



判裁 理性 酌量

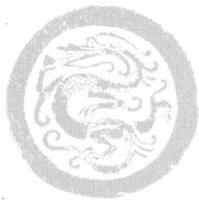
——疑案与思辨

张忻如 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D925.06
Jd210

阅 览



判裁 理性 酌量

——疑案与思辨

张忻如 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

裁判 理性 酌量:疑案与思辨/张忻如著. —北京:中国法制出版社,2012.4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3661 - 8

I. ①判… II. ①张… III. ①审判 - 研究 - 中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 061637 号

策划编辑 王佩琳

封面设计 周黎明

裁判 理性 酌量——疑案与思辨

PANCAI LIXING ZHUOLIANG—YIAN YU SIBIAN

著者/张忻如

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2012 年 4 月第 1 版

印张/12 字数/289 千

2012 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3661 - 8

定价:30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfs.com>

编辑部电话:66038139

市场营销部电话:66017726

邮购部电话:66033288

序

张忻如同志自 1982 年从山西大学毕业后分配到法院工作已有三十年了。他先在忻州中院工作，上世纪九十年代初选调入省法院，先后从事研究室调研、《山西审判》编辑和刑事审判工作，现在担任刑三庭副庭长。三十年来，忻如同志以对党的赤诚之心，对国家的忠诚之责，无论在哪个地方、哪个部门，他都一以贯之认真工作，刻苦学习，勤于积累，钻研进取。现在他笔耕经年撰写出版的这部审判业务和法律专业文集，就让我们眼前为之一亮。

《判裁 理性 酌量——疑案与思辨》汇集了忻如同志三十年研究法律和审判业务的精心之作。书中既有对当前热点问题“司法与民意的互动关系”的深入研究，又有对侵犯企业及其产品名誉权和某些非法人团体的诉讼主体资格等民事审判实务的有益探索；既有对土地抵押权和城市土地使用权等焦点问题的独到分析，又有其对贯彻执行宽严相济刑事政策的深刻体会；有对审理各类疑难案件的案例分析，更有对审判重大刑事案件进行风险评估的创新性论述。近年来，忻如同志从长期搞调查研究和文字材料工作调整到刑事审判岗位后，主办审理了一批重大刑事案件，在撰写审理报告和裁判文书中精益求精，分析案件证据和事实丝丝入扣，逻辑条理，令人信服。尤为可贵的是，他在审理死刑案件中不断琢磨，对被害人过错酌定量刑情节等于刑事审判具有重要意义的实务问题进行深

人研究，撰写出高质量论文，在全国法院学术讨论会上获奖。在繁忙的死刑案件二审开庭审理之余，忻如同志精于思考，勇于探索，敢于创新，大胆创造了审理、汇报死刑案件时，进行“三项风险”评估的新颖做法。从去年5月至年底，他提出评估意见的数件死刑案件，汇报院审委会讨论决定后报请最高人民法院复核，全部被核准，证明其提出的“风险评估”意见准确率达到100%，也突显出我省法院的整体审判工作水平。本书中，就有忻如同志对这一做法进行理论探讨、论证升华的专题论文，在4万余字的专论中，案例复杂多样，分析独到透彻，论述颇见功力，显现出忻如同志能够把办案实践体会上升为刑事审判理论，再把总结的成果经验运用到审判工作中去。看得出他已成长为具有良好审判业务和法律素养的专家型法官。

当前全国法院都在积极开展政治建院，知识和科技强院。我们要按照中政委和最高人民法院的要求，在深入开展政法干警核心价值观教育中，扎扎实实地把我省各级法院打造成学习型法院，把我们的法官培养成知识型法官，全心全意为人民司法，专心致志办群众和百姓满意的精品案，办经得起社会检验和历史考验的铁案，办服务于国家大局、社会稳定和人民和睦相处的和谐案，为我省经济跨越式发展和转型发展贡献我们人民法院和人民法官的力量！

是为序。

山西省高级人民法院院长

左世荣

2012年3月

序 二

忻如同志要出本集子，嘱我写个序。听到他要出书，我非常高兴。忻如同志是与我相交相知二十多年的好同仁、好朋友，他说在北京工作的同仁们对他了解最深的人是我，此话不虚。

我和忻如同志在上世纪九十年代初就开始认识、交往。那时忻如同志刚从忻州中院选调到山西高院工作，就任研究室副主任，并负责编辑《山西审判》和调研工作。我们第一次谋面，是他带了一个新闻稿，和太原中院的同志一起来到《人民法院报》编辑部。稿子是关于太原中院执行庭年执行标的额超亿元以及执行工作方面的新颖做法，受到《人民法院报》的重视，曾两次配发评论，刊载在头版头条上。以此为契机，《人民法院报》约请最高法院执行办策划了一次专项活动，召集北京等地部分中院和区法院开了一次借鉴山西太原中院经验、研讨推进执行工作的专题座谈会，继而在全国法院首次掀起一轮执行大会战高潮。此后，文来文往，人来人往，对忻如同志了解日深，成了好友。后忻如同志被最高法院借调一段时间搞死刑案件复核工作，我俩更常在一起聚谈。

