

学理解释在司法实践中的生存空间

王恩海

湖南省长沙市雨花区人民检察院一则发给长沙市司法局的《工作联系函》日前引发了法律人的广泛关注。该函载明在某容留卖淫案的庭审中，某被告人的律师发表了“卖淫嫖娼有利于减少强奸等恶性犯罪的案发，有利于维护社会稳定”的辩护意见，该函认为，“律师担任辩护人，应当根据事实和法律，提出辩护意见，依照相关法律、法规和社会道德规范及公序良俗，”就此指出该律师“在法庭上公然发表上述辩护意见不符合一名律师应有的言行。”

该函虽然仅“特此函告，并请函复”并未提出处理建议，但仍引发了律师群体的极大愤慨，当事律师刊发长文予以说明，社会公众亦纷纷跟进展开讨论，本文就学理解释在司法实践中的适用空间这一切入点展开论述。

律师辩护意见属于学理解释

刑法理论一般根据解释主体不同而将解释区分为正式解释（立法解释和司法解释）和非正式解释（学理解释）。立法解释的主体是全国人大常委会，司法解释的主体是最高人民法院和最高人民检察院，除此之外的任何主体所作的解释都是非正式解释（学理解释）。学理解释是未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构以及公民个人对刑法所作的解释，它没有法律效力，但对刑事司法乃至立法活动具有重要参考价值，对提高公民法律意识具有重大作用。

根据这一观点，庭审中的控辩审三方所作的解释均为学理解释，但这一观点忽视了承办法官对案件的最终处理所起到的至关重要的作用。承办法官在具体案件的处理过程中必然会涉及到对相关法律规定的理解，而这一理解是案件作出最终裁判的重要依据，基于此，理论上有人认为，处理具体案件的法官对法律的解释为正式解释（在不起诉案件中，检察官的解释为正式解释）。

由此可见，由法院审理的案件，控辩双

□ 学理解释是未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构以及公民个人对刑法所作的解释，它没有法律效力，但对刑事司法乃至立法活动具有重要参考价值，对提高公民法律意识具有重大作用。

□ 由法院审理的案件，控辩双方对法律规定的理解均为学理解释，不具有最终效力，而哪一种解释能够成为定案依据，最终由承办法官决定并依此作出裁判。这不仅符合司法活动规律，也有助于现阶段大力推进的以审判为中心的改革。

□ 理论与实践两者水乳交融，难以区分——大多数理论都是实践问题，所有的实践问题都是理论问题——学理解释是这一观点的重要体现。忽视学理解释也是现阶段社会公众难以理解部分司法活动的根源之一。

方对法律规定的理解均为学理解释，不具有最终效力，而哪一种解释能够成为定案依据，最终由承办法官决定并依此作出裁判。笔者认为，这一观点不仅符合司法活动规律，也有助于现阶段大力推进的以审判为中心的改革。

显然，律师的前述言论属于学理解的范畴，最终是否影响判决应交由法官裁判。在司法实践中，学理解的适用频率要远高于立法解释和司法解释，在这一过程中，不仅辩方，控方也在大量的运用学理解释，例如我国刑法并未规定因果关系，但因果关系是所有案件在处理过程中必须考虑的因素，公诉人在法庭上发表的所有与因果关系有关的言论均是刑法理论研究的成果。

学理解释不受法律追究

本案中律师发表的学理解释是否合法？检察院是否有权发函？对此，《律师法》第37条第2款规定：“律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外”。笔者认为，律师在法

庭上享有豁免权的原因之一可能就是律师的观点并不具有终局性（三种情形的豁免主要目的在于维护国家安全，维护被律师言论即时伤害的利益），这一规定也从侧面彰显并维护了《律师法》第2条第2款的规定：“律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。”《工作联系函》显然忽视了《律师法》的前述规定。

