



Shanghai Zhengfa Xueyuan Xueshu Wenku

上海政法学院学术文库

刑事法学丛书

刑法解释论

赵运锋·著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



上海市教委重点学科建设项目资助

上海政法学院学术文库 刑事法学丛书

刑法解释论

赵运锋·著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

作者简介

赵运锋,男,河南杞县人,法学博士,华东政法大学博士后,上海政法学院刑事司法学院讲师。先后在《中国刑事法杂志》、《法学论坛》、《政治与法律》、《法律适用》、《上海金融》等核心期刊上发表论文60余篇,并有4篇文章被人大复印资料《刑事法学》全文转载。出版专著《宽严相济刑事政策司法适用研究》,参著《刑法基本原理与司法适用》、《职务犯罪的侦查与认定》,参编教材《特殊类型罪犯矫治》。

“上海政法学院学术文库”

编 审 委 员 会

主 任:金国华

副主任:闫 立 倪正茂

秘书长:何平立

委 员:(以姓氏笔画为序)

王明华 王 蔚 闫 立 关保英

刘 强 汤啸天 杨 寅 何平立

吴益民 张森年 金国华 倪正茂

章友德

“上海政法学院学术文库”

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

说 明

“刑事法学丛书”是我院学术文库的一个重要种类,为了进一步丰富该丛书,我们将我院承担的上海市教委第五期刑法学重点学科建设项目的一部分成果列入丛书。

2009年9月,承蒙上海市教委的正确指导和资助,上海政法学院刑法学被批准为上海市教委第五期重点学科建设项目。立项后,上海政法学院领导给予了高度重视,从组织机构、人员配置、经费配套等方面进行了有力保障。项目组对该学科研究方向的发展进行了整体建设的规划,并得到了学院领导的认可和市教委的批准。为了提高刑法学重点学科建设的质量,我们把扩充、丰富“刑事法学丛书”的编纂作为一个重要抓手,本学科拟在建设期间出版学术专著9-10部。在选材上以犯罪学、监狱学、社区矫正等为主,在重视基础理论研究的同时,照顾到刑事司法工作实践中受社会关注的热点问题,通过“刑事法学丛书”的出版,为市教委第五期刑法学重点学科建设的整体推进,达到预期目标起到应有的作用。

上海政法学院

上海市教委第五期刑法学重点学科建设项目组

2010年3月

前 言

近年来,我国刑法学研究有两个明显的转变:一是从理论刑法学向规范刑法学的转变,二是从规范刑法学向刑法解释学的转变。两个转变不但表征出理论界在刑法认识上的深化,更是表明刑法解释学已逐渐为学者所关注。当然,刑法解释学的发展不是无源之水。根据伽达默尔的观点,理解、解释与运用三位一体,有理解就有解释,有解释就有运用,由此,法律解释与法律适用不可分割,易言之,有法律适用就有法律解释。

且不论伽达默尔所言的哲学意义上的解释与法学意义上的解释有何异同,其哲学诠释学理论对法律解释的影响之深是不争的事实。也正是基于此,近年来理论界在刑法解释学上可谓是付出了诸多努力,于是,刑法解释学在深度与广度上都有了极大发展。但是,从理论界关于刑法解释的阐释看,在各个方面都存在差异,在诸多问题上甚至持完全相左的观点。至于司法界,则是对刑法解释乐此不疲,除了司法权力扩张的惯性之外,还与我国传统的司法体制、法官素养、社会政策等因素密切相关。以至于,立法中心主义逐渐成明日黄花,司法中心主义则有取代之势。每年有权解释机关都会针对刑法规范出台大量的司法解释,阐释刑法规范内涵,致使司法主体判案依据已开始从刑法规范向刑法解释转变。从我国法律文本看,立法主体并没有对法官解释法律进行授权,也即,法官并没有解释刑法条款的权力,可是在司法实践当中,法官不时在行使着这项权力,且在力度上不输于任何西方国家的司法主体。鉴于有权解释与个案解释都在无限量增长,且各种解释因缺乏规范性指引致使不当解释甚众,所以对刑法解释展开深度探究实是形势所需。

由于刑法解释主体的法律素养、社会信仰、知识积累及价值取向存在很大不同,因此,不管是学理解释还是有权解释都具有多元化特征。学理解释对司法主体裁定个案具有重要影响,有权解释对事实认定具有关键作用,所以,不同的解释观会导致司法个案的不同裁断,不同的裁断结果又代表不同

