评论》2008年第5期。

② 参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2021年第4版,第45页。

③ 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第23页。

④ [德]温弗里德·哈斯默尔、[德]乌尔弗里德·诺伊曼、[德]弗兰克·萨利格主编:《当代法哲学和法律理论导论》(第9版),郑永流译,商务印书馆2021年版,第336页。

被告人的行为是否需要以生产、销售伪劣产品罪进行处罚?将类似行为作为犯罪处理,似乎违反文义解释的要求,因为根据1997年《刑法》第140条规定,生产、销售伪劣产品罪的犯罪对象是“不合格产品”,即质量不合格的产品,而在该案案发时产品仍然在有效期内,不能认为是不合格产品。但是,类似的行为对法益的现实危险性是存在的,尤其是考虑到修改日期容易使被害人在产品过期后再食用,对被告人的行为可以通过预判认定其具有处罚必要性,从而再朝着生产、销售伪劣产品罪未遂的维度去考虑定罪处罚的可能性。因此,对于具有处罚必要性的行为,需要进一步结合构成要件该当性和违法性进行妥当解释,此时进行刑法“创造性解释”的需求以及空间都可能存在,解释结论也很可能在合理的范围内。

问题的另一面是,没有处罚必要性的行为,无论如何都不能基于刑法“创造性解释”的方法论予以定罪处罚。例如,被告人傅某高系物业公司管理处保安经理,为解决与业主之间的纠纷,其在被害人的家门处于半开状态时进入,后双方在现场互相质问、指责并发生轻微身体碰触,检察机关指控被告人构成非法侵入住宅罪。^①这一结论显然值得质疑。从我国的司法实践看,一般只运用刑事手段处罚基于进行其他犯罪或具有严重干扰他人生活目的的非法侵入住宅行为,比如,强行进入他人住宅,经要求退出而不退出;进入他人住宅并对住宅内的财物进行毁损;将尸体抬入他人住宅摆放;强行进入他人住宅,致使他人无法居住等情形。由此可见,在我国的刑事审判实践中对非法侵入住宅行为定罪有严格的定量情节方面的要求,只有在相关情节表明非法侵入住宅行为达到严重妨碍他人居住与生活安宁的程度时,才具有按非法侵入住宅罪来处罚的必要性。而在该案中,被告人傅某高的入户行为情节显著轻微,根本没有达到严重影响他人生活安宁的程度。从入户动机看,被告人是基于处理民事纠纷的动机而进入被害人的住宅,系事出有因,且事由具有合理性;从客观行为看,被告人是在门半开且户内有人的情况下以平和的方式进入他人的住宅;从客观后果看,被告人的入户行为并未造成严重影响他人住宅安宁的结果,因此,对于这种并没有刑事违法性的行为,在进行处罚必要性的预判、评估后,应当否定进行刑法“创造性解释”的可能性。

(二)控制刑法“创造性解释”的关键路径:解释方法的妥当运用

确实,为了缓和非典型案件与规范供给不足之间的紧张关系,解释论的能动主义甚至功能主义倾向是解决问题的出路之一。^②因此,在刑法解释中,体现解释论功能主义特色的软性解释在所难免。由于刑法“创造性解释”有其一定的限度,因此把对法条的文义解释、历史解释、体系解释、目的解释、合宪性解释等方法用好、用活,就能够指明法律的适用范围,减少法官任意选择适用法律的可能性,增强法律对法官的约束力。在这里,特别值得注意的是要避免刑法“创造性解释”滑向类推解释,对解释结论明显逾越法条文义最大边界的刑法适用应当予以禁止。

1.明确刑法“创造性解释”的“红线”

罪刑法定原则对于刑法领域的“法官造法”具有根本性的制约作用。某种刑法“创造性解释”方法是否属于可以被接受的法解释方法,还是仅仅为了满足处罚必要性要求、明显失当的“法续造”,文义解释是据以作出判断的根据。对于法律解释来说,文义解释是首选的解释方法。文义解释的要义在于必须顾及国民的预测可能性。如果一种解释结论让公众觉得很惊诧、很意外,那

