立法的缺陷与解释的尴尬

——对新刑法第 310 条规定的理论解构

周 少 华*

自从“法律文化”的概念被我国法学界普遍接受以来, 学术性的法律解释〔1〕似乎代表了某种理论上的高度而渐受推崇和景仰, 与此同时, 工具性的法律解释因其有“注释法学”之嫌而有被轻慢之势。大凡搞一点法学研究的人, 一旦称“×××搞的纯粹是注释法学”, 实际上就是在表明他对×××的那一套研究方法不以为然。这不能不说是一种偏见。我们并不否认法律的文化特征,〔2〕但是对于正在调整着我们这个社会的现时的法律来说, 它的制度意义和规范意义远远大于其它方面。也就是说, 现时的法律因其作为一种调整社会关系的手段而发挥作用, 方能显现其存在的价值。而法律适用过程中必然伴随着法律的解释问题, 这种解释应当是工具性解释。所以, 工具性解释理应受到足够的重视和尊重。窃以为, 那种缺少文本背景、回避具体的法律问题的纯粹理论, 未免失之空泛。我们一开始就表明这样一种观点, 并不是在为本文的工具性解释方法制造借口。其实, 工具性解释同样要借助于理论。“法的解释具有双重品格: 其解释, 既是理论的又是实践的; 其解释, 既是形而上的、价值的, 又是形而下的、工具的; 其解释, 既是感悟的、理解的、极具个性的, 又是语义分析的、追求确定一致内涵的。”〔3〕这可谓是至理之言。而本文对刑法第 310 条规定的分析, 恰恰体现了法的解释的双重品格。

至于, 我们之所以选取刑法第 310 条规定作为分析的文本, 并不只是因为该条文在立法语言的使用上存在某种缺陷, 更重要的是, 这种缺陷可以集中地反映新刑法典中存在的诸多问题。我们将在对刑法第 310 条中“明知是犯罪的人”这一表述解释的不可能中, 看到新刑法的自相矛盾, 以及它与新刑诉法之间的相互抵触。而问题产生的根本性原因则在于, 罪刑法定原则和无罪推定原则这两个“修律”中最重要的成果, 在修订后的两大刑事法律中未得到始终如一的贯彻。

---

* 西北政法学院学报编辑。

〔1〕有人认为, 西方法律解释学在三个层次上展开, 即应用或实用层次的法律解释学、理论层次的法律解释学和人文社会科学背景下的法律解释学(参见梁治平主编:《法律解释问题》, 法律出版社 1998 年版, 第 3 页以下, 陈弘毅文)。在此, 笔者将第一个层次上的法律解释称为工具性法律解释, 将后两个层次上的法律解释称为学术性法律解释。

〔2〕尤其是在研究历史的法和域外法时, 更应注重其文化特征。对于历史的法, 其文化意义无须多言; 对于域外法, 通常所谓吸收和借鉴, 主要是文化意义上的而非制度意义上的。基于此, 我们认为历史的法和域外法相对来说, 其文化意义更为突出。

〔3〕陈兴良:《刑法疏议》, 中国人民公安大学出版社 1997 年版, 第 736 页。

一、基于法律解释原则的文本分析

刑法第 310 条第 1 款规定:“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物,帮助其逃匿或者作假证明包庇的,处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。”

在对该条规定中“犯罪的人”进行解释时,我们似乎可以不加思索地将其界定为“犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯”,因为这是一个完全合乎立法意图的解释结论。但是,这一被公认为“正确”的解释,却存在着严重的缺陷,其解释过程伴随着对无罪推定原则和罪刑法定原则的背离。有时,得出正确的结论似乎并不难,更值得重视的则是寻找结论的观念基础以及建立其上的立法问题。正确的方法是得出正确结论的关键,而正确的结论,其由所出的方法却不一定正确。那么,对刑法第 310 条中“犯罪的人”,该如何正确地进行解释呢?要回答这一问题,必须先讨论刑法解释应遵循的基本原则。

在刑法解释的所有原则中,合法性与合理性是最重要的两个原则,〔4〕坚持合法性与合理性原则是保证正确解释的关键。而衡量刑法解释是否合理与合法,总的标准就是要看这种解释是否体现了罪刑法定主义的精神。“刑法解释的原则,首先要体现罪行法定主义原则的精神。在解释中,只能按照实定法如刑法典以及其它明文规定的法规进行规范意义的解释,而不能超越为一定条文所制约的规范进行解释。”〔5〕要在刑法解释中体现罪刑法定原则,“就必须关注解释是否从文本(刑法规范)的文义入手这一根本性问题:在文义范围内进行的解释符合罪刑法定原则;反之则不然。”〔6〕事实上,不单是刑法解释,任何法律的解释都应尊重法条文义,这样才能维护法律的尊严及其安定性价值。〔7〕下面,就让我们来研究一下刑法第 310 条中“犯罪的人”的文义究竟是什么。

如果暂且不考虑无罪推定原则的要求来进行解释,“犯罪的人”字面含义应该是:实施了危害社会的行为,按照刑法规定应当被判有罪或者已经被判有罪的人。已经被判有罪的人就是罪犯,而应当被判有罪的人是有确凿证据证明其实施了危害社会的行为并已达到触犯刑法程度的那一部分犯罪嫌疑人或刑事被告人。而对于所有的犯罪嫌疑人和刑事被告人来说,是否真的实施了危害社会的行为以及危害行为是否已经触犯刑法规定,只有经过人民法院依法审判才能确定,他们当中有些是应当被判有罪的人,有些则可能是不应当被判有罪的人(他们也许只是由于实施了某种并未达到犯罪程度的危害社会行为或者纯属错误或误会而成为犯罪嫌疑人或刑事被告人,在案件事实查清以前他们不能被认为是“犯罪的人”,案件事实查清之后,他们更不是“犯罪的人”)。也就是说,犯罪嫌疑人和刑事被告人既可能已经构成犯罪,也可能并未构成犯罪。可见,犯罪嫌疑人和刑事被告人,并不等于我们在解释“犯罪的人”的字面含义时所说的“应当被判有罪的人”,至少,它的字面含义无法包含所有的犯罪嫌疑人和刑事被告

