

总第8辑

赵秉志 主编

中国人民大学刑事法律科学研究中心 主办

刑事法 司法解释研究

Study on Criminal Precedents
and Interpretations

2004/3

本辑要目

- 肖 衡 冲突下的契合——兼论立法解释存在的必要性
刘宪权 刑法司法解释时间效力规定评析
牛克乾 “飞车抢物”刑事案件如何定性
吴 声^等 罪行法定、正当化事由和刑罚价值之实证考察
徐汉明 我国洗钱犯罪的现状与刑事立法完善

人民法院出版社

2004年第3辑(总第8辑)

刑事法判解研究

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

赵秉志 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2004年. 第3辑. 总第8辑/赵秉志
主编. —北京: 人民法院出版社, 2004.10
ISBN 7-80161-866-1

I. 刑… II. 赵… III. 刑法-判例-研究-中国
IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 106134 号

刑事法判解研究

2004年第3辑(总第8辑)

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办
赵秉志 主编

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲9号(100101)

电 话 (010)65290561(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092毫米 1/16

字 数 230千字

印 张 13.5

印 数 5000

版 次 2004年10月第1版 2004年10月第1次印刷

书 号 ISBN 7-80161-866-1/D·866

定 价 22.00元

2004 年第 3 辑(总第 8 辑)
中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

《刑事法判解研究》

顾 问

高铭暄 马克昌 王作富
刘家琛 姜兴长 沈德咏

编辑委员会

主 任 赵秉志

委 员 (以姓氏笔划为序)

王新清 卢建平 任卫华

何家弘 杨万明 南 英

高憬宏 黄尔梅 黄京平

谢望原 甄 贞 熊选国

主 编 赵秉志

副主编 黄京平 谢望原

编 辑 杜 澎 时延安

目 录

解释研究

冲突下的契合

- 兼论立法解释存在的必要性……………肖 蓓 (1)
- 刑法中概括性条文的存在必要和正确的解读方法……………杜金彪 (15)
- 简论《刑法修正案(三)》……………彭凤莲 (28)
- 论刑法司法解释的特征、原则与方法……………侯国云 (34)
- 刑法司法解释时间效力规定评析……………刘宪权 (49)
- 试论自首时辩解及其刑事法意义……………黄晓亮 (61)

案例解析

对正当防卫的阶段分析

- 对一起故意伤害案件的法理分析……………王国宾 张大志 (73)
- 朱某、吕某操纵证券(股票)交易价格案的法理分析……………张春喜 (84)
- 从几个案例简析诈骗罪与盗窃罪、抢夺罪的区别……………肖荣会 刘连贺 (96)
- 口供补强规则的理解与适用
- 郭火故意杀人案……………王莉君 朱 平 (103)
- 统一还是分立:刑事、民事证明标准的改革
- 从葫芦岛小姐跳楼案说起……………杨文锋 (112)

法官评案

私分国有资产罪的理解与司法认定

- 龚伟明等人私分国有资产案的法律适用评析
- ……………李颖丽 张素莲 (123)

内外勾结金融诈骗犯罪共犯如何认定

——戴某票据诈骗、金融凭证诈骗案 康 瑛 (138)

“飞车抢物”刑事案件如何定性

——王某、张某抢劫、盗窃案 牛克乾 (147)

罪刑法定、正当化事由和刑罚价值之实证考察

——从一起非法出售珍贵、濒危野生动物制品案切入

..... 吴 声 张志勇 (160)

实务探讨

论未遂教唆 马荣春 张树军 (174)

我国洗钱犯罪的现状与刑事立法完善 徐汉明 (182)

盗窃罪若干新型问题研究 杨子良 (194)

冲突下的契合

——兼论立法解释存在的必要性

肖 衡*

刑事法判解研究

作为刑事立法原则和刑事司法原则的罪刑法定，与作为法律方法之一的法律解释的关系问题是我们必须要正视的。本文在对罪刑法定的含义与法律解释的含义分别加以介绍的基础上，提出两者之间的关系实质上是在冲突之下的一种契合。冲突之中存在契合，虽然冲突难以避免，但契合更是时代的要求。

