

【法学研究】

法律漏洞与目的性限缩研究

肖宸彰¹, 赵运锋²

(1. 华东政法大学 研究生院, 上海 200042; 2. 上海政法学院 刑事司法学院, 上海 201701)

摘要:法律难免存在漏洞,目的性限缩是法律中隐藏漏洞的重要补充方法,符合罪刑法定原则和法治要求,可以缓和法律规范与社会治理之间的紧张,具有落实人权保障和促成实质正义的价值,法官有权力和能力适用目的性限缩填补法律漏洞。适用目的性限缩必须遵守合宪性原则、比例原则、公平正义原则。在刑法罪名的规范诠释当中,目的性限缩具有相应的适用空间。

关键词:法律漏洞;目的性限缩;实质正义;合宪性原则;比例原则;公平正义原则

中图分类号: D 90 **文献标识码:** A **DOI:** 10.13486/j.cnki.1673-2618.2023.03.012

目的性限缩是指当法律条文的核心含义涵盖了本不应当涵盖的范围,从而形成了法律漏洞,导致对个案处理严重不公正时,将本不应该涵盖的部分排除在法律调整范围外的法律适用方法。在法学理论上,目的性限缩属于法律漏洞补充的一种重要方法,其基本法理是针对不同类型的事件或行为应作不同处理。鉴于目的性限缩对于合理揭示文义作用明显,因此,在部门法当中适用较为广泛。通过法律限缩的方法,可以将不符合法律规范目的的情形排除在外,以此使得个案的处理更加符合实质正义。

一、目的性限缩中的“目的”

目的性限缩是法律中隐藏的漏洞的重要补充方法,依法律规范目的,本应对某一事项设立消极的限制而未设立时,即构成隐藏的漏洞。目的性限缩的根本意义,是基于法律条文的目的与整个法律体系的目的,将不应规范的范围排除在外。其出发点是基于法律的目的,而在某一情形特殊的具体个案中对法律条文排除适用,这里的

“目的”与法律解释学中所探讨的目的具有相同的含义。两者的最大区别是,法律解释属于一种解释方法,其解释范围必须处于法律条文的最大语义射程内,而目的性限缩属于一种漏洞补充方法,其已经超出了法律条文语义所可能涵盖的范围。对目的性限缩中“目的”的含义的解释,在理论界主要有三种观点,即主观说、客观说与折中说。

主观说认为,漏洞补充的真正目的在于探求立法原意,即立法者在设立法律时的立场态度。解释正确与否的标准也在于是否能够正确表达当时立法者的原意。该说又分为立法者主观说和法律条文之间的主观说。立法者主观说认为,为了探求立法者的真正目的,需要通过查找各种立法材料,研究当时的立法活动来准确判断当时立法者的真意。通过立法史料的研究,并分析立法活动时的舆论舆情,根据立法者所希望调整的社会关系以及所希望解决的问题,来把握隐藏在法律背后的社会、经济、政治目的。法律条文之间的主观说认为,立法者的意图与法律条文所蕴

收稿日期:2023-01-12

第一作者简介:肖宸彰(1998—),男,湖南冷水江人,在读硕士研究生,主要从事刑法学研究。

E-mail:729203125@qq.com

含的含义是一致的,立法者在立法时就是通过法条中的不同语句来确切传达其真实意图^{[1]32},因此立法意图已经暗含在了法条之中,通过对法条的分析,可以准确获得立法者在立法时的立场以及意图。归根结底,主观说意在通过各种途径来探寻立法者在立法时的意图,即探寻立法者的原意。

客观说认为,立法者一旦制定完法律,其与该法律之间会立刻分离,法律会成为一种客观存在,具有自身独立的意义。立法者只能通过其所留存的法律符号,为法律主体之间的交流提供媒介。法律本身的内涵也会随着社会的变化而变化,这也是法律能够长久为法治发挥作用的原因。客观说学者认为,法治的基础就是杜绝以探求立法者真意为借口的人治,坚持法律语言自身的独立价值。客观说相信,世上并不存在一部完美无缺不存在漏洞的法典,法律条文与案件事实也不能严格做到一一对应,法官如同自动贩卖机般输入案件事实和法律规则,就能得到合理公正的裁判结果的观点只是一种法律神话。

折中说认为,主观说过分拘泥于立法者的立法原意,致使对法律条文的理解僵化,难以适应不断变化的社会发展;客观说虽赞同法条所具有的独立价值,但对立法者的立法意图完全予以否认,也难谓正确。折中说主要分为客观的历史说和修正的主观说。客观的历史说认为,应该在立法的时期,通过对当时的社会、经济、文化等一系列因素的综合考量,对法条文义进行合乎价值的判断。^{[2]271}修正的主观说认为,仍应以立法者的原意为前提,但需要将立法者的意思明确地表现在法律条文之上,其才有认知的价值。^{[2]271}总而言之,折中说认为对法律条文的理解需要考虑一切相关的因素。

