

公检法刑事办案实务全书

公检法篇

(三)

郭雅 主编

吉林摄影出版社

图书在版编目(CIP)数据

公检法刑事办案实务全书/郭雅主编.—长春:吉林摄影出版社,2004

ISBN 7-80606-736-1

I. 公… II. 郭… III. 刑事诉讼法—法律适用—中国
IV. D925.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 112281 号

出版发行:吉林摄影出版社

(长春市人民大街 124 号 130021)

责任编辑:李乡壮

经销:全国各地新华书店

印刷:北京施园印刷厂

版次:2004 年 8 月第 1 版

书号:ISBN 7-80606-736-1/D·296

定价:480.00 元(本卷定价:16.00 元)

目 录

◎谈谈对法律的理解.....	1
◎浅议执行程序中案外人对债权人担保的有效性.....	11
◎执行“难”新理念的思考.....	18
◎律师在侦查阶段的法律地位和作用探讨.....	28
◎论民事诉讼中工程价款的确认.....	45
◎浅谈少年刑事审判工作的语言艺术.....	54
◎事后抢劫罪立法比较研究.....	58
◎浅谈诉讼费用的几点认识.....	68
◎国家赔偿存在的问题及对策.....	73
◎对买卖尚未成就及付款期限未到的财产能否进行保 全的探析.....	87
◎如何处理房屋买卖中的优先购买权.....	93
◎略论民法的类推适用.....	98
◎论非诉行政案件执行中的听证制度.....	109
◎SARS 与法律.....	118
◎法院落实党风廉政建设责任制存在的问题及对策.....	138
◎试论刑事附带民事执行难的原因及对策.....	152
◎与时俱进，全面做好新形势下办公室工作.....	161
◎缔约、履约及合同终止后的商业秘密保护.....	168
◎人民法院司法警察警务保障要进一步加强.....	176

- ◎ 审视挪用公款罪中的“非法活动” 180
- ◎ 原告中国农业银行济源市支行与被告济源市泷耀油脂有限公司、河南省济源市树脂厂借款合同纠纷一案 188
- ◎ 原告河南省煤矿供应公司与被告河南省济源煤业有限责任公司买卖合同纠纷一案 197

◎谈谈对法律的理解

济源中院民二庭 张智忠

在工作当中我们经常遇到虽然事实确定，却认识不一的情况，为此展开的辩论也常处于谁也说服不了谁的情况，为此，我们不得不想，我们同是有很多年审判经验的同志，何以对同样的法律条文有如此不同的理解？到底该如何理解？用什么方法理解？有多少种理解法律的方法？这些方法能否给予我们统一且符合正当性的理解？下边，我结合审判实践，谈几点看法。

在我国较早对分析方法进行研究的学者中，社科院的梁慧星教授是较成功的一个，他在最高人民法院法院公告第四届通讯员座谈会上作了一个演讲，题目是《民法的发展与民法方法论》，在此演讲中，他列举了10种方法，也就是他在其成名作《民法解释学》中所较详尽说明的几种方法分别是：文义解释、扩张解释、缩小解释、当然解释、体系解释、立法解释、目的解释、合宪性解释、比较法解释、社会学解释。最高院将此次讲话经演讲者同意印成了小册子，对法院系统的同志有很大影响。

先看文义解释，又有人称之为平义解释，即大意是根据文本和文字的意义来解释。这应是首选的方

法，不根据字义又根据什么？但经过反复理会条文，尽管每个字、词、句我们都理解，而且，在此规范中，字义是明确且不易引起歧义的。然而仍不能解决效力问题，或者，每人据此可得出不同的结论，这是为什么？这就是文字的局限。通常我们认为，文字本身是有意义的，读者看到文字就应该知道是什么意思。如法院小黑板上写：“上午8点开会”；我们就会按时到会会场，似乎这是文字自有的意思。但这经不起推敲，通俗地比，如我们讲个笑话，有人听后哈哈大笑，有人听后就没反应，还继续问“后来呢”；文雅地比，如对于《红楼梦》，蔡元培认为是一部反满小说，胡适理解的是作者的自传，郭沫若理解的是阶级斗争，而俞平伯理解的就是一个爱情故事。说明同样的文字读者不同，其理解也不同，有兴趣的话，大家可以看看中国访问过的天体物理学家霍金的一本书叫《时间简史》，还可以看看爱尔兰作家乔伊斯写的一部名著小说《尤利西斯》，上面不存在不认识的字，但你就是看不懂。同时文字的意思会变化，孟子说“尽信书，不如无书”，现在理解这里的书泛指书本，而孟子说的其实是《尚书》。甜蜜的蜜字前加小字，成“小蜜”，这个词的意思恐怕20年前的人就不会理解。所以文字本身并不说话，只有加入了读者的思想，才有

