

A Judge's View
on Interpretation and Application of Criminal Law

刑事审判视野中的 刑法解释与适用

牛克乾·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

A Judge's View
on Interpretation and Application of Criminal Law

刑事审判视野中的 刑法解释与适用

牛克乾·著



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判视野中的刑法解释与适用/牛克乾著. —
北京:法律出版社,2010.8
ISBN 978-7-5118-0925-4

I. ①刑… II. ①牛… III. ①刑法—法律解释—中国
②刑法—法律适用—中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 123825 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/张琳

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/法律出版社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16
版本/2010年8月第1版

印张/28.75 字数/474千
印次/2010年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0925-4

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序言

张军*

牛克乾同志的作品集《刑事审判视野中的刑法解释与适用》即将出版。作为同事,我们曾经在同一个审判庭工作。早就知道克乾同志勤于笔耕,但看到 50 余万字的文集,还是感到出乎意料。作为最高人民法院的刑事法官,能够结合审判实务,在繁忙工作之余发表这么多的作品,肯定是下了苦功夫的。青年法官勤于思考有作品结集出版,我很乐意应邀为之作序,并向读者推荐。

本文集收录了克乾同志在各类期刊杂志上发表的学术论文、案例评析和应用短文各约 20 篇。这些作品以刑事审判工作中具体的案件和法律问题为依托,具有明显的刑事法官的作品特点;虽然独立成篇,但刑法解释和刑法适用两条主线贯穿其中,因此,本文集取名为《刑事审判视野中的刑法解释与适用》是恰如其分的,准确概括了克乾同志所发表作品的内容和特点。刑法的解释与适用,是刑法理论界研究的重要课题,更是包括人民法院在内的实务部门执法的尺度、司法的标准,必须正确理解,从而严格执行。文集集中的作品发表的时间跨度近 10 年,说明克乾同志自进入最高审判机关就注意思考和把握这一关键课题,就在精心地从事刑事审判工作,这种敏锐的问题意识和角色意识是非常值得赞许的。

在中国法学会刑法学研究会 2003 年的年会上,克乾同志在其导师张文教授的指导下提交了一篇《中国规范性刑法解释的实然与应然》的文章,见到我时,说起他在北京大学攻读在职博士即将毕业,并以“中国规范性刑法解释研究”作为博士论文题目。将刑法立法解释和司法解释统称为“规范性刑法解释”,并将之作为与(司)法官的刑法适用解释的对应概念,可以说是克乾同志对刑法解释范

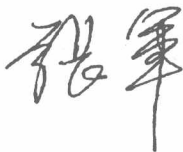
* 最高人民法院党组副书记、副院长。

畴的一个理论贡献。在这本文集中,有关我国规范性刑法解释的作品有多篇,无疑都是克乾同志博士论文的精华部分。在文集中,还可以看到,克乾同志对刑法适用解释问题着墨颇多,表现出对法官适用刑法中解释法律的立场和方法的关注与浓厚兴趣,其中第三编应用短文部分,基本上都是解读刑法解释方法运用的内容。刑法解释是刑法适用的基本方法。正是因为能够恰当运用刑法解释这一刑法适用的基本方法,克乾同志针对司法实践中类型化和个别性的刑法适用难题,亦有独到见解见诸文集。据我所知,这些从具体案件和问题引发的判断性意见,如有关单位犯罪、税收犯罪和金融诈骗犯罪的观点,论理充分,指导性强,更兼特有的可操作性,颇受实务部门人员的欢迎和关注。

