

武汉大学刑法博士文丛（23）

黄奇中 著

Interpretation of Criminal
Law as Communication

刑法解释的沟通之维



NLIC 2970701208



中国人民公安大学出版社

武汉大学刑法博士文丛 (23)

刑法解释的沟通之维

Interpretation of Criminal Law as Communication

黄奇中 著



NLIC 2970701208

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法解释的沟通之维/黄奇中著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011.5

(武汉大学刑法博士文丛)

ISBN 978-7-5653-0404-0

I. ①刑… II. ①黄… III. ①刑法-法律解释-研究

IV. ①D914.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 068187 号

刑法解释的沟通之维

黄奇中 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: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2011 年 5 月第 1 版

印 次: 2011 年 5 月第 1 次

印 张: 8.625

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 232 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-0404-0

定 价: 30.00 元

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

电子邮箱: zbs@cppsu.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

武大刑法博士文丛

编 委 会

顾问：马克昌

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民

刘艳红 皮 勇 陈家林

总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以来，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般来说选题合理、资料翔实、思路开阔、论证充分、精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从 1987 年开始招收博士生，在将近 20 年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展与壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到好评。进入 21 世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立“武大刑法博士文丛”，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法学博士论文，形成

刑法解释的沟通之维

规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

“武大刑法博士文丛”由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选择范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。“武大刑法博士文丛”的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武汉大学刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武汉大学刑法学科大力支持，“武大刑法博士文丛”的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006 年夏于珞珈山

目 录

导 论	(1)
一、选题的缘起	(1)
二、选题的研究现状	(2)
三、选题的目的与意义	(5)
四、选题的思路与方法	(7)
第一章 法律解释：在独白与沟通之间	(12)
一、法律解释学的诠释学基础	(12)
(一) 从特殊解释学向一般解释学的转变	(13)
(二) 从方法论解释学向本体论解释学的转变	(15)
(三) 对本体论解释学的批判	(20)
(四) 方法论解释学与本体论解释学的关系辨正	(21)
二、诠释学影响下的法律解释学简史	(24)
(一) 传统法律解释学的历史沿革	(25)
(二) 本体论意义上的法律解释学发展概观	(28)
(三) 两种法律解释理论的简要比较	(32)
三、沟通行动理论及其指导下的法律论证理论	(34)
(一) 哈贝马斯的沟通行动理论	(35)
(二) 罗伯特·阿列克西的法律论证理论	(43)
(三) 法律论证理论之知识属性辨析	(45)
(四) 法律论证理论之中国命运初探	(50)
四、结论：法律解释应有的定位——在独白与沟通之间 ...	(51)
第二章 中国刑法解释理论研究中存在的问题	
——一个合法性的视角	(54)

刑法解释的沟通之维

一、刑法解释概述	(54)
(一) 刑法解释的概念	(54)
(二) 刑法解释的要素	(55)
二、迷失在主观主义与客观主义之间的刑法解释目标	(56)
三、脱离法律解释语境的刑法解释体制	(61)
四、单一的刑法解释对象	(62)
五、没有路径的刑法解释方法	(64)
六、从混乱走向整合的刑法解释基本原则	(66)
七、结论：合法性不足的刑法解释	(68)
第三章 刑法解释的目标：超越主观与客观	(71)
一、刑法解释目标观概览	(71)
(一) 大陆法系的刑法解释目标观	(71)
(二) 英美法系的刑法解释目标观	(77)
(三) 我国的刑法解释目标观	(80)
二、刑法解释目标观评析	(80)
(一) 评判标准之统一	(80)
(二) 对客观主义的评析	(82)
(三) 对主观主义的评析	(84)
(四) 对折中主义的评析	(85)
三、超越主观与客观：一种程序主义刑法解释目标观的确立	(86)
(一) 考夫曼的法律（刑法）解释目标观述评	(87)
(二) “沟通论”及法律论证理论所主张的法律解释目标观述评	(90)
(三) 我国刑法解释目标观之确立	(91)
第四章 刑法解释体制：在一元与多元之间	(93)
一、刑法解释体制概观	(93)
(一) 西方国家的法律解释体制	(93)
(二) 我国的刑法解释体制及改革的观点	(96)

