



BOSHI WENKU

〔法学·刑法〕

刑法适用中的 法官解释

XINGFA SHIYONGZHONG DE FAGUAN JIESHI

李荣 著



知识产权出版社

D914.04/38

2007

博士文库

BOSHI WENKU
〔法学·刑法〕

刑法适用中的 法官解释

XINGFA SHIYONGZHONG DE FAGUAN JIESHI

李荣 著

知识产权出版社

内容提要:

本书是关于刑法适用中法官解释的基本问题的专题研究。作者认为由于刑法的概括性、立法语言的相对明确性、案件事实的具体性,法官在适用刑法过程中离不开解释。其解释方法具有有限性和与案件事实互动性的特点。法官个人的信念、偏好等因素以及外界因素都会影响解释,应从司法体制、解释技术和惩罚机制予以制约,以保证法官解释的准确性。

责任编辑:马 岳

装帧设计:sun 工作室

图书在版编目(CIP)数据

刑法适用中的法官解释/李荣 著. — 北京:知识产权出版社, 2007. 6
ISBN 978-7-80198-947-5

I. 刑… II. 李… III. 刑法—法律适用—法律解释—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 086374 号

刑法适用中的法官解释

李荣 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.ipph.com>

邮 箱: zscq-bjb@126.com

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

传 真: 010-82000893

印 刷: 知识产权出版社电子制作中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

责编电话: 010-82000860 转 8325

责编邮箱: mayue@cnipr.com

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 7.5

版 次: 2007 年 6 月第一版

印 次: 2007 年 6 月第一次印刷

字 数: 200 千字

定 价: 22.00 元

ISBN 978-7-80198-947-5/D·485 (2001)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。



摘 要

法官适用刑法是将刑法规定运用于案件事实以获得判决的过程。因此，刑法规定和案件事实是法官在这一过程中的两个思维界限。然而，刑法规定是概括的、抽象的，案件事实是具体的，如何将二者联系起来则离不开法官解释。因而，法官解释是二者联系不可或缺的纽带。正是从这个角度来讲，法官适用刑法的过程就是解释的过程。但在我国，不少学者否认刑法适用中法官解释的存在。其主要理由是：首先，刑法无需法官解释。刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范，拥有剥夺人们的财产、自由乃至生命的权力。在重视人权的今天，人们注重刑罚权的限制。因而，罪刑法定原则——“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”成为刑法的铁则。根据该原则，只有刑法明确规定为犯罪的行为才应受到刑罚处罚。因此，刑法规定的明确性是遵循罪刑法定原则的应有之意。而当刑法规定明确时，法官只需机械地套用三段论式逻辑推理就可以得出行为人是否犯罪的结论。所以，法官无需解释。其次，刑法适用中法官没有解释的权力。如果法官拥有解释刑法的权力，那么，人们就会有因法官的肆意解释而遭到迫害的危险。最后，法官解释刑法于法无据。无论是我国的宪法、法院组织法还是关于加强解释工作



的若干意见等都没有规定法官是解释法律的主体。

事实上，这种观点似是而非。概括、抽象的刑法规定与具体的案件事实并非一一对应。法官在适用刑法时，不可能仅靠机械套用三段论式的逻辑推理就能得出罪与否的结论。因为当确定三段论中的大前提时，法官要解释抽象的刑法规定意义为何。同时，三段论中的小前提的形成也依赖于法官对刑法规定的解释。唯有如此，才能判断具体的案件事实是否为大前提所指的、具有刑法意义上的案件事实，方能判断能否将之归摄于大前提之下，得出罪与非罪的结论来。因此，法官适用刑法时离不开解释。没有法官解释就没有刑法的适用，法官解释刑法是必然的。本书分为导论、刑法适用中法官解释的概述、历史溯源与学派之争、成因、解释方法、影响因素、法官解释的制约和结束语几个部分来分析、阐述这一问题。

所谓刑法适用中的法官解释，是指法官在将抽象的刑法运用于具体的案件事实以获得判决的过程中，法官对刑法规定的理解与说明。至于法官解释存在的主要原因有四个：刑法的概括性；刑事立法语言的相对明确性；具体案件事实的形成依赖法官解释；法官适用刑法的思维过程离不开解释。从理论和实务的角度来看，在刑法适用中法官解释的方法有文理解释、系统解释、法意解释、目的解释。各种解释方法各有利弊，且解释过程是一个“目光往返”于案件事实与刑法规定的过程。在解释过程中，法官的信念、个人经历、偏好、情绪等因素在影响法官解释的同时，公众的因素如舆论、对犯罪的容忍度以及审判委员会、上级领导等因素都会影响法官解释。这些影响既有正面的，也有负面的。由于法官解释体现了法官的主体思维，因而任意解释是存在的。为了防止法官肆意解释刑法，必须从司法体



