

中国高级法官培训中心
全国法院干部业余法律大学

第二届学术讨论会论文选

人民法院出版社

中国高级法官培训中心
全国法院干部业余法律大学

第二届学术讨论会论文选

第二届学术讨论会论文评选委员会编选

人民法院出版社

1991年

中国高级法官培训中心
全国法院干部业余法律大学
第二届学术讨论会论文选
第七届学术讨论会论文评选委员会编选
人民法院出版社出版
(北京市东交民巷27号)
北京东华印刷厂印刷

850×1168毫米 大32开 16.75印张 415千字

1991年8月第1版 1991年8月第1次印刷

印数 00001—10000

书号: ISBN 7-80056-120-8/D·315 定价: 7.90元

说 明

1990年12月，中国高级法官培训中心、全国法院干部业余法律大学在云南省昆明市联合举办了全国法院系统第二届学术讨论会。本届学术讨论会着重研究了在坚持四项基本原则，坚持改革开放的新形势下人民法院在刑事审判工作方面遇到的新情况、新问题。本届学术讨论会论文评选委员会经过评选，从收到的286篇论文中评出优秀论文8篇、获奖论文57篇。会后，经论文作者再次修改、压缩，我们汇编了这本论文选。

值此论文选出版之际，我们谨向热情支持、关心本届学术讨论会的同志和认真组织本地区学术讨论会并向论文评选委员会积极推荐论文的全国各级人民法院、法律业大各分校、各省法官培训中心表示最诚挚的谢意。

本论文选的出版，得到了人民法院出版社的大力支持，我们在此一并表示谢意。

编 者

1991年5月

目 录

优秀论文

论我国刑法司法解释中的几个问题·····	余宏荣 (1)
关于“绑架勒索罪”的立法思考·····	郭浩善 (10)
关于设立高利贷罪初探·····	关学曙 (18)
剥夺军衔初探·····	叶三方 (26)
盗窃案件中有价证券的数额计算 ·····	牛 克 卢小楠 毛凤来 (33)
论庭审中的审判长·····	丁寿兴 (43)
试论附带民事诉讼案件的法律适用·····	范春明 (51)
论我国的毒品犯罪·····	白山云 (58)

获奖论文

论我国刑法中的犯罪结果·····	张 力 (68)
对修改罚金刑几个问题的探讨·····	陈永刚 (78)
试论我国刑法中犯罪未遂和犯罪中止的区别·····	王文生 (87)
试论犯罪中止的时间性条件·····	王荣清 (96)
论犯罪行为的民事责任·····	关中翔 (104)
论量刑情节及其适用·····	周荣生 (114)
撤销缓刑的条件之管见·····	徐 林 练 强 (122)
试论将坦白列为法定从轻情节·····	潘季林 (126)
民族自治地方变通适用刑法若干问题的探讨·····	叶祥考 (133)

论刑事司法的协调及其刑法保障·····	崔志东 闻长智 (141)
完善“刑度调节例”立法浅谈·····	黄明利 (152)
审判少年犯罪必须贯彻“教育、感化、挽救”方针 针·····	王德兴 (159)
论军职罪非军内人员共犯的立法完善·····	盖新琦 (168)
论我国刑法司法解释的原则·····	闻长智 (174)
刑法分则立法技术二题 ——兼论刑律的发展和完善·····	张志忠 (182)
浅议故意伤害罪中的“情节恶劣”·····	杨聚章 李 红 (191)
试论抢劫罪分类的理论与司法实践·····	赵世俊 (198)
建议我国刑法增设哄抢罪·····	余学群 (208)
浅谈破坏性盗窃·····	陈 荣 (214)
试论盗窃有价证券犯罪的认定·····	杨建军 刘兴良 (220)
论提高盗窃罪数额起点·····	庄道成 杨咏梅 (228)
盗伐林木罪浅谈·····	邱贤泽 (235)
论利用经济合同诈骗犯罪与经济欺诈行为·····	葛行军 (243)
单位诈骗犯罪初探·····	李 宁 (253)
对侵占行为定罪科刑问题的探讨·····	黎全阳 (259)
论贪污罪在立法上之不足及其修改与完善·····	张庆民 (267)
试论司法实践中有关挪用公款罪定罪的两个问题 ·····	彭永和 (275)
试论内外勾结贪污或盗窃、诈骗的犯罪性质的认定 定·····	才同方 (286)
拐卖人口须“以违背被害人的意志为前提”说质 疑·····	莫家齐 (294)
当前拐卖人口犯罪的特点和适用法律的探讨 ·····	田永进 王玉玺 (303)
试论拒不执行判决、裁定罪·····	高洪宾 (311)

