

Construction of Basic Theory of Criminal Law Hermeneutics

徐岱 著

刑法解释学基础理论建构

国家重点学科 吉林大学刑法学科系列文库

书馆

国家重点学科 吉林大学刑法学科系列文库

D9-05
5

本课题获吉林大学人文社会科学精品项目资助

刑法解释学基础理论建构

Construction of Basic Theory of Criminal Law Hermeneutics

徐 岱 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法解释学基础理论建构/徐岱著. —北京:法律出版社, 2010. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0498 - 3

I. ①刑… II. ①徐… III. ①刑法—法的理论 IV.
①D914. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 033257 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/孙 杨

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9.25 字数/243 千

版本/2010 年 4 月第 1 版

印次/2010 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0498 - 3

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家重点学科吉林大学刑法学科系列文库

编 委 会

学术顾问：何 鹏 张文显

主 任：李 洁

副 主 任：张 旭 徐 岱

编 委：（按姓名拼音排序）

李 洁 李 韧 夫 闵春雷 王 充

徐 岱 张 旭 郑军男

总 序

吉林大学刑法学科始建于1948年,在我国老一辈刑法学家甘雨沛教授、何鹏教授、高格教授的学术奠基下于成为国内首批刑法学专业硕士点之一,1986年取得博士学位授予权,2002年被评为吉林省重点学科,2003经国家人事部、全国博士后管理委员会批准设立了法学博士后流动站,2007年被教育部评定为国家重点学科。同时,本学科被列入“十五”期间国家“211工程”重点学科建设项目,2005年本学科成为吉林大学“法律与经济全球化”研究基地的重要学科力量,该基地是国家“985工程”重点建设的国家哲学社会科学基地,2006年以法理学、刑法学和民法学为支撑的吉林大学法学学科成为法学一级学科博士学位授权点。为给教学和科研创造良好的学术平台和环境,整合学术力量优势,国家重点学科吉林大学刑法学科设置了中国刑法学研究所、比较刑法学研究所、国际刑法学研究所、边缘刑法研究所、诉讼理论与司法改革研究所共五个研究所,力求形成立体式、交叉式、复合式的刑法学研究体系。

吉林大学刑法学科秉承几代人的学术传统,一直坚持刑法学基础理论、中外刑法学基础理论、司法实践的科学研究,养成了务实、求是、缜密的学风,在犯罪构成理论、罪刑法定原则的实现、刑法解释、人权与国际刑法、刑事诉讼价值等方面形成了特色鲜明的研究场域,为国家培养了大量的高层次理论研究人才、刑事立法和刑事司法人才。2010年,为加大学术研究力度、鼓励学术产出、传播学术影响和培养学术人才,依托于国家重点学科建设资金,本学科推出了国家重点学科吉林大学刑法学科系列文库,日后也将继续、及时推出本学科科研人员所创作的

2 总 序

学术成果。

这套文库将开启我国法学界了解吉林大学刑法学科的另一扇门窗,并扩大吉林大学刑法学科与国内、国际学术交流的平台,我们也期待吉林大学刑法学科在社会各界的关注与提携下,在夯实学科特色的同时成为推动中国刑事法治建设,提升中国刑事法治正义、安全和自由价值,培养法学精英的中坚力量。

吉林大学法学院

国家重点学科吉林大学刑法学科系列文库编委会

2010年3月

自序

对刑法解释问题的关注一直是我所热衷的学术情结,两年多的实务部门挂职锻炼期间对所接触、处理的案件的总结与反思,对刑法解释在处理具体案件时所起到掣肘性作用的感悟,加强了我对这一学术情结进行深度展开的热情和急迫。我一直在追问一系列问题:何谓刑法学?刑法学与刑法解释是什么关系?刑法解释可否作为一门独立的学科而存在?

法学是应用性极强的学科,刑法学尤甚。刑法学作为法学基础学科,其体系应由刑法基础理论、刑事立法、刑法适用三个依次递进且相互制约与影响的板块组成。刑法基础理论既是刑法立法的基石,也是刑法适用特别是在刑法适用过程中对疑难案件而言有力的理论支撑,其体现为论理性、论争性和指导性;刑法立法既是刑法基础理论的实体法化的反映,也是刑法适用的依据,其体现为静态性、稳定性和效力性;刑法适用是刑法立法的具体化和实践化,也是检验刑法基础理论和刑法立法法治成熟度的标尺,检测和发现刑法基础理论的天然缺陷和刑法立法漏洞,推进刑法基础理论和刑事立法体系的完善,并提供刑法基础理论和刑事立法体系的完善之路,其体现为动态性、实践性和检验性。而刑法解释作为刑法适用最为活跃和敏感的组成部分,一方面联结刑法基础理论和刑事立法,另一方面联结具体个案,是刑法基础理论和刑法立法的纽带和桥梁,从刑法适用的角度而言,鲜有不经由刑法解释而直达刑法适用结论的情境,特别是刑法解释是体认法治信仰内核的最佳窗口。因为“法律体系不是封闭、完美的,其中法律不能自动提供正确的答案而不借助于法律解释者的任何价值观念,主权者所制定