克乾同志到法院工作,以其所学专业被分派到刑一庭,当时正值刑一庭创办《刑事审判参考》,我鼓励他要注重理论联系实际,多写一些案例评析的文章。令人高兴的是,本文集第二编收录了克乾同志以“工作职责”发表的20余篇案例评析文章,内容涉及刑事案件的事实认定、证据采信,各类具体犯罪构成要件的理解,罪与非罪以及此罪与彼罪的界限,单位犯罪、共同犯罪和罪数形态等方面,其中不乏精品之作。案例是微缩的法治世界,构成国家法治的细胞。刑事法治只能经由人民法院审理的每起刑事案件而点滴生成,而其中的典型案例通过《刑事审判参考》等适当途径发布后所产生的辐射效应,不仅对于类似案件的办理,而且对于刑事法官提升理解与适用法律的整体水平、锻炼提高司法能力都大有益处。诚如法官都会办案,法官也应当学会并把握案例评析,尤其要学会并把握从案例中提炼规则,克乾同志展现在作品中的思想和思想方法的轨迹,给大家提供了很好的示范。

最后,希望克乾同志继续努力探索、归纳刑法解释和适用的思路和方法,总结刑事审判的实践经验和规律,更好地服务于审判实践。愿更多的法官将审判业务专家——以精深法律专业知识完美服务于党的事业和人民利益,作为职业使命和追求!

是为序。



二〇〇九年十二月二十三日

自序

这本文集中的作品,是我在最高人民法院十多年审判和调研工作之余的“副产品”。这些“副产品”散落在法律类的期刊、报纸、杂志等载体上,集中整理后有16 篇论文、21 篇案例评析和16 篇短文,总计50 余万字的篇幅。在寻找书名以找到一条主线串起这些“副产品”的时候,自然而然就想到了“刑事审判视野中的刑法解释与适用”这个题目。于我而言,刑法的解释与适用,既是学术追求,更是审判实践。“学术”与“实践”是实现法治不可或缺的两个重要方面,既各自独立又相互沟通的命题,既可做宏大叙事又可做微观考察。由我的职业立场所决定,主观追求和客观条件的叠加,促使我选择“刑事审判视野”来思考和论证刑法解释与适用的一些“学术”和“实践”问题,于是便有了这本文集。

十年前,曾阅读我后来就读获得博士学位的母校——北京大学法学院院长苏力教授的《法治及其本土资源》。在这本书的自序中,苏力把自己“近年来常常思考的问题”作为标题:“什么是你的贡献”?面对这个设问,不知道这本书的其他读者作何感想,但着实让我常常深刻反思自己的社会角色与所作所为。

我不是法学理论工作者,不是检察官和律师,而是一名刑事法官,一名最高人民法院的普通刑事法官。按照社会职业分工,完成法官的工作任务,无疑是我的职责和安身立命所在:办理案件,参与和主持合议庭案件,“产出”案件审查意见和裁判文书;承担调研指导任务,参与调研指导任务的论证,“产出”有关法律适用的调研指导意见。从踏上审判工作岗位开始,我便成为审判工作流程的“一环”,日复一日,将自己从“象牙塔”中获取并不断丰富法律概念、原则和规则,由笨拙到熟练地运用于活生生的司法实践。如果说刑法是一种不得已之“恶”,

那么,保质高效完成所承担的“以恶治恶”的刑事审判工作,就是我的首要“贡献”。

这本文集分为三部分。第一部分是论文,反映了我的学术旨趣。内容既有刑法解释、单位犯罪、刑罚裁量等总则性问题,又有侵财犯罪、经济犯罪等分则性问题。我尽量按照学术规范来创作,以实践基础上的理论观点主要与学术同道做交流。第二部分是案例,反映了我对审判实践的解读。内容涉及刑事案件的事实认定、证据采信,各类具体犯罪构成要件的理解,罪与非罪以及此罪与彼罪的界限,单位犯罪、共同犯罪和罪数形态等方面。我尽量通过鲜活、真实的案例,展示自己将刑事法律与案件事实相“耦合”的定罪量刑思路,为具体犯罪的法律适用问题提供判断性意见。通过“以案释法”,主要与刑事(司)法官等同道沟通。第三部分是短文,反映了我的一些思想“火花”。内容主要是刑法解释方法的运用。我尽量以简短的文字,把复杂的理论问题适用得清晰明白,避免烦琐论证和细枝末节,确是兴之所致、有感而发。