〔4〕关于刑法解释的原则,有人认为包括合法性原则、以政策为指导原则、合理性原则、整体性原则、明确具体原则等。参见李希慧:《刑法解释论》,中国人民公安大学出版社 1995 年版,第 82 页以下。但是,依现代刑法观尤其是罪刑法定原则之精神,笔者认为“以政策为指导”不应再作为刑法解释的原则,它容易导致刑法解释权的滥用,而使刑法司法解释背离罪刑法定原则。我国新刑法取消了原刑法第 1 条关于刑法指导思想及立法原则的规定,便是此次刑法修订中对现代刑法价值目标自觉追求的结果,它正好可以作为笔者此一观点的映证。

〔5〕甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社 1984 年版,第 22 页。

〔6〕陈兴良、周光权:《刑法司法解释的限度》,《法学》1997 年第 3 期,第 29 页。

〔7〕参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 214 页。

人。所以,将刑法第310条中“犯罪的人”解释为“犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯”,是不完全符合其字面含义的。具体的说,这是一种大于字面含义的解释。何况,犯罪嫌疑人和刑事被告人无论是应当被判有罪还是不应当被判有罪,只有人民法院有权作出裁决,而不应要求窝藏包庇罪的行为人有所判断。所以,即使完全按照字面含义进行解释,同样会产生与无罪推定原则相冲突的问题。同时还会带来这样一个难题:“犯罪的人”文义虽然不能完全包含犯罪嫌疑人和刑事被告人,但是司法实践中,审判机关肯定会依符合立法意图的解释适用法律,那么如果依照刑法第310条的规定,而对窝藏、包庇犯罪嫌疑人和刑事被告人的行为人实施刑事处罚,就意味着法律适用有可能超出法律的明文规定,从而违背罪刑法定原则。在此情况下,我们显然不能将违背罪刑法定原则的责任归咎于司法机关,而只能归咎于法律本身的缺陷。

如果考虑到无罪推定原则的要求,我们对刑法第310条中“犯罪的人”就不能解释为字面通常的含义,而应采取限制解释的方法。即,“犯罪的人”是指实施了危害社会的行为,被人民法院依法判决有罪的人,亦即罪犯。至于实施了危害社会的行为,按照刑法规定应当被判有罪的人,则不能包含在“犯罪的人”的意义之内。法律使用的词语虽然大部分都是日常生活中的词语,但是它们往往与日常生活中的词语含义不同。“那些日常用语一旦成了法律用语,它们的含义就被特定化了。”[8] 由于刑法的适用关系到公民个人生命、自由、财产等重大权利的生杀予夺,所以通常认为对刑法应该进行严格解释,以防止刑罚权的滥用。这与刑法偏重于安全价值的追求是相一致的。法国有关刑法学者认为,刑法的严格解释原则是罪刑法定原则的一个直接的必然结果。[9]在无罪推定原则确立之前,我们将“犯罪的人”解释为“犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯”,甚至解释为“已决犯和未决犯”,都是不违背法律解释的合法性要求的。但是在刑诉法修改并实施以后,根据刑法解释合法性的要求,我们在对同一法律用语进行解释时就不能不考虑无罪推定原则对解释带来的限制,否则解释的结论就很可能是错误的。因为在无罪推定或其它刑法原则的限制下,某些常用术语便会被赋予刑法上的特定涵义,相应地,我们的解释也应当揭示其特定涵义。依照这样的观念,我们认为“犯罪的人”这一法律用语,其明确的含义就是指“罪犯”。[10]

将“犯罪的人”界定为“罪犯”,就不会产生与无罪推定原则冲突的问题。然而,这种合法的解释是否就是一种合理性的解释呢?当然不是。因为这种解释与刑法第310条的立法旨趣相去甚远。本条规定的立法目的是为了保障国家刑事司法权的顺利实施,犯罪嫌疑人和刑事被告人有义务接受国家司法机关的调查与审判,如果构成犯罪,就必须进而接受国家刑罚的制裁。所以,无论窝藏、包庇的对象是罪犯还是犯罪嫌疑人或刑事被告人,行为人的窝藏、包庇行为都会给国家司法权的顺利实现带来妨害,都应当受到刑法的责难。也就是说,犯罪嫌疑人、

〔8〕 川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第256页。

〔9〕 参见[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》(中译本),罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第137页。法国《新刑法典》第111—4条即明确规定:“刑法应严格解释之。”

〔10〕 后文中,我们均在“罪犯”这一意义上使用“犯罪的人”这一术语,因为这是当我们把“犯罪的人”当成一个法律用语时唯一正确的解释。

刑事被告人和罪犯、都可以成为窝藏包庇罪的犯罪对象。[11] 而“犯罪的人”合法的解释既然是“罪犯”,那么,在严格坚持罪刑法定原则的前提下,就不能依据刑法第 310 条规定,对窝藏、包庇犯罪嫌疑人和刑事被告人的行为人予以刑事处罚。这样就难以实现刑法第 310 条的立法目的,但是,其责任同样不能归咎于适用法律的司法机关,更不能归咎于法律的解释者。

总之,无论按照哪种解释结论对刑法第 310 条进行适用,都存在理论上的障碍,因为这种适用要么以削弱国家司法权的刑法保护为代价,要么使无罪推定原则和罪刑法定原则的价值追求打上一个大大的折扣。“所谓的‘解释’是一种实践行为,它实际上意味着不得不对价值体系进行选择。”[12] 但是困难在于,对刑法第 310 条来说,经由法律解释能够进行的价值选择我们根本无法接受。