增补卖淫罪刍议·····	马晓晴 (319)
完善制作、贩卖淫书、淫画罪的立法探索·····	杨正根 (329)
关于增设制造、贩卖有毒食品罪的立法探讨·····	张 刚 (337)
建议增设“拥有毒品罪”、“种植毒品原料罪” ·····	张晋明 (346)
增设“传染性罪”的构想·····	卢 方 (352)
略论增设扰乱监管秩序罪·····	赵旭明 (359)
增设污染环境罪刍议·····	徐兴邦 李 红 (367)
关于对非违职受贿、违职受贿、索贿独立论罪的 思考·····	曾焕楷 (374)
论受贿犯罪的现实特点·····	韩建国 (382)
不能说明巨额财产来源罪探疑·····	柯善芳 (390)
直接原则的理论与实践·····	姜京生 (399)
口供的审查方法浅谈·····	丁 忠 (408)
试析共犯同案被告人不具有证人资格·····	徐 波 (413)
略论人民法院决定逮捕的适用与完善·····	朱春阳 (421)
刑事附带民事诉讼中的几个问题·····	田怀章 (427)
关于刑事附带民事诉讼适用范围的几个问题的探 讨·····	张建宁 (437)
免于起诉与司法实践·····	袁天枢 (445)
试论退回检察院补充侦查的若干问题·····	耿景仪 (452)
试析人民法院在刑事诉讼中的庭外调查·····	薛昌维 (464)
论我国刑事自诉制度的完善·····	吉达珠 刘 峰 (472)
试论一审公诉刑事有罪判决书制作的改进 ·····	周骏如 钱 力 赵建华 (480)
死刑复核程序若干问题研究·····	王策来 吴郁槐 (488)
对刑事申诉的期限、主体、管辖等问题的法律思 考·····	王文起 (499)

试探“审理未成年人刑事案件合议庭”的建立、

审判与发展

——长宁区法院参与社会治安综合治理的新探

索……李成仁 杨传书 张正富 左 燕 张竞模 (507)

试谈拒不执行法院判决案件的诉讼程序……刘兴武 (518)

拒不执行人民法院判决、裁定案审理程序的探

索……徐 懿 (524)

优秀论文

论我国刑法司法解释中的几个问题

余 宏 荣

刑法为力求简化，并能适应于复杂的具体事物起见，其规定一般都比较原则，其中不乏概括性的笼统规定，因而，刑法条文规定的内容自然不免缺乏明确性及具体性。同时，已经成文的刑法是以文字表示法律意思，欲以抽象的文字适用于具体的事实，常常会发生疑义。加之社会发展，一日千里，事物变化，千姿万态，要以有限的刑法条文，应付层出不穷的社会生活变化，难免有短绌之虞。而法律一经制定，公布施行，非经立法程序又不能轻易更改，尤其是对于公民生活有重大影响的刑法，更不能时常轻易修改，恐失其稳定性。司法机关在具体应用刑法过程中，为了使刑法能准确、贴切地适用于某一具体事实，就必须先使刑法的内容趋于明确、具体。于是，刑法适用中的司法解释遂应运而生，它是联结刑法规范与刑事司法工作的桥梁。

一、刑法司法解释的概念及其特征

界定刑法司法解释，目的有二，其一是揭示刑法司法解释所特有的内涵；其二是从概念上明确刑法司法解释与其他相近概念之间的区别。概览有关论著，学者们提出过以下几种主要观点：

1. 刑法司法解释是最高人民法院、最高人民检察院（以下简称最高两院）就如何具体应用刑法的问题所作的解释。

2. 刑法司法解释是司法机关（包括地方各级法院、检察院）就如何适用刑法所作的解释。

3. 刑法司法解释是司法机关在刑法运用中所作的解释，还应包括司法人员（如法官）在办理具体案件中就如何运用刑法所作的解释。

围绕刑法司法解释的定义所产生的分歧，焦点集中在刑法司法解释的主体上，而要解决这一问题，又得从司法解释权的来源探讨起。司法解释是一种有权法律解释。那么，这种解释法律的权力是由国家权力机关特别授予的，抑或是司法机关自然具有的？笔者认为，司法解释权是由国家权力机关以确认的形式授予特定的司法机关的。