作为刑事立法原则和刑事司法原则的罪刑法定，对于保障人权，维护社会正常运行秩序有着重大的意义。这一原则自出台以来得到了学者们的广泛赞誉，而且它在实践当中也确实发挥了重大作用。我国刑法第3条明文规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”一般来说，学者们普遍认为这是罪行法定原则在我国刑法中的集中体现。然而，在实践中当我们把法律条文运用于具体案例时，作为法律方法之一的法律解释在很多时候都是难于避免的。于是罪刑法定与法律解释（刑法解释）的关系成为我们必须正视的问题。

* 山东大学法学院刑法学专业硕士研究生。

一、罪刑法定原则的内涵

近代刑罚学之父费尔巴哈于 1810 年在其刑法学教科书中将罪刑法定阐释为“没有法律就没有犯罪”（*nullum crimen sine lege*），“没有法律就没有刑罚”（*nulla poena sine lege*），“没有法律就没有犯罪与刑罚”（*nullum crimen nulla poena sine lege*）。^① 刑法学界一般认为，罪刑法定原则最早可以追溯到 1215 年英王约翰签署的《自由大宪章》，其第 39 条规定“对于任何自由人，不依同一身份的适当裁判或国家的法律，不得逮捕、监禁、剥夺领地、剥夺法的保护或放逐出境，不得采取任何方法使之破产、不得施加暴力、不得使其入狱”。^②

英美法系国家和大陆法系国家均对罪刑法定原则有所规定，但是两者不论是在法律思维模式上，还是在法律程序上都存在很大的差异，特别是法律渊源上的差异使得两大法系的对罪刑法定原则的理解有着一定的差别。正如有的学者所指出：“国外刑法学界对‘罪刑法定原则’有形式主义和实质主义两种理解；对这一原则的形式主义理解是大陆法系国家崇拜理性的历史传统与启蒙时期特定的社会历史条件相结合的产物，其表现形式是崇拜法律的确定性，忽视法律的内在价值，强调从技术上追求法律的尽善尽美，以达到限制司法的目的；对罪刑法定的实质理解反对将法律视为僵死的教条，主张通过发挥法官的主观能动性来弥补法律与现实之间的断裂……”^③ 早期大陆法系国家的罪刑法定更多的强调的是形式上的罪刑法定原则，而英美法系国家由于习惯法和判例法的重要地位以及强调法官在法律生活中的能动作用，他们认为“法官不能制定法”已经成为一种陈腐的观念，已经成为每一位成家立说的法学大师批判的对象，故而更加崇尚实质意义上的罪刑法定原则。

随着法治国向文化国的进化，并在两大法系逐渐融合作用的推动下，罪刑法定原则也以更加灵活的方式展现在世人面前。这一点可以从绝对罪刑法定向相对罪刑法定的历史嬗变中体现出来。在罪刑法定原则从“硬”到“软”的过程中，司法权不断扩大，法官权威得到更高层次的尊重已经成为了一个不争的事实。有学者提到，“这与其说是社会保障需要的考虑，不如

① 参见张明楷：《刑罚格言的展开》，法律出版社 2003 年版，第 16 页。

② 参见张明楷：《刑罚格言的展开》，法律出版社 2003 年版，第 16 页。

③ 参见陈忠林：《从外在形式到内在价值的追求》，《现代法学》1997 年第 1 期。

说是人权保障思维的转轨”，^①在绝对罪刑法定的要求下，法律所能解决的更多的是一般性的问题，而对于法律规定模糊，或者法律表达方式不能完美体现立法意图的情况下，更甚至于在法律表达方式完全背离立法意图的情况下，绝对的罪刑法定原则容易招致个别当事人利益的损害。文化国对我们提出了更高程度上的维护人权的要求，即不仅要保障人权而且要人权得到最大限度上的保障，不仅要保障大多数人的人权也要照顾到特殊情况下个别人的人权。在相对罪刑法定原则下，法官已经不再是单纯的法律“口舌”，更重要的是他们可以发挥自己的主观能动性在法律规定模糊或是法律明显不利于保护当事人利益时结合具体案件做出自己的基于公正、正义的判决。这种情形作为法律解释的一部分，会与罪刑法定原则产生种种“纠葛”。

二、法律解释的内涵

关于法律解释内涵的阐述有很多，张志铭先生在《法律解释概念探微》中列出了9种法律解释的定义。^②以主体、客体、内容的思维逻辑进行思考，那么我们也可以将法律解释的基本要素看作是能够进行法律解释的主体、法律解释所针对的客体以及何种条件下需要进行法律解释。换句话说，就是在什么条件下，需要什么人对怎样的法律作出解释。

