

赵秉志 肖中华 左坚卫

刑法问题 对谈录

中华：罪刑法定原则作为近现代刑法先
思想精髓和灵魂，它在我国刑事立法中
历程十分曲折而艰难，使得该原则备受
关注。然而，罪刑法定原则如果没有司法
实践的正确解读，或许只会成为一个形式
的宣言口号。因为司法的贯彻和执行，
是罪刑法定的生命力所在；没有罪刑法
定原则的司法化，也就不能真正地实现它
价值。特别是司法实践反馈过来的大量
信息告诉我们，即便是罪刑法定原则被
司法化了，司法实践中能否坚持、如何
坚持这个原则，都还是个非常复杂、十分
值得深思和研究的问题。

Dialogues of Issues on Criminal Law

左坚卫：在世界性的刑法改革运动中，人
权保障成为刑法改革的鲜明主题之一，这
绝不是偶然的，而是有其内在根据的。法
律以社会为基础，而社会愈繁荣愈发展，
文明程度愈高，对人权就愈重视，法律必
须也必然要体现这一趋势。人权的法律保
障是人权之最基本、最有力的保障，而人
权的刑法保障又无疑是其中最重要的保
障。作为世界重要组成部分的中国，近年
来在社会发展和经济、政治改革与对外开
放方面取得了举世瞩目的成就，在人权的
法律保障尤其是刑法改革中的人权保障方
面，连续迈出更坚实、更大的步伐。

赵秉志：中国古代一位改革家曾说过这样
一句话：“法之不行者，人之不为也。”
这句话从反面指出了司法官在刑法现代化
进程中的作用；他们是一支赋予法律以生
命、推动刑法现代化的生力军。其中，法
官尤为重要。正如拉德布鲁赫所言：“法
要获得有实效，就不应悬于我们之上的
道德的永恒，而必须获得空世的、社会学
的形态。法的这一形象塑造过程是在法官
那里完成的。”“正是在法官那里，法
才道成肉身。”因此，法官法律意识、刑
法知识、司法观念的现代化，以及法官选
举制度的现代化，是刑法现代化中极为重
要的一环。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D924. 04/48

2007

赵秉志 肖中华 左坚卫

刑法问题 对谈录

Dialogues of
Issues on Criminal Law



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法问题对谈录/赵秉志,肖中华,左坚卫著. —北京:北京大学出版社,2007.7
ISBN 978-7-301-12470-3

I. 刑… II. ①赵… ②肖… ③左… III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 093102 号

书 名: 刑法问题对谈录

著作责任者: 赵秉志 肖中华 左坚卫 著

责任编辑: 蒋 浩

标准书号: ISBN 978-7-301-12470-3/D·1807

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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 32.5 印张 511 千字

2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 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。

版权所有,侵权必究。

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

■ 于细微处体味刑事法治的真谛(代序)

无数次漫步在刑法这片辽阔的海滩,每次都能看到被汹涌的生活浪涛推上沙滩的千奇百怪、千差万别的名曰刑事法律事实的贝壳。其中有的被我们拾起,更多的则被我们或因懒惰,或因熟视无睹,或因能力有限而舍弃。这次呈现在读者面前的,是我们海边漫步的若干收获。

没有理论的实践是盲目的实践,没有理论指导的刑法实践则不但盲目,而且危险。所以,刑法理论的武器是任何刑事司法经验都不能代替的。然而,刑法的活力又存在于刑事司法实践中,刑法的价值也必须通过其在刑事司法实践中的运用才能得到体现。现代法治是由一系列法律事件所组成的鲜活、生动的画卷,这些法律事件的处理归根结底要落实到法律适用上。法律如果不在实践中被适用,在适用中被解释,在解释中获得生命,就会成为一堆僵死的文字,甚至成为法制被践踏的证据。刑事法律尤其如此。它所保护的利益如此重大,所涉及的问题如此尖锐,所采用的制裁措施如此严厉,所剥夺的权利如此重要,以致于成为一把公认的双刃之剑,“用之得当,个人与社会两受其益;用之不当,个人与社会两受其害。”^①社会不能不三思而后用之,法官不能不三省而后定之。这就需要我们不断在刑法理论、刑法规范与刑事法律事实之间进行分析、比较、鉴别,在这种分析、比较、鉴别中发现刑法理论的缺陷以及刑法规范的漏洞并加以弥补,同时找到最佳的处理刑事法律事实的方案。如是,对已经制定的刑事法律作出令人信服的解释,对已经发生的刑事法律事实如何适用法律作出符合法理与情理的判断,对已经形成的刑法理论是否妥当进行反思和拷问,便成为赋予刑事法律以生命,实现刑事法律之价值,进而建立现代法治社会的必由之路。我们就是基于这样的思路,展开了本书中的对话。

