

蒋 涛◎著

罪刑法定下我国刑法司法解释的完善

ZUIXINGFADINGXIAWOGUOXINGFASIFAJIESHIDEWANSHAN



中国政法大学出版社

蒋 涛◎著

罪刑法定下我国刑法司法解释的完善

ZUIXINGFADINGXIAWOGUOXINGFASIFAJIESHIDEWANSAN



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

罪刑法定下我国刑法司法解释的完善/蒋涛著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 3

ISBN 978-7-5620-5940-0

I. ①罪… ②蒋… 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 (2015) 第052265号



- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadach@126.com
- 承 印 北京华正印刷有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 8
- 字 数 200 千字
- 版 次 2015 年 3 月第 1 版
- 印 次 2015 年 3 月第 1 次印刷
- 定 价 26.00 元

目 录

导 言	1
一、问题研究的意义	1
二、问题研究的现状和不足	4
三、本书的创新与不足之处	6
第一章 刑法司法解释必要性的分析	9
第一节 刑法司法解释必要性的理论发展	9
第二节 刑法司法解释必要性的逻辑学和语言学分析	20
第二章 我国刑法司法解释体制与法定性的冲突	28
第一节 我国刑法司法解释体制	28
第二节 刑法司法解释体制与法定性的冲突	33
一、最高人民法院解释与法定性的冲突	33
二、解释性法律文件和个案解释与法定性的冲突	42
第三章 我国刑法司法解释体制与明确性的冲突	46
第一节 犯罪构成实现中的明确性体现	46
一、大陆法系刑法中犯罪构成的实现	47
二、我国刑法中犯罪构成的实现	60
第二节 最高人民法院解释与明确性的冲突	71
第三节 解释性法律文件及个案解释与明确性的冲突	85

第四章 我国刑法司法解释时间效力问题	91
第一节 司法解释的时间效力标准	91
第二节 连续犯、继续犯的司法解释时间效力标准	99
第五章 罪刑法定下刑法司法解释体制的完善	101
第一节 法官解释体制的必要性	101
一、罪刑法定要求法官解释体制	101
二、法官解释体制的解释学依据	103
第二节 建构中国刑法判例制度	115
一、判例制度的合理性	115
二、大陆法系刑法判例制度的借鉴意义	119
三、英美刑法判例制度的借鉴意义	127
四、中国刑事判例制度的建立途径	137
第六章 罪刑法定下刑法司法解释方法完善	151
第一节 历史解释方法的优先地位	154
第二节 文义解释方法的补充地位	162
一、文义解释在原意探寻中的积极意义	162
二、文义解释本身的缺陷性	171
第三节 体系解释方法的不可或缺地位	177
一、体系解释方法采用客观解释立场	177
二、“漏洞补充”为主的体系解释方法	188
第七章 罪刑法定下刑法司法解释方法的具体运用	216
第一节 限制责任年龄行为人犯罪如何确定罪名	216
第二节 抢劫罪相关问题的解释	224
一、携带凶器抢夺的解释	224
二、加重抢劫的解释	227

第三节 危险方法危害公共安全罪相关问题的解释	232
一、“其他危险方法”应遵循体系协调原则	233
二、“其他危险方法”认定应避免类推和错误适用	235
结 语	237
主要参考文献	240

导 言

一、问题研究的意义

在成熟法时期，三权分立学说主张立法者主导立法而司法者必须恪守法律规定，司法解释曾被认为是侵犯立法权且有碍于人权保障之举。法典完美主义学说亦甚嚣尘上。法典完美主义企图将成文法典设置为一个完美无缺的体系，而法官的作用仅仅是机械适用、而非解释适用。现代法学各学派对这种在司法适用中排斥司法解释的理论进行了质疑，并认为，在司法实践中，法律适用无法脱离司法解释而实现，“徒法不可以自行”，法律适用需要司法解释。

在刑法领域，“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”的罪刑法定思想受严格法思想和三权分立学说的启蒙而诞生，并被各国刑法学界奉为圭臬。早期严格罪刑法定思想秉承法典完美主义，对司法解释采取否定的态度。在现代法学理论影响下，早期的严格罪刑法定思想已被刑法学界所扬弃，代之以相对的罪刑法定主义。许多学者认为，在相对罪刑法定主义的语境下，罪刑法定与司法解释之间不再是冰与火的关系。由于刑法规范所采用的语言、文字符号的抽象性、模糊性导致了刑法规范用语在含义上的不清晰；由于刑法规范所采用的语言、文字具有抽象性和概括性导致具体案件事实不能被刑法规范清