人民法院组织法在《人民法院的组织和职权》一章中，特别授权“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题，进行解释。”1981年6月第五届全国人大常委会第十九次会议通过的《关于加强法律解释的决议》第2条更明确规定：“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院工作中具体应用法律、法令问题，由最高人民检察院进行解释。”此《决议》不仅进一步确认了最高人民法院的司法解释权，而且将司法解释权也授予了最高人民检察院。由此可见，司法解释权只能由国家权力机关特别授权的司法机关行使，其他国家机关，包括未经法律授权的人民法院、人民检察院，都不能行使司法解释权。就此问题，最高人民法院还专门作出了《关于地方各级人民法院不应制定司法解释性文件的批复》。

刑法司法解释是司法解释的重要内容和组成部分。明确了司法解释权只能由国家权力机关特别授权的司法机关行使，也就具备了给刑法司法解释下一较为确切的定义的前提条件。我们可以把刑法司法解释定义为：刑法司法解释，是指由法律授权的司法

机关对具体应用刑法的问题所作的、具有法律效力的解释。除此之外，其他司法机关所作的解释及司法人员在办理具体案件中对法律的个人理解，都不是严格意义上的司法解释。

从上述刑法司法解释的概念中可以看出，我国的刑法司法解释具有以下三个基本特征：

第一，解释主体的法定性。与刑法立法解释相比较，刑法司法解释和其他司法解释一样，其主体只能是国家权力机关以法律形式特别授权的司法机关。依照《关于加强法律解释工作的决议》，目前我国享有刑法司法解释权的只有最高人民法院、最高人民检察院，其他任何国家机关和地方各级法院、检察院均无权行使。有人著文提出，以往司法解释文件的制作者，不仅有最高人民法院、最高人民检察院，而且还有公安部、司法部、民政部等部门，这实际上是让这些部门也享有司法解释权，是不合法的，提议绝对禁止这种现象存在。对此，笔者认为，纯属刑法司法解释的文件，依目前法律规定，其制作者只能是最高人民法院、最高人民检察院，其他任何部门都不能参与制定。以前公安部参与制定关于拐卖人口案件、关于自首、关于强奸案件、关于流氓集团、关于集团犯罪案件等具体应用刑法问题的解答，是不合法的。但是，对既需要刑法司法解释，又需要行政解释的问题，也不妨由司法机关和有关行政部门联合制定“综合性解释”的文件，其中司法解释由有关司法机关制定，行政解释由有关行政机关制定，没有必要为在形式上避开侵权嫌疑，而对同一问题多渠道重复下文。这样既不利于有关文件相互的协调统一，也不便于贯彻执行。

第二，解释范围的特定性。这包括解释对象的特定和解释内容的特定两个方面。解释对象的特定是指刑法司法解释只能以刑法为解释对象，不包括对刑事诉讼法的解释。这里所指的刑法，应理解为全部刑法规范。解释内容的特定是指刑法司法解释的内

容只限于审判、检察工作中具体应用刑法的问题。因此，刑法司法解释不仅要遵守刑法的基本原则和具体精神，而且还要受到刑法法条真意，即法律条文所应表述的真实含意的制约，其解释内容不得违背刑法的法条真意，不得以司法解释代替立法解释，更不得以司法解释修改、补充刑法条文。

第三，解释效力的普遍性。在刑事审判、检察工作中，刑法司法解释的效力在地域、时间上具有普遍、通用性。刑法司法解释是以刑法规范为其解释对象，而刑法是由国家最高立法机关制定和颁布的国家基本法律规范，这就决定了刑法司法解释权一般只能由国家最高司法机关行使。进而，这种由国家司法机关所作的法律解释又确定它必然具有通行全国的法律效力，这种解释对于全国各级法院和检察院具体应用刑法的工作具有直接的指导和约束作用。另外，刑法司法解释的效力不限于对某一个别案件的指导、约束，一旦作出，即具有长期效力，具体司法实践中所遇同类问题，都必须照此办理。

二、刑法司法解释与刑法立法解释的关系

刑法立法解释，简言之，就是指由国家立法机关及其常设机关对刑法所作的解释。刑法司法解释与刑法立法解释同属有权法律解释的范畴，两者关系十分密切。刑法立法解释可以解决最高两院刑法司法解释之间原则性的分歧，协调刑法司法解释；刑法司法解释常常可以发现需要作出立法解释的问题，并为立法解释提供经验材料，促使立法解释更切合社会实际。刑法司法解释与刑法立法解释的主要区别：一是解释的主体不同。刑法立法解释的主体是全国人大常委会，刑法司法解释的主体目前只限于最高人民法院和最高人民检察院。二是解释的内容不同。刑法司法解释必须是在刑法条文的真实含义的范围内对具体应用刑法的问题进行解释，不能超越刑法条文的真实含义的范围；刑法立法解释