主观说拘泥于探求立法原意,但立法者的意思很难被准确掌握。在我国,全国人大享有立法权,而立法程序包括起草、审议、表决通过等多个阶段,每个阶段又可能有不同的冲突、争议,整部法律的诞生本身就是各方观点相融合、相妥协的产物,因此,很难准确证明哪一个具体的人是所谓的立法者,就此去判断所谓立法者原意更是难上加难。折中说虽然希望融合主观说与客观说,但其总得有所偏重,这使得它们中的任何一个都

无法真正被修正到能照顾一切因素的程度。^{[3]301}我们赞同客观说的观点。一个法律或者法条究竟有无贯穿始终的目的或者原意?持主观说的学者总是假定法律文本存在一个贯穿始终的目的或原意,并将其奉为圭臬。然而,张明楷教授指出,法律规范并不是一个封闭的概念,而是会随着时代发展、社会变迁、观念变化不断更新、增添新的内容。^[4]利科尔认为,立法者和司法者的关系是写读关系而非对话关系。在对话关系中,对话者之间存在沟通、交流,因此可以探寻双方的真实想法。而在写读关系中,作者与读者之间无法直接沟通,文本也就脱离了作者而具有客观意义,独立对读者产生影响。^{[5]135}同时,由于社会不断地发展变迁,立法者当时所欲传达的意思与所欲保护的主体可能也会因此不断变化,拘泥于立法者的原意会使得法律条文僵化。因此,目的性限缩中的“目的”应探求法律条文客观上所欲调整的关系以及所欲保护的主体。

二、目的性限缩的依据与价值

(一)目的性限缩的适用前提为法律存在漏洞

1. 法律漏洞的内涵 法律漏洞是指在设定的法律框架内本应涵盖或排除的行为类型或主体未涵盖或未排除的情形。有学者认为,法律漏洞是指法律体系上“违反计划之不圆满状态”。他们认为,法律漏洞应具有三个特征:“其一,指现行制定法体系上存在缺陷即不完全性;其二,因此缺陷的存在影响现行法应有的功能;其三,此缺陷之存在违反立法意图”。^{[5]251}对此,笔者将法律漏洞的特征归纳为如下四个方面。

首先,法律漏洞违反了计划性。计划性是指立法者按照当时的社会观念与所预测的法律调整方向,通过法律的草拟、制定等程序立法所要达到的一种目的。刘艳红教授认为,法律的计划性是指立法者在制定法律文本时所欲实现的目标,只有在法律文本确立后由于社会的发展变化导致出现了立法者意想不到的情形,致使法律规范不能发挥其应有的功能,才是违反计划性。^[6]质言之,基于立法者的善意立场,其制定法律的目标也必然是善意的,故计划性实则就是立法时期法律的应然状态。

其次,法律漏洞具有不圆满性。不圆满性是指法律条文在整体架构下存在缺陷,无法调整所应能调整的社会关系。换言之,在某一时期,如若在法律条文的核心文义范围内无法调节相应社会关系或以法律条文最大可能含义无法调节相应社会关系,则存在漏洞。前者属于隐藏的漏洞,后者属于开放的漏洞。

再次,法律漏洞违反了法条目的和法典目的。法条目的是指针对某一具体法律条文,该条文所希望调整的社会关系以及予以惩治的行为的规范目的。每一个刑法条文都有其自身的法条目的,该目的从宏观上体现了刑法对于不同社会关系的类型化调整,从微观层面则通过主体、对象等具体要件加以框定,也从一定程度上体现了刑法的谦抑性。法典目的不同于法条目的,法条目的主要从微观层面具体化地对不同类型的行为进行分类,最终将某一罪名的处罚范围框定。而法典目的是整部法典所欲表示的精神和理想,是法律价值的集中体现。从终极意义上而言,法是实现秩序和正义两大价值目标的工具,因而法典目的应以秩序和正义为归依。法典目的代表的是人类理性的最高形式,是指导法律的具体条文而又超越于法律具体条文之上的东西,是存在于宇宙法则之中的自然理性,因而一般不会随着时代的变化而变化。这种法典目的为法官处理疑难案件时提供了价值指导,帮助法官走出困境。法条目的与法典目的体现法的价值追求,是一种应然的状态。漏洞是立法者在法律计划内的某些疏漏,是法律的实然状态。没有漏洞的法律固然不可能存在,但人们一定认可应然的法律是尽善尽美的。因此,应然的期望性与实然的必然性之间的矛盾注定了法律漏洞与法条目的、法典目的相冲突。

最后,法律漏洞并非法律规定上的空白。法律漏洞与法律空缺不同。法律空缺是指相关法律体系没有将某一方面的问题列入调整的对象,属于“有意的沉默”。法律漏洞是指依照法律的体系,某一问题本应适用该法律进行调整而未调整或本不应适用该法律调整而被纳入调整范围之内,属于“无意的沉默”。^{[7]303}换言之,法律空缺处于法条目的和法典目的的调整范围之外,不构成法律漏洞,自然也没有漏洞补充问题。例如,

