

中青年刑法学文库

陈兴良 ◎主编



Zouxiang Shizhi De Xingfa Jieshi

走向实质的刑法解释

刘艳红 著



北京大学出版社
TSINGHUA UNIVERSITY PRESS

[XD]中青年刑法学文库

走向实质的刑法解释[HT]

刘艳红 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

走向实质的刑法解释/刘艳红著. —北京:北京大学出版社,2009.9

(中青年刑法学文库)

ISBN 978—7—301—15867—8

I. 走… II. 刘… III. 刑法—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 171236 号

书 名: 走向实质的刑法解释

著作责任者: 刘艳红 著

责任编辑: 薛颖 王晶

标准书号: ISBN 978—7—301—15867—8/D·2426

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: [ZK()邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962[ZK)]

电 子 邮 箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者:

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 20.5 印张 303 千字

2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

[HTH]版权所有,侵权必究

举报电话:010—62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

刘艳红 法学博士,东南大学法学院教授、博士生导师;中国法学会刑法学会理事,东南大学校学术委员会委员,江苏省“333 高层次人才培养工程”首批中青年科技带头人;2008 年入选教育部“新世纪优秀人才支持计划”。个人专著有《实质刑法观》、《开放的犯罪构成要件理论研究》、《罪名研究》;合作专著有《人格刑法导论》、《行政刑法的一般理论》;主编教材《刑法学总论》、《刑法学各论》。

内 容 简 介

一旦法律不加解释,它的存在便无意义。以此为理念,并根据现行成文刑法典的有关规定,本书对刑法理论和司法实践中一系列富有争议的问题进行了适用解释。本书所应用的解释方法有主观解释和客观解释,缩小解释和扩大解释,体系解释和反对解释等,然而,无论采用何种解释方法,本书对相关问题的解读基本上都是自觉或不自觉地站在实质的刑法立场而进行的。因此,本书的特点并不在于个别问题的深度解决——虽然有的论述的确达到了这样的效果而有的则远没有,而在于一以贯之的实质刑法解释理论与方法的运用和体现。

总 序

受北大出版社的委托,让我主编一套中青年刑法学文库,以展示我国刑法学人在刑法领域取得的前沿成果。

我国现代刑法学研究,从1979年《中华人民共和国刑法》颁布以来,正好历时三十年。三十而立,不仅对于一个人来说三十岁是事业有成的时候了,而且对于一个学科来说三十年也应当迎来成熟的季节。可以说,我国刑法理论是伴随着刑事立法与刑事司法的发展而不断成长的,是随着刑事法治水平的提升而不断深化的。在各部门法学科中,刑法学科可以说是人才济济、思想活跃的一个学科。以人才而言,经过三十年的努力,我国刑法学人老中青三代正好形成了一个学术梯队。老一辈刑法学人以高铭暄、王作富、马克昌、储槐植教授等为代表,以1979年《中华人民共和国刑法》颁布为契机,在我国刑法的学术复兴中发挥了重大作用,使我国的刑法学术在中断了二十多年以后得以薪传,历史功绩不可磨灭。现在,老一辈刑法学人均已是古稀、耄耋之年,仍然以一种老骥伏枥志在千里的精神,继续为推进我国刑法理论的发展而不遗余力发挥余热,其志可嘉。我们这一代刑法学人,作为法制恢复重建以后的第一批法科学生,赶上了法学事业的黄金季节。以我为例,是恢复高考以后的第一届本科生、建立学位制度以后的第一届硕士

生,设立刑法博士点以后的第一届博士生。在时代潮流的推动下,我们占有天时地利,逐渐成长起来。以1997年《中华人民共和国刑法》的修订为标志,我们进入了刑法的学术舞台,逐渐成为主角。转眼之间,我们这一代刑法学人已经年过半百,回想起十多年前还被人称为后起之秀,感觉真是岁月催人老。我高兴地看到,比我们更为年轻的一代刑法学人已经开始崭露头角。他们的思想之开放、视野之开阔、方法之先进,都要超过我们这一代刑法学人,已经展现出其学术魅力。正如季节变换,学科发展也是有其规律的。学术的更替、思想的嬗变使新一代刑法学人以一种新锐的态势脱颖而出。作为过渡的一代刑法学人,我们承前启后,承担着光荣而艰巨的学术使命。