什么条件下需要进行法律解释？法律解释是既存在于立法领域又存在于司法领域，还是仅存在于司法领域当中？我国法学界的传统观点认为，法律解释根据作出解释主体的不同可以分为立法解释、司法解释以及学理解释。立法解释是由国家权力机关所作的解释，处于核心地位，它所作解释具有最高权威。司法解释是由国家权力通过法律授予司法机关并由司法机关统一行使。司法解释的分歧由权力机关作最终裁决。人民代表大会及其常委会是国家最高权力机关，只有它有权制定与修改法律，司法机关由全国人大领导，对它负责，受它监督。因此，它们只能对法律在具体适用中的问题作出解释，所作出的解释也只对审判与检察工作有约束，不具有普遍效力；而关于法律的进一步明确界限与补充解释只能服从于全国人大常委会的解释。学理解释，是指法律专家、学者以及法律工作者以个人的名义，对法律所作的解释。这类解释并不具有法律效力，而只起到参考的作用。与之相反，针对法

^① 参见武玉虹，徐建峰：《应然的论说于实然的评说》，《浙江省政法管理干部学院学报》2001年第3期（总第48期）。

^② 参见张志铭：《法律解释概念探微》，《中国法学》1998年第5期。

律解释的问题,学界又有相左观点认为,实际上是不存在立法解释的,“把立法解释理解为立法机关通过立法程序来专门解释法律,并在立法机关的职权中专门规定一项立法解释权,却是失之以谬了”,^①“立法机关创设的是法律文本,即使它以解释名义所进行的活动在实质上仍然属于立法的范畴……。”^②

立法解释究竟应存还是应废呢?权衡各种利弊关系以及我国法律解释的现状,笔者认为,立法解释目前仍然有存在的必要。

首先,立法机关的立法具有一元性,不论是在联邦制国家还是在单一制国家立法机关均享有绝对的立法权威。法不二出为立法的基本常识,立法机关的职责是立法,法律的确切含义是在立法过程中产生的,因而只有立法机关才是确认法律真正含义的终极权威者。而且在现行刑法条文中也存在不少解释性的条款,如刑法第451条规定:“本章所称战时,是指国家宣布进入战争状态、部队受领作战任务或者遭敌突然袭击时。部队执行戒严任务或者处置突发性暴力事件时,以战时论。”此外,有学者认为,现行刑法第20条第3款特殊防卫中的“行凶”、“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”的外延有多大,第67条第2款以自首论中的“本人其他罪行”是否包括同种罪行,第81条第2款不得假释中的“暴力性犯罪”指哪些等,都可以而且应该通过立法解释来解决。^③

其次,立法解释的存在是罪刑法定原则的当然要求。罪刑法定原则的经典表述是,“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。那么究竟何为“明文”?是将社会上可能出现的所有犯罪都无一遗漏的全部规定出来,还是不惟僵硬的法律规定,以法官在具体案件中所遇到的具体情况做出的不同判决作为明文规定?笔者认为,这两种情形都过于极端,现实当中没有必要也没有可能将所有的犯罪行为都规定出来,但是仅仅依靠法官的力量作为法律的明文规定当然也是不利于保障当事人的合法权益的,特别是在今天法官素质还有待于提高的中国更是难上加难。所谓“明文”应该是法律对各种可能出现的情形作出原则性、概括性的规定,在必要的时候通过有关机关、人员结合具体情况作出解释。这才是“活的”法律范式下的“明文”的真正含

① 参见袁吉亮:《论立法解释制度之非》,《中国法学》1994年第4期。

② 参见陈金钊:《法律解释学的转向与实用法学的第三条道路》,《法学评论》2002年第2期(总第112期)。

③ 参见李国如:《立法解释必要论》,《法商研究》2000年第5期(总第79期)