目前没有制定在月球上故意伤害他人的相关刑法规定,并不是因为立法机关没有考虑到相关问题,而是立法机关认为目前该问题不属于刑法调整的范围,暂时不需要考虑。只有本应包含在法条目的与法典目的范围内的行为模式未包含,才有法律漏洞存在的余地。

2. 法律漏洞产生的原因 一是立法者所处时代的局限性。立法是立法者对过去及当下所发生的社会情况进行有限地归纳而做出的规范性总结。热尼指出:“导致一部制定法的那个意志,只是延展覆盖了一个由一些具体事实组成的、非常狭窄且非常有限的领地。”^{[8]90}立法者在制定一部法律时,无法做到总览全貌,使制定的法律完美无缺。在法律的适用过程中,总会发生法律条文不能适应具体个案的情况,只有在法律条文的缺陷已经非常明显并已经引起社会公众强烈反应之时,立法者才会对相关法律条文进行修改。阿蒂亚认为,制定法律的过程十分复杂,不时会发生意外致使判决的结果无法达到立法者的预期。两千多年的人类经验的总结得出,无论立法的准备工作多完备,无法预料的副作用总还是会发生。^{[9]251-289}立法者由于所处时代的局限性,无法准确预测未来社会的发展,并以此制定完美无缺的法典。

二是法律的保守性和滞后性。社会的发展性与法律的滞后性之间的矛盾必然会导致法律漏洞的产生。立法总是具有不完整性和滞后性,法有限而事无穷,立法机关不可能将司法机关所要面对的每一个个案情况都考虑到。而且,今天的情况不同昨天,明天的情况不同于今天,时代在不断发展。所以,从理论上说,法律规则从其颁布的一开始就是过时的,制定法在面对不断发展的时代潮流中所产生的个案时,总会不时有捉襟见肘、顾此失彼之感。

三是条文语义的不确定性。法律适用的载体是语言符号,自然也无法摆脱语义模糊性的特点。语义的模糊性能帮助解释者在无须修改法律的前提下对许多立法时未曾考虑的行为类型进行解释,是法典稳定性和适应性的源泉。但也正因为这种模糊性,直接导致了法条歧义的产生,或者法条语义的演化而使法条偏离其本应有的规范目的,从而导致法律漏洞的产生。

3. **法律漏洞的分类** 我国刑法学界将法律漏洞主要分为开放的漏洞与隐藏的漏洞,这两种漏洞都与罪刑法定原则有着紧密联系。罪刑法定原则的形式侧面和实质侧面决定了漏洞存在的必然性。一方面,成文法的局限性注定了刑法不可能对所有应处罚的行为均算无遗策地进行规定,即存在明显侵犯法益并具有社会危害性,实质上应受到刑罚处罚而缺乏形式上规定的行为。另一方面,成文法的局限性也注定了刑法条文中必然会包含本不应受刑法处罚的行为,即存在行为完全符合刑法条文规定,但明显不具有法益侵害性,实质上不应受到处罚的行为。对前者,应在坚持形式合理优先性的基础上,对刑法做扩大解释,如扩大解释的语义范围仍无法涵盖解释对象,便存在开放的漏洞。对后者,则应通过实质的犯罪论作为出罪依据,此时法律便存在隐藏的漏洞。

(二) 目的性限缩的合理性与必要性

1. **目的性限缩的合理性** 第一,目的性限缩符合法治的要求。法治虽然一方面要求稳定性与可预测性,要求法官在立法者设立的框架内处理案件;但另一方面,法治也是人民权利和实质正义的反映,追求正义和体现生活是法律的自然属性。这又要求在法律不能与社会相适应、与人民生活相联系或不能反映公平、正义价值的时候,法官必须对法律进行适度的调整和矫正。因此,对于目的性限缩,其重点不在于法官是否有权力适用,而在于如何正确适用,如何合理框定目的性限缩的适用范围,以避免滥用。

第二,目的性限缩是法律解释的表现。卡尔·拉伦茨将广义的法律解释分为狭义的法律解释、法律内的法的续造(漏洞补充)与超越法律计划外的法的续造。他指出,法律解释与法官的法的续造并非本质截然不同的事,而应将其视为同一思考过程的不同阶段。^{[10]246}漏洞补充本质上是法律解释的一种延续,在很多情况下仍需使用诸如比例原则等法律解释原则。有学者对法律解释进行了更深层次的理解。卡多佐认为,法官是“法律和秩序的解释者”,是“活的法律的宣示者”,是社会纠纷的裁定者,这体现在即使他们明知法律存在漏洞,也不能拒绝解决纠纷。^{[8]6}法官是通过解释的方法寻找解决案件的标准。他

