

刑法解释分歧的 司法化解

◎ 王帅 著

本书系中国博士后科学基金面上资助成果
(项目编号 2017M611117)



法学博士



中国人民公安大学出版社



群众出版社

刑法解釋分肢的 司法解釋

王世傑 著

第一版

ISBN 7-309-04611-9
CIP 數據在書後



● 中國政法大學法律系教授

● 中國政法大學法律系教授

本书系中国博士后科学基金面上资助成果

项目号：2017M611117

刑法解释分歧的司法化解

王 帅 著

中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法解释分歧的司法化解/王帅著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2018. 1

ISBN 978-7-5653-3095-7

I. ①刑… II. ①王… 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 (2017) 第 264929 号

刑法解释分歧的司法化解

王 帅 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

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 天津嘉恒印务有限公司

版 次: 2018 年 1 月第 1 版

印 次: 2018 年 1 月第 1 次

印 张: 9. 875

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 266 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-3095-7

定 价: 38.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律图书分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

序 言

王帅是我指导的第二名博士研究生，读书时和我一样瘦小精神（现在好像胖了不少，而我依然很瘦，可见他比我更有发展前途），思维敏捷，小有才气。他在读博士期间本应取得更好的成绩，可惜遇到一个不务正业、不求上进的导师，耽误了一半以上的宝贵时间，终于没能在攻读博士研究生期间脱颖而出，笑傲学林。可见，糟糕的导师真的是“毁人不倦”。好在我现在已经没有纵向研究课题，不能再带博士研究生了，这样对学生的祸害也就暂时可以停歇下来。尤其令人欣慰的是，王帅博士毕业后，到中国政法大学跟卞建林教授读博士后去了。我虽然不认识卞教授，但听王帅说，卞教授不但学问做得好，而且铁骨铮铮，是条汉子，对学生也很好，这样我就放心了。

本书是王帅在其博士学位论文的基础上修改而成。以刑法解释作为博士论文的选题，是需要勇气的。因为现在刑法解释研究大热，研究成果数量和质量在刑法学界估计都是首屈一指（之所以说估计，是因为本人没有作过统计，只是根据平时的了解得出的一个总体印象）。而且，对刑法解释的研究历时已久，成果丰硕，已然十分深入细致并成体系。要想在前人的基础上再有深化和创新，实为困难。而衡量博士论文质量的一个重要

标准是创新性。如果没有创新，一篇博士论文就基本失败了。在刑法解释这个已经百花齐放且春意盎然的学术园地再开出一朵新葩，在我看来是十分困难的。

好在王帅的学术功底很扎实，对刑法解释问题一直很有兴趣，有诸多思考，对已有的研究成果存在不同看法。这样，就有了进一步展开研究的基础。也许是兴趣和创新的冲动叠加，使王帅决定进入刑法解释研究领域，去寻求新的视角和切入点，解决一些他认为尚未解决，或者解决得不如意的问题。

王帅认为，目前关于刑法解释的大多数研究，是从规范与事实的互动角度出发来理解的。他认为从这个角度研究刑法解释问题存在以下不足：规范与事实的互动只是刑法解释运行过程的中间环节。毕竟，所有的解释主体在解读规范时，都在将规范与事实拉近。但是，一旦考虑到解释主体的因素，刑法解释就不仅仅是规范与事实的互动过程了——不同的解释主体可能在规范与事实的互动中采用不同的立场，从而对同一个规范条文产生了不同的解读，这就产生了刑法解释分歧。面对这种分歧，刑法解释不能放任，必须采用一定的方式加以化解，才能有效维护规范的确定性与权威性。可见，完整的刑法解释运行过程，第一阶段是规范与事实的互动，第二阶段是因互动方式差异而引发的刑法解释分歧，第三阶段则是对分歧的化解。而传统的规范与事实互动论，只能解释分歧为何会产生，由于没有将解释主体的因素纳入分析视角，也就很难继续提供化解分歧的可行路径。

