

刑法解释限度理论的 反思性解读与认定模式探究

龚振军 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

本书为教育部人文社会科学研究青年基金项目
“刑法解释限度理论的反思性解读与限度认定模式探究”(12YJC820029)成果。

刑法解释限度理论的 反思性解读与认定模式探究

龚振军 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法解释限度理论的反思性解读与认定模式探究 /
龚振军著. —北京:法律出版社,2016. 11
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0343 - 1

I . ①刑… II . ①龚… III . ①刑法—研究 IV .
①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 304862 号

刑法解释限度理论的反思性解读与认定模式探究	龚振军 著	编辑统筹 财经出版分社 策划编辑 解 钊 责任编辑 解 钊 装帧设计 李 瞻
-----------------------	-------	---

© 法律出版社·中国	
出版 法律出版社	开本 A5
总发行 中国法律图书有限公司	印张 5.75
经销 新华书店	字数 170千
印刷 固安华明印业有限公司	版本 2016 年 12 月第 1 版
责任印制 吕亚莉	印次 2016 年 12 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)	
网址/ www. lawpress. com. cn	
投稿邮箱/ info@ lawpress. com. cn	销售热线/010 - 63939792/9779
举报维权邮箱/ jbwq@ 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、子公司销售电话:
统一销售客服/400 - 660 - 6393
第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036
上海分公司/021 - 62071010/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0343 - 1 定价:30.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

《刑法解释限度理论的反思性解读与限度认定模式探究》一书,是一部从类型思维的角度论证刑法解释限度的专业论著。刑法解释在刑法适用中具有极其重要的作用,其解释结论的正确与否,上关国家利益的维护,中关社会秩序的稳定,下关公民切身利益的保护和公民基本人权的保障,因而历来为中外刑法学界所重视。然而,刑法究竟应当如何进行解释?得出何种结论才是符合理性的、正确的解释?这却是迄今为止国内外法学界争论持续不断的问题。法哲学家、刑法学家们从法律思维、法律逻辑和法律规范的实证研究等多角度对此进行了不断的探寻研究。在这方面,著名的法学家萨维尼、拉德布鲁赫、恩吉施、拉伦茨、考夫曼、诺伊曼、齐佩利乌斯、普珀以及其他众多刑法学者都做出了巨大的努力,他们的研究不断丰富着法律解释的方法论思想,为

刑法解释思维的扩展注入延绵不绝的动力与源泉。然而不可否认的是,即使前人作出了卓越的贡献,围绕刑法解释限度的争议至今仍然存在,共识仍然没有达成,这在我国刑法界更是如此。这不但会影响国家司法机关对刑法的正确适用,而且也影响到公民对刑法规范的理解与遵守,因此,对一个国家刑事法治建设来说,这显然是一个需要迫切研究和解决的现实问题。本书作者以问题为导向,知难而上,将刑法解释的限度作为研究主题,并力图从法哲学与刑法学结合的角度全面阐述自己的观点,其精神可嘉,而且也使本书不但具有明显的司法实践意义,而且更具有重要法学理论意义。

本书的作者龚振军副教授是毕业于上海交通大学刑法学专业博士研究生,我有幸作他的指导教师,因而对他比较了解。他在攻博期间一直对刑法解释论研究有兴趣,并将其作为博士论文题目专题研究,为此作了长时间准备,收集了大量研究资料,经过认真研究,反复修改,终于成文,获得同行专家的良好评价。他毕业后继续深入研究这一课题,针对博士论文作进一步的修改、补充与完善,使其更加成熟,现在终于正式出版,可谓厚积薄发,研究内容具有较强的创新性与开拓性。概括起来,本书具有如下鲜明的学术特点:

首先,该书对于刑法解释限度的基本内涵、特征以及应持的基本立场进行了充分、辩证的法理阐述。阐明有关刑法解释限度的基本内涵、特征是论证刑法解释限度理论的基本前提,然而目前我国学术界并没有对刑法解释限度的基本内涵、特征作过探讨,为弥补这一不足,本书从刑法解释限度关照和反映的核心价值出发,阐述了刑法解释限度的内涵和基本特征。认为刑法解释限度应被界定为刑法解释所能达到的具体、客观的程度或范围;刑法解释限度应具有法定性、内在规范性、客观性与确定性特征,它是形式合理性与实质合理性的有机统一,是关于事实与规范之间关系性的限度;在刑

法解释限度与刑法解释目标的关系方面,认为立法原意说(类似形式解释)或客观意思说(类似实质解释)与刑法解释限度不具有实质性影响关系;在解释的立场上,主张解释限度应当基于价值本质性考察的立场,这种立场既坚持了规范实证的基础,又坚持了社会实证的基础。这些见解对丰富我国刑法解释理论,廓清刑法解释方面一些有争议的基本概念和基本理论问题,都有积极的帮助。

其次,本书对刑法解释限度理论学说间的相互关系进行了认真地梳理、说明和评析。当前,有关刑法解释限度的各种理论学说纷纭,然而各自的内涵、特征多不明朗,这会给理解与讨论带来困惑。本书作者首先充分阐述了各种理论学说的内涵与特征,在此基础上,又对它们之间的相互关系进行辨析、论证。作者认为,“法文语义”观点坚持规范实证的立场,注重概念和法律的内在逻辑分析,是探求刑法解释限度的逻辑分析工具,属刑法解释限度的技术之维;“预测可能性”观点坚持社会实证的立场,以法律赖以生存的人本主义或人性主义为基础,去分析刑法条文中“活的”法律,关注刑法的调整与效果问题,是探求刑法解释限度的原则根据和理论支撑,属刑法解释限度的事实 and 效果之维;而“犯罪定型”观点站在规范性的视角,提出犯罪定型作为刑法解释限度,属刑法解释限度的本体。以上三种见解从三个不同层次说明着刑法解释的限度,三者之间存在“两维一体”的关联关系。“法文语义”的逻辑分析与基础功能和“预测可能性”的原则根据与理论支撑功能,共同制约着“犯罪定型”这一刑法解释限度的宽窄。这一见解以类型思维为主线展开分析论证,极具逻辑与思辨色彩。

再次,该书从理论思维与司法实践相结合的角度,对刑法解释限度的把握进行了思维方法论层面和实践操作层面的研究探讨。在思维方法论方面,认为对事物本质的考察,对犯罪定型的把握,都应

在寻求法律意旨、意义关系同质性这一前提下,采用演绎与归纳等置模式所进行的逻辑推论,而在司法实践操作层面,通过对司法实践中许多有争议的案件或刑法解释进行深入考察,得出了经验性的操作机理:在寻求法律意旨、意义关系同质性过程中,必须避免比较点寻找出现路径错误,或者说,就是要避免通过错误的比较点权衡,得出不合理的解释结论;刑法中各种犯罪定型的把握,离不开各自自身的价值设定,在确定规范目的的过程中,犯罪定型的价值设定具有重要的指引作用,等等。这些见解的提出,都以司法实践理性为主线,极具价值实证与规范实证的色彩。

最后,该书还从内在和外在的不同视角,对刑法解释限度的制约因素进行了哲学上与法理上的探索。作者提出,要正确对待刑法解释者所面临的前有、前见问题,承认理性化的前有、前见是刑法解释重要前提,因而具有重要的实践价值;社会公众愿望不一定具备正当化根据,因而只能作为说明性理由影响刑法解释限度;国家的刑事政策与公共政策对刑法解释限度起着根本性的指导作用和决定性作用,但必须受到法治精神与原则的限制。这些观点的提出,以理性主义为主线,也仍不失明显的社会实证色彩。