进而指出,法官对法的解释不同于一般的解释,这种解释可以超出文本的含义,需要法官充分发挥其积极性,根据其所把握的法律的根本精神以及对诸多事实的认识,用解释的方式处理问题。这种“解释”其实已经类似于立法者所做的立法活动,但又与之有所不同。立法者的立法活动没有条文的限制,而法官的法律解释只能在给定法条所框定的那个区间进行,是一种解释性立法。目的性限缩等漏洞补充方法虽然已经超出了法条的文义范围,但仍属于广义法律解释的一种,因为它没有离开法律的整体框架,并且紧扣法律,以法为其核心。

第三,目的性限缩可以缓和法律与社会的紧张。从直观角度看,漏洞补充似乎与依法办事的法治原则相冲突。但只要是参加过司法实务的法律工作者都明白,所谓依法办事并不仅仅只需要考虑制定法的具体条文,而是要综合考虑社会习惯、司法判例、文化传统与社情民意等多种因素。^[11]漏洞补充方法具有重要意义,它使得法律体系拥有了更强的适应性,并在一定程度上弥补了法律的静态性缺陷。英国学者梅因认为,如果人们只会机械地按照法律条文来办事,就会出现一个静态的社会,就会产生静态的法律与复杂多变社会之间的矛盾。^{[12]18}而诸如目的性限缩等漏洞补充方法则能够在一定程度上缓和两者之间的紧张关系。

第四,法官有能力和能力适用目的性限缩填补法律漏洞。判断一个行为是否构成犯罪,构成何种犯罪,应该如何量刑,这都是司法实务中每时每刻都需要面对的问题。法官对具体案件的裁判就是对法律文本的一种解读。因为法律文本的不完善性,法官对法律文本进行解读时,需要对不完善之处进行补充,法官在此就充当了一个类似立法者的角色。如果法官对法律条文进行机械地解读,在某些情况下会导致个案的裁判结果严重不公正,将违背社会公众的法感情,导致法律丧失其合法性和权威性。以是之故,法官在某些情况下对法律条文的创造性解释既是法官的义务,也是法官的权力。立法活动不同于司法活动,立法者在进行立法时,面对的都是一般情况,不需要考虑具体个案的复杂情况,司法活动正好相反,法官在司法过程中,需要考虑更多

的具体问题。卡多佐认为,法官的活动可以被称为自由的科学研究。它是自由的,因为在这里它摆脱了实在权威的活动。同时,它又是科学的,因为它能在独有科学才能解释的那些客观因素之中发现自己的坚实基础。^{[8]75}

第五,目的性限缩不违反罪刑法定原则。罪刑法定原则作为现代各国刑法的基本乃至根本原则,其根本目的就是人权保障,这就意味着要使国民能够预知自己行为的性质和后果。所以,需要在事先就通过刑法向国民告知哪些行为会构成犯罪,需要受到何种刑罚处罚,并且只在所预告的行为中进行刑法规制,才不至违反国民预测可能性。许多刑法学者反对目的性限缩的根本原因在于他们认为其违反了罪刑法定原则。然而,对罪刑法定原则进一步探究,可以得出“有利于被告人”是罪刑法定原则的根本精神所在。纵观历史长河,无论在何时何地,对公民自由和权利的最大威胁主要来自国家对公权力的滥用。^[13]同时,在刑事诉讼中,被告人面对的是公诉人,即国家公权力的代表。与整个国家相比,被告人显得尤为羸弱,处在绝对的弱势地位。代表国家的公诉人可以动用国家的公共权力寻找被告人犯罪的罪证,对被告人发起诉讼,而被告人只能凭借个人的力量与国家机器抗衡。为了保护弱势的被告人,努力将其抬至与公诉人平等的地位,我们可以得出“有利于被告人”是罪刑法定原则的根本精神的结论。只有充分贯彻罪刑法定原则的基本精神,被告人的基本权利才能得到保护。目的性限缩作为一种出罪方法,通过法益侵害性等标准将某些不应被规范的行为排除至犯罪范围之外,对实现法律的人权保障功能裨益匪浅,其与罪刑法定原则的根本宗旨殊途同归。其合法性的界限应在不违反刑法总则的原则性规定、不造成刑法整体体系矛盾的前提下有利于被告人。

2. 目的性限缩的必要性 第一,禁止拒绝审判原则的需要。由于立法者的时代局限性等原因,法律漏洞不可避免地存在,但是司法机关在遇到法律漏洞时,却不能以法律没有规定或存在漏洞为由拒绝对案件进行审理。1907年《瑞士民法典》第一条规定:“如本法无相应规定时,法官应依据惯例,如无惯例时,依据自己作为立法

