

司法 前沿

褚红军 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

本书立足审判工作实际，密切关注当前人民法院审判工作、司法改革以及国家法治建设中的重大理论和实践问题，研究解决司法实践中新型、疑难和特殊的法律问题，以刊载与审判工作实际紧密结合的理论研究、调查报告、案例研究成果为主要特色……

人民法院出版社

2008年第1辑(总第7辑)

褚红军 ◀ 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

司法 前沿

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法前沿. 2008 年. 第 1 辑: 总第 7 辑/褚红军主编.
—北京: 人民法院出版社, 2008. 12
ISBN 978-7-80217-742-0

I. 司… II. 褚… III. 司法—中国—丛刊
IV. D92-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 180498 号

司法前沿 (2008 年第 1 辑·总第 7 辑)

褚红军 主编

责任编辑	陈燕华 范金龙
出版发行	人民法院出版社
地 址	北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话	(010) 67550583 (责任编辑) 67550516 (出版部) 67550558 67550551 (发行部)
网 址	http://courtpress.chinacourt.org
E-mail	courtpress@sohu.com
印 刷	汉印印刷有限责任公司
经 销	新华书店

开 本	890×1240 毫米 A5
字 数	383
印 张	14.25
版 次	2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-80217-742-0
定 价	35.00 元

版权所有 侵权必究

《司法前沿》编辑委员会

主 任：褚红军

委 员：（按姓氏笔画为序）

弓建明	王春年	王浩铎	孙坚强
华俭学	刘一勤	刘 芸	刘 勇
朱竞艳	陈荣庆	陈靖宇	陆志耘
邹建南	张 晖	周 健	金 飏
金玮琳	郑 元	姚旭斌	周云霞
赵建聪	赵卫民	徐振华	凌 芝
袁 挺	蒋伟平	蒋惠琴	谢唯成
裴全华			

卷首语

由无锡市中级人民法院编辑的《司法前沿》系列出版物面世了，这是一件很有意义的事情。它体现了无锡中院顺应时代发展对法院工作提出的新要求，破解人民法院改革发展中的新问题，夯实人民法院工作的基础，提高人民法院整体司法能力的坚定决心和勇气。

党的十六届四中全会提出了构建社会主义和谐社会的崭新命题，这是我们党对中国特色社会主义事业认识的新发展，是当代中国经济社会发展的新的重大战略。人民法院作为国家机器的重要组成部分，在推进依法治国基本方略，建设社会主义法治国家，构建社会主义和谐社会的历史进程中，肩负着保障在全社会实现公平正义的神圣使命；人民法院通过审判职能的充分发挥，积极倡导诚信友爱的社会价值取向，维护和保证社会的安定有序，为建设一个权利受尊重、利益可保障、纠纷可化解、人民安居乐业，人与自然和谐相处的社会发挥着重要的职能作用。当前，伴随着我国改革开放的逐步深化和社会主义市场经济的不断发展，人民法院的审判领域不断拓展，审判工作日趋复杂，疑难案件层出不穷，法院面临前所未有的压力和挑战。人民群众日益增长的

司法需求与司法功能相对滞后的矛盾日益突出。新形势下，人民法院要坚持“公正司法、一心为民”的指导方针，充分发挥审判职能作用，大力增强司法能力，不断提高司法水平，为改革、发展、稳定提供坚实的司法保障。无论是分析形势还是破解难题，无论是解决司法实践中的问题还是进行司法改革和理论的创新，都需要来自第一线法官的感悟、思考和研究。

《司法前沿》的面世，有助于引起社会各界对基层司法状况和发展的足够关注。众所周知，我国的法官人数和审判案件数，基层法院都占绝大多数，对整个审判体系起着基础和支撑作用。正如一位学者所言，中国最重大的案件也许都是由中级以上法院审理的，但是，与中国老百姓的日常生活最为密切的案件几乎都是由基层法院审理的。基层法院处于化解社会矛盾、维护社会稳定的最前沿，审判工作任务比较繁重，矛盾集中而直接，而且由于诸多因素的制约，它们在物质基础、司法环境、司法保障等方面面临的困难较多。面对这一现实，要扎实有效地做好基层法院的各项工作，就要求广大法官不仅要具备忠于人民、忠于法律、公正无私的司法品格，还要具有协调各方、争取理解、取得支持的司法智慧和综合能力。基层法院是司法的基础和代表，能否有效地发挥作用，直接影响司法制度的有序运转和司法功能的有效发挥。关注中国法治建设，通过司法实现全社会的公平和正义，立足点无疑应放在基层法院。这份专辑主要展示作为中国东部沿海经济较发达地区之一的无锡市两级法院立足审判职能、加强基层建设所作出的种种努力和探索，从而以点窥面，反映基层司法的发

