

中山大学 法律评论

第四卷

Zhong Shan University Law Review

中山大学法学院/主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中山大学 法律评论

第四卷

Zhong Shan University Law Review

中山大学法学院/主办

中山大学法律评论编委会

主 任：徐静村

副 主 任：黄建武 杨建广

编 委：（按姓氏笔划排序）

王仲兴 刘 恒 杨建广

徐忠明 黄建武 曾东红

程信和 慕亚平 蔡彦敏



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中山大学法律评论. 2002 年: 总第 4 卷/中山大学法学院主编. —北京: 法律出版社, 2003. 9

ISBN 7-5036-4082-0

I. 中… II. 中… III. 法学—研究—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 069775 号

法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/11.375 字数/298 千

版本/2003 年 9 月第 1 版

印次/2003 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939687

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com 中法图苏州公司/0512-66193110

书号: ISBN 7-5036-4082-0/D·3800 定价: 24.00 元

中山大学法学院简介

中山大学法学院肇始于1924年孙中山先生亲手创建的国立广东大学法科。其历史还可上溯到1905年的广东法政学堂法律本科及其后的广东法科大学。1926年广东大学更名为中山大学，法科也随之成为中山大学法科，并于1931年发展为法学院。1952年全国院系调整时，中山大学法学院及法律系被撤销。1979年7月，经教育部批准，中山大学复办法律学系。1993年7月，法律学系与社会学系、政治学与行政学系以及人口研究所组建法政学院，李启欣教授任院长。2001年9月，中山大学撤销法政学院，并在法律学系基础上复建法学院。

法律学系复办后，端木正教授、李启欣教授、王仲兴教授、黄建武教授曾先后担任系主任。法学院现任院长徐静村教授，常务副院长黄建武教授，副院长杨建广教授、曾东红副教授、蔡彦敏教授。

法学院现有法学研究所、行政法研究所、经济法研究所、诉讼法研究所、法律经济学研究中心以及法理学、法律史学、刑法学、民法学、经济法学、国际法学6个教研室。全院现有教职员工60人，其中教师40人（在职教授14人，副教授16人），党政人员15人。不少教师在国家和省一级主要法学学术团体兼任重要职务，在学界有相当影响，同时还承担了与有关部门协作的教学、科研、法律实务以及地方性法规的法案起草等任务，成绩显著。

法学院在本科层次原设有法学、经济法学、国际经济法学三个专业，1998年起统一按法学专业招生。在研究生层次法学院已设有国际法学、法律史、经济法学、刑法学、法学理论、诉讼法学、宪法学与行政法学、民商法学8个专业硕士点；同时是全国法律硕士专业学位的试点单位之一。此外，中山大学及法学院也是广东省高等教育自学考试法律专业的主考单位。

自法律学系复办以来，我院为我国民主与法制建设培养了大批法律专业人才，各种层次的毕业生9782名。目前在读研究生与本科生2421名（不含自考生）。学生中还包括港澳台学生以及日本、韩国、德国、加拿大、澳大利亚等国的留学生。

法学院在国内与多个法学院校有着密切的学术往来，同时也与美国、英国、欧洲大陆一些国家的著名法学院保持着良好的项目合作与学术交流关系。

目 录

[演 讲]

- 1 高铭喧 2002 年三个刑法立法解释评析

[热点分析]

- 18 王仲兴 博彩型赛马问题的哲学与法律思考
32 慕亚平 代中现 国际反恐怖活动应当严格遵循国际
法原则和规范——兼论打击国际恐
怖主义对现代国际法制的影响

[WTO 与中国法治]

- 48 曾东红 涉外经济法律关系若干理论问题研究——兼
论我国加入 WTO 后涉外经济法发展趋势
76 陈 东 GATS 框架下服务贸易的定义:若干未决问题
的法律分析

[法理透视]

- 86 李 累 论法律上的公共利益原则
98 刘国臻 论土地使用权出让的法律性质
106 成 凡 实用主义“清洁工”——法学上的“波斯纳批判”
129 杨晓楠 梳理法律关系的客体要素
143 郑若山 公司制的异化及对策