制和解释技术的层面进行约束，并完善错案追究制度对任意解释予以惩罚。

总之，本书通过历史分析、实证分析及比较分析等多种方法对刑法适用中法官解释进行了研究，以期端正人们对法官解释的认识，并尝试展示法官解释的生动画面。

关键词：刑法适用；法官解释；成因；因素；制约



Abstract

When the judges apply the criminal laws to get conclusion, the criminal laws and the facts of the cases are the things what they should deal with. During this process, the judges interpret criminal laws. As to this issue, this dissertation provides analyses and interpretations from the following several parts: the introduction, overview of the judge interpretations in the criminal law applications, the history and disputes of the judge interpretations in the criminal law applications, the causes of the judge interpretations in the criminal law applications, the methods of the judge interpretations in the criminal law applications, the influential factors of the judge interpretations in the criminal law applications, the restrictions in the judge interpretations in the criminal law applications, and the conclusion. The concept of legal interpretation in the criminal law application is the understanding of the judge of the criminal law when dealing with a criminal dissension. It systematically analyzes the objectivity of the existence of the judge interpretation problem, mainly from the following four aspects: the legal generalizability, the particularity of the legal language, the dependence of the recognition



of crime on the judge interpretation and the implementation of the duties of the judges. The methods of the judge interpretations in the criminal law applications are like these: the judges need to apply theoretical interpretations in addition to the common explanations. Mainly it is the objective interpretation method, including value estimation and profit equilibrium. The factors influencing judge interpretations are as follow: 1) Personal factors of the judges, including marriage, family, personal experience, hobbies, emotions, etc.; 2) External factors, such as the accuser, the victim, and the public; 3) Analyses of several case studies to prove the various factors discussed in the previous parts. The restrictions to the judge interpretations include: The ways to restrict them can be started from principles of explanation, from the order of interpretation methods, from the system.

Keywords: criminal law application

judge interpretation

cause of formation

factor

restriction



目 录

导论	1
一、问题的提出	1
二、我国研究现状	8
三、研究意义、结构、创新及不足	9
四、研究方法	12
 第一章 刑法适用中法官解释的概念	13
一、解释与法律解释	13
二、刑法适用中的法官解释	21
(一) 刑法适用中法官解释的概念	21
(二) 刑法适用中法官解释的特征	25
三、与相关概念的区别	27
(一) 与刑法解释的区别	27
(二) 与司法解释的区别	31
(三) 与立法解释的区别	33
(四) 与刑法判例的区别	34
(五) 与法官民法解释的区别	37
四、法官解释与我国现行解释体制	38



(一) 我国现行刑法解释体制的现状与争议·····	39
(二) 我国现行刑法解释体制的评价·····	47
(三) 法官解释与现行刑法解释体制并存·····	50
第二章 法官刑法解释的历史溯源及学派之争·····	53
一、法官解释的历史溯源·····	53
(一) 大陆法系国家的法官解释·····	53
(二) 英美法系国家的法官解释·····	57
(三) 我国法官解释的历史·····	59
二、关于法官解释的学派之争·····	63
(一) 否定与肯定之争·····	63
(二) 解释限度之争·····	70
第三章 刑法适用中法官解释的成因·····	75
一、刑法法规的概括性·····	75
(一) 法规具体性、完备性的幻灭·····	75
(二) 刑法的概括性、不周延性·····	77
二、刑事立法语言的特性——相对明确性·····	87
(一) 立法语言的特性·····	87
(二) 刑事立法语言的特性——大众的、专家的话语叙事·····	91
三、案件事实的形成依赖法官解释·····	99
(一) 案件事实的概念与误读·····	99
(二) 案件事实的形成——依赖法官解释刑法的过程·····	100
四、法官适用刑法的思维过程——离不开解释刑法的过程·····	105
(一) 法官适用法律的几种思维方式·····	106
(二) 法官适用刑法的思维过程·····	109



第四章 刑法适用中法官解释的方法（上）

—— 理论篇	112
一、刑法适用中法官解释的立场	113
（一）主观解释论	113
（二）客观解释论	115
（三）折中论	118
二、刑法适用中法官解释的限度——罪刑法定原则	121
（一）法官解释——罪刑法定原则的实现方式	121
（二）罪刑法定原则——法官解释的限度	128
三、学者视野中的解释方法评析——思辨的角度	130
（一）国外学者视野中的刑法解释方法	130
（二）我国学者视野中的刑法解释方法	131
（三）关于刑法解释方法的评析	132