展状况，以期引起人们对基层司法工作的重视和研究的兴趣。

《司法前沿》的面世，有助于为学术界研究中国基层司法制度提供鲜活的素材。由于制度的分工，基层法院承担着大量的初审案件的审判任务，它们不得不每天面对大量的复杂事实争议及其相关的法律适用，这就决定了基层法院的制度创设、角色与功能定位、权力与结构安排、人员与机构设置及资源配置、运作的程序与理念等，不同于中级以上法院。要破解长期困扰基层法院审判工作正常运转的体制性和机制障碍，必须对这些问题进行深入的理论研究和实证分析。尽管近年来已有不少学者展开对我国基层司法制度的研究，并取得了一定成果，但由于实证材料的缺乏等原因，学界对基层司法制度的研究尚有待进一步深化。而《司法前沿》通过提供来自基层法院审判工作、队伍建设、法院改革的一幅幅生动图景，则可以为学术界深入研究中国基层司法制度提供一些有价值的实证素材。

《司法前沿》的面世，有助于为广大基层法官提供一个学习交流、共同提高的新平台、新园地。任何制度的实施和发展均有赖于制度实践者的基本素养和技能。具备扎实的法学理论功底、拥有宽广的知识结构和视野，深刻把握中国社会变化对司法的新需求，是时代对中国法官司法能力提出的新要求。各级法院尤其是基层法院法官的司法能力的增强和司法水平的提高，需要进一步创新学习方法，在学习中增长才干，在学习中提高水平，不断提高法学理论水平，逐步养成良好的法律职业思维，提高解决司法实际问题的能力。

希望专辑的编辑者能够始终坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，围绕“公正与效率”工作主题，立足审判工作实际，密切关注当前人民法院审判工作、司法改革以及国家法治建设中的重大理论和实践问题，研究解决司法实践中新型、疑难和特殊的法律问题，以刊载与审判工作实际紧密结合的理论研究、调查报告、案例研究成果为主要特色，以实现理论与审判工作的良性互动为目的，充分展示基层司法审判工作的新进展，法院改革的新举措，队伍建设的新风貌，司法管理的新方法，基层建设的新经验，使人们阅后能有所启发，有所收获。

衷心祝愿《司法前沿》越办越好。

公丕祥*

* 法学博士、江苏省高级人民法院院长。

目 录

专家特稿

罪刑法定视域中的刑法适用解释	梁根林 (1)
试论公司捐赠的司法政策	
——从万科捐赠风波谈起	罗培新 (47)

司法前沿研究

轻微刑事案件和解的理性思考	
——以被害人的权利为视角	刘 芸 (57)
因第三人侵权致工伤的工伤保险赔偿与侵权损害	
赔偿的理性选择	黄 靓 (87)
论公路管理瑕疵的赔偿责任	何丽萍 (99)
肖像权纠纷案的裁判标准	何向东 王晓鹏 (112)
有限责任公司股东资格确认之证据分析	周 馨 (128)
公司诉讼的多重程序构建	姜丽丽 (144)
论对国内仲裁裁决的司法救济	徐 华 (158)
论我国行政信访的正当程序	华敏洁 (170)

探索与争鸣

浅析地域文化与法院精神文化建设

——兼谈吴文化对无锡法院精神文化之

影响 赵建聪 韩 蓓 (193)

民事再审向何处去 徐盛希 陈 程 (205)

巨额财产来源不明罪的客观行为要件研究 刘 谦 (231)

相约户外自助游人身损害法律责任若干问题

探究 何 薇 (243)

知识产权使用权出资方式下公司的先天性缺陷

及其修补

——以专利权为视角 陆 超 (257)

