

2008 年 · 第 3 辑
(总第37辑)

黄河口司法

JUDICATURE OF HUANGHEKOU

王少南 主编

中国石油大学出版社
人民法院出版社

黄河口司法

2008年·第3辑

(总第37辑)

王少南 主编

中国石油大学出版社
人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

黄河口司法. 2008 年. 第 3 辑: 总第 37 辑/王少南主编.
东营: 中国石油大学出版社, 2008. 8

ISBN 978-7-5636-2648-9

I. 黄… II. 王… III. 司法—工作—研究—东营市
IV. D927.523.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 126097 号

书 名: 黄河口司法 2008 年·第 3 辑(总第 37 辑)
主 编: 王少南

责任编辑: 刘 清 姬文清
封面设计: 王凌波

出 版 者: 中国石油大学出版社 人民法院出版社
网 址: <http://www.uppbook.com.cn>
电子信箱: yibian8392139@163.com
排 版 者: 中国石油大学出版社排版中心
印 刷 者: 山东省东营市新华印刷厂
发 行 者: 中国石油大学出版社(电话 0546-8392139)
开 本: 170×225 印张: 24.625 字数: 427 千字
版 次: 2008 年 9 月第 1 版第 1 次印刷
定 价: 55.00 元

卷 首 语

发扬光大“东营经验”

王少南

在全国政法系统“大学习、大讨论”活动中，最高法院把东营中院确定为全国法院系统的先进典型，将“东营经验”概括为“服务大局维稳定、司法为民促和谐、与时俱进创一流的新时代好法院”，省法院、市委相继作出了决定和意见。这既是对东营中院过去工作的肯定，也是对今后工作提出的方向性要求。全市法院法官和其他工作人员要倍加珍惜荣誉，倍加努力工作，促进法院工作在新的起点上实现新的发展。

——思想认识要更加端正。要充分认识到这项荣誉的获得，归功于党委的领导，人大的监督，上级法院的指导，政府、政协和社会各界的大力支持；归功于全体法官和其他工作人员的不懈努力。充分认识到“尺有所短、寸有所长”，既要正视工作中的不足，也要认真学习兄弟法院、兄弟部门的好经验、好做法，不断改进工作。充分认识到逆水行舟不进则退，要立足现在、着眼未来，把荣誉转化为做好工作的强大精神动力。

——职能作用要更加有效。要更好地把全市法院工作融入到党和国家工作大局之中，结合到为辖区经济社会又好又快发展特别是黄河三角洲开发建设服务中来，使法院工作始终与中心工作同向、同步。要以人民群众的新要求、新期待为信号，着力把维护人民权益这一根本出发点和落脚点更好地体现到法院各项工作之中，解决好人民群众最关心、最直接、最现实的诉讼需求，完善司法便民、利民、护民的诉讼举措，使人民群众在司法活动中享受到改革发展的成果。要着力把社会公平正义的首要价值追求更好地体现在审判工作中，把每一案件的处理都当作社会公平正义的具体实践，从实体、程序、时效等各个方面体现维护社会公平正义的要求。要把化解矛盾作为职能作用发挥的更高定位，既要化解当事人之间的矛盾，也要化解当事人与国家、与社会、与政府的矛盾，努力促进社会和谐。

——司法能力要更加优良。要把“政治建院”作为首要任务，进一步加强

中国特色社会主义教育，深入贯彻落实科学发展观，践行社会主义法治理念，始终坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上，确保法院工作的正确政治方向。要大力加强领导班子建设，着力把法院领导班子建设成为贯彻党的路线方针政策和领导科学发展的坚强集体。要大力加强法官和其他工作人员的业务素质和司法技能教育培训，改进工作作风，提升司法形象。要大力加强管理工作，推进管理的规范化、精细化、科学化。要与时俱进改革创新，积极建设公正高效权威的社会主义司法制度，为职能作用发挥提供有力的制度、机制保障。

目 录

目 录

司法大讲坛

- 论社会主义法治理念 陈忠林 (1)
民事诉讼简易程序 范愉 (17)

名人访谈

- 徐昕教授访谈录 (36)

