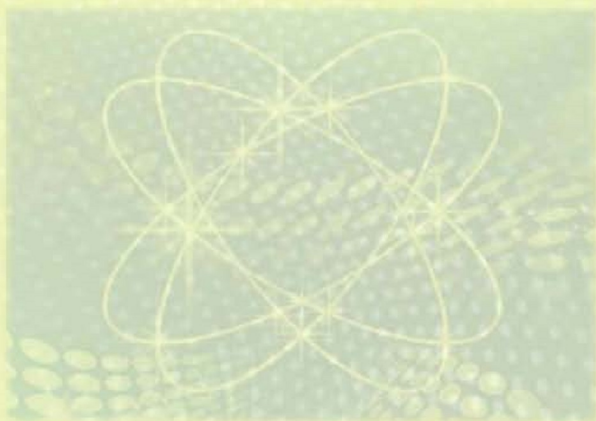


刑法解释理论与实务重要问题研究



目 录

上编 刑法解释基础理论与实践问题

第一章 刑法解释中的立法原意·····	(3)
第一节 原意的解释学探析·····	(5)
第二节 立法原意解析·····	(14)
第三节 探寻刑法法条立法原意的意义·····	(20)
第四节 探寻刑法法条立法原意的理论依据·····	(22)
第五节 探寻刑法法条立法原意的批判与回应·····	(25)
第六节 正确理解刑法法条立法原意的刑法解释学 途径·····	(32)
第二章 刑法解释原则的再论述——目标上和方法上的 原则·····	(54)
第一节 刑法解释的目标上的原则·····	(56)
第二节 刑法解释的方法上的原则·····	(63)
第三章 刑法解释中的目的维度——以刑法目的解释为 核心·····	(68)
第一节 刑法目的解释的上位“目的”·····	(69)



第二节	刑法目的解释中的“目的”	(72)
第四章	刑事审判视野下保守的实质解释立场	(88)
第一节	保守的实质解释立场的内涵	(88)
第二节	保守的实质解释立场的理论依据	(92)
第五章	刑事审判庭前会议制度的建构——保障刑法解 释的实践考量	(99)
第一节	庭前会议制度概览	(100)
第二节	庭前会议制度的价值、功能解读	(102)
第三节	庭前会议制度的司法实践考量	(106)
第六章	刑法解释的扩张与限制——兼论两高有关危害 食品安全的司法解释	(116)
第一节	扩张——司法解释的立体解释现象	(117)
第二节	限制——双重兜底条款迷思	(120)
第三节	回归——罪刑法定和刑法谦抑性的坚守	(123)

下编 刑法解释与犯罪论

第七章	未遂犯的处罚正当性的确立：从保守的刑法解 释观出发	(131)
第一节	大陆法系未遂犯处罚正当性理论考察	(131)
第二节	我国未遂犯的处罚正当性理论的发展	(139)
第三节	未遂犯的处罚正当性的选择与建构	(146)

第八章 不能犯的可罚性研究：从保守的刑法解释观	
出发·····	(152)
第一节 不能犯的界定·····	(153)
第二节 不能犯理论介评·····	(157)
第三节 具体危险说——不能犯可罚性之初步判断	
标准·····	(164)
第四节 严重逃逸社会相当性——不能犯可罚性之终	
极判断·····	(176)
 第九章 重要罪名疑难问题解释——以集资诈骗罪为例	
·····	(183)
第一节 集资诈骗罪完成形态与未完成形态·····	(183)
第二节 集资诈骗罪的共同犯罪形态研究·····	(194)
第三节 集资诈骗罪罪数形态研究·····	(211)
 参考文献·····	(224)

