

论通过司法解释的犯罪化:授权立法性质之证成

江海洋

内容提要:犯罪化可以分为立法的犯罪化和司法的犯罪化,对犯罪化的研究不能忽视通过司法解释实现的犯罪化。我国犯罪化的真实模式是由刑事立法首先确定框架,再由刑事司法解释具体填充、细化的双层规范动态犯罪化模式。学界对通过司法解释犯罪化的批评观点,并未关注到法官解释与司法解释的区别。鉴于我国刑法中存在数量众多的一般性条款和不确定法律概念,立足于方法论视角,认为司法解释只要在可能文义框架内皆为狭义“解释”的观点并不具有合理性。应承认部分司法解释属于法律续造,并根据解释者的创造性程度以及受法律文本拘束性程度,区分对刑法条文的“解释”与“具体化”,其中“具体化”属于法律续造范畴。我国部分司法解释具有授权性立法的性质,其授权是特别授权与法条默示授权相结合的组合授权形式。若司法解释填充、细化的内容系因缺乏外部审查基准而需由立法专属决断的事项,则该司法解释可归属于对刑法条文“具体化”的法律续造。

关键词:司法解释 授权立法 法律续造 一般性条款

江海洋,山东大学法学院副教授。

一 犯罪化的两种形式

所谓犯罪化,一般是指将以往不是犯罪的行为,作为刑法上的犯罪,使其成为刑事制裁的对象。^{〔1〕}目前学界虽热衷探讨犯罪化,但多聚焦于原则等基础理论,对研究对象本身关注不足。学界对犯罪化的形式存在两种观点:一种认为包括立法与司法犯罪化,另一种则主张仅立法层面存在犯罪化。

就司法上的犯罪化而言,支持者认为,虽然坚持罪刑法定原则,犯罪化原则上必须以立法的方式进行,但通过变更已有的刑罚法规的解释,^{〔2〕}特别是在我国实行独特司法解

〔1〕 参见张明楷:《司法上的犯罪化与非犯罪化》,《法学家》2008年第4期,第65页。

〔2〕 参见〔日〕大谷实著:《刑事政策学(新版)》,黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第96页。

释制度的条件下,司法上的犯罪化也成为可能。^[3] 最典型的司法犯罪化是最高司法机关通过颁布司法解释而实现。司法解释犯罪化的方式多样,在立法规定明确的基础上,司法解释关于入罪门槛的“定量”规定,实际可以对具体罪名的犯罪圈起着“调控”作用,^[4]将一部分原本可能被认定为非罪的行为经过量化标准的划定而被明确划入犯罪圈。^[5] 当然,司法解释犯罪化也可通过司法解释对构成要件要素性质的调整完成,例如,若是司法解释修改非法吸收公众存款罪“四性”,^[6]则必然会影响该罪犯罪圈的范围。除了对刑事立法规定的入罪和量刑标准进行“定量”或“定性”外,还存在一种创设型司法解释犯罪化,此种司法解释扩张犯罪圈并非通过对上位规则制定实施细则实现,多数情况下是借助兜底条款为其规范依据,直接将某类行为划入犯罪圈。以非法经营罪为例,自1998年起,最高司法机关借助本罪的兜底条款,颁布了《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《关于办理非法放贷刑事案件案件若干问题的意见》等一系列司法解释,将复制、发行不构成侵犯著作权罪的其他非法出版物、擅自经营国际电信业务进行营利活动、未经国家批准擅自发行或销售彩票、非法放贷等几十种行为直接纳入本罪犯罪圈。

仅承认立法犯罪化的学者认为,从罪刑法定的原则出发,犯罪化应当仅指立法上的犯罪化,而不应当包括解释和适用上的犯罪化。将刑法上没有规定为犯罪的行为通过司法解释的方式予以犯罪化,从罪刑法定的角度看是一种不利于被告人的类推解释,应当予以禁止;从权力分工的角度看是司法权对立法权的公然侵犯,与现代法治原则相违背,同样是不允许的。^[7] 针对司法解释犯罪化的现象,这些学者则认为,在罪刑法定原则支配下的现代法治语境中,所谓适用解释上的犯罪化前提是“刑法文本已经明确规定这种行为为犯罪”,其是在不违背罪刑法定的前提下突破刑法文本通常含义,通过扩张解释将特定行为解释为刑法文本已经明文规定的犯罪,其实质上只是“具体适用解释刑法文本的问题,而非刑事立法政策上的犯罪化问题”。^[8]

可以发现,之所以出现是否存在司法解释犯罪化的争议,是因为争议双方对司法解释犯罪化现象的性质界定存在不同观点。否定说以司法解释是对刑法文本的一种解释为由,认为所谓的“司法解释犯罪化现象”并未产生“将以往不是犯罪的行为变为刑法上的犯罪”的规范效果。相反,肯定说则认为,在犯罪化语境下,调整犯罪圈边界的司法解释,

[3] 参见张明楷:《司法上的犯罪化与非犯罪化》,《法学家》2008年第4期,第66页。

[4] 参见黄京平:《刑法休眠条款与有限授权的刑事司法能动——以重构法条竞合的特别关系为视点》,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2020年第2期,第66页。

[5] 参见卢建平、皮婧婧:《中国刑法犯罪化与非犯罪化的述评与展望——以犯罪化与非犯罪化的概念解构为切入点》,《政治与法律》2020年第7期,第7页。

[6] 根据2022年最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定,构成非法吸收公众存款罪需要具备四个基本特性:非法性、公开性、利诱性、社会性。

[7] 参见柳忠卫著:《刑事政策与刑法关系论》,法律出版社2015年版,第114页。

[8] 梁根林著:《刑事法网:扩张与限缩》,法律出版社2005年版,第4页。

其性质不再是一种解释,而是一种“法律”,准确地说是一种准法律或亚法律,^[9]或者说是一种实质的法律续造,故而,司法解释对犯罪圈的调整会产生“将以往不是犯罪的行为变为刑法上的犯罪”的规范效果,司法解释犯罪化现象是实际存在的。因此,在犯罪化的语境下,司法解释的性质决定了是否承认司法解释犯罪化。不仅如此,司法解释的性质争议还会影响禁止溯及既往原则、明确性原则等罪刑法定原则下位原则的适用,以及最高司法机关对司法解释的制定方法。换言之,在犯罪化的语境下,若认为司法解释只是一种解释,而非法律续造,则面对司法解释调整犯罪圈边界的现象,也不需要适用禁止溯及既往原则与明确性原则。相反,若认为司法解释犯罪化属于法律续造,当司法解释调整犯罪圈边界时,则需要适用禁止溯及既往原则与明确性原则,且对司法解释的制定也应参照立法技术进行。

因此,有必要在犯罪化的语境下,深入分析司法解释的性质界定争议。对此,在梳理我国犯罪化真实图景后,本文尝试从两个角度出发,一方面,立足于规范层面,关注法官解释与司法解释的区别,以此说明司法解释是一种作为立法的法律解释;另一方面,立足于方法论视角,根据解释者的创造性程度以及受法律文本拘束性程度,区分“具体化”与“解释”,以此说明在犯罪化语境下司法解释对一般性条款和不确定性法律概念的细化、填充,应归为“具体化”范畴,属于法律续造,其性质应被界定为授权性立法。

