

北大刑法博士文丛(3)

BEI DA XING FA BO SHI WEN CONG

陈兴良 总主编



BEI DA XING FA BO SHI WEN CONG

刑法解释的权力分析

◎林 维 著

XINGFA JIESHI DE QUANLI FENXI



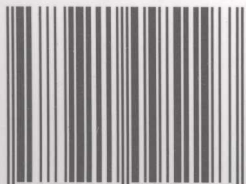
中国人民公安大学出版社

责任编辑 / 汪伊红 文字编辑 / 曹 利

封面设计 / 嘉玮伟业



ISBN 7-81109-519-X



9 787811 095197 >

ISBN 7-81109-519-X/D · 489

定价: 41.00元

北大刑法博士文丛 (3)

陈兴良 总主编

刑法解释的权力分析

林 维 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法解释的权力分析/林维著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2006. 11

(北大刑法博士文丛. 陈兴良主编)

ISBN 7-81109-519-X

I. 刑… II. 林… III. 刑法—法律解释—理论研究
IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 131488 号

刑法解释的权力分析

XINGFAJIESHI DE QUANLIFENXI

林 维 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

经 销: 新华书店

邮政编码: 100038

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2006 年 11 月第 1 版

印 次: 2006 年 11 月第 1 次

印 张: 18.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 505 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81109-519-X/D·489

定 价: 41.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.jgclub.com.cn

总 序

《北大刑法博士文丛》即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点的质量高低的重要指数。在这种情况下，在已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1990年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的《北大刑法博士文丛》是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优入选博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止博士论文已有数百篇，已经出现一些重复选题的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新

留下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是指标新立异，而是要在承接前人研究成果基础之上的推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我以为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面之感觉。表述是一种文字功夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述会使你的观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版三至五本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中的佼佼者。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他/她的第一本个人专著；对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他/她的最后一本甚至是唯一的一本个人专著。因此，

包含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事。对此，我是深有体会的。想到十多年前，我出版本人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生们的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。不是么！

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004年6月20日

序

林维的博士论文《刑法解释的权力分析》终于完成并顺利地通过了答辩，作为导师的我不禁暗暗地松了一口气。林维是1999年入学的，至今已经有6个年头，主要是因为在职学习，加上又兼行政职务，因而他的博士论文一拖再拖。此外，林维是个认真而又追求完美的人，对他之未能按时完成博士论文，我也保持了足够的耐心。不过，当他的博士论文初稿以40万余字之鸿篇巨制交给我的时候，我还是吓了一跳。这是我指导的博士论文中篇幅最长的一篇，以量取胜是次要的，能否以质取胜才是我最为关心的。通读全文，我的心终于放下来了。可以说，林维的博士论文是一篇上乘之作，达到了他学术研究的新高峰，同时也达到了我国刑法学术的前沿水平，可喜可贺。

刑法解释是一个老题，甚至是一个老生常谈的题目，曾经作为博士论文，而且还曾经成为我国刑法学年会的议题之一。就这一问题的科研成果论文数以百计，论著也有十几部。尽管老题亦可新做，这对作者的学术功力是一个重大的挑战。当林维确定以权力分析作为视角对刑法解释进行研究的时候，我才有所期待，这毕竟是一个前人所未及的切入，足以开辟一个研究视阈。当然，何为权力分析，究竟如何对刑法解释进行权力分析，这些都是横亘在林维面前的实际问题，他较好地完成了这一问题。

尽管我国刑法学界对刑法解释进行了较多的研究，但研究深度是远远不能令人满意的。这主要是因为，我国刑法学界对刑法解释的研究大多囿于对刑法解释的一般问题，尤其是对解释方法等问题所作的静态分析，未能将刑法解释作为一种法律适用活动进行动态的研究，尤其是未能从司法权行使的角度深刻地把握刑法解释问

