

刑法

司法解释问题研究

XINGFA SIFA JIESHI WENTI YANJIU

陈刚

著



中国政法大学出版社

014038795

D924.05
124

刑法

司法解释问题研究

XINGFA SIFA JIESHI WENTI YANJIU

陈刚 著



D924.05
124



中国政法大学出版社



北航

C1726237

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

刑法司法解释问题研究/陈刚著. —北京：中国政法大学出版社，2014.4
ISBN 978-7-5620-5310-1

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—法律解释—中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第070305号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 国安华明印业有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 9.75
- 字 数 227千字
- 版 次 2014年4月第1版
- 印 次 2014年4月第1次印刷
- 定 价 32.00元



CONTENTS

目 录

绪 论	1
第一章 刑法司法解释概论	6
第一节 刑法司法解释的概念	7
一、“刑法”	7
二、“司法”	10
三、“解释”	16
第二节 刑法司法解释的特征	19
一、对立法的从属性	19
二、解释制定的规范性	25
三、解释对象的特定性	29
四、解释内容的司法性	34
五、解释效力的普遍性	35
第三节 刑法司法解释的原则	44
一、合法性原则	45
二、合理性原则	49
三、全面、协调性原则	52
四、公开性原则	54
五、明确、具体性原则	59
六、谦抑性原则	62

第四节 刑法司法解释与刑法立法解释的关系	67
一、刑法司法解释与刑法立法解释的相同之处	67
二、刑法司法解释与刑法立法解释的不同之处	71
三、刑法立法解释的存废之争及其与刑法司法 解释的关系	74
第五节 刑法司法解释与刑法判例的关系	83
一、刑法司法解释与刑法判例的联系	84
二、刑法司法解释与刑法判例的区别	86
第二章 当前刑法司法解释权配置体系的问题及改进	89
第一节 当前刑法司法解释权配置体系 改革的理论梳理	89
一、司法机关解释体制	90
二、司法人员解释体制	96
三、司法机关解释与司法官个案解释并存的体制	98
四、其他主张	101
第二节 当前刑法司法解释权配置体系的问题及评议 ...	104
一、非司法主体能否介入刑法司法解释活动	104
二、检察机关能否拥有刑法司法解释权	109
三、司法系统内的其他机构能否制定刑法 司法解释性文件	133
四、能否赋予法官个人刑法司法解释权	143
第三节 关于我国刑法司法解释权配置体系的 改革构想	152
一、依法醇化刑法司法解释主体, 成立“两高”联合 解释委员会, 同时赋予省级法院一定的刑法司法 解释权限	152

二、取消最高人民检察院的刑法司法解释权，建立“一元二级”的刑法司法解释体制	156
第三章 刑法司法解释的创制	158
第一节 刑法司法解释创制概述	158
一、刑法司法解释创制的概念	158
二、刑法司法解释创制的特征	158
三、当前我国刑法司法解释创制工作中 所存在的问题	160
第二节 刑法司法解释创制的立场和指导思想	162
一、主观解释论	163
二、客观解释论	164
三、折衷论	166
四、本书观点	167
第三节 刑法司法解释创制的形式	174
一、刑法司法解释创制的基本形式	174
二、刑法司法解释的创制形式中不应包含 “认可”的形式	177
第四节 刑法司法解释创制的程序	179
一、立项阶段	179
二、起草阶段	185
三、审议通过阶段	190
四、公布阶段	192
第四章 刑法司法解释的空间和时间效力	194
第一节 刑法司法解释的空间效力	194
一、刑法司法解释空间效力的概念	194

二、刑法审判解释性文件与刑法检察解释性文件	
在空间效力方面的冲突	198
三、刑法司法解释性文件空间效力的省际冲突	198
四、不同司法系统之间刑法司法解释性	
文件的空间效力冲突	215
第二节 刑法司法解释的时间效力	216
一、刑法司法解释时间效力的概念	216
二、刑法司法解释的生效时间	222
三、刑法司法解释的失效时间	233
四、刑法司法解释的溯及力	242
第五章 刑法司法解释立法化问题	266
第一节 刑法司法解释立法化的概念界定	267
第二节 刑法司法解释立法化的产生原因	271
一、刑法立法的抽象性与刑法司法的具体性	
之间的矛盾无法彻底解决	271
二、社会的发展变化性和刑法的稳定性	
之间的矛盾无法彻底解决	273
三、刑法立法机关未完全发挥自身的作用	274
四、对刑法司法解释缺乏有效的制约	277
五、近年来刑法司法解释作用的扩大和地位的提升	279
第三节 刑法司法解释立法化的理性对策	279
一、必要的立法性刑法司法解释	281
二、不必要的立法性刑法司法解释	284
结 论	293
参考文献	295