的价值判断。基于此,需对解释方法进行认真思考,需对解释权限进行构建,需对解释结果进行考量,需对解释路径进行反思,以保证刑法解释的合法、合理、合情。

刑法解释观的差异具有不同的原因,从宏观上看,既有西方法学观念的影响,也有社会现实的原因。从微观上看,与解释者的价值取向联系密切。对刑法规范持什么态度,西方法学思想经历了一系列的演变,主要体现为是否严格遵循法律规范,还是对法律规范持灵活态度。19世纪的实证主义法学,主张坚持规范的稳定性和安全性,坚持刑法规范的客观性和刑法解释的主观方面。这种法学理念与西方社会发展阶段有关,是对司法擅权的有力限制。随后,西方社会进入20世纪,社会背景发生了较大转变,各种社会矛盾愈发凸显,传统的法学理念已经不适应现实需要,并已成为阻碍司法体现社会公正的羁绊。基于此,现实主义法学应运而生。现实主义法学与实证主义法学不同,其不但怀疑法律规范的稳定性,主张刑法解释的客观层面,还坚持从社会层面吸收合理要素以达到完善法律规范之目的。由于实证主义法学与现实主义法学在价值取向上存在差异,因此,受两者影响而形成的法律解释观也存在重大区别。根据实证主义法学,法律解释应追寻立法原意,坚持三段论逻辑完成司法判断,反对在刑法规范内涵上的意义添附或限缩。相反,受现实主义法学影响的法律解释则主张根据社会目的阐释法律规范,坚持从社会正义、国家政策、社会伦理、公众意愿等角度挖掘和完善规范内涵。我国的法学理论发展相对滞后,主要是借鉴和引进西方的法学理论,因此,在规范解释上也主要是受西方法学理论的影响较深。并且,我国目前处于社会转型期,各种社会矛盾集中爆发,各社会阶层在权利诉求上都需要得到法律的回应与保障,也即,法律在解决社会问题的作用上日趋突出和强化。基于此,理论界在刑法解释理论上开始呈分化趋势,主要体现为传统刑法解释学与现代刑法解释学的对立。传统刑法解释学主张,在刑法解释中应重视法律概念的作用,坚持立法原意论。传统解释学强调,不论社会如何变化,刑法都应该保持稳定性和安全性,应该坚持形式主义法学在刑法解读与实用过程中的功能。质言之,传统刑法解释主张尊重规范文本,反对就规范内涵肆意进行添附或限缩。现代刑法解释则立足于社会现实,倡导刑法文本的不确定性与流变性,主张根据社会目的解读刑法规范文义。现

代刑法解释认为,应该更为注重刑法适用的社会效果,应该坚持适用主义在司法裁判中的作用。质言之,现代刑法解释主张维护社会目的,主张根据规范外因素修正刑法规范或填补法律空白。

传统刑法解释与现代刑法解释的理论基础与价值取向不同,致使两者在多个层面都彰显对立,比如,在刑法解释立场、刑法解释理念、刑法解释方位位阶、刑法解释与刑法文本、刑法解释与刑事政策、刑法解释与公众民意、刑法解释限度、刑法解释目的、刑法解释主体、刑法解释与司法理念等。本书中的不同章节其实正是围绕着上述各个问题进行展开的,因此,每一章都具有相对的独立性。不过,每个章节在内涵的论述上基本都是围绕刑法解释主题而展开的。另外,在一些章节当中还有关于刑法推理机制、罪刑关系、刑法的成长等内容探讨。严格意义上说,这些内容和刑法解释存在一定区别,不过,如果对刑法解释做宽泛的理解,法律推理、罪刑关系及刑法规范的发展也可以纳入到刑法解释的范畴。由此,在刑法解释论中加入上述内容并不有违整体性,不会显得突兀和凌乱。

