

法律 应用研究

最高人民法院法律政策研究室 编

2

2002



专家论坛

立法、司法聚焦

刑法应用问题研究

刑事诉讼法应用问题研究

民事诉讼法应用问题研究

案例评析

立法问题研究

中国法制出版社

D920.4

301

(2)

2002 年第 2 辑

法律应用研究

最高人民法院法律政策研究室 编

中国法制出版社

责任编辑 王淑敏

图书在版编目(CIP)数据

法律应用研究/最高人民法院法律政策研究室编.
-北京:中国法制出版社, 2002.6

ISBN 7-80083-826-9

I. 法… II. 最… III. 法律-应用-研究-中国
IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 045522 号

法律应用研究 2002 年第 2 辑

FALU YINGYONG YANJIU

编者/最高人民法院法律政策研究室

经销/新华书店

印刷/保定市印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

印张/7.125 字数/157 千

版次/2002 年 6 月北京第 1 版

2002 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-826-9/D·791

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价: 10.00 元 (全套 6 册 定价: 60.00 元)

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

《法律应用研究》编辑委员会

主 编：戴玉忠

副主编：陈国庆 穆红玉

编 委：(以姓氏笔画为序)

王守安 王保权 王建平 罗庆东

周苏民 线 杰 韩耀元

特约编委：

张朝霞 赵屹松 李兴友 刘夏平 苑瑞先

高宗仁 聂晓生 张东军 罗昌平 尹 吉

黄生林 丁芙蓉 林贻影 于 峰 郝广谦

阎河川 廖焱清 丁维群 曾伊山 罗绍华

张远南 郝伟民 冉鄂兰 陆云生 安 南

吕万明 梁晓淮 路晋军 房建忠 杨 波

李文淦 焦甸凉 程相会

特约编辑：

王昭峰 王济民 党效群 崔 峰 郭庆文

刘树元 张 尧 樊忠诚 吴毓韬 唐有朝

糜方强 张继政 滕 忠 刘志成 牟义军

郭献民 李少波 段志凌 周作学 全 莉

李永利 王艳阳 杜树生 孙穆堃 马天山

邢效武 冯耀辉 李宁玉 李玉莲 朱金荣

汪红杰 尚 丽 刘 明

执行编辑：罗庆东 王建平

前 言

为推动法律应用研究和司法解释工作，为各级检察机关、公安机关、审判机关、司法行政部门具体应用法律工作提供权威、准确的指导和研究意见，同时也为学术研究提供有价值的参考，最高人民检察院法律政策研究室编辑了《法律应用研究》丛书。

《法律应用研究》立足于司法实践，突出应用性、权威性，主要宗旨是通过对法律应用问题的研究提出适用法律意见，为执法、办案等工作提供指导，同时为制定司法解释提供实践和理论依据。

《法律应用研究》定期编辑出版，每辑根据实际需要设置“专家论坛”、“立法、司法聚焦”、“刑法应用问题研究”、“刑事诉讼法应用问题研究”、“民事行政法律应用问题研究”、“立法、司法解释释义”、“案例评析”、“立法问题研究”、“资料库”等栏目。

我们热忱欢迎法律专家、学者以及从事立法、司法实务工作的同志为《法律应用研究》撰写有关文章、案例，共同推动法律应用研究和司法解释工作，繁荣法律研究园地。

最高人民检察院法律政策研究室

2002年2月

欢迎来稿、欢迎订阅

《法律应用研究》由最高人民检察院法律政策研究室编辑，每期根据实际和需要设置如下主要栏目：

1. 专家论坛：刊登法学界资深人士的文章，围绕司法实践中一些重大疑难问题，发表全面、深刻、权威性的观点。

2. 立法、司法聚焦：刊登围绕当前立法及司法实践中的热点问题的研究争鸣文章、研究综述、研讨会综述、访谈，以及一些优秀的调研文章等。

3. 刑法应用问题研究：主要围绕司法实践中反映的刑法应用问题，结合拟制定的司法解释研究情况，刊登由有关同志撰写的就如何适用刑法提出倾向性意见的文章，指导司法实践。

4. 刑事诉讼法应用问题研究：主要围绕司法实践中反映的刑事诉讼法应用问题，结合拟制定的司法解释研究情况，刊登由有关同志撰写的就如何适用刑事诉讼法提出倾向性意见的文章，指导司法实践。