二 我国犯罪化真实图景及相关误解厘清

(一)我国对犯罪圈的划定方式

自 1997 年《刑法》颁布以来,我国对罪名的增设完全是通过刑法修正案的形式进行,虽然很多学者对每次修正案增设罪名的异议颇多,但事实上,近 20 年来我国通过的十二个刑法修正案增设的罪名数量只有 70 个,即从 413 个增至现在的 483 个。在我国缺乏真正意义上的附属刑法以及仅存在一部单行刑法的条件下,就我国刑法修正案增设的罪名数量而言,与其他国家相比,最终的罪名总数并不多。^[10]我国如何凭借四百余个罪名,完成其他国家需数千甚至上万罪名才能实现的社会治理任务?这在很大程度上得益于我国刑法独特的立法模式与风格。从刑事立法来看,一方面,我国刑法对许多个罪仅规定简单罪状,涵盖行为类型广泛,加之“定性+定量”的立法体例,形成大量兜底条款、情节要件等模糊罪状表述,这种立法模式增强了刑法条文对不法行为的涵盖能力;另一方面,这种立法模式也使得我国犯罪圈的划定并非单纯依赖刑法条文,司法解释实际上也参与犯罪圈的界定。

[9] 参见陈兴良:《简论我国的刑事司法解释制度——以最高人民法院有关奸淫幼女的司法解释为切入》,载赵秉志、张军主编《中国刑法学年会文集(2003 年度)第一卷:刑法解释问题研究》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 732 页。

[10] 例如,英国英格兰和威尔士的刑法中有 9000 多种犯罪。参见[英]杰瑞米·侯德著:《阿什沃斯刑法原理》(第八版),时延安、史蔚译,中国法制出版社 2019 年版,第 1 页。

在我国,刑法条文对犯罪圈的划定只是一个模糊的框架,并没有确定犯罪圈的具体框架边界。例如,非法吸收公众存款罪的构成要件仅规定“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,扰乱金融秩序”,仅凭此概括规定难以界定本罪的犯罪圈边界。“公众存款”如何定义?“非法吸收”的认定标准为何?“扰乱金融秩序”的情形如何界定?这些问题的解答直接关系犯罪圈的划定与行为入罪与否。在我国,为确保法律适用的统一性,上述问题的界定主要由最高司法机关通过司法解释予以明确。正如学者所言,在我国当前的刑事立法制度的语境下,犯罪圈划定与犯罪规模的控制,是通过立法机关的刑事立法与最高司法机关的司法解释的双层规范形式完成的。^[11]虽然刑法司法解释是依附于立法机关制定的刑法规范存在,但这并非意味着刑法司法解释不能具有相对的独立性,其实际发挥着犯罪圈边界划定的功能,具有细化犯罪构成标准与统一司法判断尺度的功能。^[12]

立法所作的价值判断往往只是勾勒了大致的轮廓,具体的细节与空白需要由司法者去充实与填补。^[13]对某种行为的入罪规模、犯罪化边界、量刑力度的控制,世界上多数国家都是采用立法与司法的双层控制模式。其中的司法控制,一般又可分为不同的层级,最基本的是最高司法机关和基层司法机关两个层级。例如,德日英美等国的立法机构倾向于将刑事制裁适用的微调问题委托给检察官和法官,通过自由裁量权的行使实现,在极端情况下,委托给行政机关进行。相较于其他国家,我国立法、司法机关对犯罪圈的划定与犯罪化规模的控制独具特色,呈现“立法划定框架+司法解释细化”双层规范控制。该模式具有独特优势:首先,立法机关通过粗疏立法确立犯罪化框架,最高司法机关经司法解释动态细化罪量标准,仅以483个罪名即可应对复杂治理需求,避免了立法频繁修订的成本,展现出高效的治理适配性。其次,司法解释由最高司法机关统一制定,依托司法实践提炼普遍性裁判标准,相较于英美国家赋予检察官个体裁量权的模式,更能有效避免地方执法差异,进而保障法律适用的公平性与社会行为的可预期性。最后,立法机关保留犯罪化核心决策权力,司法解释仅限于刑法文本范围内的细化、填充,且需严格符合“立法目的与原则”并接受立法备案审查,这种权力分工机制通过层级约束与程序规范,进一步限制了司法解释的恣意空间。

事实上,针对我国司法解释在规范层面参与犯罪圈划定的现象,其正面效果一直被理论界所忽视。这种忽视导致了我国理论界对该制度设计的价值存在明显的认知不足。从比较法视角观之,美国刑事司法领域的相关讨论与实践,恰能为我国这一制度的价值重估提供镜鉴。在美国,理论界同样存在改革分散式司法造法模式的呼声,对此,就存在有力观点主张应采用类似于我国司法解释的制度,去应对、解决美国刑事立法权被广泛默示授权给个体检察官、法官所引发的的问题。具体而言,美国著名法学家卡汉(Dan M. Kahan)提

[11] 参见黄京平:《刑法休眠条款与有限授权的刑事司法能动——以重构法条竞合的特别关系为视点》,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2020年第2期,第69页。

[12] 参见黄京平:《论刑事司法解释的溯及力——以朱某等非法买卖枪支案为视角》,《中国刑事法杂志》2010年第5期,第108页。

[13] 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,第18页。

出,美国联邦刑法本质上是一种委托普通法的造法机制——国会通过制定不完全明确的制定法,将权力委托给法院。在此框架下,通过普通法的犯罪化实践并非对立法权的僭越,而是对国会立法“刻意留白”的必要回应,其运作效果优于理想化的立法犯罪体系。然而,依赖联邦法官的普通法犯罪化模式存在明显缺陷:联邦法官常因缺乏共识导致法律适用不统一,因专业知识局限影响法律理性,更因民主问责机制不足削弱法律合法性。为保留委托造法的制度优势并规避上述弊端,应通过适用“谢弗林原则”(Chevron Doctrine)转移造法主体,将法官与检察官实际行使的刑法造法权(解释权)收归行政机关,以统一规范性文件形式行使,即由美国司法部颁布类似于《美国联邦量刑指南》且具有法律约束力的条例来系统性解释美国联邦刑法。^[14]可以发现,卡汉教授的此种设想实际上就是我国最高司法机关颁布刑事司法解释填充、细化刑法构成要件模式的翻版。