目 录

第一章 法官刑法解释	1
第一节 法官刑法解释的成因	1
一、为了维护刑法的稳定性	2
二、为了实现实质正义	3
三、为了及时审理案件	4
第二节 法官刑法解释的困境	5
第三节 解释困境的负面效应	9
一、僵化司法能动性	9
二、破坏司法独立性与程序性	10
第四节 法官刑法解释的出路	12
一、赋予法官刑法解释权	12
二、废除错案追究制	13
三、禁止案件请示	15
第二章 地方司法解释	17
第一节 地方司法解释的内涵与主体	17
第二节 地方司法解释的积极功能	20
一、维护刑法规范的适用性	20
二、贯彻刑事政策的需要	22
第三节 地方司法解释的负面影响	24
一、地方司法解释背离刑法基本原则	24
二、地方司法解释有悖法治统一	25
三、地方司法解释突破刑法规定	26
第四节 地方司法解释的规范与完善	27
一、规范解释主体与解释内容	27
二、保证刑法文本的及时性与适用性	29
三、构建监督机制与撤销机制	31

第三章 刑法扩大解释	33
第一节 扩大解释的价值评说	33
一、扩大解释的正向价值	34
二、扩大解释的负向价值	36
第二节 扩大解释的限度争议	38
一、单一标准说	38
二、综合标准说	40
三、规范维度为主与效果维度为辅	42
四、立法原意说	43
第三节 扩大解释的限制	47
一、刑法文本应力求准确清晰	48
二、加快刑事立法节奏	48
三、强化判决书的说理性	50
四、慎重对待实质解释	52
五、提高法官素养	53
第四节 扩大解释的规制	54
一、对有权司法解释,应设置违宪审查机制	54
二、对于个案司法解释,应发挥二审与再审的效用	56
第四章 刑法实质解释	59
第一节 形式解释与实质解释的对立	59
第二节 形式解释与实质解释的统一	62
一、形式法治与实质法治	62
二、由罪生刑与以刑制罪	64
三、出罪与入罪	64
第三节 实质解释的适用界域	66
一、刑法规范具有交叉性	66
二、刑法规范具有模糊性	68
三、刑法规范具有滞后性	69
第四节 实质解释的规制	71
一、实质解释只能在疑难案件中适用	71

二、实质解释应遵循罪刑均衡原则	72
三、实质解释应获得公众认同	73
第五章 刑法目的解释	75
第一节 刑法目的解释的根据	75
一、理论依据	75
二、实践依据	77
第二节 刑法目的解释的作用	79
第三节 刑法目的解释的内涵	82
第四节 刑法目的解释的边界	86
第五节 刑法目的解释的规制	89
第六章 刑法解释方法位阶	93
第一节 刑法解释方法位阶争议	93
第二节 刑法解释位阶争议评介	96
第三节 刑法解释方法适用范围	100
第四节 目的解释适用的证成	103
第七章 刑法立法解释	107
第一节 刑法立法解释的必要和控制	107
第二节 刑法立法解释的目标与定位	111
第三节 刑法立法解释的限度与规制	114
第八章 刑法解释立场	117
第一节 刑法解释立场之分歧	117
一、主观解释论	117
二、客观解释论	118
三、折衷论	119
第二节 刑法解释立场之评析	121
一、法律形式主义与主观解释论	121
二、法律现实主义与客观解释论	122
三、折衷说的法理依据	123
第三节 刑法解释立场折衷说解析	125
一、主观解释论的司法适用	125

二、客观解释论的适用界域	126
第四节 刑法客观解释论的适用规则	129
第九章 刑法解释乱象与梳理	132
第一节 刑法解释必要性分析	132
一、刑法规范的确定性与非确定性	133
二、刑法规范的明确性与模糊性	134
三、刑法规范的稳定性与流动性	135
第二节 刑法解释乱象梳理	136
一、过度解释	136
二、转义解释	137
三、类推解释	139
四、客观归罪	140
五、曲解量刑情节	141
第三节 刑法解释乱象应对机制	142
一、确立科学的刑法解释理念	143
二、强化刑事判决书的说理性	144
三、构建违法解释监督机制	146
第十章 刑事政策与刑法解释	148
第一节 刑事政策与刑法解释	148
第二节 刑事政策对刑法解释的负面影响	151
一、对刑法文本做类推解释,将违法行为解释为犯罪行为	151
二、对刑法文本做转义解释,将轻罪行为解释为重罪行为	153
三、对刑法文本做牵强解释,改变刑罚适用的幅度	155
第三节 不当刑法解释的消极作用	156
一、对刑事政策的误解	156
二、对刑事法律的误解	156
三、对政策与法律关系的误解	158
第四节 刑事政策评价机制的构建	158
一、政策适用评价机制	159
二、法律适用评价机制	160