黄河口论剑

- 如何审理好房地产纠纷案件 (46)

司法调查

- 关于开展“打黑除恶”专项斗争情况的调研报告
..... 东营市中级人民法院刑一庭课题组 (74)
委托执行中存在问题与对策探析
..... 东营市中级人民法院执二庭课题组 (99)
关于基层法院开展巡回审判的调研报告
——从实践层面看“两便”式巡回审判机制的构建
..... 山东省垦利县人民法院课题组 (112)

法学论坛

- 集资诈骗罪的理解与适用初探 李娜 (127)
以个案为视角看被拆迁人的行政诉讼博弈策略
..... 姜福先 梁瑛 郭琳佳 (136)
利益衡量:路径与规制 柳洪祥 (147)

法律适用

- 和谐视角下的“诉调对接”机制研究 姬文清 任玉峰 (160)

目 录

如何应对被执行人的逃避执行	曹修法	孙丕俭 (171)
新民诉法实施后如何做好执行工作“三统一”	李 敏	刘彩霞 (176)
民诉法的修改对基层法院执行工作的影响及对策	张怀刚	张红卫 (182)
执行复议对执行救济制度的影响	丁艾花	蒋 萍 (190)
浅论执行权配置的优化途径		
——以人民陪审员参与执行为依据	马成刚	申国锋 (197)
不动产预告登记制度对民事执行之影响	胡军辉	(205)
新民诉法实施后如何贯彻执行复议制度	刘小勇	王长松 (215)
指定执行案件的调查与思考	任伟杰	(221)
申请财产保全错误的赔偿制度研究		
——以被申请人权利的保护为视角	张淑宁	任少华 (227)
试论让与担保制度构建的必要性		
——对一起民商事案件的深层思考	薛彦林	郭 娜 (238)
建立“依照性”和“参照性”并行案例指导机制的构想		
.....	周国防	高倩倩 (244)
扶养损害赔偿问题探析	周 烨	王强儒 (253)
案例解析		
如何适用新罪名和认定“利用职务上的便利”		
——于某等职务侵占、燕某收购、销售赃物案	张 宁	(262)
对一起工商登记行政案件的法律思考	张晓丽	纪少俊 (267)
执行依据中有具体的利息计算方法时如何确定迟延履行债务利息		
.....	杨敬栓	周忠华 (273)
都某、杨某、孟某共同盗窃案	李益民	(279)
婚内协议效力的认定与评析	王清丽	马曰骏 (284)
“以贷还贷”中保证责任的承担与免除	张玉英	范绍军 (290)
用人单位内部考核办法引发的劳动纠纷问题	王丽娅	王 华 (294)
统计分析		
走向和谐:用爱心托起明天的太阳		
——关于全市青少年犯罪情况的统计分析	张志刚	刘旭阳 (301)
对被执行人“下落不明”案件的调查分析	崔海霞	李凤华 (320)

目 录

民事缺席判决案件分析	王 丽 (325)
商品房买卖合同纠纷案件分析	肖志红 (335)

裁判文书

山东省东营市中级人民法院刑事判决书[(2007)东刑二初字第 9 号]	(343)
点评	徐 玉 (354)
山东省东营市中级人民法院民事判决书[(2006)东民一初字第 17 号]	(356)
点评	刘成安 (368)
东营市东营区人民法院行政判决书[(2006)东行初字第 11 号]	(369)
点评	王 颖 (377)

CONTENTS

CONTENTS

Rostrum of the Justice

- On the concept of socialist rule of law Chen Zhonglin (1)
On the civil summary procedure Fan Yu (17)

Visiting the Celebrities

- Interview transcription of the professor Xu Xin (36)

Huanghekou Forum

- How to hear a dispute case relating real estates (46)

Judicial Investigation

- An investigation report of the “anti-crime” struggle carried out by the city’s
two-level courts Written by the study group of the No. 1
Criminal Court of the Dongying Intermediate People’s Court (74)
The problems existing in the entrusted execution by another court and their
countermeasures Written by the study group of the No. 2
Execution Court of the Dongying Intermediate People’s Court (99)
An investigation report of trying to put assizes in practice in primary courts.
—Pondering over the construction of the “two convenience” assizes
mechanism in practical perspective
The study group of Kenli Primary Court of Shandong Province (112)