晰涵摄。因此，刑法司法解释在犯罪构成实现中必不可少。笔者认为，在相对罪刑法定主义的语境下，司法者能否在刑法适用中对刑法规范的含义进行解释的问题应当被廓清。

在相对罪刑法定语境中，在刑法适用中司法解释的合理性被认同的情况下，刑法司法解释理论尚有许多的困惑。相对罪刑法定主义尽管不同于严格罪刑法定主义，然二者之间绝非殊异的关系。相对罪刑法定主义自严格罪刑法定主义扬弃而来，是对严格罪刑法定主义的继承和改进发展。在相对罪刑法定主义的语境中，罪刑法定原则的基本精神——保障人权以及作为这一基本精神体现的法定性要求（犯罪和刑罚必须采用明文规定的形式确定）、明确性要求（行为是否符合犯罪的规定和符合何种犯罪的规定，将处以何种处罚都是确定和实定的）、法不溯及既往要求（刑法不对颁布以前的行为追诉，除非有利于被告人）仍然应当被遵循。许多学者认为，如果严格遵循罪刑法定的基本精神和原则，刑法司法解释应当坚持严格的立场，司法解释也不应该作扩张解释和漏洞补充。扩张解释和漏洞补充可能导致法官立法，这将产生法无明文规定却为罪的局面，法的漏洞和不完备应该通过新的立法加以解决。但也有许多学者提出异议，认为，相对罪刑法定主义的出现有着弥合抽象法典和司法适用之间矛盾的价值趋向。抽象法典存在着规范语句抽象、模糊、概括以及滞后（立法总是对发生情况进行规范而无法对以后的情况规范）的弱点。实践中新情况层出不穷，这些新情况亟待司法者做出法典可否将之涵摄的裁决。法典中的规范应当具备涵摄实际案情的作用，但法典的修订制定不是随时可以进行的。因此，司法者有必要根据客观需要对刑法条文作出超出字面含义的扩张解释和漏洞补充解释。但是，扩张解释和漏洞补充解释虽然具有维系法典稳定性和保证法律适用及时性的

优点，却总有侵入立法权之嫌，并且有对罪刑法定原则的明确性要求和法不溯及既往要求造成实质性违背的可能。因此在相对罪刑法定主义的语境下，能否采用、如何采用扩张解释和漏洞补充解释是刑法司法解释研究中值得探讨的问题。

我国刑法理论源自于苏联刑法理论，在引入苏联的刑法理论并加以发展后形成了独特的刑法理论体系。与此同时，我国的刑法司法解释理论体系也逐渐发展起来。在引入罪刑法定主义后，我国的刑法司法解释面临一个如何在罪刑法定原则下完善发展的问题。笔者认为我国现有刑法司法解释与罪刑法定原则存在冲突。在我国现有刑法司法解释体制中，最高司法机关拥有合法司法解释权。除了对具体问题作出回答的答复外，最高司法机关的刑法司法解释多采用抽象解释规则的方式。除有侵犯立法权的嫌疑外，这种抽象司法解释仍不能解决具体适用中规范含义不明的问题，往往导致再解释和授权解释。最高司法机关独享法定司法解释权的体制还造成司法实践中各类没有司法解释合法地位的解释性文件屡见不鲜的现象，也导致了地方法院、法官任意进行个案解释的现象。此类现状违背了罪刑法定原则的明确性要求：其一，法律的规定虽得到细化但依旧没有完全明确；其二，各种解释性法律文件因不具有正式司法解释地位而无法为公众知晓和被引用；其三，地方法院、法官在没有规则时就任意进行解释，但是其个案解释不会被公布和被参照。此类现象是对“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”的违背。此类现象还造成司法解释的时间效力问题，这对罪刑法定主义原则要求的“法不溯及既往”造成了冲击。我国现有的司法解释体制把解释权集中于最高司法机关，排斥了地方法院和具体审理案件的法官进行司法解释的合法性。但依照以伽达默尔理论为代表的现代哲学解释学理论，解释文本

的前提乃是理解文本。而理解文本的过程应当是：解释者在具体场景中将文本纳入视域（Horizont）之中，并进行“视域融合”，文本亦因解释者的理解获得新的含义，从而形成“历史效果”。最高司法机关垄断了司法解释权，这直接导致可以在具体场景进行“视域融合”的司法者失去了解释的合法性，但最高司法机关的解释无法解决法律文本和具体案情相切合的问题，因为最高司法机关的解释者无法在具体场景中完成文本和视域的融合。能否通过采用法官解释体制及法官解释体制的表现形式——判例制度来解决此类困境，也是在刑法司法解释研究中值得探讨的问题。