近年来,我致力于推动刑法知识的转型。我以为,这是一个关系到刑法学科发展的重大课题。人总是在保持现状与追求变革之间纠缠与纠扯,在学术上也是如此。保持现状是我们的立足之本,如果没有一个稳定的地基,我们就连站也站不稳,因此对于现状的保持始终是我们努力的一个目标。但是,人又总是不满足于现状的,具有追求变革的天性,否则人类社会就不会发展了。追求变革必然会打破现状,在破旧中立新。学术何尝不是如此?当知识积累到一定程度,既有的理论范式已经难以容纳知识的增长。这时,就抵达了知识变革的临界点,只有通过范式转变才能为知识的发展提供更广阔的空间。我国现有的刑法知识是在20世纪50年代初从苏联引入的,此后在老一辈刑法学人的努力下,逐渐完成了刑法知识的本土化,为我国的刑事法治建设作出了应有的贡献。但我认为,这套刑法知识话语存在着一些非科学的缺陷。以犯罪构成为例——这是刑法知识的核心,现行的四要件的犯罪构成理论存在着内在的逻辑混乱,是对其进行简单的调整所难以克服的。因此,我力主引入以德、日为代表的大陆法系的犯罪论体系。对此,许多人表示怀疑与质疑:现在这套犯罪构成理论用得好好的,为什么要照搬德、日的犯罪论体系?确实,这是一个需要作繁复的解释与详细的论证才能回答的问题。我认为,在定罪过程中,事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、类型判断先于个别判断,这些规则都是为保证定罪的准确性所不可或缺的。它们是定罪的基本思维方法,其功能正如同形式逻辑之于思想。我国目前的犯罪构成并没有坚持这些原则,而是存在着事实判

断与价值判断的混乱、客观判断与主观判断的混淆、类型判断与个别判断的混同。我之所谓引入德、日的犯罪论体系,实际上是指引入这些定罪的基本规则。根据这些规则建构犯罪构成体系,就获得了德、日犯罪论体系的精髓,因而具有可行性。当然,刑法的知识转型是一个逐渐的过程,但这种知识转型的必然性仍是我所秉持的信念。

中青年刑法学文库是一个开放的学术园地,她吸引那些在刑法学术领域已经取得一定学术成果的中青年刑法学人,将已有的学术成果经过整合与提升,以一种全新的面貌与读者见面。对于学术研究来说,人才是第一位的。除了个人努力以外,我们的社会应当为人才的成长提供更为宽松有利的学术环境。北大出版社本着出书出人的宏远宗旨,为我国中青年刑法学人提供出版资源,这是令人感动的。作为主编,我尽量地将有价值的刑法学人与学术成果推荐给出版社,从而使这套中青年刑法学文库成为展示我国中青年刑法学人的一流学术成果的橱窗。但愿本套丛书的出版为我国刑法知识的转型提供理想图景。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年2月3日

目 录

前 言 / 1

一、晚近我国刑法犯罪构成理论研究中的五大误区 / 1

1. 将大陆法系的(犯罪)构成要件概念等同于我国刑法中的犯罪构成(要件)概念并以此为由批判我国犯罪构成理论 / 2
2. 认为我国的犯罪论体系是实质的,而大陆法系的是形式的 / 5
3. 批判犯罪构成理论中的社会危害性理论 / 8
4. 认为大陆法系的犯罪论体系在逻辑结构上优于我国的犯罪论体系 / 14
5. 将对我国犯罪构成理论的研究等同于构建新的犯罪论体系 / 20

二、犯罪故意若干问题的实质解释 / 24

1. 间接故意犯罪的认定 / 24
2. 犯罪故意中的违法性认识 / 32
3. 犯罪故意的既未遂问题 / 45

三、无刑事责任能力精神病人问题的实质解释 / 53

1. 无刑事责任能力精神病人的认定标准 / 53
2. 无刑事责任能力精神病人的范围 / 54
3. 精神病人刑事责任能力的认定 / 60

四、正当防卫若干问题的实质解释 / 64

1. 《刑法》第 20 条第 3 款防卫权之定性 / 64
2. 《刑法》第 20 条第 3 款“行凶”的理论考察 / 73
3. “行凶”及假想防卫案例实证分析 / 87