二、我国现行刑法解释体制的合宪性考察与成因分析	… (101)
(一) 我国现行刑法解释体制的合宪性考察	… (101)
(二) 现行刑法解释体制的成因分析	… (104)
三、我国现行刑法解释体制的合理性考察	… (107)
(一) 全国人大常委会的刑法立法解释的合理性考察	… (107)
(二) 最高人民法院解释刑法的合理性考察	… (115)
(三) 最高人民检察院以及有关行政部门解释刑法的合理性考察	… (119)
四、我国刑法解释体制的重构——在一元与多元之间	… (120)
(一) 法官适用刑法解释体制的确立	… (120)
(二) 刑法统一解释体制的重构	… (128)
第五章 刑法解释对象：在规范与事实之间	… (132)
一、刑法解释对象与刑法渊源的界分	… (132)
二、刑事司法的实体法渊源	… (134)
(一) 关于法律渊源的一般理论	… (135)
(二) 刑事司法的实体法渊源考察	… (138)
三、事实作为刑法解释的对象	… (160)
(一) 事实、案件事实与法律事实	… (160)
(二) 刑事案件事实的证明标准之辩——在客观真实与法律真实之间	… (163)
(三) 刑事案件事实的认定	… (168)
(四) 刑事案件事实作为刑法解释对象的法治意义	… (175)
四、结论：在规范与案件事实之间的刑法解释对象	… (176)
第六章 刑法解释方法：为类推正名及选择路径的思考	… (178)
一、关于类推解释	… (178)
(一) 几个概念的辨析	… (178)
(二) 扩大解释与类推解释	… (181)

刑法解释的沟通之维

(三) “允许的类推”与“禁止的类推”的界分: 一种沟通主义的进路	(186)
二、关于刑法解释方法的选择路径思考	(189)
(一) 刑法解释方法的种类	(190)
(二) 刑法解释方法选择的路径探讨	(192)
(三) “沟通理性”指导下的刑法解释方法选择路径 ..	(201)
第七章 刑法解释的基本原则:在安定性与妥当性之间 ..	(204)
一、刑法解释基本原则的确定	(204)
(一) 刑法解释基本原则的特征和概念	(204)
(二) 刑法解释基本原则的确定	(205)
二、刑法解释的安定性原则	(216)
(一) 刑法解释安定性的意义	(216)
(二) 刑法解释安定性的实现途径	(217)
(三) 刑法解释安定性诉求的限度	(223)
三、刑法解释的妥当性原则	(224)
(一) 刑法解释妥当性原则的含义及其与安定性 原则的关系	(224)
(二) 刑法解释妥当性原则内容之展开	(225)
(三) 实现刑法解释妥当性的途径	(236)
四、沟通理性指导下的罪刑法定原则新解读	(237)
(一) 罪刑法定原则思想基础的沟通论解读	(238)
(二) 罪刑法定原则价值的沟通论解读	(241)
余论 保障刑法解释合法性的制度条件	(246)
参考文献	(248)
(一) 中文著作	(248)
(二) 汉译著作	(253)
(三) 论文	(257)
(四) 外文文献	(262)
后记	(264)

导 论

一、选题的缘起

之所以选择这样一个题目作为博士学位论文的研究主题，与笔者的工作与学术背景有着密切的联系。

笔者大学毕业后进基层检察院工作了6年（先后在反贪、起诉部门），其间，除了刑法外，接触最多的是刑事诉讼法，对这两部法律在实践中的运作情况有不少感性的认识。之后，硕士研究生阶段虽读的是经济法专业，但在高校从事教学时感兴趣的仍然是刑法。其间，也为本科生开过宪法学和犯罪学的课程。在教过几年宪法学后，对我国刑事法律领域的“违宪性”或“违法性”问题有较深刻的体会和认识，尤其是刑法解释中的问题，如司法解释中越权解释的问题，解释体制多元化与宪政、法治原理不符的问题等。因此，自考上博士研究生开始，笔者就决定要对刑法解释的“合法性”或“合宪性”问题进行研究并将其确定为博士论文的选题方向。为此，在读博期间，笔者围绕这一主题阅读了一批哲学、法哲学、法理学、解释学、宪法学、刑事诉讼法学等方面的著作，并撰写发表了6篇论文。博士论文开题时，原本准备以“宪政维度的中国刑法解释理论研究——以哈贝马斯的沟通行动理论为视角”的题目进行写作，虽然受到导师的鼓励，但也受到一些老师的批评，认为可能难以驾驭或有过于空泛之嫌。经过一段时间的思考，笔者认为老师们的批评意见有一定道理，但同时也坚信选题的基本