(二)法官解释与刑事司法解释的区别

司法解释在规范层面划定犯罪圈的功能被笼统地称为“刑事司法解释立法化”,往往是作为负面典型而成为被批判的对象。^[15]然而,此种批判存在一种对象错误,批判者常将个体法官在个案中的法律解释与最高司法机关颁布的刑事司法解释混为一谈,忽视了我国立法体制的特殊性。追根溯源,这一认知偏差的重要成因在于,不少学者未能区分法官个案适用法律时的解释行为与最高司法机关制定刑事司法解释活动的不同。有部分学者认为,应然的司法解释,不是一项独立的权力,而是司法权中不可或缺的一项权能,^[16]抽象性司法解释混淆了立法权与司法权的界限,与立法权冲突。^[17]刑法司法解释的目的在于解决刑法条文的具体适用问题,而不是为了创制新的刑法规范,^[18]法律解释权不应全部由最高人民法院垄断行使,应赋予法官适当的自由裁量权。^[19]然而,正如有学者所言,在中国的语境中所谓的司法解释,与西方社会中法官解释法律的活动存在本质不同。在我国,法律解释是一种权力分配活动,司法领域中的解释事务由最高人民法院与最高人民检察院负责,它区别于日常司法中普通法官的法律适用活动。这种权威出于一体的司法解释体制,兼具行政性与立法性,但独缺司法性。^[20]

国外的司法解释一般是指办案的法官在办理具体案件中对法条的理解,故国外的司法解释属于司法活动。然而,我国的实际司法运作并不完全与国外逻辑一致。我国的司法解释体制实际上将作出司法解释的主体与具体的司法机关办案人员进行了分层区分:规范性司法解释的主体并非具体个人,而是最高司法机关;而具体办理案件的司法人员则不能以自己的名义作出具有普遍适用性、权威性的司法解释。在此种司法解释的体制格

[14] See Dan M. Kahan, Is “Chevron” Relevant to Federal Criminal Law, 110 *Harvard Law Review* 469, 470–471 (1996).

[15] 参见袁明圣:《司法解释“立法化”现象探微》,《法商研究》2003年第2期,第3–6页;陈林林、许杨勇:《司法解释立法化问题三论》,《浙江社会科学》2010年第6期,第34–35页。

[16] 参见贺日开:《司法解释权能的复位与宪法的实施》,《中国法学》2004年第3期,第5页。

[17] 参见胡岩:《司法解释的前生后世》,《政法论坛》2015年第3期,第49页。

[18] 参见刘宪权:《刑法条文与司法解释交叉适用的溯及力问题研究》,《法学论坛》2022年第5期,第87页。

[19] 参见王菊英:《论审判领域法律解释权的垄断对法官之影响》,《河北法学》2002年第3期,第159页。

[20] 参见劳东燕著:《罪刑法定本土化的法治叙事》,北京大学出版社2010年版,第168页。

局下,只有作为有权解释者的最高司法机关能够对刑事法律规定进行普遍有效的刑事政策解读。在国内法学界,“法律解释”一词往往被用作两种意义:“作为立法的法律解释”与“作为方法的法律解释”。就我国现有的法律运作体制来说,典型的作为立法的法律解释包括立法解释、行政解释和司法解释三种。之所以如此定性,是因为它们都由有关主体以一种立法者姿态而作出。相对行政执法者面向当下、司法官面向过去而言,立法者可谓是“面向未来”。司法解释尽管也涉及所谓的“事后解释”,但这种事后解释针对的对象也主要是将来的相关事宜,而并非单纯地解决引发此种解释的“事”。^[21]

在我国,由最高司法机关颁布的刑事司法解释就是一种“作为立法的法律解释”,而法官在个案中适用法律时所作的解释就是“作为方法的法律解释”,两者之间的形式外观、功能实效及评价的标准都不相同。事实上,“作为立法的法律解释”更多的是一种有限授权的立法权,最为独特的地方在于其是一种法律解释制度,而不仅是司法中的实际运行方法。^[22] 质言之,“作为立法的法律解释”外观表现形式与法律规范并无二致,其解决的就是“法律规定是什么的问题”,其以向社会输出某种普遍性的规范或规范意见为直接目的。换言之,司法解释的解释结论实际上扮演着具有普遍约束力的规范文件的角色,其实效无论是对公民还是司法适用者也往往与立法无异,实践中司法解释预期达成的法律功能、政治功能与法律并无实质上的差异,其本身也常被视为“立法预备”。对其评估时,可以套用立法良善、理性之标准进行考评,如其是否具有一定的前瞻性、是否具有逻辑一致性等。在选用评估的手段时,应将事前立法评估与事后立法评估等评估立法是否科学的手段适用于“作为立法的法律解释”,以此考量司法解释的制定是否具有科学性。^[23] 而“作为方法的法律解释”则是一种法官在个案中适用法律时采用的解释方法,也即法官在法律适用中对法律条文具体含义的解释、探讨和说明,它表现为一种法律思维活动。^[24] 因此,“作为方法的法律解释”不宜从权限的角度去考察,而应从方法论或活动本身进行考察,它总是服务于“如何得出一个具有可接受性之判决结论”之目的。对其评估只能采用一种主观的、非量化的价值标准,评估的标准是法官在个案中对法律的解释是否有助于增强司法结论的说理性或可接受性。^[25]

三 方法论视域下司法解释犯罪化性质的分歧

在分析司法解释的犯罪化功能时,其在方法论视域下的性质界定亦尤为关键,这涉及如何理解司法解释活动的本质——究竟是单纯的法律解释,还是带有立法性质的法律续造?事实上,我国刑法条文相较于德日等存在大量单行刑法、附属刑法的国家,更为宽泛

[21] 参见周赞著:《法理学》,清华大学出版社2013年版,第272页。

[22] 参见孙佑海等著:《司法解释的理论与实践研究》,中国法制出版社2019年版,第7页。

[23] 参见聂友伦:《论司法解释的立法性质》,《华东政法大学学报》2020年第3期,第147页。

[24] 参见梁上上著:《利益衡量论》,法律出版社出版2013年版,第60页。

[25] 参见周赞著:《法理学》,清华大学出版社2013年版,第273页。

粗疏,直接适用时自由裁量空间较大,客观上需要最高司法机关通过规范性司法解释对条文填充和细化。即便剥离司法解释的“类立法”外观,立足于方法论视角,在粗疏立法背景下,司法解释对刑法条文的填充和细化是否只要在“可能文义”的范围内都属于狭义的“解释”?若条文文义过于宽泛,导致对解释的限制近乎虚无,例如司法解释对一般性条款、不确定性概念等宽泛条文的填充、细化,此时法律解释与法律续造的实质界限是否已然模糊,该如何认定此种“法律解释”活动的性质?