五、劫持航空器罪的实质解释 / 99

1. 劫持航空器罪的立法现状 / 100
2. 劫持航空器罪的概念 / 103
3. 劫持航空器罪的行为及对象 / 110
4. 劫持航空器罪的惩治 / 121

六、交通肇事罪“因逃逸致人死亡”的实质解释 / 127

1. “因逃逸致人死亡”的法律性质 / 127
2. “因逃逸致人死亡”的适用范围 / 130
3. “因逃逸致人死亡”的个案分析 / 138

七、货币与外汇犯罪的实质解释 / 143

1. 货币犯罪的实质解释 / 143
2. 外汇犯罪的实质分析 / 153

八、抢劫罪有关问题的实质解释 / 162

1. 转化型抢劫罪“前罪”范围的实质解释 / 162
2. 转化型抢劫罪主体条件的实质解释 / 174

3. 相对刑事责任年龄人刑事责任问题立法司法解释之评析 / 209
4. 冒充军警人员抢劫罪法定刑适用之分析 / 217

九、刑法立法与司法解释问题的实质分析 / 229

1. 刑法立法解释若干问题再析 / 229
2. 刑法司法解释主体问题再议 / 247
3. 刑法司法解释时间效力再探讨 / 259

十、刑法修正案的实质解读 / 272

1. 《刑法修正案(五)》信用卡犯罪之实质解读 / 272
2. 《刑法修正案(六)》之实质解读 / 288

后 记 / 317

前 言

刑法属于规范法学,规范法学的根本在于构建法律方法揭示法律知识,即构造法解释学。只有通过刑法解释学的应用,才能实现刑法关注规范效力与内容以及如何取得适合个案的法官裁决等任务,使刑法学体现作为规范法学的特性。传统刑法研究习惯基于“立法中心主义”展开对刑法典的批判并及由此导致刑法理论研究的滞后;有创建的刑法学理论,应该基于“释法中心主义”解释适用刑法规范,因而,在刑法学的研究路径上,应该建立刑法解释学。

由于罪刑法定原则的最初本意在于以形式的成文刑法保障国民的自由人权,这就导致当下我国刑法学界对犯罪论的研究主要注意于形式问题。比如,建立形式的犯罪概念,建立形式的纯事实构成要件符合性的判断与价值的实质的判断相分离的逻辑清晰的犯罪论体系,以及最终如何从更为经济的角度发挥犯罪论体系的诉讼机能与程序作用。然而,刑法中的构成要件是将生活事实的类型化,它并非纯粹的经验事实;作为犯罪的成立条件,从一开始它就蕴含了立法者否定的价值判断,它是价值性的载体。立法者显然认为,只有处罚值得处罚的行为才是适当的、正义的,这种正义就是具有实质合理性的正义;它正是对作为刑法规范的形式正义的实现。因此,在评价某一现实发生的

行为是否符合刑法中规定的构成要件时,不能仅仅满足于从纯事实性的描述中寻求答案,而要从是否有助于实现刑法的实体正义,是否有助于刑法的人权保障与法益保护的目找到标准。那么,刑法的解释,就应该在形式合理分析的基础之上,致力于从刑法规范的形式中获得比较持久连贯的内容,探求刑法规范性的表述所具有的真理性的资质,以最终实现刑法的实质正义。这样,在刑法学的解释立场上,应倡导实质的刑法解释观。

联系我国的罪刑法定原则,建立实质的刑法解释理论及方法具有重要的现实意义。

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。”对比中西方罪刑法定原则的含义,后者是“法无明文规定不为罪不为刑”(nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege),前者为“法有明文规定即为罪即为刑、法无明文规定不为罪不为刑”。前者只强调“无法无罪无刑”,它体现了入罪禁止机能,因此亦可称为出罪原则;后者却率先强调“有法有罪有刑”,尔后才是“无法无罪无刑”,它体现了出罪禁止机能,因此亦可称之为入罪原则。我国刑法罪刑法定是以刑法社会保护机能为首要价值取向,罪刑法定原则本身所独有的人权保障机能则退居其后,仅为社会保护功能之附随。