者所做出的规则裁判。”有些国家甚至规定法官拒绝裁判构成犯罪。目前,这一原则已为多数国家接受。卡多佐认为,当面对既存判例所未面对过的全新情况时,已有的法律是无能为力的,只有通过心怀正义的仲裁者根据自己的理性判断,参考所在社区的生活习惯与主流价值,向民众宣告什么是公正及合乎情理的。^{[8]89}

第二,法律保持稳定性的必要。法律稳定性与灵活性的矛盾决定了法律必须在解释和创造中追求平衡。法律并不是非此即彼的,解释和创造只有结合起来,才能真正发挥法律的价值。法律的确定性极为重要,我们必须区别虚假的确定性与合理的确定性。但与此同时,我们不能为了追求法的确定性而选择牺牲诸如公平、正义等诸多法律的其他价值,需要在法的确定性与其他重要价值之间找到一个合理的平衡,妥协是法律成长的原则中至关重要的一条。^{[14]12}与其动辄修改法律或进行立法,不如认可法官在司法活动中创造性解释法律的权力。对法官而言,服从法律是其天生应遵守的职责,但这种服从并不是机械地搬运法条,而是融入创造性的精神。法条目的与法典目的作为法官创造性解释法律的指引,能使其不脱离法治的轨道。

(三)目的性限缩的法律价值

1. 权利保障 目的性限缩的人权保障体现在其所传达的谦抑价值,符合当代刑法重视人权保障的时代潮流,有利于培养公民对刑法规范的忠诚,从而确立刑法的权威。刑法的谦抑性是指刑法适用的紧缩性,即刑法只有在迫不得已时才能适用,对于某种违法行为,如果能够动用刑法以外的其他法律规范进行调整,就不得动用刑法,如果能够动用轻刑进行调整,就不得动用重刑。刑事制裁的功能决定了刑法是国家制度构建的最内沿,因此谦抑性原则也被奉为刑法的根本原则。目的性限缩通过分析刑法条文的目的,排除那些不应被调整的行为,恰恰是刑法谦抑性最好的体现,是法律避免异化,保持其正当性的必要手段。正如孟德斯鸠在《论法的精神》中所指出的:“有两种腐化,一种是由于人民不遵守法律,另一种是人民被法律腐化了。被法律腐化是一种无可救药的弊端,因为这个弊端就存在于矫正方法本身之中。”^{[15]86}

2. **实质正义** 目的性限缩对人权保障价值的实现是通过追求对个案的实质正义来完成的。实质正义是和形式正义相对应的概念。形式正义追求的是法律的普适性、稳定性与完整性,从法的终极价值目标而言,它更加侧重对秩序安定性的考虑,而对公平正义的考虑相对较少,在一定程度上可能会导致个案的严重不公正,在极个别的情况下甚至可能导致民众对司法的信任动摇,造成法律的合法性危机。如果法官在处理特殊个案时一味从形式正义的角度考虑,显然只考虑到了法的秩序价值而未考虑正义价值,是有失偏颇的。而实质正义从法律公平正义价值追求出发,更加侧重具体个案处理结果的合理性。对于每一个具体的案件当事人而言,他们要求的是与自身息息相关的实质正义。因此,法官在处理案件时,需要对实质正义给予充分的关注,通过对案件进行利益衡量,平衡秩序与正义的价值。“在司法过程中……有时会出现一般规范与个别正义的冲突,为构建权利秩序,就需要一种利益向另外一种利益让步,或两者在一定程度上各自让步。”^[16]¹⁴¹究其本质而言,规范文意的目的性限缩是对形式正义的一种突破,并以实质正义的追求为最终归依。不过,需要指出的是,在某些情况下形式正义向实质正义的让步,并不是罪刑法定原则的抛弃,恰恰是法治精神的体现,也是法治的内在要求。

三、目的性限缩的适用原则

(一) 合宪性原则

严格遵守合宪性原则是法官适用目的性限缩的前提。英美法系国家通过合宪性原则来严格限定法官自由裁量的范围。法官出于个案公正的考虑,可以不完全遵循成文法和既有的判例法,但归根结底必须遵守宪法的规定。在我国与大陆法系国家,合宪性原则并没有被拉高到普通法那样的高度,有大陆法系的学者公然批判“合宪性原则未受独立的保护乃是一个严重的错误”。^[17]³不可否认,宪法是国家的根本大法,是一切法律之母,无论是法律的制定还是法律的适用都必须在宪法规定的范围内进行。因此,合宪性原则也成了目的性限缩的首要原则。

(二) 比例原则

在进行目的性限缩时,比例原则是一项重要的原则。目的性限缩由于已经突破狭义法律解释的范围,因此有必要审视各方的利益并加以平衡。而各方利益可能在价值位阶判断后仍无法区分高低,故需要适用比例原则来为价值划分程度。以是之故,在目的性限缩中运用比例原则具有必然性。在刑法条文的核心含义存在不合理之处时,需判断按照条文字面含义所做出的裁判结果是否会严重侵害被告人的合法权益。如认为不采取目的性限缩会严重损害被告人的合法权益,且与该条文所欲保护的法益之间不相称,则存在适用目的性限缩的余地。在适用目的性限缩时,需要严格控制突破法条语义的程度,使其保持在最恰当的区间,最终均衡两种甚至多种不同的利益。