二、问题研究的现状和不足

我国刑法理论界对刑法司法解释的研究由来已久。在 20 世纪 80 年代后期，赵秉志、王勇等学者最早发表了关于刑法司法解释的论文。1995 年李希慧教授在《刑法解释论》一书中对刑法司法解释的概念以及解释方法等进行了系统的论述，该书是我国第一本对刑法司法解释理论进行系统阐述的专著。罪刑法定确定为刑法基本原则后，研究罪刑法定主义与刑法司法解释关系的专著如雨后春笋般涌现，这些专著大多由博士论文修改而成，有关刑法司法解释的论文更是不胜枚举。

纵观各种专著和论文对刑法司法解释问题的研究，我国刑法理论界对罪刑法定主义下刑法司法解释的研究已有了长足的进步。这体现在：第一，充分注意了罪刑法定语境对刑法司法解释的影响。有的学者认为在罪刑法定下刑法司法解释应当坚持主观解释的立场，并采用原意解释和文义解释优先的方法；有的学者认为在罪刑法定下刑法司法解释应当采用客观解释的立场，可以采用扩大解释，甚至扩张解释和漏洞补充；个别学

者认为刑法司法解释和罪刑法定有着不可调和的矛盾，应当舍弃罪刑法定而采用类推解释的方式。第二，逐渐关注现有刑法司法解释体制，对其不足和完善途径也有论及。许多学者在专著和论文中对现有刑法司法解释体制进行详细的分析、归纳。有的学者主张维持现有司法解释体制；也有学者指出现有刑法司法解释体制存在不足并提出了完善主张；还有学者对解释性法律文件进行了探讨。第三，对现代解释学理论对刑法司法解释理论的影响问题作出了回应。相当数量的学者已经认识到现代哲学解释学对刑法司法解释理论的影响，其中的一些学者以哲学解释学理论为研究方法对主观解释立场提出了批判，主张采用客观解释立场下的法官解释体制；也有学者认为：司法解释应当是对法律的正确解释，而哲学解释学认为对法律的正确解释并不存在，所以哲学解释学的理论不能运用于刑法司法解释。第四，论及了判例在法律解释中的作用问题。在论证客观解释立场下的法官解释体制的合理性后，有些学者认为我国应当建立以判例制度为特征的刑法司法解释体系；有些学者则坚持判例制度不适合在法官素质不高的现状下采用的观点。

但刑法理论界对罪刑法定下的刑法司法解释的研究尚有不足之处：第一，除个别学者已经开始研究具体适用中的司法解释问题外，多数学者研究刑法司法解释时采用了法理学中研究法律解释和司法解释的基本方法，而与刑法基本理论的结合不够。实际上，在国外的刑法学理论研究中，刑法司法解释和刑法基本理论的结合是紧密的，许多的刑法基本理论是在解决刑法司法解释中所遇适用问题时产生发展的。刑法理论界对罪刑法定下刑法司法解释进行研究时，应该加强司法解释理论和刑法基本理论的结合，发展出区别于法理学研究方法的刑法司法解释研究方法。第二，对罪刑法定主义特别是相对罪刑法定主

义的内涵的研究尚不够深入，对刑法司法解释在相对罪刑法定主义实现中所起作用的研究也不够深入。有些观点仍坚持绝对罪刑法定主义的立场，忽视法律是一个运行中的系统，否认刑法文本在适用于具体案件中被实现的事实，坚持主观主义的解释立场；有的观点对相对罪刑法定主义内涵的理解有待商榷，其主张以有利于被告人为原则的观点不甚妥当。第三，对个案解释的研究有待深入。在抽象法典的规定在适用于具体案情时无可避免地需要法官解释的情况下，面对个案解释大量存在的现状，有些观点仍坚持采用最高司法机关解释法律的体制，这种观点对于缓解罪刑法定和刑法司法解释体制的矛盾并无益处。第四，研究方法不足。虽然已有学者对哲学解释学和语言学等研究方法进行了初步的探讨，但对这些研究方法进行的探讨仍有欠缺之处。

