



上海政法学院学术文库 刑事法学丛书

刑法解释 前沿问题研究

XINGFAJIESHI QIANYANWENTIYANJIU

赵运锋 / 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

教育部人文社科青年基金项目支持（项目编号 12YJC 820143）

上海政法学院“十二五”内涵建设项目（刑法学重点学科）资助



上海政法学院学术文库 刑事法学丛书

刑法解释 前沿问题研究

XINGFAJIESHI QIANYANWENTIYANJIU

赵运锋 / 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法解释前沿问题研究 / 赵运锋著. —北京: 中国法制出版社, 2014. 7
(上海政法学院学术文库. 刑事法学丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5566 - 4

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法 - 法律解释 - 研究 - 中国

IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 172437 号



责任编辑 金 (lib.ahu.edu.cn)

封面设计 杨泽江

刑法解释前沿问题研究

XINGFA JIESHI QIANYAN WENTI YANJIU

著者/赵运锋

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2014 年 11 月第 1 版

印张/17 字数/260 千

2014 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5566 - 4

定价: 49.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: [http: //www. zgfs. com](http://www.zgfs.com)

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66070046

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统，两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”。其意即蕴涵着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道：“博学之、慎思之、审问之、明辨之、笃行之”，则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此，从对世界历史进程的审视与洞察来看，社会发展、科学昌明、思想进步，从来都离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量，而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力，是一所现代大学的重要标志。因此，一个大学的学术氛围，不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态，而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言，大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量，它态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会；高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学，学院注重内涵建设和综合协调发展，现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训，这既是学校办学理念的集中体现，也是上政学术精神的象征。这一校训，不仅大力倡导复合型人才培养，注重充分发挥个性特色与自我价值实现，提供自由选择学习机会，努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进，而且积极提倡拓展学术创新空间，注重交叉学

科、边缘学科的研究，致力于对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批判，探求科学与人文的交融与整合。“上海政法学院学术文库”正是在这一精神理念引领下出版问世的。

“上海政法学院学术文库”的出版，不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点，而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代大家云：“一代文章万古稀，山川赖尔亦增辉”；“惟有文章烂日星，气凌山岳常峥嵘”。我相信“上海政法学院学术文库”的出版，不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色，而且将体现上海政法学院教师学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言，大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情，在科学背后有对真理的渴求，在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信“上海政法学院学术文库”将凝聚上政人的思想智慧，人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛，上政人的学术事业将从这里升华！

祝愿“上海政法学院学术文库”精神，薪火传承、代代相继！

上海政法学院院长 金国华

2006年9月10日于求实楼

引言

从法学理论的发展趋向看，对方法论的研究一直方兴未艾，细分下来，主要涵盖了法律解释、法律论证、法律修辞、法律说理、法律推理等。近年来，随着愈来愈多的学者加入到法律方法的研究队伍当中，对法律方法的研究也愈加深入和细化，并逐渐将法律方法与司法实践相结合，从理论与实务两个角度发挥着建设法治社会的作用。

法律方法在法理学研究中的声势没有局限于理论法学，对部门法学的影响效应日渐显现，宪法学、刑法学、民法学及行政法学等领域都在吸纳法理学的研究成果，并结合部门法的特色，对法律方法进行深入的探讨和研究。在这些部门当中，刑法学对法律方法的关注尤其引人注目，其中，对刑法解释的研究在不断深化，并且这种态势还在继续强化。之所以如此，当然与我国社会主义法律体系构建有关。2011年，当全国人大常委会委员长宣布中国特色社会主义法律体系建设完成时，法治工作的中心其实已经实质上发生位移，开始从立法工作向司法工作转变。换言之，就是法律规范的司法适用更为重要和关键。当然，在有法律规范适用的地方就有法律解释，有法律解释的地方就可能有不同。这是从哲学诠释学中得出启示，尽管有人对此持批判态度，但在实践当中，确实是法律规范与实践勾连时的现实反映。对此，我们不但需要关注，更需要付诸行动。尤其是在事关公民权利的刑法领域，对刑法规范的解释更加需要慎重和重视，以确保解释结果的合法、合理、合情。

分析当下的刑法解释理论可知，在研究的深度和广度上有目共睹，并在一些具体问题的研究上形成了派系效应，并通过各种平台进行争论、商榷和反思，比如，在刑法解释的立场、刑法解释理念及刑法解释方法等方面都有