苏力自序中所说的“贡献”,很大程度上是指学术意义上的“贡献”。他自谦地写道,《法治及其本土资源》还算不上什么“贡献”,却是“追求的脚步”。如果将“贡献”理解为“追求”,这本文集的“贡献”,重点也许不在学术(理论),而是学术(理论)与实践的“视域融合”。从我的本意来讲,通过这本文集,想为读者提供的大致有以下几点:一是研究规范性刑法解释这一具有中国特色的刑法渊源,剖析它的现实样态、未来去向与适用实践;二是探讨刑法适用和解释的立场与方法,以解决具体案件中的疑难问题,并提供以刑事案例为载体的具体样本;三是为类型化和个别性的具体定罪量刑问题,提供结论性或者判断性意见,力图服务于司法实践中“迫在眉睫”的法律适用难题的解决。

在审判工作过程中和完成审判工作之余,不断思考和论证,记录自己的学术和实践感悟,借助合适的渠道公开以供他人解读。这也许可以视做我的另一“贡献”吧!

二

五年前,曾阅读我此前就读获得硕士学位的母校——西南政法大学原校长龙宗智教授的《理论反对实践》。在这本书的自序中,龙宗智基于理论与实践自

身的品格区分,提出:“理论应当具有一种批判性的本质。为此它应当在一定程度上‘脱离’开实践,并对其进行无情的清理与入木三分的剖析。”或许,我们还可以从理论与实践脱节的视角,解读“理论反对实践”的命题和现象。例如,顾培东教授在《也论中国法学向何处去》的论文中指出:“近些年,中国法学正依循着知识——文化法学的进路前行;法学研究越发成为脱离社会现实而自闭、自洽和价值自证的文化活动。受此影响,中国法学对法治实践的贡献度和影响力正不断削弱。”苏力教授在《法官如何思考》的译著中也指出:“波斯纳指出的美国法学界的问题在中国同样存在,并有可能愈演愈烈:太多的法学研究脱离了或正在脱离司法实践,只讲正确的原则甚至是法学常识,完全不理解法院和法官的问题,或司法上无法操作,但这样的法学还是法学吗?”法学理论界有识之士对“理论反对实践”的足够的自我警醒,让人们有理由相信,法学理论对司法实践的指导和引领作用必将日益得到彰显。

理论与实践的矛盾,不仅仅体现在“理论反对实践”,相应的“实践反对理论”现象和问题,同样值得关注。有限的司法阅历已使我清晰地看到,法院的不少法官理论积淀偏少,有的甚至几乎没有理论积淀,遇到疑难案件时,缺乏寻找理论依据或建言的自觉和自主意识。更为值得反思的是,还有一些法官从根本上无视或轻视理论,认为有法条和司法解释便足以应付案件,对法学理论持有不同程度的不屑与排斥。之所以如此,原因有很多。有“理论反对实践”、理论脱离实践的外因,更主要的内因则是实践者自身在指导思想出了问题。司法实践者往往会推崇美国法官霍姆斯的一句名言:“法律的生命不是逻辑,而是经验。”在我看来,这里的经验,应该包括直接经验和间接经验。一切真知都是从直接经验发源的,但人不能事事直接经验。仅靠自身办案实践的直接经验,排斥体现为间接经验的法学理论,肯定是难以维系法律和法治的生命的。套用斯大林的话说,法学理论若不和司法实践联系起来,就会变成无对象的理论,同样,司法实践若不以适当的法学理论为指导,就会变成盲目的司法实践。而盲目的司法实践,肯定不可能成为实现真正法治的助力,某种程度上还会变成阻力。

在这本文集中,我力图贯彻马克思主义认识论和实践论的基本原则,坚持理论与实践的统一,避免理论的自说自话或者实践的武断专行。在考察自己所关注的学术问题时,将理论观点奠基在实践基础上;在解决定罪量刑的具体实践问题时,为自己所主张的结论赋予足够的法学理论依据。由于身在法院刑事审判庭,我的目光关注的多是刑事审判工作中遇到的理论和实践问题。案例评析文