在遵守刑法的基本原则和基本精神，不变动刑法条文的前提下，可不受刑法条文真实含意的制约，必要时有权对刑法条文作出超越法条真意的解释。三是解释的任务有所不同。例如，凡属法律、法令、有权解释之间的冲突问题只能采取立法解释，而不能采用司法解释。四是解释效力不同。刑法立法解释与刑法效力等同，高于刑法司法解释的效力，刑法司法解释如果与刑法立法解释相抵触，则应视为无效。

从理论上将刑法司法解释与刑法立法解释二者区分开，简单易明。但在司法实践中，刑法司法解释却往往侵入刑法立法解释的领域。不少学者撰文指出近年来的刑法司法解释文件中，超越刑法条文原意的司法解释时有所见。学者们既指责最高两院不应越权解释，又对最高两院为适应当前社会的急迫需要，解决刑事司法工作中面临的现实问题，在刑法立法和刑法立法解释欠缺的情况下，不得不越俎代庖，作出部分越权解释的窘境而深表同情。由此，多方呼吁加强刑法立法和刑法立法解释工作，以防止刑法司法解释越权。

如何加强刑法立法解释工作？本人认为，应对我国立法解释的体制进行改革。改革的原则是既保证立法解释权的合法行使，又促使立法解释工作富有效率地开展。改革的方案有二：第一种方案是在全国人大常委会内部设立专门的立法解释机构。这种方案合理之处在于能完全保证立法解释权由立法机关行使，无损于立法权的完整。但其也有不切实际的地方。因为立法解释工作的全面开展，既要求有大批法律知识渊博的人才，也要求能直接掌握大量的司法实践材料，而立法机关要长期聚集大批法学人才从事日常的立法解释，现实上不太可能，也势必导致立法机关的机构臃肿，由立法机关直接掌握大量的司法实践的感性材料也比较困难。如果强调立法解释工作必须由立法者躬亲处理，不久，立法机关将会发现它已经被那些潮水般涌来的，看起来平凡，

实际上困难的立法解释请求缠住了手脚,最后,可能是不仅满足不了这些立法解释请求,而且还会直接影响立法机关的立法工作。在我国当前立法工作正需要大力加强的时候,这将得不偿失。第二种方案是立法机关委托最高司法机关起草立法解释文件,而在立法机关内部设置专门的法律解释审查机构,负责审查签发最高司法机关受委托起草的立法解释文件。这一方案既能保证立法解释权的合法行使,又能保证立法解释的及时性、准确性。司法机关在司法实践中掌握了大量有利于法律解释的资料,积累了丰富的司法实践经验,最易发现需要作出立法解释的问题,也最能找出解决问题的方法。立法机关委托最高司法机关起草立法解释文件,既能使立法机关从大量的立法解释工作中解脱出来,也能保证立法解释工作及时满足社会生活的现实需要。在立法机关内部设立专门的法律解释审查机构,则对维护立法解释的严肃性、正确性起到了保障作用。

三、刑法司法解释与地方司法机关指导性文件的关系

所谓地方司法机关指导性文件,是指地方各级人民法院、人民检察院对本地区刑事审判、检察工作所下达的指导性文件。这些文件对相应的法院、检察院具体适用刑法的工作具有一定的指导意义,对制定具有法律效力的刑法司法解释也起到了一定的基础作用,但决不能将这些具体指导刑事审判、检察工作的文件视为刑法司法解释。因为指导性文件与刑法司法解释相比,在主体和效力上是有差别的。制定这些文件的主体不是由国家最高权力机关以法律形式特别授权的司法机关,由此所制定的这些文件也不可能具有普遍的法律约束力,更不能作为刑事审判、检察工作的法律依据。最高人民法院在《关于地方各级人民法院不应制定司法解释性文件的批复》中明确规定:“具有司法解释性的文件,