学术争讼。对此，致力于刑法方法研究的学者应该感到欣慰，并投入到问题之争当中去，唯此，才真正能提升理论界在刑法解释上的水平。当然，在对我国的刑法解释问题进行研究时，不能忽略西方法哲学、诠释学、政治学等学科的影响，并需努力构建解释学与其他学科之间的关系，为刑法解释理论上出现的诸种论争提供出路和机制。毕竟，当下中国的学术研究是开放性的，国外的法学理论在不断地影响和改造着国内学者的知识积累和学术素养，需要立足长远并采兼容并蓄的态度去面对刑法解释当中的问题，为我国的刑法规范解读与司法实践提供参考和帮助。正是基于这种思路，在专著的前半部分，用了较大的篇幅探讨刑法解释与现实主义、实用主义、威权主义、实质主义等之间的关系，为我国当下刑法解释的发展和演进提供了些许理论支撑。在专著的后半部分，主要是结合刑法分则当中的个罪规范，如以危险方法危害公共安全罪、集资诈骗罪、保险诈骗罪、内幕交易罪等等，根据刑法解释的基本理论知识，对部分个罪条文进行了较为详实的诠释和分析。

当然，学术研究是没有止境的，学术争端也是正常的，对任何学术领域都不例外，之于刑法解释也是如此。所以，在该专著当中提出的一些观点或许并不成熟，或者是稍显偏激，或者是论证不够充分合理，或者是结构安排值得商榷，但也都是笔者近几年来潜心研究的结果。总的来看，专著当中的某些方面还需要继续优化和完善，并需接受来自理论界的批评，不过，这是学术特点与理论发展使然。

目 录

第一章	现实主义与刑法解释	1
第一节	现实主义法学的内涵及发展	1
第二节	现实主义法学对我国的影响	4
第三节	理论学者对现实主义法学的误解	9
第四节	现实主义司法哲学之适用机制	14
第二章	刑法文本与刑法解释	19
第一节	刑法解释立场梳理	19
第二节	立法主体、法律文本与解释主体	23
第三节	刑法文本在刑法解释中的位置	26
第三章	实用主义与刑法解释	32
第一节	实用主义与法条主义的争论	32
第二节	实用主义哲学在刑法解释中的体现	35
第三节	实用主义刑法解释观蕴含的不足	38
第四节	实用主义刑法解释观的预防机制	41
第五节	实用主义刑法解释观的救济机制	45
第四章	威权主义与刑法解释	48
第一节	威权主义内涵界定	48
第二节	刑法解释的特性展开	52

第三节	刑法解释的观念转变·····	56
第五章	实质主义与刑法解释·····	61
第一节	刑法实质解释理论基础评析·····	61
第二节	刑法实质解释实然层面分析·····	66
第三节	刑法实质解释理性反思·····	71
第六章	刑事政策与刑法解释·····	79
第一节	刑事政策内涵界定·····	79
第二节	刑事政策对刑法解释的负面影响·····	82
第三节	不当刑法解释的负面作用·····	87
第四节	刑事政策评价机制的构建·····	90
第七章	罪刑关系与刑法解释·····	94
第一节	传统罪刑关系的适用困境·····	94
第二节	刑罚反制的价值分析·····	99
第三节	刑罚反制的具体类型·····	101
第四节	刑罚反制的适用对象和标准·····	106
第八章	类推与刑法解释·····	110
第一节	刑法类推解释之观点争讼·····	110
第二节	刑法类推解释之实证例举·····	113
第三节	刑法类推解释之理论基础·····	117
第四节	刑法类推解释之界分标准·····	120
第九章	刑法规范属性与刑法解释·····	128
第一节	刑法确定性与刑法有效性·····	128
第二节	刑法确定性与刑法有效性司法困境·····	131
第三节	法律确定性与法律有效性理论梳理·····	135

第四节	刑法实质解释适用规则构建	139
第十章	存疑有利于被告与刑法解释	146
第一节	存疑有利于被告原则歧见	146
第二节	存疑有利被告原则“疑”之评介	149
第三节	刑法规范疑难类型梳理	152
第四节	刑法规范疑难应对之策	155
第十一章	食品安全犯罪与刑法解释	161
第一节	食品安全犯罪司法解释政策蕴含	161
第二节	食品安全犯罪司法解释立场分析	164
第三节	客观主义解释应尊重刑法文本	168
第四节	食品安全犯罪行政处罚与刑事处罚的关系	172
第十二章	以危险方法危害公共安全罪与刑法解释	177
第一节	以危险方法危害公共安全罪适用梳理	177
第二节	以危险方法危害公共安全罪的适用评析	181
第三节	以危险方法危害公共安全罪的风险评估	184
第四节	以危险方法危害公共安全罪的风险控制	188
第十三章	口袋罪与刑法解释	193
第一节	口袋罪的内涵和特征	193
第二节	口袋罪的背景分析	195
第三节	口袋罪的负向价值梳理	201
第四节	口袋罪的应对机制	204
第十四章	利用未公开信息交易罪与刑法解释	212
第一节	利用“因职务便利”的内涵廓清	212
第二节	利用未公开信息交易的“时间节点”	216