章自不待言,学术论文重点关注的是作为刑事审判依据之一的规范性刑法解释和具体犯罪的法律适用,绝大多数篇目都关涉刑事法官解释刑法的立场和方法问题。细心的读者会注意到,传统刑法理论对我从事学术研究和审判实践具有深刻影响:以传统的“社会危害性理论”解读犯罪本质,以传统的“四要件”犯罪构成体系来分析罪与非罪、此罪与彼罪的界限。细心的读者也会注意到,在刑法解释问题上,囿于职业背景,我所秉持的折中立场,实际上更趋向于客观主义和实质解释。细心的读者还会注意到,面对“法有限、情无穷”的现实司法情境,司法者包括我在解释刑事法律时,既在使出浑身解数“发现”法律,还在能动地“创造”法律。

“主观和客观、理论和实践、知和行的具体的历史的统一”,是毛泽东主席在1937年7月发表的《实践论》中所得出的重要结论。这个结论对于今日的法学理论与法治实践,无疑仍然具有重要的指导意义。“理论反对实践”也好,“实践反对理论”也罢,都与这个结论背道而驰,值得我们深刻警醒。这也许是本文集着意取名为《刑事审判视野中的刑法解释与适用》的原因之一吧!

三

这本文集之所以称为“副产品”,除了因为是业余创作成果,还主要有两个考虑:第一,我自1998年进入最高人民法院工作,于2000年考取北京大学法学院的在职博士研究生,于2004年获得法学博士学位。博士学位本身就是在不“影响”工作的庄重承诺下的“副产品”,由攻读博士的压力“挤压”出来的多篇学术论文自然更应称做“副产品”。第二,本文集尤其是案例评析文章中运用到的案例,绝大部分是人民法院终审生效的真实案件。这些案件审理的过程已经形成案卷,成为独立的特殊“历史文本”,我只是以公开的裁判文书为基础,对其中的理论和实践问题做了进一步阐发与评析。以真实案例为基础来评析其论证过程和结论的作品,当然应称做案例的“副产品”。

正因为是“副产品”,所以在面对时会有不少感慨。

我必须感谢我所在的单位——最高人民法院的领导和同事们。首先应该感谢的是我的老领导,最高人民法院党组书记、副院长张军。1999年,我准备报考博士研究生,时任刑一庭庭长的张军副院长不仅代表组织支持,而且应我请求

做我的推荐专家之一。我记得他在推荐书中写道,“最高人民法院需要专家型的法官”,至今这仍是对我的重大激励。如果当年他说一句“工作需要,不能离开”,具有强烈服从性格趋向的我,至少不可能在当年就考取博士,并很快走上学术与实践并重之路。此次文集出版,张副院长又拨冗作序,关爱之情令人感怀。特别应该感谢的是最高人民法院副院长熊选国,没有他的耳提面命和指导批评,我不可能在做好刑事审判工作的同时,去深入思考和研究学术理论问题并有成果发表。还应感谢刑二庭庭长任卫华、刑四庭庭长杨万明、刑五庭庭长高贵君等领导,他们的能力和才华时时感染我,他们对我的严格要求与锤炼,促使我不敢懈怠、精益求精。此外,还有许多不可能在此一一提及的领导和同事,他们都惠我良多,使我心存感激。

我必须感谢从小学到大学、从本科到博士研究生阶段惠我恩泽的老师们。首先应该感谢的是我的博士生导师张文教授,在他的指导下,我完成了博士学业和论文,获得了博士学位,学术品格和理论分析能力得到极大提升。今年是张文老师七十寿诞,谨以此文集献给恩师。特别应该感谢我在西南政法大学的硕士生导师王芝祥先生,重庆三年苦读,王师如慈父一般,从生活到学习都给了我无私的帮助和扶持。如今,他已仙逝。不知这本文集能否表达我对他的怀念?还应感谢我在河南师范大学历史系本科阶段的赵德教教授、张建国老师,西南政法大学的赵长青教授、高绍先教授、李培泽教授、朱启昌教授、陈忠林教授,北京大学的储槐植教授、刘守芬教授、陈兴良教授、王世洲教授、张美英教授,清华大学的张明楷教授,北京师范大学的赵秉志教授以及其他老师在学习和学术上的教导与指点。