贝卡利亚说:“严格遵守刑法文字所遇到的麻烦,不能与解释法律造成的混乱相提并论。这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改,力求准确,并且阻止人们进行致命的自由解释,而这正是擅断和徇私的源泉。”[13] 我国也有刑法学家指出:“从实用主义的角度来说,法律的自由解释也许是正确的,但它的前提是法治已经十分完善,并且人权获得安全保障,法官都能公正执法。如果没有这些前提,那我们宁愿忍受法律的严格解释所带来的麻烦,因为这至少可以牺牲个别公正获得一般公正,在法律客观性与确定性的庇护下免受主观的任意性与擅断性的侵扰。”[14] 然而,当我们面临具体问题的时候,严格解释是否就一定比合理的自由解释更值得选择呢?我们如果将刑法第 310 条中“犯罪的人”严格解释为“罪犯”,固然避免了它与无罪推定原则和罪刑法定原则的冲突,保证了一般公正的实现,“然而适用于一般情况能导致正义的法律,适用于个别情况的结果却可能是不公正的”。[15] 何况,“保障国家司法权顺利实现”这一个别公正也是我们所不愿意放弃的,尤其是当这种个别公正的实现并不存在不可克服的困难时,我们不能轻易说放弃。而从实用主义的角度出发,将“犯罪的人”解释为合乎立法意图的“犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯”,则又存在着前文所说的种种理论上的困惑。看来,在现有立法基础上进行解释,我们的解释结论不可能正确,“而不正确的解释甚至比徒具空名的立法更可能是导致法律徒具空名的原因”。[16]

我们之所以从各个方面来说明刑法第 310 条为解释带来的尴尬,正是希望用“这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改,力求准确”。因为从前面的分析可以看出,我们所遇到的问题并不是如何解释“犯罪的人”,而是法条本身存在的某种缺陷。德沃金认为,法律规定不能被认为含糊不清,“除非我们认为有合理的论证对该法规的两种对立的阐释都支

〔11〕 尽管犯罪对象通常的定义是犯罪行为直接施加影响的具体人或物,但很多学者在论述过程中自觉不自觉地将定义中的“影响”理解为“侵害”,因而得出“犯罪对象必须具有合法性,并受法律保护”的结论,由此否认窝藏包庇罪中的“犯罪的人”是该罪的犯罪对象(参见马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社 1991 年版,第 127 页)。我们认为上述观点是不正确的。事实上,犯罪行为所直接影响的具体的人或物,无论是合法的还是非法的,都是犯罪对象。详论参见王学沛:《关于犯罪对象若干观点的质疑》,《法律科学》1998 年第 5 期。

〔12〕 前引〔8〕,川岛武宜书,第 265 页。

〔13〕 贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 13 页。

〔14〕 陈兴良:《法的解释与解释的法》,《法律科学》1997 年第 3 期;另见前引〔3〕,陈兴良书,第 732 页。

〔15〕 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 137 页。

〔16〕 [英] P. S. 阿蒂亚:《法律与现代社会》,范悦等译,辽宁教育出版社、牛津大学出版社 1998 年版,第 216 页。

持”。[17] 而那种少见的含湖不清恰恰存在于刑法第 310 条中,[18] 它产生于合理性解释与合法性解释的对立之中。尊重本文的解释[19] 不符合立法意图, 符合立法意图的解释又违背法律原则, 于是无论谁试图对该条文进行解释, 都会从一开始就陷入一种两难境地。立法上的先天不足, 使该条文中“犯罪的人”变得不可解释了。[20] 但是,“刑法解释是联接刑法规定与刑法适用的桥梁, 没有刑法解释就没有刑法适用, 刑法就会成为一纸空文”。[21] 不可解释的条文仍要在司法实践中被适用, 于是面对刑法第 310 条, 法学家们也许大多会倾向于对一般公正的追求, 从而主张应坚持无罪推定和罪刑法定两原则, 但是司法机关却只能依立法意图行事, 他们的不同选择都可以找到各自的“正当”理由, 于是该条规定便成了“公说公有理, 婆说婆有理”式纠纷的制造者。但是, 从法治现代化的要求出发, 我们却不能容忍这种法治观念与司法行为长期性的分离。虽然刑法解释很重要的一个功能便是弥补刑法立法缺陷,[22] 但是具体到刑法第 310 条, 它的立法缺陷已经使我们丧失了解释的基础, 我们不能再寄希望于以刑法解释去弥补这一立法缺陷。

二、基于法律基本原则的文本分析

现在, 让我们来考察一下刑法学界对新刑法第 310 条中“犯罪的人”所作的解释。

关于该条中“犯罪的人”, 有人解释为“包括已决犯, 也包括未决犯”,[23] 还有人解释为“包括犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯”。[24] 这两种解释表述虽有不同, 但对“犯罪的人”的范围认定是一致的。它们对立法意图的把握无疑是正确的, 然而却存在以下问题:

首先,“未决犯”这一说法早已为刑法学界所诟病, 它违背了无罪推定原则的基本精神。无罪推定原则的要求是,“在法官判决之前, 一个人是不能被称为罪犯的”。[25] 我国新刑事诉讼法第 12 条将该原则明确规定为:“未经人民法院依法判决, 对任何人都不得确定有罪。”所谓“未决犯”中的“犯”, 是作为名词使用的, 按照《现代汉语词典》的解释, 应该是“罪犯”之意;[26] 而“未决”则是指未经人民法院依法判决。既然“未决”, 何以称“犯”? 我们认为, 法学理论工作者在自己的论著中, 特别是在以宣传、普及新法为目的的“释义”、“解析”、“适用指南”之类的堂皇之作中, 更应使用严格规范的术语, 以使法律所确立的新的价值追求深人人们的观念领域。

---

〔17〕 [美] 德沃金:《法律帝国》, 李常青译, 中国大百科全书出版社 1996 年版, 第 314 页。

〔18〕 法律规定的含糊不清并不意味着该法律规定中的法律用语含糊不清。有时法律用语十分明确、具体, 但是由于使用不当, 就可能造成法律规定的含糊, 并进而导致法规范的制度意义的减损。

〔19〕 我们认为, 对于刑法解释来说, 所谓尊重文本, 既表现为对法律用语应有语义的尊重, 以及对其所处语境(上、下文及具体规范)的参照, 更表现为对罪刑法定原则及其他刑法原则的遵守。