“祸患常积于忽微,而智勇多困于所溺”,刑事法治大厦的构筑离不

① 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,题记。

开一砖一瓦的积累,而刑事法治大厦的坍塌也往往源于一梁一柱的腐朽。因此,我们需要始终将关注的目光投射在纷繁复杂、变化万千、生动具体的一件件细微的刑事法律事实的认定和处理上,始终做到以促进刑事法治现代化为宗旨,以公正合理、不偏不倚为尺度。本书便是基于这样的思考宗旨和尺度,以一个个具体法律问题为思考对象,展开一系列对话。由于涉及的问题细微而广泛,我们在对话过程中感到了知识的不足与能力的有限。因此,对话是艰难的,但又是富有收获的。

我国现阶段无论是刑法理论体系的构建,还是刑法的制定与适用,仍存在诸多薄弱环节,其中有的已成为刑事法治进步的“瓶颈”。在当代中国,只有刑法理论进一步科学了,刑事立法进一步完善了,刑事法律适用活动不断进步了,才能说刑事法治进步了。这些方面的进步和完善受主体素质、国家体制、社会观念、文化传统等多种因素制约,需要深刻、全面、长期不懈的反思、总结、提高。古人云:“法之不行者,人之不为也。”要促进刑事法治现代化,需要我辈继续脚踏实地、锲而不舍地努力,继续在细微之处去体会刑事法治的真谛,去弘扬刑事法治的精神。因此,我们将努力就刑法理论与实务中的具体问题继续展开对话。

感谢北京大学出版社对本书的出版给予的大力支持。特别要感谢北京大学出版社蒋浩先生,我们撰写本书正是源于蒋浩先生的提议。书稿草成后,蒋先生又对本书的出版给予了极大的支持。可以说,没有蒋先生在本书出版事宜上的鼎力支持,本书目前可能尚处于摇篮之中,甚至还只是偶尔闪过脑海的一个念头。

赵秉志 谨识于北师大
丙戌初秋

目 录

于细微处体味刑事法治的真谛(代序)

上编 ■ 总论问题

一、宏观问题

1. 借鉴与创造
——中国刑法现代化之路探索 3
2. 刑法改革与人权保障(上) 8
3. 刑法改革与人权保障(中) 13
4. 刑法改革与人权保障(下) 19
5. 深入领会修宪精神,推动刑事法治进步 24
6. 关于“严打”的若干思考 28
7. 刑法调控范围宜适度扩大
——解析犯罪化与非犯罪化之争 37
8. 中国内地与港澳地区刑事管辖权冲突的解决(上) 42
9. 中国内地与港澳地区刑事管辖权冲突的解决(中) 46
10. 中国内地与港澳地区刑事管辖权冲突的解决(下) 50

二、刑法基本原则与刑法解释

11. 理念与现实的冲突
——罪刑法定原则及其司法化 53
12. 走出贯彻罪刑法定的误区 57
13. 莫让越权解释动摇罪刑法定根基 61
14. 刑事司法解释的溯及力问题(上) 68

15. 刑事司法解释的溯及力问题(下)	71
三、犯罪构成	
16. 犯罪构成理论不宜动摇	
——解析犯罪构成体系及其要素之争	73
17. 合理构筑查明犯罪的刑法适用规程	
——解析犯罪构成四要件排列顺序之争	77
四、犯罪主体	
18. 如何正确处理跨年龄段的未成年人犯罪的案件	82
19. 已满十四周岁不满十六周岁的人绑架杀人	
如何定性	85
20. 辨认能力与控制能力的相互关系之争	88
21. 对无责任能力的精神病人不负刑事责任之	
规定的理解及适用	92
22. 限制刑事责任的精神障碍人的刑事责任问题	101
23. 精神障碍人刑事责任的实务判定问题	104
24. 单位犯罪主体范围的确定	109
25. 单位犯罪中单位意志的认定	113
五、犯罪主观方面	
26. 故意类型的划分和实践意义(上)	116
27. 故意类型的划分和实践意义(下)	120
28. 如何理解犯罪故意的“明知”(上)	123
29. 如何理解犯罪故意的“明知”(下)	127
30. 应合理界定犯罪故意的认识内容	
——解析违法性认识是否属于犯罪故意内容之争	131
31. 无认识过失中“应当预见”的判断	136
六、犯罪客观方面	
32. 应坚持犯罪行为评价的双重标准	
——解析社会危害性与刑事违法性标准之争	140
33. 不纯正不作为犯的认定(上)	145
34. 不纯正不作为犯的认定(下)	149
35. 不作为犯罪的作为义务应采四来源说	
——解析不作为犯罪的作为义务根据之争	151

