

本书获浙江工业大学专著与研究生教材出版基金资助

刑法解释的理论与方法

以哈贝马斯的沟通行动理论为视角

杨艳霞 著

Interpreting Criminal Legislation

Theory and Methodology

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国政法大学刑事司法学院刑法学研究所 编

刑法解释学理论与方法

中国政法大学刑事司法学院刑法学研究所 编

中国政法大学出版社

ISBN 7-5648-0440-9

http://www.cupl.edu.cn

本书获浙江工业大学专著与研究生教材出版基金资助

刑法解释的理论与方法

以哈贝马斯的沟通行动理论为视角

杨艳霞 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法解释的理论与方法:以哈贝马斯的沟通行动理论
为视角 / 杨艳霞著. —北京:法律出版社,2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7854 - 7

I. 刑… II. 杨… III. 刑法—法律解释 IV. D914.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 170097 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

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/陶 松

开本/A5

印张/12.375 字数/302 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 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)

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 苏州公司/0512 - 65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7854 - 7

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

法律解释是现代法学研究和法律实践的核心问题之一,只有正确、合理的解释才能保证判决的公正与合理。刑事法律关系到人民的生命、自由、财产,因此,对刑事法律的正确解释尤为重要。关于法律解释的论著很多,但本书将刑法学知识、法理学知识和哲学知识结合起来研究刑法的法律解释问题,是一种全新的角度。

本书不仅研究方法具有创新性,很多结论也富有创造性。本书根据法律解释结论不唯一的特点,提出了“正当性刑法解释结论”的命题;根据加达默尔“解释是一种创造”和解释者具有主体性的观点,提出必须正视解释者的主体性;根据解释者具有主体性和法律只具有相对客观性的现实,提出将哈贝马斯的“沟通行动理论”引入到刑法解释中;根据真理是一种共识真理,提出应当构建法律解释中的“理想的沟通情境”,允许所有与解释结论有利害关系者参与讨论,所有讨论者必须具有沟通理性。本书还从程序建构的角度讨论了如何获得正当的刑法解释结论。此外,本书实证色彩浓厚,注重学术规范,体现了作者治学严谨的学风。

本书是杨艳霞博士在其博士论文的基础上精心修改而成的。作为她的导师,我深感欣慰,并期待她有更多的著作问世。

何秉松

二零零七年十二月于北京静斋



目 录

导 论	1
一、问题的缘起	1
二、从法律解释的普遍性看法律解释的重要性	3
【案例1】 清华大学学生刘某某伤熊案	3
【案例2】 张老汉暴力干涉婚姻自由案	8
三、从法律适用、法律推理与法律解释的关系看法律解释的 重要性	10
四、问题的意义	15
五、问题的研究现状	16
六、本书的内容与创新	19
七、本书的结构与重要术语的界定	22
 第一章 哲学诠释学与法律诠释学	25
第一节 出释入造——方法论诠释学向本体论诠释学的 发展	25
一、诠释学与解释学	25
二、注释学的两次重大发展	26
三、理解始终是一种创造性的行为——加达默尔对哲学 诠释学的发展	32
四、现代哲学诠释学主要观点综述	35



第二节 哲学诠释学和方法论诠释学矛盾的消解	36
一、两者并不冲突	36
二、两者应当且可以互相促进	38
第三节 释造兼顾——哲学诠释学影响下的法律解释理论	40
一、传统的法律解释学的发展	41
二、本体论意义上的法律解释学(诠释学)的发展	44
第四节 从主客体性到主体间性——法律解释学应当进行的转变	49
一、强调主体间性的法律论证理论	49
二、哈贝马斯的沟通行动理论	50
三、哈贝马斯的沟通行动理论对法律解释学的重要意义	54
四、阿列克西的法律论证理论	56
五、阿列克西的法律论证理论对法律解释学的重要意义	59
六、从主客体性到主体间性——法律解释学应当进行的转变	60
第二章 罪刑法定原则与刑法解释观(目标)	63
第一节 罪刑法定原则对刑法解释的重要意义	63
一、罪刑法定原则对刑法解释的最终制约作用	63
二、罪刑法定原则与民法基本原则作用之比较	64
【案例3】 辞职员工被禁止进入公司所在大楼案	65
【案例4】 拐卖14周岁以上男性案	65
第二节 罪刑法定原则的起源考证	68
一、对《大宪章》第39条的不同翻译	68
二、对罪刑法定原则起源的争论	72
三、罪刑法定原则在两大法系的不同表现形式	74
第三节 罪刑法定原则的思想基础及其变化	75
一、传统罪刑法定原则的思想基础	75
二、现代罪刑法定原则的思想基础	79
三、我国罪刑法定原则的思想基础	81