第三节	利用未公开信息交易的“明示与暗示”	218
第四节	利用未公开信息交易的“举证责任”分配	221
第十五章	保险诈骗罪与刑法解释	225
第一节	保险诈骗罪既遂认定	225
第二节	保险诈骗罪共同犯罪分析	229
第三节	保险诈骗罪犯罪主体认定	231
第四节	保险诈骗罪罪数形态辨析	233
第十六章	集资诈骗罪与刑法解释	235
第一节	集资诈骗罪的定性考量	235
第二节	集资诈骗罪的刑罚反思	239
第三节	集资诈骗罪的治理对策	242
第十七章	内幕交易罪与刑法解释	247
第一节	证券内幕交易罪现状概述	247
第二节	内幕交易行为成本考察	250
第三节	治理内幕交易应立足于成本	254
参考文献		260

第一章 现实主义与刑法解释

随着中国特色社会主义法律体系的建成，我国法治建设的重点需从立法厘定转向法律解释，对刑法文本的解释也成为刑事法治的重点。同时，国内对国外的司法哲学与解释学的认识也日渐深刻，并有意识的引入我国的法学理论与司法实践中。基于此，国内的刑法解释学近年来得以迅速发展，各种解释理论层出不穷，在刑法解释立场、刑法解释理念及刑法解释方法上不断有学者展开论战，期间不断有学者加入论辩阵营，大有形成派别鼎立之势。对此，我们需认清形势，对我国传统的法律至上与西方的现实主义法学有理性的认识，并对我国刑法解释与适用的现状和前景做深刻的剖析和论证。

第一节 现实主义法学的内涵及发展

自从产生以来，现实主义法学就逐渐成为一种强有力的法哲学理论，并逐渐突破美国而蔓延至其他国家，对国际范围内的法学理论与司法实践产生了持久且深远的影响。若要对该法学观有全面、清晰的认识，并对其价值蕴含进行分析，首先还需对其概念进行界定，对其发展过程进行梳理。

一、现实主义法学概念界定

在美国，现实主义法学与社会法学有着共同的思想渊源，它们都同源于是实用主义法学，受实用主义哲学和进步主义思想影响。它们都把奥利弗·温

德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）作为自己学派的先驱鼻祖，都汲取了实用主义法学的理论精髓。他们都倡导把法律放入社会中去研究，用社会科学的方法去研究法律问题。霍姆斯把法律定义为对法院事实上将做什么判断的一种预测，认为法律的生命不是逻辑，而是经验。“对时代需要的感知，流行的道德和政治理论，对公共政策的直觉，公开宣称的或无意识的，甚至法官和他们的同胞所共享的偏见对决定哪些人应该遵守规则所起的作用都远远大于三段论。”^① 卢埃林也曾提出，法学研究的重点应是观察司法人员的实际行为，特别是法官的行为。^② 他对法律规则能指引法官判决的传统观点表示怀疑。因此，卢埃林为代表的美国现实主义法学有时被称为“规则怀疑论者”。另一个现实主义法学代表人物弗兰克，他注重研究初审法院的实情调查过程。他对初审法院能否准确地确定事实表示怀疑。他甚至认为：“法律在很大程度上曾经是，现在是，而且将永远是含混和有变化的。”^③

美国的《美国法律辞典》把现实主义法学定义为：现实主义法学，一个强调行为的和政治的因素对作出司法判决至关重要的法学流派。法律现实主义极为轻视抽象的法律规范和原则对判决具体案件的影响。法律现实主义不承认判例中形成的规范，因为法律既没有那么确定又没有那么明晰。相反，判决是以法官运用“正确的”规范和提出的书面判决理由为基础的。从理论上来说，判决理由是建立在经验主义的基础之上的。从上述定义中，我们可以看到，美国理论界是将现实主义法学看成一个流派来对待的。还可以看出，现实主义法学并不否定“法律规范”的价值，也不否定三段论司法逻辑在司法裁判中的作用，只是轻视“抽象的法律规范和原则对判决具体案件的影响”，并反对法律概念的封闭性与司法三段论的僵化性。之所以会这样，是因为“法律既没有那么确定又没有那么明晰”。在判决中发生作用的主要因素是法官运用“正确的”规范和提出的局域经验基础之上的书面判决理由。“法律

① Oliver Wendell Holmes Jr., *The Common Law*, ed. M. Howe, Boston: Little Brown, 1963, p. 5.