上 编

刑法解释基础理论与 实践问题



第一章 刑法解释中的立法原意

刑法解释学是近年来刑法学界关注的热点，是刑事立法与刑法实践之间的桥梁。从中国古代的“律学”传统到如今疑难案件的处理，刑法解释在各个时代的理论与实践均绽放出耀眼的光彩。如今，刑法解释学已经成为西方法学的一门显学，而在我国，刑法解释学还是一门年轻而稚嫩的学科。随着学界对刑法解释学重视程度的不断提升，许多刑法学者都针对刑法解释问题提出了鲜明的观点，一时间出现了“百家争鸣”的景象。作为主观主义刑法观与客观主义刑法观体系下相应的方法论学说，主观主义刑法解释论与客观主义刑法解释论由于其目标设定的不同而存在本质上的分歧。两种理论都有其合理的一面，但同时又存在各自的不足，都受到了一定的支持和攻击。如今，我国刑法学界已基本达成了“折中说”的共识，即综合运用主观解释理论和客观解释理论进行刑法解释的方法，关键是在具体的解释过程中，两种理论方法如何相互融合以得出合法、合理的解释结果。作为主观主义解释的目标，立法原意是刑法解释学中不可回避的根本性概念，是两种解释论的根本分歧所在。有关立法原意的一系列问题是刑法解释学中的重要问题，目前学界关于刑法解释中立法原意的观点甚多，有待进一



步的梳理^①。

探寻立法原意有助于进一步理顺主观解释和客观解释的关系，为刑法解释的方法选择提供重要的理论支持，对刑法解释学的发展和实践中刑法解释的实际操作具有指导意义。根据《现代汉语词典》的解释，诠释的意义为“解释的书面语”。诠释和解释在德语和英语中也是用同一个单词来表达的，德语中用 Hermeneutik 来表示两个词的含义，而英语中则是 Hermeneutic。鉴于学者们在这两个词的使用上产生过不同的意见，且“诠释”与“解释”的词义基本相同，我们将基本在与“诠释”相同的意义下使用“解释”一词，而不再对哲学、解释学、法理学中的“诠释”与“解释”进行专门的分析，以避免造成不同语境下的理解差异。

① 目前，我国学者在刑法解释中对“主观解释论”与“形式解释论”、“客观解释论”与“实质解释论”的使用范畴还存在争议。梁根林教授认为：“法律解释论关于法律解释的目标向来就有主观解释论与客观解释论、形式解释论与实质解释论之争。主观解释论强调探询立法者的立法原意，这是一种强调尊重和忠实于立法者通过法律文本表达的立法原意的解释论，因而亦称形式解释论。而客观解释论则着重发现法律文本现在应有的客观意思。简言之，这是一种强调法律文本的独立性、试图挣脱立法者的立法原意，而根据变化了的情势与适用的目标，挖掘法律文本现在的合理意思的解释论，因而又称为实质的解释论。与此相适应，刑法解释论亦存在着关于解释目标的形式解释论与实质解释论。”（梁根林：《罪刑法定视域中的刑法适用解释》，载《中国法学》，2004年第3期）陈兴良教授认为，主观解释论不等同于形式解释论，客观解释论也不等同于实质解释论，上述两者并不是同一个问题。主观解释论和客观解释论之争主要解决的是刑法条文的含义应不应该随着时间、外部世界以及人们的价值观念的变化而流变的问题，而形式解释论与实质解释论之争主要解决的则是解释的限度问题，即解释是否只能严格遵循刑法条文的字面含义的问题。两组范畴之间虽有部分重合，但仍然是不同的范畴（参见陈兴良：《形式解释论的再宣示》，载《中国法学》，2010年第4期）。笔者赞成陈教授的观点，主观解释的目的是探寻立法原意，客观解释的目的是探寻法条现在应有的客观合理的意思，形式解释是严格遵循法条字面含义进行的解释，实质解释是追求解释结果实质的合理性的解释，形式解释是主观解释的原则性方法。



第一节 原意的解释学探析

解释学中“原意”的基本含义是指作者创作作品时的真实意思，即作者意欲借作品表达的真实含义，这也是作品的意义所在。作品是“原意”的形式和载体，“原意”是作品的实质意义和所承载的内涵价值。可以说，解释学是围绕着“原意”“先见”等基本概念演变和发展的，不同时代、不同学说对待“原意”的态度也各不相同。