第四节 罪刑法定原则地位的变迁	86
第五节 罪刑法定原则内容的变迁	88
一、罪刑法定原则的传统内容与现代内容	89
【案例5】 芝加哥市诉莫拉雷斯等 (City of Chicago v. Morales, et al., Supreme Court of the United States 527 U. S. 41 1999)	98
【案例6】 王某在被治安拘留期间自首案	102
【案例7】 李某盗窃被改判一案	105
二、罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面	110
三、积极的罪刑法定原则与消极的罪刑法定原则(我国罪刑法定原则的内容)	112
四、笔者的观点	114
第六节 罪刑法定原则的价值分析	116
一、价值的客观性与主体性	118
二、法的价值的不同含义	120
三、罪刑法定原则的双重价值	124
第七节 罪刑法定原则与法治原则	126
一、形式法治与实质法治	126
二、两者冲突时的抉择——形式法治优先	127
三、形式法治优先与刑法解释	131
【案例8】 女士穿高跟鞋踩死小猫案	131
第八节 罪刑法定原则与刑法解释目标	133
一、刑法解释目标综述	134
二、选择解释观(解释目标)的标准	136
三、立足于客观解释观的折中解释观	137
四、结论	144
第三章 哲学诠释学与罪刑法定原则视野中的刑法解释	145
第一节 法的客观性	146



一、法的客观性的含义	146
二、法的客观性与个案法律适用	149
三、法的相对客观性——相对,但仍有客观性	155
【案例9】 福建省周宁县公安局前副局长强奸受害 少女案	157
【案例10】 古先全36刀砍死强奸(未遂)犯案	158
四、基本同质的社会共同体的存在使得法律具有客观性	162
【案例11】 进口番茄应否征税案[尼克斯诉海登案 <i>Nix v.</i> <i>Hedden</i> , 149 U. S. 304 (1893)]	164
第二节 法律解释的客观性与正当性	167
一、何为客观、正当的法律解释	167
二、如何获得正当的法律解释	169
第三节 刑法解释的客观性与正当性	171
第四节 哲学诠释学与罪刑法定原则视野中的刑法解释	172
一、主体间性视野中的刑法解释的概念、主体	172
二、刑法解释的对象	178
三、刑法解释的特征	180
【案例12】 帕尔玛杀害被继承人案(里格斯诉帕尔玛案, <i>Riggs v. Palmer</i> , 115, N. Y. 506)	183
【案例13】 甲抢劫银行办公用品案	187
第五节 罪刑法定原则与普适性刑法解释的溯及力	188
一、法律解释有无生效时间	189
二、法律解释的溯及力问题分类辨析	191
三、将法律解释适用于其出台以前的案件的实质是法律的 效力等级问题而不是溯及力问题	194
四、将法律的效力等级问题误为溯及力问题的原因简析	195
五、将法律解释适用于其出台以前的案件不违反罪刑法 定原则	197

第四章 法律(刑法)解释方法综述	199
第一节 研究法律(刑法)解释方法的意义	200
第二节 法律(刑法)解释方法的四种“面相”	202
第三节 法律(刑法)解释方法选择与运用的原则	204
一、法律解释方法的多样性	204
二、选择与运用解释方法的原则	205
三、法律不是嘲笑的对象	206
第四节 法律(刑法)解释方法综述	208
一、九国法律解释方法综述	208
二、大陆法系法律解释方法综述	213
三、我国法律解释方法综述	214
四、笔者的观点	216
第五章 刑法解释方法各论	218
第一节 罪刑法定原则与刑法解释方法	218
第二节 文理解释方法	222
一、文理解释方法与论理解释方法	222
二、文理解释方法对刑法解释的重要意义	223
三、文理解释方法的具体运用	223
四、文理解释方法的极限	225
【案例 14】 澳大利亚曼利市裸泳案	226
【案例 15】 乔治非法进入皇家空军机场案	227
五、司法解释实例评析	230
六、文理解的不足与论理解的适用	233
第三节 历史解释方法	236
一、历史解释方法的含义	236
二、历史解释方法的运用	237
三、历史解释方法不限于探求立法原意	238
【案例 16】 甲女士被诈骗案	240





第四节 体系解释方法	245
一、体系解释方法的含义	245
二、体系解释方法的功能	246
【案例 17】 金某(12 岁)毒死父亲案	247
【案例 18】 康某将丈夫当做妖怪误杀案	247
【案例 19】 冷某杀人分尸案	247
【案例 20】 刘某某暴力抗税案	249
三、体系解释方法的运用	252
第五节 目的解释方法	255
一、目的解释方法的概念	255
二、目的解释方法的运用	255
三、目的解释的困难及其克服	257
第六节 当然解释方法	259
一、当然解释方法的概念	259
二、“举重明轻”与“举轻明重”不可混用	260
三、当然解释与法律的沉默	262
第七节 反对解释方法	263
一、反对解释方法的概念	263
二、不同的有效反对解释方法	264
 第六章 刑法解释的特殊问题	 271
第一节 “对刑法的解释只能有利于被告”的辨析	271
一、“存疑时有利于被告”原则不等于“有利于被告”原则	272
二、只有在对事实认定存在疑问的情况下,才能适用“有利于被告”原则	273
三、在法律解释上,不能适用“有利于被告”原则	273
第二节 “对刑法只能进行有利于被告的限制性解释,不能进行扩张解释”的辨析	276
第三节 “对刑法不能进行类推解释”的辨析	277