方向是有价值的。尤其是在阅读了比利时学者马克·范·胡克根据哈贝马斯的思想所著的《法律的沟通之维》一书后，笔者深受启发，于是便拟定了“刑法解释的沟通之维”这一标题，文章的主题也由刑法解释的“合宪性”向刑法解释的“合法性”作了一些调整。而现在要呈现在大家面前的专著则可以视为笔者这几年研究心得、成果的一个总结。

二、选题的研究现状

（一）境外研究状况

与我国一般认为法律解释就是指立法解释和司法解释这样的有权解释不同的是，在欧美国家，解释法律通常被认为是法官（或法院）的职责（职权），这是因为，在他们看来，只有在法律实施、适用时才需要解释法律。也由于这个原因，他们对法律解释的研究一贯非常重视。单从国内学者的一些译著来看，涉及法律解释问题的著作数量就不少，如德文著作有：加达默尔的《真理与方法》，考夫曼的《类推与事物本质——兼论类型理论》、《法律哲学》、《当代法哲学与法律理论导论》（与哈斯默尔共同主编），拉伦茨的《法学方法论》，恩吉施的《法律思维导论》，魏德士的《法理学》，凯尔森的《法与国家的一般理论》，哈贝马斯的《在事实与规范之间——关于法律与民主法治国的商谈理论》，罗伯特·阿列克西的《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》等；英语著作则有：哈特的《法律的概念》，德沃金的《认真对待权利》以及《法律帝国》，波斯纳的《法理学问题》，安德雷·马默主编的《法律与解释》，以及马克·范·胡克的《法律的沟通之维》等。从这些著作中我们看到，欧美国家的法律解释理论经历了从传统的方法论法律解释学到本体论意义的法律解释学以及对二者进行批判综合而形成的法律论证理论的发展过程。

由于与欧洲大陆法系相似的法律传统与政治制度，我国台湾地区的学者也注重在法律适用过程中的法律解释，如黄茂荣的《法

学方法与现代民法》、杨仁寿的《法学方法论》、颜厥安的《法与实践理性》、林立的《法学方法论与德沃金》等。此外,还有旅日学者季卫东的长文《法律解释的真谛》以及我国香港特别行政区学者陈弘毅的《当代西方法律解释学初探》。这些著作共同代表了海内外中国学者研究法律解释的面貌与水平。

(二) 境内研究状况

我国由于法治建设起步较晚,在新中国成立后很长一段时间基本上难以说有所谓法律解释的研究,即使是在进入改革开放的20世纪80年代后,由于忙于改变“无法可依”的状况,法治建设的重点放在立法工作上,法律解释的理论研究仍然极其贫乏,这种状况直到进入90年代后才有所改观,其中李希慧所著的《刑法解释论》以及梁慧星所著的《民法解释学》是这一时期的主要代表作。

而随着我国社会主义法律体系的基本确立,法学研究的重点也相应地从立法转到司法,法律解释的研究在20世纪90年代末至21世纪初达到了一个高潮,进入一个“本体论与方法论并重的时代”。^①这一时期一批法理学者除了翻译前述欧美国家的相关著作外,自己还亲自著书立说、创办刊物不断拓展和深化法律解释的理论研究。例如,陈金钊教授不但自己著有《法律解释的哲理》、《法治与法律方法》,并与他人合著有《法律解释学》,还与谢晖教授(著有《法律意义的追问——诠释学视野中的法哲学》等与法律解释有关的著作)共同主持了《法律方法》的丛刊;而郑永流教授不但翻译了前述考夫曼与恩吉施的有关著作,还主编了《法哲学与法社会学论丛》丛刊,而其所撰写《出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系》等有关法律解释的文章也有非常高的水准。此外,张志铭所著《法律解释的操作分析》、梁治平编