形式主义抑或实质主义：论信托型资产证券化的

司法审查标准

——以金融司法新理念为视角 顾 权 (274)

完善民事诉讼回避制度的若干思考 李 风 周 科 (290)

论和谐社会视野下的司法审判与媒体监督 林春江 (304)

和谐社会视野下的调判关系

——论我国民事案件调判结合办案方式之

完善 夏明丰 (322)

重点调研课题

刑事被害人国家救助制度的理性

构建 无锡市中级人民法院课题组 (338)

关于无锡市工伤认定行政争议的调查报告 刘一刚 (363)

域外考察与借鉴

关于参加中英青年法官合作培训项目学习的情况

报告 蔡 毅 (375)

关于参加美国天普——清华项目学习情况的

报告 沈冬梅 (410)

案例研究

刘宏职务侵占案 张亚静 沈莉波 (422)

程新伟共同犯罪退赃后诉巫庚翔等追偿

多退的赃款案 周耀明 陈丽芳 (430)

专家特稿

罪刑法定视域中的刑法适用解释

梁根林^{*}

“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”

——Oliver W. Holmes (1963)

一、问题的提出——为什么要重提刑法解释

现代法学业已达成这样一个共识，无论立法者多么充满理性和睿智，他们都不可能像万能的上帝那样全知全觉地洞察立法所要解决的一切问题，也不可能基于语言文字的确定性和形式逻辑的完备性，而使法律文本的表述完美无缺、逻辑自足。作为立法活动产物与立法智慧结晶的法律文本，不可避免地具有规范性、抽象性、静态性、孤立性等诸多特点与滞后性、开放性、模糊性、不确定性等诸多局限，因而不能自动地与呈现具象性、动态性、复杂性、牵连性的个案事实形成恰当的对应关系。法官在适用法律处理个案时，亦不可能如自动售货机般地投入法条和事

^{*} 北京大学法学院教授、博士生导师、《中外法学》主编。

实,径直输出法律判决。相反,法律的意蕴只有通过司法者对法律的理解、解释和适用才能表现出来。法律解释既然不可避免,问题的关键就只在于如何认识解释以及怎样解释。

为什么要重提刑法解释、刑法解释为何又在最近成为刑法学研究的热点问题?这是与现行刑法确立的罪刑法定原则直接相关的。《刑法》第三条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”该条确认的罪刑法定原则标志着我国刑事法治进程的重大进展。罪刑法定要求严格限制司法者的自由裁量权,严格按照刑法的规定处理个案,不能自由地解释刑法,更不能突破刑法规定对法无明文的行为类推适用刑法。正是在罪刑法定原则的语境下,我国司法实践和刑法理论研究对于如何贯彻罪刑法定原则、如何在罪刑法定原则的规制下正确解释和适用刑法,逐渐产生了一些重大的分歧,这些分歧有的已经直接影响到刑法的正确适用。近年来,引起我本人强烈关注的刑法解释与刑法适用问题主要包括:(1)四川、北京、上海、南京、长春、广东等地的一些酒吧、茶屋或者其他营业性、娱乐性场所先后发生组织男性向同性恋者卖淫案,能否适用《刑法》第三百五十八条按组织卖淫罪定罪处刑?(2)上海、辽宁、四川、山西等地先后进入司法程序的婚内强奸案件的不同适用与定性;(3)2003年1月23日最高法院批复辽宁高院的请示对《刑法》第二百三十六条第二款奸淫幼女的司法解释及其引发的争议;(4)刘涌黑社会性质犯罪组织案件首要分子刘涌的责任认定——集团犯罪的首要分子的刑事责任如何确定;(5)作为《刑法》第二百六十三条规定的八种加重处罚情节之一的“冒充军警人员抢劫”如何解释,如果军警人员公然利用军警身份进行抢劫的,能否解释为“冒充军警人员抢劫”予以加重处罚?(6)贿赂案件的认定存在的种种争议(涉及贿赂的界定、受贿故意形成时间的认定、各种非典型受贿犯罪的认定、夫妻共同受贿的认定);(7)安乐死问题的处理:安乐死的合法化与犯罪化之争凸现了我国刑法解释理论涵养的贫瘠和司法操作技