在这本书中,作者基于类型思维的方法,理性、逻辑与规范地论述了刑法解释限度问题,具有重要的理论价值与司法实践意义。当然,由于刑法解释限度问题自身的复杂性,作者的研究也不免存有一些不足和一些论证不充分之处,但瑕不掩瑜,该书仍然体现作者良好的学术研究能力。希望本书在丰富我国刑法解释学研究领域学术成果的同时,对于促进和完善我国刑事法律解释制度也能够起到积极的作用。

张绍谦

2016年11月于上海交通大学凯原法学院

目 录

引 言/1

限度——一个刑法解释论上争议不休的
困窘/7

第一章 刑法解释限度概述/9

第一节 刑法解释限度的界定/9

第二节 刑法解释限度与相关概念的关系/21

第三节 刑法解释限度的基本立场/33

第二章 刑法解释限度观点论评/38

第一节 国外关于刑法解释限度的观点/38

第二节 我国刑法学界关于刑法解释
限度的观点/52

第三节 对刑法解释限度观点的质疑与
论评/58

2 刑法解释限度理论的反思性解读与认定模式探究

第三章 犯罪定型——刑法解释限度的提倡/109

第一节 犯罪定型的修正/109

第二节 犯罪定型的把握/114

第四章 犯罪定型的制约因素分析

——内在视角与外在视角的考察/141

第一节 基于解释者内在视角的考察:前理解
对犯罪定型的影响及其理性化/141

第二节 基于解释者外在视角的考察/147

参考文献/161

后 记/173

引 言

一、问题的提出

问题的提出,主要是基于两个层面的考虑:

一是现实层面的考虑。刑法适用的过程就是刑法解释的过程。在刑法解释过程中经常会面临“究竟如何解释才是正确的解释”的问题。例如,能否将“‘拖拉机’解释为破坏交通工具罪中的‘汽车’”;能否将“为公务应酬,他人‘请客’——支付嫖资的行为作为‘协助组织卖淫罪’处理”;^①能否将“放走他人名贵鸟而这些名贵鸟很有可能会飞回来的行为”作为故意毁坏财物罪处理,等等。同时,刑法解释还经常面临争议不休的解释观点问题。例如,我国《刑法》第259条规定,明知是现役军人的配偶而与之同居

^① 蒋熙辉:《刑法解释限度论》,载《法学研究》2005年第4期。

或者结婚的,构成破坏军婚罪。对该条中“同居”概念的理解,“如果解释为长期通奸或导致严重后果的通奸,既可能被认定为不被允许的类推解释,也可能被认定为应允许的扩大解释”。^① 我国《刑法》第263条规定“冒充军警人员抢劫”的,构成法定加重情节的抢劫罪。但对于真正军警人员抢劫是否也适用该法条规定?有论者就认为,真正军警人员抢劫的,应该适用该条规定;而又有论者则认为不应适用该条规定。我国《刑法》第196条规定了信用卡诈骗罪,但对于现实生活中许多滥用信用卡的行为或行为人利用ATM机恶意透支的行为,是否也构成信用卡诈骗罪?有的论者就认为,信用卡诈骗罪具特殊性,其包容部分不具有诈骗性质的滥用信用卡行为;恶意透支就是一种典型的滥用信用卡的行为,机器不能受骗不能成为不成立信用卡诈骗罪的借口,行为人恶意透支的仍属信用卡诈骗罪。持对立观点的论者则认为,从《刑法》第196条规定的4种行为类型都必须是诈骗活动来看,信用卡诈骗罪与诈骗罪在要求自然人受骗这一要件上并不存在任何差异。也就是说,其认为解释者应当将《刑法》第196条规定的4种行为类型限定为信用卡诈骗罪,而不能将并非信用卡诈骗的任何滥用信用卡的行为都解释为信用卡诈骗行为。^② 除此之外,刑法解释还常常遭遇到论者对解释过限的批评。例如,“曾经有一个司法解释性文件针对足球‘黑哨’事件,规定把足球比赛裁判员的受贿行为按照公司、企业人员受贿罪论处,实际上是把足球比赛裁判员解释为‘公司、企业人员’,这显然是超出了刑