36. 如何确定隔地犯的行为和结果	155
七、正当防卫	
37. 正当防卫立法的进展与缺憾	159
38. 正当防卫的适用之一	
——防卫的必要限度问题	169
39. 正当防卫的适用之二	
——特殊防卫权问题	172
40. “无限防卫权”还是“特殊防卫权”	
——解析特殊防卫权和无限防卫权称谓之争	175
八、犯罪停止形态	
41. 构成要件完备与否是区分既遂未遂的标尺	179
42. 放弃可能重复侵害的行为属于犯罪中止	185
43. 同种行为跨越数部法	
——跨法连续犯该如何处理	190
九、共同犯罪	
44. “片面共犯”不能构成共同犯罪	193
45. 共犯与身份之间的定罪关系(上)	198
46. 共犯与身份之间的定罪关系(下)	201
十、刑罚及其运用	
47. 中国死刑的限制与扩张之争	206
48. 关于中国逐步废止非暴力犯罪死刑的研讨	215
49. 死刑缓期执行后的处理	222
50. 自首制度中的疑难问题:“自动投案”的认定	226
51. “如实供述自己罪行”的认定	229
52. 不能用违法、超前的司法来应对滞后的立法	
——对重庆市沙坪坝区人民法院某项“暂缓判决决定”的思考	232
53. 在严格掌握定罪标准前提下从重处罚	
——对制售假冒伪劣“非典”防护产品行为的认定及处理	236

下编 ■ 各论问题

一、危害公共安全罪

- | | |
|------------------|-----|
| 54. 恐怖主义犯罪及其惩治对策 | 243 |
| 55. 完善惩治恐怖活动犯罪立法 | 248 |
| 56. 交通肇事罪中主体的认定 | 252 |
| 57. 交通肇事后逃逸案件的处理 | 255 |

二、破坏市场经济秩序罪

- | | |
|--------------------------------------|-----|
| 58. 制假犯罪的刑罚抗制 | 258 |
| 59. 虚假出资罪认定的若干问题 | 261 |
| 60. 非法经营同类营业罪认定中的疑难问题 | 264 |
| 61. 为亲友非法牟利罪中“盈利业务”的认定 | 267 |
| 62. 金融诈骗罪认定中若干共性问题探讨 | 270 |
| 63. “以非法占有为目的”应当是信用证诈骗罪的
必备要件 | 274 |
| 64. 商标犯罪的司法认定 | 280 |
| 65. 如何把握“相同”商标的含义 | 283 |
| 66. 合同诈骗罪中的疑难问题 | 286 |
| 67. 合同诈骗罪与民事欺诈的区分 | 289 |
| 68. 非典期间哄抬物价罪行定性
——兼论非法经营罪的刑法价值取向 | 292 |
| 69. 销售侵权复制品可否以非法经营罪定罪处罚 | 295 |

三、侵犯公民人身权利、民主权利罪

- | | |
|-------------------------------------|-----|
| 70. 相约自杀案件的刑事责任问题 | 299 |
| 71. 故意伤害罪的犯罪未遂形态问题 | 310 |
| 72. 奸淫幼女型强奸罪中的“明知”问题 | 314 |
| 73. 不知行为对象为幼女而与之发生性行为并造成
严重后果的定性 | 320 |
| 74. 普通型强奸罪既遂与未遂的区分标准 | 324 |
| 75. 奸淫幼女型强奸罪的犯罪未遂问题 | 329 |