绪 论

长久以来,完美而不需要解释的刑法,一直是刑法立法者们梦寐以求的理想目标,而且在人类的法律发展史上,也确实有人曾在这方面做出过勇敢的尝试,如古罗马优士丁尼亚诺斯大帝、普鲁士的腓特烈二世都曾颁布法律严禁解释其法典。^{〔1〕}此外,不少学者也对刑法解释怀有一种强烈的抵制情绪,刑事古典学派的创立者贝卡里亚就曾在其不朽名著《论犯罪与刑罚》中不厌其烦地告诫后人:“‘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,让位于汹涌的歧见”;“刑事法官根本没有解释刑事法律的权利,因为他不是立法者”;“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”。^{〔2〕}但令人遗憾的是,理想目标终归还是只能停留在理想之中,无论立法者们和学者们有多么的不情愿,司法实践还是一再证明了解释法律的必要性。这一切究其根本,乃是由于有限的刑法立法与无限的刑法适用之间的矛盾,而法律解释正好是减少二者间摩擦的不可或缺的“润滑剂”。

在承认了法律解释的必要性之后,各国纷纷建立起了自己的

〔1〕 参见袁坤祥:《法学精论》,作者自版,我国台湾地区1977年印行,第67~68页。

〔2〕 [意] 贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第12~13页。

刑法解释体系。新中国的1954年《宪法》第一次规定了全国人大常委会享有解释法律的权力；1955年第一届全国人大常委会第17次会议通过了《关于解释法律问题的决议》，授予了最高人民法院制定刑法司法解释的权力；而1981年第五届全国人大常委会第19次会议通过的《关于加强法律解释工作的决议》（以下简称《决议》），又规定了最高人民检察院进行刑法司法解释的权力，至此我国建立起了“一委两院”、“立法解释和司法解释并存”的独具中国特色的刑法解释体系。但实际上，长期以来全国人大常委会受其工作重心和解释力量有限的制约，一直很少开展立法解释活动，大量的刑法解释工作以最高人民法院和最高人民检察院颁布司法解释的形式进行。

但不知是受我国自古“唐律疏议，‘疏议’总比‘唐律’多”的法律传统的影响，还是受到实践中大量层出不穷、令人防不胜防的有关刑法具体适用问题的刺激，近年来我国的刑法司法解释正呈现出一种异乎寻常的繁荣态势。其解释数量之多，解释范围之广，解释内容之丰富，已大有超越刑法——这一解释对象本身之势（甚至司法解释的个别规定已完全突破刑法的限制，规定了全新的内容），这也就无怪乎学界中有人戏称刑法司法解释为“第二刑法”了。

不过相比较于刑法司法解释“欣欣向荣”的大好局面，我国的刑法司法解释研究工作却长期处于“不死不活”的尴尬境地。而频繁的解释与滞后的研究，两者相加的结果必然是使得现实中的刑法司法解释工作矛盾丛生、问题重重——比如，因刑法司法解释体系混乱而导致的司法解释“令出多门、齐抓共管”，以致解释的效力不清、内容互相冲突；再如，因对刑法司法解释作用的过度重视和对解释及时性的过分强调，使得我国出现了刑法司法解释数量畸形增长、“解释完了又解释”的奇异

现象；还有，由于对刑法司法解释的名称把关不严，同时缺乏严格合理的制定程序，司法解释制定的随意性大增，现实中也随之出现了大量诸如“电话答复”、“会议纪要”等五花八门、不是司法解释的司法解释……毫不夸张地说，用“混乱”一词来形容当前我国的刑法司法解释现状是再确切不过的了，而且还要强调一下的是——这种混乱是从刑法司法解释的解释主体到适用主体、从产生到废除、从时间到空间等的全方位、全体系的混乱。面对如此混乱的局面，理论界滞后的研究现状，显然难辞其咎。