的才是法律,只有特定主权者所制定的规则才是法律,但其中也包含有价值因素在内,所以,法律与价值无涉的观点是不能成立的,法治的核心就是一种态度,即一致性的态度,这种态度允许我们持不同的意见,但它要求这些分歧必须建立在信仰的基础上”。^[1] 德沃金的这段话对我的触动极大,法治的核心是信仰,法治就是通过秩序的建立得以实现信仰,秩序的实现不仅仅依靠良好的法律,更要依赖于法律的适用。法律的适用过程可以本色地反映出法治信仰的内核。法治信仰的内核是正义,法治是信仰之物还是实现信仰的方式,法律是正义的文字表达,正义是制定法的基本价值,是立法者的目标,而不是派生于更高的价值,只有符合正义的制定法才是真正的法律,因为“法律是有意识服务于正义的现实”。^[2] 所以,法治正义既来源于法律体系自身的完整性,也来源于法律适用,而法律适用凸显为刑法解释的适用(这里的刑法解释既指有权的刑法解释,也包括学理解释),刑法解释可以将静态抽象的刑法规范与生动鲜活的个案结合,而正是对个案的处理反映了特别是法律适用过程中所产生的法律解释,而其体现为立法目的。

自1979年刑法典公布、实施到1997年刑法典修订,在18年的时间里,为打击犯罪,同时也为使打击犯罪有法可依,我国相继颁布了23个有关刑法的决定、补充规定和条例以及大量的司法解释,1997年刑法典修订后,随着社会观念的多元化、社会矛盾的多样化、社会转型时期各种新型的行为方式呈现出来,对刑法理论、刑法立法和刑法适用提出了挑战,正如有学者所指出的,“我们必须放弃探索某种能够使一切问题都迎刃而解的单一观念的做法。现实的法律秩序绝非一种简单的理性之物。它是一种复杂体,而且或多或少是一种我们努力将理性注入其间的非理性体;尽管我们不停地努力将理性因素置于其中,但是新的非理性因素在它以试错方式去满足新需求的过程中却几乎会以同样的速

[1] 参见[美]罗纳德·德沃金等:《认真对待权利》,广西师范大学出版社2003年版,第7~8页,第13页。

[2] [德]G.拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第34页。

度产生”。〔3〕刑法立法需要理性,刑法适用也需要理性,但案件的具体情节、行为对法益造成的侵害或侵害危险、行为人自身的境况等因素的存在会对刑法适用产生波动性的影响,同时“法律发展的司法过程(the process of judicial development of law)必定是渐进的,而且也可能被证明为发展得太慢,以至于不可能使法律对全新的情势做出可欲的且迅速的调适”。〔4〕完全依靠刑事立法实现法治信仰的内核既是一种法治追求,也是一种法治幻想,而必须由刑法适用的前阶段即刑法解释来分担或承担实现法治正义的重担。

鉴于此,1998年至今,全国人大常委会首先对刑法立法做了较大的调整,相继制定了一部单行刑法,七部刑法修正案,对刑法34个条文进行了修改,新增加了14个条文,对5个刑法条文的适用作了进一步规定。其次,全国人大常委会出台了9部刑法的立法解释,对21个刑法条文和刑法分则第九章关于渎职罪主体等法律适用问题进行了解释。再次,最高人民法院、最高人民检察院及其他相关部门或单行或双方或多方颁布了多部司法解释或具有司法解释性质的文件。上述刑法修正案、刑法的立法解释和刑法的司法解释所涉及的刑法条文内容包括危害公共安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯公民人身权利、民主权利罪、妨害社会管理秩序罪、危害国防利益罪、贪污贿赂罪、渎职罪等多章、多节、多个罪名,涉及面之广如同一部刑法典。其中,关于正当性、合法性、合目的性等许多价值性判断,及解释本身结论的适用的法律效果和社会效果是必须直面的问题。同时,学者对有权解释以刑法基础理论为标准以解释的方式对其加以评判,形成了以有权刑法解释为解释对象的再解释现象,对有权刑法解释的适用及有权刑法解释的出台提供了有力的学理依据。有权刑法解释和学理解释共同构筑了刑法解释的整体,形成了较为系统的刑法解释原则、刑法解释方法、