一、中国传统解释学中的原意

我国具有悠久的方法论解释学传统，对此解释传统而言，文本和经典典籍具有“原意”是一个自然存在的前提。这种原意，或者是体现了最高真理和价值的“道”（“道在六经”），或者是寄托着抒发心灵、情感和理想的“志”（如“诗言志”）。这种解释传统中的理解和解释，就是通过合理的过程和方法，把握住“道”和“志”。^①我国传统的经典解释学虽然在具体方法上存在年岁久远的争论，但是都有意或无意地承认或暗示经典具有“原意”“本义”，这也成了我国传统经典解释学的发展前提和动力。我国还具有悠久的法律解释传统，统治者通过官方的“律学”解释彰显法律的意义，使规则含义具体化在法律的运行过程中，《九章律》《永徽律》等都是我国古代的律学经典。

就解释学意义来说，《庄子》在我国的经典典籍中具有重

^① 王中江：《“原意”“先见”及其解释的“客观性”——在“方法论解释学”与“哲学解释学”之间》，载《学术界》，2001年第4期。



要地位，它不仅肯定了经典典籍具有意旨，而且对解释学的本体问题进行了探讨。在《杂篇·天下》中，庄子认为：“《诗》以道志，《书》以道事，《礼》以道行，《乐》以道和，《易》以道阴阳，《春秋》以道名分。其数散于天下而设于中国者，百家之学时或称而道之。”“志”“事”“行”“和”“阴阳”和“名分”便是六经各自的“原意”。在《外篇·天道》中，庄子又显示了其哲学解释学（本体论解释学）的思想，他认为：“世之所贵道者书也，书不过语，语有贵也。语之所贵者意也，意有所随。意之所随者，不可言传也，而世因贵言传书。世虽贵之，我犹不足贵也，为其贵非其贵也。”这些思想表明，言语对于文本具有可贵之处，但言语的可贵之处在于其意义（原意），而意义（原意）的出处是不可简单地用字面的言语来得出的。随后，庄子又用一个故事更加生动具体地表明了他的这一观点：“桓公读书于堂上。轮扁斫轮于堂下，释椎凿而上，问桓公曰：‘敢问，公之所读者何言邪？’公曰：‘圣人之言也。’曰：‘圣人在乎？’公曰：‘已死矣。’曰：‘然则君之所读者，古人之糟魄已夫！’桓公曰：‘寡人读书，轮人安得议乎！有说则可，无说则死。’轮扁曰：‘臣也以臣之事观之。斫轮，徐则甘而不可，疾则苦而不入。不徐不疾，得之于手而应于心，口不能言，有数存焉于其间。臣不能以喻臣之子，臣之子亦不能受之于臣，是以行年七十而老斫轮。古之人与其不可传也死矣，然则君之所读者，古人之糟魄已夫！’”在这个故事中，桓公认为，文本的真实意义（原意）不随着圣人的死亡而消失，它能通过言谈和书写保存并流传下去，圣人的言谈和作品的文字是了解圣人原意的唯一途径；轮扁却从他数十年斫车轮的经验出发，认为圣人的真实原意并不能通过言谈和作品的书写真正地保存和流传，言谈和书写不仅不能成为探寻原意的



根据，甚至还会成为理解圣人真实意思的障碍。

进入 20 世纪之后，我国学者在充分肯定前人思想的同时，积极学习引进了本体论（哲学）解释学理论，力图通过对语言的解构和对解释主体的关注来得出最为合理的解释结果，伽达默尔等外国学者的观点受到了推崇。但是，我国学者对方法论解释学的关注并不多，“原意”在解释中的地位以及探寻“原意”的必要性、可能性受到了极大的质疑，这与外国学界对待两种解释学说的态度具有很大的区别，这种对待解释学说的态度进而也影响了我国刑法解释学的发展。