^① 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,导论第17页。不过,根据笔者的理解,这里的“本体论”并非本书正文当中的解释学意义上的本体论,而是指法律的本体论。

的《法律解释问题》以及董皋所著的《司法解释论》等也是这一时期的代表作。这一时期的研究，虽然也有结合我国实际情况的探讨，但主要贡献则在于使我们对西方法律解释学的相关理论有了一个较为全面的了解，一个显著的标志就是法律方法、法律推理、哲学解释学、前见、视阈融合、法律论证等原本很陌生的词汇，成了我国法学界耳熟能详的词汇。又由于互联网的迅猛发展以及国际交流的日益频繁，因而，至少使我们在资讯上与欧美国家的法律解释研究保持了同步。当然，要在研究水平上赶上欧美国家，则还有很长的路要走。

在这一波法律解释的研究热潮中，刑法学人当然也不会甘当旁观者。李国如博士的《罪刑法定原则视野中的刑法解释》、刘艳红教授的《开放的犯罪构成要件理论研究》、刘树德博士的《罪状解构——刑事法解释的展开》是稍早前有特色的刑法解释学方面的著作。2003年，中国刑法学年会更是将刑法解释作为研讨的主题之一，当年的年会文集共收录这方面的文章70多篇，约90多万字。这些论著对刑法解释的研究不限于方法论层面，而是开始深入到刑法解释的体制、原则、解释的限度等问题。之后，张明楷教授的《刑法分则的解释原理》一书的问世在刑法方法论上将刑法解释的研究推向一个很高的水平。

直接促成本书选题的是晚近几本在博士论文基础上出版的著作：一是吴丙新的《修正的刑法解释理论》。该书以考夫曼本体论意义上的“法是当为与存在的对应”以及“类型理论”的诠释学观点为主要理论基点，对刑法解释的各个问题进行了深入的分析，是刑法解释学方面的一部力作。但该书对罪刑法定原则的解构，在笔者看来是“走过头”了。二是杨艳霞博士的《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》一书。该书从哲学解释学以及法律论证理论相结合的角度来论证刑法解释的“正当性”问题，给笔者以很大的启发，但该书对哈贝马斯的沟通行动理论的贯彻并不彻底。三是韩哲博士的《刑事判决的合理性

研究》一书，该书从“刑事一体化”的角度对刑事判决的“合理性”问题进行了深入的探讨。四是陈航博士的《刑法论证方法研究》一书，该书从刑法解释与刑法论证相区别的角度对刑法论证的模式进行了探讨。^① 以上几本著作的出版，标志着我国学者对刑法解释（论证）理论的研究在深度与广度上都取得了可喜的进步。

此外，与本选题有关的不仅涉及上述法理学（法哲学）、刑法学对法律解释问题的研究。如后所述，本书由于采取了“刑事一体化——关系刑法”的研究方法，因此还涉及其他部门法学的研究，其中尤其是刑事诉讼法学的研究。对此，陈瑞华教授的《刑事审判原理》、《刑事诉讼的前沿问题》（包括第一版、第二版）等著作在刑事诉讼的价值、目的、构造等方面的研究具有很高的水准，给笔者不少启发；而冯军教授的《刑事判决的合法性研究——在政治社会学语境中的分析》一书与前述韩哲博士的著作则有异曲同工之处。^②

总之，我国刑法解释在广泛借鉴吸收其他学科的研究成果的基础上，取得了明显的进步和发展，但由于研究时间不长，学术积累和研究的广度与深度都还不够，这就给像笔者这样的后来者留下了较为广阔的研究空间。

三、选题的目的与意义

（一）研究目的

我国现行的刑法解释制度是一种由中央机关垄断解释权（至

① 将刑法解释与刑法论证相区别有利于理论研究的深化与细化，对此，笔者也深表赞同。当然，基于本书研究的主题并不意在具体的论证方法与规则，而是宏观层面的刑法解释理论问题，因此，本书采取的仍然是广义的刑法解释观念，即与刑法推理、论证、适用结合在一起的刑法解释观念。而且，在笔者看来，也只有刑法解释能将这些概念联结起来，因为无论是推理、论证抑或是适用都离不开解释。