[刑事法专论]

- 177 聂立泽 苑民丽 论刑法中的人身危险性
184 杨方泉 法治视野下的刑事法网
199 杜宇 后现代主义与中国刑事法治建设
211 张跃华 行刑时效的价值分析与我国刑事立法之完善
239 陈毅坚 共谋共同犯罪研究

[程序正义与诉讼]

- 263 翁晓斌 论我国民事案件根据证明责任规范判决的条件
272 赵彤 人数不确定的代表人诉讼制度重构初探
281 叶丹 论行政复议的申请人资格

[外国法与比较法]

- 293 杨鸿 黄宇 中外刑法破坏选举犯罪之比较研究
306 魏翊亮 论中国隐私权保护制度之创建
333 林博 试论法律比较研究的方法

[随笔]

- 344 刘星 读“听来的故事”——掀开现代性法律的另一面

[综述]

- 351 康晓民 中山大学法学院复建挂牌仪式暨中国法学教育改革研讨会综述

Content

	Lecture
1	Gao Mingxuan : Comments on three Legislative Interpretations of Criminal Law
	Hot Topics
18	Wang Zhongxing : Philosophical and Legal Perspective on the Problems of Gaming Horse Race
32	Mu Yaping & Dai Zhongxian : The Actions of Antiterrorism Should Be Strictly in Accordance with the Rules and principles of International Law——Concurrently about the Influences on the Modern International Legality by Antiterrorism
	WTO & Rule of Law in China
48	Zeng Donghong : Amendment of the Traditional Theory of Foreign Civil and Economic Legal Relationship——Concurrently on the Trend of Foreign Economic Law after Chinese Accession to WTO
76	Chen Dong : The Concept of Trade in Services within the Framework of GATS:

Legal Analysis on Some Unsettled Problems

Perspective of Jurisprudence

- 86 **Li Lei** : On the Legal Principle of Public Interests
- 98 **Liu Guozhen** : The Legal Nature of Transferring the Land-use Right
- 106 **Cheng Fan** : A Pragmatistic Purifier——Posner's Critic in Jurisprudence
- 129 **Yang xiaonan** : The Object of the Legal Relation
- 143 **Zheng Ruoshan** : Alienation of the Institutions of Corporation and Countermeasures

Monograph on Criminal Law

- 177 **Nie Lize & Yuan Minli** : On Personal Dangerousness in Criminal Law
- 184 **Yang Fangquan** : The Arm of Criminal Law from the Perspective of Rule of Law
- 199 **Du Yu** : Post-modernism and Criminal Rule of Law in China
- 211 **Zhang Yuehua** : Analysis on the Values of the Limitation for Executing Punishment and the Perfection of Chinese Criminal Legislation
- 239 **Chen Yijian** : An Introduction to Collusive Joint Crime

	Due Process and Litigation
263	Weng Xiaobin : On the Conditions of Judging Civil Cases according to the Norm of Burden of Proof
272	Zhao Tong : Reconstruction on the Institution of Representative Action Including Uncertain Number of Participants
281	Ye Dan : Qualification of the Applicant in Administrative Appeal
	Foreign Law and Comparative Law
293	Yang Hong & Huang Yu : The Comparative Investigation of the Crime of Disrupting Election of China and Foreign Countries
306	Wei Qianliang : The Foundation of the Protections of Right of Privacy in China
333	Lin Bo : How to Do Comparative Law
	Essay on Law
344	Liu Xing : Reading a Hearsay Story
	Summarization
351	Kang Congmin : Summarization on the Ceremony of the Reestablishment of Law School of Zhongshan University and the Proseminar on Reforming the Education of Law in China

演 讲

2002 年三个刑法立法解释评析*

高铭暄

在香港回北京途中,承蒙中山大学的厚爱,为中大的研究生与本科生开设一个讲座,我感到非常之荣幸,中山大学是全国著名的学府。今天,我打算跟大家讲一下今年新出台的三个立法解释。