一、认为对刑法可以进行类推解释的理由	277
二、类推与“事物的本质”	278
【案例 21】 为他人提供版本号出版淫秽音像制品案	279
三、“类比推理方法”是刑法解释不可缺少的方法	282
【案例 22】 持盐酸瓶攻击他人案	285
【案例 23】 贩卖鸦片灰案	287
【案例 24】 各种故意毁坏财物案	287
四、在刑法解释中承认类推解释的意义	290
五、法外类推仍应禁止	291
六、适用类推解释方法应注意的问题	292
【案例 25】 张某某、高某低价出售公司股票案	293
第四节 刑法解释中的价值补充	297
一、刑法规范在内容上具有不完整性	297
二、价值补充方法的使用	299
第五节 刑法解释中的漏洞补充	302
一、法律漏洞的概念及分类	302
二、法律漏洞的补充方式	303
【案例 26】 甲“抢劫”服装案	304
【案例 27】 广夏(银川)实业股份有限公司(银广夏) 造假案	305
第七章 获得正当的刑法解释结论的程序保证	308
第一节 刑法解释与理想对话情境的建构	309
一、程序对刑法解释结论具有重要影响	309
二、建构理想对话情境有助于保证刑法解释结论的正当性	310
第二节 程序参与原则与理想对话情境的建构	314
一、程序的作用	314
二、当事人、公众有效参与程序的重要意义	317
第三节 审判程序中理想对话情境的建构	318



一、如何实现法官心理的转变	319
二、如何从程序上使法官必须和检察官、被告进行对话	320
三、具体制度建构	323
【案例 28】 全国首起经营 IP 电话被查封案	326
第四节 普适性法律解释程序中理想对话情境的建构	334
一、现行法律解释体制有其合理性	334
二、如何改善普适性法律解释工作,提高法律解释的质量	339
【案例 29】 重庆同命不同价案	340
【案例 30】 初中生强奸幼女无罪案	344
附录	353
1. 案例索引	353
2. 进口番茄应否征税案(Nix v. Hedden, 149 U. S. 304 1893)	
判决摘要	355
3. 芝加哥市诉莫拉雷斯等(City of Chicago v. Morales, et al.,	
Supreme Court of the United States 527 U. S. 41 1999)	
判决摘要	359
4. 全国首起经营 IP 电话被查封案二审裁定书	363
参考文献	372
致谢	383



导 论

我为自己设定的课题只是如何在承认解释的主观性的前提下排除适用法律、作出决定过程的恣意,怎样为客观的规范秩序提供制度化的条件,并且使它在实践中具有技术上的可操作性。^①

——季卫东

一、问题的缘起

《刑法解释的理论与方法——以哈贝马斯的沟通行动理论为视角》一书,是根据作者在2001年9月至2004年6月在中国政法大学刑事司法学院攻读博士学位期间所写的博士论文《正当性刑法解释路径研究》修改而成的。

近10年来,法律解释研究成为学界的热点问题,各种文章、专著不断问世,专题研讨会也召开了好几个。虽心有所动,但因为当时一直在跟随导师何秉松教授进行有组织犯罪研究,并没有深入研究法律解释问题。2001年,国家将法官资格考试、检察官资格考试、律师资格考试三考合一,设立统一的司法考试,笔者有幸被一些培训机构邀请为学员授课。由于立法解释、司法解释在司法考试中的极端重要性,笔者详细地研究了1997年以来发布的刑法方面的立法解释和司法解释。真是“不看不知道,一看吓一跳”。研

^① 季卫东著:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第89页。





究的结果使人大为震惊,这些解释(主要是司法解释)数量之多、内容之杂,部分解释脱离法条之严重都使笔者大为吃惊。在课堂上,经常被学员要求解释某某解释之合理性,由于很多解释本身的不合理,甚至不合法,经常无言以对,只好敷衍说:“没有道理可讲,你记住就是了。”^①