(一)可能文义框架内皆为狭义解释说及批判

传统方法论细化区分了解释(经常也被称为“狭义解释”)、制定法内在的法律续造与超越制定法的法律续造。前者在规范可能的文义范围内运作(“法律文义内”的解释);后者超越文义的界限(“超出法律文义”的解释)或违背文义(“违背法律文义”的解释)。^[26]拉伦茨(Karl Larenz)认为,立法者不对某问题进行规定,而是将其留给司法裁判和法学来决定,这样就会产生立法者意识到的漏洞,这种情况多半涉及的是术语内涵不确定以及由此而来的解释问题,而不涉及漏洞填补。^[27]可以发现,按照拉伦茨的观点,无论宽泛的条文还是相对确定的条文,只要在“文义框架内”运作,都应属于狭义解释的范畴。有刑法学者亦认为,如果在一定程度上可以从刑法条款中推断出明确的立法保护目的,并且文本对解释的随意扩张存在限制,则该刑事条款仍然符合明确性要求。换言之,当刑法条款已给定规范框架,细化和填充也可被视为对特定法律的解释。^[28]在我国,根据《立法法》第119条,最高司法机关制定刑事司法解释,必须以“具体法律条文”为对象,且解释结果需符合“立法目的、原则和原意”。据此可知,司法解释的制定也需要遵守法律解释的基本方法论,这也是部分学者主张“司法解释只要在文义范围内即属于狭义解释”的重要原因。可以发现,上述学者将司法解释一概定性为法律解释,不仅忽视了法官个体解释与最高司法机关规范性解释的本质区别,更重要的是其预设了法律解释与法律续造存在绝对清晰的界限,即便是对一般性条款、不确定法律概念的内涵填充与细化,只要在法律可能文义范围内,均应被视为狭义解释。

那么,可能的文义能否完成此种区分?对传统方法论关于原本的解释(经常也被称为狭义解释或法律适用)和法律续造的区分是否可能,学界一直存在疑问,其主要原因在于法律解释与法律续造这两个领域的分界线不够清晰和稳定。解释的前提是法官的评价性判断,某种程度上已经是法律的进一步续造,与一般公认的法发现(也即法律续造)相同,法学理论不能忽视这种现实,以“可能字面含义”作为区分解解释与法律续造的标准是“虚构的”,此种不稳定的标准实际上毫无意义。^[29]事实上,无论何种法律,都是以词语表达法的观念,但法律所用词语往往是“多义”的,对于大多数语词来说,其蕴含的所有含

[26] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第22页。

[27] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第476页。

[28] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 75.

[29] Vgl. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung: Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 1967, S. 223.

义的界限无法完全精确界定。^[30]除了数字是单义的,但凡是语言,尤其是自然语言,即使是描述性规范要件往往都具有一定的语义空间,只要能够归属于该语义空间的含义,都是法律文本的意义。^[31]用语言分析理论的专业术语,“使用模糊的表述,产生以下的情况:对于一些对象,能够明确这个有疑问的表述适用于它们(肯定的候选);同样,对于其他一些对象,能够明确这个表述不能适用(否定的候选);而对于剩下的最后一类对象,不能确定是否适用(中性的候选)”。^[32]然而,上述三个候选之间的界限是不明确的,如作为攻击工具使用的盐酸,是否属于“武器”的候选就难以确定。

考夫曼教授(Arthur Kaufmann)指出,法律适用与法律续造并没有本质上的不同,而只是制定法扩张的程度的区别而已,通说所称的“法律适用”,只不过是法律发现的一种情形;后者是上位概念。^[33]事实上,解释并非简单的认知活动,亦不是计算题,而是一种创造性的精神活动。法律解释与法律续造不应被看成本质截然不同的两种活动,而应被视为同一思维进程的不同阶段。即便法院自己多半不是有意为之,但只要它是对制定法的第一次解释或偏离了以前的解释,那么这一由法院进行的简单地制定法律解释的活动就已经是一种法律续造了。^[34]在某种意义上,扩大和限制解释已经被看作法律续造的方式。作为法律续造的前提,法律漏洞的发现、认定以及发现之后的填补都是由解释者的评价行为决定,^[35]法院在认定“漏洞”时,并不只是进行纯粹形式理性的推理,而是对法律规定存在与否进行批判性的评价,法院完全掌握着自由裁量权。

同时,“解释方法”并无元规则或准则限制,狭义解释与法律续造处于连续的解释谱系,仅创造性程度有别。为确定立法意图,解释者会采用文义、历史、体系等解释方法,这些方法不受制定法约束,彼此间某种程度上是互补而非排斥。例如,如果该条款的措辞含糊不清,法官可以诉诸除文义外的其他解释方法来确定该条款的含义。解释方法中无绝对优先者,司法机关未为其确立完整统一的先后顺序,其适用需权衡,尤其当不同方法指向不同结果时。各解释方法的权重并非由司法准则或元规则决定,而是取决于具体情形,这为解释结果的合理性、公正性及后果考量与司法裁量留下相当大的余地。此时,人们可以设想,新解释若被嗣后裁判维持并在法律生活中得以遵守,则意味着一次法律续造。就如下意义而言,法院对制定法规定进行的第一次解释就已经是一次对制定法规范的“续造”了:即法院在数个文字上可能的意义中选择一个其认为在这里恰当的意义,由此排除了原来存在的不确定性。^[36]

因此,在司法实践中,评价论证通常与形式的法律推理交织在一起,而不是法律推理中一个单独的可识别阶段。在没有一个清晰的解释方法层次结构,或者没有一个清晰的

[30] 参见[德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第65页。

[31] 参见陈兴良:《刑法教义学中的缩小解释与扩大解释》,《法学论坛》2024年第2期,第11页。

[32] [奥]恩斯特·A.克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第29-30页。

[33] 参见[德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第77页。

[34] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第460页。

[35] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第348页。

[36] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第461页。

权重体系的情况下,一个评价性的论据可以用来证明在不同含义之间作出选择的合理性。当解释者在多种可能的含义中做出选择时,其可以自由地考虑选择一种解释。关于“解释”现实的真相,正如有学者所言,“解释”这一概念营造了一种假象,解释者的功利性权衡被掩饰为探寻法律真实含义的智识性追求,^[37]司法实践往往在法律条文“可能语义范围”的掩护下,将司法立法隐藏表现为限制性或者扩张性解释。^[38]

(二)部分司法解释法律续造说

针对可能文义在区分狭义解释与法律续造方面的困境,有观点补充了目的论视角,^[39]认为法律续造与狭义解释的区分应以法律目的为区分标准,如果解释者偏离了法律意旨与目的而追求新的目的,则不能通过解释,而只有通过法律续造才有可能。^[40]质言之,狭义解释与法律续造并非程度差异,而是在形而上意义上,一个是经验的,另一个是规范的;一种是复原性的,是找到已经存在的法律,另一种是创造性的或建构性的,是法律的(实质)修改。因此,当法律解释超出立法者通过特定规范表述所体现的规制意图时,即属于针对边缘情形或不确定情形对法律进行修正,并进入法律续造的范畴。^[41]例如,以裁决的形式进行法律续造,创造了新的法律且适用于立法者未预见的案件,此时解释者已不再是从事复原既有规制意图的工作,而是为手头的案件创造了一个新的规制规则。

法律解释与法律续造不同,法律续造不是必须进行的,应当认为解释者进行续造时有必要承担额外的论证责任。^[42]如果说法律续造是对隐性立法者沟通意图的充分重构,那么法律续造的正当性就在于隐性立法者的功能。实际上,根据虚构立法者的属性,不同的解释假设都可被证成。一种可能是参考历史上或现在的实际立法者,但在自由主义传统中,这种对政治虚构的公开提及并不是法律续造的准则,法律续造不问历史上或实际的多数人希望如何修改法律。相反,在自由主义传统下,法律续造以理性为基础,隐含地预设了虚构立法者的理性标准。由于理性立法者的意图建构本身必须符合理性逻辑,遂形成双重理性标准:其一,虚构立法者修改法律时应具备的理性;其二,解释者重构该意图时应遵循的理性。质言之,法律续造既非对非理性意图的理性化重构,亦非对理性意图的非理性解构,更非对非理性意图的非理性重构。其正当性锚定于虚构的理性立法者,须证明自身是对该虚构的理性立法者意图的理性重构。此双重理性标准可以被认为分布在不同的

[37] 参见桑本谦:《法律解释的困境》,《法学研究》2004年第5期,第11页。

[38] See Brenneke Martin, *Judicial Law-Making in English and German Courts: Techniques and Limits of Statutory Interpretation*, Intersentia Press, 2018, p. 69.