我必须感谢鼓励和引导我考硕或考博的学友兼师兄方明、杨庆民、郭明跃和张庆方,没有四位的热情帮助,我不可能顺利地登堂入室,由历史专业而后投身法律专业并不断深造。特别感谢郑州市中原区人民法院院长徐薇长期以来对我在学术研究和生活等方面的关心与支持。还应感谢孙剑、李冰、高旭辉、王念峰、卢建杰、刘宗志、李建忠、李志军、王朝伟、王达品、许艳霞、尤学工、祝念峰等许多同窗好友,那些在苦难岁月所建立起来的情谊,促使我们在生活和工作当中,从精神上相互激励,从物质上相互帮助。

感谢促使这些“副产品”面世的编辑们。这些“副产品”发表在《刑事审判参考》、《人民法院报》、《法律适用》、《人民司法》、《政治与法律》、《法学研究》、《中国审判》、《刑事法探究》、《刑事司法指南》、《刑事法判解研究》等期刊、报纸、杂

志上。郭清国、唐亚南、李琦、宝玉、李文广、肖中华、阴剑锋、黄河、汪敏远、黄晓云等编辑“大人”对文章的首次发表都付出了心血。此次结集出版,为保持体例统一和便于阅读,我将所有论文均加上了提要,将所有案例文章均增加了更为贴切的标题和裁判要旨,将所有的短文均加上了副标题,对其他具体内容也作了适当修改。同时,还要感谢原刊杂志许可这些文章的汇集出版。特别感谢法律出版社编辑张琳女士的精心审读,没有她的帮助,这些“副产品”不可能顺利结集出版。

感谢我的妻子和女儿,我爱她们,同时得到了并且还在不断得到她们无与伦比的爱。特别感谢我的岳父母,他们使我在异乡获得了如至亲父母一般的关爱。

最应该感谢的是我的父母,可能此时正在田间劳作的一对农民夫妇。他们赋予我正直的品格和刻苦的精神,他们的善良、勤勉和关爱,是我受用一生的财富。“老老实实做人,堂堂正正为官”,是我农民父亲教我恪守的人生信条。法官虽难言“官”,但这仍将是我生活、工作的朴素法则。

我将带着这些感激前行。

Contents 目录

序言	1
----	---

自序	1
----	---

第一编 刑法解释与适用的宏观考察

1. 反思我国刑法解释的范畴及其体系 ——以刑法解释的效力层次为视角	3
2. 刑法渊源、规范性刑法解释与刑事判例	17
3. 试论刑法司法解释的方法	34
4. 论刑法立法解释和司法解释的效力与适用	46
5. 关于刑法条文适用解释立场的几个问题	65
6. 关于司法解释性文件的理解与思考 ——以《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》为例	74
7. 试论单位犯罪的主体结构 ——“新复合主体论”之提倡	82
8. 法外牵连犯处断原则的困惑及解决 ——兼析因受贿而进行其他犯罪活动的行为如何定罪处罚	94
9. 关于犯罪数额认定中若干实践问题的理论思考	100
10. 试论刑罚裁量的价值观念	118
11. 浅论刑罚威慑效力的有限性	127
12. 规范死刑程序: 追寻效率还是追寻公正	134
13. “飞车抢物”刑事案件定性的法律思考	166

