

法律 应用研究

最高人民检察院法律政策研究室 编

5

2001



- ★ 专家论坛
- ★ 刑法应用问题研究
- ★ 刑事诉讼法应用问题研究
- ★ 法律、司法解释释义
- ★ 未成年人犯罪问题研究
- ★ 检察实践
- ★ 以案释法

中国法制出版社

2001 年第 5 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, 2001.11

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 2001 年第 5 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/6.75

字数/144 千

版次/2001 年 11 月北京第 1 版

2001 年 11 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 孙 力 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：

宋 军 赵屹松 李兴友 张仲马 苑瑞先

陈元忠 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 廖炎清 丁维群 曾伊山 蒋玉玲

张远南 郝伟民 冉鄂兰 陆云生 付远志

梁晓淮 蒋应满 安 南 路晋军 房建中

李文渝

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”、“以案释法”、“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

2001年11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，每期根据实际需要设置如下主要栏目：

1. 专家论坛：每期刊登一至两篇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. 刑诉法应用问题研究：主要围绕司法实践中反映的刑诉法应用问题，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诉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. 以案释法：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）。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

试论强制猥亵、侮辱妇女罪

——兼论猥亵儿童罪 / 张明楷····· (1)

刑法应用问题研究

谈新刑法实施前的犯罪行为适用法律问题

/ 李喜堂····· (52)

职务侵占罪研究 / 莫开勤····· (56)

浅析收受礼品隐匿不缴行为的认定问题····· (80)

刑法应用问题研究

谈贪污罪的证明与证据问题 / 王守安····· (86)

法律、司法解释释义

我国法官、检察官制度的重要改革

——学习全国人大常委会关于修改法官法和

检察官法的决定 / 周士敏····· (99)

《刑法修正案(二)》和《立法解释》的理解与

适用 / 黄太云····· (114)

检察实践

论如何提高“初讯”成功率 / 席立国····· (120)



未成年人犯罪问题研究

试论少年犯迅速审理规则 / 蓝向东…………… (128)

未成年人犯罪不起诉标准研究 / 李维国…………… (140)

以案释法

共同犯罪案件犯罪中止有关问题研究

——对一起轮奸犯罪案件法律适用的评析

/ 李永红…………… (146)

资料库

现行有效司法解释(刑法部分之四)…………… (155)

最高人民检察院关于《全国人民代表大会

常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉

第九十三条第二款的解释》的时间效

力的批复

(2000年6月29日)…………… (155)

最高人民法院审理贪污、职务侵占案

件如何认定共同犯罪几个问题的解释

(2000年6月27日)…………… (156)

最高人民法院对于为索取法律不予保护

的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题

的解释

(2000年6月30日)…………… (157)

最高人民法院国家工作人员利用职务

上的便利为他人谋取利益离退休后收受

财物行为如何处理问题的批复



(2000年6月30日)	(158)
最高人民法院关于如何理解刑法第二百七 十二条规定的“挪用本单位资金归个人 使用或者借贷给他人”问题的批复 (2000年6月30日)	(159)
最高人民法院关于审理伪造货币等案件具 体应用法律若干问题的解释 (2000年4月20日)	(160)
最高人民法院关于未被公安机关正式录用 的人员狱医能否构成失职致使在押人员 脱逃罪主体问题的批复 (2000年9月14日)	(162)
最高人民法院关于审理走私刑事案件具体 应用法律若干问题的解释 (2000年9月20日)	(163)
最高人民法院关于挪用尚未注册成立公 司资金的行为适用法律问题的批复 (2000年10月9日)	(170)
最高人民法院关于合同制民警能否成为 玩忽职守罪主体问题的批复 (2000年10月9日)	(171)
最高人民法院关于审理单位犯罪案件对其 直接负责的主管人员和其他直接责任人 员是否区分主犯、从犯问题的批复	



(2000 年 9 月 28 日)	(172)
最高人民检察院关于擅自销售进料加工保 税货物的行为法律适用问题的解释 (2000 年 9 月 29 日)	(173)
最高人民检察院关于属工人编制的乡 (镇) 工商所所长能否依照刑法第三百九十七 条的规定追究刑事责任问题的批复 (2000 年 10 月 31 日)	(174)
最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件 具体适用法律若干问题的解释 (2000 年 11 月 10 日)	(175)
最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用 法律若干问题的解释 (2000 年 11 月 17 日)	(177)
最高人民法院、最高人民检察院关于对军 人非战时逃离部队的行为能否定罪处罚 问题的批复 (2000 年 9 月 28 日)	(179)
最高人民法院关于对变造、倒卖变造邮票 行为如何适用法律问题的解释 (2000 年 11 月 15 日)	(180)
最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事 案件具体适用法律若干问题的解释 (2000 年 11 月 17 日)	(180)