地方各级法院均不应制定”。由此可以确认，地方司法机关没有司法解释权，所下发的指导性文件也不能视为司法解释。

然而，由于我国人口众多，幅员辽阔，政治、经济、文化的发展不平衡，人民生活水平很不一致，如果对有关具体应用刑法的问题都一律由最高人民法院、最高人民检察院搞“一刀切”式的司法解释，是很难考虑到各地的具体的特别情况，难免出现顾此失彼、“合法不合理”的现象。正因如此，最高法院、最高检察院在有的司法解释性文件中有意规定个别“相对不确定条款”，并授权各省、自治区、直辖市的司法机关可以参照最高两院的司法解释，对某些问题作出符合本地区实际情况的具体规定。如最高人民法院、最高人民检察院在《关于当前办理盗窃案件中具体应用法律的若干问题的解答》、《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》中规定：各省、自治区、直辖市的司法机关可以参照两个《解答》规定的数额意见，根据本地经济发展状况，并考虑社会治安情况，确定本地区认定盗窃、诈骗、投机倒把“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的具体数额标准。又如最高人民检察院《关于正确认定和处理玩忽职守罪的若干意见（试行）》中规定：“关于直接经济损失的数额，各省（区、市）可根据实际情况，适当提高或降低”。这样一来，刑法司法解释的主体就扩大到了各省、自治区、直辖市的司法机关，事实上形成了“二级司法解释”。虽然“二级司法解释”比较符合我国的司法实际情况，具有一定的积极意义，但目前却于法无据，“合理不合法”。如何解决“合理”与“合法”之间的矛盾，以达到既合理又合法的目的，笔者认为，有必要考虑由最高立法机关以法律形式确认最高人民法院、最高人民检察院在必要时，可以授权省级法院、检察院进行司法解释。

四、刑法司法解释与刑事判例的关系

为了正确适用刑法，最高人民法院在作出了大量刑法司法解释的同时，也十分注意以发布刑事判例的方式指导刑事司法工作。司法实践证明，采取刑事判例的方式指导全国刑事司法工作，具体生动，使下级司法机关和司法人员易于对照、比较、借鉴，从而有效地减少和避免了适用刑法中的失调和偏差。适时发布刑事判例是协调全国刑事司法工作的一种重要手段。学者们一致认为最高人民法院发布的刑事判例对全国各级司法机关具有普遍的指导作用，但在刑事判例是否具有和刑法司法解释同等法律效力的问题上则存有分歧。笔者认为，这一问题的答案不应是简单的肯定或否定，而应具体分析，区别对待。分析最高人民法院所发布的刑事判例，其形式有以下三种：

第一种形式是在有关刊物上只登载判例，最高人民法院不附加任何意见。最高人民法院发布的判例多数属于这种形式。

第二种形式是在判例中附加总结审判经验性质的意见或按语。这种形式的判例大多是附加最高法院审判委员会的意见，指明此案例的成功经验，提供各级人民法院借鉴。

第三种形式是最高人民法院在发布判例时，进行法律解释，并明确批示各级法院今后审理同类案件时，应当遵循判例所确定的规则。如最高人民法院鉴于不少人民法院处理破坏军人婚姻案件时，对如何具体应用刑法第181条的规定在理解上不够明确，于1985年7月18日印发了《关于破坏军人婚姻罪的四个案例》。这四个判例中除一例是被告人假冒本夫与现役军人之妻以夫妻关系同居外，其余三例的被告人均是长期与现役军人的配偶通奸，情节恶劣，并且造成军人婚姻家庭关系破裂的严重后果。判例的按语认为，对这四起案例的被告人均应以“破坏军人婚姻罪”定罪处刑。这实际是对在刑事审判工作中如何认定构成“破坏军

人婚姻罪”的解释，即对与现役军人配偶长期通奸，并给军人婚姻家庭关系造成严重后果的行为人，也应按刑法第181条破坏军人婚姻家庭罪处罚。最高人民法院在按语中并且指出：“由于过去在审判实践中对属于这种情况的案件可否运用刑法第181条在理解上不够明确，当时未予定罪的，现在不必重新追究刑事责任。今后在办理破坏军人婚姻案件中遇到类似的情况的，应当适用刑法第181条的规定予以判处。”

通过上述分析，可见，最高人民法院发布的刑事判例大致分为两类：一类是具有参考性的指导作用，但没有法律约束力，各级司法机关对这类判例应认真对待，参照办理，但没有必须遵循照办的法律义务，如上述第一、二种形式的判例；一类则等同于司法解释，具有法律约束力，各级司法机关必须遵循照办，如上述第三种形式的判例。

（作者单位：湖南省高级人民法院）