简而言之，当前的刑法司法解释研究工作主要存在以下两大问题：

第一，长期局限于法理学、法律解释学的一般性理论，照抄一般性规定，缺乏对刑法司法解释问题的专门性研究。

从现有的论文和著作来看，学者们大体站在两个层面进行研究：①宏观层面。这一层面的学者多倾向于从法理学或法律解释学的角度，对“法律解释”这一现象进行整体性研究，其代表著作有梁治平主编的《法律解释问题》、陈金钊所著的《法律解释的哲理》等。由于研究层面过于宏观，该层面的研究成果抽象性、理论性色彩过于浓厚，用来作为刑法司法解释的指导思想尚可，但应对具体问题则往往力不从心。②中观层面。这一层面的学者针对法律解释现象的一部分（如某部门法的解释问题、司法解释与立法解释的区别等）进行研究，研究成果相对也更为深入和细化，其代表著作有李希慧所著的《刑法解释论》、董皞所著的《司法解释论》等。虽然上述学者在法律解释的具体化研究方面迈出了一大步，但充其量也只是具体化到了不同部门和不同种类这一级别之上（换句话说，就是只论述“刑法解释”或“司法解释”），即使有的学者会在谈刑法解释

问题时顺带一提刑法司法解释，但也多是仅仅做出一般性论述，在处理方法上也多是照抄刑法或司法解释的一般规定。这种做法应付一下场面还可以，但如果遇到一些棘手的特殊问题，则不能抱有太大的希望。

客观地说，目前我国学术界少有人对刑法司法解释这一部门法之下的司法解释进行针对性的、微观层面上的研究（这方面笔者所能查到的著作只有陈志军所著的《刑法司法解释研究》一书）。也正是因为缺乏微观视角，不能将“刑法”、“司法”和“解释”这三个要素有机结合起来进行更加具有针对性的研究，学界对于不少实际中出现的问题还处于一片茫然不知所措（或虽有“所措”，但成效有限）的状态。而这恰恰也正是笔者写作本书最初的动力来源。直接点说，本书就是意在将上述三个要素统一起来，采取微观的角度，钻入刑法司法解释的内部，重点对其所独有的特殊性问题展开论证，以期寻找到解决的办法。

第二，对刑法司法解释的研究长期徘徊在初级阶段，研究问题单一，研究成果低水平重复。

虽然我国司法机关从建国伊始就开始了刑法司法解释方面的大量实践（1955年被正式授权以前，多表现为颁布“指令”、“问题解答”等带有司法解释性质的文件），但与此同时不知是有意还是无心，我国刑法学术界却长期以来对刑法司法解释问题缺乏兴趣，一些学者本着“强枝必先强干”或者“两者可以通用”的思想，将主要的精力投入到了对刑法本身的研究之中，而对刑法司法解释这一看起来有点“旁门左道”的法律现象则观者甚少。翻开市面上的任何一本刑法学教科书，我们就可以很清楚地发现学者们津津乐道于对刑法问题的传道授业解惑，而对刑法司法解释则好像是很不情愿地予以寥寥数语、一笔带过。不过这好歹还算是有所涉及，在较早版本的教材之中，则

根本连提都不提。

据笔者所掌握的资料显示,我国学术界对刑法司法解释现象进行较为正式的研究,始于20世纪80年代后期(整整比司法实践晚了近四十年)。1988年赵秉志和王勇两位学者在《法学研究》第一期上发表了《论我国刑法的最高司法解释》一文,将学者们的目光引向了长期遭到冷遇的刑法司法解释。随后,针对刑法司法解释问题的研究逐步活跃起来,也逐渐出现了一些论文和专著,这与之之前几乎无人问津的状况相比,不能不说是一个很大的进步。但实事求是地说,相比较于其他重要的刑法问题而言,当前对刑法司法解释问题所投入的研究力量还远远不够,与刑法司法解释在实践中所处的不容忽视的重要地位和所发挥的重要作用也远不相称。