② 以上所涉及文献的出版社、出版时间、译者、版本等详情请参见文后的参考文献。

于具体由谁解释则并不是太在意)而使得具体承办案件的法官成为法律的机械操作手的一套制度,法官的主体性被压制,庭审成了走过场,当事人的意见可有可无,而舆论倒是经常成为左右法官断案的的决定性因素,这从最近几年的诸如“刘涌案”、“刘海洋案”、“许霆案”等可以看得很清楚。刑事判决往往是简单地罗列一下案件事实、证据以及法条,而对事实、证据与法条之间的关系则极少进行深入、全面的说理论证,整个刑法解释、适用的合法性建立在一个面目模糊的代表中央权威或者人民意志的刑法条文上,其给出的结论自然难以服众,这一点从我国二审、再审刑事判决的极高的改判率就可以看出来。^①

遗憾的是,这种刑法解释和适用过程中的“合法性危机”并未引起我国研究刑法解释的学者的太多关注,多数学者都试图在现有体制内进行修修补补,以循序渐进地解决问题,这在策略上当然有其合理性。但在笔者看来,我们首先必须看到问题的症结所在,这样才能“对症下药”以确定刑法解释制度的改革与改进的方向。因此,本选题的研究目的就在于以“合法性”这一总指标来重新建构我国的刑法解释的理论体系。

(二) 研究意义

确立“合法性”为指标的刑法解释制度的改革方向具有十分重大的理论和实践意义。从宏观层面来说,这一“合法性”指标可以起到以点带面的辐射效果,即它不仅仅是刑法解释制度的改革问题,还涉及刑事司法体制改革乃至整个刑事法治的发展方向问题,说大一点,甚至涉及整个民主法治改革的方向问题。当然,笔

^① 1983~1987年五年间,我国刑事抗诉案件的改判率是43.67%,1988年这一比率为36.9%,1989年为39.33%,1992年和1993年的改判率也在30%以上,1995年为27.7%,1996年为28.28%,而到了1998年以后,刑事抗诉案件的改判率则一直维持在14%左右。但是,1998年以后抗诉改判率的下降是以上诉案件维持率下降以及审判监督案件的改判率的提高为代价的。参见冯军:《刑事判决的合法性研究——在政治社会学语境中的分析》,中国法制出版社2008年版,第240~241页。

者并不奢望本书能起到这样的作用，能够引起人们对刑事法治建设的一点点反思就足矣！从微观层面来看，由于它强调刑法解释必须与个案相结合，强调解释过程中的充分沟通，强调刑事判决必须进行充分的说理、论证，它能够充分发扬司法民主，增强刑事判决的合法性的同时当然也就增强了当事人以及民众对刑事法律的认同感，对于和谐社会的建设当然也是大有益处。

四、选题的思路与方法

（一）研究思路

本书的研究思路应该说是较为简明清晰的：以刑法解释的合法性为总的指导思想，对刑法解释的各问题闾进行分析；而合法性考察的对象则包括方法论的法律（刑法）解释学（规范意义的）与本体论意义上的法律（刑法）解释学（事实意义的）。而作为解决二者对立冲突的方案出现的则是扬弃了二者的以沟通理性为指导的程序主义（法律论证理论）或交涉学的解释模式。

具体来说，第一章首先在介绍、分析解释学基础的基础上，对方法论的法律解释学与本体论意义上的法律解释学进行了阐述与比较分析；其次，阐述了沟通论与法律论证理论的主张；最后，通过对法律论证理论的知识属性辨析，提出了一种以交涉学为基础并借鉴本体论法律解释学合理因素的综合性的法律解释理论观点。第二章以合法性为视角分析了我国现行刑法解释理论中存在的问题。第三章在叙述、评析各种刑法解释目标理论的基础上，提出了确立一种超越主观主义与客观主义的程序意义上的刑法解释目标观。第四章在对我国现行刑法解释体制进行合法性与合理性（正当性）分析的基础上，提出建立一种以沟通理性为基础的参与式的居于一元与多元之间的刑法解释体制。第五章在分析传统刑法解释对象以及刑法渊源理论的基础上，提出建构一种居于规范与事实之间的刑法解释对象观。第六章首先分析了类推解释的实质，提出以沟通主义的进路来界分可允许的类推（法内类推或纵向类推）与不被