题，而林维恰恰做到了这一点。正是从刑法解释活动这一视角切入，从而获得了对刑法解释之重要性的再认识：

“对刑法解释重要性的认识或者我们对解释的关注并不完全地在于解释结论对我们生活的重大影响，而在于人们认识到我们必须客观地、科学地把握刑法解释活动，不仅仅知道解释结论的具体内容，还在于理解解释结论的真实面貌以及生成过程。现行法律是一张由过去的立法决定和司法决定或者习惯法的种种传统所构成的不透明网络的产物，^①实际上，在这张网络中对现行法律包括解释产生影响远非仅仅局限在立法决定、司法决定，大量的在解释情境中所涉及的因素，都或多或少地对解释结论进行微妙的干涉。也只有理解了这张复杂的关系网络，我们才可能真正地认识到网络的每一个网眼，才可能真正地认识到解释的重要性。”

由此可见，我们不仅要关心刑法解释的结论如何，更应关注这种结论是如何获得的，只有深入到刑法解释背后去触摸这张法律网络的每一个网眼，才能真正理解刑法解释。当然，中国的刑法解释具有完全不同于西方的特殊性。西方语境中的刑法解释，除学理解释以外，有权解释主要是指法官对刑法的解释，这种解释是以判决书作为载体的，因而是一种个案性解释。而在我国，刑法解释主要是指最高司法机关（包括最高人民法院和最高人民检察院，以下简称“两高”）的司法解释，不仅法官个人，甚至最高人民法院以下的各级人民法院都是没有司法解释权的，而最高人民检察院具有司法解释权，又是中国特色之一。在这种情况下，我国的司法解释更是一种权力之行使，在某种意义上甚至是一种准立法权。因而司法解释也就具有司法法的性质。司法法是我杜撰的一个概念，其实并非十分贴切。在传统的法律分析中，通过司法机关适用的法是司法法，以此区别于行政法，即通过行政机关适用的法。而我是从立法主体角度对此作出界定的。根据传统的三权分立理论，只有立法

① [德] 哈贝马斯，童世骏译：《在事实与规范之间》，三联书店2003年版，第245页。

机关才有权制定法律，司法机关和行政机关则无权制定法律，而只是适用立法机关所制定的法律而已。但传统的三权分立模式已经被打破，主要表现在行政机关有权制定行政法规。我们现在使用的行政法这个概念实际上包括了立法机关制定的行政法律和行政机关制定的行政法规。按照行政法规这一思路，通过司法机关制定的司法解释实际上也是一种法，我称之为司法法，即司法机关制定的法。尽管这种司法法以解释为名，实际上大多已经超出了解释的权限，而是对法所未作规定的事项加以规定，具有法律创制的性质。就此而言，我国的司法解释是一种亚法，正因为如此，才由最高司法机关垄断。我对司法解释性质的这种认识，完全是一种实然的描述，并不包含任何价值上的肯定。恰恰在这一点上，是容易引起误解的。我并不认为最高司法机关垄断司法解释权是天然合理的，也不认为这种司法法具有何种正当性，只不过对于这一现状我们首先应当承认，这是分析问题的第一步。

在博士论文之中，林维对刑法解释作出如下界定：一是作为法律活动或者行为的刑法解释；二是作为特定结论的刑法解释；三是作为技术或者方法的刑法解释；四是作为制度及其运作的刑法解释。在对刑法解释性质的理解中，贯穿始终的一个基本思路是，刑法解释是一种权力运用。该博士论文不仅对刑法解释程序和形式中的权力因素进行了解析（第三章），而且对刑法解释的利益相关性及其政策影响作了深入分析（第四章），这样就深入到刑法解释的背后，描述出刑法解释结论形成过程中各种权力因素的作用。本文从利益相关性出发，对司法解释权的各种制约因素进行了分析，提出了刑法解释过程中作为压力团体的存在这一命题，认为这种压力团体既包括国内各种利益相关机构，也包括利益相关的国外机构，因为在开放背景下的刑事立法及其解释，可能涉及国际机构及其所代表的主体的利益，因而相应国外机构也可能向有关有权解释的主体施加压力或者影响。本文还以“两高”制定的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》为例加以说明，