三、本书的创新与不足之处

本书创新之处有：第一，结合刑法基本理论阐述刑法司法解释问题。罪状中部分要件内容的隐含性、默示性是本书的切入点。笔者认为，犯罪构成实现就是司法者通过刑法司法解释将具体案情涵摄于罪状（蕴含了所有的构成要件内容）中的过程，犯罪构成的实现体现了罪刑法定原则的明确性要求。法定性下的明确性要求罪状蕴含所有的构成要件，然而罪状中部分构成要件内容是隐含、默示的，需要在具体适用中进行明确化、具体化。笔者以此为论据论证了现有刑法司法解释体制与确定性要求间的冲突，并论证了法官解释体制的合理性，进而提出建构以刑法判例制度为表现形式的司法解释新体制；本书还提出：在历史解释和文义解释方法不足以清晰确定规范含义的时候，应当采用以漏洞补充为主要内容的体系解释方法，实现犯

罪构成从而体现罪刑法定原则的明确性要求。第二,引入各种司法解释的研究方法。在运用刑法基本理论阐述刑法司法解释问题的同时,本书以哲学解释学和语言学、逻辑学为研究方法。本书以语言学和逻辑学为依据论证了司法解释在法律实现中的作用;本书以哲学解释学为依据,分析了法官解释的合理性和客观解释立场的合理性;本书运用语言学为工具分析了文义解释中需要注意的各种问题;本书还以逻辑学和语言学为工具分析了在刑法司法解释中采用漏洞补充方法的合理性。第三,以刑法司法解释体制与罪刑法定原则的冲突以及刑法司法解释体制、方法的完善为视角展开研究。以往有的学者已经论述了罪刑法定下的刑法解释和刑法司法解释,但没有着重论述罪刑法定下刑法司法解释存在何种困境以及如何解困;也有学者论及了罪刑法定与刑法司法解释的冲突,但主要是论证刑法司法解释应当背弃罪刑法定。如有学者认为,“影响刑法解释目标选择的最主要问题,毫无疑问是其与罪刑法定原则之间的极紧张关系。而我们的许多学者之所以对主观说依依不舍,或者对客观说遮遮掩掩,其间核心问题,仍是无法摆脱传统罪刑法定原则之观念性影响。”^{〔1〕}在维系罪刑法定的前提下,解决罪刑法定与刑法司法解释矛盾的系统性论述尚属鲜见,本书就此提出了一些管见供刑法学领域内研究司法解释的学者参考、批判。

当然,本书也不可避免地存在一些缺陷和不足:其一,对罪刑法定原则和现有司法解释体制冲突的研究尚不够深入,尤其是对此类冲突的实证分析不足。由于笔者欠缺司法实践的经验,对现有司法解释体制与罪刑法定原则的法定性、确定性和法不溯及既往要求相冲突的具体表现缺乏直观的认识。因此,

〔1〕 参见吴丙新:《修正的刑法解释理论》,山东人民出版社2007年版,第25页。

本书对现有解释体制与罪刑法定原则冲突的分析多属于比较肤浅的程度，缺乏实证的论据。其二，对建构我国的判例制度的研究尚显肤浅。本书虽然提出在建构以判例制度为表现形式的刑法司法解释体制过程中应当借鉴大陆法系刑法判例制度和英美法系刑法的判例制度，但由于笔者对大陆法系刑法判例和英美法系刑法判例缺乏深入的了解，因此本书对大陆法系刑法判例制度和英美法系刑法判例制度的分析也是较为间接和肤浅的，可能存在失真和主观臆断的问题；本书虽然提出了建构我国刑法判例制度的途径，但这种分析是初步的，因此难免是肤浅的。对于建构我国刑法判例制度过程中面临的具体操作问题，本书的分析存在不足。

第一章

刑法司法解释必要性的分析

第一节 刑法司法解释必要性的理论发展

在远古社会，复仇是人类刑事救济的主要手段。在法律演进的第一阶段，人们通过对争端的和平解决获得社会秩序。在法律演进的第二阶段（严格法阶段），为了保证法的同一性和司法的纯机械功能，法官造法被严格限制。^{〔1〕}在欧洲，继严格法阶段后出现的是自由法阶段（衡平法阶段）和自然法阶段，在英国法是以大法官法院的出现和衡平的发展为标志，在大陆法是以自然法学派的盛行为标志。这一阶段，公平、正义、道义、理性等成了占有统治地位的话语，但是司法审判过于随意，法官具有绝对的自由裁量权，司法审判表现为个性化和不确定。因此，在18世纪启蒙时期，司法系统屡被诟病，原因是法官在审案时常常援引未成文的并含混不清的一般原则。^{〔2〕}而法典化被认为是纠正这一状况的有力武器。^{〔3〕}于是法律演进到了成熟法阶段。在成熟法阶段，法的确定性被再一次强调，但同时又