5. 法律、司法解释释义：刊登全国人大常委会法工委、高检、高法、公安部等有关部门领导及负责具体起草工作的同志撰写的有关法律、立法解释、司法解释以及其他有关规范性文件应如何理解和适用的文章。

6. 立法、司法解释评析：刊登各级检察机关、法院、公安机关等办案一线的同志就司法实践中发现的立法、司法解释存在的问题、应如何完善以及提出有关立法、司法解释

建议的文章。

7. 案例评析：刊登通过典型疑难案例的分析提出应如何适用法律的文章。

8. 个罪研究：针对刑法规定中的新罪、常见罪、重点罪，刊登对该新罪、常见罪、重点罪司法认定中存在的疑难问题进行详尽阐释的文章。

9. 法律文书选评：选登优秀法律文书，并进行评析。

10. 域外法制：有针对性地介绍一些国外立法和司法情况、动态。

11. 研究动态：主要刊登国家立法动态、最高司法机关有关法律政策研究工作的重要部署、研究动态。

12. 资料库：刊登“两高”现行有效的司法解释及有关司法解释性文件，选登有关的法律、法规及国外有关法律资料等。

《法律应用研究》热忱欢迎法律专家、学者以及从事司法实务工作的同志撰写有关文章、案例，形式不限。来稿请寄最高人民法院法律政策研究室《法律应用研究》编辑部（地址：北京北河沿大街147号，邮编：100726），欢迎发送电子邮件：flyy 715 @ sohu. com。来稿请附作者简介，并详细写明通信地址、邮政编码。来稿采用与否，一律不退，一经采用，即付稿酬。

《法律应用研究》由中国法制出版社定期出版，两月一辑，定价10.00元，全年六辑，定价60.00元。邮购另附15%的邮挂费。



目 录

专家论坛

刑法解释论析 / 屈学武..... (1)

立法、司法聚焦

最高人民法院清理司法解释和规范性文件

工作综述 / 李永利 周作学 史海东 文向民... (23)

入世“过渡期”渎职侵权等职务犯罪的

发展趋势及其对策 / 徐汉明 金鑫..... (37)

刑法应用问题研究

偷税罪存在的问题及解决的思路 / 卜范城 陈俊丽... (55)

准确把握行贿犯罪 严厉打击行贿犯罪 / 罗昌平... (68)

刑法应用问题研究

走私案件审查批捕适用法律问题研究 / 广州市

人民检察院批捕处、调研室课题组..... (82)

对公安机关就同一事实证据再次移送审查

起诉的法律思考 / 陈贵荣..... (117)

民事行政法律应用问题研究

单位内部的房地产纠纷到底该不该由法院

受理 / 王发强..... (123)



赔偿问题研究

试析错捕形成原因兼谈预防和减少错捕

赔偿案件 / 陈成霞 (133)

检察实践

略论知识产权法律保护与检察工作 / 郝伟民 (141)

浅议民事检察与刑事检察理念之

差异 / 马济林 程锦萍 (153)

立案监督中不应忽视的一个问题 / 王宇新 (162)

法律、司法解释释义

《最高人民检察院关于非法经营国际或港澳

台地区电信业务行为法律适用问题的批复》

的理解与适用 / 孟燕菲 (166)

《最高人民法院、最高人民检察院关于执行

〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充

规定》的理解与适用 / 罗庆东 (171)

立法问题研究

加入国际人权两公约后刑讯逼供犯罪的

刑法规制 / 吴孟栓 (176)

内地与香港特别行政区之间在跨境犯罪上

的刑事管辖权冲突 / 张玉梅 (191)

案例评析

对因己方的轻微不法行为引来的不法侵害

行为人实施打击,致人死亡的,应如何

定性 / 罗厚庆 (208)

酈某的行为是否构成妨害作证罪 / 张远南 (214)



专家论坛

刑法解释论评析

屈学武

一、刑法解释论的产生及其性质

刑法解释论，是建立在法律解释论基础之上的、对刑法规范各类解释理论的总和。法律解释论起源于法律释义学。法律释义学是释义学的分支学科，因而法律释义学起源于一般释义学，又称解释学。在当今，它泛指任何解析、诠释和阐发有关人文、神文科学乃至其他社会、自然科学知识及其社会准则的内涵、外延及其思想精髓的学问。