经过对法律适用过程的实证考察,笔者发现法律解释,尤其是个案解释对刑法的具体适用殊为重要,即使最简单的案件也存在解释法律的过程。可以说,没有法律解释就没有刑法的具体适用,也没有个案的法律推理。全国人大常委会的立法解释,最高人民法院、最高人民检察院所做的司法解释,是对全国都具有普遍效力的法律解释,其重要性更是不言而喻。在进一步的研究中,笔者发现由于解释具有主体性,而法只有相对的客观性,法律解释结果并不唯一。对同一法律可以有一组合法的解释结果。但是,只有最合理(且合法)的解释结论才能保证获得最合理、最公正的判决,因此,法律解释随时要面对“挑起”最合理的解释的任务。如何寻找正当的(即合理又合法)法律解释就成了制约司法公正的关键因素。由于刑法解释在刑法适用中具有如此重要的作用,而我国的刑法解释又存在很多问题,笔者决定将刑法解释作为博士论文的研究内容,具体研究范围则限定为如何获得正当的刑法解释结论,

① 例如,(1)刑法规定,被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。司法解释却规定,被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯,如实供述司法机关尚未掌握的罪行,与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的,以自首论。这使得很多符合法律规定的人不能被认定为自首。(2)根据刑法规定,重伤一人即构成过失致人重伤罪,交通肇事罪的司法解释却规定“死亡一人或者重伤三人以上”才构成犯罪,而两罪的主观心态都是过失。(3)《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第7项规定:“销赃数额高于按本解释计算的盗窃数额的,盗窃数额按销赃数额计算。”如果罪犯盗窃了价值1000元的东西,以2000元价格卖出,盗窃数额就是2000元,而如果以1200元的价格卖出,盗窃数额就是1200元。如果以800元的价格卖出,盗窃数额仍为1000元。由于盗窃罪的量刑依据主要是盗窃数额,这样,罪犯的销赃能力就决定了他

即获得正当的刑法解释结论的路径。

论文顺利完成并通过了答辩。储槐植教授、曲新久教授、周光权教授等著名学者作为笔者的论文评阅人,审阅了笔者的论文,并给予了好评。

毕业3年来,笔者一边观察着刑法解释在理论和实践上的变化,一边修改着这篇论文。笔者发现,3年前在论文中提出的很多观点已经成为现实,如最高人民法院应该向社会公开征求对司法解释草稿的意见、法院判决应该附详细的判决理由等。这并不是说最高人民法院是看了笔者的论文才进行的改革,而是说在这些方面,笔者论文的思路和最高人民法院改革的思路是基本一致的,这说明笔者研究的方向是正确的,是领先于实践的。但论文中仍有很多观点尚未被接受,如应当肯定法官解释法律的权力、应当通过系统培训提高法官解释法律的能力、应当在法律解释中构建理想对话情境等。本次修改,笔者加大了对这些尚未被广泛接受的观点的论述力度,以使本书更具有前瞻性和针对性,也使这些观点能得到更广泛的传播,被更多的人所认可并在实践中实现之。



二、从法律解释的普遍性看法律解释的重要性

成文法国家的人们一般认为在法律规范清楚时,法律只存在适用的问题,不存在解释的问题;只有在法律规范模糊不清时,才存在解释问题。其实不然,所有的法律都需要解释。下面结合两个案件的法律适用过程讨论一下“清楚”的法律是否需要解释。

(一)对疑难案件法律适用过程的考察

【案例1】 清华大学学生刘某某伤熊案

【案情简介】

清华大学电机系四年级学生刘某某,为了验证“笨狗熊”的说法能否成立,在2002年1月29日和2月23日,先后两次把掺有火碱、硫酸的饮料,倒在北京动物园饲养的狗熊身上和嘴里,造成3

只黑熊、1只马来熊和1只棕熊受到不同程度的严重伤害。这名大学生年仅21岁,已被保送上研究生。上述3种动物被《濒危野生动植物种国际贸易公约》列为国际一级保护动物。

【相关法条】

刑法第275条:故意毁坏公私财物,数额较大或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金;数额巨大或者有其他特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑。

《刑法》第276条:由于泄愤报复或者其他个人目的,毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。

《刑法》第341条:非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的,或者非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。

违反狩猎法规,在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎,破坏野生动物资源,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

【分析】

刘某某伤熊案发生后,各界对该案的定性争议很大。当事件刚刚发生时,几乎所有的人都认为刘某某的行为构成非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪。几天过后,有人发现刘的行为既不属于猎捕,也不属于杀害,动物园的熊也不是野生动物。于是,就有学者提出对刘某某的行为应当以故意毁坏财物罪论处,因为熊是动物园的财物;有人则表示反对,认为财物只能是无生命的物体。《北京娱乐信报》则报道说,某法学副教授认为将刘某某按照破坏生产经营罪处理比较合适。在一片“喊打”声中,也有少数人表示了不同意见。陈兴良教授认为:“刑法上的伤害、虐待都是针对人的,而非动物。按照罪刑法定原则,这里确实存在法律空白。”陈杰