长期忽视和研究力量投入不足的当然结果就是研究水平的有限和研究成果的粗陋。从目前的研究情况来看,学界对刑法司法解释问题的研究长期徘徊在低水平状态,研究对象有限,翻来覆去还是刑法司法解释体系的构建、解释权的分配、解释的溯及力等几个有限的问题,而且更加令人遗憾的是——就这么几个有限的研究对象,对其研究的深度也长期得不到推进。在这种条件下,自然不能对研究的成果抱有多大的期待,事实上现有的成果多是对原有理论的简单重复,偶有出现有新意的文章。目前针对刑法司法解释问题,迫切需要在以下方面展开研究:刑法司法解释的监督和撤销机制,各省级司法部门之间司法解释性规定的冲突和协调,地方、军队、铁路等不同司法体系之间矛盾的解决,刑事法官个人在司法解释中的作用,等等。同时,还要注意推进现有研究向更高的层次发展,如明确刑法司法解释所应遵循的原则,刑法司法解释与判例之间的关系,改革现有司法解释的制定方式和程序,等等。



第一章

刑法司法解释概论

“任何法律都需要解释，解释能赋予法律更好的生命力”，时至今日，恐怕就连最坚定、最富于理想主义色彩的学者也不得不承认这样一个结论。笔者认为，从根本上来说，法律之所以需要解释，实际上是取决于以下两个矛盾：①内容有限的法律规定与内容无限的社会实践之间的矛盾；②仅作出抽象性、一般性规定的法律与具体的、特殊的现实生产、生活之间的矛盾。比如，我国《刑法》第263条规定了入户抢劫的从重处罚，但这里面首先就涉及一个“户”的认定问题，到底什么算“户”呢？公寓、别墅算“户”，那渔民的渔船、牧民的帐篷、员工的宿舍又算不算“户”呢？另外，这个“入”字又该作何解释呢？如果说两只脚都迈过了门槛算“入”，那一只脚迈进去、另一只脚还没迈进去，这种行为又属不属于“入”呢？对上述这些问题，显然不同的解释将导致明显不同的法律后果。诸如此类在刑法适用过程中所出现的具体而琐碎的问题，在司法实际中是大量存在的。在这种情况下，如果指望我们的立法机关未卜先知般地对每个可能出现的具体问题都作出详细而周到的说明，或是每次遇到问题时都能通过立法者的及时解释来解决问题，对于我国这样一个国土辽阔、人口众多的国家而言显然是不现实的，其运作成本也只会高得让人无法忍受。针对

此种情况,唯一现实而且经济的办法就是赋予刑法的适用者(即刑法司法部门或人员)在一定范围内对刑法进行有限的解释和说明的权力,而这也就是世界各国普遍设立刑法司法解释制度的根本原因。

第一节 刑法司法解释的概念

不同于许多国家和地区将解释法律的权力直接赋予法官个人的制度,我国虽然承认法官的自由裁量权,但却规定只有国家最高司法机关才有权制定和发布刑法司法解释。因此,依照大多数刑法教科书所作的论述,刑法司法解释是指最高司法机关对具体应用刑法所作的解释。^[1]不过,在笔者看来,上述这种通用型的定义,对刑法司法解释的说明未免有些简单,要想弄清楚刑法司法解释的准确含义,就必须要对其中的“刑法”、“司法”、“解释”等构成要素进行逐一的分析,最后再据此综合,以得出更加准确的定义。

一、“刑法”

“刑法”一词看似简单,但在不同的学者、不同的国家和地区,以及不同的法系之间则有着互不相同的定义。概括而言,对“刑法”一词的理解大致可分为以下两种:

1. “刑事法”说

该说的支持者采取综合的立场,用 criminal law (code) 一词来定义“刑法”,认为“刑法”不仅应当包含刑事实体法,还应包括刑事程序法,甚至还可以考虑涵盖刑罚执行法。在这

[1] 参见曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第21页。

种情况下,与其称之为刑法,还不如称之为“刑事法”来得更贴切一些。例如《加拿大刑事法典》(Canada Criminal Code)总共包括28章,其中前13章规定的是刑事实体法,后15章规定的是刑事程序法。〔1〕

2. “刑法”说

不同于“刑事法”说“一体化”的观点,“刑法”说认为刑法即单指刑事实体法。在该说的内部又分别存在着“犯罪法说”和“刑罚法说”两种不同的主张。

依照我国学界的对“刑法”一词的通常理解,刑法是指规定犯罪和刑罚的法律,且单指刑事实体法。〔2〕据此,本书所讨论的“刑法司法解释”,也只是针对刑事实体法意义上的刑法进行讨论的,再具体一点,就是在犯罪与刑罚这两个领域之中展开讨论。