[39] 我国有学者认为,在法律解释的过程中,人们经常会提出一些并不指向规约性意义、说话者意义或真实意义的实质性理由,包括基于平等、自由等实质性道德价值的论点,以及基于社会后果的论点。当存在规约性意义时,不顾规约性意义而去探究法律文本的合理意义,便是法律续造。参见陈坤:《法律解释与法律续造的区分标准》,《法学研究》2021年第4期,第32页。

[40] 参见[德]罗尔夫·旺克著:《法律解释》(第6版),蒋毅等译,北京大学出版社2020年版,第74-75页。

[41] See Ralf Poscher, *Legal Construction between Legislation and Interpretation*, in Hein et al. (eds.), *Relationship between the Legislature and the Judiciary*, Nomos, 2017, pp. 42, 49.

[42] 参见陈坤:《法律解释与法律续造的区分标准》,《法学研究》2021年第4期,第23页。

角色之间:虚构立法者修改法律的理性和解释者重构虚构立法者意图的理性。^[43] 可以发现,正是此种双重理性标准决定了法律续造既区别于法律解释,又区别于法律制定。

简言之,法律解释与法律续造的本质区别在于,前者本质上属于经验性工作,旨在重构实际立法者的意图;后者则是规范性事业,其指向为虚构的完全理性立法者。由于虚构立法者被预设为理性主体,法律续造的核心目标在于通过理性化修正解决边界案件或规则不确定性问题。归属于该完全理性立法者的规则必须在工具理性与价值理性层面均达致完备状态,这决定了法律续造不能仅依凭认知性标准证成,而必须依据实质理性标准对法律修正方案展开实质性论证。而法律解释的目的只是复原实际的立法意图,其关注重点并非意图本身的实质理性,适用的规范性标准在本质上仅属于认知性范畴,这些认知性规范与意图归属规则的目标仅在于重构实际立法意图,而与立法意图本身的价值无关。^[44]

由上述区分标准可知,我国司法解释在对刑法细化和填充过程中显然存在多处法律续造的情形。尤其在犯罪化的具体场景中,当司法解释通过填充不确定概念或一般条款来决定某类行为是否具有刑事可罚性时,其工作往往超越了单纯复原立法意图的认知性解释,而带有明显的创设性、规范性特征,这种特征更符合法律续造的性质。这正揭示了司法解释在犯罪化过程中所展现的独特属性——它并非纯粹的认知活动,而是一种规范形成活动。具体而言,刑法条文的宽泛性使解释虽受文义拘束却仍有相当大的自由调整空间。面对社会发展(如科技进步)引发的新型利益冲突,刑法需通过内涵调整应对新问题,如将财产的内涵解释为包含虚拟财产、将社会秩序的内涵解释为包含网络空间秩序、将破坏生产经营罪中的“其他方法”解释为包含刷单炒信行为等等。这些情形属于立法者制定条文时无法预见的新问题,将其纳入规制范围需借助“理性立法者”的想象性重构,即虚构理性立法者来判断行为的可罚性。据此,上述关于虚拟财产、网络空间秩序等解释因符合“理性立法者规范性重构”标准,应归入法律续造范畴,这也可能是相关司法解释引发争议的根源。当然,我国亦有学者认为,承认这些刑法(司法)解释实际上等同于德国理论中的法律续造,客观上具有立法性的功能,并不与罪刑法定原则相背离,亦不曾侵蚀立法者的立法权。^[45]

四 犯罪化语境下司法解释授权立法性质的证成

在犯罪化语境下,司法解释对刑法中开放性条款的填充与细化,因其显著的规范形成特征与创造性空间,本质上属于法律续造,但是何时需要对条文进行“理性立法者意图的

[43] See Ralf Poscher, Legal Construction between Legislation and Interpretation, in Hein et al. (eds.), *Relationship between the Legislature and the Judiciary*, Nomos, 2017, p. 55.

[44] See Ralf Poscher, Legal Construction between Legislation and Interpretation, in Hein et al. (eds.), *Relationship between the Legislature and the Judiciary*, Nomos, 2017, p. 56.

[45] 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,第26页。

理性重构”的判断较为抽象,应从规范客观上的抽象性以及解释者受文本的约束程度角度,进行具体辅助判断,引入“解释”(Auslegung)与“具体化”(Konkretisierung)的区分,其中“具体化”应界定为法律续造。

(一)“解释”与“具体化”应区分

现有的法学方法论教科书鲜有提及“具体化”的概念,但其在民法和刑法中处理一般条款时非常重要。通常而言,不确定性概念和一般条款过于模糊,以致于凭借传统的解释模型已然无法确切地完成工作。此时,在传统的解释之外,必须再实施进一步的工作步骤,也即“具体化”。“具体化”这一概念来源于公法领域,它是处理基本权利问题时的原则。在进行具体化时,解释者所要完成的是“更为艰巨的展开义务”,因为此时的文义无法直接予以涵摄。因此,“解释”和“具体化”是相对立的:“解释”是确定规范的内容;而“具体化”则是创造性地充实一些原则性的规定。^[46]

可见,不同于“解释”,“具体化”本身更带有创造性的内容。^[47]两者的区别是实质的,“解释”是对既有规范之内容与意义的阐明,在此过程中可能对其进行补充和细化,从而使其内涵更为丰富;而“具体化”则是对仅确定方向或原则,其余部分仍属开放、尚需通过规范性塑造才能成为可执行的规范的(创造性)填补。^[48]具体而言,“具体化”的对象是不确定法律概念或者一般性条款,因而在很大程度上有价值填补的需要,在具体化衡量时,也赋予和期望法律解释者有较大的衡量余地,解释者在法律内作出决定,虽然从形式上看,解释者是法律适用者,但一般条款具体化最终会涉及漏洞填补以及通过解释实现的“补充立法”。换言之,当解释者必须对一般条款进行“具体化”或作出自由裁量解释时,解释者的个人评价的意义更是预先设置的。与在狭义解释中解释者的个人评价相比,在对一般条款进行具体化时,法律适用者自由度更高,拥有非常大的解释余地。^[49]

“解释”与“具体化”的区分在宪法中特别明显,德国宪法学者在评价基本权客观面向对宪法法院的宪法解释性质影响时指出,“解释”与“具体化”存在本质区别:前者是对既定内容的阐明与分化,以丰富规范内涵;后者则是创造性填补规范漏洞,属于立法性活动。当代联邦宪法法院对基本权客观面向的承认与实践,已导致了宪法解释的变质,由于本应作为解释依据的规范内容较诸以往更开放、更不确定,所以宪法法院在对作为客观规范之基本权进行解释时,事实上已经往往脱离了“解释”与“适用”,而进入“具体化”的范畴与境界。在其主张脉络下,“具体化”指的是从一个法律原则创造性地发展该原则的具体内容并使该原则可于个案中被适用的过程。此时的“具体化”并非指法律适用活动中所必然蕴含之对法规范的“认识”,而是指对法规范内容所进行创造性、形成性的“确定”。^[50]

[46] 参见[德]托马斯·M. J. 默勒著:《法学方法论》,杜志浩译,北京大学出版社 2022 年版,第 413-414 页。

[47] 参见王锴:《立法具体化是宪法实施的方式吗》,《法学论坛》2024 年第 1 期,第 18 页。

[48] Vgl. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 1990, 1, 22.