第五章 刑法适用中法官解释的方法（下）

—— 实务篇	145
一、国外法官解释的实际操作方法	145
（一）在法律适用中英国法官解释的实际操作方法	145
（二）美国法官解释的实际操作方法	147
二、我国法官解释的实际操作方法	147
（一）简单案件与疑难案件的界定	148
（二）简单与疑难刑事案件中适用的解释方法	152
三、刑法适用中法官解释方法的特点	
—— 有限性、与事实的互动性	160
（一）解释方法的有限性	161
（二）与案件事实的互动性	163



第六章 影响法官解释的因素	165
一、是否存在法官自身及外界因素影响法官解释	166
(一) 学界争议	166
(二) 实证考察	168
二、影响法官解释的自身因素及其原因分析	177
三、影响法官解释的外界因素及其原因	180
(一) 影响法官解释的外界因素	180
(二) 法官以外因素的个案分析	181
四、影响因素的评价	186
第七章 刑法适用中法官解释的制约	189
一、法官解释的司法体制制约	189
二、刑法解释技能方面的制约	192
(一) 刑法解释原则	193
(二) 解释规则上的制约	202
(三) 解释形式上的制约——刑事判决说理	206
三、惩罚机制——错案追究制	210
结束语	217
主要参考文献	219



导 论^{*}

一、问题的提出

“一个典型的法典中，几乎没有一条法规不需要司法解释。”^①（这里的司法解释事实上是指法官解释。）没有解释就没有法律适用，法官适用法律的过程就是法官解释法律的过程。这一论断早已为西方法学界普遍接受，而对我国学者来讲则有个逐步接受的过程。但是，仍有不少学者否定、排斥这一观点，尤其在对待刑法适用中法官解释这个问题上，他们认为法官在适用刑法的过程中不存在解释刑法的权力，并强调这是由刑法的性质决定的。因为刑法关系到剥夺一个人的生命、自由和财产，是众多法律中惩罚手段最严厉的一种，所以他们认为人们应当关注的是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”的罪刑法定原则。在强调刑法对社会的保护功能的同时，更强调刑法对人权的保障功能。基于此种考虑，他们认为一旦法官拥有解释的权力就会违背罪刑法定原则，人们的权利就有可能因法

^{*} 中央民族大学十五科研规划重点项目（10502C04）成果。

^①（美）约翰·亨利·梅里曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，知识出版社1984年版，第46页。



官的任意解释而朝不保夕，因而排斥刑法中法官解释的观点，并且认为只要刑法规定得足够清晰，法官只需机械套用三段论式逻辑推理就可逐字逐句地执行刑法。

即使有个别学者认可法官解释，也小心翼翼地指出法官只能在刑法规定不明确时进行解释。事实果真如此吗？那么该如何理解司法实践中通常存在的如下几种情况呢？

第一，为什么同类案件在相同情况下根据同一刑法明文规定会得出不同的结论？

在此，以两个为人熟知的婚内强奸案为切入点进行分析。

【案例 0-1】 王某强奸案

被告人王某与其妻诉讼离婚，在离婚判决书尚未生效之际，王要求与其妻发生性关系，遭到拒绝后，王以暴力的方式强行与其妻发生性关系。上海市青浦区人民检察院认为被告人王某采用暴力强行与被害人发生了性关系，其行为构成强奸罪，向青浦区人民法院提起公诉。青浦区人民法院审理认为，被告人王某已起诉离婚，在法院判决离婚后，判决书尚未发生法律效力期间，被告人与被害人已不具备正常的夫妻关系。在这种情况下，被告人违背妇女意志，采用暴力手段，强行与被害人发生性关系，其行为已构成强奸罪。故以被告人王某犯强奸罪，判处有期徒刑 3 年，缓刑 3 年。

【案例 0-2】 吴某强奸案

被告人吴某与王某登记结婚，王以性格不合为由提起离婚诉讼，法院缺席判决二人离婚。在上诉期间，吴在要求与王发生性关系遭到拒绝后，实施暴力强行与王发生了性关系。四川南江县人民检察院以吴某犯强奸罪向南江县人民法院提起公诉。南江县