① 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第18页。

② 刘明祥:《再论用信用卡在ATM机上恶意取款的行为性质》,载《清华法学》2009年第1期;张明楷:《非法使用信用卡在ATM机取款的行为构成盗窃罪》,载《清华法学》2009年第1期。转引自张绍谦、龚振军:《刑法解释方法在犯罪认定中的运用》,载游伟主编:《审判前沿观察》2009年第1辑,《审判前沿观察》编辑委员会编,上海人民出版社2009年版,第94页。

法立法对‘公司、企业人员’规定的应有含义”；^①2001年发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理伪造、贩卖伪造的高等学历、学位证明刑事案件如何适用法律问题的解释》规定，“对明知是伪造高等院校印章制作的学历、学位证明而贩卖的行为以伪造事业单位印章罪（贩卖显然不同于伪造）的共犯（如果事前没有通谋，尽管行为人有明知也不符合共同犯罪的主观要件）论处”。^②再如，“通行观点把为贩卖而购买毒品的行为解释为贩卖毒品罪的实行行为。《上海市高级人民法院关于审理毒品犯罪案件具体应有法律若干问题的意见》规定：如果有证据证明行为人以贩卖为目的而购买了毒品或正在向贩毒者购进毒品的，亦应认定为贩卖毒品罪的既遂。这是一种为了打击毒品犯罪而违反法理和常理、常情、常识的无限扩张解释。……正如有学者批评道：‘贩卖’为卖东西，为何有买入之解释？贩卖乃同义复词，只有卖出之意，并无买入之意，实务对贩卖包括买入和卖出之解释，亦非仁者之见，而系离谱之解释”。^③可以说，只要刑法解释继续存在，那么其都会面临着上述问题的困扰。刑法解释所面临的这些问题，归结为一点，就是解释限度的问题。如果我们在刑法解释的过程中，能很好地掌握刑法解释限度的标准，很好地把握刑法解释的限度，那么如何解释才是正确的解释、刑法解释所面临的争议不休的观点以及刑法解释过限等问题，都将迎刃而解。

二是理论层面的考虑。从现有的资料来看，目前刑法学界论述刑法解释限度的观点并不止一种，这些观点各自为政，无法获得理

① 陈志军：《刑法司法解释研究》，中国人民公安大学出版社2006年版，第406页。

② 同上书，第416页。

③ 吴林生：《罪刑法定视野下实质解释论之倡导》，载《中国刑事法杂志》2009年第7期。

论上的统一,因而呈现出纷繁复杂的现象。这些不统一观点的存在,对于刑法解释来说,带来的后果便是对解释结论的相互质疑和诘问,尽管这种质疑和诘问某种程度上也在助推着刑法解释理论的良性发展,但不可否认的是,其对司法实务界如何衡平保障人权和惩罚罪犯的现实需要和刑法理论界理论的共识以及创新,甚至理论对实务的引导都带来了消极影响。基于此,对刑法解释限度进行理论上梳理,并努力理顺这些观点相互之间的关系,就成为论题关注的焦点。

总之,基于现实层面对刑法解释限度的需要,以及理论层面亟须统一刑法解释限度观点的需求,笔者选择了《刑法解释限度理论的反思性解读与认定模式探究》这一论题进行研究,以期对丰富刑法学理论研究有所裨益。

二、研究现状及其特点

从现有的资料来看,目前我国刑法学界论述刑法解释的论文不在少数,虽然论述刑法解释的问题或多或少也会涉及限度问题,但专门论述刑法解释限度观点的论文还是不多,只有蒋熙辉:《刑法解释限度论》(载《法学研究》2005年第4期);陈兴良、周光权:《刑法司法解释的限度》(载《法学》1997年第3期);刘志远:《刑法解释的限度——合理的扩大解释与类推解释的区分》(载《国家检察官学院学报》2002年第5期);许浩:《刑法解释的基本立场》(载《东方法学》2008年第6期);陈志军:《论刑法扩张解释的根据与限度》(载《政治与法律》2005年第6期);舒洪水,贾宇:《刑法解释论纲》,(载《法律科学》2009年第5期);陈忠林:《刑法的解释及其界限》(载赵秉志、张军编:《中国刑法学年会文集(第1卷):刑法解释问题研究》,中国人民公安大学出版社2003年版;吴林生:《罪刑法定视野下实质解释论之倡导》(载《中国刑事法杂志》2009年第7期)等少