② Brian Leiter, 'American Legal Realism', in W. E. Edmundson & M. Golding eds., *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, 2005, p. 54.

③ [美] 博登海默：《法理学——法哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第166页。

上要求,法官的内心活动和良知要排除,他要想方设法把案件置于书本法所提供的文本的范围之内。可实际上,血肉之躯没有屈从于这样的理论,法律的脸面虽然被丰富的习惯给挽救了,但实际上是人在控制司法,而不是规则。”^①现实主义法学并不是一概否认法律规范和法律原则,它只是强调法官行为和政治因素在判决中所发挥的重要作用。法律现实主义者认真地致力于研究法律制度和法律程序以及其运作的环境。他们力图解释在法律程序中发挥作用的行为,将注意力集中在行为的政治、社会和心理方面。庞德曾言:“如今,社会法学家提出的主要问题就在制定、解释、适用法律时更多地更明智地考虑社会现实,其是法律赖以适用和发展的基础。”^②

二、现实主义法学的发展梳理

现实主义法学是西方法学领域的一种重要的法学思想,它同形式主义法学、实证主义法学、后现代法学等一起,构成20世纪西方法学的主要流派。这一法学流派,在西方持续时间久远,从诞生以后,一直延续到现在,发展依然势头不减。它不仅表现为20世纪初期的反法律形式主义活动,而且形成了声势浩大的现实主义法律运动。不仅在美国有突出的表现,在欧洲大陆和北欧也有广泛的影响和传播。

现实主义法学是从反对概念法学的过程中产生的,该法学流派发端于德国的自由法运动,在美国和北欧迅速发展壮大,逐渐形成了自己独特的理论体系。在美国,现实主义法学是从霍姆斯的实用主义法学发展而来的,是由卢埃林、弗兰克等现实主义法学家创立的,并相继有其他著名学者加入该学派的阵营。20世纪的20年代,美国形成规模宏大的现实主义法律运动,并将现实主义法学推向高潮。这场运动一直持续到20世纪60年代,在美国法

^① Roscoe Pound, “Law in Book and Law in Action”, *The American Law Review*, Vol. 44 (1910). *Transferring American legal realism*, edited by William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed, Oxford University Press, 1993, pp. 41.

^② Roscoe Pound, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 25 (1912), pp. 140.

律思想界、法律实务界和法学教育界都产生了深远的影响。到 20 世纪 70 年代以后,现实主义法学的思想、观点和传统被行为法学、经济分析法学、批判主义法学等继承。甚至到 20 世纪 90 年代,在美国的司法理念当中依然闪烁着现实主义思想的光芒。

在欧洲大陆,现实主义法学表现为反法律形式主义的运动,从 1900 年开始一直持续到 1950 年左右。“反法律形式主义”的自由法运动对整个欧洲和世界产生了重大的影响,在这一过程中涌现出来的自由法学派、利益法学派、社会法学派、社会心理学学派等,都纷纷强调“现实中的法”,主张关注法官的司法行为。它们呈现出现实主义法学的特点,理论主张明显具有现实主义法学的倾向。其中,在北欧的斯堪的纳维亚半岛,现实主义法学相当盛行,成为影响世界法学思想较大的一支流派。现实主义法学以其独特的法学研究方法和丰硕的研究成果,在西方漫长的法律思想进程中发挥了举足轻重的作用。美国著名法学家弗里德曼曾言,现实主义法律思想在战后深入到每一个法学流派之中。^①

在我国,由于对现实主义法学研究深度不够,加上受到现实主义法学的反对派的影响,人们对现实主义法学的理解就不够系统、全面,甚至存在误解。对此,需要全面梳理现实主义法学的内容、发展和影响,廓清现实主义法学之真实面貌,以达到为我国理论发展与司法实践提供一定效用之目的。

第二节 现实主义法学对我国的影响

近年来,现实主义法学凭借其强大的影响力渐次渗透到我国的相关领域,比如,司法政策、刑法理论、司法实践等。对现实主义法学的影响,需有清晰且深刻的认识,才能对其社会功能做全面、合理的判断,并针对其潜在的不利因素构建科学的应对法律机制,以弱化其可能滋生的消极影响。

