

中国人民大学刑法学博士文丛(2)

刑法适用方法的基本准则

——构成要件符合性判断研究

Basic Norms of Application Methods of Criminal Law

On the Judgment of Conformity Between Constructive Requirements of Crime and Facts of Cases

◎ 吴学斌 著



中国人民公安大学出版社

D924.05/64

2008

中国人民大学刑法学博士文丛(2)

刑法适用方法的基本准则

——构成要件符合性判断研究

Basic Norms of Application Methods of Criminal Law

——On the Judgment of Conformity Between
Constructive Requirements of Crime and Facts of Cases

吴学斌 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法适用方法的基本准则：构成要件符合性判断研究/吴学斌著. —北京：中国人民公安大学出版社，2008. 4

(中国人民大学刑法学博士文丛；2)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 073 - 5

I. 刑… II. 吴… III. 刑法—法律适用—研究—中国
IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 049461 号

刑法适用方法的基本准则

——构成要件符合性判断研究

Basic Norms of Application Methods of Criminal Law

——On the Judgment of Conformity Between Constructive
Requirements of Crime and Facts of Cases

吴学斌 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：2008 年 4 月第 1 版

印 次：2008 年 4 月第 1 次

印 张：9.125

开 本：880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数：240 千字

印 数：0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 073 - 5/D · 068

定 价：22.00 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.porclub.com.cn

前 言

一个成功的刑事司法裁决，不仅要符合规范与事实的本质，而且还应该彰显刑法的社会价值与人文情怀。这，显然不是通过简单地阅读法条就可以实现的。在疑难案件的处理中，作出一个成功的裁决更是不容易。但法律人的才干往往表现在对疑难案件的处理上。

一个公正、合理的刑事司法裁决，不仅需要有良好的法律理念和司法制度为基础，而且还要以高素质的司法人员为要件。这种“高素质”不可或缺地表现为职业道德和业务水平两个面向，而似乎只有对裁判者业务水平方面的探讨才显得相对轻松、简便。

我国司法人员的业务水平有待提高，是一个无须粉饰的事实。对此，最通常的指责是司法人员怠于法律知识的积累和更新。这是客观事实，但只是问题的一个方面，而我认为一个也许更为重要、更为根本的原因，是裁判者法律方法论方面的缺失（包括意识和知识）。事实一再证明，司法裁判者的法律思维方法决定着法律的品质和诉求。没有良好的法律思维模式，不可能获得合理的法律知识，也很难获得正义的司法结论。

总体而言，我国的刑法适用模式是以概念法学为背景而展开的，而且现行的司法似乎将传统概念法学的不足推向了极端。我认为，这其实与裁判者的司法精神和法学知识有关。刑法在司法层面操作的常见手法是：（1）以封闭的刑法概念作为认识刑法的唯一渊源，超实证的法律价值和法律理念如果有幸没有成为被嘲笑的对象，至少也会被认为是可有可无的“书本上的东西”。（2）刑法的



适用等于刑法的解释，认为只要解释好了刑法的构成要件，刑法的适用就不会存在多大的偏差。这种偏见，导致了在整个构成要件符合性的判断中只重规范，不重事实的局面，人为地割裂了规范与事实相互依存的关系。（3）在法律的逻辑方面，不注重归纳和类比的法律推理方法，却偏好于概念的单向演绎，甚至一知半解地认为类比推理是刑法所禁止的类推制度。这些机械的法律思维，直接导致了法律形式主义在刑事司法实践中的肆虐，以此推导出的结论经常偏离正义和事物的本质，脱逸于刑法的立法意图和规范期待。

德国已故的刑法学家考夫曼教授指出，没有刑法理念就没有刑法规范，没有刑法规范就没有案件事实。我认同这种观点。在具体构成要件符合性的判断中，如果想要获得成功的结论，想要提升刑法的品质，是离不开法律理念的指引的。换句话说，法律理念在整个刑法的适用中起着统摄、指引各种裁判行为的作用。超越法律形式主义、在构成要件指导下形成案件事实以及法律推理的类型思维，是具体构成要件符合性判断领域不可或缺的基本理念。

对构成要件的合理诠释是刑法适用的基础和重点，但如果因此而将刑法诠释理解为刑法适用的全部，自有所偏。在我国的法学理论界，关于法律解释、刑法解释的专著与论文可谓汗牛充栋，但对刑法诠释的一些基本问题，如刑法诠释的向度，是超越结构主义能动地寻觅刑法的社会价值与人文情怀，还是被动地固守法律形式主义，似乎还缺乏一致的认识。再如，刑法解释的方法很多，而且多样化的解释主体对刑法规范的期待意义也可能会不一样，那么，判断一个诠释结论是否成功有无一个统一的标准问题，这是以往刑法解释学的一个盲区。我不揣才疏学浅，在对构成要件和构成要件要素一般理论进行评析的基础上，确立了以正义性、安定性以及合目的性为合理诠释的标准，力图引导、约束当前乱象杂生的刑法解释方法和结论，这是本书在刑法诠释方面所作的一个重要的尝试。本书对刑法诠释所作的另一个有生命力的注解是对传统的刑法解释方法进行了重新定位，这与其说目的解释并不是一种普通的解释方