76. 强奸罪未遂与强制猥亵、侮辱妇女罪、猥亵儿童罪的区分	332
77. 绑架罪既遂与未遂的区分	338
78. 绑架罪与非法拘禁罪的界限	341
79. 关于绑架罪认定的几点思考	344
四、侵犯财产罪	
80. 如何理解“入户抢劫”	348
81. 抢劫罪犯罪预备形态的认定	351
82. 抢劫罪既遂与未遂的区别标准	355
83. 抢劫罪的犯罪中止形态的认定	360
84. 抢劫杀人案件的罪质罪数问题	366
85. 抢劫罪与敲诈勒索罪、抢夺罪的区分	372
86. 盗窃罪既遂与未遂的区分标准及其运用	376
87. 盗窃财物数额与犯罪未遂的关系及盗窃 有价证券犯罪的既遂与未遂问题	381
88. 连续诈骗涉及数种罪名如何处理	384
89. 如何认定侵占罪中“代为保管的他人财物”	387
90. “遗忘物”的界定及侵占罪与盗窃罪的区分	391
91. 银行职员以诈骗手段侵吞资金的行为定性	394
五、妨害社会管理秩序罪	
92. 互联网有害信息的界定和相关行为的处理当议	398
93. 突发公共卫生危机的刑法思考	403
94. 试论非法行医罪的立法完善 ——以非法鉴定胎儿性别和人工终止妊娠 行为为视角(上)	407
95. 试论非法行医罪的立法完善 ——以非法鉴定胎儿性别和人工终止妊娠 行为为视角(中)	410
96. 试论非法行医罪的立法完善 ——以非法鉴定胎儿性别和人工终止妊娠 行为为视角(下)	418
六、贪污贿赂罪	
97. 贪污罪中“从事公务”的含义(上)	422

98. 贪污罪中“从事公务”的含义(中)	425
99. 贪污罪中“从事公务”的含义(下)	428
100. “受委托管理、经营国有财产的人员”的认定	431
101. 共同贪污受贿犯罪数额如何计算	435
102. 两种身份人共同侵占本单位财物案件的定性	439
103. 受贿罪中“利用职务上的便利”的含义	442
104. 受贿罪中“为他人谋取利益”之认定	445
105. 间接受贿之认定	448
106. 关于治理商业贿赂的对话之一 ——商业贿赂的定义和构成特征	451
107. 关于治理商业贿赂的对话之二 ——商业贿赂的危害性和治理重点	454
108. 关于治理商业贿赂的对话之三 ——商业贿赂的认定	458
109. 关于治理商业贿赂的对话之四 ——治理商业贿赂的难点和对国际经验的借鉴	466
110. 从源头遏制商业贿赂	471
111. 商业行贿犯罪中“谋取不正当利益”的认定 与修改建议	476
112. 挪用公款客观行为要素的把握	481
113. 以单位名义挪用公款行为的定性	485
114. “挪而未用”案件的定性	488
115. “挪用公款归个人使用”的含义	491
116. 挪用公款不退还可否转化为贪污罪	494
七、渎职罪	
117. 渎职罪认定中的共性问题之一 ——“国家机关工作人员”的扩大解释	497
118. 渎职罪认定中的共性问题之二 ——“前提罪”的认定	500
119. 渎职罪认定中的共性问题之三 ——相关共犯与罪数形态	503
索引	507

上编 ■ 总论问题



一、宏观问题

1. 借鉴与创造——中国刑法现代化之路探索

赵秉志(北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师,以下简称“赵”):中国刑法的现代化是中国法治现代化这一系统工程中极为重要的组成部分。何谓中国刑法的现代化?如何促进中国刑法的现代化?都是刑法学人需要静心沉思的问题。对我国应当走一条怎样的刑法现代化之路进行探索和思考,无疑具有重要的理论和实践意义。

左坚卫(北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士,以下简称“左”):我很赞同您的看法。不过,这是一个较为宏观的问题,而且涉及的内容十分丰富和复杂,既包括信念的建立和观念的超越,也需要立法的创新和司法的变革,要想得出一个能够解决各方面问题的结论恐怕很难。

赵:在我看来,立足本土、创造性借鉴外国刑事法治经验,是中国刑法现代化的必由之路。

左:说到借鉴,应当说现在刑法学界乃至整个法学界已经做得很不错了,甚至到了“言必称国外,话必谈借鉴”的程度。但在如何将外国刑事法治经验创造性地运用于中国刑法现代化进程中,让外国刑事法治的种子在中国的土壤中生根、发芽、开花、结果,则还有很长的路要走。因此,您的看法可谓切中肯綮。