对释义学，根据形式逻辑的划分标准，可细分为多类分支学科。例如根据其释义方式的不同，可分类为语义释义学、实义释义学、形式与内容相统一的全文释义学；根据其释义对象的不同，又可划分为宗教释义学、艺术释义学、哲学释义学、法律释义学等。

对释义学的正式形成时期，尚有争议。然而，有关释义学亦即解释学的思想，早在古希腊时代已经产生。希腊文 Hermeneutike（解释学），是由词根 Hermens 演化而来的，而 Hermens 词根，最早代表的却是古希腊传说中的某位专



司传递和解释“神谕”的神使的名字——这位神使不仅传递神与人之间的信息；而且承担着对“神谕”作注解、阐释、解说的工作。因而在前解释学阶段，亦即，在人类解释学尚未形成的解释学雏形期，所谓“解释”，主要是指在阿波罗神庙中对神谕的解说。其解释的要旨在于：（1）使隐藏的东西显现出来；（2）使不清楚的东西变得清楚。^①

随着人类社会的进化、生产力的提高，建构于社会经济基础之上的人类器物文化、制度文化、观念文化亦同步更新。在此条件下，人类与其主宰——统治着整个人类心灵世界的上苍诸神的沟通形式，也由原始图腾式的自然宗教逐渐嬗变为有其特定经文内容的不同民族宗教。由于各民族的或世界性的宗教信仰，集中反映了人们对超自然神灵的崇拜，因而神灵崇拜者们无不籍虔诚地研习宗教经文的态度和方式，来表达其对神灵的景仰和崇拜；进而达致其根据经文的教行善、以便来世攀升天堂的目的。基于此，解释学一经形成，便站在神文科学的立场上，专以宗教经文为其解释对象。因而，早期的解释学又称为解经学，例如从远古时代沿革研习至今的圣经解释学，即为解经学的经典形式。^②但是，严格地说，解经学并非纯正的经文解析学。这是因为，在早期人类社会及其社会人的基本理念中，神事统治着人事，神旨即法旨、圣经即法意，从这一意义上看，早期的圣经解释学又可称为法律解释学的雏形。

与此同时，在宗教、法律的形成与发展过程中，还辩证地有赖于人类对自然、社会乃至人类自身存在及其相互本位

① 参见张汝伦：《意义的探究——当代西方释义学》，辽宁人民出版社1987年版，第3~4页。

② 参见《辞海》，上海辞书出版社1989年版，第2226页。

关系的理性认识，而在此方面，古希腊的天才哲学家们为人类哲学世界观的奠基和发展作出了卓越贡献。然而，古希腊杰出思想家的代表们对正义与理性、自然法与人定法、法治与人治等诸种法哲学观多有争议；另一方面，古希腊哲学领袖们的哲学思想本身确也颇为幽邃玄奥，加之后世哲学家们对哲学本体论、方法论、认识论的主观认识态度、能力及其认识方法上的不同，导致了人们从不同视角不同立场出发，对苏格拉底、柏拉图、亚里士多德、斯多葛派、西塞罗等人的基本哲学观见解各异。基于此，随着人类征服自然能力的不断提高，人对自然的“人化”过程也加速发展——哲学解释学、法律解释学在此基础上应运而生。

法律解释，严格地说，既包括对成文法规范的文义及其精神实质的阐释；也包括对习惯法规范的法律思想蕴涵的解释。其解释机关，最初仅仅为代表神意或政教合一的教会或官方；尔后，随着法律的世俗化，对法律的解释权也逐渐扩大到既可以由官方解释、也可以由民间学术界解释。在当代，前者主要表现为立法、司法、执法机关的有权解释；后者主要表现为学理解释。而无论是立法解释、司法解释还是学理解释，在解释形式上，都不外系统解释、循环解释、逻辑解释、文理解释、历史解释、扩大解释、缩小解释、类推解释等。这些对有关法律规范的认识和适用解释所形成的理论，即法律解释论。