法，毋宁说是一种解释的指向。目的解释在文义解释、体系解释、历史解释中占有支配性的地位也证明了这一点。

从重要性和独立性的角度而言，案件事实的整理和形成完全可以与构成要件的诠释相媲美。在构成要件符合性的判断中，案件事实的形成牵动着整个构成要件符合性判断的神经。案件事实形成的好坏，直接决定了刑法适用的成败。案件事实首先必须在构成要件的规范意义下整理形成。案件事实的形成与构成要件的诠释是双向互动的。本书对案件事实形成的重要原则和常见方法进行了针对性的研究。

法律逻辑在构成要件符合性的判断中也扮演着十分重要的角色。在构成要件符合性判断中提倡法律的逻辑推理，有助于培养司法的职业思维，提高刑法适用的客观性和可操作性，也有利于法律推理中大、小前提的正确形成。本书分别对演绎法律推理、归纳法律推理以及类比法律推理在构成要件符合性判断中的运行模式及难题进行了剖析，强调刑法规范在所有法律推理中不可动摇的权威地位。

本书的基本进路是，构成要件符合性判断的结果必须符合刑法的基本价值和存在意义。通过对构成要件的规范分析，将刑法规则蕴含的正义品质阐释出来，在案件事实形成以及在寻求当为与存在心融神恰的对应中，证成刑法的社会性、目的性与合理性。

我在写作这本书的时候，身份是双重的。一方面我是清华大学一名脱产攻读刑法学方向的博士研究生（定向），这种身份使我有机会能够系统地聆听大师们的教诲，努力提高自己的刑法理论造诣；另一方面我又是深圳一个基层检察院刑检部门的一名司法裁判者，这种身份又使我有机会深切地观察到司法裁判者们在刑法适用中思维上的成功与不足，也使我有机会能够亲历一个个具体的案例，从其中提炼、荟萃出一套构成要件符合性判断的基本准则，并使自己所总结出来的理论不至于脱离实践。

但一部有价值的学术专著的出版不可能仅仅依赖于作者得天独

刑

XINGFASHIYONGFANGFADEJIBENZHUNZE
法适用方法的基本准则

厚的外部条件，而关键在于作者内在的学术修养及对社会的感悟能力，这恰恰是我所欠缺的，因此，书中的疏漏一定不少，欢迎大家不吝指教。

总 序

以刑法规范及其发展完善为主要研究对象的刑法学，是法学体系中一个极为重要的部门。而刑法学的发展和完善，很大程度上取决于刑法学研究和教育的发展状况。因此，我们既要促进当下各种刑事法思想与理论的交流，力促百花齐放、百家争鸣，又不能忘记对年青一代人才的培养，以期薪尽火传、承传不灭。这就对我国的法学教育和法学研究提出了更高的要求。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是专门从事刑事法研究的新型综合性学术研究机构，经教育部 1999 年 11 月批准，首批成为全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地之一，也是刑事法领域唯一的国家级重点研究机构。中心依托中国人民大学雄厚的人文社会科学基础与人大法学院坚实宽广的法学学科实力，以具有辉煌业绩和良好传承的国家重点学科——刑法学科为龙头，涵盖刑事实体法、刑事程序法与刑事证据法、刑事侦查与刑事物证技术、刑事法律史等刑事法律学科群中的诸多领域。中国人民大学刑法学博士生在“中心”的严格要求和精心培养下，勤于学习，勇于探索，撰写的学位论文大多具有锐意创新之处。但在目前学术著作出版难的状况未彻底改观的情况下，其中仅有少数论文得以公开出版，这不得

不说是一大憾事。有鉴于此，中国人民大学刑事法律科学研究中心本着繁荣学术、扶植青年的宗旨，在中国人民公安大学出版社的鼎力支持下，精心挑选、组织出版了这套“中国人民大学刑法学博士文丛”。