二、方法论解释学中的原意

（一）方法论解释学理论的发展

方法论解释学也称为一般解释学、普遍解释学、古典解释学或传统解释学，是从局部解释学（特殊解释学）发展而来的。德国哲学家施莱尔马赫和狄尔泰是方法论解释学的先驱。施莱尔马赫第一次从哲学的高度将解释学理论系统化，狄尔泰则将理解作为人文科学普遍的方法论，实现了解释学发展的第一次飞跃。

在西方文化中，解释学有着极为悠久的渊源，最早可以追溯到古希腊文化。在古希腊神话中，赫尔墨斯神是希腊奥林匹斯十二主神之一，是八大行星中的水星、主神宙斯与迈亚之子，他是强大自然界的化身，后成为畜牧之神，由于可以像思想一样飞翔，故成为向人们传达神祇的信使。随着历史的演变和人类社会的发展，赫尔墨斯神逐渐被塑造成为向凡人传达“神谕原初意义权威性”的角色。早在古希腊时期，解释学就在阿波罗神庙里的神谕解说中产生和兴起了。

早期的解释学被称为局部解释学或特殊解释学，产生于古



希腊，一直持续到 19 世纪上半叶，经过了漫长的发展过程，最终于 19 世纪上半叶发展为方法论解释学（一般解释学）。在局部解释学时期，学者们主要致力于宗教典籍以及各种古代文献资料的解释，以求弄清其含义，神学解释学、文学解释学、法律解释学等解释学科在这一时期产生并发展起来。局部解释学的主要观点是：文献资料必须经过解释，解释要遵循特定的方法和原则，这样才能掌握其本意，排除歧义。可以看到，局部解释学是关于解释方法原则的学问，立足于文本解释，探寻理解的技术，其实质是一种解释的方法论，为方法论解释学的诞生奠定了基础。

施莱尔马赫第一次从哲学的高度将解释学理论系统化，将解释学的研究中心从解释的文本转移到解释本身上来，并且将解释对象从宗教和古典著作扩展到人类发展过程中的一切表达方式。他认为，文本会造成误解，解释活动是“避免误解的艺术”，“哪里有误解，哪里就有解释学”^①，解释学不应当仅仅局限于解释技术的研究，而应将“理解”作为解释技术的基础。施莱尔马赫还认为，解释者要避免误解，就要想办法消除自己的成见，尽可能以“空白的状态”回到作者的文化心理环境中去解释文本，以达到符合作者心理个性的正确理解，仅表明自己对文本的看法的文本理解将被视为任意解释。^②

狄尔泰在施莱尔马赫观点的基础上对解释学作了进一步的发展，不仅将“理解”看作文本解释的基础，更进一步将“理解”扩展为人文科学的普遍方法。狄尔泰认为，自然科学从外

^① [法] 保罗·科利尔：《解释学与人文科学》，陶远华等译，河北人民出版社，1987 年版，第 44 页、45 页。

^② 杨艳霞：《刑法解释的理论与方法——以哈贝马斯的沟通行动理论为视角》，法律出版社，2007 年版，第 28 页。



说明世界可实证、可认识的性质，而人文科学从内理解世界的精神生命，“析明”（*erklaeren*）与“理解”（*verstehen*）是自然科学和人文科学各自独特的学科方法，析明遵循着数学演绎与归纳逻辑的路径，而理解则引向心灵的沟通。在狄尔泰的理论中，理解是“对他人及其生命/生活表达的理解”，而解释则体现为理解主体生命/生活的方法。这种解释与理解既是心理的、主观的，又是逻辑的、客观的。首先，他将“理解”解释为一种对过去的、历史的精神与存在的重新体验，他认为，解释者应当从历史的文献、记载出发，在想象中设身处地地将自己置于作者当时所处的环境与生活的世界，进而进入作者的角色，了解作者的个性，把握作者当时的心理和意图，完成与作者心灵的精神沟通；但同时，这种移情想象和心灵沟通又是通过对符号、文本的解读达成的，这些符号和文本是外在的和客观存在的，这就使解释和理解从个别性和主观性中脱离出来，带有客观性和普遍性。