Jurisprudence Forum

- The elementary understanding of the fund-raising fraud and its application
..... Li Na (127)
Analyzing the administrative litigation strategy of the house owner who was

CONTENTS

facing housebreaking lawsuit from a real case	
..... Jiang Fuxian Liang Ying Guo Linjia (136)	
Interests measurement: Path and Regulation	Liu Hongxiang (147)

Application of Law

The research of the mechanism “strengthening mediation in the course of law-wing” from a harmonious perspective	
..... Ji Wenqing Ren Yufeng (160)	
How to respond to those people who managed to evade the execution	
..... Cao Xiufa Sun Pijian (171)	
“three reunification” reform of execution after the new Civil Procedure Law was put in force	Li Min Liu Caixia (176)
The impact and measures to the job of execution in the primary court after the Civil Procedure Law was amended	
..... Zhang Huaigang Zhang Hongwei (182)	
The influence on the relief system of execution after the start-up of the execution reconsideration system	Ding Aihua Jiang Ping (190)
On the optimizing way to the allocation of the execution right	
—Based on the jurors participating in the execution	
..... Ma Chenggang Shen Guofeng (197)	
The previous notice registration system for the real estates having impact on the civil execution system	Hu Junhui (205)
How to carry through the review system after the new Civil Procedure Law becoming effective	Liu Xiaoyong Wang Changsong (215)
The investigation and Thinking on the execution cases designated by a high level court	Ren Weijie (221)
Study of the compensation system resulting from a wrong property protection action	
—From the view of protecting the right of the party against whom an application was filed	Zhang Shuning Ren Shaohua (227)
On the need to build a alienation security system	

CONTENTS

- the deep thinking on a civil and commercial case
..... Xue Yanlin Guo Na (238)
- An idea to establish the case guiding mechanism in which the “in accordance
with” and “referring to” will be circulating together
..... Zhou Guofang Gao Qianqian (244)
- Study of the damage compensation problems in a controversy over maintenance
..... Zhou Ye Wang Qiangru (253)

Analysis of Cases

- How to apply the new accusation and determine the crime “by taking advantage of duty”
.....
- The case of Yu Ruibo and others were accused of official embezzlement and Yan Yuhuan accused of offense of acquiring stolen or unlawfully obtained property Zhang Ning (262)
- The legal consideration of an administrative case involving trading and industrial registration Zhang Xiaoli Ji Shaojun (267)
- How to determine the debt interests of delay of performance when the interests calculation method was specified in the execution document
..... Yang Jingshuan Zhou Zhonghua (273)
- Du Haiyang, Yang Tongjian and Meng Lingjun were accused of collective thievery Li Yimin (279)
- The assessment of effectiveness of the agreement formulated during the marital period Wang Qingli Ma Yuejun (284)
- The accountability and exemption of the guarantee duty in the “Loan-to-loan” Zhang Yuying Fan Shaojun (290)
- The labor dispute triggered by the salary assessment based on the unit’s internal checking system Wang Liya Wang Hua (294)

Judicial statistics

- Approaching to the way of harmony: Holding in the palm of tomorrow’s sun with heart
—the statistical analysis of juvenile delinquency of Dongying city

CONTENTS

.....	Zhang Zhigang	Liu Xuyang (301)
The investigation and analysis of execution cases in which the person against		
who a judgment is being executed is missing		
.....	Cui Haixia	Li Fenghua (320)
The analysis of civil cases concerning default judgements		
.....		Wang Li (325)
The analysis of disputes relating with a contract for the sale of commercial		
housing	Xiao Zhihong	(335)

Adjudication Documents

Criminal Procedure Judgement of Dongying Intermediate People's Court		
[No. 9, Dong-Crim- II -chu, 2007]		(343)
Commented	Xu Yu	(354)
Civil Action Judgement of Dongying Intermediate People's Court [No. 17,		
Dong-Civ-I-chu, 2006]		(356)
Commented	Liu Cheng'an	(368)
Administrative Judgement of Dongying District People's Court of Dongying		
City [No. 11, Dong-Admin-chu, 2006]		(369)
Commented	Wang Ying	(377)