赞同《工作联系函》的观点主要有二：一是认为这是检察机关法律监督权的体现。笔者对此不持异议，但《律师法》也是社会主义法律体系的重要组成部分，检察机关作为法律监督机关，理应遵循，而《律师法》已经明确了律师在法庭上发表言论的边界，因此，只要《工作联系函》没有引用《律师法》第37条第2款的规定，该做法即有损于《律师法》的尊严，检察机关不能以贬损《律师法》为途径来实现抽象的法律监督权。二是认为律师的观点有悖于社会道德观念，《工作联系函》也强调了这一点。与卖淫嫖娼、淫秽物品相关的犯罪，在刑法上称为“风化犯罪”，世界各国刑事立法对此采取了截然不同的态度，这与相关国家的历史文化传统紧密相连。我国对风化犯罪采取了较为严厉的刑事举措，但几十年的实践表明，单纯依靠刑事打击难以实现立法初

商品房交易中居间人的如实报告义务

孙洪林

近年来，随着房地产产业的迅猛发展，房地产居间服务也随之发展起来。实践中，因居间行为引发的纠纷屡见不鲜。由于商品房买卖涉及的标的额巨大，居间方的存在可以帮助委托人增加交易机会，降低交易风险，因此向交易双方如实报告各种资料，并做必要的专业审查，确保提供资料的真实有效是居间人的居间义务。

《合同法》第四百二十五条规定，居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担赔偿责任。

2018 年 1 月至今，中国裁判文书网公开房产合同纠纷 700 余件，其中居间合同纠纷就有 100 余件，其中还不包括买卖双方对居间人的瑕疵行为举证不能，而无法告诉的情况。

典型案例

案例一：上海市奉贤区，2017 年一刑事案件中被告人通过房产中介公司及其工作人员对外谎称其持有某一手楼盘供应商房源，以改名费、中介费等名义骗取了 30 余名被害人购房款共计 2200 余万元。

嗣后，因被告人的支付能力问题，导致部分被害人无法全额执行到已付房款，于是他们便提起民事诉讼，将房产中介公司告上法庭。

法院认定该房产中介公司作为有偿委托

合同的受托人、专业中介机构，明知操作流程非正常流程，仍为获取报酬而推荐、促成《房屋转让协议书》的签订，并对被告人提供的房源信息真实性未进行谨慎核实的情况下，即向购房人报告房源信息；在购房人支付巨额定金及购房差价款后，仍未积极核实房源的真实性。

最终判决由该房产中介公司按责任承担比例向购房人承担定金及差价款中未足额退赔金额的赔偿责任。

案例二：徐某由某地产公司居间介绍下，作为买受方与案外人签订《房地产买卖合同》，约定购买位于上海市闵行区某房屋，房屋总价 240 万元。

该居间协议约定：因该房屋有抵押，出卖方需要在 2015 年 11 月底之前去除抵押。买卖双方于同年 12 月 6 日签署《房屋买卖合同》，同日，徐某向该地产公司支付佣金。根据该地产公司早在 2015 年 10 月 29 日从不动产登记部门调取的上海市房地产登记簿，显示该房屋上存在最高债权数额五百万元的抵押及相关的司法查封。而本案房屋转让价款仅 240 万元，该房款的支付远远不足于涤除抵押。

该地产公司明知上述情况，但仍促成买卖合同的订立，并收取居间费用。徐某为购买该处房屋，将自有房屋出售，后因合同履行不能，解除了已签订的房屋买卖合同，由此给徐某造成了巨大损失。

法院最终判令该地产公司退还徐某全部居间费用。（其他因买卖合同的履行等给徐某造成的损失赔偿事宜已另案诉讼）。

居间人违背义务或将触犯刑法

通过上诉两个案例不难看出，无论在一手房或是二手房交易过程中，居间人的主要义务是报告缔约机会或者提供媒介服务。而实际在提供居间服务之前，居间人掌握着缔约信息，对于苦于寻求缔约机会或难以与对方缔约成功的委托人来说处于绝对优势地位。在有偿居间服务中，居间人以追求经济利益为目的，必然尽力促使双方缔约成功。然而，如果居间人利用其掌握的信息优势，为牟取暴利而“创造”缔约机会，显然是违背了诚实信用的民法基本原则，甚至有可能触犯刑法。

