

SIFA QIANYAN 2007年第2辑(总第6辑)

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

2007年第2辑(总第6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. 2007 年. 第 2 辑: 总第 6 辑 / 褚红军主编.
北京: 人民法院出版社, 2008. 4

ISBN 978-7-80217-654-6

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 039087 号

司法前沿 (2007 年第 2 辑 · 总第 6 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) 85250583 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 410 千字

印 张 15.25

版 次 2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-80217-654-6

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	刘勇	朱竞艳
陈荣庆	陈靖宇	陆志耘	邹建南
周健	金飏	金玮琳	郑元
周云霞	俞宏雷	赵建聪	赵卫民
凌芝	袁挺	蒋伟平	谢唯成

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。这本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、加强基层建设所做出

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

构成要件符合性的判断	张明楷 (1)
------------------	-----------

司法前沿研究

概括式加重情节的司法实现	方海明 范 莉 (41)
简单与复杂之间：选择性转化犯的刑法适用	
——以《刑法》第 292 条第 2 款为例	杜开林 (61)
经济发达地区职务犯罪现象解析及防治对策研究	
.....	王新达 (82)
国有公司、企业改制过程中隐匿、侵吞公共财物	
犯罪若干问题研究	周云霞 张亚静 (104)
有限责任公司的股权继承	羊 羚 (115)
司法实务中有限责任公司股权转让疑难问题研究	
.....	朱俊伟 (133)
论资本多数决原则的排除适用	
——以股东利益平衡为核心	姜丽丽 (152)
合理规治民事执行中的自由裁量权	
——从执行权与审判权的比较中展开 ...	邱必友 何向东 (169)
论我国判决书中的“法官后语”现象	许晓燕 邱昭继 (187)

探索与争鸣

- 死刑复核程序公开之架构 张承平 王 峰 (202)
- 理性构建中国模式的刑事和解制度 陈靖宇 (216)
- 公司诉讼中司法权与行政权的进退博弈
——以当事人的权利保护为中心展开 ... 俞宏雷 潘 浚 (233)
- 关联交易的“罪与罚”
——论关联交易合法性判断及其规制完善 ... 蒋馨叶 (248)
- 试论民事诉前证据保全制度之构建 谢 洁 (265)
- 论我国的民事非法证据排除规则 陈志超 (279)
- 民事、行政交叉的房屋权属案件的审理与解决
..... 龚明辉 赵文清 (297)
- 调解在行政诉讼中的引入及展开 陈伟杰 (311)
- 正当程序标准：完善我国行政审判司法审查机制
之理性选择 杨 波 (328)
- 物权理论在行政赔偿中的运用 蒋伟平 蔡 萍 (345)
- 合议庭负责制重构探析 华俭学 楼炯燕 (362)
- 论完善我国仲裁司法监督制度 缪 凌 (377)
- 中国调解制度本土特色探析 薛 崑 (393)
- 调审分离还是调审结合
——对诉讼调解制度基本模式和原则的思考..... 王 松 (410)

重点调研课题

- 民事审判监督程序立法修订实务应对的调研
——以无锡法院实证调查为基础
..... 无锡市中级人民法院课题组 (427)
- 常见毒品犯罪罪刑关系研究 无锡市中级人民法院课题组 (447)

案例研究与指导

姚岚诉薛蓉“川国演义”商标侵权纠纷案 陆 超 (462)

专家特稿

构成要件符合性的判断

张明楷*

定罪不是一个标准的三段论的推理过程。其一，在三段论的推理过程中，大前提是固定的，但在定罪时，作为法律规范的大前提的含义并不是固定的，因为法律的基本含义是在社会生活中不断发现的，是通过审理案件发现的。其二，在三段论的推理过程中，小前提也是清楚明白的，但在定罪时，作为小前提的案件事实，具有多个侧面、多重属性，对之可以作出多种判断。其三，在三段论的推理过程中，结论是最后形成的，但在定罪时，往往会出现先有结论，后寻找大前提（所谓三段论的倒置）。