〔20〕 当然, 这里所说的不可解释并非指“犯罪的人”这个词组语义不明, 而是说在具体法律条文中, 并在必须遵循各种解释原则的情况下, 它让解释者感到无所适从。

〔21〕 前引〔4〕, 李希慧书, 第 1 页。

〔22〕 同上, 第 61 页。

〔23〕 王作富主编:《中国刑法的修改与补充》, 中国检察出版社 1997 年版, 第 234 页; 前引〔3〕, 陈兴良书, 第 492 页; 赵秉志主编:《新刑法典释义与应用》, 吉林人民出版社 1997 年版, 第 603 页; 周振想主编:《中国新刑法释论与罪案》(下), 中国方正出版社 1997 年版, 第 1276 页; 黄太云、腾炜主编:《中华人民共和国刑法释义与适用指南》, 红旗出版社 1997 年版, 第 448 页。

〔24〕 刘家琛主编:《新刑法条文释义》(下), 人民法院出版社 1997 年版, 第 1358 页; 曹子丹、侯国云主编:《中华人民共和国刑法精解》, 中国政法大学出版社 1997 年版, 第 287 页。

〔25〕 前引〔13〕, 贝卡里亚书, 第 31 页。

〔26〕 参见:《现代汉语词典》, 商务印书馆 1996 年修订第 3 版, 第 250 页。

无罪推定原则和罪行法定原则之能够确立,固然是我国民主法制建设的必然要求,但这一成果的实现与法学家们坚持不懈的推动作用是分不开的,正因为如此,法学家们更应该在自己的著述中秉承无罪推定原则和罪刑法定原则之基本精神。

那么,按照刑诉法修订后被认为是正确的称呼,将刑法第 310 条中"犯罪的人"解释为"犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯",是否就不存在违背无罪推定原则的问题呢? 答曰:否!

新刑诉法第 12 条既然确立了无罪推定原则在我国刑事诉讼中的地位,就意味着只有人民法院才有权确定某人是否有罪,其它任何单位和个人都不得享有此权力。刑法第 310 条要求行为人对其窝藏包庇的对象应当"明知是犯罪的人",而如果"犯罪的人"既包括罪犯,也包括犯罪嫌疑人和刑事被告人,就意味着法律要求行为人对其窝藏、包庇的犯罪嫌疑人、刑事被告人是否是"犯罪的人"也必须有一个主观上的认识。"罪犯"是被人民法院依法确定有罪的人,当然也就属于"犯罪的人",行为人明知某人是"罪犯",自然也就明知此人是"犯罪的人"。所以,如果行为人窝藏、包庇的对象是罪犯,法律要求他对被窝藏、包庇者是否是"犯罪的人"有一个主观上的认识,就是合乎情理的。而对于犯罪嫌疑人和刑事被告人来说,他们是否有罪尚处于不确定状态,还有待于人民法院依法作出裁决,按照无罪推定原则的要求,此时他们还不能被认为是"犯罪的人"。可见,明知某人是犯罪嫌疑人或刑事被告人,并不意味着就明知他是"犯罪的人(法律意义上的而非公民个人意识中的),这种情况下法律如果对窝藏、包庇罪的行为人作出主观认识上的要求,就有些强人所难的意味。或许,有人会认为,刑法第 310 条中所要求的"明知",是指行为人对其窝藏、包庇的对象所实施的危害社会的行为以及这种行为已经达到触犯刑法程度的"明知"。这虽然不失为一种合理的说法,但对于行为人来说,这种"明知"仍然是过高的要求,因为只有极少数人对刑法规定十分熟悉以至于能对被窝藏、包庇者实施的危害社会的行为是否达到触犯刑法的程度作出判断,尤其是在被窝藏、包庇者是行政犯的情况下更是如此。[27] 总之,当窝藏、包庇罪的犯罪对象既包括罪犯又包括犯罪嫌疑人和刑事被告人时,刑法第 310 条采用"犯罪的人"的表述,不但是在要求行为人必须具备判断某犯罪嫌疑人或刑事被告人是否已构成犯罪而成为"犯罪的人"的能力,而且俨然赋予了行为人认定某犯罪嫌疑人或刑事被告人是否为"犯罪的人"的权力。这岂不是与无罪推定原则大相违背吗?

另外,需要说明的是,几乎所有学者在解释刑法第 310 条中"犯罪的人"时,均认为"犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯"或者"已决犯和未决犯"是已经被采取强制措施或判刑的人,而将尚未被司法机关发现或尚未归案的那一部分称之为"犯罪分子"或"犯罪人",将其并列于"犯罪的人"的范围之内。其较有代表性的表述是:"'明知是犯罪的人',是指明知是实施了犯罪行为应受刑罚处罚的人,包括在逃尚未归案的犯罪人和已被采取刑事强制措施或者已被判处刑罚而被剥夺、限制自由的犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯。"[28] 笔者认为,"犯罪分子"与"犯罪人"是

---

〔27〕 例如,有人认为:"明知是犯罪的人"是指行为人已知道被包庇的人犯有罪行。在实践中通常是指被包庇者告诉行为人自己"杀了人"、"犯了事"、"警察正在抓我"等,或者被包庇者虽未直接告诉行为人,但行为人通过对方的言谈、向行为人提出的要求等能够判断出被包庇者犯有罪行。参见胡康生、李福成主编:《〈中华人民共和国刑法〉释义》,法律出版社 1997 年版,第 440 页;李福成主编:《中华人民共和国刑法问答》,人民法院出版社 1997 的版,第 510 页。笔者认为,上述解释固然通俗易懂,但缺乏应有的严肃性。知道对方"杀了人",当然就知道对方犯了罪(还不能包括对方是正当防卫的情况);而知道对方"犯了事"或"警察正在抓",却未必能知道对方犯了罪(达到犯罪程度)。尤其是,"通过对方的言谈、向行为人提出的要求等能够判断出对方犯有罪行"的说法更是具有主观随意性,根本不能作为行为人是否"明知"对方是犯罪的人的判断标准。

〔28〕 前引〔24〕,曹子丹、侯国云主编书,第 287 页。另参见前引〔23〕、〔24〕各书。

与“犯罪的人”几乎毫无二致的概念,这样的概念存在着与“未决犯”同样的缺陷,如果用前面的方法对它们加以分析,得出的结论不会超出前面的分析结果,即:它们同样违背无罪推定原则。其实,未被司法机关发现或虽然发现但尚未归案的所谓“犯罪人”,完全可以包含在“犯罪嫌疑人”这一概念之内,此观点的理由,我们将在后文加以阐述。

由前面两部分的分析,我们认为,要解决刑法第 310 条为解释带来的种种困惑,必须从立法上修改不恰当的语言表述。如果有一种并不需要支付过高成本的办法可以成全我们的价值选择,又何乐而不为呢?