有鉴于此，王帅离开这一视角，另辟蹊径，对刑法解释进行了重新解读。他认为：从“法”的角度来看，刑法解释是一

种对法律规范进行解读的活动；从“刑”的角度来看，刑法解释是一种惩罚权力的运作；从“解释”的角度来看，刑法解释是一种解释主体的主观意志作用。这种分析视角，从主体、规范、事实三元互动的角度出发，对刑法解释进行多维认识，一反以往对刑法解释的研究路径，令人耳目一新。不过，这种充满新意的探索视角选择也给研究带来了很大的困难，无疑是有风险的。

正所谓“无限风光在险峰”。在勇敢地迎接挑战，克服风险之后，王帅获得了很好的回报。视角的突破，使他不仅能够重新解读刑法解释这一现象，而且将一些实践中常见却难以用通行理论解答的问题，顺利地纳入了他的分析框架内，并作出了令人满意的回答。王帅在书中认为，从规范与事实互动的角度来看，刑法解释主要考虑的是是否需要依据事实来重新解读文义，规范文义的边界到底在哪里。然而，如果将解释主体、规范与事实都纳入互动视角，就会发现，不同主体的主观意志存在差异，如此一来，规范与事实的互动方式存在差异：有的主体可能会主张保守，有的主体就会主张能动。而必然的结果就是刑法解释中存在着分歧。令人惊喜的是，王帅在从主体、规范、事实三元互动角度考察刑法解释问题时，引入了“权力”的概念，将刑法解释解读为一种权力技术，认为刑法解释分歧的背后是惩罚权力运行中的冲突。首先，惩罚权力冲突涉及公权力与私权利的冲突，其背后是秩序价值与自由价值的冲突。其次，惩罚权力冲突涉及公权力内部的不同权力主体的冲突，这是由于权力分化与相互制约所导致的。这种分析方式将国家惩罚权力的正当性问题纳入了本书的视域，使得本书的创新性

显著提升，理论价值得到了一定程度的升华。

王帅认为，刑法解释的存在不是为了暴露或者激化冲突，而是为了化解冲突。正因为如此，我们必须考虑采用什么途径来化解冲突。本书的思路非常明确：遵循司法逻辑。这一解决问题的思路，源于“刑法是司法法”这一传统命题，可以说是发现并遵循了一般规律。在司法逻辑的作用下，刑法解释有权主体应当保持与多元主体的互动，在惩罚理念上要坚持自由价值的相对优先，在规范立场上要坚持确定性的相对优先。正是基于对这种一般规律的考察，作者提出了第二个值得关注的问题：依照司法逻辑来化解刑法解释中的分歧。这本属化解刑法解释分歧的一般规律，然而，我国刑法解释运行过程却并未遵循这一规律，而是存在很多例外。可贵的是，本书面对这些例外，并未采取一概否定的态度，而是认为，这些例外构成了我国刑法解释活动的特殊之处，是研究我国刑法解释活动时不能绕开的问题，更是刑法解释研究可能作出贡献之处。在这种思维的指导下，本书从现实出发，对非司法逻辑现象的良好初衷与现实背离进行了全面且冷静的分析，使得对非司法逻辑现象的梳理和剖析更加深刻，也使得本书的研究更具实践意义。

本书虽然关注了刑法解释分歧，但并不意味着与传统刑法解释理论研究脱节。因为视角的突破，作者得以从新的角度观察分析传统问题，并提出了新的见解。全书立足于“刑法是司法法”这一原理，回应了刑法解释理念问题、刑法解释目标问题、刑法解释立场问题、刑法司法解释权力的配置问题，以及刑法司法解释权力主体的关系等问题。换句话说，本书在沿着刑法解释的司法逻辑这条主线展开本体研究的同时，顺便对刑

法解释中一些聚讼已久的传统争议问题进行了梳理和探讨。这种基于新的视角得出的结论，值得我们重视。

由于王帅在本书中自始采用了不同于大多数刑法解释研究的视角，发现了一个并未有太多学者关注的研究领域。这是令人惊喜的。也许他的探索尚不充分，但精神可嘉，行动值得鼓励，所取得的成果也令人欣慰。他所提出的问题值得刑法学界关注。如果该书能够带给读者某些启发，让我们考虑是否可以从更多的角度，更广的视野来思考刑法解释问题，那就是它的最大价值。