在这一司法解释起草过程中，先后多次、多渠道、采取多种方式听取了中国外商投资企业协会、欧盟委员会、商业软件联盟、中国商业软件联盟、美国电影协会、中国美国商会、美国信息产业机构等行业协会和部门的意见。近些年，我参加了许多司法解释的征求专家意见的会议，对于司法解释制定过程台前幕后的情况大多有所了解，切实地感受到这种压力的存在。作为一名研究者，林维能够通过搜集各种资料，对此作出精当的描述，在我看来是极不容易的，但这也正是本文的成功之处。

我本人较为感兴趣的还是林维对非正式刑法解释的权威作用及其演变分析（第八章）。因为林维的博士论文是对刑法解释的权力进行分析，法律解释可以分为有权解释与无权解释。我国的有权解释就是指司法解释，对其当然可以进行权力分析。那么，无权解释如何进行权力分析呢？林维认为，在整个刑法解释体系中，非正式解释或者学理解释似乎是一个体制外或者边缘化的存在，对它的讨论尤其少见。事实上，非正式刑法解释已经脱离了我们所想象的能力，知识就是力量，它的确在刑事法律实践过程中发挥着具体而客观的权力作用。同时，对于非正式刑法解释不仅应当而且可能进行权力分析。当然，对于非正式刑法解释这一概念我并不十分赞同，这里暗含的前提是，作为有权解释的司法解释是正式的法律解释，而作为无权解释的学理解释则是一种非正式刑法解释。实际上，刑法解释并无正式与非正式之分。尽管如此，这部分内容中还是触及了一些以往刑法解释理论中没有触及或者浅尝辄止的问题。

这里首先应当提及的是林维所说的在中国成为问题而备受争议的专家意见。目前，我国社会上对于专家出具法律意见书各执一词。对某些重大疑难案件听取专家意见并不鲜见，征求专家意见的既有各级司法机关，在刑事案件中有被告人或者被害人，在民事案件和行政案件中则有原告或者被告。对于司法机关听取专家意见似乎并无指责，对于民事案件与行政案件中的原告或者被告请求专家出具的法律意见书，指责似乎也不多。指责主要针对辩护律师之

邀请为被告人出具法律意见书。其争执在于是否影响了司法独立，是否是一面之词，是否存在利益交换，等等。其实，在这种指责性观点背后主要还是专家的伦理正当性问题。因为提供专家意见是以支付一定金钱为代价的，指责者由此将专家置于伦理上的不利境地。如果专家义务提供法律意见，似乎就不会受到这种伦理上的质疑。但这种伦理上的指责其实是十分可笑的。任何一种智力劳动或者体力劳动都有权获得相应的经济报酬，无偿劳动当然是有的，但那只是例外而非常态。任何劳动并不因其有偿而受到玷污。辩护律师除法律援助案件以外，其职业行为是有偿的，但并不能指责辩护律师职业的正当性。同样，专家在参加某些公益活动中也可能是无偿的，但在提供专业知识服务的时候当然也可以是有偿的，专家并不因为这种有偿性而使其人格受损，恰恰这种有偿性才体现专家人格的受尊重性。那种要求专家只能无偿提供法律服务，只要有偿就是人格污损的偏见，才是对专家人格的最大侮辱。孔子收取弟子的束脩并不影响其有教无类的伟大。教育家的人格，难道不是这样么？在当前市场经济条件下，竟然还存在对于有偿性的这种偏见，确实令人震惊。实际上，这种指责背后折射出来的还是对权力的垄断态度，尤其是当被告人以专家意见对抗强力部门的时候，往往使某些权力主体感受到其权威的被冒犯。因此，对专家意见的轻视实际上就是对被告人权利的漠视，因为专家意见是作为被告人万不得已的一种救济手段而采用的。至于专家意见应以何种形式进入诉讼程序，这本身只是一个法律技术问题。关键在于，我国的司法制度能否容纳专家意见书，这恰恰是对我国司法制度之民主化的一块试金石。至于那种认为专家意见书会干预司法独立的想法，可能是过高估计了专家的权威，专家意见发挥作用的机理并非权力干预而是说服。对此，林维作出了以下我认为是十分准确的分析：

“对于一份法律意见书而言，它的意义并不在于为法院提供裁判书的模本或者基础，而在于在一种观念多元化的商榷性的民主机制下提供另外一种差异的意见，这是我们讨论专家意见书存在合理