三、基于法律语言学的文本分析

从语言技术的角度考察,立法语言的运用应该力求明确、具体,这也是法律的确定性和可预见性对立法语言的要求。但是由于法律所调整的社会关系的复杂性以及客观情况全面反映于法律中的不可能,模糊语言在立法中的使用不但常见而且必不可少。正如弗里德曼所言,含糊不一定是毛病,法规中的含糊语言往往意味着立法者愿意授予某机构以最广泛的裁量权。模糊语言的使用不是意外的事或错误,而是出于政治原因的一种策略。[29] 我们虽然并不认为模糊语言在立法中的使用只是出于政治上的原因,[30] 却同意模糊语言在立法中是一种策略的说法。当然,模糊语言在法律文本中的必要性并不意味着可以对立法语言的明确性要求有所降低,而是要“从具体情况和实际需要出发,在尽可能多的使用确切语言的前提下,有条件有限制地驾驭模糊语言,使‘确切’与‘模糊’各得其所”,以便最大限度地保持立法语言的准确性。[31] 何况,在具体的法律适用中,往往还需要通过法律解释手段使模糊语言的含义明确化、具体化。由于刑法在所有法律中具有最高的严厉性,一旦动用,对适用对象的权利也就影响最大,所以刑法立法中,对法律语言的明确性要求也最高。然而,用模糊语言表述的弹性条款在我国原刑法中表现却最明显、最普遍。新刑法在法律规范的明确性上有了很大进步,但模糊语言与弹性条款的存在仍是不可避免地大量存在,这并不一定是新刑法典的缺陷——如果这种模糊语言或弹性条款的使用是恰当的话。

本文前两部分的分析,可以说明刑法第 310 条就是一个模糊性条款,但它的模糊主要地不是由模糊语言的使用所带来的,而是由法律语言的错误使用所导致的。如前所述,“犯罪的人”这一用语,无论从字面的通常意义进行解释,还是在遵循无罪推定原则前提下进行限制性解释,它都有明确的含义。前者是指实施了危害社会行为并触犯刑法规范的人(包括达到犯罪程度应判有罪的人和已判有罪的人),后者则是指罪犯。这两种解释的存在并不意味着“犯罪的人”具有多义性,因为只要我们是将它作为一个法律用语使用,它的含义便是明确的、唯一的,它是指:被人民法院依法确定有罪的人。正因为“犯罪的人”是含义明确的法律语言,就使得我们不能像解释模糊性语言那样再对它进行其他解释,这就是我们前文为什么说它“不可解释的”原因。而像刑法中大量使用的“情节严重”、“其他方法”、“数额较大”、“数额巨大”之类的模糊用语,则均可通过司法解释加以明确化。可见,“犯罪的人”在刑法第 310 条中并非作为一种立法手段或策略而使用的模糊语言,纯粹是立法技术上的失误。

---

〔29〕 参见劳伦斯·M·弗里德曼:《法律制度》,李琼京、林欣译,中国大百科全书出版社 1994 年版,第 308 页以下。

〔30〕 事实上,模糊语言的使用通常只是为了让步于立法技术上难以克服的某些困难。

〔31〕 参见谷安梁主编:《立法学》,法律出版社 1993 年版,第 198 页。

有人将法律语言的明确性和准确性混为一谈。[32] 事实上, 明确性和准确性对法律语言的要求是并不相同的。“明确”的含义是“清晰明白而确定不移”; [33] “准确”的含义是“行动的结果完全符合实际或预期”。[34]由此我们可以认为, 明确性是指法律语言的含义应该具有确定性, 不能模楞两可; 而准确性则是指法律语言的使用应当恰好能够承担其应该承担的意义,“能最得当的表达本意, 并能与其他词语合理搭配”,“事实求是地反映客观事物的本来面目, 不夸大, 也不缩小”。[35] 一个法律用语很可能是明确的, 但如果它并不能做到不多不少地传达出立法者使用它时所想要表达的意思, 就很难称得上是准确的法律用语。相反, 既然模糊语言是立法上必不可少的手段, 那么如果它的使用是恰到好处的, 它就称得上是准确的法律用语, 尽管它并不具有明确性。[36] 与明确性语言对应的是模糊性语言, 而与准确语言对应的则是错误用语。刑法第 310 条中“犯罪的人”, 就是这样的错误用语。因为立法者想要表达的是“犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯”, 而实际传达出来的则仅仅是“罪犯”。

如果借用语言学上“能指”(Signifier) 与“所指”(Signified) [37] 两个概念进行分析, 我们可以说在刑法第 310 条的语境之下,“犯罪的人”这一用语的能指与所指是相分离的。后现代主义作家们乐于在自己的作品中使语言的能指与所指相分离, 以对语言的日常意义进行消解, 这的确能赋予文学作品的语言以无限的意蕴。但是法律文本却要求语言的能指与所指高度统一, 这是由法律语言的明确性和准确性要求所决定的, 因为当能指等于所指时, 语言的含义就最确定、最具体。[38] 当然, 要在任何情况下都做到法律语言的能指与所指相等, 是十分困难的。尤其是立法者使用模糊语言时, 能指与所指必然发生分离。当能指大于所指时, 对该模糊语言进行的法律解释就应该是限制性解释, 反之, 则应是扩张解释。刑法第 310 条中“犯罪的人”, 其所指是“犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯”, 而能指仅仅是“罪犯”, 所指显然大于能指。依照前面的理论, 只有进行扩张解释才能包含立法意图的全部内容。但是由于“犯罪的人”在这里是错误用语而非模糊用语, 所以我们一旦对它进行解释, 便会陷入本文前两部分所说的尴尬之中。法律解释功能的实现,“是以被‘解释’的词语具有权威为前的”, [39] 而我们面对的却是一个不具有权威性(准确性) 的词语。