义。

刑法学界一般认为，罪刑法定原则产生的思想渊源是孟德斯鸠的三权分立学说与费尔巴哈的心理强制说。^① 随着时代的发展，罪刑法定的思想渊源也不断的改进与发展，有的学者吸收了国外的学说将民主主义与尊重人权也纳入到罪刑法定的思想基础当中。^② 这些学说不仅为罪刑法定奠定了深厚的思想基础，同时也决定了刑法的实施是离不开立法解释的。民主主义要求，什么是犯罪、对犯罪如何处罚，必须由人民群众决定，具体表现为由人民群众选举产生的立法机关来决定。“根据民主主义的要求，犯罪与刑罚必须由国民的代表机关即议会制定的法律来规定。”^③ 进一步说，“立法解释因为是由人民选举的代表组成的全国人大常委会做出的，所以，它对‘需进一步明确界限或作补充规定的’法律条文本身所作的解释，是代表了人民的意志的，符合民主主义的要求”。^④ 尊重人权主义要求，为了保障公民的自由，必须使公民能够事先预测自己行为的性质与后果，故什么是犯罪、对犯罪如何处罚，必须在事前明文规定。这一思想基础对成文法提出了强烈的要求，同时也对法律条文的任意解释进行了驳斥。立法解释作为最能体现立法者意图以及最能保障人权的措施自然是必不可少的。有的学者提出，“立法解释会使法律的客观性和可预测性受到质疑”，并进一步指出“法律一经颁布，就是一种客观存在，如何理解，是理解者的事”。^⑤ 但就笔者看来，不同的人对不同的话语会产生不同的理解，针对同一法律条文在不同的语言环境下，执法者和守法者可能会有不同的理解，有时甚至可能是截然相反的理解。那么究竟是由一个特定的机关对既成的法律作出专门的解释容易使法律失去客观性和可预测行呢，还是众人纷纭对法律作出不同的理解容易使法律失去客观性和可预测行呢？我想答案是不证自明的，当然是由一个主体作出的解释更容易使法律具有客观性和可预测性。同时，万事万物都是由联系的，立法者制定出法律之后不可能与其所制定出来的法律完全脱节，虽然有话说“法律一经制定出来，它就死亡了”，但笔者认为，死亡的是法律本身，

① 参见甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》（上册），北京大学出版社1984年版，第219～220页。

② 参见张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2003年第2版，第19页。

③ 参见马克昌：《罪刑法定主义比较研究》，《中外法学》1997年第2期。

④ 参见李国如：《立法解释必要论》，《法商研究》2000年第5期（总第79期）。

⑤ 参见陈斯喜：《论立法解释制度的是与非及其他》，《中国法学》1998年第3期。

而不是立法者与法律之间的密切联系。法律当中不可避免地要反映出立法者的立法意图，所以由立法者对法律作出解释也是恰当不过的。

再有，立法解释是适应我国现阶段的基本国情的。对任何事物的分析都离不开历史的和民族的因素。许多学者对国外的法律解释制度作了介绍并且提出我国的法律解释是对其他国家法律解释制度的曲解，其他国家的法律解释制度专指法官在具体案件中对法律所作的解释，国外一般是不存在立法解释的。因而推导出我国的立法解释的存在也是完全不具有合理性的。但事实上，如果我们用历史的眼光来看待立法解释，具体问题具体分析，就会得出相反的结论。更何况情况并不完全如此，目前世界上仍有 20 多个国家存在立法解释，并且由立法机关解释法律的制度事实上源自英国，英国自建立议会制度以后，就将议会作为主权机关，因而不允许司法机关推翻议会所制定的法律。

我国目前能够进行法律解释的主体有很多，有审判机关的解释、检察机关的解释以及行政机关的解释，而且解释的效力难以协调，特别是审判机关的解释与检察机关的解释不时会发生冲突。那么，在这种情形下，由立法机关作为中间的权威调停者就显得尤为重要，因此，立法解释也成为不可缺少的一部分。

从历史文化传统以及民族性的特点来看，长久以来我国一直呈现行政与司法合一的局面，并且没有像其他一些国家，特别是像英美法系国家那样给法官以能动崇高的地位。更为重要的是，我国并没有建立起像其他一些国家那样的健全的法官、检察官培养方案。比如澳大利亚，它的检察官属于为国家服务的辩护律师，其资格的取得与辩护律师相同，即先接受四年的法学专业教育并获得学士学位，在其获得法学学士后在有经验的辩护律师的指导下实习 6 个月以上，经过审查，认为申请者具备了要求的学位、培训及经验且申请者既无不良行为，也无犯罪记录则可给予其律师资格，方可成为一名检察官。^①至于法官的培养则更是严格。在如此严格的培养方案下，法官、检察官的素质是不用质疑的，因此，国民也完全可以信赖法官以具体案情对法律所作的解释。但结合到我国的现实，法官的素质是无法与国外法官素质抗衡的，执法机关、司法机关“也还未能树立起对法律应有的崇敬感”“有意