但是，大体而言，定罪也是一个三段论的推理过程。刑法规范是大前提，案件事实是小前提，如果二者相符合，便可以作出相应的判决。具体地说，法官必须把应当判决的、具体的个案与规定犯罪构成要件、法定刑升格条件的刑法规范联系起来；刑法规范与案件事实是法官思维的两个界限；法官要从案件到规范，又从规范到案件，对二者进行比较、分析、权衡。对于案件事实，要以可能适用的刑法规范为指导进行分析；对于刑法规范，

* 清华大学法学院教授、博士生导师。

要通过特定个案或者案件类型进行解释。刑法规范与案件事实的比较者是事物的本质、规范的目的，正是在这一点上，形成构成要件与案例事实的彼此对应。也就是说，一方面要将案件事实向刑法规范拉近，另一方面要将刑法规范向案件事实拉近。

不难看出，判断案件事实是否符合构成要件，需要把握三个关键：一是合理解释犯罪的构成要件，二是准确认定案件事实，三是对案件事实与构成要件的符合性作出正确判断。

一、合理解释构成要件

解释构成要件，是认定犯罪的前提，也是贯彻罪刑法定原则的关键。要做到合理解释构成要件，必须注重以下几点：

(一) 以法条目的为指导解释构成要件，使解释结论符合法条目的。

语言与现实世界的无限事态之间，并不存在完全的对应关系。在多数场合，如果不联系现实事态，不考虑目的指向，便不可能理解语言的真实含义。在日常生活中，理解一个人的语言或者理解一般性规范时，也要考虑相应的目的。一次，笔者在面试时，向一位考生提出如下问题：“某公园门前挂着一块牌子，上面写着：‘禁止一切车辆驶入公园。’请问轮椅是否可以驶入？”考生思考一会儿后说：“那要看轮椅是否属于车辆。”显然，不管考生回答轮椅是车辆，因而不能进公园，还是回答轮椅不是车辆，因而能进公园，其答案都不可能正确。因为前一答案意味着残疾人不能进公园，或者只能由他人背着、抬着进公园，这显然违背公园的目的。后一答案意味着身体健全者，也可以在公园驾驶机动轮椅，这显然违背公园的上述规定的目的。所以，只有明确了公园的目的以及上述规定的目的，才能得出正确结论。

“目的是全部法律的创造者”，《刑法》的每一个条文（尤其是分则条文）都有其目的。所谓目的解释，就是指根据刑法规范

的目的,阐明《刑法》条文真实含义的解释方法。任何解释都或多或少包含了目的解释,当采用不同的解释方法得出多种结论或不能得出妥当结论时,最终由目的解释决定取舍。这是各国刑法理论与审判实践普遍接受的解释原理。例如,日本刑法学者町野朔在分析了各种解释方法后指出:“在进行刑法解释时,结局是必须考虑刑法是为了实现何种目的,必须进行适合其目的的合理解释。文理解释、体系的解释或者主观的解释,不能给予一义的解释时或者即使暗示了某种解释时,必须由上述‘目的论解释’来最终决定。刑法解释方法与其他法律解释方法的不同,只是刑法的目的与其他法领域的目的不同而已。”^①再如,意大利经过20世纪60年代末、70年代初的大辩论,普遍认为,不论是对刑法的解释或是刑法制度的建立,都应以刑法保护的价值来超越形式主义的束缚,不论对法律所作的扩张解释或限制解释,都必须符合法律的目的,而不是相反。^②如果不以刑法条文的目的为指导,只是通过查阅《新华词典》、《现代汉语词典》等汉语工具书探求成文刑法含义的解释方法,不可能得出符合刑法条文的目的;即使得出了符合刑法条文的目的,只是一种巧合。