〔3〕 [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第30页。

〔4〕 [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2003年版,第136页。

刑法解释对象等共通性的及基础性的内容体系。而这些基础性的内容体系的逻辑起点都在于刑法解释自身的构造及刑法解释学的建构。

刑法学与刑法解释学,刑法解释与刑法解释学,刑法解释方法与刑法解释学是交织在一起的概念范畴,按照其交织、包容的逻辑关系,可以形成这样一个次序:刑法学、刑法解释学、刑法解释及刑法解释方法。如果说刑法解释学、刑法解释、刑法解释方法是相同领域不同位阶的概念范畴的话,那么,刑法学与刑法解释学之间的关系是必须加以厘清的,表征为种属关系、等同关系还是并列关系取决于刑法学本身的视域范围。若采广义刑法学,则刑法学包括刑法解释学,若采狭义刑法学,则刑法学等同于刑法解释学。于此所产生的问题是,刑法解释若作为一门独立的学科是否具有自己独立的学科品格和学科体系,是否可以称之为刑法解释学。

刑法解释学体系,是指依据一定的原则、规则所构成的刑法解释学有机统一体,包括刑法解释学的基础论、刑法解释学的本体论、刑法解释学的适用论及刑法解释学的实践论。关注或提倡刑法解释学的学科独立性意味着复原和提升了刑法学的学科应用属性,折射着个案诉求合理、合法解决基础上的刑事法治发展。所以,关注、倡导和推进刑法解释学的学科独立应视为一种积极的学术追求,学者应以此为任。

以此为基本思路,笔者以“刑法解释学基础理论建构”为主线,从刑法解释学绪论、刑法解释学基础论、刑法解释学本体论及刑法解释学适用论四个方面展开了逻辑性的论证。

刑法解释学绪论在探源我国刑法解释历史源流的基础上,着重阐释并确立了刑法解释学的独立学科属性和地位,厘清了刑法学与刑法解释学、刑法解释学与刑法解释的关系。在笔者看来,刑法学实质上是指以刑事实体法为中心所包含的刑法解释学、刑法论理、刑法哲学、刑法史学和比较刑法学的广义刑法学,刑法解释学属于广义刑法学的一个分支学科,更为重要的是,刑法解释学具有自身独立的学科品格。其独立的学科品格包括三个刑法解释学内在的学科独立基本要素和三个外在的学科独立条件。刑法解释学三个内在的学科独立基本要素是指

刑法解释权、刑法解释行为和刑法解释结论。刑法解释学三个外在的学科独立条件包括:一是狭义刑法学无法涵盖刑法解释学,即刑法解释学不等同于狭义刑法学;二是广义刑法学本身已昭示了刑法解释学自身的独立性;三是刑法解释学的产生和发展遵循着法学学科独立的一般性规律。刑法解释学因自身的学科特色而独立,也因学科独立而对刑法学及其发展产生了极大的价值,主要体现在:一是推进刑法学的学科应用功能;二是纠偏刑法学研究者热衷于铸造恢弘的概念化法学架构,而忽视刑法应用研究的倾向;三是彰显刑法解释学价值判断的实践属性。这部分内容主要集中在第一章和第二章。

刑法解释学基础论是从宏观的角度就刑法解释学的外部条件或因素对其产生、适用所具有的影响。其主要内容包括影响、制约和衡平刑法解释学产生、发展、适用的基本理论,特别是指那些影响刑法解释行为的基本理念,旨在探求制约、影响刑法解释学建立和发展方向的诸种因素,包括刑法基本原则、刑法关怀、刑法正义、刑法谦抑、犯罪本质和刑事政策对刑法解释学的构建所产生的作用,反过来刑法解释学的建立在某种程度上受到前述原则、法价值取向、刑法理念和刑事政策的掣肘。刑法关怀是指刑法对自然人、社会组织及社会所给予的刑法关注、刑法抵御和刑法保护,刑法关怀为刑法解释学的人权保障倾向提出了要求;罪刑法定原则为刑法解释设定了解释及其适用的界限,其要求刑法解释在法条文义较清晰时,应采严格解释的原则,在法条文义存在歧义或漏洞时,应采有利于犯罪嫌疑人或被告人的原则;刑法谦抑理念为刑法解释奠定了限制、紧缩的理念,通过刑法解释所设定的犯罪圈范围既是一种利益衡量的结果,也是刑法解释的限制性机能的体现;刑事政策是导引刑事立法方向、规范刑事司法运作、指引刑法解释结论的重要指针,刑事政策是刑法解释的导向,刑法解释是刑事政策的法律体现。这部分内容主要集中在第三章。