大家知道,我国刑法典在 1997 年通过,刑法后来有些发展,前后搞了三个修正案,一个决定(《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》),还有五个立法解释,这些都是从立法的角度对我国刑法典做了一些发展。刑法典规定了 413 个罪名,严格来说是 412 个,因为奸淫幼女罪与强奸罪在司法解释中是同一个罪名,就是一个强奸罪。经过 3 个修正案调整后,罪名达到 418 个。立法解释与修正案不同,它是对法律原有的罪名、原有内容的阐明,不是重新确定罪名,不是对法律原有的内容的补充和修改。过去没有刑法的立法解释,都是决定。后来,人们认为决定不合适,这样就又走向原来的老路。因为,1979 年刑法在 1980 年开始实行后,一直是用单行刑法作为补充,前后一共 24 个,致使在引用刑法典时出现混乱。因此,不能再继续走这个路。学者们早就建议要有一部统一的刑法典,修改补充采用修正案的方式,立法机关逐渐地接受这一建议。所以,新刑法典的修改方式就是采用修正案的方式。现在已经有 3 个修正案,

* 2002 年 12 月 8 日,中国刑法学会会长、中国人民大学博士生导师、著名法学家高铭暄教授到访中山大学,并在永芳堂讲学厅就 2002 年刑法方面通过的三个重要立法解释进行了专门评析,本文为演讲记录。

法工委正准备搞第4个修正案。^①

除了修正案以外,还有对刑法条文的解释。但法院和检察院对法律里面的内容理解出现分歧时,问题就不好办了。现在“两高”都有解释权,如果他们解释不一致,按照立法法,就要报请全国人大常委会来解释。今年这种情况比较严重。

今年的3个立法解释还没有编入教材,包括《刑法专论》这本比较新的教材也没有,所以,我今天讲座的题目就是“谈谈今年的3个立法解释”,主要对3个立法解释的出台背景,如何解读等,谈谈我个人的一些看法。

第一个立法解释是2002年4月28日通过的《关于刑法第294条第1款的解释》,是关于黑社会性质的组织的立法解释。第二个同样是4月28日通过的《关于刑法第384条第1款的解释》,是关于挪用公款归个人使用的含义的解释。我们发现这两个立法解释的特点都是在有了司法解释后才出台的。由于“两高”的司法解释有不同意见,然后就报请全国人大常委会来解释。今年才开始有这种情况,因为两家的解释不一致,在执行上不好办,报请全国人大常委会来解释有助于统一解释,而且可以进一步地规范司法解释。毕竟立法解释比司法解释的位阶要高一些,效力要大一些。所以利用立法解释来统一,对于司法实践也是有意义的。

首先,我讲第一个立法解释。

《关于刑法第294条第1款的解释》主要是解决“黑社会性质组织”问题,解决如何理解“黑社会性质组织”。

第294条规定,“组织、领导和积极参加以暴力、威胁或者其他手段,有组织地进行违法犯罪活动,称霸一方,为非作恶,欺压、残害群众,严重破坏经济、社会生活秩序的黑社会性质的组织的,处3年以上10年以下有期徒刑;其他参加的,处3年以下有期徒刑、拘役、管

① 高老师此次演讲之后,第4修正案已于2002年12月28日任第九届全国人民代表大会常务委员会第31次会议通过并施行。[编者注]

制或者剥夺政治权利。”这一款对什么是黑社会性质的组织有一定的特征描述,即“以暴力、威胁或者其他手段,有组织地进行违法犯罪活动,称霸一方,为非作恶,欺压、残害群众,严重破坏经济、社会生活秩序的”,这一串定语就是对黑社会性质组织的特征描述,使我们对它的把握有一定的概念。但是,到底共有几个特征,却很难把握。如果没有对特征的全面具体把握,在认定上就会有问题。因为,认定应该有个标准,标准就应该完全地列举出来。