目

录

最高人民法院关于审理破坏野生动物资源 刑事案件具体应用法律若干问题的解释 (2000 年 11 月 17 日)	(185)
最高人民法院关于适用财产刑若干问题的 规定 (2000 年 11 月 15 日)	(188)
最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围 问题的规定 (2000 年 12 月 4 日)	(191)
最高人民法院关于审理为境外窃取、刺探、 收买、非法提供国家秘密、情报案件具体 应用法律若干问题的解释 (2000 年 11 月 20 日)	(192)
最高人民法院、最高人民检察院关于办理 生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用 法律若干问题的解释 (2001 年 4 月 5 日)	(194)

试论强制猥亵、侮辱妇女罪*

——兼论猥亵儿童罪

张明楷

一、问题所在

我国刑法第 237 条分 3 款规定了两种猥亵罪。^① 其第 1 款规定：“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。”第 2 款规定：“聚众或者在公共场所当众犯前款罪的，处 5 年以上有期徒刑。”第 3 款规定：“猥亵儿童的，依照前两款的规定从重处罚。”根据有关司法解释，^② 本条第 1 款规定的是强制猥亵、侮辱妇女罪，第 2 款规定了法定刑升格的情节，而没有规定

* 笔者曾在《清华法律评论》第三辑上发表了《猥亵罪探疑》一文。应《法律应用研究》编者之约，笔者将此文内容与标题作了适当修改，供法律实务工作者参考。

① 刑法理论上通常将强制猥亵罪、猥亵儿童罪、公然猥亵罪等以猥亵行为为内容的犯罪概括为猥亵罪。

② 参见最高人民法院 1997 年 12 月 9 日《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》；最高人民检察院 1997 年 12 月 25 日《关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》。



独立罪名，第3款规定的是猥亵儿童罪。对于司法解释确定的罪名，刑法理论上也没有任何异议。但在实践中，有人将本条第1款规定的罪名分解为强制猥亵妇女罪与侮辱妇女罪，^①给人的印象是，侮辱妇女成立犯罪的不需要暴力、胁迫等强制手段。这种理解显然有误。“暴力、胁迫或者其他方法”不仅是强制猥亵行为的前提条件，也是侮辱妇女行为的前提条件。所以，即使将本条第1款规定的罪名分解，也只能分解为强制猥亵妇女罪与强制侮辱妇女罪。但如后所述，本条的猥亵与侮辱是难以区分的。

与德国、日本等大陆法系国家的立法例相比，我国刑法关于猥亵罪的规定有以下几个特点：其一，国外刑法所规定的强制猥亵罪的对象并不限于妇女，而是包括男性公民；^②但我国刑法中的强制猥亵、侮辱妇女罪的对象仅限于妇女，而不包括男性公民。其二，国外刑法中的强制猥亵罪，仅有“猥亵”一种行为；但我国刑法除规定猥亵行为之外，另规定了“侮辱”行为。其三，国外刑法一般规定了强制猥亵罪的结果加重犯（即强制猥亵致死伤罪），而且强制猥亵致死

① 参见李天茂、朱元庆：《侮辱妻子构成侮辱罪还是侮辱妇女罪？》，载《人民法院报》2001年4月10日，第3版。

② 如德国刑法第177条第1项规定：“行为人以（1）暴力，（2）通过对身体或者生命具有现实危险的威胁，或者（3）利用被害人被无保护地交给行为人的影响的状况，恐吓他人忍受行为人或者第三者对其进行性行为或者对行为人或者第三者实施性行为的，处不低于一年的自由刑。”（本条所规定的行为包括强制猥亵行为与强奸行为）瑞士刑法第188条规定：“以强制或者严重之胁迫，或以他法致使不能抗拒，强制他人忍受或实施猥亵行为者，处五年以下重惩役或轻惩役。”日本刑法第176条前段规定：“以暴行或胁迫手段对十三岁以上的男女实行猥亵行为的，处六个月以上七年以下惩役。”这些规定都没有将男性排除在强制猥亵罪的对象之外。

伤的法定刑与强奸致死伤的法定刑大体相同;^① 但我国刑法没有规定强制猥亵罪的结果加重犯。^② 其四, 国外刑法一般规定了三类猥亵罪: 强制猥亵罪、准猥亵罪(即猥亵儿童罪)与公然猥亵罪;^③ 但我国刑法没有规定公然猥亵罪。

从司法实践来看, 我国刑法关于猥亵罪的规定, 也面临着与其特色相同的疑难问题: 其一, 应当如何理解和认定“暴力、胁迫或者其他方法”? 其二, 对实践中存在的强制猥亵男性公民的行为应当如何处理? 猥亵的内涵与外延如何确定? 猥亵与侮辱有无区别、能否区别? 强制猥亵、侮辱妇女罪的猥亵行为与猥亵儿童罪中的猥亵行为在外延上有无区别? 强制侮辱妇女的行为与刑法第 246 条规定的侮辱罪的行为的区别何在? 其三, 由于强制猥亵、侮辱妇女罪的对象仅限于妇女, 那么, 妇女可否成为强制猥亵、侮辱妇女罪的主体? 丈夫可否成为强制猥亵、侮辱妻子的犯罪主体? 其四, 猥亵儿童罪的成立是否以行为人明知对方是儿童为条件? 猥亵行为的性质, 是否决定了行为人主观上必须出于刺激或者满足性欲的内心倾向? 其五, 对于强制猥亵、侮辱妇女致死伤以及猥亵儿童致死伤的行为, 应当如何定罪量刑? 其六, 对于公然猥亵行为应当如何处理? 根据罪刑法定原则, 对于