同时，居间人除了信息优势，由于其对实时的政策、贷款、税收等信息获取较之委托人也更具有利的地位和辨别信息真伪的能力，因此，从常理来看，委托人有理由相信居间人提供的信息至少应具备表面的真实性。

目前在商品房交易中介行业，居间人素质良莠不齐，唯利是图的现象普遍存在，在实务中往往存在如下问题：

1.隐瞒或者误导与合同相关的重要事实。例如：房屋产权性质、是否有抵押、产权人是否存在履约能力瑕疵、购房人资格、房屋本身是否存在质量及其他瑕疵，是否仍有历史遗留户口等等。居间人在居间过程中明知存在问题，但不主动披露，仍积极促成房屋买卖合同的签订。

2.故意提供虚假情况。例如：承诺包装首套、包装购房资格、贷款包过、商住两用房屋落户、满五唯一只考虑个人名下而非家庭等

衷，曾有全国人大代表提出卖淫嫖娼合法化的建议也有这方面的考虑。如果以道德观念作为学术研究、司法活动的边界，可能会导致主张安乐死合法化的观点被冠以“老鼠过街人人喊打”，也不可能提出成年人自愿在密闭空间发生性关系的行为不构成聚众淫乱罪的观点。

在这一事件中，法院的做法值得肯定，在判决书中，就前述的律师辩护观点，法院认为：“陈某伙同被告人李某某等人无视社会道德风尚，大肆从事容留他人卖淫的违法犯罪活动，严重败坏社会风气，该辩护意见于法相悖、于理不合、于情不符，本院不予采纳”。显然，主审法院用其对事实和法律规定的正式解释为控辩双方的争论划上了句号，《工作联系函》在一定程度上压缩了学理解释在司法实践中的生存空间。

如何对待律师在法庭上的言论，不妨看一下近邻日本。律师在为全日本广泛关注的福田孝行案（被告人系未成年人，意图强奸被害人木村弥生遭被害人反抗而将被害人杀死后奸尸并杀死被害人 11 个月大的女儿夕夏）辩护时提出的主要辩护观点是“福田的母亲自杀身亡，故福田渴望母爱，在见到木村弥生时便情不自禁地抱紧她，并遗憾地误致其死亡”，“福田认为奸尸行为会使被害人起死回生”，“期间因为夕夏妹妹一直哭泣，福田便在她脖子上绑上蝴蝶结，以使她停止哭泣，当然也遗憾地致其死亡”，这一辩护观点显然更难以为社会公众接受，但未见该律师被处罚的报道。

大多数人认为，理论指导实践，实践反作用于理论，笔者就此持有不同观点，认为两者水乳交融，难以区分——大多数理论都是实践问题，所有的实践问题都是理论问题——学理解释是这一观点的重要体现。司法工作人员将精力过多地投入到司法解释而忽视学理解释，是《工作联系函》出台的重要原因，也是现阶段社会公众难以理解部分司法活动的根源之一。

（作者系华东政法大学刑法学教研室主任、教授）

商品房交易中居间人的如实报告义务

近年来，随着房地产产业的迅猛发展，房地产居间服务也随之发展起来。实践中，因居间行为引发的纠纷屡见不鲜。由于商品房买卖涉及的标的额巨大，居间方的存在可以帮助委托人增加交易机会，降低交易风险，因此向交易双方如实报告各种资料，并做必要的专业审查，确保提供资料的真实有效是居间人的居间义务。

《合同法》第四百二十五条规定，居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担赔偿责任。

2018 年 1 月至今，中国裁判文书网公开房产合同纠纷 700 余件，其中居间合同纠纷就有 100 余件，其中还不包括买卖双方对居间人的瑕疵行为举证不能，而无法告诉的情况。

典型案例

案例一：上海市奉贤区，2017 年一刑事案件中被告人通过房产中介公司及其工作人员对外谎称其持有某一手楼盘供应商房源，以改名费、中介费等名义骗取了 30 余名被害人购房款共计 2200 余万元。

嗣后，因被告人的支付能力问题，导致部分被害人无法全额执行到已付房款，于是他们便提起民事诉讼，将房产中介公司告上法庭。

法院认定该房产中介公司作为有偿委托