(三) 公平正义原则

法官在针对具体案件适用法律时,不能机械地套用法条,需要对各方进行利益衡量以达到实质的正义。细致处理具体的个案与事例将培养艺术固有的创造力,纯粹机械地重复适用规则至多只能产生一个拙劣的工匠。^[14]⁵²从目的性限缩角度而言,公平正义原则应当从两个方面进行把握。一是只有当适用现有的法律条文会对被告造成严重的不公正时,才能适用目的性限缩对案件进行处理,否则就应当按照现有法律条文裁判。二是适用目的性限缩对案件进行处理,最后的裁判结果应该是公平正义的,不能适用目的性限缩对案件处理后,造成同样不公正甚至更加不公正的结果。因为目的性限缩是以一定程度上牺牲法律的普适性和稳定性为代价的,必须以个案的公平正义结果作为补偿,否则就是得不偿失的。

四、目的性限缩适用的具体展开

在刑法规范的司法适用当中,需要适用目的性限缩对刑法规范进行解释的罪名较多,不过,基于篇幅内容所限,下文仅列举几个典型的罪名进行诠释和说明。

(一) 伪造货币罪的目的性限缩

伪造货币罪的主观要件是故意,但行为人是否需要具有特殊的目的则众说纷纭。国外的立

法多将伪造货币罪设立为目的犯。例如,德国刑法典规定“以流通或可能流通为目的”,日本刑法典规定“以行使为目的”作为相关危害货币管理罪的主观要件。在我国,学界主要分为肯定说以及否定说。持肯定说的学者主要有以下两种观点:一是本罪的主观目的是为自己或他人获取非法利益^{[18]349},二是本罪的主观目的是使伪造的货币进入流通^{[19]165}。持否定说的学者主要有以下两种观点:一是本罪在立法层面上应被设立为目的犯,但由于现行刑法对此并无专门规定,因此特定目的不属于本罪的构成要件^{[20]329};二是本罪如果设立了“以行使为目的”或“以流通为目的”会导致伪造货币这一严重犯罪打击面的缩小,不利于维护货币市场秩序^{[21]221}。

本罪应当以“使伪造的货币进入流通”的目的为主观方面构成要件。一是伪造货币罪所侵犯的法益是货币市场秩序。诸如为彰显自己画技或进行教学而临摹货币的,并没有侵犯货币市场秩序,也不会对社会造成任何危害,因此缺乏处罚的必要性。二是主张本罪的目的是“为本人或他人获取非法利益”的学者没有看到本罪犯罪的本质。虽然多数行为人确实是以非法获利为犯罪目的,但其应受刑事处罚的根本原因是其所制造的假币流入了市场与真币相混淆,会导致货币市场秩序的混乱以及公众对货币系统的不信任。同时,以“为本人或他人获取非法利益”作为本罪的主观目的也会导致处罚的范围不当缩小。例如,某人为了报复社会或是敌对分子为了破坏我国的货币市场秩序,故意制造大量假币并将其投放到我国市场中。如果以非法获利为目的作为本罪的主观要件将会导致这种行为不构成犯罪,显然与其严重的社会危害性不符。

综上所述,虽然《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 170 条伪造货币罪没有规定行为人必须以将伪造的货币进入市场流通为目的,但在司法实务中并不能将所有伪造货币的行为以该罪处罚。对于没有流通目的的行为,需要适用目的性限缩进行无罪化处理。

在判断行为人是否具有以流通为目的时,可以从以下几个角度进行分析。一是行为人伪造货币的动机。例如,甲与乙都是钱币收藏爱好者,两人喜欢互相炫耀自己的收藏品。某日乙高

价收购了几枚错版货币向甲炫耀了一番。甲苦于无处收集错版币便自己伪造了数枚错版币,后事情败露。在这种情况下,可以推断甲的动机是由于好胜心作祟,为了与乙攀比而制造假币,进而判断其不存在使伪造的货币进入流通的目的。二是伪造货币的留存时间。例如,甲被人举报伪造货币,警察在其住处查获多枚伪造货币,经鉴定,该货币都是七年前甲制造的。在这种情况下,行为人经过长时间都未将其伪造的货币使用出去,可以在一定程度上排除其具有使伪造货币进入流通的目的。三是伪造货币的数量。伪造货币数量的多少一方面是伪造货币罪的量刑标准,但在另一方面也可以作为行为人是否具有使伪造的货币进入流通目的的判断依据。例如,行为人甲、乙均辩称其制造假币的目的是收藏,但甲伪造了 200 枚假币,而乙伪造了 2 万枚假币。甲的辩解理由可信度相对更高。

就伪造货币罪而言,对行为人是否具有以流通为目的的判断,属于主观层面的判断,需要司法主体结合行为人的客观行为表现及其他相关证据等方面,进行综合分析。

(二)拐卖儿童罪的目的性限缩

《刑法》第 240 条规定的拐卖儿童罪的构成要件中,并未对主观上的犯罪目的有所限制。这就引发了一个问题,是否所有的贩卖儿童的行为都要适用该罪处理?