罪刑法定原则的最初本意在于以形式的成文刑法保障国民的自由人权,“法无明文规定不为罪不为刑”是对禁止入罪的人权保障机能的完整体现。此时,强调从形式上理解刑法构成要件有利于充分发挥罪刑法定的人权保障之价值理念,因为形式的解释强调从抽象的、一般意义上理解构成要件,强调对犯罪成立与否的判断远离价值的成分,从而避免法官个人的喜怒好恶左右定罪量刑,避免将具有严重危害社会但刑法没有明文规定为犯罪的行为当作犯罪处理,以确保公民的自由人权。总之,针对经典罪刑法定原则,强调认真对待法律规则、强调犯罪论的形式化有利于最大限度地实现刑法的人权保障机能。

我国刑法罪刑法定违背了西方经典罪刑法定原则的含义,不但失却了人权保障机能,反而添加了禁止出罪的社会保护机能;其背后,深刻体现了立法者对国家刑罚权的维护,而不是本真意义上罪刑法定对国家刑罚权的限制,体现了

国家本位与权力本位的思想,而不是法治时代个人本位与权利本位思想,总之,它体现的是“依法”治国、“依法”定罪的法律工具主义独尊姿态。面对“本土化”或者“中国化”了的罪刑法定原则,我国刑事司法者以及刑法理论工作者如果仍然意欲实现西方罪刑法定原则人权保障机能,就不能遵循形式的犯罪论和刑法解释论。面对具有出罪禁止机能的我国罪刑法定原则,必须允许法官针对个案进行价值判断,采取实质的犯罪论,以实现罪刑法定原则本该具有的出罪正当化机能。针对我国“法有明文规定即为罪即为刑”禁止出罪的罪刑法定,显然应该追问:果真是刑法有规定就必须处罚吗?法定的罪与刑在实质上是否合理?个别的、具体的正义是否必须让位于抽象的、一般的正义?形式的正义是否会掩盖实质上的非正义?对这样问题的回答,要求我们应该透过“法律明文规定为犯罪行为”的形式背后,致力于对刑法构成要件从实质合理性进行解释,将法虽有明文规定然而规定本身不尽合理的构成要件,通过实质的刑法解释限制其适用,从而实现刑法处罚范围的合理化,将不该处罚的行为排除在刑法圈之外,充分实现罪刑定的人权保障机能。西哲早已提醒人们,“并不是所有以法律为依据的处罚都符合合法性原则的要求。”^①除却形式上的法律依据,是否具备内在的处罚必要性和合理性,是否处罚了实质上不该处罚的行为,是检验其实质上是否合法的关键。因此,为了避免出现“使人民看到惩罚,但是却看不到罪行”的非法治结果,建立“有罪不一定罚”的出罪机制,在行为成立犯罪与否的判断过程中,必须应在在坚持成文法典的形式规定的前提之下,进行是否达到处罚程度的法益侵害性之考虑。不能因为《刑法》第3条的前段规定就“简单地认为,‘只要有法律的规定,对什么样的行为都可以科以刑罚,而且可以科处任何刑罚’。根据犯罪的内容,是否有必要用刑罚进行处罚(处罚的必要性和合理性),而且对于该种犯罪所定的刑罚是否与其他犯罪相平衡(犯罪上刑罚的均衡),亦即从实体的正当程序的角度来强调罪刑法定的意义”^②。简言之,应该建立以形式的、定型的犯罪论体系为前提,以实质的可罚性为内容的实质犯罪

^① [美]道格拉斯·N. 胡萨克:《刑法哲学》,谢望原等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第12页。

^② [日]野村稔:《刑法总论》,全理其译,法律出版社2001年版,第46页。

论体系。相应地,对刑法规范应从是否达到了值得处罚的程度进行实质解释。

形式的解释在我国具有长期的传统,并由此带来了严重的贻害。譬如,认为我国刑法中的正当防卫与紧急避险在外表上或形式上符合犯罪构成而于实际上又不构成犯罪,就是一种典型而错误的形式解释论,其直接后果就是导致了对我国认定犯罪的标准有两个即犯罪概念与犯罪构成的指责,以及由之而来的批判社会危害性理论和对我国犯罪论体系的重构等种种误区。基于实质的刑法解释,我国的犯罪构成是对具有严重社会危害性正当防卫与紧急避险本属排除社会危害性的行为,它们本身不具备值得处罚的法益侵害性,因而不符合我国犯罪构成要件,不能构成犯罪。换言之,在我国根本不存在所谓符合了犯罪构成要件但又“不构成犯罪”的行为,正当防卫与紧急避险是根本就不符合犯罪构成的行为。由于社会危害性理论大体发挥着西方刑法中法益侵害性概念的作用,而且,它长期以来并非独立于犯罪构成之外的定罪标准,而是融合在我国的犯罪构成要件之中的,因此,如果坚持实质的犯罪论与实质的刑法解释论,我国以社会危害性理论为基调的犯罪构成体系大抵是可以维持的。