司法大讲坛

论社会主义法治理念

陈忠林*



编者按

2007年5月24日,西南政法大学陈忠林教授做客东营中院第57期“黄河口司法大讲坛”,为东营市法官作了“社会主义法治理念”的报告。我们对讲座内容进行了整理,现予刊载。

尊敬的各位法官,首先声明我是来学习、来征求大家的意见的。所以,我讲的内容请大家提出批评意见和不同看法,我希望最后给大家留一点时间提问,因

* 陈忠林(1957—),男,重庆市人,博士研究生导师,西南政法大学法学院院长,东营市中级人民法院顾问。

为我一直有个观念：实践出真知。只有在实践当中的人，他才知道什么是真正的知道。法学从根本上讲，它应该是从实践的经验中提炼出来的一门科学，任何法学的理论如果经不起实践的检验，就不能在实践中运用。在实践中产生不好的效果的理论，即使说得天花乱坠，但是，我认为不是真正的理论。今天我希望大家真心地对我讲的内容提出宝贵意见。

“黄河口司法大讲坛”前面已经讲过 56 讲，但是我今天讲的内容，恐怕跟他们讲的都不一样。这个题目的内容我在全国著名的法学院校基本上都讲过（除了清华没讲过），为什么我要讲这个题目？严格讲，这个题目看上去和刑法没有直接的联系，我是搞刑法的，为什么要讲某种意义上是法理学的问题？真正的动因——我认为我们古今中外以来“恶法亦法”的法学理论从根本上都错了（这是今天我要讲的非常重要的内容），因为它不是我们讲的社会主义法治理念。为什么这样说？我觉得首先有必要说一下什么是社会主义。社会主义是一个真的、现实的存在，还是假的理想的状态？我记得我在西南政法大学讲这个问题的时候，我们学校一个非常著名的老师，他认为谈论这个问题是一个最无聊的问题，根本没有必要讨论这个问题。我在这儿讲，是因为我认为很有必要讨论这个问题。什么是社会主义呢？我认为我们现在处于社会主义初级阶段，社会主义是我们努力的方向，还不是完全变成现实的东西。如果按照理论家对社会主义和资本主义的描述，我们可以给社会主义一个描述：社会主义是真民主、真法治；资本主义是假民主、假法治。社会主义是真民主，真正地让人民当家做主。我们为什么要批判资本主义？为什么说资本主义那一套是虚伪的、是假的，而社会主义是真正让人民当家做主的社会，为什么中国共产党要推翻前国民党政权？为什么要推翻以前的半殖民地、半封建社会？是因为人民相信中国共产党可以实现人民当家做主。胡锦涛总书记提到司法为民，谈到司法改革，什么叫司法为民？他说，司法为民的核心是中华人民共和国的一切权力属于人民。这是司法为民的前提和核心，司法为民是为了广大人民的根本利益，是指依靠人民司法。

今天这个讲座，如果我不是全国人大代表，我不会来讲。我第一次参加全国人民代表大会之后，我就一直有这个想法。为什么这么说？2003 年，当我第一次参加全国人民代表大会，当我以全国人民代表的身份去审读最高人民法院和最高人民检察院的工作报告时，我发现了让我这个从事法学教育的人感觉到良心极端不安的事实，感到有些话、有的观点不得不讲。这个事实是，到 2003 年为止（2003 年以后我们国家的情况确实有很大的变化），在我们国家有一个让我们从事法学教育的人非常痛心的现象——在我们国家，越懂法就越犯罪，犯罪率最

高的职业群就是最懂法的职业群。为什么这么说？我以2003年最高人民检察院的工作报告为例。在这个工作报告中，最高人民检察院总结了过去5年的刑事案件的审判工作，并且谈到了两组数字，一组数字是全国在2003年以前近5年中，全国提起公诉的总人数大概是360万，按全国13亿人来算，大约平均每400个人就有一个人涉嫌犯罪被提起公诉。这里的平均人数是指普通老百姓，或者说是指基本上不懂法的老百姓。第二组数字是国家工作人员在过去5年中被提起公诉的有20万人左右，按全国4000万国家工作人员来算，平均每200个国家工作人员就有一个人实施犯罪。国家工作人员肯定比老百姓懂法，犯罪率反而比普通老百姓高1倍。在我们国家越懂法的人就越犯罪，这恰恰与我们法制宣传相悖。我们总认为把法制宣传好了，大家就不犯罪了，而事实完全是相反的。