我们可以找到一个很好的反证: 同样在刑法第 310 条中,“作假证明”就属于模糊语言, 但是如下内容不但能体现立法精神, 而且也是“作假证明”一语完全能够包含的意思:“提供虚假证明, 伪造、变造证据或者以隐藏、毁灭证据、湮灭罪迹的方法掩盖犯罪的事实。”对于模糊语言, 在不违反有关法律原则的前提下, 法律解释可以依立法精神最大限度地拓宽其所指的范围。由于可以通过法律解释加以弥补, 为了法律条文尽量简明, 较好的办法便是使用“作假证明”这样的模糊语言, 而无须列举各种情况, 以节省立法成本或者避开某些立法技术上的难题。

---

〔32〕 同上, 第 191 页以下。

〔33〕〔34〕《现代汉语词典》, 商务印书馆 1996 年修订第 3 版, 第 889、1659 页。

〔35〕 孙懿华、周广然编:《法律语言学》, 中国政法大学出版社 1997 年版, 第 92 页以下。

〔36〕 从一般意义上理解, 准确的语言应该同时具有明确性。但是对于法律语言来说, 我们不能认为其中的模糊语言都是不准确的, 否则模糊语言将丧失在法律中存在的合理根据。

〔37〕“能指”, 是表示物质实体或抽象概念的一系列语言或文字符号;“所指”, 是用一系列语音或文字符号表示的具体事物或抽象思想。如 star(星) 这个词可用来表达“明亮的天体”, 那么它的能指就是“星”, 所指就是“明亮的天体”。参见[英] 哈特曼、斯托克编:《语言与语言学词典》, 上海辞书出版社 1981 年版, 第 316 页。

〔38〕 这种语言有可能被文学家斥为“僵死的语言”, 但对于法律来说, 它恰恰是富有生命力的。正因为如此, 有人称“准确性是法律语言的生命线”。

〔39〕 前引〔8〕, 川岛武宜书, 第 263 页。

而像“犯罪的人”这样含义明确的用语,如果同样用扩张解释的办法弥补其被误用所导致的立法缺陷,解释结论必然有一部分它无法包含的内容,这样不但起不到弥补法条不足的目的,还与整部法典的价值目标相背离。至此,我们似乎可以从根源上明白为什么在对刑法第 310 条进行解释时,会让人那般无所适从,并且可以得出这样一个结论:在立法中,法律语言的准确性要求比明确性更为重要。因为,“标准化的语言会导致可靠的、可预料的和标准的解释”,[40] 准确使用法律语言,才能保证法律价值在传达过程中不会“水土流失”。

对于不准确的法律用语,必须从立法上加以修正,才能避免它所带来的难以预料的恶果。如果以法律的稳定性为借口懒于启动立法程序而对它们进行解释,我们就只有两种选择:要么完全改变该法律用语的含义,使词语屈服于立法者的意志;[41] 要么在公正的立场上后退一步,容忍与法律价值相冲突的解释结论。显然,这两种选择并非“鱼”和“熊掌”式的简单的二选一,而是,左边是泥潭,右边是悬崖。那么,刑法第 310 条中“犯罪的人”怎样修改,才能满足条文的需要呢?我们前面的种种分析并不说明修改刑法第 310 条的不准确用语是多么困难的事情,而只是想揭示这一具体问题带给我们的启示。其实,刑法第 310 条的问题很好解决,只要将“犯罪的人”改为“犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯”,它与无罪推定原则相冲突的问题便可迎刃而解了。并且,这样修改之后,语言表述既明确又准确,适用该条规定不但可以全面实现立法目的,也不会有违背罪刑法定原则之忧。承认模糊语言在法律中是一种必要手段的人,也同时承认明确性语言对维护法律威严的重要性。“语言特别明确时,法院很难歪曲它的意思”,所以,有时候某种程度的罗嗦并不是“意外的事或错误”,[42] 而是为了以语言技术手段尽量消除司法权中的自由裁量成份。尤其是在刑法中,以语言技术手段防范司法活动中的擅断,显得更为重要。将刑法第 310 条窝藏包庇罪的犯罪对象直接规定为“犯罪嫌疑人、刑事被告、罪犯”,虽然增加了文字,但并不会对法条的简洁性造成多大损害,相反,在准确传达法律的价值方面却有重大意义。而且,作出这种明确的规定,既不存在观念上的障碍,也不存在立法技术上的困难,如果根本没有一个概念可以涵盖“犯罪嫌疑人、刑事被告人、罪犯”,那么直接将它们列举在法条中便是最好的选择。

现在,我们来解决本文第一部分悬置的一个问题:“犯罪嫌疑人”的概念何以能包含尚未归案的“犯罪人”?所谓尚未归案的“犯罪人”,包括犯罪事实未被司法机关发现的人和犯罪事实虽已被发现但尚未被采取刑事强制措施的人。对于后者,其被称为犯罪嫌疑人似无疑义;对于前者,因其尚未进入司法机关的视野,尚未成为刑事侦查活动的对象,称他们为犯罪嫌疑人,也许会有人反对。笔者认为,犯罪事实未被司法机关发现的人虽然还没有成为被侦查的对象,但当“明知”其有犯罪事实的人面对他时,他也只能是犯罪疑人而不能是“犯罪人”,正如我们在本文第一部分所说的那样,此时任何人没有权力称他为“犯罪的人”(罪犯)。尽管有学者认为无罪推定原则仅仅是一个司法原则,不可能禁止公众在其他意义上称一个未经法院判决的人为罪犯,但他同时承认,至少,“法律不能称其为罪犯,或不能称其为法律意义上的罪犯”。[43] 那

〔40〕 前引〔29〕,劳伦斯·M·弗里德曼书,第 312 页。

〔41〕 改变法律用语的含义很可能说明我们对它固有的含义进行了歪曲,除非是社会生活的变革使法律观念产生了根本性的革命并进而导致法律用语含义的相应变迁。语言作为一种社会现象,它的变化常常反映了社会生活和社会思想的变化。是社会生活和社会思想的变革导致语言的变革,而非相反。参见陈原:《语言与社会生活》,生活·读书·新知三联书店 1980 年版,第 1 页以下。