刑法的目的是保护法益,分则条文的保护法益对于构成要件的解释具有重要指导作用。不管是对犯罪的客观或主观构成要件的解释结论,必须使符合这种构成要件的行为确实侵犯了刑法规定该犯罪所要保护的法益,从而使刑法规定该犯罪、设立该条文的目的得以实现。对此,有如下两点值得注意。(1)法益的确定与犯罪构成要件的关系。由于法益具有解释论的机能,故对某个刑法规范所要保护的法益内容理解不同,就必然对犯罪构成要件理解不同,进而导致处罚范围的宽窄不同。“例如,刑法规定盗窃罪,是为了保护所有权及其他本权,还是为了保护占有,这是有争议的。如果认为刑法规定本罪是为了保护所有权及其他本

① [日]町野朔:《刑法总论讲义案I》,信山社1995年第2版,第68页以下。

② 陈忠林:《意大利刑法纲要》,中国人民大学出版社1999年版,前言XI页。

权,则所有权者从盗窃犯人那里窃回自己财物的,不成立盗窃罪;但是,如果认为刑法规定本罪是为了保护占有,则所有权者从盗窃犯人那里窃回自己财物的行为,也侵害了盗窃犯人的占有,因而成立盗窃罪。于是,论定刑法的各条文将什么作为保护法益,是刑法各论的构成要件解释中的重要部分。”^①所以,一方面,刑法理论必须探讨分则的各条文的目的,即制定该条是为了保护何种法益;另一方面,必须根据所确定的法益内容来解释犯罪构成要件。(2)法益的变更对构成要件的影响。刑法以前规定某种犯罪可能是为了保护彼法益,但现行刑法规定该犯罪则是为了保护此法益。在这种情况下,应当根据新的法益解释犯罪构成要件。例如,旧刑法将“侮辱妇女”行为作为流氓罪的表现形式,规定在妨害社会管理秩序罪中,而现行刑法将“强制……侮辱妇女”规定为侵犯妇女人身权利的犯罪。这表明,刑法规定本罪的目的,已由原来的保护社会管理秩序变更为保护妇女的人身权利。所以,不能继续按照原来的规定解释本罪的构成要件。再如,旧刑法将遗弃罪规定在妨害婚姻家庭罪中,故行为主体与被害人应具有家庭成员关系。但现行刑法将遗弃罪规定在侵犯公民人身权利民主权利罪中,故不能继续照原来的规定解释遗弃罪的构成要件。

然而,在现实中,盲目地解释刑法条文的现象比比皆是。例如,人们不探讨《刑法》第264条(盗窃罪)与第270条(侵占罪)的目的,或者对两个条文的目的作相同解释,导致盗窃罪与侵占罪的界限不清。又如,人们不研究《刑法》第237条(强制猥亵、侮辱妇女罪)的目的,而根据各种字典、词典解释“猥亵”、“侮辱”的含义,导致强制猥亵、侮辱妇女罪与《刑法》第246条的侮辱罪相混淆。还如,有些司法机关不考虑刑法规定组织他人偷越国(边)境罪、骗取出境证件罪是为了保护什么,对于为他人出境骗取签证的,都认定为组织他人偷越国(边)境

① [日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第40页。

罪、骗取出境证件罪，导致不当扩大处罚范围。

要确定刑法分则条文的目的（即刑法分则规定各种犯罪所要保护的法益），首先必须明确条文（具体犯罪）所属的章节（类罪）。各种具体的犯罪，总是隶属于某一类罪，而刑法对类罪的同类法益内容都作了明确或提示性规定，明确了具体犯罪所属的类罪，便可以通过同类法益的内容，大体上明确具体条文所要保护的法益内容。例如，刑法分则第四章是为了保护公民的各种人身权利与民主权利，故本章具体条文的保护法益，必须在各种人身权利与民主权利中予以确定。例如，强制猥亵、侮辱妇女罪，属于侵犯人身权利的犯罪，刑法规定本罪的保护法益应是妇女性的自己决定权，而不是社会管理秩序。再如，诬告陷害罪规定在刑法分则是第四章，其目的在于保护公民的人身权利；所以，单纯侵犯司法活动的诬告行为并不成立诬告陷害罪。