^① 参见高丽蓉，杨正彤：《中澳不起诉制度比较研究》，《中国刑事法》2002 年第 3 期（总第 57 期）。

曲解法律，通过应用解释扩张自己的权力，限制别人的权利的现象随处可见”。^①同时，我们国家还没有足够的财力去实现“高薪养廉”，现实生活中难保法官不会出现应用解释扩张自己权力，限制他人权利的情形。所以，在此时“通过立法解释予以纠正，可以起到警示作用。如果采用修改、补充法律的做法，则达不到这种作用”。^②立法解释的主体当然是法律的制定部门，结合到我国的实际情况，即为全国人大常委会（这里仅针对刑法解释而言）。上面的论述对立法解释作了肯定，但是在肯定立法解释的同时，司法解释作为法律解释重要的组成部分也是绝对不能够忽视的。司法解释的主体在我国主要是最高人民法院和最高人民检察院，但从长远来看，有必要逐步取消最高人民检察院制发刑法司法解释的权力，将刑事司法解释权统归于人民法院行使，建立起以最高人民法院为核心的多级审判解释体制。之所以要逐步取消最高人民检察院的刑法司法解释权，是因为“这是由我国检察机关的性质、地位、作用和法制建设深化的客观要求所决定的”。^③

立法解释，按1981年《关于加强法律解释工作的决议》和2000年立法法的规定，有三种功能，或者说可解决三类问题：一是对需要进一步明确界限的法律条文本身进行解释；二是对需要作补充规定的法律条文本身作出规定；三是对最高人民法院和最高人民检察院所作的具有原则性分歧的解释进行解释。^④司法解释则主要是指作为规范法律解释主体的法院和作为具体案件阐释者的法官对法律条文以及案件事实所作的具有法律意义的说明。

总之，不论是立法解释还是司法解释都要服从立法。立法解释的效力要高于司法解释，当两者出现矛盾时，司法解释要服从立法解释。

三、罪刑法定——法律解释冲突——契合

历史上关于法律解释（刑法解释）的目的存在着三种学说，即主观说、客观说、折衷说。主观说，亦可称之为历史原意说，认为法律解释的目标是探求立法者在制定法律时的主观意图，那么，它就会把包括立法准备材料在内的各种反映立法者意图的历史材料归入法律解释对象的范围。客观说，亦

① 参见陈斯喜：《论立法解释制度的是与非及其他》，《中国法学》1998年第3期。

② 参见陈斯喜：《论立法解释制度的是与非及其他》，《中国法学》1998年第3期。

③ 参见游伟，赵剑峰：《论我国刑法司法解释权的归属问题》，《法学研究》1993年第1期（总第84期）。

④ 参见李国如：《立法解释必要论》，《法商研究》2000年第5期（总第79期）。

可称之为语义原意说，认为法律解释的目标是探寻体现在法律文本中的客观规范含义，法律解释的目标就是阐明解释时法律条文客观上所表现出来的意思，而不是立法者制定刑法时主观上所赋予法律条文的意思。折衷说则认为，法律解释在原则上应采主观理论，只有在有充足的理由能够证实立法时的价值判断因为不符合时代的发展而必须予以抛弃时，才能够例外地采用客观理论。笔者认为，主观说与客观说都是一种极端的片面，主观说可以说是一种遥不可及的美好幻想，而客观说则是一种完全抛弃立法精神的学说。所以，笔者对折衷说表示赞同。

在法律解释（刑法解释）的目的性学说上我们选择了折衷说，这也就意味着我们需要从两个不同的角度去看待法律解释与罪刑法定的问题——冲突与契合。

（一）罪刑法定与法律解释（刑法解释）的冲突

1. 价值层面上的冲突

价值层面上的冲突是罪刑法定原则与法律解释之间的最为本质的冲突。罪刑法定原则作为反对封建专制制度的胜利果实，它更多的强调的是形式正义。追求刑法的安全价值，防止司法擅断，严格限制司法权是其必然选择。罪刑法定期望通过明白无误的法律条文来处理社会中可能出现的各种各样的冲突，实现一般公正。在绝对罪刑法定下，客观的法律条文取代了具有主观意识的人，法官完全成了法律条文的“传声筒”，而不具有任何的主观能动性。法律解释是绝对不能被容忍的，当拿破仑得知对他的民法典进行解释的第一部评注出版时，他惊呼“我的民法典完了！”。贝卡利亚也曾提出：严格遵守刑法文字所遇到的麻烦，不能与解释法律所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。^①即使在相对罪刑法定下，司法审判的价值选择仍然是更加倾向于形式正义与一般公正。