^① [美] 劳伦斯·弗里德曼:《选择的共和国:法律、权威与文化》,高鸿钧译,清华大学出版社 2005 年版,第 56 页。

一、现实主义法学在司法政策上的影响

近年来,中央提出的某些司法政策对严格法治主义及法律至上观具有弱化效果。近年来,为了缓解转型社会下出现的多元化矛盾,实现构建和谐社会的目标,中央有针对性地提出司法创新、司法能动主义及法律效果与社会效果统一等一系列司法政策。司法能动主义是针对司法主体而言的,主张法官从传统、被动的姿态向积极、主动的姿态转变,尤其是在思维当中应具有创新意识,而非拘泥于传统司法观念的束缚。就统一论而言,其是针对判决自身而言的,强调判决过程与司法结果应体现社会因素,从坚持形式正义向个案正义转变。不过,这些司法政策有一个共同特征,就是鼓励司法主体在个案裁判中突破传统司法意识的束缚,倡导创新思想与司法民主,从社会效果层面考量司法判决的合法性与合理性。构建法治社会是我国长期坚持的策略,经过多年努力,在整个社会层面上已形成稳定的法律意识与认同感,在司法逻辑上也熟悉了三段论形式逻辑,换言之,严格法治主义与法律至上逐渐为国民接受,并在稳步推进我国的法治社会建设。然而,近年来中央颁发的司法政策传达的信息却有致使偏离传统法治轨道^①的迹象。

司法能动与司法克制相对,从其发生原因看,是由于西方的形式主义法学过于僵化,不能适应后现代社会下多元化价值需求,因此,需对形式主义法学进行修正,鼓励司法主体创新思维,充分利用规范外因素实现个案正义,达到维护秩序稳定的目的。我国法治建设时间较短,还处于法治建设的初期阶段,能否像西方社会那样强调改造形式主义法学还有待商榷。“在我看来,我国现在正处在法治建设的初级阶段,还缺乏严格法治思维的陶冶,还没有严格法制方法的文化根基。……在中国搞法制建设,首先要解决法官等法律人对法律的忠诚问题。”^②“但我们在今天,为什么还要倡导反对解释原则呢?这主要就是我们今天处于法治建设的初期,法律规则的权威还没有树立起来,

^① 文中提到的“近期的司法政策与传统的法治形态不符”,只是笔者做的事实性叙述,而非价值性判断。

^② 陈金钊:“法治为什么反对解释?”,载《河南省政法管理干部学院学报》2007年第1期。

明确的规则还没有得到贯彻。”^①对严格法治主义造成冲击的还有法律效果与社会效果统一论。根据效果统一论，司法主体在裁决案件时，不但需要考虑法律规范，还需从社会层面纳入影响司法判决的因素。换言之，在统一论那里，司法主体裁决案件不但需要考虑法律规范，还需考虑社会影响。至于法律效果与社会效果应如何衡平，则在考验着法官的智慧与悟性。鉴于统一论把原本属于一些枝节问题的法外因素上升到与一般规范并列的位置，这实际上是从认识论的角度化解了法律权威的绝对性，可能对法治建设产生腐蚀作用，这不得不让我们警惕。正如有的学者指出的：“法律如何在统一论中，不被社会效果等因素统一掉，从而保持法律的权威地位。”^②

二、现实主义法学在刑法理论上的影响

西方的法学理论在不断影响着我国学者的思维方式，司法政策也在不断地推动着法学理论的转变。基于此，在理论界，不断有学者提出一些新的刑法理论，以迎合法学理论上与司法政策上的需求，寻求从技术层面完成对司法三段论的突破，比如，刑法解释上的实质解释论、刑法推理上的实质推理论、罪刑关系上的刑罚反制等。

所谓实质解释，便是要求“在刑法有明文规定的情况下，必须使构成要件说明犯罪本质、使犯罪构成整体说明行为的社会危害性达到了应当追究刑事责任的程度。”^③就实质解释论而言，其指向刑法典中的法律概念，因为刑法解释对象涉及法律规范中的术语、概念或者词语，所以实质解释是对刑法个罪中犯罪构成的解读，是对规范中法律概念的细化与明确。刑法实质推理则是就推理过程而言的，是指司法主体在裁判案件时，应考虑规范外因素及社会效果，详言之，司法主体在选择刑法规范前，应先考虑判决应达致的结

① 陈金钊：“‘法治反对解释’命题的诠释——答范进学教授的质疑”，载《法制与社会发展》2008年第1期。

② 陈金钊：“为什么法律的魅力挡不住社会效果的诱惑？——对法律效果与社会效果统一论的反思”，载《杭州师范大学学报（社科版）》2012年第2期。

③ 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2003年版，第262页。