三、刑法解释评价机制	161
第十一章 刑事法律推理	163
第一节 刑事法律推理概念解析	163
一、形式推理	163
二、实质推理	165
三、形式法律推理与实质法律推理	166
第二节 形式法律推理的不足及影响	167
一、归纳推理的价值与运用	167
二、类比推理的价值和运用	169
第三节 实质法律推理的缺位与影响	170
一、刑法规范存在漏洞	171
二、刑法规范模糊	172
三、刑法规范冲突	173
四、刑法规范滞后	174
第四节 刑事推理机制的构建与适用	175
一、刑事推理机制构建	175
二、刑事推理机制适用	176
三、倒置的法律推理与省略的法律推理之批判	177
第十二章 行为功利主义与规则功利主义	179
第一节 行为功利主义与规则功利主义	179
第二节 行为功利主义之利弊评析	182
一、行为功利主义的积极层面	182
二、行为功利主义的消极层面	184
第三节 规则功利主义之理性辨析	186
第四节 规则功利主义与违法性	189
第十三章 柔性司法克制主义	191
第一节 柔性司法克制主义的选择	191
第二节 柔性司法克制主义的法理基础	194
第三节 柔性司法克制主义的理论与实践证成	198
第十四章 刑法的成长性	201

第一节 刑法成长的内涵	201
第二节 刑法成长的路径	204
第三节 刑法成长的保障	209
第十五章 以刑制罪论要	214
第一节 以刑制罪的理论基础	214
一、罪刑关系的合理界定	215
二、社会危害性的非规范性	216
三、刑罚是犯罪的重要特征	217
第二节 以刑制罪的现实价值	218
一、完善传统的司法模式	219
二、贯彻宽严相济刑事政策	219
三、体现刑法谦抑性精神	220
第三节 以刑制罪的路径分析	221
一、刑罚制约罪名是否成立	221
二、刑罚制约罪名选择	223
三、刑罚制约轻罪重罪的选择	225
第四节 以刑制罪的约束与规范	227
一、以刑制罪的适用对象	227
二、以刑制罪的参考标准	228
第十六章 罪后行为探究	230
第一节 罪后行为影响本罪行为的理论基础	230
第二节 罪后行为影响本罪行为的法律规定	232
一、罪后行为影响本罪行为定性的法律规定	232
二、罪后行为影响本罪行为量刑的法律规定	234
第三节 罪后行为影响本罪行为的具体路径	236
一、罪后行为影响本罪行为定罪的路径	236
二、罪后行为影响本罪行为量刑的路径	237
第四节 罪后行为影响本罪行为的合理性分析	240
第五节 罪后行为影响本罪行为的规范	242
参考文献	244

第一章 法官刑法解释

严格法制主义要求,法官在刑事判决当中要严格遵守刑法规范、立法解释与司法解释等法律文本,不能有任何的僭越和突破。由于法官刑法解释^[1]的度缺乏法律规范,也很难判断,因此,学界对法官解释刑法的态度一直比较消极,即使偶尔有学者支持法官解释刑法规范,也随即淹没在指责的声浪之中。但是,否定法官的刑法解释权就背离了刑法文本的发展规律,与司法实践的客观需要格格不入。因此,就法官解释而言,不应该一味回避,更不应该完全否定,而是要基于批判主义立场,认真分析法官解释的内涵与价值,吸收其合理的一面,并采取适当措施限制其不利的一面。

第一节 法官刑法解释的成因

法官刑法解释,是指法官在办案过程中,一方面对法律规范进行理解、选择,明确刑法规范的含义,另一方面对案件材料进行剪裁,确定相关事实,将抽象的法律规范应用于具体案件的过程。司法者的任务就是目光往返于规范与事实之间,

[1] 这里的法官刑法解释,不但指一般意义上的规范内的解释,还包括在特定情况下,法官对刑法规范进行的创造性解释。因此,这里法官解释包含着法官可以补充刑法缺陷的内容。不过,法官对刑法文本的解释仅适用于司法个案,不具有普遍的约束力。之所以如此,是为了避免因法官解释错误而带来更大影响,当然,这也是由法官解释的属性所决定的。