了理解。产生于德国的概念法学派曾试图用最准确的语言建立起绝对完善的法律体系，以使法律具有完全的确定性，但事实上，它已被证明此路不通。它的理论前提是，语言都有确定的含义，每一字词句都有相对应的物，而这一理论已被套彻底推翻，在此我还想讲一下，美国的法学家史蒂芬·伯顿写的《法律和法律法推理导论》中的小故事：公园规定不能在公园睡觉。夜晚，一个绅士在公园里站着双手支着下巴支在椅子背上，鼾声可闻，而另一流浪汉却在不远处，躺在椅子上，用报纸蒙着脸，大家都知道他是失眠症患者。他俩谁在睡觉？连睡觉这样的普通概念都是模糊的，何况需要由普通概念来解释的法律概念。为此我们看到，文义解释在此并不能解决我们的迷惑，必须另寻它途。

扩张解释和缩小解释，即把文本的意义给予扩张和缩小，但我们迷惑的是，在什么情况下我们应扩张，又在什么情况下应缩小文本的意义，扩张和缩小的根据又是什么，如何给予正当性的解释。实际上，这两种所谓的方法是法律解释的结果而不是法律解释本身，北京大学的法学院院长苏力（其实叫朱苏力）也就是在这个意义上说它们并不是一种方法论意义上的解释方法。当然解释实际上是一种常识，也即文本中

的当然之意，比如禁止攀花折木当然意味着不能砍伐花木，其实也不是什么解释的方法。

再看体系解释，在理解《民法通则》第 122 条产品是过错责任还是无过错责任时，有人论证说，由于此条的前后都是无过错责任，不可能把一个过错责任的规定夹在中间，故此条为无过错责任，这就是体系解释，但对于我们要讨论的问题，却派不上用场。从我们的实践经验来看，这尽管不失为一种解释方法，但其所适用的范畴非常有限。

目的解释和立法解释，倒是我们经常提到的，如是否符合立法原意，是否符合立法目的。但是我们是否深入地考虑过：我们怎么去了解立法原意和目的。以民法通则为例来说，我们除了从司法解释的行文、字义、逻辑来进行理解之外，如何获悉愿意和目的。无非是这样，在民法通则有说明的话，我们看说明以了解原意和目的，而没说明的情况呢？该法的制定机关是第六届全国人民代表大会第四次会议，这一机关的愿意和目的如何了解，机关本身是不会说话的，我们得向立法的人进行了解，又不免要问，向谁去了解，是向当时的人大代表还是人大常委会委员还是法律草案的起草者。这三者都不是一人，该向哪一人去了解，该人的意见与他人的意见是否一致，经验

告诉我们，起草人的意见可以不一致，但法律文件同样可以颁布并实施，法律文件基本上没有要求过全体一致通过。中国和美国在政见分歧很大的情况下仍然对外宣布了中美联合公报更是很形象地说明了这一问题。这也就说明，在目前我国现实情况下，了解立法的愿意和目的看似名正言顺、冠冕堂皇，但实质上可行性很小，有人说，作品一出，作者说死了。我们所谓的立法原意和目的很可能来源于我们的主观想象。从另一角度看，我们是司法者，应不应有我们独自的眼光，也即是说，到底该以立法者的角度还是以司法者的角度来审视法律文本。根据山东大学威海分校的陈金钊教授的观点，他在一篇名为《法律解释的矛盾和选择》一文中认为，司法者就应该站在司法的立场而不是立法的立场来解释法律，因为司法的过程就是要把立法者所定的普遍正义运用到个案中，以实现个别正义的过程，在个案中，法官比立法者更易理解和实现正义。下一个是合宪性解释，在法官没有对法律文本的合宪性审查权的情况下，这一解释方法是不符合审判经验的，脱离现实的。

比较法解释，顾名思义，是把中国法与其它国家和地区的法律相比较，从而提出中国法的文本意义来。不可否认，从最高人民法院制定司法解释的角度

来说，考虑到我国的法治发展现状，这一方法有积极意义，但从广大法官的外文能力来看，对于个案的解释却不现实。但一个特殊的情况是，多学习我国台湾的民法及其学说对我们办案来讲经常会有所帮助。首先，台湾民法共条十分精细，另外，民法学研究自六法全书实施以来，未曾中断，已较为成熟。对本案也有一些借鉴意义，如与土地有关的理论是附着物和附属物的概念及意义。土地上的附着物可与土地分开分属不同的所有权人，如房屋者是，而附属物尽管也有独立的价值，但却与土地只能归属于一个所有权人，如在他人的土地上种树木，不管什么原因，树木的所有权都归土地所有者所有。在此意义上说，土地及其上的房屋都来有其独自的价值，并且是可分的。物权合同的生效与成立理论也很有借鉴意义，在此不多讲。