性的前提。刑法学理解释并不具备任何正式意义上的权力要素，因而只能通过其意见书的内容达到说服作用，而专家权威性仅仅构成了微妙的说服机制的一个因素，它可能为法官阅读这一意见书而提供理由，也可能为法官接受意见书的内容提供理由，甚至也可能成为坚定法官作出某一结论的理由。但是，它不能替代法官作出独立的判决，不能将法官作出错误判断的责任归于专家意见书，就好像不能归罪于当事人的律师所提出的即使是诡辩的辩护理由一样。事实上，专家的参与仅仅是特定群体的参与，当我们将这一特定人群扩张至所有公民时，我们就能够意识到，意见书对于日益官僚化的司法审判有着重要意义。”

所言极是，我亦深以为然。专家意见书是一种当事人的自发行为，也是一种市场行为。专家意见书存在的必要性与正当性并不是由某个人所决定的，而是取决于当事人的选择。如果我国司法体制完善了，专家意见书这一救济渠道不复需要，或者专家意见没有发挥任何作用，专家意见书当然也就不可能再存在下去。但是，当我参加某次讨论，当事人明知专家意见不可能被司法机关采用，而仅仅是想留下一个历史记录的时候，我不由得百感交集，一种无奈之情顿时涌上心头。专家意见不具有权力的特征，但它以其说理性而独具价值，这是难以否定的。因此，专家意见书以说理为生命，否则它就不可能生存。

刑法解释是个永久的课题。当它作为一个方法论问题而被提出以后，对它的研究还将永远地继续下去。林维的博士论文将是这一领域的一个学术山峰，对刑法解释研究来说，将是永远也绕不过去的，这就是我对林维博士论文的最终评价，我以为是不过分的。

是为序。

陈兴良

谨记于北京海淀锦秋知春寓所

2005年12月18日

摘 要

本书讨论的问题是刑法解释问题，但是并不主要围绕通常诸如刑法解释方法、类型等问题，也并不主要讨论某一个具体刑法解释结论的正确性问题，更多的是将刑法解释作为一种行为、过程或者制度的产物，因此，本书选择了从权力分析的角度，研究探讨特定刑法解释权力的生成、演变以及其中的权力纠葛，包括刑法解释体制外的权力主体例如行政权、利益团体以及政策等如何影响刑法解释，甚至参与刑法解释的制作过程，以及作为刑法解释体制内的各种权力之间的合作、斗争。

本书共分八章，从结构上大致可以分成三个部分：第一部分主要从权力角度分析了刑法解释本身这一范畴。首先，作者对解释的必要性作了新的理解，接着对文章的核心概念即权力作了专门的分析，将权力广义地理解为强制性、意向性、说服性并存的社会关系，对于权力的多样性、复杂性及其正式性和非正式性作了讨论。在将刑法解释区分为作为法律活动或者行为的刑法解释、作为特定结论的刑法解释、作为技术或者方法的刑法解释以及作为制度及其运作的刑法解释的基础上，探讨了刑法解释作为权力运用活动的特点，论证了解释权的产生以及从立法权中的独立本身，都在其起源上反映了权力的消长、分化。依据前述权力的正式性和非正式性的划分，本书在内容上将解释权力体制的内容作了同样的区分，进而论述了复杂的正式刑法解释权力体制在我国的历史演变，将其分为一元单极体制、二元单极体制、二元多极体制，进而对这种权力安排下的内在逻辑作了深入分析。

与此同时，本书以较大篇幅对传统的刑法解释学着重研究的刑

法解释方法作了研究，通过对几种较为重要的刑法解释方法本身存在的缺陷的分析，意图证明刑法解释方法固然重要，但是解释的选择性以及刑法解释方法本身的中立性，决定解释方法不能进行自我的选择，它不能自我决定地得出最终的解释结论，最终结论的得出有着更为复杂的过程。因此，刑法解释过程是对解释结论的发明而非发现，刑法解释方法的重要性在于论证而非寻找解释结论，解释结论的正确也并不完全依赖于解释方法的正确。基于这样的结论，本书对诠释方法学和哲学诠释学的分野与互补进行了初步论述。