为了解决这一问题,最高人民法院在2000年通过了《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体适用法律若干问题的解释》,解释指出,“黑社会性质的组织”一般应具备以下特征:

(1)组织结构比较紧密,人数较多,有比较明确的组织者、领导者,骨干成员基本固定,有较为严格的组织纪律。这是从组织结构方面进行描述的;

(2)通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益,具有一定的经济势力。这是从经济实力方面进行描述的;

(3)通过贿赂、威胁等手段,引诱、逼迫国家工作人员参加黑社会性质组织活动,或者为其提供非法保护。这点指出“黑社会性质的组织”要有国家工作人员参加,也就是有“保护伞”,具有非法保护特征;

(4)在一定区域或者行业范围内,以暴力、威胁、滋扰等手段,大肆进行敲诈勒索、欺行霸市、聚众斗殴、寻衅滋事、故意伤害等违法犯罪活动,严重破坏经济、社会生活秩序。这是从行为方式方面进行描述的。

解释的意图是以后在认定黑社会性质组织时,有一个明确的标准。如果具备了这些特征就是黑社会性质组织,否则就不是。当时的教材大多引用这一解释。

但是解释出台一年后,最高检提出异议。最高检的第一个意见是:最高法院的司法解释是在刑法典294条之外又附加了条件。认为第三个特征,“保护伞”、非法保护特征突破了294条的内容,原文并没有这一特征。如果承认这一特征,在“严打”时期办理的“黑社会

性质的组织”就不好认定了,没有办法追究,导致“严打”不力。第二个意见是,这四个特征在一般认定上要求同时具备,但是特殊情况不一定要都具备才能认定。其实,还是针对第三个特征,也就是说,在特殊情况下,可以不具备第三个特征。

“两高”在这方面认识不一致,黑社会性质组织认定到底要不要具备“保护伞”特征呢?于是,全国人大就要求法工委进行研究。法工委研究过程中,咨询最高法院的意见。

最高法院针对最高检提出的意见,向法工委作出了解释、说明。最高法院的答辩是这样的:首先,这四个特征是根据刑法 294 条规定,针对我国黑社会性质组织的发展态势和严厉打击黑社会性质组织的实际需要所做的,揭示了黑社会性质组织的特征。因此,这个解释不违背 294 条的规定,条文规定的只是黑社会性质组织的概念,由这一概念可以派生出组织结构、经济势力、非法保护、行为方式四个特征。这四个特征缺一不可,尤其是“保护伞”的特征,必不可少,否则达不到法律规定的效果。

第二,特征是区分黑社会性质组织犯罪和普通的共同犯罪以及犯罪集团的标志。黑社会性质组织犯罪和普通的共同犯罪以及犯罪集团是共同犯罪的三种不同形态,其中,黑社会性质组织犯罪除了具有普通的共同犯罪和犯罪集团的特征外,还有自身的特征。它的自身特征主要是经济势力和“保护伞”。否则,难以区分三者。

第三,考虑到适用刑法的社会效果与法律效果的有机统一问题。从我国目前的情况看,有组织地实施违法犯罪活动,公然对抗社会的黑社会性质组织虽然存在,但毕竟是少数,如果对黑社会性质组织特征不加以严格的限制,会造成黑社会性质组织在认定上的混乱,会造成中国黑社会性质组织满天飞,从某种意义上讲,会影响我国的改革开放。

第四,对黑社会性质组织做出司法解释中的规定,界限明确,不存在打击不力的问题,这一规定,有助于打击重点,集中力量打击这类犯罪活动,而且对于不具备上述特征的犯罪可以依照刑法关于共

同犯罪的规定处罚,甚至从重处罚,该判处死刑的仍然可以判处死刑。

法工委召开了一系列的座谈会,之后,他们根据立法法,结合各方面的意见后,搞了个草案。从程序上讲,法工委只是一个立法工作机关,不能直接发布解释,所以他们报请委员长会议,列入全国人大常委会的议程,最后全国人大常委会讨论通过草案,出来一个正式的立法解释。