忻如同志是个善于思考、勤于动笔的人。他早先为山西高院写了关于山西各级法院审判方式改革的一系列文章和省院建设新址审判大楼等许多新闻稿件，有五六篇在法院报头版头条刊出。后为人民司法撰稿，为最高法院法研所撰写提供多篇案例。当时山西一些

名噪一时的案件多是他编写后被《人民法院案例选》选用刊出，其中这部书里辑入的就有7件。有的案件的审判理念，以现在的观念考量都不落后。如有一件被告人与被害人在相约自杀过程中，被害人自己服药过多不治而亡的案件，山西高院在上世纪九十年代，即能够在一审判处被告人死刑的前提下，二审断然改判上诉人为四年有期徒刑。当年人民法院出版社出版的《人民法院案例选》将忻如同志编写评析的此篇案例刊载在当期的首篇，也真正称得上是慧眼识珠。

虽然只是大致浏览一遍忻如同志所著《判 裁 理 性 酌 量——疑案与思辨》，仍为忻如同志在法院审判领域的研究和探索涉猎之广之深而叹服。忻如同志曾在中院和省高院研究室工作了二十多年，对刑事、民商事、行政、执行、立案、申诉等各项审判工作都有一定深度的研究，对法院工作的宏观指导方面，对司法理念和法院体制改革的创新等方面，他均有自己独到的探究。及至他调整到山西高院刑一庭、刑三庭工作后，在自己主审一批二审死刑案件的同时，更把研究探索的笔触拓展拓深到死刑案件审理的热点问题当中，撰写了一批如酌定情节对死刑案件量刑的影响、宽严相济刑事政策如何实施等总结审判实务的专题文章，参加全国法院学术理论讨论会并获奖，对刑事审判实践具有很大的参考和启迪意义。

忻如同志又是个非常善良、诚挚老实的人。以我对他做人理念和个性的了解，我认为他在我们公务员的队伍当中，在法官的行列里，委实够的上是个“认认真真工作，踏踏实实干事，实实在在做人”的人。他与人处，不擅言谈，不来虚的，而是真诚待人，与人为善。他在研究室和刑庭任职多年，一直是勤勤恳恳、任劳任怨地埋头工作。毛泽东同志有名诗句云：“沧海横流安足虑，世事纷纭从君理。管却自家身与心，胸中日月常新美。”近些年来，忻如同

志有点与世无争，自甘寂寞。但他一直坚持自己的爱好，坚守着自己的追求，不断钻研，矢志进取。这份宁静与恬淡，这份执著与坚韧，的确让我们心生敬意。

法官是凭良心吃饭的。政治成熟、法律精通、学识渊博、道德高尚，是每一个人民法官都应当追求的境界。看忻如同志的文章，能够从字里行间感受到他对法官职业的热爱，感受到他对做一个好法官的追求。愿与忻如同志共勉，常存对国家法治事业的奋斗之志、奉献之责，坚持不懈地工作、学习、研究，争取为国家和人民做更多有益的事情。

最高人民法院审判委员会委员、刑四庭庭长 杨万明

2012年3月30日于北京

自序

今年是我大学毕业三十年，上班三十年，在法院工作三十年。无论年轻时有多么壮怀激烈，几十年后终归会恬澹虚静。这些年来，实实在在和真真切切感受到了世界的巨大变迁，我们国家和社会的惊人变革，周围人们和我们自己的深刻变化。在世界激荡、国家繁荣、社会进步、人类前行的同时，经过工作实践、多方学习，我做了些微事情，写下了自己的一些肤浅感受。现在我把这些简陋的文字辑成一册，算是对自己卅年工作生活的回顾和慰藉，更是为了以此答谢多年来老师和长辈、同事和同学、亲朋和好友们对我的真挚教诲、悉心指导、热诚帮助和巨大扶持。