刑法解释学本体论的主要内容是从微观角度就刑法解释学的内部结构成分所进行的阐释,是对刑法解释的一种解构。包括刑法解释的主体、立场、对象、类型、解释方法及解释方法的补足。这部分内容主要

集中在第四章、第五章和第六章。

刑法解释学适用论是对刑法理论观点的解读,或涉及对具体个罪名、某一刑法条文的剖析,或涉及对不同类型的刑法解释评判。主要通过学理解释的方式进行的分析论证,该部分内容主要集中在第七章。

总之,本人力求通过挖掘刑法解释的前提预设、刑法解释的运行规律、有效力的刑法解释类型及学理式的刑法解释之间的关系,特别是它们之间的逻辑关系,证成刑法解释学的独立学科品格的客观实在性,试图建立起刑法解释学的基本框架体系,为刑法解释真正成为刑事基础理论研究、刑事立法与刑法适用之间的桥梁铺平道路,为刑法解释真正成为应用生命力极强的刑法学的支撑而做的一种尝试。这种尝试或许是一种学术期待,或许是一种学术使命,或许是一种学术自虐,或许是一种学术自赏,其中必然存在着许多的不足和纰漏,也存在着论证不周延之处。事已做毕,留待同仁点拨吧!

徐 岱

2009年11月于义和路寓所

目 录

第一章 刑法解释的历史渊源	1
第一节 中国古代律学的流变	1
第二节 中国古代律学的诠释分析	5
第二章 刑法学与刑法解释学	9
第一节 刑法学视域下的刑法解释学	9
第二节 刑法解释学的学科独立品格	14
第三节 刑法解释学独立品格的展开	29
第三章 刑法解释学基础论	40
第一节 刑法关怀与刑法解释	40
第二节 刑法正义与刑法解释	48
第三节 罪刑法定原则与刑法解释	64
第四节 刑法谦抑与刑法解释	71
第五节 犯罪本质与刑法解释	78
第六节 刑事政策与刑法解释	94
第四章 刑法解释学本体论	114
第一节 刑法解释的价值目标	114
第二节 刑法解释的概念与特征	118
第三节 刑法解释的原则与方法	125
第四节 刑法解释的类型与效力	131
第五节 刑法解释的关键问题	136
第六节 刑法解释方法的补足	140

2 目 录

第五章 刑法的立法解释	160
第一节 刑法的立法解释的法理基础	161
第二节 刑法的立法解释的原则	166
第三节 刑法的立法解释的类型	171
第四节 刑法的立法解释的检视	174
第五节 刑法的立法解释的案例评析	182
第六章 刑法的司法解释	185
第一节 实然刑法的司法解释存在的问题	186
第二节 应然的司法解释模式	190
第三节 刑事判例适用	193
第七章 刑法的学理解释论	198
第一节 未成年人犯罪的学理解释	198
第二节 吸收犯的学理解释	215
第三节 犯罪所得之物的刑法解释与适用	229
第四节 故意伤害罪的学理解释	245
第五节 虚拟财产刑法保护的学理解释	255
引证及参考文献	270
后 记	280

第一章 刑法解释的历史渊源

研究刑法解释及由此而形成的刑法解释学科是不能脱离中国古代的律学发展的。由于学界一直对中国古代的律学存在比较偏颇的看法,认为它只是对律文的一种机械的解读。这一观点若是作为对某一具体历史阶段律学发展的一种概括是可以成立的,但若将其视为对中国古代律学整体性的总结,则有失偏颇甚至是不成立的。中国古代以经释律的历史可以说是一部完整的以经理、经义阐释成文法规定的大全书,是在深厚的刑法哲学机理的基础上,采用多种方法对成文法的具体概念、适用范围、适用对象、适用效果等问题所进行的阐释。通过对中国古代以经释律的历史的梳理,我们可以得到许多有益的经验。

第一节 中国古代律学的流变

何谓律学是开题之关键。关于律学的定位,争议较大,有学者认为,中国古代律学,是指“依据儒家常说对以律为主的成文法进行讲习、注释的法学。它不仅从文字上、逻辑上对律文进行解释,也阐述某些法理,如关于礼和法的关系,对刑罚的宽与严,肉刑的存与废,‘律’与‘令’、‘例’等的运用,刑名的变迁及听讼、理狱等”。也有学者认为,中国古代的律学,“是研究制定法的内容及其如何适用的问题。它的研究对象是业已颁布的现行法,主要采用注释诠释的经学