[49] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 46 页。

[50] 参见黄舒芃:《宪法解释的“法适用”性格:从德国公法上法学方法论传统对“法适用”与“法制订”的区分探讨联邦宪法法院解释活动的本质》,我国台湾地区《政大法学评论》第 81 期(2004 年),第 83 页。

事实上,宪法学者对“具体化”与“解释”作出区分,根本原因在于“具体化”针对规范的不确定性与开放性,无法遵循“解释”活动所依赖的规范客观依据。

因此,可以发现,解释者的创造性程度以及受法律文本拘束性程度是区分“具体化”与“解释”的主要标准。对于一般性条款与不确定法律概念而言,鉴于其文义的宽泛赋予了解释者较大的自由创造空间,因此对其的内涵确定应称为“具体化”。

(二)一般性条款与不确定法律概念实质上是授权解释者创设规范

1. “具体化”属于法律续造范畴

在处理一般条款时,法律适用者常常要踏足“新的大陆”,尽管此时“具体化”活动形式上仍然是在文义的框架下为之,但造法的成分是非常明显的,故而应归于法律续造范畴。^[51]一般条款被界定为“立法留下的空白地带”。这一界定将一般条款解读为向司法判例委托规范形成任务,一般条款视为“立法授权”。^[52]从本质上看,不确定法律概念与一般性条款实际上就是在授权解释者创设规范,其容许且要求解释者对立法者所提出但却未回答的问题作出判断。^[53]事实上,以高度概括的方式制定的法规明确赋予法院以与制定普通法大致相同的方式制定法律的责任。^[54]在一般性条款、不确定法律概念的立法背景下,立法者很可能是有意识地将立法权下放给法院或其他解释者。

拉伦茨认为,只有表明制定法有“漏洞”存在时,人们才会承认法官有法律续造的权限,^[55]“漏洞”一词表明了某种“违反计划的”不完整性。然而,并非所有法律漏洞都是“违反计划的”,也存在立法者自始就知道的漏洞,即真正的规范构建活动被有目的地授权给法律适用者来完成,属于这些“法律内漏洞”的,典型如一般性条款。^[56]从形式上来看,在所有这些情况下都有法律规定,但显然,此时解释者被授权成为替代的立法者。实际上,立法机关对其已经认识到的需要调整的利益状态和案件类型,很多时候并不会作出规定。出现这种情况的原因是复杂的,既可能是立法机关认为当时制定详细的法律规定很困难或者没有时间处理,也可能是立法机关单纯地认为当时不适宜处理这个问题。在立法者意识到一个法律问题,但却有意“搁置”决断而任由“学术和实践”来处理时,必须认为这是一种漏洞。^[57]因此,不仅存在无意的漏洞,亦存在有意的漏洞,“计划的”法律漏洞显然是客观存在的。例如,1871年《德国刑法典》对犯罪未遂的动机的立法留白,就是立法机关有意识地授权或容许解释者“造法”。^[58]可以认为,立法中存在的不确定法律概念和一般性条款多是属于立法机关在计划内有意预设的漏洞。

反对观点认为,当立法者通过不确定的规范性概念或通过一般条款和裁量条款预留

[51] 参见[德]托马斯·M. J. 默勒斯著:《法学方法论》,杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第193页。

[52] Vgl. Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht: Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots, 1977, S. 81–82.

[53] 参见雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,《中国法学》2015年第1期,第281页。

[54] See Kent Greenawalt, *Statutory and Common Law Interpretation*, Oxford University Press, 2013, p. 27.

[55] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第462页。

[56] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默著:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第242页。

[57] 参见[德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版,第171–172页。

[58] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第348页。

裁量空间时,该情形并不属于漏洞。因为这里只涉及有计划地松动制定法的约束,制定法在这里为解释者决定权标出了一定的指南和界限。^[59] 针对这种观点,魏德士(Bernd Rüthers)指出,其欠缺说服力,通过司法史可知,解释者完全能够借由一般性条款与不确定法律概念发挥出人意料的想象力和创造力,在这些立法不予回答之处,创造出大量的新法律概念。^[60] 一般性条款与不确定法律概念都有意识地授权法院或行政机关,最终由他们解决社会问题。换言之,当立法者使用不确定法律概念或一般条款时,存在“立法上的留白”,在这些情况下司法的手脚是自由的。^[61] 立法者通过此种默示行为授权法律适用者完成这些规范的“开放性部分”,就此而言,法律中的不确定性概念和一般性条款就是“授权性概念”。^[62] 对此,克雷教授(Volker Krey)进一步指出,一般条款的“具体化”本质上属于规范形成(规范完成)活动,不确定法律概念也需通过“具体化”实现规范续造,其首要例子可见于不确定法律概念之数值具体化,如《德国刑法典》第 248a 条等以物品价值为要件的法律规范,需由法官通过“规范补充”确定具体金额标准,但究竟以 20、25 抑或 30 马克为界,实非法条所能明定,而系联邦最高法院通过补充性价值判断决定。^[63]

判断何时司法解释属于对刑法条文的“具体化”(法律续造),可以借鉴德国学者关于最高法院裁判何时属于补充立法的判定标准,区分两个领域,即执行立法决定的“宣示性”(Deklaratorische)领域与执行立法授权作出的“建构刑事不法决断”(Strafrechts konstituierende Dezisionen)领域。质言之,立法者——尤其在核心刑法领域——作为法定权威机关,通常就行为的非价判断作出原始决断,而将细化该既有非价判断的任务交由法官完成。然而在特定意义上,此项决断仅具“宣示性”:因我们可援引或模糊或清晰但确实存在的标准(法益侵害性、社会危害性等)来验证决断的正确性。然而,也存在另一些构成要件或构成要件要素系决断之产物,其几乎无可供验证决断正确性的外部标准。决断之所以被接受,纯粹基于决断本身的存在。因此,如果对于某些构成要件或特定构成要件要素,判决所补充的内容原本属于立法者应自行制定的内容,而不是在执行立法者对于行为非价判断所作的决定,那么,判决的内容就倾向具有补充刑法的性质。实际上,有一些相当技术性的问题,只有指定的权力机关(一般是立法机关)可以合法地决定,例如,应纳税额 50,000 欧元是否构成“大额逃税”。^[64] 换言之,若是司法机关代替立法机关履行这一义务,则司法机关的工作就具有建构刑事不法的性质。

2. 司法解释犯罪化的授权模式

我国刑法共有 483 个罪名,其中以“情节严重”“情节恶劣”为犯罪化条件的情节犯罪名数约 105 个,以“数额较大”“数量较大”为犯罪化条件的罪名约 39 个,以“造成严重后果

[59] 参见[德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社 2014 年版,第 172 页。

[60] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社 2013 年版,第 349 页。

[61] 参见[德]罗尔夫·旺克著:《法律解释》(第 6 版),蒋毅、季红明译,北京大学出版社 2020 年版,第 141 页。

[62] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社 2013 年版,第 297 页。

[63] Vgl. Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht: Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots, 1977, S. 98.