赵:其实,中国自己的刑法文化也是很发达的。中国刑法传统源远流长,堪称举世无双。一部中国法制史在很大程度上可以说是一部中国刑法史。遗憾的是,深厚的民族刑法文化积淀在一定程度上反而成了阻滞中国刑法现代化的桎梏。在这样一个有着独特而强大的刑法文化传统的古老国度展开刑法现代化的改革,困难不小,在我看来,甚至比在一个新兴国家建构一个崭新的刑事法治大厦更加艰难。我们既要正视传统刑法文化的影响,又要超越这种影响,即我们必须在继承和移植之间作出

选择。

左:如何在继承和移植之间进行选择呢?

赵:简而言之,在立法技术上,我们必须向法治发达国家学习,必须学会洋为中用。在司法实践中,我们又必须正视传统法律文化对人的行为的影响,必须设法根除深植于国民内心的对法律的不信任、更谈不上忠诚的法律虚无主义观念。否则,中国刑法现代化终究是纸上谈兵、画饼充饥,不可能变为现实。例如,我国借鉴外国立法经验,制定了较为完备的惩治证券犯罪立法,但这仅仅解决了惩治证券犯罪无法可依的问题,而触目惊心、长期猖獗的各种证券犯罪,如内幕交易,泄露内幕信息,编造并传播证券交易虚假信息,诱骗投资者买卖证券,操纵证券、期货交易价格等,并没有得到有效遏制。证券市场远远没有实现健康、有序地发展。因此,在我看来,中国刑法的现代化,绝不仅仅只是刑法立法的现代化,甚至主要不是刑法立法的现代化,而是刑事司法和刑法观念的现代化。

左:借用毛主席的一句话,那就是中国刑法立法的现代化,只是中国刑法现代化万里长征的第一步。更艰难和关键的任务是刑事司法和刑法观念的现代化。然而,正如您所说,在这两方面,我们的本土资源是十分有限的,甚至可以说主要是负面的资源。不知在这两方面,我们如何能做到立足本土,同时对外国刑事法治、国际刑事法治经验加以创造性的移植与吸纳呢?

赵:“立足本土”包含两个不同层次的涵义,一是指以我国传统的法律文化和现有的立法和司法制度为基础,二是立足于我国的基本国情。就前一层次的涵义而言,我们确实不可能在每一个具体问题或者每一项具体制度上都有“本土”可以“立足”,因为某些现代刑法制度和理念,如废除死刑的制度和理念,是我们民族所完全缺乏的;就后一层次的涵义而言,则是在任何时候都需要牢记并且贯彻的,因为刑事法治作为一种治国方略的组成部分,必须能够解决现实问题,而脱离本国国情,要想解决现实问题恐怕只是一厢情愿。所以,所谓“立足本土、创造性地借鉴外国刑事法治、国际刑事法治经验”,实际上是指立足国情,扬弃本民族刑法文化传统,兼收并蓄外国先进、合理的刑法文明成果,做到洋为中用。最终目标是走出一条具有中国特色的刑法现代化之路。

左:说到中国刑法的现代化,我总有一种“路漫漫其修远兮”的悲观情绪,总觉得面临的困难和阻碍太多,有种无从做起的感觉。

赵:我想你过于悲观了。面对困难,要有“吾将上下而求索”的勇气和决心。古人云:“合抱之木,生于毫末;九层之台,起于垒土;千里之行,始于足下。”只要我们坚定信念,脚踏实地,锲而不舍,中国刑法现代化的大厦终将耸立起来的。

左:那么,您觉得中国刑法现代化之路应当从哪里迈步呢?