梁慧星教授所讲的第10种方法是社会学的方法，也即是用社会学的知识来解释法律，在此我们看到，此种方法的视线已离开了法律文本，用法律以外的社会学的知识时髦的话叫解读法律。吴合振副院长在《担保物权审判实践应用》一书中，分析了房地分别抵押的效力，他这样认为：“实践中经常发生，当事人在抵押时只将土地使用权设立抵押，土地上的房

屋没有抵押，或者仅将房屋设立抵押，房屋所占用范围内的土地地使用权没有抵押，对于这种情况，抵押权人行使抵押权时，可将土地上的房屋和房屋占帮范围内的土地地使用权一并变价，但抵押权人只对依法登记的房屋或者土地地使用权的变价款有优先受偿权，对没有登记的房产或地产变价款无优先受偿权。”这样的分析实际上是运用了社会学的分析方法。事实上，社会学法学已作为一人文学科在法学的发展史上发挥了极大的作用，德国法学家马克思·韦伯作为这一学科的创始人，是一个其它法学家进行法学研究不可绕过的人。在我国，以北京大学为代表的法社会学研究者已对中国的法学事业做着越来越大的贡献，发挥着越来越大的影响，对我而言，苏力的几本书《法治及其本土资源》、《送法下乡》、《制度是如何形成的》对我的启发是很大的。

在梁慧星教授较早对法律解释进行了研究之后，近年来，我国的法律解释研究逐步深入，已在当代中国的法学研究中成为显学。中国法律文化研究中心为此专门召开了法解释学学术研讨会，我国一些比较受人尊重的重量级学者于会进行了讨论，包括陈弘毅、方流芳、张志铭、梁治平、刘星、强世功、赵晓力、郑戈、王亚新、苏力等，并都拿出了各自的作品，现

在各法学核心期刊上的有关法律解释的文章也层出不穷，中南财经政法大学的《法商研究》今年的第二期上有好几篇文章的专门讨论。对这些有关法律解释的学习以后，我的总体感受是，每一种能够称之为解释方法的方法都是十分重要的，但是，任一种方法及各种方法的结合都不能终极地解决我们面临的问题。之所以这样说，是因为即使我们都用了同伴的方法来进行了研究，但我们却可能得出的是不同的结论。其根本原因又是，尽管我们都用了同样的方法，但我们每个人的经验是不同的，经验是一个人成长环境、所受教育、智力状况、包括性格特征等总体的反应，而这些经验是必然会带进我们的思考中的。在这一意义上，美国大法官霍姆斯说，“法律的生命不是逻辑，而是经验”。也说是在此意义上，有人说神童不学法。尽管国际法学之父荷兰法学家格劳秀斯 16 岁就成了法学博士，又尽管德国的萨维尼在 21 岁时就写出了其代表作《论立法及其当代使命》，从而奠定了他在德国法学界的权威地位。当然，这里的经验，又与常说的有多少年的审判经验中的经验没有太大的关系，在这样一个语境上，审判经验称之为审判经历似乎更合适。

既然我们没有一个便捷的方法来面对复杂的法

律问题，那么在面对疑难的法律问题时，到底该如何作答。苏州大学的胡玉鸿教授在《作为方法的解释学》一文中说得不错，法律解释并不是一些理解法律的规则和技巧，而是对法律的文本、意义的拷问，山东大学的谢晖也说，法律解释是对法律意义的追问。我的想法是，对法律意义的追问就是对法律运用正当性的追问，也必然是对正义的追问，我们突然发现，法律解释的最终进路又走向了法哲学。在我的学习过程中，我比较认真地阅读了美国法学家博登海默的《法理学、法律哲学和法律方法》一书，实在话，这一过程是痛苦而愉快的，说痛苦是因为由于对他在论述时的一些基础性知识时我并不能全面掌握而产生的理解上的困难，说愉快是因为我太多的模糊概念在此都有了清晰的认识，我发现那么多的法律争论实际上并不是现在产生的，它可能早已在各法学的争论中了，有些可能性早已存在于古希腊时期了。冯象(北大耶鲁哈佛三所世界级大学的三门学科的博士)在《政法笔记》一书中写了一篇短文叫《案件为什么难办》，他说难在法律所应保护的利益之间本身存在冲突，如言论自由与个人隐私的，又如城市拆迁中，公共利益和个人权益保护的冲突等，就本文要讨论的案件而言，也是具有启发意义的。他实际上是在用利益衡量