以此为基调,在分析了晚近我国犯罪构成理论中存在的诸如批判社会危害性理论等误区之后,本书收录的其他文章则对刑法总论和各论中的具体问题展开了基于实质立场的解释。譬如,对间接故意犯罪中“放任”的解释、对故意犯罪中违法性认识的肯定、对犯罪的间接故意与过失中既未遂的否定,就都是从犯罪故意实质非难性的角度展开的分析;认定无刑事责任能力精神病人反对根据单纯医学标准,主张还应根据行为人行为时是否具有意志上的非难可能性的规范实质标准,而其范围则应包括精神病性精与非精神病性精神障碍两类人等。对于正当防卫中的争论条款(即第20条第3款)的理解适用,在以客观解释为主同时综合运用主观解释方法的基础之上,分析指出不应仅根据条文“造成不法暴力侵害人伤亡后果的”规定就将其称为无限防卫权的形式解释,并合理地界定了该条款的性质;再如,对于该条款中的“行凶”的理解,反对“暴力”或者“故意伤害罪”等形式化的解释结论,并结合案例分析力倡非具体罪名化的解释结论。实质的解释方法也体现于刑法各论个罪的解释之中。除了一般性地将实质的解释方法运用于刑法修正案的分析之外,本书收录的采用实质解释

方法分析个罪的文章主要涉及以下罪名——譬如,基于劫机行为对于航空运输安全及不特定人生命、自由、财产等安全的法益的侵害程度,对劫持航空器罪的若干疑难问题如什么是劫持、航空器等进行了深入界定;结合立法与司法解释,对于交通肇事罪中一度争议最大目前仍有争议的“因逃逸致人死亡”进行了超越字面含义并结合具体案例的实质分析;对于货币与外汇犯罪的成立要件的解释均致力于透过法条表面规定而结合其处罚范围的合理性而进行的,比如,伪造货币罪是否需要限定其主观方面具有行使的目的,就根据本罪处罚范围的合理性而主张宜采取此限制性的解释;对抢劫罪若干问题的实质分析,其中,尤其是对于转化型抢劫罪前罪范围及主体条件的实质分析,应该说是笔者由不自觉运用实质解释方法解释到主动自觉使用实质解释方法的一个转折点!而“走向实质解释”的提法,恰恰是对这一不自觉到自觉过程的生动反映!提倡实质的刑法解释,必然主张由法官根据成文法的规定去挖掘法条背后的“髓”,而不是由立法机关与最高司法机关动辄颁发立法或司法等有权解释,因而,在对我国刑事立法与司法解释的分析中,笔者当然地贯彻了这种实质刑法解释立场,并对其中的技术性问题作了探讨。

当然,实质的刑法解释理论与方法中还存在着诸多令笔者疑惑的问题,在其贯彻运用中也存在着必须进一步精致化的难题,而这些,都将成为笔者今后持续的研究点之所在。

刘艳红

2009年9月

一、晚近我国刑法犯罪构成理论研究中的五大误区

晚近以来,刑法学界对犯罪构成问题展开了前所未有的深入探讨;然而,在此探讨之中,笔者以为存在着种种误区,其中,最明显的是以下五种误区,即将大陆法系的构成要件概念等同于我国刑法中的犯罪构成并以此批判我国犯罪构成理论;我国的犯罪论体系是实质而大陆法系的是形式的;批判犯罪构成理论中的社会危害性理论;大陆法系的犯罪论体系在逻辑结构上优于我国;将对我国犯罪构成理论的研究等同于构建新的犯罪论体系。对此,笔者下文将分析指出,学界对我国犯罪构成理论的误解以及由此展开的对我国犯罪构成理论的批判是不合理的,从中国现行刑法理论的构架以及刑事司法运作来看,我国传统的犯罪构成理论体系基本适应我国刑事立法和司法的需要,它在总体上是合理的。