我国有学者认为,监狱法作为我国的刑事执行法,也应当将对监狱法的司法解释纳入到刑事实体法解释之中。〔3〕对此,笔者认为,我国奉行的是大陆法系国家将刑事实体法、刑事程序法(包括刑事证据法)与刑事执行法三者相对分离的立法制度,刑事实体法主要规定犯罪和刑罚方面的内容,即:规定罪与非罪、一罪与数罪、是否共同犯罪、是否应判处刑罚、应如何判处刑罚等方面的内容;监狱法从内容上来说,主要规定了犯人收监、狱政管理、狱所警戒等内容,属于刑事执行领域,这显然与刑事实体领域有所区别。还有,虽然我国刑法中规定

〔1〕 参见陈志军:《刑法司法解释研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第11页。

〔2〕 参见曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第1、4页。

〔3〕 参见侯国云:“论刑法司法解释的特征、原则与方法”,载赵秉志、张军主编:《刑法解释问题研究》,中国人民公安大学出版社2003年版,第512页。

有刑罚执行方面的内容，但也仅是对刑罚执行中最重要的内容作出了简单规定；现代刑罚的核心——自由刑，其主要内容还是由监狱法——这一刑事实体法之外的刑事执行法加以规定的，因此如果仅仅因为实践中有的刑法司法解释涉及了刑罚执行方面的内容，就主张将整个刑事执行法司法解释归入到刑事实体法司法解释之中，这未免多少有点“盲人摸象”的味道。

另外，随着不少国家保安处分制度的建立和发展，刑罚已经不再是犯罪人承担刑事责任的唯一形式，保安处分也成为了预防犯罪、特别是潜在犯罪的一种有力措施。那么在这种情况下，是否有必要将保安处分也纳入到刑法之中呢？对于这点，世界范围内大致存在着一元主义和二元主义两种不同的观点。

1. 一元主义的观点

一元主义主要为刑事实证学派所主张，认为刑法的使命是对行为人的危险人身危险性施加以社会保安处分，或者矫正、改善行为人，因而认为刑罚与保安处分之间没有质的区别，二者具有共同的特性。^{〔1〕}在一元主义者看来，刑罚与保安处分都是以保卫社会、预防犯罪为根本目的，其处罚措施也都带有强制性色彩，所以从某种程度上来看，保安处分就相当于是一种从轻、减轻的刑罚，或至少是一种特殊的刑罚。因此，在刑法之中加入保安处分的内容，是完全可以的，同时也是理所应当的。

2. 二元主义的观点

二元主义者认为，刑罚是对犯罪的道德的非难与报应，保安处分则不具有这种非难的内容，而是针对行为人的危险人格，为了社会的安全，采取措施预防将来的对社会的侵害，因此保

〔1〕 参见张明楷编：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第443～444页。

安处分与刑罚的性质不同。^{〔1〕}既然保安处分与刑罚并不具有同质性,那么保安处分自然也就无法归入现有意义上的刑事实体法之中。

笔者认为,虽然我国法律并未明确规定保安处分制度,可实践中与其相类似的处罚规定却是大量存在的,如对未成年人的强制收容教养制度、对吸毒人员的强制戒毒制度、对精神病人的强制收治制度等。不过,我国的上述这些处罚措施并不是由刑事法律进行规定,而主要是由行政处罚法等相关法律进行规定。从这里就可以看出,我国现阶段对于保安处分是采取二元主义的做法,即不认为保安处分属于刑事实体法的一部分。在这种情况下,对保安处分所进行的司法解释显然也不应是属于刑法司法解释的一部分。可对于那些坚持一元主义观点的国家,由于将保安处分直接纳入到刑法之中,所以其对保安处分所作出的司法解释,也必然属于对刑法所作出司法解释的一部分,但这也就不在本书的讨论范围之内了。

二、“司法”

(一) 司法的含义

在世界范围内,对“司法”一词的理解,一直都存在着狭义说和广义说两种不同的学说,而这也就连带导致在司法机关范围的认定方面,也存在着狭义和广义两种观点。

1. 狭义说

依照孟德斯鸠的三权分立学说,司法有别于立法和行政,是“处罚犯罪和裁决私人诉讼”(令人遗憾的是,孟德斯鸠对“司法”的定义,显然没有包含行政诉讼的内容),司法只应具

〔1〕 参见张明楷编:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第443页。