这个正式立法解释,我在这里先介绍一下,让大家与法院的立法解释做一个比较。正式立法解释中讲黑社会性质组织应当同时具备以下特征:

(1)形成较稳定的犯罪组织,人数较多,有明确的组织者、领导者,骨干成员基本固定。这仍然是组织结构角度,与最高法院的规定是一致的。人数较多是多少?没有明确,一般共同犯罪是二人以上,黑社会性质组织的犯罪到底是多少人以上呢?有人希望能够明确,但是草案最后没有加以明确。人数较多,意味着三个人恐怕不够。黑社会性质组织从实践上看,有几十人,甚至上百人。但是,从法律上明确到底是几人,是5人以上还是10人以上,尽管有人要求,但是不好明确。最后,只能是3人以上。从学术上很多人认为是10人以上,但是立法机关认为不应该明确。有人建议明确为人数众多,但是,中国人的众,也是三个人,所以,解释太死了,容易束缚。

(2)有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益,具有一定的经济势力,以支持该组织的活动。这是从经济实力方面进行描述的,与最高法院的解释没有太大出入,加入“以支持该组织的活动”,明确了收入是支持该组织的活动的。最高法院只是提到“经济势力”,不过,从精神上来讲,两者是一致的。

(3)以暴力、威胁或者其他手段,有组织地多次进行违法犯罪活动,为非作恶,欺压、残害群众。从行为方式角度,严格上说在条文中已经明确了。与司法解释也没有多少出入。

(4)通过实施违法犯罪活动,或者利用国家工作人员的包庇或者

纵容,称霸一方,在一定区域或者行业内,形成非法控制或者重大影响,严重破坏经济和社会生活秩序。这是非法控制的特征。由于上述三个特征,形成了一定的非法控制,“保护伞”问题已经作为一个选择项,可以通过实施违法犯罪活动,或者利用国家工作人员的包庇或者纵容,形成称霸一方、非法控制。参与立法解释讨论的人后来在文章中称通过实施违法犯罪活动是指通过拳头打出来的,或者通过拳头打出来,加上通过利用国家工作人员的包庇或者纵容,形成非法控制。

这就是立法解释对黑社会性质组织所做的四个特征描述。应该说前三个与司法解释相同,最后一个与司法解释不完全一样,“保护伞”特征成为一个选择项,而不是必要特征,这是他们的主要区别。这也就是最高检察院的意见,立法解释照顾到了检察院的意见。

解释形成后,检察院是接受的,因为“保护伞”的特征不再是必要的了。立法解释对司法解释有所纠正。这样就产生一个问题:黑社会性质组织之所以能够形成一种势力,对一个行业或者一定区域形成非法控制,到底有没有“保护伞”。我们知道,我国是一个中国共产党领导下的,人民民主专政的社会主义国家,我国有6000多万党员,上面有中央,接着是省一级,市一级,然后是县一级,乡镇一级,最后就是村级自治组织,从上到下是一个很严密的组织。在这个严密的组织结构中,黑社会性质组织到底怎么形成,怎么成长,怎样公然和我们党组织对抗,到底能不能离开国家工作人员的包庇纵容。既然完全可以离开,可以通过拳头打出非法控制,那么党组织到底在干什么呢?政府工作人员在干什么呢?在看着一个黑社会性质组织在成长?因为,黑社会性质组织不是完全秘密的,与一般的犯罪集团不同,一般的犯罪集团是不公开的,但是黑社会性质组织的活动例如控制等则是带有公开半公开的,与秘密的地下状态不同。这样,党组织就怎能视而不见呢?怎么能让他活动起来了呢?这是值得探讨的。