如上所述，刑法解释论，正是建立在法律解释论基础之上的、对刑法规范的诸类解释理论的总和。从大类上来讲，它可以说是关于刑法规范的有权解释和无权解释理论的总和。

对刑法解释论的性质，有的学者认为属“解释学”的分支学科即刑法解释学；还有的认为属于认识和适用刑法的

“方法论”。^① 我们认为,以辩证的观点看,将其归类为刑法解释学似欠稳妥,将其纳入法律解释学或确定为刑法方法论,却各有其道理。这是因为,一方面,从学科体系来讲,毋庸讳言,迄今为止的有关刑法解释论域,尚未形成统合有序的科目体系,因而现今尚难以独撑为一门学科;然有关法律解释的理论体系正日臻完善,因而将有关刑法解释论理放诸法律解释学体系,不仅符合其社会学科应具的系统性、规范性要求;也致法律解释学更符合全面性、统一性的学科要求,因而我们称将刑法解释论纳入法律解释学有其合理性。另一方面,刑法解释触及的关联域虽然涉及哲学、伦理学、社会学、生物学、心理学等多门学科,但刑法规范自始至终占据着其论域中心,这是毫无疑问的。换言之,刑法解释是用解释的“方法”来探究刑法规范的内涵与外延及其源自规范、又超越和指导着规范本身的法律精义。因而,称刑法解释为研究刑法的方法论,不无道理。这正好因应了恩格斯所说的,辩证法不是简单的“非此即彼”、而是除了非此即彼,还在适当的地方承认“亦此亦彼”的道理。

二、刑法解释观上的学术之争

刑法的解释,是指阐明刑法规范的事实的存在及其存在的当为性,以及当为性与事实存在间的内在联系及其规律性的活动。其具体体现是认定事实的解释;定罪、量刑的解释以及执行刑罚和适用刑罚效果的解释;此外,还有关于刑法价值论、目的论的完整刑法体系的解释。^② 除此而外,刑法

① 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法》(上),北京大学出版社1984年版,第9、52页。

② 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法》(上),北京大学出版社1984年版,第55页。

的解释,还包括对刑事法律规范本身的字义解释。例如对现行刑法第20条所规定的正在“行凶”二字的字义解释。^①由此可见,这里所谓解释,实质是以一种精神产品解读另一种精神产品、以一种思想外壳阐释另一种“外壳”的活动。虽然,按照马克思主义的法本体论,这后一种精神产品——即“法律”本是人的主观意志对客观事物的内在规律的表达。但其内容物毕竟是通过“表达”外壳展现出来的,因而仍不免渗透表达者的主观意志、目的、价值取向等。惟其如此,如何掌握刑法解释的限度、范围及其价值取向问题,历来存在着严格限制解释说、自由解释说、目的论解释说乃至社会学解释说等多家学术论争。

以贝卡利亚为代表的刑事古典学派主张“严格限制的解释论”。贝卡利亚认为,刑事法官根本没有解释刑事法律的权利,因为他们不是立法者。因而法官对任何案件所应当作的只是进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律,小前提是行为是否符合法律,结论是自由或者刑罚。贝卡利亚特别指出:“相同的罪行在同一法庭上,由于时间不同而受到不同的惩罚。原因是人们得到的不是持久稳定的而是飘忽不定的法律”。贝卡利亚因而力倡“阻止人们进行致命的自由解释”,认为“多数人专制比一人专制更有害”。^②由此可见,以贝卡利亚为代表的刑事古典学派主张的传统的“罪刑法定主义”,在本质上是排斥司法解释的。意即在贝卡利亚那里,司法解释与罪刑法定主义相抵触,因而所有的解释工

① 如何理解刑法第20条所规定的正在“行凶”,可参阅屈学武:《正在行凶与无过当防卫权》,见陈兴良主编《刑事法判解》,法律出版社2000年4月版,第403~416页。

② (意)贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第12~13页。



作只能由立法机关去作。这也是后人称刑事古典学派的罪刑法定主义为绝对罪刑法定主义、今人的罪刑法定主义为相对罪刑法定主义的原由之一。

对刑事古典学派的严格限制解释论,刑事实证学派持论相反。主张在一定限度之内的自由解释论。以意大利犯罪学家菲利为代表的刑事实证学派,主张允许并适度扩大法官的司法解释权。当然这种扩大,是相对于刑事古典学派的“严格限制”解释而言,不是法外恣意扩大。例如菲利就一方面指出法律总是具有一定程度的粗糙和不足,难以适应社会生活的需要;因此,应当允许法官在适用法律的过程中酌情作出司法解释;另一方面又主张司法不应当侵越立法,认为司法机构的职责首先是遵循和适用成文法。^①由此可见,刑事实证学派的自由解释论,尚不同于近代民法上的自由法(解释)运动。台湾学者韩忠谟称“近世民事法规的自由法运动,以为对法规的解释,不必拘泥于形式上的论理,而应探求时代精神,参酌社会需要,而为适当的运用。此说对于促成民法的发展,厥功至伟,但如适用于刑法,则未见其可”。^②日本刑法学者木村龟一阐释了他的有别于民法上的自由法运动的“刑法目的论”解释观。认为刑法的解释,必须依据指导刑法根本目的的理念为依归。刑法的目的,在于调和社会的利益与个人利益。表现此目的的系刑法条文。因而刑法目的论的解释,不能脱逸刑法明文形式的界限。超越此界限,绝不容许。在这一意义上,刑法的解释,乃系受条文文字拘束的解释,而非自由法论。此为刑法解释的根本要