[64] Vgl. Leite, Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht, GA 2014, 220, 233–234.

果”“造成严重损失的”以及“致使……遭受重大损失”为犯罪化条件的罪名约 54 个,对这些罪名刑法本身并没有对定量因素作明确的限定。^[65]同时,我国刑法中还存在大量包括兜底条款的罪名。虽然不明确定量因素的罪名中有一部分与包含兜底条款的罪名相互重合,但两者总数已占刑法罪名的绝大多数。若是再加上包含空白刑法规范的罪名,数量会更多。这些罪名基本都是立法者有意授权最高司法机关对不确定法律概念和一般性条款进行细化、填充,以此真正划定犯罪圈的边界以及决定何种行为具有刑事可罚性。可以认为,为实现犯罪圈的划定,我国司法解释对刑法中大量不确定法律概念和一般性条款的具体化,按照解释者创造性大小以及受条文语义约束程度的标准,都可以被定性为法律续造,而其权力基础则是立法机关的授权。

从授权方式的角度出发,有学者将授权立法的类型分为特别授权和法条授权。特别授权,就是指立法机关通过特别规定,允许行政机关或其他机关在其规定的权限范围内制定法律文件。而法条授权,则指立法机关或其他有权机关在其制定的法律法规中,运用某一条款,将某些立法权授予有关机关的授权。^[66]法条授权可进一步分为“法条明示授权”与“法条默示授权”。其中,法条明示授权是指在法律条文中明确具体的授权被授权主体制定实施办法或规范性法律文件,而法条默示授权一般是指不存在明确的被授权立法主体,同时也没有明确需要制定的相关法规规范性文件的形式与效力,但相关条款内容隐含着需要或必须制定这样的法规规范性文件,否则该条款无法得到有效实施。^[67]

在犯罪化的语境下,为了二次划定犯罪圈边界,我国立法机关对司法解释的授权实际上是一种“特别授权+法条默示授权”的集合。在宏观层面,由全国人大通过《立法法》等一系列法律对最高人民法院与最高人民检察院的司法解释权进行概括的授权。但是,此种授权显然不符合授权立法的明确性原则,授权立法明确性原则要求立法授权时必须明确指明授权目的、理由、内容、范围、时限、审批备案制度等,应遵循一事一授的原则,避免一揽子授权。^[68]具体而言,《立法法》第 13 条规定:“授权决定应当明确授权的目的、事项、范围、期限以及被授权机关实施授权决定应当遵循的原则等。”虽然《立法法》第 119 条对司法解释的授权进行了细化,然而,仅凭该条仍无法满足授权立法明确性要求,因为若只是根据该条并不能解读出授权的具体事项、范围和目的。故而,为满足授权立法明确性要求,必须结合具体的刑法条文,立足于刑法的原则和目的,具体界定出授权的目的、事项和范围。换言之,这种特别授权明确性的缺口,在制度设计的逻辑上,恰恰需要通过刑法具体条文本身蕴含的法条默示授权机制来加以弥补。依据法条默示授权理论,法律中的不确定性概念与一般性条款实质为“授权性概念”,而我国刑法“立法定性+司法定量”的二元模式及粗疏化立法技术,正是立法者通过语义留白实施的系统性授权。刑法分则

[65] 另有学者采取了较为宽松的标准,计算结果为有 244 个罪名包含了不确定的定量因素。参见黑静洁:《刑法明确性原则的恪守程度——刑法明确性原则的衡量指标及其实证考察》,《政治与法律》2016 年第 11 期,第 95 页。

[66] 参见陈伯礼著:《授权立法研究》,法律出版社 2000 年版,第 31-32 页。

[67] 参见汪全胜、雷振斌:《〈归侨侨眷权益保护法〉授权立法条款设置论析》,《华侨华人历史研究》2011 年第 2 期,第 19 页。

[68] 参见柳砚涛、刘宏渭:《立法授权原则探析》,《法学论坛》2004 年第 4 期,第 41 页。

中“情节严重”“数额较大”等定量要素,以及“其他方法”“等”字结构的兜底条款,通过开放式构成要件设计,为司法解释填充规范内容预留空间。立法机关借助此类开放性条款,将犯罪圈的动态调整权部分让渡给司法机关,形成“立法划定框架+司法解释细化”的双层划定机制。需要强调的是,一般性条款、不确定法律概念等开放性条款的默示授权既体现着对最高司法机关通过司法解释进行刑法规范具体化的默示许可,也隐含着立法机关通过刑法条文对司法解释授权边界的划定。

当然,并非所有法律沉默都应被视为对解释者的默示授权。立法中存在对大量的事实有意识地不予规定的情形,如刑法对过失毁损财物并未作规定,此处并非授权解释者进行法律续造,而是有意不加以处罚。因此,如果最高司法机关认为这些地方存在漏洞并对其进行补充,就违反了立法原意。至于如何判断立法者的法律沉默是一种默示授权还是有意地不规制,就刑法而言,应首先基于刑法文本,并结合立法的目的、原则和原意,进行综合判定。换言之,若是缺乏刑法文本的支撑,则自然就不存在相应的默示授权。即使存在诸如一般性条款、不确定法律概念等刑法开放性条款的支撑,仍需进一步根据刑法的原则、该条文的立法原意以及欲规制的不法行为的法益侵害性等因素,立足于理性立法者的视角,进行“立法”前综合评估和充分的论证说理,方可最终确定是否存在立法机关的默示授权。

值得注意的是,每个国家的授权立法的民主正当性获得模式都有其独特的制度背景,一般认为,权力授予应从实质和程序两个方面去考察。^[69] 质言之,民主正当性的主要来源是人民,其来源形式多样,既可以间接通过依赖民选代表(立法机关)获得,也可以直接通过公众参与的有效监管规则制定获得。^[70] 在犯罪化语境下,将司法解释对刑法条文的“具体化”界定为授权立法,其民主正当性根植于我国独特的混合模式,即来源于“立法框架设定——立法机关全程监督——公众参与制衡”的多元化授予。首先,从实质授权角度看,《立法法》第 119 条与刑法中开放性条款,分别对司法解释进行了宏观明确授权与微观默示授权,这种组合授权是司法解释获得民主正当性的直接来源。其次,在司法解释的制定程序中,立法机关对司法解释的制定全程参与监督,亦在某种程度上赋予了司法解释一定的民主正当性。^[71] 例如,最高司法机关将制定的司法解释报立法机关备案,实质上立法机关是以某种“回溯连结”的方式,回溯且个别地确认了报备的司法解释的合法性。^[72] 最后,公众参与机制为司法解释的民主正当性提供了补充性保障。自 2003 年