当然，本书进一步完善的空间还是很大的。例如，本书的研究大多还是在实体法层面展开，强调解释理念的统一，并通过理念的统一来实现分歧的化解。程序法上的制度设计虽然有着墨，但尚欠丰满，论证尚待加强。显然，作者本人也已经认识到了这样一个问题。因此，在博士毕业之后，作者随即选择了中国政法大学诉讼法学院，跟随卞建林教授继续自己的博士后研究工作。他这样一种清晰的规划，让我对他未来的研究工作充满期待。

左坚卫

2017年12月10日

目 录

绪 论.....	1
一、研究的源起.....	1
二、研究的意义.....	8
三、研究的现状.....	9
四、研究的框架与展开	13
五、研究的创新之处	16
第一章 刑法解释分歧的发生与存在	19
第一节 刑法解释的本原	19
一、刑法解释本原的总体认识：对行为应罚性的规范化 评价	20
二、刑法解释之“解释”：刑法解释是一种主观评价	22
三、刑法解释之“法”：刑法解释是一种规范化评价	26
四、刑法解释之“刑”：刑法解释是对应罚性的评价	35
第二节 刑法解释分歧的发生	42
一、刑法解释分歧发生的根本原因：规范模糊性	42
二、刑法解释分歧发生的直接原因：解释主体的自由 裁量	47
三、刑法解释分歧发生的现实原因：多元主体的利益 冲突	59

第三节 刑法解释分歧的存在	63
一、刑法解释分歧的现实表现：犯罪治理中的利益冲突 ...	64
二、规范立场的冲突：确定与灵活孰更优先	81
三、惩罚哲学的冲突：秩序与自由孰更优先	87
第二章 司法逻辑下的分歧化解思路	90
第一节 化解刑法解释分歧的基本理念	91
一、刑法解释互动论之证立	91
二、刑法解释互动论之展开	94
三、刑法解释互动论的实践呈现	97
第二节 司法的运作逻辑	98
一、司法之规范性	99
二、司法之开放互动性.....	105
三、司法之中立权衡性.....	109
四、小结.....	113
第三节 司法逻辑下的分歧化解理念.....	114
一、司法逻辑下的“法”之立场：规范确定性相对 优先的互动.....	115
二、司法逻辑下的“刑”之立场：自由价值相对优先的 互动.....	128
三、小结.....	134
第三章 我国刑法解释分歧化解的非司法化现状.....	136
第一节 我国刑法解释中规范的隐退.....	136
一、规范隐退的总体诠释：解释中的超然能动.....	137
二、规范隐退的一重诠释：解释的绝对化.....	139
三、规范隐退的二重诠释：解释目的的非规范化.....	145
第二节 我国刑法解释中权力话语的强势.....	153
一、权力话语强势的总体诠释：过分重视权力互动.....	154

二、权力话语强势的一重诠释：国家权力主体的利益优先	156
三、权力话语强势的二重诠释：上级权力主体的利益优先	160
第三节 我国刑法解释中秩序价值的强势	167
一、秩序价值强势的总体诠释：秩序价值过分优先	168
二、秩序价值强势的一重诠释：规范模糊时倾向入罪	170
三、秩序价值强势的二重诠释：应当出罪时拒绝出罪	174
第四章 分歧化解非司法化的效果评析	178
第一节 分歧化解非司法化的背景与初衷	179
一、提高规范灵活性以增强犯罪治理能力	179
二、多元权力主体相互配合以化解规范评价冲突	184
三、多元权力主体相互监督以规制自由裁量	189
第二节 分歧化解非司法化初衷的现实背离	193
一、过分的灵活性导致规范治理失效	194
二、权力配合思路引发对人权的压制风险	200
三、权力监督思路难以有效规制自由裁量	204
第三节 分歧化解非司法化的根本缺陷	207
一、刑法解释中规范评价分歧的深度解析	208
二、化解规范评价分歧的应然路径：对公众负责	212
三、非司法逻辑在化解分歧中的根本缺陷	221
第五章 刑法解释分歧化解的司法化重塑	232
第一节 司法逻辑下刑法解释体制的重塑	233
一、制度运作重心的重塑：从权力互动到“权力—权利”互动	234
二、权力配置方式的重塑：从多元权力主体到办案法官中心	238