本文丛以通过答辩的刑法学博士学位论文为选题范围，从中挑选一些有代表性并有较高学术价值和现实意义的论文加以编辑出版。从论文的选题和内容来看，作者或者是对刑事法中前沿问题的系统分析，论证严谨，见解独到；或者是对传统理论的深刻挖掘，论涉古今，言及中外；或者是对外国刑法理论的专门研究，援引西土精华，璧合本土资源；或者是对某一理论的中外比较，两两相互对照，取其精去其糟，其学术价值和现实意义不容低估。固然，这些论文看起来或许还有些青涩与稚嫩，许多观点也可能还值得商榷，但每一篇论文都闪烁着作者思想的火花，同时浸透了导师的心血，因而值得一读。并且，我们真诚欢迎读者对论文提出批评，因为认真而负责的批评，正是作者得以进步的阶梯、学术得以繁荣的途径。

回首过去，中国人民大学刑事法律科学研究中心由于各方厚爱和自身的艰苦努力，在刑事法研究方面打下了一些基础，取得了一些成绩。展望未来，来日方长，我辈不敢稍有怠慢或休歇，学如春起之苗，要让其增，务要不断浇灌，只有更进一步，方能更上一层楼。在这里，惟愿这套“中国人民大学刑法学博士文丛”，能够源源不断地为气氛正热而任重道远的刑事法研究贡献一份绵薄之力。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2008年3月

| 目 录 |

前 言	(1)
导 论	(1)
第一章 刑法适用之基本理念	(11)
一、超越法律形式主义	(12)
(一) 刑法的内在品质和社会价值	(13)
(二) 法律形式主义的弊端	(18)
(三) 超越法律形式主义的进路	(27)
二、构成要件下的事实形成	(30)
(一) 构成事实形成的现实误区	(32)
(二) 构成事实形成的应有理念	(39)
三、从概念分析到类型思维	(41)
(一) 现行涵摄模式的缺憾	(42)
(二) 类型思维的提倡	(44)
(三) 类型思维风险的回避	(50)
四、本章小结	(52)
第二章 刑法适用之规范分析	(54)
一、刑法基本立场对规范分析的影响	(58)
(一) 基本立场的选择	(60)
(二) 犯罪本质观的影响	(65)

(三) 实质违法论的分歧	(72)
二、构成要件与构成要件要素的基本问题	(84)
(一) 构成要件的实质	(85)
(二) 构成要件要素的解读	(91)
三、构成要件语言的面向	(102)
(一) 日常用语与构成要件的语言	(102)
(二) 私法概念与刑法概念	(106)
(三) 同一语词的不同含义	(110)
四、构成要件的诠释标准	(112)
(一) 正义性	(113)
(二) 安定性	(119)
(三) 合目的性	(122)
五、目的论下的诠释体系	(125)
(一) 传统的诠释方法	(126)
(二) 对目的解释的重新定位	(136)
(三) 解释方法的位阶	(140)
六、对影响诠释因素的理性分析	(143)
(一) 构成要件的“前理解”	(144)
(二) 刑法规范环境的演变	(148)
(三) 判决先例及司法解释	(151)
七、本章小结	(156)
第三章 刑法适用之事实认定	(158)
一、事实、规范与价值	(158)
(一) 案件事实的客观性	(159)
(二) 案件事实的规范性	(165)
(三) 案件事实的价值判断	(168)
二、案件事实形成的重要原则	(172)
(一) 全面评价的原则	(172)
(二) 禁止重复评价原则	(176)

(三) 存疑时有利于被告人的原则	(180)
三、案件事实的类型化	(187)
(一) 类型化的案件事实	(188)
(二) 事实类型化的依据	(192)
四、案件事实的比较形成	(198)
(一) 典型案例的意义	(199)
(二) 举轻明重与举重明轻	(203)
(三) 等置理论	(207)
五、本章小结	(210)
第四章 刑法适用之法律推理	(212)
一、演绎法律推理	(213)
(一) 演绎法律推理的运行模式	(214)
(二) 大前提的难题和问题	(216)
(三) 演绎的次序	(222)
二、归纳法律推理	(228)
(一) 归纳法律推理的运行规则	(228)
(二) 归纳法律推理的内容	(231)
(三) 演绎与归纳的实践并重	(236)
三、类比法律推理	(240)
(一) “类推”、“类推解释”和“类比推理”	(240)
(二) 类比的形式与类比法律推理	(244)
(三) 类比法律推理的难题	(247)
四、本章小结	(254)
第五章 结 论	(255)
主要参考文献	(258)
后 记	(267)

Contents

Preface	(1)
Introduction	(1)
Chapter One Basic Concepts of Application of Criminal Law	
.....	(11)
I Go beyond legal formalism	(12)
i Internal properties and social values of criminal law	(13)
ii Ills of legal formalism	(18)
iii Paths to go beyond legal formalism	(27)
II Formation of Facts under Constructive Requirements	
.....	(30)
i Practical mistaken ideas in formation of constructive facts	
.....	(32)
ii Due concepts of formation of constructive facts	(39)
III From conceptual analysis to category thinking	(41)
i Imperfection of current subsumtion mode	(42)
ii Advocacy of category thinking	(44)
iii Risk avoidance of category thinking	(50)
IV Brief summary of this chapter	(52)