[69] 参见王名扬著:《王名扬全集:美国行政法(上)》,北京大学出版社 2016 年版,第 233 页。

[70] 传统代议制民主理论认为行政授权立法的正当性来源于立法机关的授权委托,这种授权间接来自于人民,但授权立法的民主正当性不只是依赖代议制的间接授权,还可通过公众参与直接构建。参见刘小妹:《公众参与行政立法的理论思考》,《行政法学研究》2007 年第 2 期,第 40-41 页。

[71] 2006 年《监督法》第 31 条规定,最高人民法院、最高人民检察院制定的司法解释应自公布之日起 30 日内报全国人大常委会备案。2007 年《关于司法解释工作的规定》第 18 条进一步要求,司法解释送审稿需送全国人大相关专门委员会或常委会工作部门征求意见,其第 26 条重申了备案要求。2023 年《立法法》第 119 条第 2 款再次强调司法解释备案要求。随着备案实践的推进和《备案审查工作办法》的实施,备案制度已从形式化宣示逐步发展为体系化审查机制。例如,针对违宪、违法、违背党中央决策部署或明显不当的司法解释,该办法明确要求全国人大常委会专门委员会和法制工作委员会必须提出审查意见。

[72] 参见聂友伦:《司法解释性质文件的法源地位、规范效果与法治调控》,《法制与社会发展》2020 年第 4 期,第 213 页。

起,最高司法机关在制定司法解释时已逐步形成公开征求意见的惯例,而2007年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》进一步将这一惯例制度化,使公众参与成为司法解释制定的固定环节。这一程序设计在功能上类似于《美国联邦行政程序法》(Administrative Procedure Act)的公众参与规则,通过公民动议、意见征集等程序,确保受犯罪圈调整影响的利益相关方能够直接参与规范形成过程。由此可知,司法解释对刑法条文的“具体化”作为授权立法的民主正当性,并非源于单一渠道,而是通过立法框架的民主预设、立法机关的全程监督与公众参与的补充,共同构成了具有中国特色的民主正当性授予体系。

综上所述,在犯罪化语境下,司法解释对刑法条文中开放性条款的“具体化”活动,因解释者创造性程度高且受文本拘束较弱,本质上属于法律续造而非狭义解释。这种具体化的权力基础源于立法机关的复合授权,宏观层面体现为《立法法》第119条对司法解释权的特别授权,微观层面则通过刑法分则中开放性条款的默示授权实现。此种“特别授权+法条默示授权”的组合形式,使司法解释在具体化刑法条文时具有明显的授权立法性质。

五、结语

在我国,刑事司法解释犯罪化现象长期存在,学界对此关注不足,且关注者多持批评态度,批评的焦点主要集中于刑事司法解释代行立法职能并侵入立法机关的职权范围。然而,此种批判的观点往往忽视了“作为立法的法律解释”与“作为方法的法律解释”的区别。同时,即便忽略司法解释的类立法外观,从方法论视角看,以刑法条文的抽象程度及司法解释受其约束程度为标准,针对填充、细化刑法中一般性条款、不确定法律概念等开放性条款的司法解释,也应将之归属为法律续造,其性质实为授权性立法。因此,未来的研究应正视司法解释授权立法的事实,并针对司法解释的授权立法性质提出相应限制与规范的建议。其中最迫切的是明确司法解释调整犯罪圈时禁止溯及既往原则的适用问题:当司法解释被界定为授权立法时,鉴于立法机关本身必须遵循禁止溯及既往原则,根据“任何人不得转让多于自身拥有的权利”之原理,作为立法授权产物的司法解释,其在扩张犯罪圈边界时亦应受该原则约束,避免以事后授权规范追溯评价先前行为。同时,若承认犯罪化语境下司法解释对刑法条文的“具体化”属于授权立法,则最高司法机关制定司法解释时就不应回避规范制定者的角色,而应承认并履行规范制定者的相应职责,承担论证决定正当性的义务。对此,最高司法机关不仅需通过客观目的解释、体系解释等方法证成其对刑法条文“具体化”的合理性,还应借助司法解释的事前“立法”评估与事后备案审查机制,确保司法解释制定的科学性及其不偏离“授权立法”的权力边界。

[本文为作者主持的2023年度山东省“泰山学者工程专项经费资助”(tsqn202306038)的研究成果。]

Criminalization through Judicial Interpretation: Justification of Its Nature as Authorized Legislation

[Abstract] Different from the interpretive acts of individual judges, judicial interpretations in China denote normative documents formulated by the Supreme People's Court or the Supreme People's Procuratorate in accordance with law, which govern the application of specific legal provisions. In the process of criminalization in China, the phenomenon of criminalization through judicial interpretations has long existed but remains insufficiently addressed by academia. Existing studies on judicial interpretations predominantly focus on the encroachment upon legislative power by judicial power, while overlooking the essential distinction between judicial interpretations as “legal interpretation qua legislation” and individual judges’ “legal interpretation qua method”. In reality, criminalization in China manifests itself in a dynamic dual-layer normative model of “legislative delimitation framework + judicial interpretive refinement”: legislation only sketches the ambiguous boundaries of the circle of crimes, whereas specific definitions rely on the supreme judicial organs to fill and elaborate through judicial interpretations. This model avoids frequent legislative amendments while ensuring the fairness of legal application through unified standards. Notably, Chinese judicial interpretations differ fundamentally from judicial interpretations by judges in other jurisdictions, as the former have universal applicability to normative objects. From the perspective of legal methodology, criminal law contains numerous general clauses and uncertain legal concepts. These open-ended clauses essentially represent legislative lacunae, and the construction of such clauses by judicial interpretations has transcended narrow interpretation to enter the realm of “Rechtsfortbildung” (legal development). As a creative elaboration and supplementation of general clauses and uncertain legal concepts, “concretization” essentially embodies legislators’ authorization—via semantic lacunae—for judicial organs to complete “norm-formation”, thus falling within the scope of legal development. The authorized legislative nature of Chinese judicial interpretations is manifested in the integration of special authorization and implied statutory authorization: the general authorization under the Legislation Law, together with “clusters of authorizing concepts” such as “grave circumstances”, “flagrant circumstances”, and “other means” in criminal law provisions, constitutes the power foundation. When judicial interpretations supplement content pertaining to matters exclusively within legislative competence, they constitute “concretized” legal development of criminal law provisions. Acknowledging this nature requires that the formulation and application of judicial interpretations follow legislative norms. For instance, the supreme judicial organs should acknowledge and fulfill their duties as norm-makers when formulating interpretations, and the principle of non-retroactivity should apply where judicial interpretations adjust the boundaries of the criminal circle.

(责任编辑:贾元)