在我国农村,教育水平、发展水平的限制与观念的落后保守,导致很多贫困家庭一再生育,而持续的生育又进而导致其更加贫穷。当一个家庭生出的孩子超过了其所能抚养的极限,通常父母只有将其送人这一种选择。选择送养自己亲生子女的家庭通常是由于其自身经济条件的限制,对送养家庭索取一定的“送养费”“营养费”也就司空见惯了。“拐卖”是指拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转人口的行为。如果完全按照《刑法》第 240 条的字面含义,一切父母将子女送人并获得“送养费”的行为都符合《刑法》第 240 条的构成要件,这显然与我国目前的国情不符,处罚范围明显过大。并且这类行为没有明显的社会危害性,送出子女的家庭有可能为子女找到一个更好的生活环境,同时一定程度上解决自身贫困的问题。收养家庭一般都是由于自身无法生

育,收养他人小孩也满足了其养育子女防老的中国传统观念需求。因此,有必要适用目的性限缩对《刑法》第240条的犯罪目的加以限制。

2010年最高法、最高检、公安部、司法部联合制定的《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》中明确规定:“要严格区分借送养之名出卖亲生子女与民间送养行为的界限。区分的关键在于行为人是否具有非法获利的目的,应当通过审查将子女‘送’人的背景和原因、有无收取钱财及收取钱财的多少、对方是否具有抚养目的及有无抚养能力等事实,综合判断是否具有非法获利的目的。”因此,出卖亲生子女时父母必须具有非法获利的目的。但根据《刑法》第240条,拐卖妇女、儿童罪并不一定以非法获利为目的。因此,最高法院等最高司法机关认为该罪的刑法条文存在漏洞,以目的性限缩的方式限制了该罪的处罚范围。

在具体案件中,对非法获利目的的认定,可以从以下几个方面进行审查。一是审查是否有证据证明行为人以生育作为非法获利的手段。如果行为人多次生育并将生育的子女交给他人以换取所谓“送养费”,则可以认定其在主观上存在非法获利的目的。二是审查行为人在送养子女时是否有考虑送养家庭的条件,送养家庭有无抚养、照料其子女的能力。一般父母将子女交给他人收养,多数情况是因为家庭困难难以承担抚养孩子的费用,父母并不是想舍弃孩子,其与孩子之间存在感情。在将孩子选择托付他人照料时,父母通常会考虑子女以后的生活条件,以此来选择送养家庭。如果行为人明知对方家庭也无力抚养其子女,或者不清楚是否有能力抚养其子女,甚至明知对方是“人贩子”的情况下,为获取钱财依旧选择送出孩子的,一般认定其具有非法获利的目的。三是审查行为人收取钱财以及在收取钱财过程中的态度。收取财物的多少并不能直接认定行为人是否存在非法获利的目的。因为存在收养人经济情况较好,主动支付了数额较大的“感谢费”的情形,同样也存在父母为了偿还赌债等主动将子女低价“送人”的情形。因此行为人在收取钱财过程中对财物的态度也是评判其是否具有非法获利目的的标准。

(三)虚开增值税专用发票罪的目的性限缩

为了惩治犯罪、保障税改顺利推进,全国人

大常委会于1995年通过了《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》,将虚开增值税专用发票罪纳入刑法打击的范围。根据当时拟定此罪名的相关资料,立法机关为了从严打击犯罪,将此罪设立为行为犯,即原则上凡是虚开增值税专用发票的行为都构成此罪。行为人只要实施了虚开行为即成立犯罪既遂,无须考虑其主观目的及是否造成税款损失。^{[22]374}

随着该类罪名加入刑法规制的范围,相关的犯罪行为迅速减少。2001年最高人民法院对湖北省高级人民法院请示的湖北汽车商场虚开增值税专用发票一案的答复中,认为“主观上不具有偷骗税款的目的、客观上亦未实际造成国家税收损失的虚开行为,不构成犯罪”。换言之,最高法院在司法实务中以行为人是否具有骗取国家税款的目的及行为人是否造成了国家税款流失为标准限缩其范围。但与此同时,相关的司法案例并未成为司法解释或立法修订的参考,导致各地法院在处理行为人不具有骗取国家税款为目的虚开增值税专用发票案件时,产生相互矛盾的判决。