要确定刑法分则条文的目的，还必须以刑法的具体规定为依据。刑法分则条文对具体犯罪的规定，或明或暗、或直接或间接地表明了条文的目的。因此，要善于通过刑法条文对保护法益的明确规定，条文规定的行为特征、结果特征、行为对象特征、犯罪所违反的法规内容、犯罪孳生之物与供犯罪行为使用之物的性质，以及相关条文之间的相互关系确定条文的目的。

在明确了条文目的的前提下，必须通过各种解释方法，使解释结论符合刑法条文的目的。例如，《刑法》规定盗伐林木罪、滥伐林木罪，是为了保护森林资源。由于盗伐、滥伐枯死树木的行为，并没有破坏森林资源，故必须将枯死树木排除在这两个罪的犯罪对象之外。否则，便违背了法条的目的。例如，农民邓某于2003年12月17日独自一人到本村山场砍柴时，发现该山场有3株干枯的松木，即产生砍伐3株松木锯板制作橘子箱的念头。12月25日，邓某约陈某一起来到该山场，在没有办理林木采伐许可证的情况下，将3株干枯的松树伐倒（经林业技术人员检量，被盗伐的3株松木立木材积5.4742立方米）。12月28日，当地派出所民警接群众举报，于当天将正在装运松木准备运

到木材加工厂锯板的邓某、陈某抓获。2004年2月25日,某县检察院对邓某、陈某以盗伐林木罪向法院提起公诉。^①《刑法》规定盗伐林木罪,是为了保护环境资源。既然松树已死,就不能作为环境资源保护。对于陈某的行为只能认定为普通盗窃罪。下面再详举一例:《刑法》第301条第1款规定:“聚众进行淫乱活动的,对首要分子或者多次参加的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”第2款规定:“引诱未成年人参加聚众淫乱活动的,依照前款的规定从重处罚。”第1款的“聚众进行淫乱活动”,也可谓“进行聚众淫乱活动”,那么,能否根据字面含义对第1款的“聚众进行淫乱活动”与第2款的“聚众淫乱活动”作完全相同的解释呢?回答是否定的。一般来说,聚众淫乱,是指纠集三人以上群奸群宿(聚众奸宿)或进行其他淫乱活动。但是,为了合理地限定处罚范围,对第1款的聚众淫乱活动不能按字面含义进行形式主义的解释。虽然刑法理论没有争议地将“众”解释为三人以上,但不能认为三人以上聚集起来实施淫乱活动的,一律构成聚众淫乱罪。《刑法》规定本罪并不只是因为该行为违反了伦理秩序,而是因为这种行为侵害了公众对性的感情。因此,三个以上的成年人,基于相互同意所秘密实施的性行为,因为没有侵害公众对性的感情,故不属于《刑法》规定的聚众淫乱行为。只有当三人以上以不特定人或者多数人可能认识到的方式实施淫乱行为时,才宜以本罪论处。由此可见,对第1款的聚众淫乱活动进行限制解释是完全必要的。但是,对第2款的聚众淫乱活动则不能做出这种限制解释。所谓引诱未成年人参加聚众淫乱活动,是指勾引、诱惑本来无意参加聚众淫乱的不满18周岁的人参加聚众淫乱活动。对这里的“参加”应作广义解释,不要求引

^① 梁民权:《无证砍伐枯死树 涉嫌盗伐被起诉》,见《检察日报》2004年3月2日第2版。类似的处理并不少见。例如,《人民法院报》2007年6月30日第4版刊载的《虽然枯死树木 采伐仍须持证》(作者:张英机)一文报道:某法院对一起无证采伐枯死树木案件进行审判,以盗伐林木罪判处两名被告人各拘役六个月,缓刑一个月。