三、权力运作方式的重塑：从执行与释义到 权衡与说理.....	247
第二节 司法逻辑下刑法解释理念的重塑.....	255
一、解释理念重塑的指导思路：刑法契约化理念.....	256
二、刑法契约化展开的第一步：规范评价分歧的 提取与解读.....	262
三、刑法契约化展开的第二步：评价分歧的规范 文义审视.....	267
四、刑法契约化展开的第三步：评价分歧的规范目的 化解.....	272
结论.....	278
参考文献.....	281
后记.....	301

绪 论

一、研究的源起

分析刑法解释的任何问题，都先要明白刑法解释是在什么样的场合下展开的。“法律解释的场合也就是在什么领域、什么时候需要或存在法律解释的问题。”“法律解释作为一种解释现象，存在于人类法律活动的各个领域。但是，不同领域的法律解释具有不同的目的和特性。”^①那么，刑法解释发生的场合是什么？刑法解释的目的和特性又是什么？这是研究刑法解释首先需要面对的问题。

通常认为，一个规范之所以需要解释，无非是因为规范文义存在模糊，需要解释来予以廓清。故而，只有规范文义是模糊的时候，才需要刑法解释。换句话说，刑法解释的目的是化解规范的模糊性，刑法解释的发生就是基于规范的模糊性。

当前多数观点认为，解释的发生是由于规范与事实的分离，是抽象的规范与具体的事实之间存在着无法直接对应的情况，需要刑法解释来对规范文义加以廓清，对事实的法律性质进行评价。换句话说，是规范与事实的分离导致了规范存在模糊。如此一来，解释主体的任务就是将规范与事实拉近。在这种思想的指导下，解释的过程或是通过剪裁规范来适应社会事实，或是通过剪裁事实来适应

^① 参见张志铭：《法律解释操作分析》[M]，北京：中国政法大学出版社，1998.16；23.

刑法规范。作为剪裁主体的解释者，关注的重心是事实与规范的两极。然而，这一结论真的已经完整概括了刑法解释存在的意义了吗？

笔者首先承认解释主体的任务是将规范与事实拉近。但同时笔者认为，刑法解释存在的意义绝不仅限于拉近规范与事实。事实上，拉近规范与事实只是刑法解释运行过程中的一个中间环节。毕竟，所有的解释主体在解读规范时，都在将规范与事实拉近。但是，在现代社会中，因为治理功能的分化和价值观念的多元，在解释实践中往往存在着多元解释主体，这些主体可能因为自身立场的差异，导致他们在拉近规范与事实时，采用了不同的思路，从而对同一个规范条文产生了不同的解读。由于刑法是基于规范对事实行为所作出的评价，故而不妨将刑法解释称为规范评价，而多元解释主体在解读规范上的差异，我们不妨称之为规范评价分歧。总之，当我们考虑到多元解释主体的现实存在时，就不得不将规范评价分歧纳入考虑的范围。此时，刑法解释存在的任务就绝不限于将规范与事实拉近，还需要考虑如何化解规范评价分歧。

可见，从一般条件来看，刑法解释发生的缘由都是规范与事实发生了分离，即由于社会事实的复杂性，发生了规范“预见不到”的情况。此时，需要解释主体发挥自身的主观能动作用去解释规范，对应事实，将规范与事实拉近。但是，当我们考虑到多元解释主体的存在时，我们就需要认识到，不同主体的主观能动性发挥方式是不一样的，这种方式的差异集中体现为他们刑法的不同立场，进而可能会引发规范评价的分歧。也就是说，在刑法解释的实践中，即便是针对同一法条，多元主体也会有不同的看法。这些不同的看法就是本书所言的规范评价分歧。简单来说，规范的模糊性引了解释主体的能动性，多元解释主体能动方式的差异则引发了规范评价分歧，进而引出了特定的主体对分歧进行化解的必要。毕竟，在刑法解释中，为了避免规范分歧被搁置，甚至被激化，国家就必然设置出特定的主体。这个主体需要关注规范评价的分歧，以