量文章,至于专门研究刑法解释限度方面的专著,则基本上没有见过。可以说,从我国刑法学界的研究现状来看,我国刑法学界对此问题的研究是不够关注、不够深入的。

首先,我国刑法学界对此问题的研究是不够关注的。尽管对于刑法解释限度这一论题,我国刑法学界达成了共识,并认为刑法解释限度问题是关乎正义的问题,关乎人权保障和社会正当性利益保护的问题,关乎权利与权力的良性协调问题,但从目前刑法学界所取得的成果来看,我们仍然感觉不到刑法学界对此问题高度关注的态度。

其次,我国刑法学界对此问题的研究是不够深入的。这主要体现在以下两个方面:一是我国刑法学界对于刑法解释限度的界定上观点基本一致,相互之间根本不存在观点交锋的情况,而这对不利于我们对刑法解释限度问题的阐明。而且即使就其所提倡的观点而言,“刑法解释限度究竟何所指,理论界也并没有提出具有可操作性的标准”。^①二是与日本刑法学界相比。日本刑法学界对此问题的研究就比较深入,提出了不少值得称道的限度论观点,而且其观点是有严密论证的,从这点上而言,我国刑法学界必须对此问题进行深入研究,以期阐明解释限度的真谛。

三、研究的意义

刑法解释限度的问题,是基于现实层面对刑法解释限度的需要和理论层面亟须统一刑法解释限度观点的需求而被提出的,对此问题的研究,当然具有现实和理论两方面的价值。

(一) 现实或实践价值

刑法解释限度问题,并不是一个纯理论的问题,而是与刑法解释

^① 蒋熙辉:《刑法解释限度论》,载《法学研究》2005年第4期。

实践紧密结合的问题。可以说,刑法解释,包括最高人民法院和最高人民检察院等中央机关发布的司法解释以及地方性刑法司法解释。在解释过程中,都必然会涉及解释合限或过限的问题。因此,如何判断解释是否过限,就显得非常重要。刑法解释限度问题的研究,正是期待通过对刑法解释限度标准的界定、把握进行探讨,以解决实践中的问题。

(二) 理论价值

刑法解释限度问题,除了要与解释实践紧密结合外,还必须独立完成自己的理论命题。可以说,通过对目前刑法学界关于刑法解释限度理论之分歧的梳理,厘清各种刑法解释限度观点之间错综复杂的关系,正是刑法解释限度当今面临的重要理论问题。梳理和厘清这些观点之间的关系,对确立适合我国国情的刑法解释限度标准具有重要的理论价值。

限度

—— 一个刑法解释论上争议不休的困窘

精神科学有别于自然科学的独特之处,就在于其有别于定律或法则的方法。而精神科学的独特方法就在于理解或解释。理解或解释本身就是理解者或解释者对从外表示意义的符号,基于自身的体验和社会客观的经验,认识符号内在的过程。这种认识符号内在的过程,充斥着诸多理性和非理性的因素,渗透着逻辑、修辞与经验的交叉,处于不同的立场,符号内在的解说就会呈现不同的意义,因此,理解或解释“理解或解释本身”是非常复杂且难以界说的过程。

尽管理解或解释自身非常复杂,但人类社会对精神科学包括法律的探讨不但从未却步,反而越来越热烈。单就法律解释中的刑法解释而言,就有不断深化和包容整个刑法知识的态势。这不仅是因为包括刑法在内的法律规范对于我们