法工委对于黑社会性质组织怎么会是拳头打出来的质疑,讲了理由:有些地方的党组织,基层政权组织,软弱涣散,不敢管。

问题是,软弱涣散,不敢管,算不算纵容?界限到底该怎么划?“保护伞”可以是直接参与,也可以是包庇,不说,不揭发,不检举,是纵容。应该管,不敢管,就不算纵容吗?界限确实不好划。包庇或许还有一些主动行为,纵容则不然。纵容的原因有很多,其中惹不起,不敢管也是原因。尽管立法解释出台了,但是对于“保护伞”问题在我们学者看来,没有完全解决。界限放松一点,黑社会性质组织就多一些,如果紧一点,黑社会性质组织就少些。到底黑社会性质组织不应该有“保护伞”特征,到底将它作为选择项是否妥当,还是个问题。有些教授认为,这样的立法解释还不如司法解释。由于考虑到最高检察院的意见,反而将一些问题模糊了。当然从法律效力上讲不能认为立法解释无效,只是在学理上探讨黑社会性质组织的特征中,“保护伞”到底是可有可无,还是非有不可。在后来的实践中,有些地区认定的黑社会性质组织就看不出来有什么“保护伞”特征。应该说学理上对这一问题并没有很好的解释,但是从法律效力上看总算有个结论了。

接着,我讲第二个立法解释。

2002年4月28日通过的《关于第384条第1款的解释》规定:“国家工作人员利用职务上的便利,挪用公款归个人使用,进行非法活动的,或者挪用公款数额巨大、进行营利活动的,或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的,是挪用公款罪,处5年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处5年以上有期徒刑或者无期徒刑。”“利用职务上的便利,挪用公款归个人使用”是挪用公款罪的基本要件,但是什么叫做“挪用公款归个人使用”?在实践当中认识并不一致。字面上是说得比较清楚,“归个人”,个人应该就是包括自然人,扩大一点可以包括私营企业、合伙企业,但是事实上并不是那么简单,挪用公款归单位使用,就不见得没有挪用公款。所以“挪用公款归个人使用”在实践中的掌握比在字面上的掌握要复杂。

立法解释出台的过程是这样的:在2001年9月18日,全国人大常委会作出了如何认定“挪用公款归个人使用”的解释。解释是:国

家工作人员利用职务上的便利,以个人名义将公款借给其他自然人或者不具有法人资格的私营独资企业、私营合伙企业等使用的,属于挪用公款归个人使用;还有一种情况是,为谋取个人利益,以个人名义将公款借给其他单位使用的,也属于挪用公款归个人使用。解释出台后,那么以单位名义出借给其他单位的就不算挪用公款。最高检察院在2001年11月向全国人大常委会递交了报告,对此解释提出异议,第一认为司法解释强调“以个人名义”和“谋取个人利益”才构成挪用公款罪,超过了司法解释权,是越权解释,给实际办案造成极大的困难。在实践中挪用公款很少以个人名义出借,大多以单位名义出借,那么以单位名义挪用给个人使用的怎么办?这样的情况非常多。第二个,证明是否以个人名义也存在困难,如果按照这个司法解释,那么检察院办理的一大批挪用公款案件势必要撤销,或者宣告无罪,给反腐败工作造成消极影响。

又是“两高”意见不一致了。挪用公款案件从1988年《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》开始就认定为犯罪了,最高法院在1989年、1998年、2001年先后做了不少的司法解释,1998年的解释中,国家工作人员利用职务上的便利,挪用公款给私营独资企业、私营合伙企业等使用的,属于挪用公款归个人使用。当时认为挪用公款给国有企业使用的,没有明确是否属于犯罪,实践中认为不属于挪用公款归个人使用。1989年的解释中对挪用公款归个人使用的规定了两个条件:一是以个人名义;二是谋取个人利益。从渊源上看,挪用给单位使用的仍然有可能认定为犯罪。在2001年的解释中,对挪用公款做了进一步的解释,条件更为严格。解释后,在实践认定中确实有不少不同的意见。

因此,争论又反映到立法机关,于是,立法机关征求各方意见,包括学者的意见。学者、专家的意见也不统一。我在这里简单说一下学者专家们的意见。归自然人使用是没有异议的,而在归单位使用的问题上有四种意见:一是强调个人名义,以个人名义挪用给单位使用的,不管是否谋取了个人利益,也不管单位的性质是国有还是私