① 如德国刑法第 177 条规定了强奸与强制猥亵的犯罪, 而第 178 条规定: “行为人因其强制猥亵行为或强奸行为(第 177 条), 轻率地导致被害人死亡的, 处终身自由刑或十年以上自由刑。”瑞士刑法第 195 条规定, 强奸与强制猥亵致人死亡, 而行为人得预见其发生者, 处 5 年以上重惩役。日本刑法第 181 条规定, 强制猥亵致死伤与强奸罪致死伤的法定刑均为“无期或者三年以上惩役”。

② 刑法第 237 条第 2 款所规定的情形或许可能称为情节加重犯, 该款规定的情节加重犯不包括结果加重犯。

③ 国外刑法关于公然猥亵罪的规定, 请参见德国刑法第 183 条、奥地利刑法第 128 条、瑞士刑法第 203 条、意大利刑法第 527 条、日本刑法第 174 条等等。



公然猥亵行为当然不得认定为犯罪，对此本文不予具体论述，故以下仅就前五个问题发表一些看法。

二、手段行为

根据刑法第 237 条的规定，强制猥亵、侮辱妇女罪的客观要件是“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女”，对象仅限于妇女，手段必须是暴力、胁迫或者其他类似强制方法，目的行为是猥亵或者侮辱；猥亵儿童罪的客观要件仅要求对儿童实施猥亵行为，儿童则包括幼男与幼女，不要求采用暴力、胁迫或者其他强制方法。由于刑法明文规定强制猥亵、侮辱妇女罪的对象只能是妇女，故强制猥亵、侮辱 14 周岁以上男性公民的行为不可能构成本罪。只能视性质与情节按非法拘禁罪、侮辱罪、伤害罪或者无罪处理。对此没有疑问。但如何理解和认定本罪中的“暴力、胁迫或者其他方法”，仍有值得研究之处。

笔者认为，对于强制猥亵、侮辱妇女罪客观方面的“暴力、胁迫或者其他方法”，应当与强奸罪客观方面的“暴力、胁迫或者其他手段”作出相同的解释。首先，两罪的性质相同。即不管是强制猥亵、侮辱妇女罪还是强奸罪，其侵犯的法益都是妇女性的不可侵犯的权利。其次，两罪手段行为的性质相同。即都是由于违背妇女意志，而采取强制手段征服妇女意志，迫使被害妇女忍辱屈从。再次，目的行为的差异也非本质性的。即由于犯罪的性质相同、手段行为的性质相同，也导致其目的行为的性质基本相同。从国外立法例也可以看出这一点。如前述德国新刑法将强制猥亵与强奸罪规定在一个条文中，法定刑也完全相同，即以暴力、通过对身体或者生命具有现实危险的威胁，或者利用被害人被无保护地任其摆布的状态，使他人忍受行为人或者第三者对其实施

性行为或者对行为人或者第三者实施性行为的，构成犯罪；而其中的性行为不仅包括性交行为，而且包括猥亵行为。

国外也有少数学者认为，这两个罪的暴力、胁迫并不是等同含义。因为强奸罪中的暴力、胁迫必须达到使被害妇女难以反抗的程度，而强制猥亵罪的法定刑重于强奸罪，故强制猥亵罪中的暴力、胁迫不需要达到使被害人难以反抗的程度，如乘被害人没有注意之机，以比较轻微的暴力实施猥亵行为的，也能成立强制猥亵罪。^①但是，与国外刑法理论、审判实践通常要求强奸罪的暴力、胁迫达到使被害人明显难以反抗的程度的做法不完全相同，我国刑法理论与司法实践对强奸罪中的暴力、胁迫没有提出程度的要求，故现在难以采用这种观点。再者，即使在国外，上述观点也是极少数的观点。至于有些国家刑法规定的强制猥亵罪的法定刑重于强奸罪的法定刑，则是因为人们认为强行性交的行为重于强行猥亵行为，而不是因为强奸罪的暴力、胁迫等行为重于强制猥亵罪的暴力、胁迫等手段。况且，不少国家的刑法已经将强奸罪与强制猥亵罪合并为一种犯罪，其法定刑也完全相同。

我国刑法理论对“暴力”概念只是列举其方式而没有定义，这必然导致在许多情况下对暴力的认定存在疑问。国外学者常常将暴力分为四类：最广义的暴力，是指不法行使有形力量的一切情况，包括对人暴力与对物暴力；广义的暴力，是指不法对人行使有形力或物理力，但不要求直接对人的身体行使，即使是对物行使有形力，但因此对人的身体以

^① 参见〔日〕大冢仁：《刑法概说（各论）》，有斐阁1992年改订增补版，第97页。