当然，让我感到痛心的不仅仅是这个事实，而且还与我本身从事的职业有关系。我是干什么的呢，我毕竟是搞法学教育的，司法机关的工作人员百分之八九十是从我们政法院校毕业的。至少是到我们政法院校接受过培训的，至少是按照我们政法院校的知识体系在运作、操作和工作的。把这个数字与我们从事的工作联系起来，就有一个非常可怕的现象，我们政法院校与其他院校相比，不像培养法治人才的地方，更像是培养犯罪人的学校，培养犯罪人的学堂！我的良心震撼了。

这些问题的原因是什么？我们的法学理论有没有问题？我们的教育有没有问题？这些现象的根本原因是我们国家还处于社会主义初级阶段，我们的经济制度尚待完善，我们的政治制度尚待改革，这是根本原因。但是，我们的法学教育有没有原因呢？有，而且有非常重大的原因。我们今天的法治理论从某种程度上说就是我们制度缺陷的产物，反过来又为这些缺陷保驾护航，在千方百计地维护这些缺陷。为什么这么说？我们的教科书、报纸、电台，都会谈到一个非常简单的事实，如果某个事合情合理不合法，我们怎么办呢？我们的老师教我们依法办，教科书教我们肯定是依法办。按照我们法律人讲，我们是法律的奴仆。不知大家想过没有，当我们说合情合理不合法依法办的时候，就意味着说我们讲法可以不讲理，甚至意味着我们讲法必须不讲理。而普通老百姓现在基本上是不懂法的，但老百姓是懂道理的。当我们讲这个事合情合理不合法的时候，我们就站到了人民群众的对立面了。我们几千年的理论，从某种意义上讲，都是讲的这个理论。这个理论如果在法学上归结起来有一句话，叫“恶法亦法”。就是说在司法过程当中，没有什么理可讲，法律规定不对的地方也要执行（当然，我认为没

有法律规定不对的地方,这个我后面要讲)。

“恶法亦法”理论实际上讲的是,法只能是少数人意志的体现,普通民众或广大人民只能按照少数人的意志办事,社会只能由少数人统治的理念。我刚才讲了,社会主义是一切权力属于人民,人民真正当家做主的社会,可见这种理论与依靠人民司法的观念是根本对立的。为什么我讲几千年的理论都是主张的“恶法亦法”,都主张的讲法不讲理?在座的都知道,在我们法理学界有两个学派:一派是实证主义法学派,这一派是主张“恶法亦法”的,他们认为法就是命令,命令就得执行,与好坏没有关系,是命令你就得服从。另一派是自然主义法学派,这个学派主张的是“恶法非法”,他们认为法必须要服从一些基本法规则,不服从这些规则的法就是恶法,这个恶法就是非法。很多人经常问我这个话是不是说错了,我的观点是,主张“恶法非法”的自然学派理论家,在实践中也是主张“恶法亦法”的。可以把主张自然法学派的理论家的著作打开看看,发现每个人都有与其他人不一样的自然法规则,每个人都要求按照自己的规则来衡量现实中的法律是好法还是坏法,不符合他的规则的就是坏法,那不也是少数人甚至一个人的意志吗?自然法学派的前提是普通老百姓是后知后觉,自然法学派是先知先觉,服从这些自然法学体制的规则不是要广大老百姓盲目服从他们的规则吗?举一个例子,大家都知道,卢梭是启蒙思想家当中最主张民主的,人民主权这个概念就是他提出来的。一个国家要制定法律,为了体现民主,他想了一个办法,就是请一个外国人来。前提是他不懂你们国家的情况,和你们这个国家没有任何关系,因为这样他才不会牵扯到具体利益中去。他用超然的态度,正确地理解自然法,才能提出正确的规则。大家想一想,如果我们的法律是请这样一个人来制定的,让我们老百姓都来服从这样一个人制定的法律,这个法律叫不叫“恶法亦法”?当然,传统的法学理论,自然法学派也好,实证主义法学派也好,他们主张“恶法亦法”是有理论依据的,在某种意义上讲,他们也是反对“恶法非法”的。为什么这样说呢?因为他们有一个前提,他们认为立法是没有错的,为什么立法不会错呢?在封建社会中皇帝是天子,是代天行命,代表上天来统治下面的人,代表上天的人肯定没有错,所以张口就是金口玉牙。西方说君权神授,君王的权力是来自上帝,既然是来自上帝的权力,那么还有错吗?用黑格尔的话来说,国家是神在地上行走,国家就是神,那下面这些老百姓只能服从了。近代资产阶级通过人民选举产生议会,议会作为独立的立法机关制定法律。这个制度建立以后,那些主张“恶法亦法”的人就更有理由说立法没错了,他们认为既然我们的立法机关是人民选出的代表。他们当然是代表人民意志的,如果说法律是人民意志的体