① (意)菲利:《犯罪社会学》,中国人民公安大学出版社1990年版,第126页。

② 韩忠谟:《刑法原理》1980年版,第66页。

求，也是刑法解释的特殊性。^① 台湾学者陈朴生等更进一步解析了上述目的论解释的内涵，指出，目的论解释是指以达到规定条文的目的意识及其价值意识为必要，而将条文意义及其日常使用语例作更扩大的解释方法论。所谓目的，在此既包括刑法的整体目的，也包括全社会的法秩序目的；根据具体案情，还可包括维护个案所保护的法益目的以及协调社会利益与个人利益的目的、维护法的稳定性、妥当性、实用性等目的。^②

日本刑法学者牧野英一，为了使刑法解释更合拍于时代的要求，提出了他的著名的“时代精神论”，指出法的解释可分为三阶段：第一阶段神意即法旨，因而对传递神谕的宗教经文的文理解释即法的解释；第二阶段把法看做立法者的意志，以此相对应的是逻辑解释；第三阶段把法看做是时代精神的体现，对法进行的是社会学解释。所谓时代精神是指社会的真正要求和正义以及善良风俗等。因此如果把社会思想看做是法律的背景的话，就有必要把法律解释从以前的固定公式中解放出来。^③ 当代社会学法学派创始人 R. 庞德更是主张“一种新的法制史解释”，这种解释即他所谓的“社会工程解释”。^④ 他宣称，社会学法学家目前所要解决的主要问题是，在创立、解释和适用法律方面，应更加注意与法律有关的社会事实。^⑤

① 陈朴生、洪福增：《刑法总则》，五南图书出版公司 1982 年版，第 3 页。

② 陈朴生、洪福增：《刑法总则》，五南图书出版公司 1982 年版，第 4 页。

③ 徐友军：《比较刑事程序结构》，现代出版社 1992 年版，第 90 页。

④ 参见《法律史解释》，华夏出版社 1989 年版，第 138 页。

⑤ 沈宗灵：《现代西方法律哲学》，法律出版社 1983 年版，第 65 页。



除上述论争外,近年来,我国刑法学者还提出了一些多少有别于上述解释观的刑法解释论。例如我国刑法学者王平主张有效性原则说。认为有效性原则是建立我国刑法解释论的核心。其基本内容是:以立法原意为常规,在立法原意与社会现实明显脱节、并且在出现新的案件、且有必要由刑法解释来解决时,即以立法意图为补充的刑法解释有效性原则。王平还就这里提到的立法原意与立法意图概念进行了学理区分,认为前者是指立法者在立法时赋予刑法条文的原始含义;立法意图却是指立法者在刑法条文中表达的目的。^①对此,我国刑法学者陈兴良教授一方面表示称许王平先生关于立法原意与立法意图的区分,另一方面又认为立法“意图”一词总给人一种主观色彩,不如以“立法意蕴”取而代之。陈教授特别指出:立法原意与立法意蕴相比,前者是主观的、基本上是确定的,是一种已“死去的意义”;立法意蕴却是客观的、流动与开放的,是一种“乃活着的意义”。因而主张刑法解释不能拘泥于立法原意,而应在立法意蕴所允许的范围内,使刑法解释起到阐明立法精神,补救立法之不足的功效。^②

三、对不同刑法解释观的辩证分析

对上述种种不同刑法解释观,我们认为,简单地否定任何一种解释法,都不能说是历史地、唯物地、辩证地分析认识问题。这是因为:

第一,刑法解释的机关及其方法,某种程度看是一个变

① 王平:《论我国刑法解释的有效性》,《法律科学》1994年第二期,第31页。

② 陈兴良:《刑法的人性基础》,中国方正出版社1996年版,第537、540页。