〔1〕 参见〔美〕罗斯科·庞德：《普通法的精神》，唐前宏等译，法律出版社2001年版，第119页。

〔2〕 参见〔比〕范·卡内冈：《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》，薛张敏敏译，北京大学出版社2006年版，第148页。

〔3〕 参见〔美〕罗斯科·庞德：《普通法的精神》，唐前宏等译，法律出版社2001年版，第98页。

带有了自然法的特征。在 18 世纪后期,自由法完成了向成熟法的过渡,这是以法典化运动为标志的。以孟德斯鸠学说为代表的严格三权分立理论认为,立法者应为唯一的造法者。立法者造法,在法国的大革命时期和 19 世纪初大行其道。“法官造法”和“遵循先例”使得法官被认为是立法者造法的阻碍。^{〔1〕}于是,在大革命到法兰西第三共和国时期,法官终身制多次遭到废除,法官也经常被赶出法院甚至受到迫害。^{〔2〕}不仅是在法国法官的地位堪忧,在欧洲大陆的其他国家中法官的境遇也是相似的,在这种情况下,司法解释权就无从谈起了。

随着法典化的进程,主张法典至上和法典完美并拒绝法律解释的学说也发展了起来。拿破仑对注释法典的活动始终持反对态度,并认为将法律化为简单的几何公式是完全可能的,因此,任何一个能识字的并能将两个意思连接在一起的人就能作出法律上的裁决。^{〔3〕}随之,法国兴起了注释法学派,鼓吹法典崇拜,宣扬法典的完美无缺,认为在现实中一切问题均可以从民法典求得解决。在比利时,以弗朗科伊斯·劳伦特为先驱的注释法学派,把法律教学和著书立说的所有活动,都归结为对拿破仑诸法典的解释上。而在欧洲大陆的德国,潘德克吞法学派作为历史法学派的产物而产生了。潘德克吞法学派主张制定法至上主义,发展出了法律构成技术,其主张被耶林讥讽为“概念法学”,概念法学因此而得名。“概念法学”的主张有:第一,独尊国家制定的成文法,特别是法典,亦即以国家的制

〔1〕 参见〔比〕范·卡内冈:《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,薛张敏敏译,北京大学出版社 2006 年版,第 149~150 页。

〔2〕 参见〔比〕范·卡内冈:《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》,薛张敏敏译,北京大学出版社 2006 年版,第 136~137 页。

〔3〕 参见沈宗灵:《现代西方法律学》,北京大学出版社 1992 年版,第 329 页。

定法为唯一法源，排斥习惯法和判例；第二，强调法律体系具有逻辑自足性。即认为，无论社会生活中发生什么案件，均可以依逻辑方法从现在的法律体系获得解决；第三，否定法官的能动作用，将法官视为适用法律的机械，法官只能对立法者所制定的法规作三段论的逻辑操作。^{〔1〕}概念法学认为，司法解释绝无存在之必要，法官只须熟谙运用法律的技巧，用逻辑推演成文法所建立的“概念”，对法律所蕴含的“正义”全以否定。^{〔2〕}但是，法典完美主义只是一个美好的梦想而已，它在理论上和实践中都遭到了质疑和否定。

法典立法形式存在缺点，这是完全否定司法解释的法典完美主义失败的主要原因。成文立法的最大优点是具有确定性，但法典立法采用的语言文字的抽象符号，不可避免带有模糊性。“以法律文本为对象的法学，与神学、史学、哲学、语言学、文学同属文本科学。因为文本甚至世界本身是由语言表现出来的，而语言具有多义性、不确定性、可变性”。^{〔3〕}所以法典的确定性还是相对的，将法典规定的条文适用于具体案件事实时，还是会产生适用上的困境。以“任何人不得在城市公园里睡觉”这一简单规则为例，当出现下列两种情况时，规则是否适用存在疑问：一位绅士被发现在午夜的时候直立在公园的长条椅上——他的下巴搭在胸前，闭着眼睛，同时鼾声可闻；一个蓬头垢面的流浪汉被发现在午夜的时候躺在同一条椅子上——头下枕着枕头，身上有一张报纸像毯子一样地盖着。但是，该流

〔1〕 参见梁彗星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第61～62页。

〔2〕 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第25～26页。

〔3〕 参见郑永流：“出释人造——法律诠释学及其与法律解释学的关系”，载《法学研究》2002年第3期。