〔42〕 参见前引〔29〕,劳伦斯·M·弗里德曼书,第 309 页以下。

〔43〕 参见苏力:《罪犯、犯罪嫌疑人和政治正确》,《读书》1997 年第 2 期。

么在法律解释中, 当然也不应将犯罪事实尚未被司法机关发现的人称为“犯罪分子”或“犯罪人”, 而只能称之为犯罪嫌疑人。将尚未归案的所谓“犯罪人”与犯罪嫌疑人专门区别开来, 并无实质意义, 何况, 从“犯罪嫌疑人”的字面含义来看, 它完全可以包含前者, 而不存在任何法律观念上的保障。

到此为止, 刑法第 310 条的问题似乎已经解决了, 但是由于类似的立法缺陷在刑法典和刑诉法中仍有不少, 所以, 考察缺陷是如何产生的就很有必要。

四、法律基本原则之于文本的意义

刑法第 310 条的错误用语只是立法上的一个小小的疏漏, 我们之所以如此“小题大作”, 是因为它所导致的后果是严重的。法律的严肃性要求我们必须持有同样严肃的态度对待每一个细节问题。刑法第 310 条立法语言技术失误这一表层现象, 实际上反映出这样一些重大问题: (一) 它与无罪推定原则的冲突, 表明刑法与刑诉法之间的协调性不够; (二) 解释上的尴尬是由于刑法典对罪刑法定原则贯彻不够彻底所导致的; (三) 前两个问题进而使具体刑法规范的立法现实在客观上背离刑法及刑事诉讼的根本价值; (四) 法律适用使司法机关面临与解释者同样的尴尬。[44] 从这些问题中, 我们似乎可以得出一点启示: 法律的基本原则对于法律文本来说是十分重要的。

“原则是使人们能够详尽理解一门学科的各种基本观念。”[45] 在制定法律之前, 立法者必须先确立一些根本的观念或曰出发点, 也就是要先确立一部法律的基本原则。“基本原则体现着法的本质和根本价值, 是整个法律活动的指导思想和出发点, 构成法律体系的灵魂, 决定着法的统一性和稳定性。”[46] 所以, 确立法律的基本原则, 实际上就是对法律的价值目标作出选择。在具体的法律文件中, 与该法律的基本原则相冲突的因素, 必然同时与该法律的基本价值目标相背离。立法程序的运作过程, 同时也是立法主体在其构建的法律价值目标指引下, 调动立法的各种功能, [47] 对法律价值进行规范化的过程。而既然法律的基本原则体现着法律的本质和根本价值, 我们就可以说, 对法律价值的规范化过程事实上又是法律的基本原则在法律文本中被全面推行的过程。正是在这一点上可以说明, 基本原则不但具有行为准则和审判准则的功能, 还具有立法准则的功能。[48] 所以在立法活动中, 服务于法律价值目标的全部立法技术手段, 无论是制度设计、规范结构, 还是语言选择以及法律文件的系统化方面, 都应当考虑法律基本原则的要求。只有当立法活动充分地发挥了基本原则的立法准则功能, 即真正体现了基本原则的精神时, 基本原则的行为准则和审判准则的功能才能有效实现。也就是说, 法律价值目标的现实化最终取决于立法水平的高低, 当法律存在漏洞或错误, 不但说明法律的价值已经或多或少受损, 而且很可能意味着缺陷之处正是违背法律基本原则之处。当然, 我们不能否认立法缺陷的产生有可能是出于观念上的原因或纯粹技术上的原因, 但未能充分体现法律

〔44〕 它是指在适用刑法第 310 条时, 司法机关自认为符合立法意图的理解, 恰恰是违背该法律条文“明文规定”的。如前文所述, 这是由于“明文规定”并未准确传达出立法意图所造成的。

〔45〕 [英] A• J• M• 米尔恩:《人的权利与人的多样性》, 夏勇、张志铭等译, 中国大百科全书出版社 1995 年版, 第 22 页。

〔46〕 见[美] 迈克尔• D• 贝勒斯:《法律的原则》“译后记”, 张文显等译, 中国大百科全书出版社 1996 年版, 第 469 页。

〔47〕 立法的功能主要有对社会的立法需求和立法时机认定的功能、对法律文化的表现功能、对各种利益的协调功能、对法的作用的预测功能等。参见前引〔31〕, 谷安梁主编书, 第 25 页以下。

〔48〕 参考有关学者对民法基本原则的功能的解释, 我们认为刑法基本原则有着大致相同的功能。参见前引〔15〕, 徐国栋书, 第 16 页以下。

基本原则的要求而导致立法缺陷的可能性最大。所以,当我们需要检测法律解释是否准确无误或立法是否成功时,以法律的基本原则为标准就是一种有效的手段。事实上,本文前三部分对刑法第310条缺陷的分析,很大程度上正是以无罪推定原则和罪刑法定原则为标尺进行的。而且,完全体现法律基本原则的立法,在坚持法律基本原则的前提下进行法律解释时,得出的解释结论便具有确定性。

无罪推定原则和罪刑法定原则分别在修订后的刑诉法和刑法典中被明确规定后,引来了刑法学界的一片欢呼。然而,基本原则的法典化不应该停留于在法律文本中设置一个条文,而应当使该原则的基本精神彻底渗透到整部法典当中。换一种形象的说法,法律基本原则应该是法律之有机体的灵魂而非形体,是无所不在的神经与血液,而非某个可以切除的器官或外在的饰物。法律文本对基本原则的贯彻不但要从制度手段上予以保证,更要从技术手段上身体力行。技术手段着眼于具体的个别的情况,而"个别情况的细节、特征和特定环境,对于决定如何最好地满足运用于那一类情况的原则的要求,具有显而易见的重要性。……如果要满足原则的要求,就必须注意理解个别情况……"[49]学者们的研究往往倾向于为制度手段扫清观念上的障碍,而疏于提供技术手段上的理论工具。如果立法者也存在同样的偏向,立法中的缺漏便会大量出现。而当法律基本原则成为立法中各种技术手段的主心骨时,像刑法第310条那样的错误便会减到最少。立法者如果充分把握"犯罪的人"的准确含义,并按罪刑法定原则的要求来体现其立法意图,必然会因"犯罪的人"这一表述不能周延窝藏包庇罪的犯罪对象,有可能使法律适用陷入"法无明文规定"的处境,而考虑另行选择一种恰当的表述。同样,如果立法者在刑诉法中彻底贯彻无罪推定原则的精神,就应考虑到赋予犯罪嫌疑人和刑事被告人以沉默权,而不致在刑诉法第93条作出要求他们"应当如实回答"这样难以令人满意的规定。可见,法律的基本原则在法律文本中贯彻是否彻底,关涉到该法律规范体系内部是否协调统一的问题。如果我们用罪刑法定、适用法律人人平等和罪刑相适应这刑法的三大基本原则对刑法典的各个要素进行检测,就会发现几乎所有的立法缺陷都是由于它们与某个基本原则相抵触所造成的。刑法第310条的问题,就主要与它违背罪刑法定原则有关。总之,刑法内部的矛盾反映了刑法基本原则在刑法典中未得到充分的体现和彻底的推行。