在施莱尔马赫与狄尔泰之后，方法论解释学的代表人物当属美国的赫希。他认为，解释学的根本任务是重建作者原意，探寻作品客观存在的意义；只有作者的原意才能作为衡量对文本的理解是否合法的唯一标准，只有寻找到客观存在的作者原意，解释才是合法和有效的。此外，赫希还对“意义”这一概念做出了新的界定：“意义（*meaning*）是一部作品所展现的东西。它是作者通过运用一种特殊的符号系统（即语言）表达出来的意旨。……而另一方面，意义与个人或与一个观念、一种环境，或与任何可想象之物之间的关系，就称作意味



(significance)。”^① 在赫希看来，作品的意义分为作者的“原意”（字面意义）以及由字面意义所衍生而来的“意味”。在解释过程中，意义比意味更客观，因而更有效，对解释和理解原意更有价值。

方法论解释学站在方法论和主客体二分的认识论立场上来看待解释学，将解释视作一种对历史情境的完全复制，其基本思想可以总结为：解释是了解人类社会和历史的方法，认识世界的行为本质上是一种解释行为；解释需要摒弃时空的限制，抛开自我，置身作者当时的情境，复制解释对象的内容创造过程，实现历史的、作者原意的真实再现。

（二）原意在方法论解释学中的地位

方法论解释学肯定解释对象的存在，并且承认文本具有意义或含义，这是其存在和发展的一个基本设定。方法论解释学认为，作品的意义只是作者的真实意图，解释的目标就是通过对作品的解释和理解，发现作者创作作品时的原意。因此，“原意”成了方法论解释学的核心概念和解释目标，是解释活动的最终目的。方法论解释学突出了作者原意的中心地位，力图通过“文本”来获取作者的原意。

作为方法论解释学的两大先驱，施莱尔马赫和狄尔泰都对作者原意的探寻方法做出了论述。施莱尔马赫认为，重现作者原意的主要途径是语义解释和心理解释，其中，语义解释是外在的字面语义分析，主要运用语言学等知识，相对具有客观性；心理解释是内在的心理转换，要求解释者否定自我的思想状态和心理精神，尽可能地进入作者的心理角色，对作者创作

^① [美] 赫希：《解释的有效性》，王才勇译，生活·读书·新知三联书店，1991年版，第73页。

作品时的环境和心理进行重构，通过想象，设身处地地进入作者的主观世界，进而再现创作作品时作者的真实意图。

狄尔泰提出了“移情”的方式以探寻作者原意，即解释者从作品出发，通过想象进入作者的思想感情状态，将解释者自身消融在作者当时的环境中，进入作者的个性，在作者的角色中找到自己，进而像解释自己的意图一样解释作者的意图，得到作者的原意。狄尔泰还提出了“客观精神”的概念（指历史和文化在人们的精神中形成的一种共同性），认为：“由‘客观精神’所体现出的这种共同性，为客观的知识和客观的解释提供了标准。”^① 狄尔泰的解释理论带有主观解释的理论色彩，但是其思想基础却是客观主义。

赫希认为：“一个本文具有特定的含义，这特定的含义就存在于作者用一系列符号系统所要表达的事物中。”^② 文本的含义、意义（meaning）是属于文本或作者的，但是文本的意味（significance）是文本的读者或解释者赋予文本或作者的。我们可以用赫希所言的文本含义、意义（meaning）指称文本的“原意”，他认为，意义比意味更客观，因而更有效，对解释更有价值。

三、本体论解释学中的原意

（一）本体论解释学理论的发展

本体论解释学又称为哲学解释学、现代哲学解释学，代表人物是德国的海德格尔和伽达默尔。从方法论解释学发展到本

^① [德] 阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔：《当代哲学与法律理论导论》，郑永流译，法律出版社，2001年版，第143页。