及分歧背后的利益冲突，并对之进行协调和化解。在实践运作中，这一主体往往被称为有权解释主体，即掌握一个国家的刑法解释权，并通过作出具有强制力的决断，来关注和化解分歧背后的利益冲突。

可见，在考虑刑法解释的问题面向时，我们除了要看到规范与事实的分离，还应当看到多元主体在解释过程中的参与，要关注到多元主体背后不同的利益诉求，如此才能更加完整地认识刑法解释存在的必要，才能指导刑法解释更加理性地运作。总之，考虑到规范评价分歧这一要素，刑法解释的存在意义绝不能只从规范与事实上去寻找，还应当考虑多元的评价主体，也要考虑多元主体的分歧。在这种思维的指导下，刑法解释的功能就不仅是将规范和事实拉近，而是通过对规范的解释来化解规范评价的分歧，来调整分歧背后的利益冲突和矛盾。

如此一来，刑法解释所要关注的问题就不是某个规范的意义是什么，而是如何以解读文义的方式来化解规范评价的分歧。有权解释主体不能过分迷恋立法的权威性，幻想立法条文足以涵盖所有情况，一旦需要解释的时候就回到词典中，秉承“一本词典走天下”的思想。这样的作法固然是稳妥，但却可能会出现与社会公意明显不符的情况。导致立法文义与当下社会形势以及社会公意之间的分歧越来越明显，越来越突出。有权解释主体也不能过分专断，认为自己的解释结论就是最优的选择，一旦需要解释的时候就排斥多元主体的参与，把自己当作一个全能且无所不知的人。这样的作法固然是简便，但却可能出现刑法解释的独断专行。如此一来，冲突不仅无法被化解，反而被搁置，也不是一种理性的解释理念。这两种情况的发生都是因为有权解释主体刻意回避关于规范的评价分歧，或者认为解释过程就是立法者意志的推行，或者认为解释过程就是解释者意志的落实，都没有看到刑法解释背后种种意见的分歧、利益的汹涌。固然，回避评价分歧和利益冲突确实可以迅速裁判。但是，分歧与冲突却始终存在，不仅没有被有权解释主体化解，还可

能因为这种刻意回避的态度导致冲突被进一步激化。如此一来，刑法解释的功能就是不全面的，解释的权威也可能会逐渐丧失。

总之，刑法解释是为了化解规范模糊性，而规范的模糊性则是由于规范评价分歧引发的。因此，对分歧的化解构成了刑法解释的必要性。这个命题不仅具有理论上的正当性，也是对现实问题的回应。从我国刑法解释的现实运行来看，规范评价的分歧和对分歧的协调往往构成刑法解释的起点，甚至贯穿了刑法解释的全过程。以下列举两例：

首先，从我国的抽象解释实践中来看，往往存在着多元主体的参与，如此一来，刑法解释活动就需要关注并且考虑到多元主体的规范评价，并注意协调期间可能产生的分歧。所谓抽象解释，是指法定的国家机关，如全国人大常委会、最高人民法院、最高人民检察院在法律实施过程中对法律的一般性的解释，具有普遍的法律效力。^①可见，抽象解释的主体往往是国家机关，抽象解释的发生往往通过国家机关的决策行为表现出来。这种抽象解释的背后往往是多元机构存在，以及多元机构之间的互动关系。以一个具体的司法解释为例：2014年11月，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》，在出台背景中明确指出：“2012年6月，最高检研究室会同最高人民法院、公安部、原国家食品药品监督管理局等单位有关部门启动了《解释》研究制定工作……2013年7月，听取了医学药专家对《解释》征求意见稿的意见；8月，听取了刑法专家学者的意见；9月，书面征求了全国人大常委会法工委、公安部、司法部、国家卫计委、国家食药监督总局等有关中央部门，以及全国省级人民检察院的意见。2014年1月，最高检研究室再次邀请全国人大常委会法工委、最高人民法院、公安部、国家食药监督总局等

^① 参见张志铭：《法律解释原理（上）》[J]：国家检察官学院学报，2007，（6）：55。