术的阙如；(8) 侵占罪侵占对象、行为要件的适用解释。(9) 巨额财产来源不明罪的违法性本质、刑事政策功能以及证明责任的分配问题。(10) “非典”时期“两高”关于传播突发传染病按以危险方法危害公共安全罪论处的司法解释。

在笔者看来，这些问题与争论的根源在于如何认识罪刑法定，如何认识刑法解释，如何根据罪刑法定原则的要求正确地解释刑法。本文将结合对上述具体刑法解释与刑法适用问题的回答，探讨罪刑法定视域中刑法适用解释的一般原理与立场，以期对罪刑法定原则规制下正确解释与适用刑法有所裨益。

二、刑法解释论的基点——刑法文本及其特殊性

刑法解释的对象是刑法文本。刑法文本是立法者为了实现一定的立法目的，通过正当法律程序，运用日常生活用语或者专业法律术语，按照一定的篇、章、节、条、款、项的体例编排，根据一定的语法关系与逻辑结构加以创制的。特定的日常生活用语或者专业法律术语构成刑法文本赖以存在的原子，而体例编排、语法关系和逻辑结构则是这些特定语词的存在方式。立法者的立法意图、刑法文本的意旨，因而不仅取决于这些特定的日常生活用语或专业法律用语语词本身的含义，而且也可能因刑法文本的体例编排、语法关系与逻辑结构而定。

刑法文本涵义的这种体例、语法与逻辑制约性，一方面为刑法文本的体系解释法的运用提供了逻辑可能性，另一方面又对刑法文本的体例、语法与逻辑本身提出了独立的解释要求。亦即，虽然刑法解释主要是就刑法文本中产生疑义、歧义、出现漏洞、不足、需要明确其含义或者填补法律漏洞的特定语词本身进行阐释性或创制性解释，但也不排除在特定情况下将解释的焦点从特定语词本身转移至刑法文本的编排体例、语法关系与逻辑结构，通过对刑法文本的编排体例、语法关系与逻辑结构的分析，发现真正的立法意旨。例如，我国《刑法》第一百五十八条至第一百

六十条，均以实施相应构成要件行为并且“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”，为虚报注册资本罪、虚假出资、抽逃出资金罪或者欺诈发行股票、债券罪的构成要件。在理解法定的“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”犯罪构成定量标准时，不仅要求我们正确理解“数额巨大”、“后果严重”、“或者有其他严重情节”这些语词本身的确切含义，而且要求恰当地把握“数额巨大”、“后果严重”与“或者有其他严重情节”三者之间的逻辑关系，即三者在语法与逻辑上到底是并列关系还是择一关系。其中，发生歧义、成为问题、需要解释的，主要是“数额巨大”与“后果严重”在语法和逻辑上是并列关系还是择一关系。由于刑法文本只是在两者之间用“、”加以分割，没有用“和”或“或”加以明示，而“、”在中文语法上既可以表示两个近似或相同的事项的并列关系，也可以表示两个近似或相同的事项的择一关系，因此，这三种犯罪的构成要件定量标准是同时包括“数额巨大”和“后果严重”，还是只要求符合“数额巨大”或“后果严重”其一即为已足，就不无疑义和歧义，由此可能直接制约对刑法文本的解释与适用。如果把“数额巨大”与“后果严重”理解为并列关系，在逻辑上就表现为增加了刑法文本的内涵，内涵的增加相应地会导致刑法文本外延的缩小，从而在适用上表现为收缩刑法文本适用范围。如果将两者理解为择一关系，在逻辑上就表现为减少了刑法文本的内涵，内涵的减少相应地会导致刑法文本外延的扩展，从而在适用上表现为扩大刑法文本适用范围。

作为一种法律解释，刑法文本的解释无疑具有法律解释的一般共性，应当遵守法律解释论的一般要求和一般规则。但是，刑法解释论更应当强调由刑法文本的特殊性所决定的解释目标、解释方法、解释顺序以及解释规则的特殊性。与民法文本比较，刑法文本的这种特殊性突出地表现在：

1. 刑法文本与民法文本具有完全不同的调整对象和调整范围。

民法调整的是平等主体之间在日常社会生活中发生的以民事

权利与民事义务为基本内容的财产关系和人身非财产关系，这种社会关系属于正常的社会关系。民法调整的社会关系的正常性，使民法面临无限广阔的调整范围，要做到法定主义实在不可能。因此，民法必须讲究灵活，必须能够追随不断发展的社会生活并与其保持协调。