接着，本书的第二部分对刑法解释活动的程序性问题进行了权力分析，对于刑法解释对象中的遴选制度、刑法解释形式、刑法解释提请主体中的一些权力问题，例如，内部层报制度、非规范化解释形式的存在、解释形式的抽象性、提起主体的内部性和机构导向作了深入分析。与此相关，本书接着又分析了作为权力运行的刑法解释过程中，其中所涉及的利益相关性及其冲突、协调，并且以前科的刑法价值为中心考察了政策对刑法解释的影响以及政策通过刑法解释实现合法化的方式，并考察了刑法解释同政府工作之间的联系，意图说明刑法解释作为国家管理权力的一部分，是如何参与到整个国家权力的实践当中的。在这一部分，笔者最终考察了行政解释对刑法解释的影响，说明了行政机关在刑法解释过程中的联合发布者、独立制作者、潜在影响者的身份，并论述了行政机关利用其自身的职权参与刑法解释的执行过程，进而影响了解释的具体落实。

本书的第三部分主要是对现行刑法解释权力体制中不同类型的权力（刑事立法解释、刑事司法解释、非正式刑法解释）进行了分析，从而对整个刑法解释体制的框架和权力运行逻辑进行了说明，尤其是以权力内容指向及其机能为标准对刑事立法解释类型进行了分析，将其分为意义明确型和纠纷处理型，并说明了由于刑法立法解释权的存在所导致的立法权、司法权与解释权之间的混淆。接着，本书着重对刑事立法解释由沉默到爆发这一奇特的实际运作

过程所蕴涵的权力意味进行了分析，探讨了立法解释在刑法领域中的爆发这一事件所表明的制度背景和权力解说，进而主张在保留刑法立法解释的背景下，应当发挥其纠纷解决的功能，以重构立法解释和司法解释之间的关系。关于刑事司法解释，本书主要探讨了刑事司法解释主体的二元化、解释权力的层级垄断以及副法体系的形成，探讨了检察解释的存在合理性，认为检察解释和审判解释的纠纷解决并不在于对前者的废止，而在于审判解释优位性的明确；同时认为应当建立二级的刑事司法解释体制，并以案例指导制度为核心促成法院解释和法官解释的平衡。本书的最后对非正式刑法解释的权威作用以及非正式解释和正式解释之间的演变作了论证，笔者将非正式刑法解释区分为刑法学理解释、准刑事司法解释和正式权力机构的非正式解释三类，并对其如何发挥权威影响从而对刑法解释及其适用产生效果的不同机制进行了详细的论证。

通过以上的论述，本书试图初步地描绘刑法解释权力体制在中国语境下的现实运行，并且试图通过探索其内在权力的逻辑来客观、真实地观察其权力运作自身的合理程度，并在此基础上探讨解释体制中所存在的一系列问题，对刑法解释权力体制的建设提出自己的观点，并能够对整个解释体制的分析提供帮助。

关键词：刑法解释 权力 权力体制

Abstract

The key topic of this thesis is the issue of criminal interpretation. Instead of discussing on issues of criminal interpretation measure, type etc. and not taking correctness of a concrete conclusion as main point as usual, this essay treat criminal discussion as a product of a behavior, process and system. Therefore, author takes the angle of power analyzation to discuss the derivation, evolution of the power of criminal interpretation and the struggle among different subject, including how extra – system criminal interpretation subject like executive power, groups of different interests and policy takes effect on criminal interpretation, even participates in manufacture process of criminal interpretation, as well as the cooperation and struggle among various power subjects in the criminal interpretation system.

This article has eight chapters and can be divided into three parts. The first part mainly analyses the concept of criminal interpretation through angle of power. At the beginning, it makes a new understanding on necessity of interpretation, and then makes a special analyzation on the core concept of this article, that is power. It generally regards the power as a social relationship in which compulsory, tendency and persuasive concurrently exist and makes a discussion on the multiplicity, complexity and the distinction of formality and informality of power. Based on discriminations of criminal interpretation as the interpretation as legal activity or behavior, specific conclusion, technique or measure and system and its operation, this article makes a discussion on the char-