那么,刑法与刑诉法之间的协调性问题与两法的基本原则有何相关呢?我们认为,实体法与程序法之间的协调不仅应当表现在制度规范上的相互衔接,更应当表现为价值目标上的内在统一。要达到价值目标上的内在统一,就必须使程序法所确立的基本原则在实体法中同样得到全面贯彻与体现,反之亦然。因为,"程序法是实体法的生命形式,也是实体法内在生命的表现,如果程序法与实体法的精神、原则及内容相左,就必然会损及该实体法的生命力。"[50]没有程序正义,实体正义就是一种不可靠的许诺。刑事诉讼的价值目标是为了保证刑法价值的实现,在保证刑法价值实现的过程中,刑事诉讼法才能显现其价值意义。而既然"基本原则差不多是法律的所有价值的负载者",[51]那么要保持程序法和实体法价值目标上的内在统一,就必然要依赖于二者之基本原则的相互作用来实现。也就是说,在制定刑法典时,必须对刑诉法基本原则的要求有所考虑,在制定刑诉法时,对刑法基本原则的要求同样要有所考虑,

〔49〕 前引〔45〕,米尔恩书,第24页。
〔50〕 黄定勇:《罪刑法定原则将在挑战中前行》,《法律科学》1998年第5期。
〔51〕 前引〔15〕,徐国栋书,第354页。

并且, 要使立法的技术手段全面服务于这样的考虑, 才能使刑法和刑诉法保持协调。例如, 刑诉法第 20 条规定: “中级人民法院管辖下列第一审刑事案件: (一) 反革命案件、危害国家安全案件; (二) ……” 但是, 由于新刑法取消了反革命罪的类罪名, 从而使该条规定违背罪刑法定原则, 并导致刑诉法与刑法之间多了一个不协调因素。虽然刑诉法修订先于刑法的修订, 但是取消反革命罪类罪名和确立罪刑法定原则在当时已成大势所趋, 完全可以预料, 如果从法律的稳定性要求出发, 在修订刑诉法过程中对罪刑法定原则的要求有所考虑, 就可以避免这样的短期行为所带来的立法纰漏。同样, 当立法者在刑法第 310 条中使用“明知是犯罪的人”这样的表述时, 如果用无罪推定原则这把尺子对其予以衡量, 可能就不会产生本文前面所论及的种种问题。可见, 刑法和刑诉法各自的基本原则, 也应当成为对方普遍遵守的原则, 这样说并不是要抹煞程序法与实体法自身基本原则与对方基本原则的区别, 只是意在强调, 刑法和刑诉法充分尊重对方的基本原则是两法保持协调的基本要求。

立法的基本原则往往只能为创制法律的活动提供宏观上的较为抽象的标准, 而法律的基本原则除了从观念上指导立法活动外, 还可以为立法技术手段的运用提供一个相对具体的标准。所以, 法律基本原则的立法准则功能应当被高度重视。当立法活动完全依照法律基本原则的要求进行时, 法律文本体现的意义便是指向它所追求的价值目标。法律本身的完善是法律得以有效实施的基础。尽管有人认为执法的正义性与非正义问题有其独立的标准, “正义的法律可能被不公正地加以执行, 而不正义的法律也可能得到公正的不偏不倚的执行”, [52] 但是当法律本身存在瑕疵时, 其自身的公正性价值已经受损, 即使这种法律被“不偏不倚”地执行, 其执行结果的正义性也大可怀疑。“不偏不倚”地执行法律至多实现程序正义, 而当实体正义大打折扣时, 这种程序正义又有何意义呢? 何况, 如果执法者所依据的程序法同样不完善时, 其所谓“不偏不倚”的执行恐怕更成问题。只有当法律尽量消除自身的缺陷时, 法的实现才能最大限度地契合于法律创制时的初衷。在此, 我们是想表明, 法律基本原则之立法准则的功能发挥得如何, 直接影响法律基本原则作为行为准则和审判准则功能的实现。

需要说明的是, 我们强调以法律基本原则为标准衡量法律规范对于消除立法缺陷的重要作用, 并不是说完全符合其基本原则的法律就一定是完美的。事实上, 没有任何一种法律是完美的, 由于各种因素的影响, 比如语言本身的局限性、社会客观现象的复杂性、立法者主观方面以及立法技术上难以克服的困难, 法律总会有这样那样的缺陷。“人类一次又一次地对法律的部分内容或全部内容加以否定, 却总也无法消除法律形式相对无法满足的不和谐, 这是法律本身的局限还是人类的根本追求在绝对意义上的不可靠?” [53] 一旦上升为形而上的追问, 那么作为人类追求公正之手段的法律, 就变得面目可疑了。成文法固有的局限性必然要使法律最初的价值追求有所损耗, 但是当观念到位时, 如何消除立法技术上能够避免的缺陷便成为值得研究的课题。理想的法律是卡夫卡的“城堡”, 总是遥遥在望, 而永无抵达。在某种意义上, 法律的修改与完善是一种西绪弗斯推石上山的工作。

〔52〕 [美] J• 范伯格: 《自由、权利与社会正义》, 贵州人民出版社 1998 年版, 第 152 页。
〔53〕 [美] E• 博登海默: 《法理学——法哲学及其方法》, 华夏出版社 1987 年版, 第 3 页。