然而，我知道自己的悟性、知识和能力是非常有限的。喜欢写文字和把文章写好、写得让人读之有益完全是两回事。前几年我买下一本2009年的高考优秀作文选，捧读即难以释手。先是惊异于那么新鲜精粹、那样优美迷人、那种深邃理性的文字，何以能在短短几十分钟内挥笔而就；继而就为自己如此不堪的水平竟然也要舞文弄墨而惭愧。造化不可求，但做点自己力所能及的事还是应该的。由此，我越感到思维不太时尚，思想不太年轻时候，就越觉得应该经常思考、经常在电脑上敲些文字。尽管水平不高，但总是自己的点滴感悟和收获。并且由此而不断学点日新月异的知识，使自己不至落后时代太远。

从上世纪八十年代中期开始至 2005 年，我从事中院和省院研究室工作二十多年，学着写了一些审判业务方面的文章。最初是在八十年代学了全国法院业大的教材后，对刑法学感兴趣。后来在省院研究室承担给最高法院法研所提供案例分析稿件的工作，陆续写了一批案例分析文章。当时全省的不少有点新颖性的案件，多为省院研究室同事们用来编写案例，最高法院先后采用了我们二十多篇案例分析。其间也写了一些民事方面的短论。自我到刑庭审理案件后，对刑事审判方面的实务问题作了一些探索，写了几篇较长点的文章。

随着社会的纷繁变化，法院和审判面临越来越复杂的情况和问题。然而我们对之研究探讨究竟远远不够。新知识和新法律规定不断涌来，深感自己各种知识和工作业务水平的不足和固步自封，深感自己还是向领导和同事们学习得不够。随着周围年轻、高学历和思维活跃的年轻人到来，我感到无限的快慰和希望，因为我随时可以感受到他们的朝气，体味到他们的新鲜思维，随时向他们请教最新知识，以不断提高充实自己。

三十多年前，文学大家徐迟先生在他写的关于我国著名植物学家蔡希陶的报告文学中说：“生命之树常绿，而理论总是灰色的。”人生的意义，更多是在普普通通的生活中。所谓理论，所谓文字，确实不显多少色彩，没有多少生鲜，无有多少味道。况且我辈这等水准，写点自慰的东西，只能算是人生路上的一些点缀。然而不懈追求高境界的知识文化，毕竟是使生命之树常绿常鲜的佳径。未来岁月，只有再多丢弃点慵懒和麻木，常想想世界上那些无数艰辛生活的人们，既然我们自己的条件尚可，便应该为社会和周围关爱我们的人多做点事情，以回馈从小启蒙我们的老师、养育我们的父母。

目录

一、民事审判论述

1. 略论某些非法人团体的诉讼主体资格问题 003
2. 评论产品的文章与侵犯企业名誉权 011
3. 略论强调举证责任及举证不能的法律后果 018
4. 从个案判决的偏颇简论司法理念的与时俱进 024
5. 土地使用权抵押当中的实务问题初探 030
6. 略论补办土地使用权出让手续对审判案件的困扰及对策 039

二、刑事审判论述

7. 论创设维护妇女权益法庭探索有中国特色的妇权司法保障
途径 047
8. 侵害少女学生犯罪分析与对策 060
9. 论被害人过错与死刑案件的量刑 068
10. 论死刑案件酌定情节的考量与把握 079
11. 试论审理死刑案件进行“三项风险”评估 087

三、刑事、民事、行政审判案例

12. 张玉龙在与恋人相约自杀的过程中故意杀人案 155
13. 樊国兴因患精神分裂症而杀人不负刑事责任案 160

14. 侯林山等 19 人盗掘古文化遗址、古墓葬案	164
15. 中华全国体育基金会等诉山西晨光实业公司等发布虚假 广告侵犯名誉权案	176
16. 北京百龙绿色科技企业总公司等诉韩成刚发表评价矿泉 壶产品文章侵犯名誉权纠纷案	183
17. 山西省电影发行放映公司诉并州剧院等侵害其买断的影 片在山西省内的发行放映权纠纷案	191
18. 薛淑琴诉吕梁地区行政公署招生考试委员会办公室侵犯 其受教育权案	196

四、立法建议、刑事司法政策与机制

19. 试论设立挥霍国家资财罪	203
20. 建议新增破坏计划生育罪	212
21. 建立科学、缜密、现代化的防范、控制犯罪的硬件和软 件系统刍议	215
22. 司法与民意互动关系研究	225
23. 论法院贯彻宽严相济刑事政策的途径与障碍因素	270
24. 刑事司法法律效果与社会效果的统一	280

五、法治、司法与审判宏观论

25. 略论法治环境的营建	297
26. 影响法院公正司法的因素及祛除对策	303
27. 略论法院在构建和谐社会中的作为与作用	311
28. 论从人民司法到司法为民	317
29. 谈谈上级法院对下级法院的业务指导	328
30. 试论告诉申诉庭在人民法院审判机制中的作用	332