现,他们当然就是人民意志的体现者,他们怎么会有错呢?如果说传统的法学理论哪里错了,首先就是他们认为立法是没有错的。立法有没有错呢?我认为立法不可能没有错。我说的是几千年的法学理论从根本错了,我就用几千年的历史来证明:如果立法是没有错的,一个王朝就不会被另一个王朝所取代;如果立法是没有错的,法西斯就不会出现,就不会有第一次世界大战、第二次世界大战。这样的事情比比皆是。即使承认我们的立法是没有错的,还有一个问题,因为讲立法无错的时候,实际上讲的是法律是立法者意志的体现,马上就有一个问题:法律总是通过文字表现出来了,立法者根据近代三权分立的观念,立法者一旦将法律制定出来以后,它就要和法律脱离,法律的实行和判断要通过行政和司法机关来进行。法律表现的形式是文字呀,对一个条文该怎么理解,可能会产生歧义。举一个简单的例子,比如故意杀人。我国《刑法》规定:故意杀人的,处死刑、无期徒刑、十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。这个规定好像非常清楚,但清楚吗?实际上是非常不清楚的。比如说什么叫人?什么时候开始算人?打假人、打死人,算不算杀人?我们先从人的出生来讲,什么时候算人?有一个法学教授在一本书中举了一个例子,他说一个人在接生的时候,突然发现刚露头的婴儿是自己仇人的孩子,于是顿生杀意,就将这个婴儿的头用手术刀割下来了。这个算不算杀人?他在书中讲,根据当时的理论和法学标准,这是不能算杀人的,因为理论是独立呼吸说、第一声啼哭说和脱离母体说,小孩还在生产过程中呢。是不是就不处理?由于他的书写于1997年以前,他说这个情况应该类推为故意杀人罪。现在我们的《刑法》取消了类推,这种情况还算不算杀人?还有,什么时候算人的生命的结束?凤凰卫视的刘海若打官司,当时她在英国出了车祸,医生认定她已经脑死亡,决定停止抢救措施,刘海若算不算死了?算不算还是一个人?因为她的母亲对这个结论不放心,就跟中国的有关部门联系,有关部门说可能还有救。如果在送回国的途中,有人将刘海若的头割下来去作医学研究,算不算杀人?如果有人向我开枪,我看见了,但是我用杯子挡住了,他往杯子上打算不算杀人?晚上有人要杀你,你躲到床下去了,床上放个假人,他向假人开枪算不算杀人?什么叫“杀”?如果那个“杀”在刑法理论贯彻到底的话,我们说不允许作不利于被告的类推解释,只允许作有利于被告的解释。我还不作类推,我只作一下词意解释:按照《说文解字》的说法,这个“杀”字是什么意思呢?“杀”是用古代的一种兵器,把人砍成3段,这就叫“杀”,也是当时的一种刑罚。现在这种兵器没有了,把人给弄死了,算不算杀?把人砍成2段,不是3段,算不算杀?更不用说“故意”了。我们刑法中规定(故意犯罪