和价值衡量的方法在分析问题，但这离不开法哲学的指导。

从另一个方面来说，我又想，法律自身往往不能证明自身，必须借助其他学科的知识。从常识讲，有“不知庐山真面目，只缘身在此山中”之说，我们自己也是能过别人来认识自己的。有法院的王利明教授2002年在北大的一次演讲中，在与苏力的某些观点相比时，公开说到自己对经济学知识的不足，限制了自己的研究，成了自己的“阿基里斯”的脚踵。相反美国第七上诉巡回法院的首席法官波斯那写的书(我大致翻过他的《法理学》、《超越法律》)涉及太广，包含了文学、经济学、道德和性等等，中国的有些法学家说，他写书的速度比翻译得还快。

通过以上的说明，大家遗憾地发现，我并没有给出一个答案，不过如果我花大量的时间仅是为了告诉大家我对这个问题的意见，那意义就太小了，我通过以上说明想表达的是，论证过程往往比结果更重要，在现在这个价值多元、利益多元的时代，我们判决书所保护的利益不一定是完全正确的，但我们为此所论证的理由必须是充分和令人信服的。在我们讨论案件时，充分的论证是最重要的，而一些大词，尽管是很对的大词，如“要实现社会正义”，“外国的法学理论

不一定适合中国”，“要平等保护双方当事人的利益”等，这些话永远都是对的，正因为是永远对的，因此对具体案件解释法律的讨论过程中是没有意义的。为有充分的论证，我们有必要加强我们的法学素养，目光不应仅停留在法律规范扩展到其它学科，从而逐步树立自的法律思想，从而可以用自己的眼光观察世界，用自己的思想分析社会，为什么只有法官、牧师、博士穿袍子，因为三者都要求有独立的思想，如果没有自己的思想，而身穿一袍，是很可笑的。

最后我用美国大法官本杰明·卡多佐的话来结束：“我们时代需要的，而能起到作用的，不是带着大量信息而来的人，而是那些带着批判的目光来审视问题、判断问题并能解决问题的人，一旦火炬掌握在他们手中，火焰将格外辉煌。”

◎浅议执行程序中案外人对债权人担保的有效性

济源中院执行局 高志强

当前司法实践中有这样一种担保书，不是按照正常程序即在主合同签订时设定保证，而是在主债务已经起诉，法院判决，并进入强制执行程序以后，执行申请人又让债务人寻求担保，由案外人对债权人提供了担保。上述这种担保是否有效，是否具有法律约束

力和强制执行力呢？有人认为只要该保证意思表示真实不损害社会利益，没有违背法律规定，就是有效的。然而笔者不同意此种观点。笔者认为，在谈论合同的效力之前，首先应该看看合同成立与否。对该种担保书的理解之关键也就在于它是否具备了保证合同的成立要件，是否成立，而并不在于担保书是否具有违法性。笔者认为该种担保书无论从程序方面，还是实体方面，都是没有法律约束力的理由如下：

一、因为附条件是保证合同的一个最基本特征，而在执行程序中，案外人对债权人提供的担保，主债务不履行已成定局，故保证合同之附条件性在该保证中不能得以体现。

何为“附停止条件”？梁慧星所著《民法总论》中所述条件，是当事人以将来客观上不确定之事实，作为决定法律行为效力的附款；停止条件即是决定法律行为效力发生的条件。“附停止条件”的法律行为，在条件成就前，法律行为已经成就，但未生效，即效力处于停止状态，须待条件成就方才生效。《担保法》第6条的逻辑结构也表明，保证系保证人允诺当主债务人届期不履行债务时，由其依合同和法律承担保证责任，只有在主合同不履行的情况下，保证人才负履行保证债务，此处的“债务人届期不履行债务”正是

“保证人承担保证责任”的条件，就其状态而言：“当时主债务人是否履行合同尚处不确定，仅是当事人约定的一定条件，并且，保证债务原则上应债权人请求，才届清偿期。可见保证系附停止条件的合同。”

从保证合同的附停止条件这一基本特征出发，凡保证合同，必须是以主债务人之履行不能确定做为条件的，如果肯定不能发生，或肯定能发生，都不属于“附停止条件”；显然，执行程序中案外人对债权人担保是与保证合同的本质相违背，此外，如果我们承认保证乃是一种附条件合同的话，我们就必须承认在主债务不履行或主债务已经无财产可供执行的情况下，实际上该当保证在成立之时该当条件已经确定产生，不能成为其条件，而过去的事实，所签订的保证合同肯定是无效的。也正如梁慧星教授所说：“过去的事实不能作为条件。”这是民法学上的基本常识。更何况从当然解释的角度看，这种无条件显然加重了保证人负担，该种担保应是无效的。

二、该种保证不符合保证合同成立的时间

关于保证成立的时间，学术界极少论及，但这却是每一保证纠纷案件不可缺少的。从历史渊源上看，早在罗马法时期，产生于共和国末叶的委托保证，就是“由当事人一方委托他方代付金钱给第三人而自负