^① 参见广东省深圳市南山区人民检察院深南检刑诉(2016)309号起诉书。

^② 参见劳东燕:《能动司法与功能主义的刑法解释论》,《法学家》2016年第6期。

么就可能使其在从事社会生活时无法预见其行为的人罪可能性,最终无所适从,刑法的规范指引作用也就无法准确发挥,因此,文义解释明显受到制约。例如,如果认为甲作为拳击手其攻击力很强,超越一般人手拿铁榔头攻击他人的程度,那么,在甲徒手对乙实施抢夺行为时,将其使用“拳击手的手”抢夺财物的行为解释为 1997 年《刑法》第 267 条第 2 款规定的“携带凶器抢夺”,就属于逾越“凶器”一词的涵摄范围,将规范以不利于被告人的方式类推适用于未被规定的情形,违背文义解释的限制性要求。又如,被告人将假冒注册商标的商品用于签订、履行合同时的抵押物的,其行为是否构成销售假冒注册商标商品罪?对此,被告人一定会辩解,这个抵押物在主合同义务履行完毕后是要返回的,因此该抵押行为不是销售行为。显然,这个辩解具有一定的合理性。对类似将伪劣产品用于抵押的行为,似乎具有处罚必要性,但是将抵押行为认定为销售行为,可能超越了“销售”一词的涵摄范围,是类推解释。因为“销售”这个词通常的核心含义是买卖意义上的所有权转移,将并不具有终结性财产转移的抵押行为解释为销售行为会让民众觉得意外,因而是不妥当的“创造性解释”。

2. 逾越文义涵摄范围的刑法“创造性解释”:反面例证

在司法实务中,根据司法直觉考虑处罚的必要性,逾越文义涵摄范围进行定罪,从而使文义解释对于刑法“创造性解释”的约束力丧失的判决并不少见。例如,按照 1998 年 12 月 29 日全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 4 条规定,在国家规定的交易场所以外非法买卖外汇,扰乱市场秩序,情节严重的,依照 1997 年《刑法》第 225 条的规定定罪处罚。但是,这并不是说只要行为人在形式上有外汇交易行为就构成非法经营罪,还必须在其交易行为足以被评价为“经营”时才能得出有罪的结论。在这里,就涉及对“经营”这一概念文义的理解问题。

经营,是指可能反复地、继续地通过提供商品或服务进行营利的活动。某一行为只有在与市场交易中针对不特定对象的“买卖”有关联时,才能被评价为一种经营行为。在“黄光裕非法经营案”^①中,被告人黄光裕以不当方式单纯兑换或“买进”港币,并没有实施“先买后卖”“为卖而买”或“低买高卖”的行为,其在主观上是为了清偿赌债,并没有牟利目的。如果将这种行为也认定成立非法经营罪,那么势必将该罪的处罚范围无限扩大。例如,甲与乙等人到国外旅游时,甲因为自己所携带的外币数量较少,就向乙借数额足够大的外币,回国后用人民币还债的,按照前述黄光裕案的逻辑,似乎也应对甲的行为以非法经营罪论处。但这样的定罪结论明显不合适。而甲在这里所实施的行为和黄光裕的行为在本质上是相同的。由此看来,对于被告人黄光裕的行为,人民法院认定该行为是“变相买卖外汇”的行为,是对非法经营罪中“经营”行为的不当类推。将变相买卖外汇作为“非法买卖外汇”的一种形式,如果要认定其构成非法经营罪,那么在客观上需要考虑该行为是否足以被评价为具有“经营”性质。

3. 通过目的性限定解释刑法

目的解释,是指根据刑法规范的目的,阐明刑法条文真实含义的解释方法。在解释刑法时,必须考虑刑法最终要实现何种目的,进而作出符合该目的的合理解释。^②在司法实务中,重要的并不是通过目的性解释扩大处罚范围,而是对那些在表面上具有处罚必要性,但定罪量刑明显不