刑法调整的则是国家和个人之间的因为犯罪而引起的以国家行使刑罚权、犯罪人承担刑事责任为基本内容的一种权力支配与服从关系，这是立法者精心筛选和过滤的非常的和有限的社会关系。这种社会关系的非常性和有限性使得罪刑法定客观上成为可能，而由这种社会关系的权力支配与服从的本质亦使得罪刑法定成为必要。因此，刑法文本应当更为强调安全，使得人们对刑法禁止的行为的法律后果可以预测，不必担心来自国家的突如其来的打击，从而保证人们的自由、财产和生命。刑法调整对象的有限性、非常性和不平等性，决定了片断性、不完整性和相对性不可避免地会成为刑法文本的固有属性。刑法文本的片段性、不完整性和相对性，应当成为刑法创制与刑法解释的前置观念。

2. 刑法文本在法律体系中相对于民法文本居于“第二次法”的法律地位。

民法以确认权利义务的方式调整民事行为，并通过对侵权与违约行为追究民事责任的方式，实现对民事关系的规范性调整。在法律规范体系中，民事法规范属于“第一次法”。刑法是在民事法、行政法等第一次法规范对正常社会关系进行第一次法调整的基础上，通过追究刑事责任、裁量和执行刑罚的方式对第一次法调整无效的严重不法行为进行的第二次调整。在第一次调整成功的情况下，即不存在刑法干预的可能。只有在其他法律部门或者社会控制体系无法有效地控制不法行为，不法行为的公共危害程度已经达到了需要刑法干预的时候，刑法才以其特有的严厉性、强制性与痛苦性的强制手段出面干预不法行为、维护法秩序和公正正义。就此意义而言，刑法可以说是其他一切法律的保障法，刑法的干预是补充其他法律第一次干预不足的第二次干预，

因而具有所谓第二次性或者最后手段性。刑法是对不服从第一次规范如民法规范、行政法规范所保护的利益进行强有力的第二次保护的规范，刑法的这种特性因而被称为刑法的第二次法性质或最后手段性。^① 这是从刑法的功能及其在社会控制体系、法律规范体系中地位的分析中合乎逻辑地得出的应有的结论，也是现代刑事法治和刑事政策应当确立的一个最重要的刑事法理念，更是刑事立法和法理解释所必须遵循的刑法的基本原则。

刑法的最后手段性早期为刑法立法政策的原则，为罪刑法定主义的发展基石。现代更表现为刑法解释的谦抑性原则。例如：可罚的违法性理论与期待可能性理论的法律创见，虽然形式上具有犯罪构成要件的该当性，只是实质评价上于情于理应认无可罚性或者无非难可能性，则应阻却犯罪的成立。此外，禁止扩大处罚或保护法益的类推解释等都是刑法谦抑的具体要求。

3. 刑法文本具有完全不同于民法文本的法律属性。

刑法适用的依据发生了符合构成要件的犯罪行为，适用对象是实施犯罪行为的人，适用的主体是掌握公共权力的国家。犯罪行为具有公共危害的性质，国家动用公共权力干涉和限制个人权利，同样具有公共性质（代表公众和社会整体、运用公共权力、维护公共秩序），因而规范国家刑罚权行使的刑法也具有公共性质，是为公法。

刑法是公法体系中最具有强制性的一个法律部门，刑罚权也是和平时最具有暴力性的国家公权力。刑法的适用不仅关系到法益的保护、秩序的维持，而且必须投入巨大的刑罚资源，运用不当，则必然加剧社会对抗，伤及国家和社会。德国学者耶林曾经断言：“刑罚犹如双刃剑，用之得当，则国家和人民皆获其益；用之不当，则均受其害。”刑法的适用、刑罚权的启动，因而必须做到“动之于必动，止之于当止”。这是我们在解释和适用刑

^① 宫本英修：《刑法大纲（总论）》，弘文堂1935年版，第3页；泷川幸辰：《犯罪论序说》，有斐阁1955年版，第4页；泉二新熊：《日本刑法论（总论）》，有斐阁1936年版，第178页。