赵:实践证明,刑法立法的现代化是刑事司法现代化得以实现的先决条件。刑法的现代化,需要培育大量具备现代刑法理念的人才,再通过这些人推行现代刑法制度。但是,具备现代刑法理念人才的培养并非一朝一夕能够奏效。正所谓“十年树木,百年树人”。在这样的情况下,我们尤其需要通过掌握先进法律文化的人,创制出一个内容合理、结构严谨、和谐协调的现代化刑事法律规范体系,再通过严格推行这样的刑事规范,逐步让更多人树立起现代刑法观念,最终实现中国刑法的现代化。

左:不过,中国刑事立法的现状似乎不容很乐观。一些刑法现代化的标志性制度虽然得以确立,但与这些制度相匹配的具体法律规范却未必在刑法典中落实。例如,刑法典^①第3条虽然确立了罪刑法定原则,但罪刑法定原则所要求的刑法的谦抑性、刑法的明确性,在目前的刑法典中都没有得到很好的体现。

赵:这种情况确实存在。刑法规范之间的协调也是刑法立法现代化面临的一个难题。但从总体上看,我国刑法立法已经取得了很大的进步,离现代化的目标已经越来越近了。罪刑法定、罪责刑相适应、适用刑法从平等三大基本原则的确立,以及刑法典分则的大规模修改,都是立法机关为实现刑法立法现代化作出的重要贡献。当然,与当今外国和国际刑事立法发展趋势相比,我国的刑法立法还有许多需要完善之处,目前主要任务是克服重刑主义的弊端。在中国,重刑主义的传统积弊由来已久,目前又遭逢社会转型时期,局部领域乱象丛生,以致“重典治国”的呼声甚嚣尘上,刑法立法在改革开放以来的很长时间内处于严苛化的通道内。而在世界范围内,刑法立法却朝着人道化、轻缓化的方向发展。两相比较,凸现我国刑法立法的不合时代潮流性,这无疑对我国刑法立法现代化产生了负面影响。在这方面,死刑立法具有典型意义。因此,死刑立法改革

^① 为了行文简练同时尽量保持体例的统一,本书中未加限制的“刑法典”、“现行刑法”以及“97年刑法典”均指全国人大1997年3月14日修订,同年10月1日起施行的刑法;“79年刑法典”则是指全国人大1979年7月1日通过,1980年1月1日起施行的刑法。

是我国刑法立法走向现代化首先需要解决的问题。另外,非刑罚处理方法以及具体个罪立法的完善也是实现刑法立法现代化需要妥善解决的问题。

左:实现中国刑法的现代化,离不开中国刑事司法的现代化。如前所说,相对于刑法立法的现代化而言,恐怕刑事司法的现代化困难更大,我们更加任重而道远。从目前的刑事司法实践来看,有法不依或者曲解法律的现象不在少数。不知道在刑事司法的现代化方面,我们该如何做到“立足本土,创造性借鉴外国刑事法治经验”呢?

赵:我们需要清醒地认识到,中国不是一个具有法治传统的国家,人们在内心深处缺乏对法律的信仰和忠诚,因此,在法律制定出来以后,等待我们的是更艰巨的任务——执行和适用法律。从这一角度看,刑事司法现代化才是实现刑法现代化的关键。这就是在实现刑事司法现代化时我们要立足的本土。在此基础上,为了将现代化刑法理念贯彻于刑事司法活动中,实现刑事司法现代化,我们要做好两项工作:其一,完善刑事司法解释工作;其二,建立中国的刑事判例制度。

左:说到司法解释,难免让人想到其中某些有“越俎代庖”之嫌的越权司法解释,它们实际上是创制了某些新的刑事法律规范,起着破坏罪刑法定原则的不良作用,在刑法已经明文确立“罪刑法定原则”的今天,您如何看待包含上述内容的中国刑事司法解释呢?

赵:毕竟这种越权的司法解释还是极少数,总体而言,刑事司法解释是当今世界各国为弥补成文法局限性而采取的不可或缺的重要手段之一,各国通过司法解释促进法制完善的成功经验已成为不争之事实。因此,我国应加强和完善刑事司法解释工作,而不能因噎废食。具体而言,要注意解决两个问题,第一,完善刑事司法解释体制。从刑事司法解释的体制来看,我国的刑事司法解释体制的现状是多元多极的,解释主体多元、司法解释侵犯立法解释等问题亟待解决。第二,选择科学的解释方法。刑事司法解释的方法是刑事司法解释的基本问题之一。目前刑事司法解释的方法主要有主观解释论与客观解释论之分。^①前者认为法律旨在表达立法者对社会生活的态度和对人们行为的主观愿望,探知立法原旨是法律解释的目标;后者则认为法官在适用法律时,必须根据实际情况

^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302—313页。