31. 试论建立处置申诉上访缠案的新的长效机制	336
32. 纵横论改革, 放言谈体制	346
33. 略论司法为民是法院工作第一要务	353
34. 论法院工作与时俱进	360
后记	368

略论某些非法人团体的财产与债务关系

一、民事审判论述

《中华人民共和国民事诉讼法》第五十二条规定：“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。”该条所称“其他组织”，是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织。如：依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织、个体工商户、农村承包经营户、企业法人的分支机构、乡（镇）人民政府设立的办事处、县以上地方人民政府设立的街道办事处、县人民政府设立的派出机构或者分支机构、依法成立的业主大会或业主委员会、符合法定主体条件的其他组织等。这些组织在民事诉讼中，可以作为当事人参加诉讼，其诉讼行为由其主要负责人进行。这些组织在民事诉讼中，可以作为当事人参加诉讼，其诉讼行为由其主要负责人进行。

一、关于民事诉讼中法人资格的认定问题

在民事诉讼中，法人资格的认定是一个重要的问题。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十二条的规定，法人是指依法成立，具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人资格的认定应当从以下几个方面进行：首先，法人必须是依法成立的，即必须符合法律规定的条件，经过法定程序登记注册。其次，法人必须具有独立的财产，即法人应当拥有自己的财产，能够独立承担民事责任。最后，法人必须具有独立的组织机构，即法人应当有自己的管理机构，能够独立进行民事活动。只有同时满足这三个条件，才能认定为法人。在民事诉讼中，法人资格的认定直接影响到诉讼主体的确定和诉讼责任的承担，因此必须予以高度重视。

略论某些非法人团体的诉讼主体资格问题

《中华人民共和国民事诉讼法》第49条规定：公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。究“其他组织”这一规定，显见是个“模糊语词定义”，似可包容一切非法人团体、组织、集体。为了界定其涵盖内容，最高法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《意见》）中，对“其他组织”专门作了分解诠释并列出九种情形。但是，在审判实践中，仍不断遇到许多形形色色的似是而“非”、亦“非”亦是“其他组织”，其诉讼主体资格究竟如何看待，尚需深入研究。

一、现实中存在的一些非法人团体、组织的形态、类型分析

最高法院前述适用民诉法若干问题的《意见》第40条将“其他组织”规定为“合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，”并列出包括的九种类型，其中有三种是依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织、合伙型联营企业、中外合资企业、外资企业；有三种是银行、保险公司和法人单位的分支机构；另外两种是经核准登记，并领有营业执照的乡镇、街道、村办企业，最后一种是“符合本条规定条件的其他组织”。但在现实社会中，还有一些不符合上述规定特征的组织，常见的有这样几种类型：

1. 服务性、加工性的社会组织，如街道组织和村委会认可组建的洗衣组、缝纫组、修理组等，它们没有独立财产，不具备完整的组织章程和机构，有的甚至是临时性的，无固定所在地；2. 虽经某主管机关或单位认可，但却处于筹备阶段的一些社会组织，如各种筹备组、处、委员会等，正在筹备过程中，未经过一定主管机关或单位认可；3. 外国人为在中国经营一定业务，或者从事一定活动而成立的独立组织，如某些外商修理或服务组织；4. 某些教会组织；5. 文化、体育、艺术界人士自由组合的各种“会”、“社”、“队”、“团”、“组”，未经民政部门登记，没有独立的财产和经费，有的经过主管部门发文批准成立并挂靠于某法人单位，有的无任何批准成立机关、未挂靠任何单位，有的有一定的组织机构、有章程、有固定活动场所，有的十分松散没有机构、章程和场所；6. 演艺界、体育界的一些固定搭档、伙伴，训练队、小组等名誉性组合体，其名称有的系自起“字号”，有的是被大众和传媒“赋予”的，如风靡海内外的“小虎队”演出组合、“马家军”长跑队等。

以上这六类非法人团体性“组织”也未能穷尽当前经济、文化生活空前活跃下出现的所有“组织”形式。由于它们均是没有独立财产，甚至没有组织机构，未依照一定的法定程序或经批准成立的组织，故都不符合最高法院前述《意见》的规定，照此则不应当有诉讼主体的资格。但是，在审判实践中却会遇到“必须”由这样的“组织”做当事人的情况。

二、在人身权侵权之诉中，必须由权利人自身作为当事人行使诉权

前述的第五、六种非法人团体，多由文化、演艺、体育界的明