法律解释的价值选择与罪刑法定原则是截然不同的，法律解释对于实质正义与个别公正则更有好感。刑法第 227 条规定了倒卖车票、船票罪，那么倒卖飞机票是否应构成犯罪呢？随着时代的发展，交通工具越来越便捷，乘坐飞机的人越来越多。而且，在激烈的竞争中许多民航公司为了摆脱不景气的困境纷纷在私底下大量抛售低价打折机票，这使得许多票贩子有机可乘，

^① 参见 [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，法律出版社 2003 年版，第 15 页。

他们通过倒卖飞机票谋取利润。有许多人建议，应该对第 227 条作出重新解释，将飞机票纳入到车票的范围内，当然也有人反对这样的解释。^① 但不论对这种解释同意与否，对这种解释进行争论的本身就已经充分显现出了法律解释追求实质正义与一般公正的价值取向。

2. 法律范式上的冲突

从古到今，法主要经历了自然法、制定法、“活的法”三种法律范式。自然法主要以价值作为评判依据，没有供人们参考的成文法典，法即存在于人们的心中，实现心中的那份正义就是自然法所追求的终极目标。自然法虽然具有灵活性的优点，可以适应不同的情形，但是这样的法多少会使人们摸不着头脑，毕竟不同的人处于不同的环境之中，关于善、恶会形成不同的认识标准，自然在人们心中法会显现出不同态势。在自然法时代，对于同一法律事实，不同的人可能会运用不同的法对之加以解释，从而形成不同的认识，得出不同的结果。就连自然法学家洛克本人也不得不承认，自然状态还存在缺陷：缺少一种文明规定的、众所周知的法律；缺少一个有权依照法律来裁判一切争端的裁判者；缺少一种权力来保证判决的执行。^② 自然法具有的种种弊端给制定法提供了广阔的发展空间，制定法以其确定性、稳定性以及可预测性的优势赢得了赞誉，成为保障人权的有力支撑。但是制定法在拥有稳定性、确定性、可预测性的同时，也不可避免的带有僵化性的弊端。于是“活的法”这种法律范式应运而生，它以制定法为依托，以自然法为精神导向，灵活地处理着社会中所发生的一切冲突。可以说，罪刑法定原则是制定法的现实表现，而法律解释则是自然法的现实表现，法律解释以自然法精神为依归对制定法所无能为力的领域进行着合理地调整，罪刑法定原则与法律解释也正是在活的法的范畴下得以契合。上述表述换句话说也可以是，罪刑法定原则更多的是从实然的角度去分析问题，而法律解释则更多的是从应然的角度去揭示事物的本质。

3. 司法层面上的冲突

正如前文所述，罪刑法定原则是在反对封建专制斗争中产生出来的，限制司法权，重视刑罚的安全价值是其不可或缺的内容之一。特别是在绝对罪刑法定时期，法官完全丧失了自由裁量权，前文中贝卡利亚的经典表述便是明证。此外，贝氏还曾经提出：“刑事法官根本没有解释刑事法律的权利，

^① 参见刘志远：《刑法解释的限度》，载《国家检察官学院学报》2002年第10卷。

^② 参见张明楷：《刑罚格言的展开》，法律出版社2003年版，第18~19页。

因为他们不是立法者”，“‘法律的精神需要探询’，再没有比这更危险的公理了。采纳这一公理，等于放弃了堤坝，让位给汹涌的歧见”。^① 既然限制司法权作为罪刑法定原则产生的目的之一，那么在实行相对罪刑法定的今天这一目的性要求也不可能被全然抛弃，否则罪刑法定将会丧失其大部分的存在价值。我国刑法第3条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”，我国宪法第123条规定：“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关”，第126条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。从宪法的规定可以看出，我们国家的司法审判权是完全属于人民法院的，将这一推论与刑法第3条结合便可以更加清晰地印证出罪刑法定对司法权的限制。