人民法院在审理此案后判决：被告人吴某与王某夫妻关系还处于存续期间，故其行为不构成犯罪，检察机关所指控的强奸罪名不能成立。

案例 0-1 和案例 0-2 是两个关于婚内强奸的案例。被告人王某与吴某的犯罪事实大致相同，都是在婚姻关系存续期间，强行与配偶发生性关系；适用的法律规定亦相同，即都是根据《中华人民共和国刑法》（简称《刑法》）第 236 条强奸罪的规定。该条明确规定，采取暴力、胁迫或其他手段强行与妇女发生性行为的是强奸罪。就这个罪的规定而言，只要达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力的人采取暴力、胁迫或其他手段违背妇女意志侵犯妇女的性权利就能构成此罪。该罪的立法意图是为了保护妇女的性权利。因此，任何达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力的人都可能成为此罪的犯罪主体。可见，该条款并没有将丈夫排除在外。但从上述两个典型案件的审理结果来看，在处理婚内强奸的问题上，法官对该条款中的犯罪主体要件作出了比刑法规定的字面意思范围要小的解释。例如在案例 0-2 中，之所以没有判决吴某构成强奸罪是因为其与被害人是夫妻关系；就案例 0-1 而言，从判决结果上看虽与案例 0-2 不同，但从法官的判决理由可以读出该案法官也将刑法规定的强奸罪主体作了限制解释，稍有不同的是认为夫妻处于离婚期间、二人不具有正常的夫妻关系。因此，通常丈夫不可能是强奸妻子的犯罪主体，只有当存在某种例外时，丈夫才可作为强奸妻子的犯罪主体。从案例 0-1 的判决理由可以读出此案法官的潜台词是在婚内强奸的案件中，丈夫一般不是强奸罪主体，但离婚期间除外，因为离婚期间丈夫与妻子不具备正常的夫妻关系。案



例 0-2 中的法官认为只要婚姻关系仍处于存续状态，即使是正在离婚的夫妻，丈夫也不是强奸妻子的犯罪主体。事实上，司法实践表明大多数法官认为丈夫不是强奸妻子的犯罪主体，婚内强奸不能构成强奸罪。（这一结论，可以从有关统计得出。有学者统计，自 1982 年可查的第 1 例婚内强奸案以来，全国各地法院判决的此类案件仅有 20 起，而且大部分都没有被判罪。^①）其理由是夫妻之间具有性的权利和义务。妻子有义务应丈夫的要求与其进行性行为，丈夫理所当然地享有对妻子的性权利。所以，即使丈夫采用暴力，也不能成为构成强奸罪的主体。可见，法官执行的刑法与规定的刑法是有差别的，并且不同法官对相同规定的理解也是不同的。但为什么会这样呢？两案法官的判决是否合理、合法？我们认为之所以会这样，在于规定的刑法必须依靠法官发挥主观能动性方能解决具体案件。法官发挥主观能动性的过程是法官理解、分析刑法规定和案件事实的过程。在这一过程中，不同法官对同一刑法规定和同类案件事实作出不同理解在所难免。也许有人认为造成这种情况是因为刑法规定不够明确，即没有在强奸罪中将婚内强奸行为作出规定。如果真是这样的话，那么又为什么在司法实践中会出现第二个问题呢？

第二，为什么就刑法规定而言已达到某些学者认为的明确程度，但在将之适用于同一案件时仍有罪与非罪、此罪与彼罪的分歧呢？在此，以李某侵占案为例进行分析。

【案例 0-3】 李某侵占案

2003 年 5 月 18 日，梁某在乘坐李某出租车时，将公文包遗

^① 参见李立众：“婚内强奸应构成强奸罪”，《云南法学》2001 年 4 期，第 74 页。



忘车内，公文包内有现金 3000 元、股票 5 万元、标的为 220 万元的合同一份。为找回丢失物品，梁某于当天在媒体上发布公告，表示拾到公文包者只返还合同和股票，包内的现金 3000 元作为酬金不用返还。李某见公告后，打电话给梁某，要求梁某除了酬金 3000 元外，还要在 3 天内再支付 2 万元，才能返还合同、股票，否则将合同撕毁。梁某报案。当公安人员找到李某时，李某对拾到公文包矢口否认。当公安人员在出租车内找到公文包时，李某才将合同和股票交出。

在对李某的行为如何定性的问题上有三种意见：第一种意见认为李某的行为不构成犯罪。梁在媒体上发布的公告可以视为要约，而李某要求除了 3000 元酬金外还要在 3 天内再支付 2 万元是反要约，即梁某与李某之间仅是民事关系。第二种意见认为李某的行为构成侵占罪。因为根据刑法的规定，所谓侵占罪是指以非法占有为目的，将自己代为保管的他人财物、遗忘物，非法占为己有、数额较大、拒不返还的行为。李某将梁某遗忘在车内的公文包占为己有，拒不返还，财物数额较大，所以其行为符合侵占罪的犯罪构成。第三种意见认为李某的行为构成敲诈勒索罪。根据刑法的规定，敲诈勒索罪是指以非法占有为目的，对财物的所有人、管理人实施威胁或者要挟的方法，强行索取数额较大的公私财物的行为。李某以撕毁合同为要挟，要求梁某在 3 日内交出 2 万元，其行为构成敲诈勒索罪。^①

从刑法规定来看，无论是民事纠纷还是犯罪的规定，无论是

^① 张达伟：“拾得遗忘物后向失主索要高额报酬如何定性？”《检察日报》2004 年 2 月 5 日第 3 版。