立法机关之所以在立法时采用行为犯的立场,是因为当时税务机关的征管措施尚不健全,大量犯罪分子利用其漏洞进行伪造、出售等不法行为。增值税专用发票在税制改革初期被寄予厚望,但当时的客观征管条件却使得它的功能大打折扣,并且成为滋生税务违法犯罪的重要原因。因此,上述《决定》通过之时就将调控的重点放在了税控功能方面。^[23]

我们支持客观说的观点,认为追求立法目的的不等同于追求立法者的目的。虽然在立法时立法者为了推进税改的进行选择从严制定相关法律,但是随着税改的推进以及客观社会状态的变化,对于如何处理该类案件的立场也应随时调整。目前市场的环境与立法之时已不可同日而语,因此有必要使用目的性限缩限制虚开增值税专用发票罪的适用范围,对于不以抵扣税款为目的的虚开行为排除在该罪的适用范围之外。《刑法》第205条规定的“虚开增值税专用发票是指为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的”。如果行为人主观上并未有偷逃、骗取增值税款的故意,客观上也不

会导致国家税款损失,不能认为构成虚开增值税专用发票罪。因此,虚开增值税专用发票罪系真正的非法定目的犯,只有行为人具有偷逃、骗取增值稅款的目的时,其虚开行为才能以该罪处罚。考察行为人是否具有偷逃增值稅款的目的,可以从以下几个方面进行。一是行为人虚开增值稅专用发票的原因。如果行为人是基于增加业绩、公司上市、应付检查等原因而虚开增值稅专用发票的,一般不具有偷逃、骗取增值稅款的目的。二是行为人是否具有实际的业务。一般而言,倘若实际发生了购销业务等相关业务,只是因为行为人不具有开具增值稅专用发票的资格,因而找人代开增值稅专用发票的,一般不具有偷逃、骗取增值稅款的目的。三是行为人是否实际抵扣相关的增值稅款。如果行为人在开具

发票后长期未抵扣,一般可以认为行为人没有偷逃、骗取增值稅款的目的。

法律是否存在漏洞,这个问题已不言自明。面对必然存在的法律漏洞,法官不能仅按照法条的文义机械司法,需要按照法条目的与法典目的的指引,切实把握法律精神,将僵硬的法律书写成灵动的正义。目的性限缩等漏洞补充方法的根本目的是保障被告人的合法权益,实现公平正义。在刑事司法中,法官创造性地适用法律,既没有违背罪刑法定原则,又能使判决结果达到实质正义。运用法律续造方法填补法律漏洞,对少数特殊个案进行目的性限缩,既是法官的权力,也是其必须履行的义务,是司法公正的呼唤,也是社会主义法治的应有之义。

参考文献:

- [1]张志铭.法律解释操作分析[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [2]黄茂荣.法学方法与现代民法[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [3]胡敏敏.论法律解释的目标[M]//陈金钊,谢晖.法律方法:2.济南:山东人民出版社,2003.
- [4]张明楷.刑法解释理念[J].国家检察官学院学报,2008(6):140-149.
- [5]梁慧星.民法解释学[M].北京:中国政法大学出版社,1995.
- [6]刘艳红.论非法定目的犯的构成要件构造及其适用[J].法律科学,2002(5):47-59.
- [7]杨艳霞.刑法解释的理论与方法[M].北京:法律出版社,2007.
- [8]本杰明·卡多佐.司法过程的性质[M].苏力,译.北京:商务印书馆,1998.
- [9]李林.立法权与立法的民主化[M]//高鸿钧.清华法治论衡.北京:清华大学出版社,2000.
- [10]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003.
- [11]陈金钊.论审判规范[J].比较法研究,1999(Z1):335-348.
- [12]梅因.古代法[M].沈景一,译.北京:商务印书馆,1984.
- [13]刘宪权.论罪刑法定原则的内容及其基本精神[J].法学,2006(12):69-77.
- [14]本杰明·卡多佐.法律的成长法律科学的悖论[M].董炯,彭冰,译.北京:中国法制出版社,2002.
- [15]孟德斯鸠.论法的精神:上[M].张雁深,译.北京:商务印书馆,1998.
- [16]谢晖,陈金钊.法律:诠释与应用[M].上海:上海译文出版社,2002.
- [17]罗斯科·庞德.普通法的精神[M].唐前宏,廖湘文,高学原,译.北京:法律出版社,2001.
- [18]高铭暄.中国刑法词典[M].上海:学林出版社,1989.
- [19]陈兴良.经济刑法学(各论)[M].北京:中国社会科学出版社,1990.
- [20]黄京平.破坏市场经济秩序罪研究[M].北京:中国人民大学出版社,1999.
- [21]舒慧明.中国金融刑法学[M].北京:中国人民公安大学出版社,1997.
- [22]何秉松.税收与税收犯罪[M].北京:中信出版社,2004.
- [23]张旭.虚开增值稅专用发票罪的限缩适用立场:“目的+结果”标准的澄清与改进[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2021(2):49-60.

(责任编辑:周新颜)