法律解释是完全不同的，它要通过对法律条文的阐释实现对社会的保护。一提到解释、阐释，一般的人都会很快的联想到解释的主体，这个解释的主体是自由的，而不是被束缚住手脚不得动弹的。同样，法官在阐释法律的过程中必须要发挥主观能动性并结合自己的法律知识、经验对法律条文作出最合理之解释。所以，司法权在此时不得不而且也必须要有足够的空间使之能够得以张显。也因此这就必然会形成罪刑法定与法律解释之间的冲突。

4. 刑法机能上的冲突

作为反封建斗争产物的罪刑法定原则不仅强调对司法权要加以限制，而且它更期望通过对司法权的限制实现对人权的保障。因此，可以说保障人权是罪刑法定原则的根本目的。作为罪刑法定派生原则的实体适当原则的提出可以很好的说明这一点。这一原则是由日本刑法学者团藤重光于20世纪60年代提出的，它强调刑法自身对犯罪和刑罚规定的适当性。之所以提出这一派生原则，学者们给出的理由是，罪刑法定原则的宗旨就是保障人权，实体的适当原则体现着实质的人权保障原则，符合罪刑法定主义本来的宗旨，应该说是这一原则的当然要求。

我们对法律解释的目的采折衷说，即法律解释一方面要追求立法者立法时的立法原意；另一方面，在原有立法的价值观念因时代发展而落后于现代社会的价值要求时，法律解释要起到弥补社会空缺的作用。那么深入一步问，为什么需要法律解释弥补社会空缺呢？法律解释弥补社会空缺所追求的

^① 参见[意]贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，法律出版社2003年版，第15页。

价值目标是什么呢？当然，从某种程度上来讲法律解释也会起到保障个人人权的作用。但是，从一般意义出发，法律解释所青睐的还是对社会的保护。正是为了对社会进行更好的保护，法律解释才不断地从目的论、系统论等各种理论中寻求对法律条文更好、更贴切的阐释。

5. 思维维度上的冲突

这里所讲的思维维度上的冲突主要是指思维方式上的冲突。罪刑法定原则要求“法无明文规定不为罪”，一切犯罪行为必须由法律作事先的规定，否则不能被认定有罪。这样的要求决定了罪刑法定原则下的思维模式必定是演绎性质的，即是从一般到个别的过渡。

法律解释则有所不同，针对具体案件对“死”的法律加以“活”的运用是法律解释的方法所在。法官对法律事实和法律条文作出具有法律意义的解释，并形成判例（主要是针对判例法国家而言）运用于今后的审判。可以说这样的法律思维模式当中蕴含着归纳推理的踪迹，提倡“法官造法”的国家就是这种思维模式的忠实拥护者。

（二）罪刑法定与法律解释（刑法解释）的契合

1. 罪刑法定与法律解释（刑法解释）能不能契合

新中国自成立以来一直贯彻着罪刑法定原则，但是如上所述罪刑法定原则与法律解释之间存在着种种冲突，我们是应该削足适履，用僵硬的法条套用于一切社会冲突，即仅依法条字面所表达的意思或仅根据立法者当时所处的立法背景下赋予法条的含义去断案呢？还是学会量体裁衣，以立法者立法原意为原则，在有充足的理由能够证实立法时的价值判断，因为不符合时代的发展而必须予以抛弃时，例外地采用符合现实法律精神的解释重塑法律条文的含义呢？笔者认为，后者应当是更佳的选择。选择后者就意味着罪刑法定与法律解释必须要在某种程度上有所契合。那么，两者之间究竟有无契合点呢？答案当然是肯定的。罪刑法定由绝对向相对的演进以及对法律解释的严格要求就是两者绝佳的契合点。

罪刑法定由绝对向相对的转化，从本质上反映出人们对形式正义和实质正义、一般公正与个别公正、人权保障和社会保护、个人自由和社会秩序关系认识上的变化和深化。刑事古典学派直面中世纪刑罚权无节制扩张和恣意擅断滥用之事实，以形式正义与一般公正为终极价值目标、以个人价值为本位、以人权保障为己任，将个人自由与社会秩序、人权保障与社会保护对立起来，在价值取向上作出对个人自由和人权保障的偏一性的选择，确立绝对罪刑法定，以防范和遏制刑罚权的扩张和滥用。刑事实证学派，主张从罪犯