14. 试论虚开专用发票犯罪的法律适用	176
15. 金融诈骗犯罪案件法律适用的若干共性问题探讨	188
16. 试论徇私枉法罪中“徇私”的理解与认定	212

第二编 刑法解释与适用的案例解析

1. 刑事案件事实认定中的“裁剪”与“过滤” ——孔繁华滥用职权案	219
2. 刑事证明“证据确实、充分”标准的把握 ——歹进学挪用公款案	227
3. 刑法条文中“其他”型兜底规定的司法认定 ——王珂、蔡明喜伪造、倒卖伪造的有价票证案	237
4. 上诉不加刑原则的理解与适用 ——张育平贪污、挪用公款案	245
5. 诈骗犯罪“非法占有目的”的推定 ——俞辉合同诈骗案	250
6. 徇私枉法罪之“徇私”要件如何把握 ——李某徇私枉法案	257
7. “飞车行抢”行为如何定性 ——王跃军、张晓勇抢劫、盗窃案	261
8. 非法传销和变相传销行为如何定性 ——袁鹰、欧阳湘、李巍集资诈骗案	270
9. 运输假冒台湾产香烟的行为如何定性 ——高秋生等非法经营案	278
10. 制造、销售伪造专用发票印刷模板的行为如何定性 ——曾珠玉等伪造增值税专用发票案	284
11. 多次挪用公款犯罪数额的认定 ——冯安华、张高祥挪用公款案	295
12. 胁迫型抢劫罪与敲诈勒索罪之界限 ——雷新国抢劫案	300

13. 虚开增值税专用发票罪与非罪之司法认定	
——松苑锦涤实业公司被控虚开增值税专用发票案	305
14. 贷款民事欺诈行为与贷款诈骗犯罪的界限	
——张福顺贷款诈骗案	314
15. 挪用公款罪与非罪的界限	
——师义民挪用公款案	321
16. 单位虚开增值税专用发票的定罪处罚(一)	
——普宁市流沙经济发展公司虚开增值税专用发票案	326
17. 单位虚开增值税专用发票的定罪处罚(二)	
——吴彩森等虚开增值税专用发票案	340
18. 挪用公款罪共犯的认定	
——余家俊等挪用公款案	355
19. 受贿罪牵连犯的处罚原则	
——吴根源受贿放纵制售伪劣商品案	363
20. 行贿罪牵连犯的处罚原则	
——鞠胤文挪用公款、受贿案	367
21. 一个手段犯罪与两个目的犯罪的牵连犯之定罪处罚	
——蒙某受贿案	376

第三编 刑法解释与适用的方法运用

1. 从解释论立场看暴力取证罪之证人范围	
——刑法文理解释方法的运用规则	385
2. 票据“贴现”能否解释为“付款”	
——刑法条文中专门术语的解释规则	389
3. 虚开用于结算货款的普通发票并收取手续费的行为如何处理	
——刑法扩大解释方法的运用	392
4. “徇私”类渎职犯罪中的“徇私”如何理解	
——刑法体系解释方法的运用	395
5. 国有医院医生“开单提成”行为如何定性	
——刑法解释中探寻立法原意的必要性	398

6. 因挪用公款收受贿赂的行为如何处理 ——刑法司法解释的法律效力	403
7. 貌似数罪实为一罪 ——罪状的解释与罪数认定的思路和方法	407
8. 聚众“打砸抢”的首要分子如何定罪 ——刑法体系解释中总则条款与分则条款的照应关系	413
9. “犯罪损失数额”认定的时间界限 ——“重大损失”内涵的区别解读	415
10. 犯罪数额的认定应贯彻主客观相一致原则 ——主客观相一致原则的实践运用	418
11. 小规模纳税人虚开专用发票行为如何处理 ——行政法规、规章在刑法条文解释中的运用	424
12. 完善证券市场刑事法制,依法严厉打击证券犯罪 ——证券犯罪的刑法立法規制与司法运作	426
13. 刑法修订实施前银行工作人员吸收资金不入账非法拆借、发放贷款的行为如何定性 ——专题论谈之一	428
14. 与银行工作人员勾结使用虚假金融凭证骗取储户资金的行为如何定性 ——专题论谈之二	433
15. 冒充警察以“抓赌”、“抓嫖”为名非法获取他人财物没有使用暴力或者使用暴力不明显的行为如何定性 ——专题论谈之三	438
16. 法官的使命 ——《THE JUDGE IN A DEMOCRACY(民主国度的法官)》读后感	441

第一编
刑法解释与适用的宏观考察