^① 参见北京市第二中级人民法院(2010)二中刑初字第 689 号刑事判决书。

^② 参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社 2010 年版,第 164 页。

合适的案件进行妥当的处罚限定。例如,检察机关指控甲公司让乙公司开具名实不符的发票,甲公司是否构成虚开发票罪?应当认为,被告人甲公司无论是以工程款名义还是以工程款混同工资名义开具的发票,都存在实际的业务往来和劳务支出,尽管票面名义与发票的实际用途不一致或者部分不一致,但由于没有造成国家税款损失的风险,因此该行为并非刑法意义上的“虚开”,甲公司不成立虚开发票罪。又如,甲公司被指控生产、销售的部分型号的正三轮摩托车不符合强制性国家标准,侵犯了消费者的权益。根据《机动车运行安全技术条件》(GB7258—2012)对摩托车、拖拉机运输机组的外廓尺寸的要求,正三轮摩托车的整车长度不能超过3.5米,而甲公司生产、销售的部分型号的正三轮摩托车超过了这一规定,不符合强制性国家标准。由于涉案车辆不存在产品性能方面的问题与安全隐患,因此甲公司的行为不构成1997年《刑法》第146条规定的生产、销售不符合安全标准的产品罪,但其是否可能构成1997年《刑法》第140条规定的生产、销售伪劣产品罪?对于该案件,应当肯定行为的行政违法性,甲公司生产的产品超过规定的长度,违反《中华人民共和国产品质量法》第26条第2款的规定,属于生产行政法上不合格产品的行为。但是,定罪需要考虑行为所固有的违法性,行为的法益侵害性、刑法规范的目的对解释都有制约。就定罪而言,涉案产品的长度超过3.5米,是否对购买者的财产尤其是人身安全造成危害或可能产生现实危险?如果该产品对于消费者不存在上述危险,那么其就不属于生产、销售伪劣产品罪的行为对象。因此,在难以证明涉案车辆具有产品安全性方面的瑕疵时,行为人生成的产品超长对摩托车的紧急制动几乎没有影响,在转弯时也不会危及消费者的安全,不会产生现实危险时,难以对被告人适用1997年《刑法》第140条的规定。^①

(三)控制刑法“创造性解释”的其他路径

通过对解释方法的妥当运用确实能够在很大程度上避免司法恣意,但是解释方法本身也可能还需要解释,将控制刑法“创造性解释”的所有希望寄托在解释方法的运用上未必可靠。此时,需要进一步考虑类案对于司法决断的约束,以及刑法教义学对于司法人员准确适用刑法的指导作用,从而将刑法“创造性解释”控制在可以接受的范围内。

类案展示了大多数司法人员在长期的司法实践中提出、改变、反复争论及“打磨”并最终形成的“普遍的主流观点”,遵循在类案中展示出来的思考方法,尽量做到同案同判,具有选择合理性,从而使裁判结论符合民众的一般规范认同感。对此,德国学者拉伦茨指出,裁判先例不是独立的法源,除了个别法官基于职责从正确性确信中获得的法律理解外,它没有规范内容,而只是法官认知的媒介,“不是裁判先例本身,而是裁判中宣示的标准具有‘约束力’,而且这一标准也是以‘正确的’规范解释或补充为基础,或者是以范例性的方式将法律原则具体化”。^②

体系性的刑法教义学虽然是学理上的,但是其重视问题的实质,具有稳定性,划定了判决可能选择适用的理论范围,确定了规范与案件事实之间的相关性,因此,裁判时需要重视教义学原理,将其与待处理案件相对照,从中寻找论证模式。这可以使疑难、复杂、新型案件变得易于“下判”,能够在最大限度上防止刑法“创造性解释”沦为类推解释或恣意适用。

(四)针对刑法立法的“意图性的法律空白”,应当果断作出无罪判决

对于在刑法立法上有意留下的处罚漏洞,司法机关不宜总想着去填补漏洞,在刑法领域绝对

^① 参见周光权:《产品质量标准与生产、销售伪劣产品罪》,《法治日报》2021年5月26日。

^② [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第542页。

不提倡“法官造法”,填补漏洞不是刑事司法人员的责任。例如,私营企业主朱某和某副市长李某于 2011 年在国外某机场转机时认识,但双方并未互留电话号码,此后也并无联系。两年后,朱某的朋友陈某到李某主政的区域开发房地产,朱某就此事求助于李某,李某予以帮助,陈某在获得数亿元巨额不正当利益后,将其中的 300 万元支付给朱某。朱某是否构成利用影响力受贿罪?这涉及对 1997 年《刑法》第 388 条之一规定的“与国家工作人员关系密切的人”的理解。不能因为请托事项办成,就反过来推论行为人与国家工作人员关系密切;否则,就会使条文中规定“关系密切的人”的意义丧失。在该案中,不可否认的是行为人与李某“相识”,但从文义解释的角度看,“见过一面”以及“相识”与 1997 年《刑法》第 388 条之一的“关系密切”应该存在明显的区别,将其混同会超越一般人可以接受的语义范畴,使国民无法预测自己的行为。此外,根据同类解释规则,立法上将“国家工作人员的近亲属”同“其他与该国家工作人员关系密切的人”并列,说明后者在亲密程度上,要与前者相同或相近似,至少不能存在较大的差距。而现有证据只能证明朱某与李某曾经相识,而无法证明其关系密切程度,对朱某的行为要定罪就存在说理不充分的问题。