^② [美] 赫希：《解释的有效性》，王才勇译，生活·读书·新知三联书店，1991年版，第73页。



本体论解释学是解释学的第二次重大飞跃，本体论解释学将解释学从方法论上升到本体论的高度，开创了解释学的新纪元，其思想在当今备受推崇。

海德格尔是著名的德国哲学家，是现代解释学的先驱。在他看来，解释学是对人存在本身的现象学阐释，理解是人存在的方式，是人从理解的前结构出发而进行的再创造活动。他认为，真理不是关于客体的真理，而是人自身的“在”（Dasein）的真理；真理不是一种单纯的“知识”，而是对人自身的“在”的展现；“此在”的人对文本和历史的解释，实际上同时也是人对“此在”的自身的解释；所谓的意义是“此在”的生存论性质，是事物可以被领悟的前提，并不是一种依附于存在的属性。

伽达默尔建立了真正意义上的哲学解释学体系，其著作《真理与方法》的出版标志着哲学解释学登上了历史舞台。伽达默尔遵循了海德格尔所开辟的解释学方向，并在此基础上做出了巨大的发展，他认为理解和解释是人存在的方式，文本的意义是解释者进行“筹划”的结果，解释者首先“期待”着文本呈现某种意义，进而带着这种前在的期待对文本进行筹划、解释，文本的真实意义应当是这种经过筹划而得出的意义。

伽达默尔反对方法论解释学中的传统解释观念，认为解释者的历史性是无法克服的，其主观的、先在的成见不能被消除，将自己置于作者的地位和环境（通过想象）进而克服时空的隔阂对文本的原意进行解释是不可能的；反之，他将解释者的历史特殊性及其先见看作是进行解释的前提，认为真正的解释不是盲目地克服解释主体的历史性，而是在解释过程中正确地对待历史性，用正确的解释方法适应历史性。与方法论解释学的观点相悖，伽达默尔认为，“理解就不只是一种复制的行

为，而始终是一种创造性的行为”^①，解释不是重复文本过去的视域，而是经过解释主体与解释对象文本的“视域融合”而产生一种新的视域，赋予文本新的意义。^②

法国哲学家保罗·利科尔是海德格尔和伽达默尔之后本体论解释学的著名代表，他将解释学定义为“与‘文本’的解释相关联的理解程序的理论”，认为文本具有与作者意图、作者情境以及读者（解释者）相对应的独立性，文本的解释以此独立性为前提。文本、作者以及解释者之间的时空距离是达到真正解释的源泉和前提。利科尔还将解释的本质理解为文本—作者的“自得”，即文本的解释过程同时也是文本与作者自我更新的过程，文本与作者在阅读中各自需要对方来达成自身的实现，文本需要作者来激活、实现它的在书写文字中被悬置起来的非形式化的生活的、生命的、历史的和文化的的历史的世界，而读者则需要文本并通过文本的激活来找到自身，丰富自身，甚至改变自身。^③

本体论解释学从哲学的高度出发，将理解和解释作为人存在的方式，强调解释的主体性和创造性，认为解释是解释者带

① [德] 伽达默尔：《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》，洪汉鼎译，上海译文出版社，1999年版，第389页。

② 伽达默尔认为，解释主体、解释对象具有各自的历史局限性，导致其在解释时具有不同的“视域”（同一历史时期的不同的解释主体也会具有不同“视域”），而“视域”（Horizont）本质上是“处境”的含义，是“囊括和包容了从某个立足点出发所能看到的一切”的区域，解释不可能抛弃解释主体的视域而完全进入作者的视域，只能通过将解释者解释时的视域与被解释的文本所含有的过去的视域进行融合得出一个新的、更为丰富的视域，解释就是这样一个互动的、融合的过程。参见[德] 伽达默尔：《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》，洪汉鼎译，上海译文出版社，1999年版；[德] 伽达默尔：《解释学》，洪汉鼎译，载《哲学译丛》，1986年第3期。

③ 王庆节：《解释学、海德格尔与儒道今释》，中国人民大学出版社，2009年版，第21页。