Chapter Two Normal Analysis in Application of Criminal

Law	(54)
I Influence of normal analysis on the basic stand of criminal law	(58)
i Selection of basic stand	(60)
ii Effects of view of criminal essence	(65)
iii Divergence of theory of substantial violation of law	(72)
II Basic issues of constructive requirements and elements of constructive requirements	(84)
i Essence of constructive requirements	(85)
ii Decoding of elements of constructive requirements	(91)
III Orientation of language of constructive requirements	(102)
i Everyday words and language of constructive requirements	(102)
ii Concepts of private law and concepts of criminal law	(106)
iii Different meanings of the same word and phrase	(110)
IV Interpretation criteria of constructive requirements	(112)
i Justice	(113)
ii Stability	(119)
iii In conformity with aims	(122)
V Interpretation system under teleology	(125)
i Traditional interpretation approaches	(126)
ii Re - positioning of purpose - oriented interpretation	(136)
iii Levels of interpretation approaches	(140)
VI Rational analysis of factors in influencing interpretation	(143)
i Pre - understanding of constructive requirements	(144)
ii Changes of environment of criminal norms	(148)

iii Legal precedents and judicial interpretation	(151)
VII Brief summary of this chapter	(156)
Chapter Three Establishment of Facts in Application of Criminal Law	(158)
I Facts, norms and values	(158)
i Objectivity of facts of cases	(159)
ii Normalization of facts of cases	(165)
iii Value judgment of facts of cases	(168)
II Important principles of formation of facts of cases ...	(172)
i Principle of overall judgment	(172)
ii Principle of prohibiting repeatable evaluation	(176)
iii Principle of in favor of the defendant until proven guilty	(180)
III Categorization of facts of cases	(187)
i Categorized facts of cases	(188)
ii Basis for categorization of facts	(192)
IV Comparative formation of facts of cases	(198)
i Significance of exemplary cases	(199)
ii List minor crimes to regulate severer ones and list severe ones to regulate minor ones	(203)
iii Theory of equivalence on legal meaning	(207)
V Brief summary of this chapter	(210)
Chapter Four Legal Reasoning in Application of Criminal Law	(212)
I Deductive legal reasoning	(213)
i Operation modes of deductive legal reasoning	(214)
ii Difficulties and problems of major premise	(216)
iii Sequence of deduction	(222)

II Inductive legal reasoning	(228)
i Operation rules of inductive legal reasoning	(228)
ii Content of inductive legal reasoning	(231)
iii Attach equal importance to practice of both deduction and induction	(236)
III Legal reasoning by analogy	(240)
i Analogy, analogous interpretation and analogism	(240)
ii Forms of analogy and analogous legal reasoning	(244)
iii Difficulties in analogous legal reasoning	(247)
IV Brief summary of this chapter	(254)
Chapter Five Conclusions	(255)
References Bibliography	(258)
Afterword	(267)

导 论

法理学在通例上有三大领域：法价值论、法历史哲学（法思想）以及法学方法论。其中，法学方法论是围绕法典化、判例化的立法运动而在 19 世纪以后逐渐优势展现的。^① 但我国刑法理论界却对此学科比较陌生，有视为畏途的倾向。

法学方法论是关于认识和实践法学的一门学问。法学的品质，在很大程度上取决于认识和实践法学的方法。法学方法并不仅仅指涉法律的某一方面（如纯粹的规范分析），而是带有全局性、复合性、多边性的特征，需要研究者有新的视野、新的境界，采取新的思维、新的参照、新的方法，以形成新的概念、新的观念、新的理论或理论体系。^② 法学方法的重要实践价值代表或预示中国法学的发展方向 and 趋势。

刑法的适用过程，就是构成要件符合性的判断过程。这个过程如果排斥法律的价值判断，排斥刑法的社会面向和人文情怀，而仅仅局限于实证的规范分析，刑法的正义品质和作为社会控制的文明手段就会湮没在语义模糊的条文之中。所以，构成要件符合性判断的基本问题在于，在刑法判断中经常包含价值判断，而价值判断的难题在于，价值判断的标准不能以科学的方法来审查，它只是判断

① 黄建辉：《法律阐释论》，台北学林文化事业有限公司 2000 年版，第 4 页。

② 参见邓正来：《法学理论前沿与中国法学的发展》，何家弘主编：《法学家茶座》（第 7 辑），山东人民出版社 2005 年版，第 52 页。