方法,目的在于将制定法更加贴切地适用于实践。律学滥觞于秦,发展于两汉,昌盛于魏晋,至唐以后便趋向衰微”。^[1]而有学者将中国古代律学的历史地位提高到了学科的高度,认为“律学是中国古代特有的一门学问,是秦汉时期随着成文法典的出现,统治阶级为了使法典得以贯彻实施对其进行注释诠释因而形成的一个学术研究领域,它是中国古代法学的一个重要组成部分,但两者不是一回事。它不包括中国古代法哲学,不包括法史学和法医学,也不包括以律注经等学术活动”。^[2]

应当说,利于制定法的顺利适用是中国古代律学产生并得以恢弘壮大地发展的最为朴素的本色的情由,律学虽然属于一个特定的研究领域,但认为其在当时的历史环境下是以独立学科的身份而存在的观点还是有待证成的,更多的是后人用现代的标准所给出的一个事后性、历史性的结论。所以,关于中国古代律学更多的争议之处在于,中国律学的范围或说其研究的对象是什么,对此所形成的共识是:第一,律学是关于注释诠释的一门真正的科学;第二,律学一个最为基础的研究对象是制定法或刑法典;第三,律学滥觞于秦,发展于两汉,昌盛于魏晋,至唐以后便趋向衰微,至明清时因政治原因,私家注律形成鼎盛。“律学探讨了律例之间的关系,条文与法意的内在关系,以及立法与用法、定罪与量刑、司法与社会、法律与道德、释法与尊儒、执法与吏治、法源与演变等各个方面,比较律典之优劣,评论各朝之丢失,其微、其细、其广、其博、其实、其用均为世界同时期所少有。”^[3]因此,对于律学的合理、科学的解读应是:中国古代律学是指统治者或民间人士对业已颁布的刑法典采用诠释的方法对其加以解释、说明,以便于制定法更好地适用于具体案件的法律注释学。这里

[1] 师荣:“律学衰因及其传统评价”,载《法学》1990年第5期。

[2] 何勤华:“秦汉律学考”,载何勤华主编:《律学考》,商务印书馆2004年版,第37页。

[3] 怀效锋:“中国传统律学述要”,载何勤华主编:《律学考》,商务印书馆2004年版,第6页。

正是从上述三个逻辑起点来挖掘中国古代律学的历史脉络。

一、中国古代律学的初创

对于中国古代律学的发展和流变,沈家本给予了一个概括性的描述,他认为,中国古代起点律学的发展源流体现为:“自魏李悝著《法经》六篇,汉萧何、叔孙通、张汤、赵禹,递相增益;马融、郑康成以海内巨儒,皆尝为之章句,岂非以律义精微,俗吏所不能通晓与?魏晋以降,渐趋繁密。隋律简要,而唐实因之。”^{〔4〕}即起于《法经》,沿至西汉,经过萧何、叔孙通、张汤、赵禹等人的不断补充修订,到东汉马融、郑玄,形成了律学权威专门为律令做章句注解的传统,这些传统虽然把法家的重刑主义和儒家的德主刑辅得以体现,但根据之处在在于经学的发展为中国古代律学提供了解释的基础和依据。

二、中国古代律学的发达

中国古代律学经由汉代的以经注律的活动而发达起来,至清末时期经历三次以儒家经义注释律学的高峰期,第一次高峰期是汉代,第二次高峰期是唐代,唐代以降宋代的《宋刑统》基本上照搬唐律而用之不改,律学失去了生存需求而变为边缘末学,第三次高峰是明清时期的私家注律的勃兴。

中国的经学源自汉代,经学与律学具有天然的联系,体现在自汉起将社会成员一体遵循的礼制规范融合于“律”之中,《说文》:“律,均布也。”汉末的刘熙说:“律,累也;累人心使不得放肆也。”^{〔5〕}而“律”是制定法的载体,礼制与法律同条共贯,或者说,礼为实质精义,律为内容载体,礼与律互相为用。儒学、明经与善律、通律是为官不可或缺两种重要养成和素质,因此,“皆明经,能法律政事”,或“经明行修,兼通法律”是名公巨卿的最重要的本领,出现了以董仲舒为

〔4〕 沈家本:《寄簪文存》卷六《重刻唐律疏议》。

〔5〕 《释名·释典艺》。