其实,要对朱某的行为定罪,在这里存在一个“意图性的法律空白”问题,立法者对利用影响力受贿罪的特殊主体进行限定,是为了通过“关系密切”这样一个定语,防止过分扩大刑罚的适用范围,合理界定犯罪圈,将处罚对象框定在虽不存在亲属关系,但彼此是同学、战友、老部下、老上级或是有着某种共同的利益关系,或是过从甚密,具有足够的影响力,他们斡旋受贿的行为影响了国家工作人员职务的廉洁性,应当受到刑罚的处罚。^①因此,司法机关在认定被告人的行为是否成立利用影响力受贿罪时,应当认识到“关系密切”这一定语在区分罪与非罪方面的重要意义,对于关系并不密切、交往较少、对国家工作人员并不具有足够影响力的人,不宜认定为该罪中的“其他与该国家工作人员关系密切的人”。此外,也不宜忽视“关系密切”的限定作用,简单将“相识”等同于“关系密切”。在现有证据不足以证明案发时朱某与李某之间存在“密切关系”时,司法机关应当遵循罪刑法定原则准确进行裁判,不宜动辄对被告人的行为定罪量刑。

事实上,对于刑事司法人员而言,基于刑法谦抑性的考虑,不能轻易说刑法处罚有漏洞。所谓刑法处罚漏洞,只不过是立法者原本就想放过的行为,从而留下了“意图性的法律空白”,对此类行为不宜轻易予以定罪处罚。例如,某新技术公司产品源代码研发人员甲因为与公司有劳动报酬纠纷,拒不交出自己研发的产品,导致公司无法及时向合同相对方提供服务,从而面临巨额违约赔偿的案件,如果认定被告人的行为构成侵犯商业秘密等罪,那么就存在一个类推解释的问题。如果这样的类推解释畅通无阻,那么对罪刑法定原则的实现程度就不能高估。由于对甲不交出源代码的行为,某新技术公司有权提起民事诉讼,因此该案其实是一个涉及智力成果的民事纠纷,依据我国现刑法的规定对甲的行为要定罪很困难,司法机关只能得出无罪的结论。外国对这种行为可以依照妨碍业务罪来处理,但在我国刑法中并无相应的罪名,而司法机关积极作为就有可能招致动摇法治基础的质疑。

上述分析表明,司法人员处理的有些案件,按照我国现行刑法的规定,在穷尽所有的解释方法后,仍然可能无法得出行为人有罪的结论。对这种问题,原本就不应当通过解释论来解决,否则就是法官站在立法者的位置上思考和解决问题。试图用解释论替代立法论的思维方式,本身就存在严重的缺陷。事实上,随着积极刑法立法观在我国的确立,刑法立法迟缓的状况总体上已

^① 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社 2021 年版,第 860 页。

不复存在。^① 在需要增设新罪来解决问题的背景下,司法人员没有必要仍然坚持过于灵活的刑法解释态度并得出不合理的定罪处罚结论。只有在立法者根据行为的危害性考虑处罚范围的妥当性,设计出恰当的构成要件增设新罪名之后,司法者的定罪量刑活动才具有正当性。

Abstract: Responding to the requirements of the rule of law and adhering to the principle of legality of crime and punishment in dealing with specific cases is an important issue that can not be avoided in theory and practice. In recent years, with the increase of new types of cases such as difficult, complex cases and property infringement related to the information network, based on the consideration of judicial functionalism, the phenomenon of “soft” and even creative interpretation of criminal law continues to appear. This way of thinking, taking into account the necessity of punishment from the national perspective, there is a certain degree of rationality. However, some interpretations belong to analogical interpretations that should be prohibited. Excessively flexible or flexible interpretation may become a great obstacle to the implementation of the principle of legality of crime and punishment. For this reason, it is necessary to restrict the flexible interpretation of criminal law, not only from the perspective of the necessity of punishment, but also to recognize the “intentional legal blank” of legislators. In order to rationalize and control the flexible interpretation of criminal law, we must first consider the restriction of the interpretation method of criminal law; secondly, we should consider the rationality of the “universal mainstream view” shown in the class cases, and fully reason for the change of the interpretation of “class cases”; finally, the flexible interpretation of criminal law should be restricted by the systematic doctrine of criminal law, and carefully study and judge the demonstration model it provides. Those who are unable to find suitable “class cases”, cannot judge illegality according to the doctrine of criminal law, and still cannot be convicted after exhaustion of all interpretation methods, can not carry out analogical interpretation in the name of flexible interpretation, but can only expect legislators to add new crimes.

Key Words: principle of legality of crime and punishment, creative interpretation, analogical interpretation, intentional legal blank, functionalism of criminal law

责任编辑 田国宝

^① 参见周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期。